



Om forpligtelsen til at offentliggøre evalueringsmetoden efter udbudslovens § 160, stk. 1

Copenhagen Business School

Kandidatafhandling, Cand.merc.jur, 15. maj 2018

Forfattere:

Camilla Kromann Voulund

Benedikte Seerup Stigsen

Vejledere:

Juridisk: Cecilie Fanøe Petersen

Økonomisk: Peter Mouritzen

Antal anslag: 270.255

Antal sider: 118

Abstract – The obligation to publish the evaluation method pursuant to section § 160, (1) in The Public Procurement Act

This paper examines The Danish Public Procurement Act from 2016, in which a new section was added with the purpose of creating ex ante transparency for the bidding companies as well as ensuring that the procuring entity was not left with an unconditional free choice between the bidding companies. The section was not implemented directly based on an existing article in the 2014-procurement directive, but instead of the legislative history creating the 2014-procurement directive. The section obligates the procuring entity to publish the evaluation method at the same time as the procurement documents are published but it has been unclear to what extent the procuring entity is required to publish this evaluation method. Furthermore, it turns out, that the interpretation of the new section can have some economic effects, which are worth considering in a legal and economic perspective. Based on these statements, it will be examined if the new section of the Public Procurement Act has the intended effect. In the legal part of the paper, relevant sources of law will be used to answer the legal question, including legal provisions, relevant case law and especially the fundamental principles of equal treatment and transparency. By examining the above, it is concluded, that the new section does not demand an expanding interpretation and the procuring entity in only some cases will be required to describe in details its evaluation method. In the economic chapter of the paper economic theories will be presented to explain the economic effects that the interpretation of the section can cause. It turns out, that the legal conclusion was inexpedient as the total transaction costs would be lower if the procuring entity was obliged to publish a detailed evaluation method. In the economic part of the paper the contextual meaning of the procurement rules is also examined, which will be included in the integrated part of the paper where two efficiency criteria are examined, to find out whether it is possible to create a more social efficient condition where the total welfare is optimized in compliance with The Procurement Act including the procurement principles. Based on the conclusions from the economic chapter of the paper, it turns out that such an allocating of resources is possible. Based on this, it is finally concluded, that the new section in The Danish Procurement Act has only limited effect both legally and economically, as it is not to be interpreted as extensive as first assumed.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1	6
1.1 Indledning	6
1.2 Problemstillinger	7
1.3 Forkortelser	8
1.4 Begrebsafklaring	8
1.5 Specialets struktur	10
1.6 Synsvinkel	11
1.7 Afgrænsning	11
1.8 Juridisk metode og teori	12
1.9 Økonomisk metode og teori	19
1.9.1 Økonomisk metode	19
1.9.2 Økonomisk teori	20
1.10 Integreret metode og teori	22
1.10.1 Integreret metode	22
1.10.2 Integreret teori	22
Kapitel 2 – Juridisk analyse	26
2.2 Indledning til retskilder og fortolkning i EU	26
2.2.1 Introduktion til primærretten i EU og dens betydning for offentlige udbud	27
2.2.2 Introduktion til sekundærretten i EU og dens betydning for offentlige udbud	28
2.3 Det udbudsretlige ligebehandlingsprincip	30
2.4 Det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip	32
2.5 Kravet om elektronisk adgang til udbudsdokumenterne samtidig med udbudsbekendtgørelsen	35
2.6 Livscyklusomkostningerne og evalueringsmetoden	36
2.7 Gennemsigtighedsprincippet i præamblen	38
2.8 Ordregiver må ikke have ubetinget valgfrihed	39
2.9 Betydningen af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i EU-retspraksis	40
2.9.1 Dimarso-dommens udfalds betydning for tolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1	43
2.10 Klagenævnets tidligere praksis og forpligtelserne før udbudslovens § 160, stk. 1,	47
2.10.1 Klagenævnets pragmatiske tilgang til regelsættet	49
2.11 Forpligtelsen til at offentliggøre evalueringsmetoden efter udbudslovens § 160, stk. 1	52
2.12 Hvad betyder Klagenævnet kendelse af 8. august 2017 for tolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1?	56
2.12.1 Opsummering på kendelsen af 8. august 2017	61
2.13 Juridisk delkonklusion	62

Kapitel 3 – Økonomisk analyse.....	65
3.1 EU-udbudsreglernes overordnede formål i et konkurrenceretligt henseende.....	65
3.2 Fuldkommen konkurrence i en udbudsretlig kontekst.....	66
3.2.1 'Competitive selection' – konkurrencedygtig udvælgelse	69
3.2.2 Monopolistisk konkurrence	70
3.3 Monopolistiske tilstande på et marked	71
3.3.1 Naturlig monopol i teoretisk perspektiv	75
3.3.2 Bilaterale monopoler mellem offentlige virksomheder og private leverandører	75
3.3.3 Konsekvenserne ved monopollignende tilstande i en udbudsretlig kontekst	76
3.4 Agerer offentlige økonomiske aktører ligesom private økonomiske aktører?	76
3.5 Transaktionsomkostningsteorien	79
3.5.1 Introduktion til nyinstitutionalisme	79
3.5.2 Introduktion til transaktionsomkostningsteorien	80
3.5.3 Transaktionsomkostningerne før og efter kontraktindgåelse	82
3.5.4 Forudsætningerne for de økonomiske aktører i transaktionsomkostningsteorien	83
3.5.5 De tre transaktionsdimensioner	85
3.6 Transaktionsomkostninger forbundet ved et udbud.....	90
3.6.1 Analyse af ordregivers transaktionsomkostninger ved udbud.....	90
3.6.2 Analyse af tilbudsgivers transaktionsomkostninger ved udbud	92
3.7 Sammenfatning af transaktionsomkostningsteorien	93
3.8 Transaktionsomkostningsteorien i forhold til relationen mellem ordregiver og tilbudsgiver	93
3.8.1 Kan parterne sænke deres transaktionsomkostninger ved at indgå i en "stærk" relation?	94
3.8.2 Relationsrente mellem den offentlige virksomhed og den vindende tilbudsgiver	94
3.9 Offentlige virksomheder og efficiente retsbrud	96
3.10 Økonomisk delkonklusion	99
Kapitel 4 – Integrerede analyse	101
4.1 Indledning	101
4.2 Efficiens som målestok	102
4.2.1 Pareto-kriteriet i forhold til opnåelse af efficiens.....	103
4.2.2 Kaldor-Hicks-kriteriet	103
4.3 Transaktionsomkostningsteorien i forhold til Pareto-kriteriet.....	104
4.3.1 Illustration for opfyldelse af Pareto-kriteriet i et simultant spil	106
4.4 Den relationelle rente sammenholdt med Pareto-kriteriet	107
4.5 'Efficient breach of contract' og Pareto-kriteriet.....	109
4.6 Kaldor-Hicks-kriteriet i forhold til forpligtelserne efter udbudslovens § 160, stk. 1	109

4.7 Fuldkommen konkurrence og monopol i forhold til udbudslovens § 160, stk. 1	110
4.8 Integreret delkonklusion	111
Kapitel 5 - Samlet konklusion	112
Litteraturliste	114

Kapitel 1

1.1 Indledning

I den første danske udbudslov¹, som er en implementering af 2014-udbudsdirektivet², blev en ny bestemmelse indført på baggrund af, at udbudsudvalget³ mente, at der eksisterede et stærkere krav til forudgående gennemsigtighed i 2014-udbudsdirektivet, end hvad man så i dansk klagenævnsspraksis.⁴ Bestemmelsen er udbudslovens § 160, stk. 1, og ordregiver er efter denne bestemmelse forpligtet til at angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Bestemmelsen er ikke en implementering af en art. i 2014-udbudsdirektivet, og det har derfor været debatteret, hvordan rækkevidden af bestemmelsen skal fortolkes, dvs. hvor detaljeret ordregiver er nødsaget til at beskrive sin evalueringsmetode. Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (herefter Styrelsen) vejledning om evalueringsmetoder⁵ (herefter evalueringsvejledning), at ordregiveren ikke må have et ubetinget frit valg mellem tilbud ved evalueringen, og at der ikke må lægges vægt på forhold, som ikke har været oplyst i udbudsmaterialet.⁶

I 2016 blev der af staten købt ind for 400 mia. kr., og deraf blev der skabt konkurrence om opgaver for godt 103 mia. kr.⁷ De høje beløb vidner om, hvorfor det er så vigtigt at sørge for, at rammerne for offentlige indkøb er så effektive som muligt. Essentielt for udbudsretten er de udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet, princippet om gennemsigtighed og proportionalitetsprincippet. Inden for disse principper er der tilsvarende sket en fundamental udvikling, som kan vise sig at være vigtig i forbindelse med at fastlægge forpligtelserne, som følger af udbudslovens § 160, stk. 1. I august 2017 afsagde Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet) en principiel kendelse⁸ vedrørende rækkevidden af evalueringsmetoden, der peger i retningen af en, i højere grad, indskrænkende fortolkning af bestemmelsen, end hvad man først havde antaget. Det er dog

¹ Udbudsloven, lov 2015.12.15 nr. 1564 hvis formål er, at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar om offentlige udbud

³ Et udvalg nedsat af regeringen i juni 2013 om dansk udbudslovgivning, der fik til opgave at udarbejde et udkast til et samlet og overskueligt regelsæt, der implementerede det nye udbudsdirektiv i dansk ret

⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2014, "Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning"

⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016, "Evalueringsmetoder, Praktisk vejledning til offentlige indkøbere", s. 13

⁶ Evalueringsvejledningen. s. 13

⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, december 2017, "Status for offentlig konkurrence", s. 4

⁸ Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland

stadig uklart, hvor detaljeret ordregiver skal beskrive sin evalueringsmetode, og om udbudslovens § 160, stk. 1, har den tilsigtede virkning.

Uanset, om udbudslovens § 160, stk. 1, har den tilsigtede virkning eller ej, kan der medfølge økonomiske konsekvenser heraf. På EU-markederne for offentlige udbud ses der i dag en tendens, der peger i retningen af, at offentlige indkøbere koncentrerer deres efterspørgsel, således at de kan opnå stordriftsfordele, herunder lavere priser og lavere transaktionsomkostninger.⁹ Tendenserne, der peger mod centraliseringen af indkøb, skal overvåges, således at de udbudsretlige principper, herunder særligt gennemsigtighed overholdes. Derudover skal det sikres, at konkurrencen opretholdes, og at små og mellemstore virksomheder har adgang til markedet.¹⁰ Såfremt ordregiver har et ubetinget frit valg, kan man risikere, at der ikke bliver skabt reel konkurrence på markedet, hvilket kan føre til et samlet velfærdstab. På den anden side, kan der argumenteres for, at der også kan være nogle økonomiske fordele ved, at ordregiver har betydelig valgfrihed i sin tilbudsevaluering. Dette giver anledning til at besvare følgende problemstillinger:

1.2 Problemstillinger

Overordnet problemformulering

Hvorvidt har udbudslovens § 160, stk. 1, den tilsigtede virkning?

Juridisk problemstilling

I hvor høj grad har ordregiver pligt til at offentliggøre evalueringsmetoder jf. udbudslovens § 160, stk. 1, samt EU-rettens generelle principper?

Økonomisk problemstilling

Hvilke økonomiske virkninger har udbudslovens § 160, stk. 1?

Integreret problemstilling

Er det muligt at allokere omkostninger mellem de økonomiske aktører, således at der samlet skabes mere velfærd under overholdelse af de udbudsretlige regler?

⁹ 2014-udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 59

¹⁰ 2014-udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 59

1.3 Forkortelser

Art. – Artikel

Pr. – Præmis

Evalueringsvejledningen – Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Evalueringsmetoder – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere, juli 2016

Klagenævnet – Klagenævnet for Udbud

Styrelsen – Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

TEUF – Traktaten om den Europæiske Funktionsområde (EF-Traktaten efter ændring ved Lissabon-traktaten)

Udbudsloven – Udbudsloven, lov 2015.12.15 nr. 1564

2014-udbudsdirektivet – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar om offentlige udbud

2004-udbudsdirektivet – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige anlægskontrakter

1.4 Begrebsafklaring

Ordregivende myndighed

Ordregiver er i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 29, defineret som:

”Statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.”

Tilbudsgiver

Tilbudsgiver er i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 34, defineret som:

”En økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud.”

Evalueringsmetode

Begrebet evalueringsmetode er ikke defineret i udbudslovens § 24, men af de almindelige lovbemærkninger fremgår det, at:

”Evalueringsmetoden er den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”¹¹

Af Styrelsen beskrives evalueringsmetoden, som de teknikker og værktøjer, ordregiveren bruger til at understøtte de valgte rammer for evalueringen.¹²

Evalueringsmodel

Begrebet evalueringsmodel er heller ikke nævnt i udbudslovens § 24, hvorfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens definition anvendes til at klargøre begrebet.

I Styrelsens evalueringsvejledning beskrives ”evalueringsmodeller” som:

”En delmængde af evalueringsmetoderne. Modeller benyttes, når tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet. I modellerne beskrives, hvordan sammenstilling af priser og bedømmelser af kvalitet sker.”

Af de almindelige lovbemærkninger til udbudsloven fremgår det, at evalueringsmetoden eksempelvis kan basere sig på en prosamodel, prismodel eller pointmodel.¹³

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud anvendes efter 2014-udbudsdirektivet som et overordnet begreb, hvor ordregiver herunder kan vælge mellem tre tildelingskriterier – pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet.¹⁴ Førhen var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” et tildelingskriterie, jf. 2004-udbudsdirektivet art. 53, stk. 1, litra a.

Det er i forbindelse med tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” at udbudslovens § 160, stk. 1, har den største betydning.

¹¹ Lovbemærkningerne til udbudsloven, s. 184

¹² Evalueringsvejledningen s. 8

¹³ Lovbemærkningerne til udbudsloven, s. 184

¹⁴ Evalueringsvejledningen s. 7

Lineær pointmodel:

Den lineære pointmodel nævnes gentagne gange igennem specialet, og i Styrelsens vejledning er den defineret som:

”En lineær pointmodel baseres på en omregning af tilbudspriserne til point ud fra et fastsat spænd. Tilbudspriser svarende til det nederste punkt i prisspændet omregnes til maksimumpoint, mens priser svarende til det øverste punkt i spændet gives minimumpoint. For priser mellem disse yderpunkter omregnes det lineært, hvor mange point tilbudsprisen svarer til. Da priserne i tilbuddene er fastsat i en entydig enhed, kroner, kan omregningen i en lineær pointmodel ske meget præcist, og der omregnes derfor normalt til et pointtal med fx 2 decimaler.”¹⁵

Den mest anvendte lineære pointmodel i Danmark omhandler et prisspænd, hvor der gives maksimumpoint til laveste pris og minimumpoint til laveste pris plus X pct.¹⁶

I Styrelsens vejledning fra 2016 er det oplyst, at ordregiver skal oplyse X-procenten, hvilket ikke længere er tilfældet, jf. Klagenævnets kendelse af 8. august 2017, og derfor er Styrelsens evalueringvejledning blevet revideret i 2018.

1.5 Specialets struktur

Nærværende kapitel (1) introducerer specialets emne og inddrager læseren i de problemstillinger, der vil blive behandlet i specialet. Endvidere redegør kapitlet for anvendt teori og metode, herunder juridisk, økonomisk samt integreret teori og metode. Kapitlet redegør endvidere for specialets synsvinkel samt de elementer, der afgrænses fra.

Kapitel 2 udgør specialets juridiske analysedel. Analysen vil rent metodisk tage udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, hvor det vil blive udledt, hvilke forpligtelser ordregiver er underlagt i medfør af udbudslovens § 160, stk. 1. Til at besvare dette vil relevante juridiske retskilder blive anvendt, herunder relevante udbudsdirektiver, love, retspraksis og særligt de grundlæggende udbudsretlige principper.

Kapitel 3 udgør specialets økonomiske analysedel. Analysen vil blive foretaget ud fra økonomisk teori, økonomiske antagelser samt forudsætninger. Analysen vil tage udgangspunkt i den deduktive

¹⁵ Evalueringsvejledningen s. 32

¹⁶ Evalueringsvejledningen s. 32

metode, da specialet vil tage udgangspunkt i hypoteser, der er opstillet på baggrund af eksisterende empiri. Analysen vil søge at belyse de virkninger, som udbudslovens § 160, stk. 1, har, set i et økonomisk perspektiv. Her vil særligt den økonomiske baggrund for udbudsreglerne blive analyseret samt transaktionsomkostningsteorien, der vil vise sig at være vigtig i forhold til hvordan, udbudslovens § 160, stk. 1, skal fortolkes.

Kapitel 4, som udgør specialets integrerede analysedel, vil søge at besvare den integrerede problemstilling ved at sammenfatte konklusionerne i specialets juridiske og økonomiske analyser. Analysen vil blive baseret på retsøkonomi, som er økonomi i relation til retlige forhold. Den integrerede analysedel vil således give et svar på, om det er muligt at opnå en retstilstand, hvor der samlet skabes mest velfærd under overholdelse af de udbudsretlige regler. Dette vil blive besvaret ved at tage udgangspunkt i samfundsefficiente betragtninger ud fra Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet.

Kapitel 5 vil udgøre specialets samlede konklusion og vil besvare den overordnede problemstilling, der lyder på om udbudslovens § 160, stk. 1, har den tilsigtede virkning. Den samlede konklusion er baseret på delkonklusionerne i de tre foregående analyser.

1.6 Synsvinkel

Specialets overordnede synsvinkel vil være på samfundsniveau, da det søges undersøgt hvorvidt udbudslovens § 160, stk. 1, har den tilsigtede virkning på et samfundsmæssigt niveau. Dog vil dele af den økonomiske analyse også have elementer af en synsvinkel på aktørniveau, da vi i afsnit 3.5 behandler transaktionsomkostningsteorien i forhold til henholdsvis tilbudsgiver og ordregiver. Den integrerede del af analysen der tager udgangspunkt i både den juridiske og økonomiske analyse, vil derfor både indeholde analyser, der er foretaget ud fra en samfundsmæssig synsvinkel samt en mere aktørpræget synsvinkel.

1.7 Afgrænsning

Juridisk set afgrænses der fra at gå rent teknisk i detaljer med de forskellige udbudsformer, herunder selve udbudsprocessen. På det overordnede plan, vil evalueringsprocessen være den eneste del af processen der behandles mere detaljeret. Endvidere afgrænses der fra at analysere proportionalitets-princippet, da dette udbudsretlige princip ikke synes at have tilstrækkelig relevans for specialet, selvom det er et grundlæggende princip, der er essentielt for udbudsretten. Der afgrænses endvidere

fra at gå i detaljer med systematikken i lineære pointmodeller, da en overfladisk inddragelse er tilstrækkelig til at besvare specialets problemstillinger. Endvidere afgrænses der rent juridisk fra andre af udbudslovens bestemmelser, der kan medføre, at ordregiver får et ubetinget frit valg i tildelingsfasen, herunder særligt de kvalitative kriterier som ordregiver skal opstille, som også kan have afgørende betydning for, hvem ordregiver ender med at tildele opgaven. Dette emne vil kort blive berørt i den endelige konklusion, men vil ikke blive behandlet yderligere i specialet.

Den økonomiske analyse baserer sig på økonomiske teorier, og her anvendes den deduktive metode, hvilket betyder, at der tages udgangspunkt i hypoteser, der er opstillet på baggrund af eksisterende empiri. Der vil i specialet ikke blive anvendt kvantitativ empiri, hvorfor det ikke er muligt at komme med resultater, der kan visualiseres i tal. Det kunne have været relevant for specialets problemstilling at have underbygget resultaterne med egentlige omkostninger ved et udbud udført i praksis, men dette har ikke været muligt. Der afgrænses fra at anvende spilteori i den økonomiske analyse, dog vil spilteori kort blive anvendt i specialets integrerede analyse. Endvidere afgrænses der fra andre faktorer, der kunne have haft indvirkning på transaktionsomkostninger end de, der hører under Williamsons transaktionsomkostningsteori.

Specialets integrerede analysedel afgrænser sig fra at inddrage Williamsons teori om den efficiente reguleringsstruktur, som kunne have vist sig at være relevant i fastlæggelsen af hvordan man opnår en efficient samfundstilstand i forbindelse med udbudslovens § 160, stk. 1, samtidig med at de udbudsretlige regler og dertilhørende principper overholdes.

1.8 Juridisk metode og teori

Når der arbejdes med juridisk litteratur, anvendes den retsdogmatiske metode. Formålet med metoden er at beskrive og fortolke gældende ret samt beskrive retstilstanden, som den er.¹⁷ Således forstås altså den metode, som alle, der skal løse en juridisk problemstilling, følger.¹⁸ Når der arbejdes med den juridiske metode, anvendes begreberne retskildelæren og retsdogmatisk metode, som er en del af retsvidenskaben og retsfilosofien. Retsfilosofien er en samlebetegnelse for de forskellige rets-

¹⁷ Østergaard, Kim, Julebogen 2003: Metode på Cand.merc.jur. studiet. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 276

¹⁸ Nielsen, Ruth & Tvarnø, D., Christina, 2014, Retskilder & retsteorier, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 4. reviderede udgave, s. 34

teorier der eksisterer, og det er ifølge Alf Ross¹⁹ disse retsteorier, der anskuer, betragter og forklarer retsvidenskaben ovenfra.²⁰ Retsfilosofi behandler således de bagvedliggende forhold for retsvidenskaben såsom rettens karakter, moral og retfærdighed.²¹ Der eksisterer flere forskellige retsteorier, men i nyere tid har særligt den realistiske retsteori med Alf Ross som foregangsmand, været dominerende i den skandinavisk retskildelære.²²

Retsteorien i nærværende speciale vil være den realistiske retsteori, hvor det søges undersøgt hvad gældende ret *er* og ikke hvad den *bør* være. I et metodisk henseende drejer det sig efter den realistiske retsteori sig derfor om, at analysere og fortolke den eller de retskilder, som det kan forventes, at dommeren lægger til grund i en given sag.²³ Ifølge Alf Ross' realistiske retsteori er virkeligheden baseret på de regler, som en domstol vil lægge til grund for en given afgørelse og beviset for denne påstand findes således, når dommeren dømmer det, som står nedskrevet i lærebøgerne.²⁴ Der vil i nærværende speciale blive anvendt kvalitative data i den juridiske analyse, eftersom den empiri der anvendes efter den retsdogmatiske metode, er udtryk for kvalitative former for data.

Gældende ret

For at udlede gældende ret, er det derfor nødvendigt at anvende de relevante retskilder, for at besvare specialets juridiske problemstilling.²⁵ Gældende ret bliver beskrevet som summen af de regler, der finder anvendelse på et område, som er underlagt retlig regulering. Begrebet gældende ret har ofte givet anledning til uenigheder blandt jurister og dette bunder i, at der ikke er noget entydigt svar på, om en antagelse om at en regel er gældende, er den rigtige antagelse.²⁶ Dette kommer af, at mange retskilder er formuleret, så det er muligt at fortolke på dem. Det vil naturligvis give anledning til diskussioner af, hvordan visse retskilder skal fortolkes, og det er klart, at det i nogle tilfælde vil give forskellige resultater i en proces, hvor man søger at udlede gældende ret.²⁷ Efter den realistiske retsteori er det i princippet først, når en dommer har anvendt en retskilde til at afsige en dom, det bliver afgjort, om en regel er gældende eller ej. Nærværende speciale vil primært behandle retskilderne regulering og retspraksis, herunder både EU-retlig og national regulering og retspraksis.

¹⁹ Alf Ross (1899-1979) var dansk jurist og grundlægger af den realistiske retsteori. Retsrealismen er i Danmark centreret om Alf Ross' ”Ret og Retfærdighed” fra 1953

²⁰ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 29

²¹ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 323

²² Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 423

²³ Østergaard, 2003, s. s. 276

²⁴ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 345

²⁵ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 31

²⁶ Blume, Peter, 2014, Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave, s. 55

²⁷ Blume, 2014, s. 56

National regulering

Regulering som retskilde er formuleringen af de regler, der ønskes efterfulgt på et bestemt område. Det er specielt her, der er plads til fortolkning. Loven er i dansk ret den primære retskilde. Der argumenteres dog for, at ved fastsættelsen af gældende ret er loven kun et vigtigt bidrag til dette.²⁸ Nærværende speciale vil tage sit udgangspunkt i udbudslovens § 160, stk. 1, da dette er en retsregel, der ikke findes eksplicit i det bagvedliggende 2014-udbudsdirektiv, som udbudsloven er en implementering af. Derfor er udbudslovens § 160, stk. 1, op til fortolkning, da det endnu ikke står klart, hvilke forpligtelser ordregiver er underlagt som medfør af bestemmelsen. Endvidere vil udbudslovens andre bestemmelser blive inddraget hvor de findes relevante.

Nationale forarbejder

Når der arbejdes med retskilden regulering er reguleringens forarbejder essentielle for resultatet. Forarbejderne til fx en lov har retskildeværdi, og formålet med forarbejderne er at klarlægge, hvorfor den pågældende lov skal gennemføres, samt at forklare meningen med lovens regler. I Danmark findes der derfor tilgængelige forarbejder til de danske love. I nærværende speciale er lovens forarbejder især vigtige, da udbudslovens § 160, stk. 1, er formuleret bredt, og forarbejderne er derfor et vigtigt redskab til at søge at klarlægge, hvilke forpligtelser udbudslovens § 160, stk. 1, indebærer for en ordregivende myndighed. Forarbejderne til udbudslovens § 160, stk. 1, har vist sig at være omfangsrige, hvilket kan begrundes i det faktum, at det er en ”ny” retsregel. I forbindelse med lovens forarbejder skal det dog nævnes, at Klagenævnet tidligere har valgt at se bort fra lovgivningen i bemærkningerne²⁹ til trods for, at der i dansk ret almindeligvis bruges lovbemærkninger i høj grad.³⁰ Især de almindelige samt de specielle bemærkninger til udbudsloven vil i nærværende speciale være et fundamentalt supplement til at besvare den juridiske problemstilling.

EU-retlig regulering

EU-retten arbejder efter en rangorden i forbindelse med de eksisterende retskilder, hvor primærretten er øverst. Primærretten består af EU's traktatgrundlag og grundlæggende rettigheder samt almindelige retsprincipper.³¹ I forbindelse med udbudsretten er særligt fri bevægelighedsreglerne i TEUF relevante, da reglerne skal respekteres i alle sager om indgåelse af offentlige kontrakter, hvor der findes grænseoverskridende interesse. Implementeringen af fri bevægelighedsreglerne fandt

²⁸ Blume, 2014, s. 111

²⁹ Jf. kendelse af 5. december 2011, Konika Minolta Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland

³⁰ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 45

³¹ Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2010, EU ret, Thomson Reuters Professional A/S, København 6. reviderede udgave 1. oplag, s. 101

sted i perioden 1958 til 1970 og har lige siden denne implementering været gældende for offentlige organer.³² Efter primærretten finder man sekundærregulering, som består af forordninger, direktiver samt afgørelser.³³ I nærværende speciale, vil særligt EU's traktatgrundlag og udbudsdirektiverne have stor betydning.

I forbindelse med fortolkningen af retskilder gælder der et princip om EU-konform fortolkning. Det vil sige, at ved fortolkning af lovbestemmelser på områder, der er omfattet af EU-retlig regulering, skal lovreglens mening være i overensstemmelse med EU-retten.³⁴ Det skal vise sig i nærværende speciale, om udbudslovens § 160, stk. 1, fortolkes EU-konformt, eftersom der efter kendelsen fra 8. august kan opstå tvivlsspøgsmaal omkring den reelle virkning af bestemmelsen.

En del af EU-rettens regler finder direkte anvendelse inden for medlemsstaten, hvor andre, herunder direktiver, skal implementeres i den nationale ret. Grunden til dette er, at medlemslandene har påtaget sig forpligtelser via de fungerende traktater, som er EU-rettens øverste retsgrundlag.³⁵ Udbudsloven er en implementering af 2014-udbudsdirektivet, og Danmark er derfor forpligtet til at overholde samtlige gældende EU-retlige regler, der eksisterer på området.

EU-rettens præambelbetragtninger

I EU-retten indeholder retsforskrifterne en præambel (indledning), som i virkeligheden varetager samme funktion som en lovs forarbejder.³⁶ Her anvendes præambelbetragtninger til henholdsvis 2004-udbudsdirektivet samt 2014-udbudsdirektivet til at undersøge kravet til forudgående gennemsigthed. Særligt 2014-udbudsdirektivets præambelbetragtninger nr. 90 og nr. 92 vil blive behandlet. Det er dog omdiskuteret, hvor stor betydning der kan tillægges præambler, men uanset hvad udgør de et væsentligt grundlag for fortolkningen af de andre bestemmelser i retsforskriften. EU-Domstolen henviser også ofte til præambelbetragtninger til direktiver jf. bl.a. sag C-431/92³⁷, hvorfor de må have en vis betydning. Dette er særligt relevant for nærværende speciale, eftersom præambelbetragtninger vil bruges som supplement til at svare på specialets juridiske problemstilling.

³² Ølykke, Skovgaard, Grith & Nielsen, Ruth, 2017, EU's udbudsregler – i dansk kontekst, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave. 1. oplag, s. 41

³³ Neergaard & Nielsen, 2010, s. 101

³⁴ Blume, 2014, s. 229

³⁵ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 138

³⁶ Blume, 2014, s. 112

³⁷ Sag C-431/92, Domstolens Dom af 11. August 1995 – Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland. ECLI:EU:C:1995:260

National retspraksis

I nærværende speciale vil der særligt blive inddraget retspraksis herunder både national og EU-retspraksis. Retspraksis spiller en vigtig rolle i at fastlægge gældende ret. Retspraksis er retligt afsagte afgørelser, og den retlige afgørelse adskiller sig fra den retlige regel, idet den er mere konkret, da den fastlægger retten i forhold til den konkrete situation.³⁸ I nærværende speciale vil den nationale retspraksis bestå af kendelser afsagt af Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet) blive inddraget, da Klagenævnets opgave er at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af udbudsreglerne og de udbudsretlige principper. Klagenævnet er en uafhængig administrativ klageinstans og er et domstolslignende klagenævn, som ikke er undergivet instruktionsbeføjelser.³⁹ Klagenævnet tillægger, ligesom ved de almindelige domstole, også deres egen praksis betydningsfuld præcedensvirkning i efterfølgende sager.⁴⁰ Det vil i nærværende speciale vise sig, at Klagenævnets tidligere praksis har haft stor betydning for tilblivelsen af udbudslovens § 160, stk. 1.

EU-retspraksis

EU-Domstolens primære opgave er at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten, hvorfor EU-Domstolen ofte udtaler sig om forskellige typer af retsakters retskildeværdi.⁴¹ Endvidere er en af EU-domstolens vigtige opgaver at vurdere præjudicielle spørgsmål, som forelægges af en domstol i en af medlemsstaterne.⁴² Spørgsmålene opstår, når en medlemsstats domstol er i tvivl om en EU-retsakt. EU-Domstolen skal herefter tage stilling til det forelagte spørgsmål og altså ikke selve tvisten i den pågældende medlemsstat.⁴³ EU-Domstolens svar er bindende for den nationale domstol samt alle andre medlemsstaters domstole. Kompetencen til at besvare præjudicielle spørgsmål findes i art. 267 TEUF.⁴⁴ I nærværende speciale behandles flere afgørelser, afsagt af EU-Domstolen, som et vigtigt fortolkningsbidrag til at besvare den juridiske problemstilling, og dette vil vise sig at være vigtig for problemstillingens udfald. Til nærmere fortolkning af et præjudicielt spørgsmål⁴⁵, afsagt af EU-Domstolen, der er betydningsfuldt for specialet, vil Generaladvokat P. Mengozzis for-

³⁸ Blume, 2014, s. 113

³⁹ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 296

⁴⁰ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 199

⁴¹ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 184

⁴² Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 185

⁴³ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 49

⁴⁴ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 185

⁴⁵ Sag C-6/15, Domstolens Dom (Fjerde afdeling) af 14. juli 2016. - TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest. Direktiv 2004/18/EF. - ECLI:EU:C:2016:555

slag til afgørelse⁴⁶ blive inddraget. Forslaget til afgørelse er ikke en bindende retsakt, men vil vise sig, at være et vigtigt diskussionsbidrag til analysen i afsnit 2.9.1.

Fortolkning af retskilderne

Indskrænkende og udvidende fortolkning

I forbindelse med fortolkning sondres der bl.a. mellem indskrænkende og udvidende fortolkning. Konsekvensen af indskrænkende fortolkning er, at en situation, der i sit udgangspunkt er dækket af ordlyden, alligevel ikke er omfattet af reglen.

”I almindelighed forudsætter indskrænkende fortolkning, for at være holdbar, at de hensyn, der begrundet reglen, ikke er anvendelige i forhold til det, som nu holdes uden for reglen, eller at der er andre hensyn, der med vægt taler for dette resultat”.⁴⁷

Det er også muligt at fortolke en regel udvidende. En udvidende fortolkning kan især være hensigtsmæssig i tilfælde, hvor man arbejder med et ureguleret område, og hvor de hensyn, der begrundet regler, taler for anvendelsen af reglen, og hvor der ikke er modhensyn, som med vægt taler imod dette resultat.⁴⁸ Henset til dette, skal det diskuteres, hvad der er mest hensigtsmæssigt, set fra et samfundsmæssigt perspektiv.

Det er for nærværende speciale essentielt, hvorvidt udbudslovens § 160, stk. 1, fremover skal fortolkes indskrænkende eller udvidende, hvilket der vil blive svaret på efter relevante retskilder er blevet analyseret og fortolket.

Formålsfortolkning

Når gældende ret skal udledes, sonderer man endvidere mellem subjektiv og objektiv formålsfortolkning af retskilder. Ved subjektiv fortolkning inddrages lovens forarbejder i høj grad, hvor man ved objektiv fortolkning fortolker lovbestemmelsen ud fra selve lovteksten uden at inddrage forarbejderne.⁴⁹ I dansk ret anvendes der i høj grad subjektiv fortolkning, hvor der i EU-retligt regi anvendes objektiv fortolkning, selvom EU-Domstolen, som nævnt ovenstående, ofte henviser til præambelbetragtninger.

⁴⁶ Sag C-6/15, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat P. Mengozzi. Fremsat den 10. marts 2016, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest. Direktiv 2004/18/EF. ECLI:EU:C:2016:160

⁴⁷ Blume, 2014, s. 234

⁴⁸ Blume, 2014, 235

⁴⁹ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 93-94

I forhold til fortolkning af udbudsdirektiverne, tages der udgangspunkt i de enkelte bestemmelsers ordvalg.⁵⁰ Reglernes indhold og formål må derfor primært søges fastlagt på baggrund af ordene i bestemmelse, da lovgivers vedtagelse af regelsættet antages at være sket på baggrund af dette.⁵¹ Såfremt der er afsagt en dom fra Domstolen vedrørende fortolkningsspørgsmålet, vil fortolknings-spørgsmålet være endeligt afgjort.⁵² Hvis ikke der foreligger en dom, må yderligere retskilder ind-drages, herunder vil retskilder som udbudsdirektivernes præambler, definitionerne anført i direkti-vernens præambler og forarbejder være interessante at inddrage, da de umiddelbart har en klar sam-menhæng med direktivernes enkelte bestemmelser og derudover at formålet med direktiverne oftest vil være anført i præambelbetragtningerne.⁵³ En formålsfortolkning kan være vanskelig at udføre, men man må have for øje, at udbudsdirektivernes formål er, at skabe konkurrence om offentlig kon-trakter.⁵⁴ Dette sker på baggrund af, at udenlandske virksomheders skal have mulighed for at byde på kontrakterne. Derudover skal udbudsdirektiverne sikre lighed mellem økonomiske aktører i for-bindelse med mulighederne for at opnå offentlige kontrakter, tilvejebringe gennemsigtighed ved kontrakttildelingen samt sikre at ordregiverne anlægger en økonomiske tankegang ved tildelingen af offentlige kontrakter.⁵⁵ I nærværende speciale, vil en fortolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1, være subjektiv, da forarbejderne i høj grad inddrages. Endvidere vil der som nævnt ovenstående også blive inddraget præambelbetragtninger, som også stemmer overens med den EU-retlige for-tolkningsstil.

Yderligere fortolkningsbidrag

I søgen efter gældende ret vil der i nærværende speciale også blive anvendt andre fortolkningsbi-drag end de nævnte retskilder. Herunder blandt andet vejledninger. Vejledninger er ikke bindende i sig selv, men de bygger på regler, der er bindende.⁵⁶ Vejledningerne er til for at give råd og infor-mation til de underordnede myndigheder om nye love eller bekendtgørelser.⁵⁷ Grundet Klagenæv-nets kendelse af 8. august 2017, har Styrelsens evalueringsvejledningen været under revidering, hvorfor den gamle vejledning er blevet anvendt i nogle dele af nærværende speciale. Formålet med

⁵⁰ Poulsen, Troels, Sune, Jakobsen, Stig, Peter & Kalsmose-Hjelmberg, Evers, Simon, 2011, EU Udbudsretten Udbuds-direktivet for offentlige myndigheder Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave, 1. oplag, s. 60

⁵¹ Sag C-421/01, Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 16. oktober 2003 – Traunfellner GmbH mod Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG. ECLI:EU:C:2003:549 pr. 27

⁵² Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmberg, 2011, s. 61

⁵³ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmberg, 2011, s. 61

⁵⁴ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmberg, 2011, s. 61

⁵⁵ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmberg, 2011, s. 61

⁵⁶ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 104

⁵⁷ Blume, 2014, s. 153

at inddrage den tidligere evalueringsvejledning er at beskrive, hvordan Styrelsen tidligere fortolkede kravene i udbudslovens § 160, stk. 1. I den reviderede evalueringsvejledning har Styrelsen ændret i evalueringsvejledningen, således at den stemmer overens med den af Klagenævnet afsagte kendelse.

1.9 Økonomisk metode og teori

1.9.1 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse vil blive foretaget ud fra økonomisk teori, økonomiske antagelser samt forudsætninger. Den økonomiske teori behandler samfundsmæssige problemstillinger og forsøger at forklare tendenser, der ses på eksempelvis markedet, i samfundet eller i virksomheden.⁵⁸ Eksempler fra udbudsretten vil blive anvendt og analyseret i en økonomisk kontekst. Endvidere vil der anvendes en positiv økonomisk indgangsvinkel, hvilket betyder, at analysen vil søge at beskrive, hvordan den økonomiske situation ser ud og ikke hvordan den bør se ud.⁵⁹

Inden for den økonomiske disciplin anvendes oftest den deduktive metode. Den deduktive metode indebærer, at man analyserer fra ud fra et teoretisk perspektiv til virkeligheden. Metoden går ud på, at der laves antagelser og udledes hypoteser ud fra disse. Hypoteserne testes derefter ved at konfrontere dem med resultaterne af de observationer, man har gjort sig.⁶⁰ Alternativet til den deduktive tilgang er den induktive tilgang. Ved den induktive tilgang er fokus fra virkelighed til teori. Udgangspunktet for teorien er de empiriske observationer, man gør sig, for derefter at udvikle en økonomisk teori. En anerkendt økonom som Ronald Coase er fortalende for brugen af den induktive tilgang og kritiserer tilhængere af den deduktive tilgang.⁶¹

Nærværende speciale vil tage udgangspunkt i den deduktive metode, da denne metode, som tidligere beskrevet, tager udgangspunkt i hypoteser opstillet på baggrund af eksisterende empiri. Det anses at være relevant i forbindelse med nærværende speciale, da der ud fra allerede eksisterende økonomiske modeller, søges at udlede logiske følgeslutninger.

⁵⁸ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 45

⁵⁹ Andersen, Per, Nielsen, Lene, Nissen, Tanja, 1999, Velfærdsøkonomi, Teori og anvendelser, Odense Universitetsforlag, s. 24

⁶⁰ Kerkmeester, Heico (1999), "Methodology: General", artikel, Erasmus University of Rotterdam s. 391

⁶¹ Kerkmeester, Heico (1999), "Methodology: General", s. 391

I nærværende speciale vil der derfor blive inddraget forskellige økonomiske teorier, til at belyse problemstillingen. Der vil blive inddraget både industriøkonomiske samt retsøkonomiske teorier til et besvare problemstillingen. Endvidere vil den kvalitative metode være i fokus i nærværende speciale, dog med inddragelse af kvantitative elementer.

1.9.2 Økonomisk teori

Indledningsvist vil den økonomiske analyse tage sit udgangspunkt i det økonomiske formål, der ligger bag udbudsreglerne. I forlængelse heraf, vil der følge en analyse med udgangspunkt i neoklassisk teori⁶² af et marked, hvor der er henholdsvis fuldkommen konkurrence og monopol. Forudsætninger for fuldkommen konkurrence i neoklassisk perspektiv er forsimplet i forhold til virkeligheden og baserer sig på antagelserne om, at alle aktørerne er rationelle, profitmaksimerende og i besiddelse af fuld information. Ydermere er der et stort antal af aktører som alle producerer det samme produkt. Endvidere eksisterer der ingen adgangsbarrierer, risici eller transaktionsomkostninger ved at gå ind på markedet.⁶³ Baggrunden herfor er at vise, hvad der sker på et marked, hvor ordregiver i princippet har et ubetinget frit valg mellem de indkomne tilbud. Neoklassisk teori bygger på den klassiske økonomiske teori, men tilføjer nyttebegrebet.⁶⁴ Det betyder, at agenternes adfærd betragtes som et resultat af, at de ønsker at få mest muligt ud af knappe ressourcer. Dermed opstiller neoklassisk teori funktioner, som kan illustrere hvordan agenten skal nå denne tilstand.

Fuldkommen konkurrence og monopol

Ved fuldkommen konkurrence er der mange konkurrerende virksomheder på markedet og marginalomkostningerne er lig prisen, hvorfor aktørerne ikke tjener en overnormal profit. Den samlede produktion vil ske på en efficient måde og derfor realisere en samfundsefficient markedsligevægt.⁶⁵ Ved monopol, hvor der kun er en enkelt aktør på markedet, vil leverandøren sætte prisen over de marginale omkostninger. Fordi man ikke udnytter de faldende gennemsnitsomkostninger, vil der ske et velfærdstab, og dermed vil der opstå en inefficent tilstand på markedet.⁶⁶ Det er ultimativt at

⁶² Neoklassisk økonomisk teori er oprindeligt anvendt om den økonomiske teori, der blev udviklet af den britiske økonom Alfred Marshall og skolen omkring ham i Cambridge i sidste halvdel af 1800-t. Siden 2. Verdenskrig er betegnelsen blevet anvendt mere og mere bredt, først som en fælles betegnelse for al marginalistisk økonomisk teori fra 1870 til 1930, senere som betegnelse for mere specielle teorier, udviklet langt senere, men baseret på samme marginalistiske grundantagelser. – denstoredanske.dk

⁶³ Cabral, B., M., Luís, 2000, Introduction to Industrial Organization, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, s. 85

⁶⁴ Nielsen & Tvarnø, 2014, s. 486

⁶⁵ Knudsen, Christian, 1997, Økonomisk metodologi, Virksomhedsteori og Industriøkonomi, bind 2., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 56

⁶⁶ Knudsen, 1997, s. 57

opnå fuldkommen konkurrence som markedsform, da der ikke vil opstå et dødvægtstab⁶⁷ ved denne markedsform. Denne situation vil blive forklaret i afsnit 3.3 i den økonomiske analyse.

Principal-agent teori

Principal-agent teorien vil også kort blive inddraget til at analysere, hvordan offentlige virksomheders adfærd, i forbindelse med at være omkostningsminimerende, adskiller sig fra private virksomheders adfærd. Principal-agent teorien beskæftiger sig primært med modstridende interesser og asymmetrisk information. Teorien tager udgangspunkt i en situation med to parter – en principal og en agent, hvor principalen skal have agenten til at udføre en opgave for sig. Det er agenten, der har den suveræne information, og agenten vil derfor søge at optimere egen nytte og søger derfor at nå egne mål, imens opgaven udføres.⁶⁸ I nærværende speciale, vil det politiske system være principalen, og den offentlige virksomhed vil være agenten.

Transaktionsomkostningsteori

I den neoklassiske teori behandles transaktionsomkostninger ikke, hvilket er en stor svaghed i den neoklassiske teori. En videreførelse af neoklassisk økonomi er den institutionelle økonomiske teori/adfærdsteori, hvor der arbejdes med begrænset rationalitet, transaktionsomkostninger og ufuldstændig information.⁶⁹ Den institutionelle teori, hvori transaktionsomkostninger er afgørende, afspejler virkeligheden bedre, hvorfor en analyse baseret på transaktionsomkostningsteori, vil være en central del af den økonomiske analyse. Ronald Coase (herefter Coase) introducerer transaktionsomkostninger i 1937⁷⁰, og i artiklen herom ræsonnerer Coase sig frem til, at såfremt der ikke eksisterer transaktionsomkostninger, vil parterne i en relation kunne forhandle sig frem til en Pareto-effektiv situation, der opfylder Kaldor-Hicks kriteriet.⁷¹ Selvom Coases teori baserer sig på en verden uden transaktionsomkostninger, har han stadig bidraget til det teoriehistoriske grundlag for transaktionsomkostninger, som Oliver Williamson⁷² (herefter Williamson) senere har bygget videre på. Analysen af transaktionsomkostninger for ordregiver og tilbudsgiver vil tage sit udgangspunkt i Williamsons teori. Transaktionsomkostningsteori er særligt vigtig i forbindelse udarbejdelsen af udbud, set både fra ordregivers og tilbudsgivers synsvinkel. Derfor er det essentielt at anvende transaktions-

⁶⁷ Dødvægtstab er et ikke-realiserede overskud, som skabes ved, at monopolisten ikke kan prisdiskriminere perfekt

⁶⁸ Hendrikse, George, 2003, Economics and Management of Organizations, McGraw Hill Education, s. 90

⁶⁹ Østergaard, 2003, s. 273

⁷⁰ I artiklen "The Nature of the Firm", Ronald Coase (1937), se Knudsen, 1997, s. 208

⁷¹ Eide, Erling & Stavang, Endre 2009, Rettsøkonomi, Oslo, Cappelen Damm AS, 2. oplag, s. 134

⁷² Oliver Eaton Williamson, amerikansk økonom der er født d. 27. september 1932. Williamson introducerer transaktionsomkostningsteorien i bogen Markets and Hierarchies fra 1975.

omkostningsteorien for at se, hvorvidt udbudslovens § 160, stk. 1, kan medvirke til enten at sænke eller hæve transaktionsomkostningerne for henholdsvis tilbudsgiver henholdsvis ordregiver.

Endvidere vil teorien om relationelle renter blive inddraget i form af Dyer & Singhs artikel ”The Relationel View”⁷³ for at undersøge, hvad der skal til for at skabe denne relationelle rente i et kontraktforhold. Endvidere vil der følge et kort afsnit om det ’efficient breach of contract’ som er udviklet inden for retsøkonomien, for at forklare at det i nogle tilfælde, vil være efficient for en part at bryde ud af en kontrakt.

1.10 Integreret metode og teori

1.10.1 Integreret metode

Den integrerede analyse søger at besvare den integrerede problemformulering ved at sammenfatte konklusionerne fra den juridiske og den økonomiske analyse. Analysen baseres på retsøkonomi, som helt basalt er økonomi i relation til retlige forhold.⁷⁴ Formålet med den integrerede del er at belyse den mest hensigtsmæssige samfundsmæssige løsning på specialets problemstilling. Modsat den økonomiske analyse har den integrerede analyse derfor en normativ indgangsvinkel, da hensigten er at komme med en retspolitisk løsning hvorpå retsstillingen optimeres, som bygger konklusionerne i de to foregående analyser.

1.10.2 Integreret teori

Inden for den retsøkonomiske disciplin er særligt en teori væsentligt – velfærdsteori. Velfærdsteori udgør den normative del af økonomisk teori⁷⁵, hvorfor velfærdsteori vil udgøre det grundlæggende analysegrundlag i denne del af specialet. Den økonomiske teori der vil blive behandlet i den integrerede analysedel, vil derfor basere sig på velfærdsteori. Velfærdsteori er den traditionelle betegnelse for den økonomiske teori, hvor man på alternative måder kan allokere goder i et samfund.⁷⁶

⁷³ Dyer, Jeffrey H. & Singh, Harbir, 1998, The Relationel View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage, University of Pennsylvania

⁷⁴ Riis, Thomas, August 1999, del 2. – 2000, Retsøkonomi, udgivet af De nordiske Juristmøder, Trykt i ”Forhandlingerne ved det 35. Nordiske juristmøde I Oslo 18.-20, s. 1155

⁷⁵ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 18

⁷⁶ J. Andersen & H. Keiding, 1997, Introduktion til Nationaløkonomi, Jurist- og Økonomforbundets forlag (mindre revisioner 2012), kap. 3, s. 4

Betegnelsen har i sin oprindelse ikke nogen relation til velfærdsstaten⁷⁷, men teorien om allokering af ressourcer er oplagt til at vurdere, om fordelingen af statens ressourcer er efficient.

I forbindelse med velfærdsteori er det såkaldte efficienskriterium essentielt.⁷⁸ En produktion i en virksomhed er efficient, hvis der ikke er nogen anden måde at producere på, hvorved der både opnås mindst lige så meget output og ikke benyttes mere input.⁷⁹ Efficienskriteriet er centralt for vurderingen af den økonomiske betydning af en given retsregel. Rent samfundsmæssigt ønskes det nemlig, at knappe ressourcer bruges der, hvor de skaber mest værdi for samfundet, altså der, hvor det er mest efficient. Inden for velfærdsteori er der særligt to måder at anskue allokering af ressourcer på, herunder under opfyldelse af begrebet Pareto-optimalitet og under opfyldelse af Kaldor-Hicks-kriteriet.

Pareto-optimalitet

Ved en Pareto-optimal tilstand forstås en tilstand, hvor det ikke er muligt at forbedre situationen for nogen, uden at forringe tilstanden for andre. På tilsvarende vis siges en tilstandsændring fra A til B at være en Pareto-forbedring, såfremt mindst ét individ bliver stillet bedre, uden at et andet individ stilles ringere.⁸⁰

For at et Pareto-optimum kan realiseres, skal disse betingelser være opfyldt:

1. Effektivitet i byttet - altså goderne er optimalt fordelt mellem individerne.
2. Effektivitet i produktionen – det vil sige, at faktorerne er optimalt fordelt mellem goderne.
3. Samlet effektivitet – goder og faktorer er optimalt fordelt.⁸¹

For at man kan sige, at der er velfærds optimalitet, er Pareto-optimalitet en vigtig betingelse. Sammenhængen mellem markedsformen fuldkommen konkurrence og Pareto-optimalitet er tæt, og nogle mener, at den tætte sammenhæng udgør kernen i velfærdsøkonomisk teori.⁸² Andre mener dog, at selvom en tilstand er Pareto-optimal, kan den sagtens være udtryk for en skævfordeling af samfundets goder, hvor nogle lever i fattigdom, mens andre har en yderst høj levestandard.⁸³

⁷⁷ Andersen & Keiding, 1997, kap. 3, s. 6

⁷⁸ Riis, 1999, s. 1155

⁷⁹ Andersen & Keiding, 1997, kap. 3, s. 8

⁸⁰ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 45

⁸¹ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 83

⁸² Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 83

⁸³ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 84

Man kan anskue Pareto-optimalitet på to måder. Helt trivielt kan man sige, at man kun kan definere en ændring som en Pareto-forbedring, såfremt alle er enige i, at det stiller dem bedre. På den måde, vil der sjældent være tale om en Pareto-forbedring. Derfor kan man også vælge at sige, at såfremt en allokering ikke er Pareto-optimal, så kan alle få det bedre, og derfor må den nuværende allokering ikke være Pareto-optimal.⁸⁴ Pareto-kriteriet har stor overbevisningskraft i teorien, men kan være uanvendelig i praksis og anses nærmere som et idealistisk billede.⁸⁵

Kaldor-Hicks-kriteriet

Økonomerne Nicholas Kaldor og John Hicks har udarbejdet det omtalte Kaldor-Hicks-kriterie. De to kriterier har relevans i spørgsmålet om hvorvidt en eventuel omfordeling af ressourcer mellem de involverede parter er efficient herunder hvem af parterne, der skal afholde hvilke omkostninger. De to økonomer foreslog, at man skulle vurdere politiske indgreb ved at kigge på om ”vinderne” ved indgrebet, *i princippet*, kan kompensere den ”tabende” part.⁸⁶

Ifølge Kaldors kompensationskriterium vil samfundstilstand a være at foretrække for samfundstilstand b, hvis vinderne ved bevægelsen fra b til a kan kompensere taberne ved bevægelsen og stadig være bedre stillet i a end i b.⁸⁷ Ifølge Hicks’ kriterium vil en samfundstilstand a være at foretrække for b, hvis vinderne ved bevægelsen fra a til b ikke kan kompensere taberne og samtidig være bedre stillet i b end i a.⁸⁸ Det essentielle for kriterierne er således muligheden for at kompensere og ikke faktisk kompensation.⁸⁹ Såfremt der var tale om en faktisk kompensation, ville der i princippet ske en velfærdsforøgelse med udgangspunkt i Pareto-kriteriets hensyn. Ved brug af kompensationskriterierne fokuseres der på effektivitetsaspekterne ved at ændre på en given samfundstilstand.⁹⁰ Problemet med Kaldor-Hicks-kriteriet er at der ikke tages hensyn til de fordelingsmæssige konsekvenser af det, der sker, og man kan forvente at en ændring, der sker som følge af Kaldor-Hicks-kriteriet, således stiller en gruppe ringere, end den var stillet i udgangspunktet.⁹¹

Sammenligningen af de to kriterier (Pareto- og Kaldor-Hicks-kriteriet) illustrerer ét af velfærdsteoriens helt store problemer, idet det er svært at foretage nyttesammenligninger. Det bliver et spørgs-

⁸⁴ Andersen & Keiding, 1997, kap. 3, s. 14

⁸⁵ Riis, 1999, s. 1155

⁸⁶ ”I princippet” er væsentligt her, idet der ikke ligger noget krav om at vinderen skal kompensere den tabende part

⁸⁷ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 356

⁸⁸ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 356

⁸⁹ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 356

⁹⁰ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 356

⁹¹ Riis, 1999, s. 1156

mål om hvorvidt man uden videre kan modregne en persons tab af nytte i en anden persons nyttegevinst.⁹² Ved Kaldor-Hicks-kriteriet antager man således, at der findes en fælles målestok for nytte som skulle gælde for alle individer. Pareto- og Kaldor-Hicks-kriteriet vil blive brugt til at vurdere om det på baggrund af den juridiske og den økonomiske analyse er muligt at ændre på retsstillingen efter udbudslovens § 160, stk. 1, således at der skabes en efficient løsning for samfundet som helhed.

Spilteori

Spilteori bruges til, at illustrerer et spil med personer, der enten samarbejder eller konkurrerer, hvorfor det derfor er muligt at analysere interaktionen mellem spillerne. Spillet modelleres som et spil hvor spillerne har mulighed for at vælge forskellige strategier, og hvor resultatet afhænger af hvad de andre spillere gør.⁹³ Spilteori forudsætter at spillerne er rationelle, det vil sige, de vælger den handling der giver dem størst nytte, og vælger altså den løsning der er bedst ud fra egne præferencer. Derudover kender spillerne både sine egne mulige udfald, men også modspillernes udfald, og er således fuld informeret om dette.⁹⁴ Der eneste parter der ikke er informeret om, er dens valg af strategi. Spilteorien er i løbet af de seneste år blevet et vigtigt redskab i retsøkonomien, da restregler påvirker udfald, og tilføjer strategier eller er med til at ændre den information spillerne har til rådighed.⁹⁵ Teorien vil blive anvendt i den integrerede analyse, for at illustrerer spillernes strategier ud fra deres mulige løsninger og med tanke på om retsreglerne, som det blev fremlagt i kapitel 2, er med til at sikre en efficiens tilstand efter Pareto-kriteriet.

⁹² Riis, 1999, s. 1156

⁹³ Eide & Stavang, 2009, s. 122-123

⁹⁴ Eide & Stavang, 2009, s. 124

⁹⁵ Eide & Stavang, 2009, s. 123

Kapitel 2 – Juridisk analyse

Følgende afsnit vil tage udgangspunkt i en gennemgang af de EU-retlige retskilder, da disse kilder har relevans for alle udbud af offentlig karakter. Offentlig kontrakter om anskaffelser skal i de vigtigste tilfælde indgås gennem EU-udbud, og grænserne mellem EU-ret og national ret om udbud bliver i stigende grad udviskede, da de danske regler på det udbudsretlige område i høj grad er bestemt af EU-retten.⁹⁶

2.2 Indledning til retskilder og fortolkning i EU

Nedenstående vil indeholde en analyse af EU-retskilderne, da kilderne er relevante for det danske udbudsområde. I forbindelse med EU-retskilderne henvises der henholdsvis til primærretten i form af de grundlæggende rettigheder og de almindelige retsprincipper. Derudover findes bindende sekundærret i form af direktiver, forordninger og afgørelser.⁹⁷ Disse to retskilder, indgår i et retskildehierarki, med Traktaterne og Charteret øverst, som har højere rang end sekundærregulering, der kun kan vedtages såfremt, der er hjemmel i en traktatbestemmelse og derfor anses som ugyldig, hvis den strider mod EU's traktatgrundlag eller anden primærret.⁹⁸

De EU-retlige reglers formål er karakteriseret ved, at der anlægges en funktionel synsvinkel og at der benyttes objektiv formålsfortolkning.⁹⁹ EU-retspraksis støtter endvidere brugen af objektiv fortolkning, hvilket fremgår af sag C-212/97, Centros¹⁰⁰. I denne sag henviste man flere gange til formålet men ikke til lovens forarbejder.¹⁰¹ Det kan dog imidlertid være vanskeligt at benytte formålsfortolkning i EU-retten, da det ikke er helt klart hvilket formål reglerne har, blandt andet fordi de omhandler forskellige discipliner, der traditionelt har forfulgt forskellige formål.¹⁰² Generelt kan man dog sige, at udbudsreglerne har til formål at skabe klare og gennemsigtige udbudsprocedurer, der sikrer åben konkurrence. I de formuleringer af formålet, EU-Domstolen har givet, står retsbeskyttelsen af aktuelle og potentielle tilbudsgiver centralt, mens et af de centrale punkter i EU-Kommissionens formulering af formålet i Grønbogen om offentlig indkøb vedrører rationel res-

⁹⁶ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 27

⁹⁷ Derudover findes praksis, navnlig EU-Domstolens praksis, soft law (som er ikkebindende sekundærregulering – herunder henstillinger og udtalelser) og til sidst litteraturen

⁹⁸ Neergaard & Nielsen, 2010, s. 101

⁹⁹ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 39

¹⁰⁰ Sag C-212/97, af 9. marts 1999 – Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. ECLI:EU:C:1999:126

¹⁰¹ Sag C-212/97 - Centros, pr. 15, se Neergaard & Nielsen, 2010, s. 120

¹⁰² Ølykke & Nielsen, 2017, s. 40

sourceanvendelse¹⁰³. I forbindelse med dette nævnes det, at udbudsreglerne skal kompensere for den manglende forretningsdisciplin i offentlige indkøb samt sikre, at der ikke sker dyr præferencebehandling til fordel for bestemte aktører.¹⁰⁴ Derfor giver en fortolkning af udbudsdirektivernes enkelte bestemmelser overvejelse over formålet med selve direktiverne ikke altid et ensartede bidrag, og det kan derfor være nødvendigt at kigge på den enkelte bestemmelse, hvis ordlyd vil være et udtryk for lovgivers afvejning af hensynet til ordregivers interesse i at opnå det bedste forhold mellem pris og kvalitet overfor hensynet til konkurrencen.¹⁰⁵

2.2.1 Introduktion til primærretten i EU og dens betydning for offentlige udbud

Primærretten indebærer, som tidligere nævnt, de grundlæggende rettigheder og de almindelige retsprincipper. De primærretlige regler er særlig relevante for udbud, herunder navnlig fri bevægelighedsreglerne i TEUF, da reglerne skal respekteres i alle udbud med karakter af grænseoverstridende interesse.¹⁰⁶ Dette udledes blandt andet af sag C-59/00, Moustén Vestergaard¹⁰⁷, som omhandlede anskaffelse af varer, der ikke var direktivregulerede. I sagen udtalte EU-Domstolen, at *”selv om disse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for [EU]-direktiverne vedrørende offentlige kontrakter, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende principper”*. Det kan dermed udledes af dommen, at TEUF finder anvendelse ved alle offentlige kontrakter og skal respekteres i disse situationer.

Der findes hverken af TEU eller TEUF regler der eksplicit omhandler udbud af offentlig kontrakter, men TEUF indeholder generelle regler om diskriminationsforbud og fri bevægelighed af varer, tjenesteydelser, personer mv. Disse regler omhandler gennemførelsen af offentlig anskaffelser.¹⁰⁸ Vigtigheden af TEUF fremgår nu også af præamblen til 2014-udbudsdirektivet, herunder i 1. betragtning:

”Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og navnlig fri bevægelighed af varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de

¹⁰³ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 40

¹⁰⁴ Europa-Kommissionen, 2011, Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, s. 6

¹⁰⁵ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmborg, 2011, s. 62

¹⁰⁶ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 41

¹⁰⁷ Sag C-59/00, af 3. december 2001. – Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab. Direktiv 93/37/EØF. ECLI:EU:C:2001:654

¹⁰⁸ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 41

principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitets og gennemsigtighed [...]”.

De overordnede rammer findes altså i EU-retten, jf. 1. betragtning til 2014-udbudsdirektivet.¹⁰⁹

Som det ses af ovenstående, har primærretten i EU stor betydning i forhold til regulering af udbud. Rent praktisk skal de EU-retlige principper, herunder ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighedsprincippet, som er afledt af TEUF, også overholdes ved udbud og som det fremgik af sag C-59/00, skal reglerne ikke kun benyttes på direktivregulerede områder, men på hele området hvor TEUF finder anvendelse.¹¹⁰ Nedenstående vil endvidere indeholde en gennemgang af sekundærretten, og hvilken betydning retskilden har for forståelsen af indgåelse af offentlige kontrakter.

2.2.2 Introduktion til sekundærretten i EU og dens betydning for offentlige udbud

Udbudsretten er et retsområde, der har udviklet sig meget over en relativt kort årrække, og der er sket meget, siden de første udbudsdirektiver blev udstedt. De første udbudsdirektiver blev ikke efterlevet og efter Kommissionens tolkning var det en bevidst handling fra de ordregivende myndigheder. For at gøre op med dette skete der sidenhen en gennemgribende regulering af udbudsområdet i 1990'erne, hvilket medførte en regulær udvikling på området.¹¹¹

Udviklingen af direktiverne stammer helt tilbage fra 1970'erne, hvor man udarbejdede direktiver, der skulle supplere reglerne i TEUF vedrørende fri bevægelighed. I 1977 vedtog man det første varedirektiv, der i 1980 blev ændret for at kunne tilpasse den første GPA¹¹² fra 1979. Udbud af andre tjenesteydelser og forsyningsvirksomheders udbud var ikke direktivregulerede før 1990'erne.¹¹³ De to første udbudsdirektiver (bygge- og anlægsdirektivet fra 1971 og vareindkøbsdirektivet fra

¹⁰⁹ Samme afsnit findes i 2. betragtning til 2004-direktivet

¹¹⁰ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 88-89

¹¹¹ Treumer, Steen, 2000, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, 1. oplag s. 19-22

¹¹² GPA står for *Government Procurement Agreement*, som er en aftale mellem medlemmerne af WTO. Aftalen skal sikre ikke-diskriminerende udbud i forhold til erhvervsdrivende i andre WTO-medlemslande. At et udbud er omfattet af WTO-aftalen, betyder ikke, at ordregiver er forpligtet til at følge andre regler, end de der findes i udbudsloven. Det betyder blot, at ordregiver skal give økonomiske aktører og ydelser, fra lande der har underskrevet disse aftaler, en behandling, som ikke må være mindre gunstig end den, der gives ved bygge- og anlægsarbejder, vareleverancer, tjenesteydelser og økonomiske aktører fra EU.

¹¹³ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 48

1977) foreskrev enten offentligt udbud eller begrænset udbud, hvilke blev ændret i 1993.¹¹⁴ Derudover blev forsyningsdirektivet fra 1990 ændret i 1993, og i 1992 vedtog man et særligt håndhævelsesdirektiv for forsyningsvirksomheder. Med 2004-direktivet valgte man at sammenskrive både bygge-og anlægsdirektivet fra 1993, vareindkøbsdirektivet fra 1993 og tjenesteydelsesdirektivet fra 1992 til ét direktiv, nemlig 2004-udbudsdirektivet.¹¹⁵

I forslag til det omarbejdede udbudsdirektiv fra 2004 udtalte Kommissionen blandt andet¹¹⁶:

”Dette forslag tilsigter en omarbejdelse af de gældende [EU]normer for offentlig udbud med det formål at skabe et egentligt indre marked for offentlige kontrakter. Formålet med disse bestemmelser er ikke at erstatte national lovgivning, *men at sikre overholdelse af principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gennemsigtighed og konkurrence ved indgåelse af offentlige kontrakter i alle medlemsstater.* [...]”

2004-udbudsdirektivet blev således skabt med det formål at forenkle de 3 ovennævnte områder og at gøre dem ensartede. Derudover søgte man en løsning, der var moderne og fleksibel.¹¹⁷ Det følger af TEUF art. 288, stk. 3, at et direktiv er bindende for enhver medlemsstat, hvorfor direktiver er med til at skabe ensartet retsstilling af de enkelte medlemsstaters retssystemer.¹¹⁸ Det overlades til de enkelte nationale myndigheder at bestemme midlerne og formen for gennemførelse af direktiverne, hvilket kan ske på forskellige måder - enten gennem totalharmonisering eller minimumsharmoniseringsdirektiver.¹¹⁹ Sidstnævnte overlader det til de nationale myndigheder enten at fastsætte mere vidtgående- eller strengere regler, end hvad direktivet gider udtryk for. Derudover har direktiver direkte vertikal virkning og kan derfor påberåbes direkte i den nationale rangorden hvilket forpligter myndighederne i den vertikale relation.¹²⁰

Som det fremgår, gælder der, udover traktatens bestemmelser, også en række almindelige EU-retlige principper, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet og det dertil knyttede gennemsigtighedsprincip, jf. præamblen til 2014-udbudsdirektivet. Disse principper er oplistet i udbudsdirektiverne, hvor det klare formål har været at sikre gennemsigtighed og ikkeforskelsbehandling. Yder-

¹¹⁴ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 48

¹¹⁵ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 49

¹¹⁶ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 50

¹¹⁷ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 50

¹¹⁸ Dette fremgår af EU-Domstolens praksis, herunder eksempelvis Sag C-62/00, af 11. juli 2001 – Marks & Spencer plc mod Commissioners of Customs & Excise. ECLI:EU:C:2002:435

¹¹⁹ Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, EU ret, s. 130

¹²⁰ Neergaard & Nielsen, 2010, s. 223

mere har EU-Domstolen indlæst ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i TEUF's forstand mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, hvilket blandt andet fremgår af sag C-324/98¹²¹. Disse principper er grundlæggende i udbudsdirektiverne, der skal fortolkes i overensstemmelse hermed.¹²² Som det ses af ovenstående er ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet helt bærende for gennemførelse af alle udbud, hvorfor disse principper vil blive gennemgået i nedenstående afsnit i en ren udbudsretlig kontekst.

2.3 Det udbudsretlige ligebehandlingsprincip

På baggrund af EUF-traktatens regler om forbud mod nationaldiskrimination og et ønske om et indre marked uden restriktioner på samhandel mellem medlemsstaterne blev ligebehandlingsprincippet fastslået gennem EU-Domstolen praksis.¹²³ Princippet indebærer, at offentlige ordregivere har pligt til at behandle alle tilbudsgivere lige, hvilket vil sige, at de igennem hele udbudsproceduren – alt fra de forberedende faser til og med kontraktindgåelse - skal sikre, at alle tilbudsgivere får mulighed for at konkurrere på lige vilkår.¹²⁴ Ligebehandlingsprincippet gælder derudover ikke kun for de økonomiske aktører, der byder på kontrakten, men gælder også enhver tilbudsgiver, der ville have budt på kontrakten.¹²⁵ For overholdelse af princippet er det derfor afgørende, at alle parter behandles på lige vilkår og har mulighed for at gennemskue hele udbudsprocessen. Det betyder dog ikke, at ordregiver skal sænke deres krav til produktet på baggrund af, at der i nogle tilfælde kun er én eller få tilbudsgivere, der vil være i stand til at byde på kontrakten.¹²⁶

EU-Domstolen fastslog første gang ligebehandlingsprincippet i sag C-243/89, Storebælt, *Kommisjonen mod Danmark*.¹²⁷ Kongeriget Danmark blev i denne sag dømt for at overtræde de grundlæggende principper om fri bevægelighed af både TEUF art. 34, 45 og 56 samt bygge- og anlægsdirektivet fra 1971, idet A/S Storebæltsforbindelse havde indbudt til at afgive tilbud på baggrund af en betingelse om, at materialerne i størst mulig omfang skulle være danske materialer, og at der i størst

¹²¹ Sag C-324/98, af 7. december 2000. - Telaustria Verlags GesmbH, Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG. ECLI:EU:C:2000:669.

¹²² Ølykke & Nielsen, s. 87

¹²³ Se bl.a. Sag C-470/99, Universale-Bau AG, pr. 93

¹²⁴ Ølykke & Nielsen, s. 105

¹²⁵ Jf. Sag C-16/98, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik. ECLI:EU:C:2000:54. Her blev det fastslået at ligebehandlingsprincippet ikke kun er gældende for deltagende retssubjekter der vælger at deltage i en udbudsproces, men også for potentielle tilbudsgivere, der måske har ladet sig afskrække fra at deltage pga. krænkelse af ligebehandlingsprincippet, jf. pr. 104 & 107.

¹²⁶ Det er dog kun på betingelse af, at de øvrige krav er bygger på et sagligt grundlag

¹²⁷ Sag C-243/89, af 22. juni 1993. – Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark. EØF-traktaten & Rådets direktiv 71/305. ECLI:EU:C:1993:257

muligt omfang skulle anvendes dansk arbejdskraft. I nærværende sag kom man frem til, at selvom direktivet ikke udtrykkeligt nævner principperne om ligebehandling af tilbudsgiverne, så følger princippet af selve hovedformålet med direktivet, og at det på den baggrund stadig må være gældende, jf. sagens pr. 33.¹²⁸

Sidenhen er ligebehandlingsprincippet blevet fastslået utallige gange både i national og EU-praksis¹²⁹, og EU-Domstolen har flere gange fastslået, at ligebehandlingsprincippet ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlig karakter.¹³⁰ Det fremgår blandt andet af sag C-92/00, Hospital Ingenieure¹³¹, hvor domstolen udtalte, at:

”det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlig karakter, indebærer en forpligtelse til gennemskuelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt [...].”, jf. sagens pr. 31.

Derudover indeholder sag C-470/99 Universale-Bau en lignende udtagelse i pr. 91, *”ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter [...].”*

Det primærretlige ligebehandlingsprincip har i en årerække været et generelt princip i EU-retten, og har dermed været en del af fast retspraksis hos EU-Domstolen. Princippet følger endvidere af blandt andet EU-Domstolens i *Überschär-dommen*¹³², hvor domstolen udtalte i pr. 16, at *”det generelle lighedsprincip, som forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet blot er en speciel udformning af, et grundlæggende princip i [EU]retten.”* Derudover har EU-Domstolen udtalt sig om ligebehandlingsprincippet i en række andre sager, hvilket blandt andet ses i de forenede sager C-21/03 og 34/03, *Fabricom*, hvor domstolen udtalte, at det følger af fast retspraksis, at ligebehand-

¹²⁸ ”Det er i denne henseende tilstrækkeligt at fastslå, at direktivet ganske vist ikke udtrykkeligt nævner princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, men at forpligtelsen til at overholde dette princip følger af selve hovedformålet med direktivet, som ifølge niende betragtning bl.a. tager sigte på at udvikle en effektiv konkurrence med hensyn til offentlig bygge-og anlægskontrakter, og som i afsnit IV angiver udvælgelseskriterier og kriterier for tildeling af kontrakten, der skal sikre en sådan konkurrence”, jf. dommens pr. 33

¹²⁹ Se bl.a. Sag C-454/06, af 19. juni 2008 – Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund) m.fl. ECLI:EU:C:2008:351

¹³⁰ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 110

¹³¹ Sag C-92/00, af 18. juni 2002. - Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs- GmbH (HI) mod Stadt Wien. ECLI:EU:C:2002:379.

¹³² Sag C-810/79, af 8. oktober 1980 - Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. EC-LI:EU:C:1980:228

lingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartede, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet.¹³³

I udbudsdirektiverne er princippet mere fremtrædende, da det nu fremgår eksplicit af udbudsdirektiverne, herunder 2014-direktivets art. 18:

”De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og *uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde*. Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrence. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt”

Det følger altså af artiklen, at den ordregivende myndighed skal agere indenfor principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og skal handle på baggrund af gennemsigtighedsprincippet. Der følger her en tilføjelse fra 2004-direktivet til 2014-direktivet i art. 18, stk. 1, 2. afsnit, der er indsat med det formål at gøre det klart, at et udbud ikke må udformes med det formål, at direktivet ikke finder anvendelse, jf. forslag til udbudsloven.¹³⁴ Man har fundet det mest hensigtsmæssigt at gennemføre art. 18, stk. 1, med en generel indledende bestemmelse, som fremgår af udbudslovens § 2, stk. 1:

”En ordregiver skal ved offentlig indkøb i henhold til afsnit 2-4 overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet”.

Der er på baggrund af ovenstående ingen tvivl om, at ligebehandlingsprincippet skal inddrages ved fortolkning og udfyldning af alle udbudsdirektivets bestemmelser og i hele udbudsprocessen.¹³⁵

2.4 Det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip

I modsætningen til ligebehandlingsprincippet er gennemsigtighedsprincippet ikke eksplicit formuleret eller omtalt i de ældre udbudsdirektiver. Det er kun i direktivernes præambler, at det er nævnt, at

¹³³ De forenede sager C-21/03 og C-34/03, af 3. marts 2005. – Fabricom SA mod État Belge. ECLI:EU:C:2005:127., pr. 27

¹³⁴ Forslag til udbudsloven, nr. L19, fremsat 7. oktober, 2015 af erhvervs- og vækstministeren (Troels Lund Poulsen)

¹³⁵ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmborg, 2011, s. 53

et af de væsentligste formål er at skabe gennemsigtighed i offentlige udbud. Dermed er det ikke tale om et nyt princip, men et grundprincip, også i de gamle direktiver¹³⁶.

Gennemsigtighedsprincippet er ikke blot et princip, der kan udledes af TEUF, og gælder derfor både inden for og uden for det direktivregulerede område¹³⁷, hvilket blandt andet fremgår af sag C-324/98.¹³⁸ Gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet er nært forbundne, og de anvendes ofte sammenhængende. Dette understøttes endvidere af, at ligebehandling sikres gennem en gennemsigtig udbudsprocedure, og at man på baggrund af gennemsigtighedsprincippet kan fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt¹³⁹, jf. ovenfor.

Ved at forpligte ordregiver til at anvende særlige og detaljerede procedurer skabes der en gennemsigtighed og dermed forudsigelighed i forhold til kontraktindgåelse for på den måde at sikre, at der ikke opstår misbrug ved kontraktindgåelsen til at fremme særlige interesser.¹⁴⁰ Fokus på en gennemsigtig udbudsprocedure må alt andet lige bunde i, at man ønsker at give de bedste forudsætninger for de enkelte tilbudsgivere til at indgive det bedst mulige tilbud og gøre det attraktivt for de enkelte tilbudsgivere at deltage i udbuddene. Derudover kan det være med til at øge interesse hos tilbudsgivere i andre lande, hvilket øger konkurrencen om offentlige kontrakter. Respekten for udbudsreglerne opnår også den ønskede effekt ved udbud, da muligheden for at kontrollere ordregiver under hele udbudsfasen øges, hvilket øger muligheden for at håndhæve udbudsreglerne i mangel af overholdelse.¹⁴¹

Gennemsigtighedsprincippet tager sit udspring i ligebehandlingsprincippet og blev, som tidligere nævnt, først gjort til et selvstændigt princip i 2004-direktivet. Her følger det af direktivets art. 2:

”De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde”

Som det ses af ovenstående, udgør gennemsigtighedsprincippet en del af ligebehandlingsprincippet og kan på den baggrund siges at have til formål at danne rammerne om overholdelse af princippet

¹³⁶ Ølykke & Nielsen, 2017, s. s. 123

¹³⁷ Ølykke & Nielsen, 2017, s. s. 123

¹³⁸ Sag C-324/98, Telaustria Verlags GesmbH, Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG., pr. 61

¹³⁹ Sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- GmbH (HI) mod Stadt Wien

¹⁴⁰ Sag C-199/07, af 12. november 2009. – Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik. ECLI:EU:C:2009:693., pr. 37

¹⁴¹ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmborg, 2011, s. 54-55

om ligebehandling. Ligebehandlingsprincippet har dog altid været en del af også forhenværende udbudsdirektiver, hvorimod gennemsigtighedsprincippet først blev en del af fast retspraksis i 1996 i sag C-87-94¹⁴² og først derefter blev indskrevet eksplicit i forbindelse med udstedelsen af 2004-udbudsdirektivet. I sag C-87/94, følger det af pr. 34, at:

”Fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud”

Det var dermed først i 1996, at det blev fastslået af EU-Domstolen, at udbudsdirektiverne skal fortolkes under hensyntagen til princippet om gennemsigtighed. Det blev med denne sag gjort klart, at gennemsigtighedsprincippet anses som et supplement til sikring af, at alle tilbudsgivere har samme muligheder i udbuddet. Gennemsigtighedsprincippet indeholder ikke meget skarphed, men grundlæggende følger der med princippet et krav om, at kontraktindgåelsen skal være gennemskuelig.¹⁴³ Det betyder, at der jf. Domstolens praksis, er et krav om offentlighed på alle stadier af kontraktindgåelsen.¹⁴⁴ Det følger af sag C-299/08¹⁴⁵, pr. 41, at *”et hver kontrakts genstand samt kriterierne for dens tildeling [skal] defineres klart...”*. En ordregiver er dermed underlagt en forpligtelse til at angive kriterierne for tildeling i enten udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen.¹⁴⁶

Gennemsigtighedsprincippet anvendes i forbindelse med udfyldning eller fortolkning af udbudsdirektivets bestemmelser, hvilket betyder, at i de forhold, hvor udbudsdirektivets bestemmelser er udfyldende og klare, vil princippet kun have en residual funktion.¹⁴⁷ Dermed vil princippet finde anvendelse, så snart der opstår tvivlsspørgsmål om anvendelse og fortolkning af direktivets bestemmelser.¹⁴⁸

Ovenstående giver et billede af, hvilken betydning principperne om ligebehandling og gennemsigtighed har for fortolkning af udfyldning af direktivets bestemmelser. Det skyldes blandt andet, at de i henhold til EU-Domstolens praksis er grundlæggende for reglerne. Nærværende analyse vil på den baggrund undersøge, om der ses et stærkere krav til offentliggørelse i 2014-direktivet, end hvad der

¹⁴² Sag C-87/94, af 25. april 1996. – Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien. ECLI:EU:C:1996:161

¹⁴³ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmborg, 2011, s. 55

¹⁴⁴ Sag C-470/99, Universal Bau AG, pr. 92 og 93

¹⁴⁵ Sag C-299/08, af 10. december 2009 – Europa-Kommissionen mod Den Franske Republik. ECLI:EU:C:2009:769

¹⁴⁶ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmborg, 2011, s. 56

¹⁴⁷ Poulsen, Jakobsen, & Kalsmose-Hjelmborg, 2011, s. 57-58

¹⁴⁸ Sag C-92/00, Hospital Ingenieure GmbH (HI) mod Stadt Wien, pr. 42

fremgår af 2004-direktivet. Nedenstående vil dermed tage udgangspunkt i relevante bestemmelser fra begge direktiver.

2.5 Kravet om elektronisk adgang til udbudsdokumenterne samtidig med udbudsbekendtgørelsen

Det vil i den nærværende analyse blive undersøgt, hvorvidt kravet om elektronisk adgang kan udgøre et stærkere krav til gennemsigtighed. Artiklen omhandler elektronisk adgang til udbudsdokumenterne, hvor det følger af 2014-direktivets art. 53, stk. 1, at:

”De ordregivende myndigheder giver vederlagsfrit ubegrænset og fuld direkte elektronisk adgang til udbudsdokumenterne fra datoen for en bekendtgørelses eller meddelelsens offentliggørelse [...]”

Det findes interessant at undersøge, hvad der menes med ”udbudsdokumenterne”. Kigger man i direktivets art. 2, stk. 13, står der følgende: *”et ethvert dokument, som de ordregivende myndigheder udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer af udbuddet eller proceduren [...]”. Dette kan fortolkes bredt og dermed som værende alle dokumenter, der har betydning for udbudsprocessen.*

Hvorvidt dette er en skærpelse i forhold til 2004-direktivet vil blive undersøgt ud fra en lignende art. fra 2004-direktivet. Det fremgår her af art. 38, stk. 6, at:

”fristerne for modtagelse af tilbud i stk. 2 og stk. 3, litra b), kan afkortes med 5 dage, hvis den ordregivende myndighed fra datoen for bekendtgørelsens offentliggørelse i overensstemmelse med bilag VIII giver fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsbetingelserne og ethvert supplerende dokument, idet det angives i teksten til bekendtgørelsen, på hvilken internetadresse denne dokumentation kan findes”.

I 2004-direktivet fremgår der ikke en tilsvarende bestemmelse, som definerer, hvad ”ethvert supplerende dokument” er.

I 2014-direktivet er der, modsat 2004-direktivet, i højere grad fokus på, at det er et krav, at der sker tilrådighedsstillelse, som der kun i særlige tilfælde kan ske afvigelse fra. Derfor er udgangspunktet i dag, at der skal ske offentliggørelse, hvilket er en skærpelse i forhold til 2004-direktivet.

Systematikken fra 2014-direktivet er overført til udbudslovens § 132, hvor det indikeres at *”en ordregiver skal give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet fra datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen i den Europæiske Unions Tidende [...]”*. Man kan derfor se, at der er sket implementering af art. 53, stk. 1, i form af udbudslovens § 132¹⁴⁹, der lægger sig meget tæt op af ordlyden af 2014-udbudsdirektivets art. 53, stk. 1.

Af ovenstående kan det konkluderes, at alle dokumenter, der har betydning for udbudsprocessen, skal offentliggøres i forbindelse med udbudsmaterialet, jf. art. 53, stk. 1 i 2014-direktivet. Det må derfor være afgørende, hvilken betydning dokumenterne har for processen, når det skal vurderes, hvorvidt dokumentet skal offentliggøres i henhold til offentliggørelsesforpligtelsen. Denne forpligtelse fremgår kun af det nye udbudsdirektiv, der forpligter ordregiver til at offentliggøre udbudsmaterialet på samme tid som offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen.

I forhold til, hvad ordregiver skal offentliggøre, er der ikke betydelig forskelle på kravene i henholdsvis 2004- og 2014-direktivet, da der i begge direktiver opstilles minimumskrav, som ordregiver skal følge. Dermed må forskellen ligge i, *hvornår* det skal offentliggøres, og ikke *hvad* der skal offentliggøres. Det vigtigste i forbindelse med lige netop art. 53, stk. 1, må derfor være kravet om at offentliggøre udbudsdokumenterne på samme tid, som udbudsbekendtgørelsen bliver offentliggjort. Der kan argumenteres for, at det i princippet er en helt ny systematik, som i den grad vidner om stærkere krav til forudgående gennemsigtighed, når man sammenligner 2004-udbudsdirektivet med 2014-udbudsdirektivet. Derfor er det efter 2014-udbudsdirektivet sværere for ordregiver at tilbageholde dokumenter, da man formentlig i mange situationer vil kunne argumentere for, at en stor del af de dokumenter, ordregiver er i besiddelse af, i forbindelse med et udbud, kan have betydning for udbudsprocessen.

2.6 Livscyklusomkostningerne og evalueringsmetoden

Med udbudsdirektivet er der som noget nyt indført eksplicitte regler om inddragelse af livscyklusomkostninger i tilbudsevalueringen.¹⁵⁰ Baggrunden for at indføre disse regler om inddragelse af livscyklusomkostninger, skal findes i de bagvedliggende formål med udbudsdirektivet, herunder i led med gennemførelsen af 2020-strategien for intelligent, innovativ og bæredygtig vækst, jf. ud-

¹⁴⁹ Dog adskiller direktivet sig ved at angive ”de dokumenter” i modsætning til ”ethvert dokument”

¹⁵⁰ Hagel-Sørensen, Karsten (red.), 2016, *Aktuel udbudsret II*, Jurist- og økonomforbundets Forlag, s. 276

budsdirektivets præambelbetragtning 95 og 96.¹⁵¹ I disse præambelbetragtninger er særligt inddragelsen af sociale og miljømæssige hensyn i udbudsprocedureerne fremhævet, idet ordregiver har mulighed for at anvende tildelingskriterier eller vilkår for gennemførelsen af kontrakten for så vidt angår alle aspekter i den anskaffede ydelsers livscyklus.¹⁵²

Ordet ”livscyklus” er defineret i art. 2, stk. 1, nr. 20 i 2014-udbudsdirektivet, som: ”*alle fortløbende og/eller sammenhængende faser, herunder forskning og udvikling, der skal udføres, produktion, handel og betingelserne herfor, transport, anvendelse og vedligeholdelse, i hele eksistensen af varen eller bygge-og anlægsarbejdet [...]*”. Dette fremgår endvidere i udbudslovens § 24, nr. 20.¹⁵³

Beregningen af livscyklusomkostninger er reguleret i art. 68 og blev implementeret i udbudslovens §§ 166-168, hvor disse regler er direkte overført til udbudsloven uden vigtige ændringer. Udbudslovens bestemmelser regulerer adgangen til at inddrage livscyklusomkostninger ved anvendelse af tildelingskriterierne *omkostning* og *bedste forhold mellem pris og kvalitet*. Udbudslovens § 166 indeholder en opregning af, hvilke omkostninger der opfattes af begrebet livscyklusomkostninger i udbudslovens forstand.¹⁵⁴ Udbudslovens § 167 regulerer kravene til ordregiver i forbindelse med overholdelse af ligebehandling og gennemsigtighed ved, at ordregiver skal sørge for, at det indgår i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Her skal ordregiver nævne, dels hvilke oplysninger tilbudsgiveren skal fremlægge, og dels hvilken metode ordregiver anvender for at kunne beregne livscyklusomkostningerne.¹⁵⁵ § 168 i udbudsloven indeholder en særlig metode til vurderingen af eksterne livscyklusomkostninger.

Ved offentliggørelse af livscyklusomkostninger skal ordregiver oplyse, hvilke data tilbudsgiver skal fremlægge, samt hvilken metode ordregiver vil anvende for at bestemme livscyklusomkostningerne, jf. art. 86, stk. 2. Her fremgår det,

”hvis de ordregivende myndigheder vurderer omkostninger ud fra en beregning af livscyklusomkostninger, angiver de i udbudsdokumenterne, hvilke data tilbudsgiverne skal fremlægge, og *hvilken metode* den ordregivende myndighed vil anvende til at bestemme livscyklusomkostningerne på grundlag af disse data.”

¹⁵¹ Hagel-Sørensen, 2016, s. 276

¹⁵² Hagel-Sørensen, 2016, s. 276

¹⁵³ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 651

¹⁵⁴ De interne livscyklusomkostninger afholdes af ordregiver eller andre brugere, hvor eksterne omkostninger er knyttet til det udbudte, og er omkostninger, der kan henføres til eksterne påvirkninger på miljø

¹⁵⁵ Hagel-Sørensen, 2016, s. 279

Det ses hermed, at der i denne bestemmelse henvises direkte til den *metode*, den ordregivende myndighed skal anvende ved udvælgelse. Ser man i rapporten udarbejdet af Udbudslovsudvalget, henviser de til sammenhængen mellem livscyklusomkostninger og evalueringsmetoden. Her fremgår det, at¹⁵⁶:

”I lighed med § 158¹⁵⁷ skal ordregiveren i udbudsmaterialet beskrive metoden, således der er klart for potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende livscyklusomkostninger i forbindelse med evalueringen af tilbuddene.”

Det må heraf kunne udledes, at Udbudslovsudvalget er af den opfattelse, at det stærkere krav til offentliggørelse også kan udledes af direktivets bestemmelse om livscyklusomkostninger, da der i rapporten skrives ”i lighed med”. Det indebærer dels et krav om at de potentielle tilbudsgivere får mulighed for at vurdere, om de ønsker at afgive tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud og derudover medfører offentliggørelsen af livscyklusomkostningerne, at tilbudsgiverne kan kontrollere, at evalueringen er sket på rette vis i henhold til den offentliggjorte evalueringsmetode, jf. forarbejderne til udbudsloven.¹⁵⁸

Dette understøttes endvidere af Kommissionens svar til Styrelsen¹⁵⁹, hvor Kommissionen redegør for, at ordregiver bør være forpligtet til at skabe den nødvendige gennemsigtighed i kontrakter, hvori livscyklusomkostninger ikke er en del af evalueringen, jf. betragtning 90 i præamblen. Derudover fremgår det af korrespondancen, at ordregiver har vide rammer for valget af evalueringsmetode, så længe det sker under overholdelse af art. 68, stk. 2. Dermed kan Kommissionens svar understøtte, at der er et stærkere krav til offentliggørelse i 2014-direktivet, end det fremgår af 2004-direktivet.

2.7 Gennemsigtighedsprincippet i præamblen

Kigger man i præamblen til 2014-direktivet, fremgår det af 3. afsnit i 90. præambelbetragtning, at:

¹⁵⁶ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 238

¹⁵⁷ Implementeret i udbudslovens § 160, stk. 1

¹⁵⁸ Hagel-Sørensen, 2016, s. 280

¹⁵⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen rettede henvendelse til Europa-Kommissionen med henblik på at få bekræftet, at de danske regler om offentliggørelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet ikke indførte strengere regler end intentionerne i udbudsdirektivet, hvor til Europa-Kommissionen slår fast, at de danske regler om offentliggørelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet - inklusive den matematiske formel for konvertering af pris til point og vice versa - er en følge af udbudsdirektivet sammenholdt med fast retspraksis fra EU-Domstolen.

”For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør de ordregivende myndigheder være forpligtet til at skabe den gennemsigtighed, der er nødvendig for, at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og ordninger, der anvendes i forbindelse med beslutningen om tildeling af kontrakter”

I 2004-direktivet fremgår af 2. afsnit af 46. præambelbetragtning:

”For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør der indføres pligt – i overensstemmelse med retspraksis – til at fastholde den nødvendige gennemsigtighed, for at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og regler, der anvendes til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud”

Den største ændring er egentlig, at ordet ”regler” er skiftet ud med ”ordninger”, men derudover er der ikke den store indholdsmæssige forskel på de to præambelbetragtninger. Man kunne godt argumentere for, at ordet ”ordning” i højere grad kan associeres til ordet metode, men det er svært at sige, om baggrunden for udskiftningen af ordet, er sket på baggrund af dette ræsonnement. Derudover er der ikke sket nogle store indholdsmæssige ændringer, og det er derfor svært at argumentere for, at der i præambelbetragtning nr. 90 i 2014-udbudsdirektivet skulle være et stærkere krav til forudgående gennemsigtighed, end hvad der følger af den 46. præambelbetragtning fra 2004-udbudsdirektivet.

Herudover skal det nævnes, at hverken 2004-direktivet eller 2014-direktivet oplister en eksplicit forpligtelse for ordregiver til at oplyse evalueringsmetoden i udbudsmaterialet, jf. henholdsvis art. 53, stk. 2 samt betragtning 46 (2004-direktivet) og art. 67, stk. 5 samt betragtning 90 (2014-direktivet). Artiklerne samt betragtningerne nævner kun udtrykkeligt ordregivers forpligtelse til i udbudsmaterialet at angive tildelingskriterierne samt den relative vægtning heraf.

2.8 Ordregiver må ikke have ubetinget valgfrihed

Ordregiverne må ikke opnå et ubetinget valgfrihed, jf. art. 67, stk. 1. Denne bestemmelse er ny i forhold til 2004-direktivet. Det fremgår af 2. afsnit i 92. præambelbetragtning til 2014-direktivet:

”De valgte tildelingskriterier bør ikke give den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, og de bør sikre muligheden for effektiv og fair konkurrence og skal være ledsaget af ordninger, der muliggør effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger”

Det ses her, at ordregiver er pålagt at sikre effektiv konkurrence ved at muliggøre effektiv kontrol igennem gennemsigtighedsprincippet. Denne betragtning synes ikke at fremgå direkte af 2004-direktivet, men indeholder dog nogle synspunkter som giver udtryk for samme holdning. Således fremgår det af 1. præambelbetragtning i 2004-direktivet, at:

”[...] forudsat at sådanne kriterier er knyttet til kontraktens genstand, ikke giver den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, udtrykkeligt er omtalt og opfylder grundlæggende principper i betragtning 2”

Det faktum, at der står, at de valgte tildelingskriterier skal være ledsaget af ordninger, der muliggør effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, kunne godt tyde på, at der i forbindelse med 2014-udbudsdirektivet ses et stærkere krav til gennemsigtighed og vidner altså om, at der er sket en ændring fra 2004-udbudsdirektivet til 2014-udbudsdirektivet. Det skal dog ikke negligeres, at 2004-udbudsdirektivet også søgte at sikre, at ordregiver ikke havde et ubetinget frit valg, men det synes stærkere i 2014-udbudsdirektivet.

I ovenstående afsnit er det søgt at give et indblik i udbudsreglernes historie samt en sammenligning af 2004-udbudsdirektivet og 2014-udbudsdirektivet vigtigste artikler i relation til udbudslovens § 160, stk. 1. Udviklingen i udbudsreglernes historie viser, at fokus på især gennemsigtighedsprincippet har vundet større indpas i den udbudsretlige verden, og i sammenligningen af de to nyeste udbudsdirektiver kan man især se, at kravet til gennemsigtighed er skærpet.

Følgende afsnit vil tage udgangspunkt i betydningen af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i EU-retspraksis, hvor det vil blive analyseret, om den tendens, der ses i udviklingen af udbudsretlige regulering på området, også kan ses på samme måde i praksis.

2.9 Betydningen af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i EU-retspraksis

EU-Domstolen har i flere tilfælde tolket og udtalt sig i sager vedrørende omfanget af de forpligtelser, der følger af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Hertil kan først nævnes sag C-470/99, Universale-Bau AG som særligt relevant. Sagen vedrørte offentliggørelsen af de kriterier,

som ordregiver ville anvende i forbindelse med udvælgelsen af de tilbudsgivere, der var inviteret til at afgive tilbud. Her fastslog EU-Domstolen i dommens pr. 99, at såfremt ordregiver på forhånd har valgt en vægtning af udvælgelseskriterierne, skal vægtningen offentliggøres for tilbudsgiverne sammen med udbudsbekendtgørelsen, ellers vil forpligtelserne der følger af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke være overholdt. Netop denne begrundelse kan tolkes i retningen af også at gælde for tildelingskriterier, deres vægtning og reglerne for deres vægtning, altså implicit evalueringsmetoden.

I Sag C-448/01¹⁶⁰ ses en krydsreference til sag C-470/99, Universal-Bau AG, da Domstolen i pr. 49 udtaler, at:

”For det andet indebærer ligebehandlingsprincippet en forpligtelse til gennemsigtighed, *således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt*, hvilken forpligtelse bl.a. består i at sikre en kontrol med, at udbudsprocedurene er upartiske (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Universal-Bau m.fl., pr. 91 og 92).”

Til trods for, at evalueringsmetoden ikke nævnes eksplicit i Domstolens udtalelse, kan der argumenteres for, at en evalueringsmetode er et effektivt værktøj til at sikre kontrol, da tilbudsgiverne får mulighed for at efterprøve evalueringsmetoden, såfremt den er tilstrækkeligt detaljeret og altså er egnet til at efterprøve, om udbudsproceduren er foregået på upartisk vis, og at der fra Domstolens side ønskes en høj grad af gennemsigtighed.

Desuden udtaler Domstolen i pr. 52:

”Et tildelingskriterium, hvortil der ikke er knyttet krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol med nøjagtigheden af de oplysninger, der er fremlagt af de bydende, er i strid med de fællesskabsretlige principper, der gælder for offentlige kontrakter”.

Af præmissens indhold kan det udledes, at et vigtigt formål med gennemsigtighedsprincippet er, at der kan foretages en effektiv kontrol, hvorfor detaljerede oplysninger om, hvordan ordregiver har tænkt sig at evaluere, i hvert fald må siges at være et skridt i den rigtige retning i forbindelse med at overholde især gennemsigtighedsprincippet.

Endvidere kan nævnes sag C-331/04¹⁶¹, hvor Domstolen i pr. 24 udtaler:

¹⁶⁰ Sag C-448/01, Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 4. december 2003. – EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich. ECLI:EU:C:2003:651. - Vedrørende inddragelse af ikke-økonomiske hensyn ved tildelingen.

”Overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed kræver endvidere, at de potentielle bydende på det tidspunkt, hvor de forbereder deres bud, *har kendskab til alle forhold, som den ordregivende myndighed tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud*, og hvis muligt disse forholds relative betydning jf. i denne retning blandt andet Sag C-470/99, *Universale-Bau AG*, pr. 98¹⁶²,”

Formuleringen i udtalelsen ”alle forhold” foranlediger et stort råderum til fortolkning, hvorfor det er nærliggende at fortolke en skærpet forpligtelse ind i udtalelsen. For at en ordregiver kan tage stilling til, hvem der har udarbejdet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er ordregiver tvunget til at anvende en form for evalueringsmetode, hvilket må siges at være en del af de forhold som den ordregivende myndighed tager i betragtning i udvælgelsesfasen. Igen ses der fra Domstolens side en relativ skærpet forpligtelse, når det gælder overholdelsen af forpligtelsen til at overholde ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Samme formulering ses i sag C-532-06, *Lianakis*¹⁶³, hvor Domstolen i pr. 36 udtaler, at:

”I henhold til retspraksis [...] potentielle tilbudsgivere på det tidspunkt, hvor de forbereder deres bud, *har kendskab til alle forhold, som den ordregivende myndighed tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud* [...]”.

Princippet om, at tilbudsgiver skal have kendskab til alle de forhold, som den ordregivende myndighed tager i betragtning, ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er således flere gange slået fast af Domstolen. Dette kan meget vel kobles sammen med 2014-udbudsdirektivets art. 53, stk. 1, der bestemmer, at den ordregivende myndighed skal give adgang til udbudsdokumenterne samme dag, som udbuddet bekendtgøres, hvor udbudsdokumenter defineres i art. 2, stk. 1, nr. 13 som ”ethvert dokument, som de ordregivende myndigheder udarbejder eller

¹⁶¹ Sag C-331/04, Domstolens Dom (Anden afdeling) af 24. november 2003. - *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc*, EAC Srl og *Viaggi di Maio Snc* mod *ACTV Venezia SpA*, *Provincia di Venezia* og *Comune di Venezia*. EC-LI:EU:C:2005:718.

¹⁶² Som Domstolen har fremhævet vedrørende bestemmelsen i art. 27, stk. 2, i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), hvis ordlyd i det væsentlige er identisk med ordlyden af art. 30, stk. 2, i direktiv 93/37, har denne forpligtelse for ordregiverne netop til formål at oplyse eventuelle tilbudsgivere om de tildelingskriterier, deres bud skal opfylde, samt disses relative betydning, før de forbereder deres bud. Derved sikres, at principperne om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed overholdes (jf. dommen i sagen *Kommissionen mod Belgien*, pr. 88 og 89).

¹⁶³ Sag C-532-06, Domstolens Dom (Første Afdeling) af 24. januar 2008. - *Lianakis AE m.fl.* mod *Dimos Alexandroupolis*, 24. januar, 2008, ECLI:EU:C:2008:40. - Udbuddet var efter Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelser

henviser til for at beskrive eller fastlægge udbuddet eller proceduren [...]”. Det fremgår altså, at ethvert dokument, der har betydning for udbudsprocessen, skal offentliggøres i udbudsmaterialet, hvorfor meget tyder på, at der eksisterer et stærkere krav til den forudgående gennemsigtighed, som nu i højere grad kan ses i 2014-udbudsdirektivet, end hvad man kunne se i de forhenværende direktiver.

Desuden er det endvidere i sag C-532-06, Lianakis fastslået, at det ikke er lovligt for ordregivende myndighed efter offentliggørelsen af udbudsbetingelserne at fastsætte koefficienter og bestemmelser om vægtning samt underkriterier for de kriterier for tildelingen, der er anført i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen, når tilbudsgiver ikke på forhånd er blevet oplyst om disse.¹⁶⁴ Det er således fastslået, at det er den *efterfølgende* fastsættelse af både vægtningskoefficienter og underkriterier, der er i strid med EU-rettens bestemmelser, hvilket er interessant ved denne sag. Man kan spørge sig selv, hvilket bagvedliggende rationale der overhovedet skulle være for lovligt at måtte fastsætte detaljer i en evalueringsmetode efter åbningen af tilbuddene.

Tidligere praksis på området har i højere grad behandlet selve tildelingskriterierne fremfor evalueringsmetoden, men man kan argumentere for, at Domstolens principielle udtalelser der gælder ligebehandling og gennemsigtighed, i flere tilfælde burde kunne anvendes analogt på evalueringsmetoderne.

Der kan samlet udledes forpligtelser af Domstolens praksis i forbindelse med overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet som ikke har været nedskrevet sort på hvidt førhen, men som i højere grad er kommet til udtryk i 2014-udbudsdirektivet. Som nævnt i foregående afsnit, er særligt art. 53, stk. 1 vigtig, da artiklen tydeliggør en forpligtelse, som Domstolen tydeligvis har ment allerede var en forpligtelse efter ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

2.9.1 Dimarso-dommens udfalds betydning for tolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1

Udbudslovens § 160, stk. 1 har som tidligere nævnt været genstand for megen debat, og det har tilmed været yderst omdiskuteret, om § 160 stk. 1, er en overimplementering af 2014-udbudsdirektivet. I forhold til dette er sag C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest nævneværdig. Sag C-6/15 omhandler et belgisk EU-udbud af en tjenesteydelseskontrakt efter 2004-

¹⁶⁴ Sag C-532-06, Lianakis, pr. 38, 44 og 45.

udbudsdirektivet. Ordregiver havde i udbudsmaterialet angivet underkriterierne som henholdsvis pris og kvalitet, men efter tildelingen af kontrakten blev der klaget over, at der ikke var offentliggjort en evalueringsmetode, og at de tildelingskriterier, som ordregiver havde anvendt i sin evaluering, ikke var oplyst på forhånd. Domstolen havde ikke tidligere udtalt sig entydigt i forbindelse med forpligtelsen til at offentliggøre en evalueringsmetode, og der blev derfor stillet et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen.

Den belgiske domstol ønskede svar på om:

”Art. 53, stk. 2, i direktiv 2004/18, sammenholdt med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, skal fortolkes således, at i det tilfælde, hvor en offentlig tjenesteydelseskontrakt, som skal tildeles på grundlag af kriteriet om det set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, er sidstnævnte altid forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt *at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode eller de vægtningsregler, som vil blive lagt til grund for bedømmelsen af tilbuddene* i henhold til de tildelingskriterier, der er offentliggjort i disse dokumenter, eller hvis der ikke består en sådan generel forpligtelse, hvorvidt de særlige omstændigheder i den pågældende kontrakt kan pålægge en sådan forpligtelse.”¹⁶⁵

Domstolen svarede herpå, at:

”Art. 53, stk. 2 [...] sammenholdt med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, skal fortolkes således, at i det tilfælde, hvor en tjenesteydelseskontrakt, som skal tildeles på grundlag af kriteriet om det set ud fra den ordregivende myndighedssynspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, *er sidstnævnte ikke forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene. Denne metode kan derimod ikke føre til en ændring af tildelingskriterierne eller en ændring af den relative vægtning heraf.*”¹⁶⁶

Domstolen konkluderer altså, at ordregiver ikke er forpligtet til at offentliggøre evalueringsmetoden i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Dimarso-dommen er derfor blandt andet i

¹⁶⁵ Sag C-6/15, TNS Dimarso mod Vlaams Gewest, pr. 19

¹⁶⁶ Sag C-6/15, TNS Dimarso mod Vlaams Gewest, pr. 37

Klagenævnets kendelse af 8. august, 2017¹⁶⁷ anvendt af indklagede som argument for, at udbudslovens § 160, stk. 1, indebærer en skærpelse i forhold til de forpligtelser, der gælder i medfør af udbudsdirektivet. Dette er anført på baggrund af, at indklagede tidligere i kendelsen har påstået, at retsstillingen i 2004-udbudsdirektivet og 2014-udbudsdirektivet ikke har ændret sig. Indklagede tager dog ikke højde for 2014-udbudsdirektivets art. 53, stk. 1, der forpligter ordregiver til at offentliggøre udbudsdokumenterne sammen med udbudsbekendtgørelsen, hvorunder udbudsdokumenterne som tidligere nævnt, er ”ethvert dokument, som de ordregivende myndigheder udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer af udbuddet eller proceduren [...]” jf. 2014-udbudsdirektivets art. 2, stk. 1, nr. 13. Indklagede tager altså derved ikke højde for den grundlæggende ændring, der er sket fra 2004-udbudsdirektivet til 2014-udbudsdirektivet, der implicit påfører ordregiver en pligt til at offentliggøre en evalueringsmetode jf. art. 53, stk. 1 sammenholdt med art. 2, stk. 1, nr. 13.

Dimarso-dommens udfald er som sagt afsagt på baggrund af 2004-udbudsdirektivets art. 53, stk. 2, hvor der rigtigt nok ikke er indeholdt en pligt for ordregiver til at offentliggøre evalueringsmetoden på forhånd. Dimarso-dommen kan derfor ikke bruges til at give et svar på, hvorvidt kravet er indeholdt i 2014-udbudsdirektivet, og Dimarso-dommens udfald ændrer derfor ikke på noget i forhold til diskussionen af, om udbudslovens § 160, stk. 1, er en skærpelse i forhold til de forpligtelser der gælder i forhold til 2014-udbudsdirektivet.

På trods af, at EU-Domstolen kom frem til, at der ikke gjaldt en forpligtelse for ordregiver til at offentliggøre evalueringsmetoden på forhånd, fremgår det af pr. 31, at:

”I overensstemmelse med de i art. 2 i direktiv 2004/18 fastsatte principper¹⁶⁸ for indgåelse af offentlige kontrakter og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene.”

¹⁶⁷ Klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Region Midtjylland mod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, s. 20.

Kendelsen er en principiel kendelse og omhandlede et udbud hvori hældningsgraden på en lineær pointmodel ikke var oplyst. Klagenævnet kom frem til, at evalueringsmetoden var gennemsigtig og overholdt ligebehandlingsprincippet og derfor var evalueringsmetoden tilstrækkelig. Kendelsen vil blive behandlet i et særskilt afsnit senere i specialet.

¹⁶⁸ De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.

Dette er, som tidligere nævnt i specialet, ikke i overensstemmelse med klagenævnets praksis under 2004-udbudsdirektivet, hvor ordregiver tillod, at evalueringsmetoden blev fastsat, efter at ordregiver havde åbnet de indkomne tilbud.¹⁶⁹ Udtalelsen tyder endvidere på, at EU-Domstolen på baggrund af 2004-udbudsdirektivet og dertilhørende art. 53, stk. 2 er fortalende for, at udbudsprocessen skal være mere gennemsigtig for tilbudsgiver.

Hertil er det endvidere interessant at inddrage Generaladvokat Paolo Mengozzi (herefter Mengozzi) forslag til afgørelse¹⁷⁰, da der i hans forslag til afgørelse bliver udstukket nogle synspunkter, der ikke ses Domstolens afgørelse. Af pr. 21 fremgår det blandt andet, at der er sket en mærkbar udvikling i forbindelse med art. 53, stk. 2, i 2004-udbudsdirektivet, hvis man sammenligner med tidligere gældende ret på området, da ordregiver tidligere kun var forpligtet til at angive de tildelingskriterier, som de påtænkte at bruge i tilbudsevalueringen.¹⁷¹ Efter 2004-udbudsdirektivet er ordregiver også forpligtet til at anføre vægtningen af tildelingskriterierne i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

Mengozzi fremfører desuden, at denne udvikling vil have en vis betydning for løsningen af tvisten i hovedsagen jf. pr. 24. Endvidere fremføres det i pr. 63, at Mengozzi ikke ser nogle tvingende grunde til at kunne begrunde, at den ordregivende myndighed afviser at gøre eventuelle tilbudsgivere bekendt med de pågældende bedømmelsesmetoder, som under alle omstændigheder burde være fastsat inden udbuddet. Ydermere argumenterer Mengozzi for, at:

”jo flere klare, forståelige og detaljerede oplysninger tilbudsgiverne råder over i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne vedrørende samtlige af disse forhold, jo mindre er risikoen for, at den metode for analyse af tilbuddene som bedømmelsesudvalget vælger, kan ændre tildelingskriterierne eller –underkriterierne samt deres vægtning eller indføre en forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne.”¹⁷²

Mengozzi argumenterer endvidere for, at Domstolens fortolkning af ”den aktive rolle” som tildeles ordregiver på baggrund af 2004-udbudsdirektivet, også gælder for overholdelse af procedures

¹⁶⁹ Hvilket blandt andet kunne ses i ’Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension som udlagt af Nævnet i kendelse af 8. August, oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod BaneDanmark’, hvor Klagenævnet accepterede at ordregiver valgte én ud af tre forud for tilbudsmodtagelsen fastsatte alternative pointmodeller for underkriteriet pris. Her viste det sig, at være afgørende for tildelingen, hvilken pointmodel der blev anvendt.

¹⁷⁰ Forslag til afgørelse, sag C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest,

¹⁷¹ Forslag til afgørelse, sag C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, pr. 22

¹⁷² Forslag til afgørelse, sag C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, pr. 66

gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling,¹⁷³ som i denne sammenhæng skal forstås således, at ordregiver skal være med til at fremme gennemsigtighed, hvilket kunne gøres ved at offentliggøre evalueringsmetoden på forhånd.

Mengozzi mener således, at der burde eksistere et strengere krav for ordregivers pligt til at gøre udbudsprocessen mere gennemsigtig, da Mengozzi ikke ser nogen grund til, at kravet om på forhånd at offentliggøre en evalueringsmetode, ikke eksisterede efter 2004-udbudsdirektivet og det dertilhørende art. 53, stk. 2. Mengozzis teori om, at der ses en mærkbar udvikling på området, bekræftes kun i 2014-udbudsdirektivet, der er behandlet i afsnit 2.2.

Den samlede analyse af EU-retspraksis på området bekræfter således den tendens, som man kunne udlede af udviklingen fra 2004-udbudsdirektivet til 2014-udbudsdirektivet. Altså, at kravet om forudgående gennemsigtighed er skærpet, hvilket derfor taler for, at udbudslovens § 160, stk. 1, skal fortolkes udvidende og ikke indskrænkende.

Den mærkbare udvikling, der ses i EU-retspraksis samt Klagenævnets tidligere praksis på området danner grundlag for tilblivelsen af udbudslovens § 160, stk. 1, hvorfor der i nedenstående afsnit vil blive analyseret på Klagenævnets tidligere praksis på området, samt hvilke forpligtelser ordregiver var underlagt før udbudslovens § 160, stk. 1. Hensigten med følgende afsnit er at vise, hvorfor man i national ret har valgt at implementere en paragraf, der ikke står skrevet sort på hvidt i 2014-udbudsdirektivet.

2.10 Klagenævnets tidligere praksis og forpligtelserne før udbudslovens § 160, stk. 1,

Det fremgår af de specielle bemærkninger til udbudsloven, at udbudslovens § 160, stk. 1, ikke er en implementering af en udtrykkelig art. i udbudsdirektivet, men at § 160, stk. 1, er blevet indført på baggrund af den legislative forhistorie til det nye udbudsdirektiv samt drøftelser med Kommissionen.¹⁷⁴ Det er blevet vurderet, at der ses et stærkere krav til forudgående gennemsigtighed i udbudsdirektivet, end hvad der ses i dansk udbudspraksis på området for evaluering,¹⁷⁵ hvorfor udbudsudvalget foreslog tilblivelsen af § 160, stk. 1, for at sikre, at de udbudsretlige principper overholdes.

¹⁷³ Forslag til afgørelse, sag C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, pr. 66

¹⁷⁴ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 815

¹⁷⁵ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 815

På baggrund af de gamle udbudsdirektiver, herunder 2004/18/EF og 2004/17/EF¹⁷⁶, havde Klagenævnet fastlagt en praksis, hvorefter ordregiver ikke var forpligtet til at beskrive sin evalueringsmetode i udbudsbetingelserne.¹⁷⁷ I den forbindelse kan nævnes Klagenævnets kendelse af 13. januar 2004¹⁷⁸, hvoraf det fremgår, at:

”Indklagede har endelig besluttet, at de fastsatte beregningsmodeller skal indgå i udbudsbetingelserne. Det er så meget desto mindre i Bygge- og anlægsdirektiver eller i øvrigt i EU-udbudsretten foreskrevet, at sådanne eventuelt fastsatte beregningsmodeller skal medtages i udbudsbetingelserne”.¹⁷⁹

Dette er et klart og tydeligt eksempel på, at der ikke har eksisteret et krav til offentliggørelse af evalueringsmetoden efter Klagenævnets praksis.

Desuden har Klagenævnets praksis haft den konsekvens, at ordregiver påførte sig selv en risiko ved at oplyse evalueringsmetoden på forhånd, da Klagenævnet i flere tilfælde har annulleret tildelingsbeslutninger på baggrund af, at oplyste evalueringsmetoder ikke har været egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette er blandt andet illustreret i Klagenævnets kendelse af 9. januar 2012¹⁸⁰, hvor det fremgår, at *”pointsystemet er dermed opbygget sådan, at det i praksis ikke kan afspejle den spredning i de tilbudte priser i de indkomne tilbud, som er forventelig”* hvorfor Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen. Denne praksis har naturligvis medført en tendens for ordregiver til som udgangspunkt ikke at offentliggøre evalueringsmetoden af frygt for at få annulleret sin tildelingsbeslutning.

Klagenævnets praksis har dog også haft den konsekvens, at ordregivere i princippet selv har kunnet vælge, hvilken evalueringsmodel de har villet anvende, baseret på, hvem de helst ville tildele kontrakten. Dette ses i Klagenævnets kendelse af 13. november 2012¹⁸¹, hvor Klagenævnet accepterede en fremgangsmåde, hvor ordregiver, efter at have gennemgået de indkomne tilbud, valgte én ud af tre forud for tilbudsmodtagelsen fastsatte alternative pointmodeller for underkriteriet pris. Her viste

¹⁷⁶ 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhedsdirektivet)

¹⁷⁷ Treumer, 2016, s. 369

¹⁷⁸ Klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune, s. 51

¹⁷⁹ Klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune, s. 51

¹⁸⁰ Klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune, s. 17

¹⁸¹ Klagenævnets kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension som udlagt af nævnet i kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark.

det sig, at det var afgørende for tildelingen, hvilken pointmodel der blev anvendt, da modellerne udpegede to forskellige tilbudsgiver som den vindende tilbudsgiver.

Her kan argumenteres for, at denne praksis ikke har været hensigtsmæssig i forbindelse med overholdelsen af ligebehandling- og gennemsigtighedsprincipperne, da ordregiver jo i princippet har kunne fastsætte sin evalueringsmetode baseret ud fra det tilbud, han helst så vinde. Denne praksis kan siges at have været konkurrencefordrejende og uigennemsigtig, da tilbudsgiverne ikke har haft mulighed for at sikre sig, at ordregiver har evalueret på saglig vis.

Klagenævnets praksis har dog udviklet sig, og i kendelsen af 1. februar 2013¹⁸² udtaler Klagenævnet, at *"[...]Findes indklagedes brug af den anvendte pointbaserede bedømmelsesmetode ikke at have haft en sådan usædvanlig og upåregnelig karakter, at indklagede var forpligtet til på forhånd, at oplyse om metoden"*. I den forbindelse kan det udledes, at såfremt modellen havde været af upåregnelig eller af usædvanlig karakter skulle den have været oplyst på forhånd, hvilket var et skridt mod højere grad af forudgående gennemsigtighed.

2.10.1 Klagenævnets pragmatiske tilgang til regelsættet

Set fra ordregivers synsvinkel var det altså uigennemskueligt, hvornår der har været risiko for, at en evalueringsmetode i Klagenævnets øjne ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor det har været mere sikkert for ordregiver at undlade at oplyse en evalueringsmetode. Årsagen til, at der har været en stor risiko for at få tilsidesat sin evalueringsmetode, kan forklares ud fra det forvaltningsretlige forbud mod skøn under regel¹⁸³, selvom det kan diskuteres, hvor vidt der er plads til et skøn under hensyntagen til ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.¹⁸⁴ Hertil kan som et naturligt supplement inddrages Professor Steen Treumers afhandling, "ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler", hvor det anføres, at man som udgangspunkt må gå ud fra, at en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i de fleste tilfælde burde medføre en annulation af beslutningen, uden at der burde blive foretaget en væsentlighedsvurdering. Det anføres yderligere, at såfremt fortolkningen af tvisten bliver modsatrettet, vil retsbeskyttelsen, der

¹⁸² Klagenævnets kendelse af 1. februar, Abena A/S mod SKI, og Klagenævnets kendelse af 1. juli 2014, Havnens skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S mod Trafikselskabet Movia.

¹⁸³ Ved "skøn under regel" forstås, at ved skønsmæssige afgørelser må der som hovedregel ikke opstilles regler, der begrænser eller udelukker skønnet.

¹⁸⁴ Treumer, 2016, s. 372

følger af ligebehandlingsprincippet, ikke have nogen reel virkning, da ordregiver blot skal argumentere for, hvorfor han har forskelsbehandlet tilbudsgiverne.¹⁸⁵

Klagenævnets praksis viser en sådan udvikling i forbindelse med praksis om at fastsætte ulovlige tildelingskriterier.¹⁸⁶ I flere tilfælde har ulovlige tildelingskriterier ikke ført til en annullation af udbudsprocedurerne.¹⁸⁷ Her skal tages højde for, at Steen Treumers afhandling er forfattet tilbage i 1999 og udgivet i 2000, dvs. før 2004-udbudsdirektivet. Det er dog stadig betydningsfuldt, hvad praksis har været førhen, da argumenterne for, hvorfor Klagenævnet havde tendens til at beslutte, som de gjorde, stadig kan være relevant den dag i dag.

Helt generelt anfører Steen Treumer i sin afhandling, at udbudsreglernes strenge formalisme går imod den danske retstradition både i forhold til forvaltningsretten og på udbudsområdet, da det er meget usædvanligt, at principper vægtes så højt, som ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet gør. Han forklarer, at det altså er uvant for en fortolker ikke at skulle inddrage de involveredes interesser, som man ellers ville gøre ved de almindelige nationale domstole. Det anføres endvidere at det er en uvant tanke, at det offentliges interesse ikke skal vægtes højt i forhold til den tvist, der er opstået.¹⁸⁸ Derudover vil regelsættet også ofte føre til uhensigtsmæssige resultater, hvilket gør det ekstra svært at træffe afgørelser, som i nogle tilfælde meget tydeligt vil være inefficent for det offentliges interesse, herunder særligt værdispildsbetragtninger.¹⁸⁹

Tilbage i 1999, da Steen Treumer forfattede sin afhandling, var der en overvægt af sagkyndige, når der skulle træffes afgørelse ved Klagenævnet. Det fremgår af afhandlingen, at nævnet bestod af to sagkyndige og kun én fagdommer, når der skulle træffes afgørelse. Der lægges vægt på, at de sagkyndige naturligt har en mere pragmatisk tilgang til regelsættet¹⁹⁰ og altså formentlig vil have svært ved at se bort fra de værdispildsbetragtninger, der er uundgåelige, hvis regelsættet skal overholdes med den formalisme, som der formentlig er tiltænkt, da det blev udarbejdet.

I dag fremgår det af Klagenævnets hjemmeside, at klagenævnet i den enkelte sag sammensættes af ét medlem af formandskabet, altså en dommer samt ét sagkyndigt medlem.¹⁹¹ Denne udvikling kan

¹⁸⁵ Treumer, 2000, s. 279

¹⁸⁶ Treumer, 2000, s. 246

¹⁸⁷ Treumer, 2000, s. 246

¹⁸⁸ Treumer, 2000, s. 246

¹⁸⁹ Treumer, 2000, s. 281

¹⁹⁰ Treumer, 2000, s. 282

¹⁹¹ <https://erhvervsstyrelsen.dk/klagenaevnet-for-udbud>

være en konsekvens af, at det har vist sig ikke at være hensigtsmæssigt at have en overvægt af sagkyndige i de enkelte sager, da den pragmatiske tankegang ikke altid er forenelig med overholdelsen af de udbudsretlige principper, og en overvægt af sagkyndige, derfor har ført til resultater, der ikke kan forenes med udbudsrettens formål.

Indtil Udbudslovens ikrafttræden og dermed også § 160, stk. 1, har ordregiver kunne fjerne risikoen for at få tilsidesat sin evalueringsmetode ved blot at fastsætte denne efter modtagelsen af tilbudene. Dermed er ordregiver både sluppet for at skulle bruge ressourcer på at udarbejde evalueringsmodellen samtidigt med udbudsmaterialet, samt har undgået risikoen ved at offentliggøre en evalueringsmodel uden at vide, hvad de konkrete tilbud indeholdt, og dermed ikke være sikker på, at den offentliggjort evalueringsmodel var egnet til at evaluere de konkrete tilbud.

På baggrund af ovenstående analyse kan man med rette sætte spørgsmålstegn ved om Klagenævnets praksis, før Udbudslovens ikrafttræden, har været i overensstemmelse med forpligtelserne efter de gamle udbudsdirektiver som fortolket af EU-Domstolen. Hertil kan nævnes sag C-226/09¹⁹², som omhandlede indkøb af bilag II B-ydelser. Her udtaler Domstolen i pr. 62, at:

”En ændring af vægten af tildelingskriterierne, der finder sted efter fasen, hvorunder tilbuddene blev undersøgt første gang, svarer under disse omstændigheder til at ændre de kriterier, på grundlag af hvilke den første undersøgelse er foretaget. En sådan handlemåde er ikke i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf”.

Således fastslås det, at en ændring af vægtningen af underkriterierne efter tilbuddenes åbning er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det bliver ydermere i samme sag i pr. 63 præciseret, at det ikke er nødvendigt at påvise, at ændringen har virket diskriminerende, men blot nødvendigt, at man ikke kan udelukke, at en ændring kunne have haft en sådan virkning.

På baggrund af dette kan man argumentere for, at det også ville være i strid med forpligtelserne efter det gamle udbudsdirektiv, som fortolket af EU-Domstolen, at ændre en evalueringsmetode eller i realiteten give ordregiver lov til selv at vælge, hvilken evalueringsmetode ordregiver finder passende, efter åbningen af de indkomne tilbud.

¹⁹² Sag C-226/09, af 18. november 2010. – Europa-Kommissionen mod Irland. ECLI:EU:C:2010:697

På baggrund af ovenstående analyse kan der argumenteres for, at tidligere praksis på området ikke har været hensigtsmæssig, når der gjaldt udbudsprocedurens sidste fase – tildelingsfasen - hvorfor indførslen af udbudslovens § 160, stk. 1, kan siges at være et essentielt tiltag i forbindelse med at skabe en praksis på området, der i højere grad er i overensstemmelse med de EU-retlige udbudsregler.

Med udgangspunkt i nærværende afsnit ledes analysen naturligt videre til følgende afsnit, der søger at analysere og klargøre, hvilke forpligtelser, der egentlig gælder i forbindelse med at skulle offentliggøre selve evalueringsmetoden efter udbudslovens § 160, stk. 1.

2.11 Forpligtelsen til at offentliggøre evalueringsmetoden efter udbudslovens § 160, stk. 1

Som nævnt i de foregående afsnit er udbudslovens § 160, stk. 1, ikke en implementering af en art. i udbudsdirektivet. Baggrunden for denne implementering er til dels, at udbudsudvalget finder, at der i udbudsloven er et behov for klare regler vedrørende de praktiske udfordringer, som ordregivere og økonomiske aktører møder i udbudsprocessen.¹⁹³ Derudover finder udvalget, at der i direktivet ses et stærkere krav end i klagenævnspaksis, når det gælder den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverene lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages.¹⁹⁴ Bestemmelsen i udbudslovens § 160, stk. 1, tydeliggør dermed de principper, som er indeholdt i udbudslovens § 2 samt direktivets art. 18, stk. 1, som omhandler ligebehandling og gennemsigtighed.¹⁹⁵

I forhold til implementeringen af direktivet i national ret er der, udover de udbudsretlige principper i lovens § 2 samt art. 18, stk. 1, også lagt særlig vægt på præambelbetragtning 90. Betragtningen nævner, at, ”for at sikre overholdelse af principperne om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør de ordregivende myndigheder være forpligtet til at skabe den gennemsigtighed, der er nødvendig for, at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og ordninger, der anvendes i forbindelse med beslutningen om tildeling af kontrakter”. Det fremgår altså af præambelen, at tilbudsgivere bør være rimeligt informerede om de ”kriterier og ordninger”, der anvendes i forbindelse med beslutningen om tildeling af kontrakten. Igen kan der argumenteres for, at ordninger

¹⁹³ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 815

¹⁹⁴ Lovbemærkningerne til Udbudsloven s. 177

¹⁹⁵ Hagel-Sørensen, 2016, s. 599

kan sidestilles med metoder, og at tilbudsgivere derfor er berettiget til at være rimeligt informeret om de metoder, som ordregiver vælger at benytte.

Udbudslovens § 160, stk. 1, fastsætter dermed overordnet kravene til ordregiverens beskrivelse i udbudsmaterialet, hvor det fremgår af ordlydsfortolkningen, at *"en ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen"*. Denne forpligtelse må dermed anses for at supplere det allerede eksisterende krav om, at ordregiver skal anføre det valgte tildelingskriterium samt eventuelle underkriterier med tilhørende vægtning¹⁹⁶. Bestemmelsen indebærer dermed, at ordregiver skal fastsætte sin evalueringsmetode på et tidligere tidspunkt, end efter hvad der følger af klagenævnspraksis, hvor der ikke tidligere gjaldt et princip herom, jf. blandt andet Klagenævnets kendelse af 4. august 2009.¹⁹⁷

Tilbudsevalueringen skal blandt andet være i overensstemmelse med lovens § 2, hvor det fremgår, at *"en ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet"*. Ordregiver er som tidligere nævnt underlagt en forpligtelse om overholdelse af blandt andet principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det følger af lovbemærkningerne til udbudsloven, at ordregiver ved overholdelse af principperne i udbudslovens § 2 har et bredt skøn i forhold til fastlæggelse af evalueringsmetoden, samt et meget vidt skøn inden for de i udbudsmaterialet fastlagte rammer samt principperne i udbudslovens § 2, stk. 1, i forhold til tilbudsevalueringen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier.¹⁹⁸

Af lovbemærkningerne ses en beskrivelse af, hvad der forventes offentliggjort i udbudsmaterialet samt en række andre bærende elementer for, hvad der gør sig gældende ved offentliggørelse af evalueringsmetoden. For det første skal man, jf. udbudslovens §§ 161-165 angive, om den udbudte kontrakt tildeles på baggrund af tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet, "omkostninger" eller "pris". Derudover skal ordregiveren angive eventuelle underkriterier og eventuelle delkriterier til de valgte tildelingskriterier, f.eks. "materialevalg" eller "holdbarhed" til underkriteriet "kvalitet". Endvidere skal ordregiver fastsætte vægtningen af de angivne under- og eventuelle delkriterier. I den forbindelse anføres det i lovbemærkningerne, at udover, at ordregiver har et bredt skøn, kan ordregiveren i stedet for en præcis angivelse af vægtning af underkriterierne angive et

¹⁹⁶ Treumer, 2016, s. 375

¹⁹⁷ Klagenævnets kendelse af 4. august 2009, Mölnlycke mod Region Hovedstaden

¹⁹⁸ Lovbemærkningerne til Udbudsloven s. 177

passende interval, eller hvis vægtning ikke er mulig af objektive årsager, prioritere underkriterierne i henhold til udbudslovens § 165.¹⁹⁹

Ordregiver skal altså beskrive sin evalueringsmetode. Det fremgår af lovbemærkningerne, at evalueringsmetoden er *”den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtigt tilbud”*.²⁰⁰ Ligesom ved ovenstående har ordregiver her er meget vidt skøn i forhold til, hvilken evalueringsmetode der skal anvendes. Igen kræver det *blot* en overholdelse af lovens § 2.²⁰¹

Kigger man i lovbemærkningerne, synes det ikke klarlagt, hvor detaljeret evalueringsmetoden skal beskrives. Det fremgår dog af de overordnede bemærkninger, at offentliggørelsen af evalueringsmetoden skal sikre, 1) at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og 2) at tilbudsgiverne ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at optimere deres tilbud samt kontrollere ordregivers evaluering. Det følger dog af Klagenævnets praksis, at der ikke opstår et ubetinget frit valg for ordregiver, blot fordi evalueringsmodellen ikke er offentliggjort på forhånd.²⁰² Derfor vil nogle formentlig argumentere for, at hensynet til at sikre, at ordregiver ikke har et ubetinget frit valg, ikke kan retfærdiggøre, at evalueringsmetoden skal være meget detaljeret.²⁰³ Hertil skal man dog stadig vurdere, hvorvidt man kan tage højde for tidligere klagenævnspraksis, da det som i foregående afsnit er påvist, at der ikke ses samme grad af hensyn til de EU-retlige principper som der ses i EU-retspraksis.

Meget taler derfor for, at udbudsmaterialet bør indeholde mere detaljerede oplysninger, da tilbudsgiverne ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier skal have grundlag for at optimere deres tilbud samt kunne opnå kontrol af ordregiver og sikre, at ordregiver overholder de EU-retlige principper om blandt andet gennemsigtighed og ligebehandling. På baggrund af ovenstående er der tvivl om, hvorvidt ordregiver opnår ubetinget valgfrihed i evalueringsfasen, da lovbemærkningerne og tidligere klagenævnspraksis peger i retning af, at ordregiver ikke overlades et ubetinget frit valg, men det fremgår dog af baggrun-

¹⁹⁹ Lovbemærkningerne til Udbudsloven s. 177

²⁰⁰ Lovbemærkningerne til Udbudsloven s. 177

²⁰¹ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 231

²⁰² Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension

²⁰³ Treumer, 2016, s. 381

den for implementeringen af udbudslovens § 160, stk. 1, at man netop søger at gøre op med tidligere praksis i forhold til, hvad der skal oplyses i evalueringsmetoden.

Det følger af lovforslag nr. L 19 til Udbudslov fremsat 7. oktober 2015, at evalueringsmetoden kan *”basere sig på en prosamodel, prismodel eller pointmodel”*. Hertil bemærkes det, at det ikke er et krav, at evalueringsmetoden skal skrives ved hjælp af en matematik formel, hvilket må ses i sammenhæng med, at man kan benytte prosamodeller.²⁰⁴ Derudover kan *”ordregiveren frit vælge, om tilbuddene skal evalueres relativt i forhold til hinanden, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard”*²⁰⁵. Det må derfor være gældende, at det står ordregiveren frit for at vælge den ønskede evalueringsmodel, så længe kravet om gennemsigtighed er opfyldt, og evalueringen sker i overensstemmelse med det, som har været oplyst i udbudsmaterialet.²⁰⁶ Det er dog blandt andet i Styrelsens evalueringsvejledning diskuteret, om en prosamodellen nogensinde vil kunne overholde principperne i udbudslovens § 2.

Kravene til ordregivers beskrivelse af, hvad der tillægges betydning, er uændret, uanset hvilken udbudsform de vælger at bruge.²⁰⁷ I rapporten fra udvalget om dansk udbudslovgivning²⁰⁸ nævnes, at ændringer i den oplyste evalueringsmetode, der går ud over, hvad der fremgår i udbudsmaterialet, som ordregiver offentliggjorde ved bekendtgørelsen af udbuddet, som udgangspunkt vil have karakter af ændring i et grundlæggende element, som ikke kan gennemføres uden et fornyet udbud. Hertil fremgår det ydermere af de specielle bemærkninger, at ligebehandlingsprincippet blandt andet medfører, at ordregiver ikke kan foretage ændringer i grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsprocedure. Som eksempel herpå nævnes, at tildelingskriteriet ændres, eller at underkriterier tilføjes, fjernes eller på andre måder ændres indholdsmæssigt.²⁰⁹ I den forbindelse kan det diskuteres, om det også er en grundlæggende ændring, såfremt vægtningen ændres som følge af, at hældningsgraden ændres efter åbningen af tilbud.

På baggrund af ovenstående fremgår det ikke klart af udbudsloven eller bemærkningerne, hvor detaljeret evalueringsmetoden skal fremgå. Meget taler dog for, at ordregiver skal oplyse en detaljeret evalueringsmetode, da det vil sikre tilbudsgiverne bedre mulighed for at vurdere, om de vil deltage i

²⁰⁴ Hagel-Sørensen, 2016, s. 600

²⁰⁵ Lovbemærkningerne til Udbudsloven s. 178

²⁰⁶ Hagel-Sørensen, 2016, s. 600

²⁰⁷ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 233

²⁰⁸ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 234

²⁰⁹ Lovbemærkningerne til Udbudsloven s. 178

udbuddet samt give mulighed for at optimere tilbuddet. Dette kan begrundes med, at tilbudsgivere formentlig vil foretrække en gennemsigtig udbudsprocedure, så de er sikre på, at de ikke ”spilder” en masse ressourcer på at udarbejde et tilbud, som de reelt ikke har nogen chance for at vinde. Dette gør sig formentlig gældende i alle faser i en udbudsproces. Det må dog være afgørende for hvert udbud, hvor detaljeret evalueringsmetoden skal være, da detaljeniveauet stadig synes at være fleksibelt, så længe principperne om gennemsigtighed og ligebehandling er overholdt, jf. ovenfor.

I lovbemærkningerne til udbudsloven er der blandt andet lagt vægt på, at det er af stor betydning, at fremgangsmåden for tilbudsevalueringen tilkendes langt forud for den officielle tildeling af kontrakten for dermed ikke at efterlade ordregiver med muligheden for først at fastlægge evalueringsmetoden senere i udbudsprocessen samt en begrænset valgfrihed mellem de indkomne tilbud ved tilbudsevalueringen.²¹⁰ Derudover skal det være muligt for en tilbudsgiver, allerede ved gennemlæsning af udbudsmaterialet, at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med både under- og delkriterier og på baggrund heraf vurdere, hvorvidt de ønsker at bruge ressourcer på at byde på opgaven. Derudover skal være muligt at kontrollere, hvorvidt tildelingen er sket i overensstemmelse med den evalueringsmetode, der er fremført i udbudsmaterialet.²¹¹ Samlet set vil en detaljeret offentliggørelse af evalueringsmetoden altså være med til at sikre tilbudsgiver bedst mulige forudsætninger for at udarbejde et tilbud, og lovbemærkningerne taler også for en forholdsvist detaljeret tilgang til beskrivelsen af evalueringsmetoden.

Ovenstående analyse er lavet på baggrund af lovens forarbejder samt en ordlydsfortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1. Dog er der d. 8. august 2017 afsagt en kendelse af Klagenævnet, der kan være medvirkende til at klargøre, hvilke forpligtelser der gælder efter udbudslovens § 160, stk. 1. Følgende afsnit vil derfor være en analyse af Klagenavnets kendelse af 8. august.

2.12 Hvad betyder Klagenævnet kendelse af 8. august 2017 for tolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1?

Den 16. marts 2016 udbød Region Midtjylland (herefter Regionen) én rammeaftale indeholdende to delaftaler om køb af henholdsvis produktområdet Anæstesiapparater i den ene rammeaftale og produktområdet Anæstesimonitorer i den anden delaftale. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, og de indkomne tilbud skulle vurderes efter en lineær pointmodel, hvor laveste pris

²¹⁰ Lovbemærkningerne til udbudsloven s. 179

²¹¹ Lovbemærkningerne til udbudsloven s. 179

fik tildelt maksimumspoint, og hvor en pris på xx% over laveste pris ville få minimumspoint. Derudover var det oplyst, at underkriteriet økonomi skulle vægte 35%, og at der ved fastsættelsen af den procentsats, som ordregiver ville benytte til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen.

I december 2016 indgav Styrelsen en klage til Klagenævnet, med den påstand, at Regionen skulle offentliggøre sin hældningsgrad på den lineære pointmodel i deres udbudsmateriale. Styrelsen ville have Klagenævnet til at tage stilling til, om det er i overensstemmelse med udbudslovens § 160, stk. 1, kun at offentliggøre dele af evalueringsmetoden. Derudover skulle Klagenævnet tage stilling til, om Regionen handlede i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i tiltrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium.²¹²

Styrelsens påstande

Styrelsens primære påstand var, at det er i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ikke i udbudsmaterialet at angive hældningsgraden på den lineære pointmodel, som de ville anvende til at vurdere de indkomne tilbud, for så vidt angår det økonomiske underkriterium.²¹³ Styrelsen argumenterer for, at *”forpligtelsen til at oplyse hældningsgraden i udbudsmaterialet både støttes af en ordlydsfortolkning af § 160, stk. 1 og af en formålsbetragtning, ligesom den kan udledes af forudsætninger i loven”*.²¹⁴ Styrelsen har i den forbindelse anført, at hældningsgraden i den nærværende sag udgjorde en del af evalueringsmetoden, hvorfor den skulle oplyses i udbudsmaterialet. De anførte endvidere, at det ikke var nok at fastsætte den efter åbning af udbuddene, da Regionen ikke kan have overholdt sin oplysningspligt i dette tilfælde.²¹⁵ Yderligere udtaler Styrelsen, at en accept af sådan et princip ikke vil *”harmonere med forståelsen af begrebet evalueringsmetode, som der er klarlagt i bemærkningerne, og synes at fratage § 160, stk. 1, ethvert selvstændigt indhold”*.²¹⁶ Der må her menes i forhold til gennemsigtighedsprincippet, hvor tilbudsgivere bør have mulighed for at kontrollere hele udbuddet og sikre, at evalueringen og tildelingen af udbuddet sker på rette måde.

Af kendelsen ses det endvidere, at Styrelsen, i relation til formålsbetragtningerne, anfører, at gennemsigtighedsforpligtelsen i § 160, stk. 1, varetager to overordnede formål. For det første vil man

²¹² Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland s. 1-2

²¹³ Kendelse af 8. august 2017, s. 1

²¹⁴ Kendelse af 8. august 2017, s. 13

²¹⁵ Kendelse af 8. august 2017, s. 14

²¹⁶ Kendelse af 8. august 2017, s. 14

begrænse ordregiverens frie valg ved evalueringen, og for det andet vil man øge gennemsigtigheden for de økonomiske aktører.²¹⁷ I forbindelse med ordregiverens frie valg kommer Styrelsen endvidere med en påstand om, at det er et utvetydigt lovgiverkrav, at begrænsningen af valgfriheden netop skulle ske via beskrivelsen af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. Styrelsen argumenterede for, at Regionen ”åbnede op for, at man havde et frit valg ved tilbudsevalueringen, idet fastsættelsen af hældningsgraden var afgørende for pointtildelingen under det økonomiske underkriterium og dermed også for den samlede pointscore”²¹⁸. Dermed mener Styrelsen således, at Regionen bør offentliggøre hældningsgraden for ikke at opnå denne valgfrihed.

Dette understøttes endvidere af en undersøgelse lavet på baggrund af de indkomne tilbud i kendelsen. Her fremgik det, at hvis Regionen under delaftale 1 havde anvendt en hældningsgrad på 69% i stedet for 75%, havde kontraktudvalget haft et andet udfald.²¹⁹ Dette synes at stride mod udbudsloven § 160, stk. 1, hvor formålet netop er, at sikre at ordregiver ikke har et ubetinget frit valg og ikke har mulighed for at favorisere blandt tilbudsgiverne. Dette må alt andet lige understøtte det faktum, at ordregiver selv har mulighed for at vælge den ønskede tilbudsgiver, når en så lille procentuel ændring ændrer udfaldet så markant. Derudover vægter det økonomiske underkriterium alt andet lige betydeligt højere ved en hældningsgrad på f.eks. 50% end en hældningsgrad på 150%.²²⁰ Hvis denne hældningsgrad først offentliggøres efter udbuddet og ikke som en del af evalueringsmetoden, er det i nogle tilfælde sværere for potentielle tilbudsgivere at vurdere, om de skal byde på kontrakten eller ej. Derudover kan en efterfølgende fastlæggelse af hældningsgraden risikere at rykke balancen mellem de kvalitative underkriterier. Den manglende fastlæggelse kan skabe en favorisering af tilbudsgivere, da det ikke er muligt efterfølgende af fastsætte hældningsgraden på en sådan måde, at de offentliggjorte vægte respekteres for samtlige tilbudsgivere.²²¹

Sekundære evalueringsmetoder i forhold til fortolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1

Det fremgår af lovforslag nr. L 19, s. 184, at ordregiver har mulighed for at benytte sekundære evalueringsmetoder, hvis det viser sig, at der er større spredning mellem tilbudspriserne end forventet. Baggrunden for dette er, at hvis der må foretages ændringer i de grundlæggende betingelser for udbuddet, er ordregiver forpligtet til at aflyse det igangværende udbud. På den baggrund må det anta-

²¹⁷ Kendelse af 8. august 2017, s. 15

²¹⁸ Kendelse af 8. august 2017, s. 15

²¹⁹ Kendelse af 8. august 2017, s. 15

²²⁰ Kendelse af 8. august 2017, s. 15

²²¹ Kendelse af 8. august 2017, s. 15

ges, at det kan være nødvendigt at have sekundære evalueringsmetoder, hvis ikke den oprindelige metode kan rumme en større spredning end forventet.

Kravet for at kunne benytte sekundære evalueringsmetoder er dog, at disse også er fastlagt i forvejen, og at der står beskrevet, hvilke objektive konstaterbare forhold, der ”aktiverer” dem.²²² Baggrunden for brugen af sekundære evalueringsmetoder er, at evalueringsmetoder må ses som en konsekvens af pligten til at beskrive den fulde evalueringsmetode, herunder hældningsgraden, i udbudsmaterialet.²²³ Tager man udgangspunkt i sekundære evalueringsmetoder, har man også her taget stilling til, at ordregiver ikke skal opnå ubegrænset valgfrihed, idet man ikke kan vælge mellem de evalueringsmetoder, man har offentliggjort, men det afhænger af, hvad ordregiver har beskrevet i metoden.

Styrelsen argumenterer i denne henseende for, at det ikke er nødvendigt med disse sekundære evalueringsmetoder, såfremt ordregiver har mulighed for at ændre i eller tilføje til den primære evalueringsmetode. Endvidere argumenterer Styrelsen for, at muligheden for at benytte sekundære evalueringsmetoder, alt andet lige, må vise, at lovgiver har haft en hensigt om, at evalueringsmetoder skal beskrives mere uddybende end blot at være ”en overordnet systematik”, hvor man vil kunne ændre i evalueringsmetoden, uden at det har konsekvenser for udbuddet og i sidste ende, hvilken tilbudsgiver der bliver valgt.²²⁴ Med henblik på de argumenter, der oplistes af Styrelsen, må formålet være, at ordregiver bør beskrive sin evalueringsmetode, herunder hældningsgraden, i udbudsmaterialet, og dermed benytte den sekundære evalueringsmetode, såfremt den primære evalueringsmetode ikke dækker de indkomne tilbud. Derudover nævner Styrelsen, at lovgiver har haft til hensigt at sikre en offentliggørelsesforpligtelse med et reelt indhold, hvilket fremgår af, at man bevidst har valgt at sondre mellem beskrivelsen af evalueringsmetoden for de økonomiske underkriterier og beskrivelsen af evalueringsmetoden for de kvalitative underkriterier.²²⁵

Regionens påstande

Modsat Styrelsen har Regionen gjort gældende, at ordlyden af udbudsloven § 160, stk. 1, ikke indeholder en nærmere beskrivelse af, hvad der skal forstås ved evalueringsmetode. I forlængelse heraf

²²² Hagel-Sørensen, 2016, s. 601

²²³ Kendelse af 8. august 2017, s. 17

²²⁴ Kendelse af 8. august 2017, s. 17

²²⁵ Kendelse af 8. august 2017, s. 18

siger paragraffen heller ikke noget om, hvor detaljeret denne metode skal beskrives. I kendelsen argumenter Region Midtjylland for, at:

”der hverken af ordlyden af udbudslovens § 160, stk. 1, eller af andre bestemmelser i udbudsloven udledes en pligt for en ordregiver til at foretage en udtømmende beskrivelse af udmøntningen af den valgte evalueringsmodel i udbudsmaterialet, herunder den konkrete hædningskvotient for en lineær pointmodel. Tværtimod ligger der i anvendelsen af begrebet ”metode” en indikation af, at der alene er tale om et krav til beskrivelse af den overordnede systematik/form, der anvendes ved vurderingen af tilbuddene”.²²⁶

Regionen lægger her op til, at udbudslovens § 160, stk. 1 ikke indeholder en definition, der fastsætter rammerne for, *hvad der skal forstås ved ”evalueringsmetoder”, men blot beskriver evalueringsmetoder som en systematik* for der anvendes ved vurdering af tilbuddene. Regionen fremfører desuden, at det *fremgår af lovbemærkningerne, at det ikke har været hensigten med bestemmelsen at indføre skærpede forpligtelser i forhold til de forpligtelser, der følger af udbudsdirektivet*.²²⁷

Regionen kommer endvidere med en påstand om, at udbudslovens § 160, stk. 1, ikke er et udtryk for et isoleret ønske om at ændre den hidtidige retsstilling, men derimod er et ønske om at tydeliggøre de pligter, der følger af udbudsdirektivet/gennemsigthedsprincippet, uden at det fremgår af lovbemærkningerne eller af kommentarerne fra Styrelsen, hvilke bestemmelser der indebærer et ”stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis”.²²⁸

Klagenævnets påstande og afgørelse

Klagenævnet inddrager i kendelsen tidligere EU-Domstols praksis, herunder sag C-6/15²²⁹, hvoraf det fremgår, at den ordregivende myndighed ”*ikke er forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt at oplyse eventuelle tilbudsgivere, om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene*”.²³⁰

²²⁶ Kendelse af 8. august 2017, s. 19

²²⁷ Kendelse af 8. august 2017, s. 19

²²⁸ Kendelse af 8. august 2017, s. 19

²²⁹ Sag C-6/15, TNS Dimarso mod Vlaams Gewest

²³⁰ Kendelse af 8. august 2017, s. 19

Klagenævnet fremfører endvidere i kendelsen, at der således er overensstemmelse mellem bestemmelserne i 2004-udbudsdirektivet og det 2014-udbudsdirektiv for at vidt angår kravene til den forudgående gennemsigthed i forhold til tilbudsevalueringen.

Derudover udtaler Klagenævnet ud fra forarbejderne til udbudsloven, at der er tre hensyn, der skal være opfyldt for, at en evalueringsmodel opfylder kravene til udbudsloven. For det første skal ordregiver ikke have et ubetinget frit valg, derudover skal tilbudsgiverne have bedre grundlag ved udarbejdelse af deres tilbud, og til sidst skal tilbudsgiverne have mulighed for at kontrollere ordregivers evaluering.²³¹ Klagenævnet finder, at Regionen overholder de tre hensyn, da Klagenævnet udtaler, at:

*”dels vil evalueringen nøje skulle overholde de fastsatte vægtninger, dels har regionen bundet sig til at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser [...]”.*²³²

Derudover udtaler nævnet, at:

*”I relation til den del af formålet med udbudslovens § 160, stk. 1, der angår at sikre, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at kontrollere ordregivers tilbudsevaluering, bemærkes, at tilbudsgiverne i det foreliggende tilfælde fuldt ud har kunne kontrollere, at regionen har overholdt den evalueringsmetode, som var fastsat i udbudsbetingelserne”.*²³³

Klagenævnet finder dermed ikke, at regionen har overtrådt udbudsloven § 160, stk. 1, ved ikke at oplyse hældningsgraden. Klagenævnet tager således ikke Styrelsens påstand til følge.

2.12.1 Opsummering på kendelsen af 8. august 2017

Kendelsen er yderst interessant i den henseende, at Klagenævnet, fastslår at der ikke gælder en pligt for ordregiver til at oplyse hældningsgraden ved brug af lineære pointmodeller, hvilket ellers var anbefalet af Styrelsen i deres evalueringsvejledning, før den blev revideret som følge af kendelsens resultat. Dette er dog kun gældende, såfremt ordregiver udførligt har oplyst, hvordan evalueringen af underkriterierne vil blive gennemført, og hvis det økonomiske underkriterium vægter relativt lavt

²³¹ Kendelse af 8. august 2017, s. 28-29

²³² Kendelse af 8. august 2017, s. 28

²³³ Kendelse af 8. august 2017, s. 29

i forhold til den samlede vurdering. Situationen kan således godt være anderledes i en anden, hvor det økonomiske underkriterium vægter højt i forhold til den samlede vurdering.

Kendelsen er principiel og begrænser dermed rækkevidden af udbudslovens § 160, stk. 1, samtidig med, at den giver anledning til overvejelser om, hvorvidt denne nationale bestemmelse har den tilsigtede virkning. Kendelsen medfører således, at udbudslovens § 160, stk. 1, skal fortolkes en del mere indskrænkende, end hvad Styrelsen har givet udtryk for i deres oprindelige evalueringsvejledning.

Som anført ovenfor, er det blandt andet på baggrund af EU-Domstolens tidligere praksis, herunder særligt sag C-6/15, at Klagenævnet anfører, at der ikke eksisterer et krav til offentliggørelse af hældningsgraden. Her kan man som i afsnit 2.9 om EU-praksis igen argumentere for, at eftersom Dimarso-sagen blev afsagt under 2004-udbudsdirektivet, kan man ikke anvende denne afgørelse i forbindelse med kendelsen af 8. august, 2017, da der eksisterer nogle andre forpligtelser for ordregiver efter 2014-udbudsdirektivet, som gør, at der nu eksisterer et stærkere krav til forudgående gennemsigtighed. Dette støttes endvidere af gennemgangen af de to udbudsdirektiver i afsnit 2.2. Man kan derfor argumentere for, at såfremt sag C-6/15 var blevet afsagt på baggrund af 2014-udbudsdirektivet, så havde resultatet været et andet, hvorfor Klagenævnet ikke med rimelig begrundelse burde kan bygge deres afgørelse på baggrund af denne afgørelse.

Endvidere er det især bemærkelsesværdigt, at Klagenævnet ikke lader til at se det som et problem, at der sker en ændring af en del af evalueringsmetoden *efter*, at tilbuddene er åbnet, da det som tidligere nævnt, er den efterfølgende fastsættelse, der er i strid med EU-rettens bestemmelser jf. sag C-532/06, pr. 38, 44 og 45. Uanset, at kendelsens udfald i nogle tilfælde kan have den konsekvens, at ordregiver kan stå tilbage med et frit valg, så giver kendelsen en smule mere klarhed over de forpligtelser, der gælder efter bestemmelsen ifølge Klagenævnet.

2.13 Juridisk delkonklusion

Det er gennem ovenstående analyser påvist, at der er sket en udvikling i udbudsreglerne, der medfører et større krav til gennemsigtighed. En vigtig del i udviklingen er, at gennemsigtighedsprincippet blev indskrevet som en del af 2004-udbudsdirektivet. Endvidere er art. 53, stk. 1, sammenholdt med art. 2, stk. 1, nr. 13 i 2014-udbudsdirektivet betydningsfuld, da artiklen indfører en ny systematik i

forbindelse med offentliggørelse af udbudsmaterialet, som især skærper den forudgående gennemsigthed i udbudsproceduren.

Udviklingen ses endvidere også flere steder i EU-retspraksis, hvor fokus på gennemsigthed og ligebehandling er fremtrædende og essentiel i mange af de sager, der vedrører tildelingsfasen. For nærværende speciale er især sag C-532/06, Lianakis, vigtig, da det er i denne sag, at det bliver slået fast, at det er den *efterfølgende* fastsættelse af, i dette tilfælde vægtningskoefficienter og underkriterier, der strider mod EU-rettens bestemmelser. Dette taler for, at detaljer, der kan have betydning for udfaldet af en tildeling, burde være fastsat og offentliggjort sammen med udbudsdokumenterne og udbudsbekendtgørelsen.

I forbindelse med Klagenævnets tidligere praksis på området, er der jævnfør afsnit 2.10 i høj grad tvivl om, hvorvidt den tidligere Klagenævnsspraksis efterlevede forpligtelserne efter de gamle udbudsdirektiver, som de fortolkes af EU-Domstolen, hvorfor indførelsen af udbudslovens § 160, stk. 1, kan siges at have været nødvendig for at sikre den gennemsigthed, der følger af EU-udbudsreglerne samt EU-retspraksis.

Klagenævnets argumentation i kendelsen af 8. august 2017 om, at udfaldet på sag C-6/15²³⁴ må betyde, at der ikke er indeholdt et krav om pligt til at offentliggøre hældningsgraden i bagvedliggende EU-ret, bliver manet til jorden, da sag C-6/15²³⁵ er afsagt på baggrund af 2004-udbudsdirektivet, og der som påvist er sket en ændring af kravet til forudgående gennemsigthed i 2014-udbudsdirektivet. Såfremt Klagenævnet ikke har denne argumentation at bygge sin afgørelse op på, kan det diskuteres, om Klagenævnet stadig har nok rygdækning til, at udfaldet på saglig vis kan forsvares.

På baggrund af afsnit 2.11 om forpligtelserne, der følger af udbudslovens § 160, stk. 1, kan det konkluderes, at det ikke fremgår klart af hverken udbudsloven eller lovbemærkningerne, hvor detaljeret evalueringsmetoden skal være. Dog taler meget for, at evalueringsmetoden skal beskrives forholdsvist detaljeret, da en detaljeret beskrivelse vil sikre formålet med udbudslovens § 160, stk. 1, som er at sikre, at ordregiver ikke får et ubetinget frit valg, samt tilbudsgivere skal have bedre mulighed for at optimere deres tilbud og kontrollere ordregivers evaluering.

²³⁴ Sag C-6/15, TNS Dimarso mod Vlaams Gewest

²³⁵ Sag C-6/15, TNS Dimarso mod Vlaams Gewest

Dog giver Klagenævnets kendelse af 8. august, 2017, der er behandlet i afsnit 2.12 et indtryk af, at udbudslovens § 160, stk. 1, ikke skal fortolkes så indskrænkende, som Styrelsen først havde antaget jf. deres evalueringsvejledning fra 2016, da Klagenævnet giver indklagede lov til først at fastsætte hælningsgraden på den lineære pointmodel, som de har valgt at anvende til at evaluere deres indkomne tilbud, efter at indklagede har set spredningen i tilbuddene. I kendelsen bliver der fra klagers side blandt andet lagt vægt på muligheden for sekundære evalueringsmetoder, der i princippet bliver overflødig, såfremt det er lovligt at fastsætte en hælningsgrad efterfølgende. Endvidere blev det af klager påvist, at en lille procentuel ændring i hælningsgraden ville ændre udfaldet.

Afslutningsvist kan det på baggrund af ovenstående analyser konkluderes, at jo mere detaljeret en evalueringsmetode er, jo tættere vil vi komme på formålet med udbudslovens § 160, stk. 1, hvorfor udgangspunktet naturligt har været, at der blev forventet en udvidende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1. Kendelsen ændrer indlysende på denne formodning, og en mere indskrænkende fortolkning, må således siges at være tilstrækkelig i Klagenævnets øjne. Samlet set giver kendelsen giver en vis klarhed over forpligtelserne efter udbudslovens § 160, stk. 1, men det står stadig ikke klart, hvornår en evalueringsmetode vil være sikker på at overholde udbudslovens § 160, stk. 1.

Kapitel 3 – Økonomisk analyse

3.1 EU-udbudsreglernes overordnede formål i et konkurrenceretligt henseende

Udbudsreglernes primære EU-retlige formål er at skabe og sikre, at der eksisterer et indre marked for offentlige kontrakter med fri bevægelighed for etableringsretten, varer, tjenesteydelser etc. Reglerne er altså som udgangspunkt lavet med det formål at styrke det indre marked i EU og således fremme konkurrencen om offentlige opgaver i hele EU.²³⁶ EU-Domstolen har endvidere udtalt, at udbudsdirektivernes vigtigste formål er, at:

”fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat”²³⁷.

På trods af, at udbudsreglernes primære formål er at åbne op for det indre marked, viser det sig, at danske virksomheder ikke har vundet stort indpas på det europæiske marked ved EU-udbud. Kun 43 gange har virksomheder med dansk adresse vundet et EU-udbud i udlandet, selvom der 50.000 gange om året dystes om store offentlige kontrakter i EU.²³⁸ Omvendt var det i 2015 også i 91,4% af tilfældene ved EU-udbud, udstedt af danske ordregivere, danske virksomheder, der løb med sejren.²³⁹ På trods af, at udbudsreglerne ikke har åbnet op for det indre marked i det omfang, det måske var tiltænkt, medvirker udbudsreglerne stadig til at skabe konkurrence blandt de indenlandske virksomheder. Konkurrenceudsættelse af offentlige opgaver, er ikke altid ensbetydende med, at den udbudssatte opgave skal løses af en privat aktør.²⁴⁰ Det er alene et udtryk for, at opgaven bringes i udbud og det på den baggrund bliver testet, om opgaveløsningen er effektiv og giver den bedste kvalitet til prisen. Der blev i Danmark i 2017 skabt konkurrence om opgaver for ca. 103 mia. kr., hvilket udgør ca. en fjerdedel af det beløb, der blev købt ind for.²⁴¹

I forbindelse med specialets problemstilling, der vedrører udbudslovens § 160, stk. 1, vil det være relevant at se, hvad der sker på et marked, hvor ordregiver har et ubetinget frit valg blandt de til-

²³⁶ Hamer, Risvig, Carina, 2016, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, s. 32

²³⁷ Sag C-237/99 af 1. februar 2001 – Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik. ECLI:EU:C:2001:70

²³⁸ Ugebrevets A4's analyse af EU's udbudsdatabase TED fra juli 2013 til juli 2014

²³⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, december 2016, ”Status for offentlig konkurrence”, s. 49

²⁴⁰ ”Status for offentlig konkurrence”, 2017, s. 4

²⁴¹ ”Status for offentlig konkurrence”, 2017, s. 4

budsgivere, der vælger at byde på et givent udbud. Altså på et marked, hvor der af årsager, der vil blive behandlet senere i specialet, i princippet ikke bliver skabt den konkurrence, som er formålet med udbudsreglerne. Grunden til, at vi antager, at de konkurrencefordele, der normalt ville være på et marked med mange konkurrenter er, at offentlige virksomheder ikke er omkostningsminimerende, jf. afsnit 3.4, på samme måde som en privat virksomhed og derfor kan risikere at gå glip af de fordele, der er ved reel konkurrence på et marked. Følgende afsnit vil demonstrere, hvad der vil ske på et marked med fuldkommen konkurrence i en udbudsretlig kontekst²⁴² og på et marked, hvor der er monopol lignende tilstande.

3.2 Fuldkommen konkurrence i en udbudsretlig kontekst

Som det er nævnt ovenfor, har de udbudsretlige regler til hensigt at skabe effektiv konkurrence. Dette følger blandt andet af udbudslovens § 1, hvori der står, at *”formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”*. Dermed ses det, at udbudslovens formål er at sikre effektiv konkurrence, herunder udbudslovens § 160, stk. 1, hvor man blandt andet vil sikre, at ordregiver ikke opnår frit valg blandt tilbudsgiverne og på den måde søger at sikre reel konkurrence blandt tilbudsgiverne.

Fuldkommen konkurrenceformen er baseret på fem centrale antagelser. Første antagelse er, at der er mange udbydere på markedet, og hver udbyder er så lille, at udbyderens handlinger ikke vil have indflydelse på markedet og dermed ikke vil påvirke den gældende markedspris. Hver udbyder vil derfor blive nødt til at sælge sit produkt til markedsprisen. Den anden antagelse er, at produkterne der sælges på markedet, er homogene varer. Alle varerne er således perfekte substitutter for hinanden. Den tredje antagelse er, at der er perfekt information. Det vil sige, at forbrugerne har alle tilgængelige oplysninger om priser og produkter fra konkurrerende leverandører, og at forbrugerne kan få adgang til dette uden omkostninger.²⁴³

Der er altså meget få transaktionsomkostninger forbundet med denne konkurrenceform.²⁴⁴ Sælgere på markedet har ligeledes perfekt information om deres konkurrenter. Den fjerde antagelse er, at

²⁴² Fuldkommen konkurrence er en betegnelse for et marked, der ved opfyldelse af fastsatte forudsætninger opnår en samfundsefficient tilstand.

²⁴³ Cabral, 2000, s. 85

²⁴⁴ Østergaard, 2003, s. 272

alle virksomheder på markedet har lige adgang til alle produktionsteknologier, der måtte være relevante for de pågældende virksomheder. Den femte og sidste antagelse går ud på, at der er både frie adgangsmuligheder samt udgangsmuligheder til markedet.²⁴⁵ Ligesom ved monopoltilstanden antages det, at alle virksomheders mål er at profitmaksimere, hvilket indebærer, at marginale indtægter svarer til marginale omkostninger. Ved fuldkommen konkurrence er de marginale indtægter dog lig med markedsprisen, så den optimale regel bliver således: $p = MC$.²⁴⁶

Hvis en virksomhed sætter priserne højere end sine konkurrenter på et marked med fuldkommen konkurrence, vil virksomheden ikke sælge noget. Hvis virksomheden derimod sætter prisen lavere end de andre virksomheder, vil virksomheden opnå hele efterspørgslen på markedet, hvilket i forhold til virksomhedens kapacitet vil være uoverskuelig stor mængde. På et marked med fuldkommen konkurrence antages det ydermere, at efterspørgslen, som hver virksomhed står overfor, er horisontal, og at hver virksomhed er ”price taker”²⁴⁷.

Under markedsformen fuldkommen konkurrence opnår der ligevægt, hvis den samlede efterspørgsel er lig med det samlede udbud.²⁴⁸ Fuldkommen konkurrence betegnes som en ønskværdig tilstand og specielt ligevægten under fuldkommen konkurrence er efficient på to måder. For det første vælger hver virksomhed det efficiente outputniveau, som er det outputniveau, hvor pris er lig med de marginale omkostninger.²⁴⁹ For det andet vil virksomheder, der er aktive på markedet i det lange løb, være efficiente primært på grund af den frie adgang til markedet, der bevirker, at virksomheder producerer langsigtede outputs, således at prisen svarer til de laveste gennemsnitlige omkostninger.²⁵⁰

I en udbudsretlig kontekst kan man derfor argumentere for, at jo flere tilbudsgivere, der er på markedet, jo større konkurrence skabes der om udbuddene, og derfor vil prisen på det, de offentlige virksomheder efterspørger, nærme sig de laveste gennemsnitlige omkostninger. Der skal her knyttes en kommentar om, at konkurrence kan skabes, såfremt der er to tilbudsgivere på markedet, men at konkurrencen for alvor bliver påvirket, såfremt der er flere tilbudsgivere. Formålet med de udbuds-

²⁴⁵ Cabral, 2000, s. 85

²⁴⁶ Cabral, 2000, s. 85-86

²⁴⁷ At være ”price taker” betyder, at virksomhederne er nødsaget til at sælge deres varer til markedsprisen, ellers vil de ikke være i stand til at sælge noget, fordi forbrugerne har muligheden for at henvende sig til en anden virksomhed, der sælger præcis samme vare, men til en lavere pris.

²⁴⁸ Christensen, Niels Bruhn & Poulsen, Anders, 2005, Ventus Publishing ApS, Mikroøkonomi kompendium, s. 83

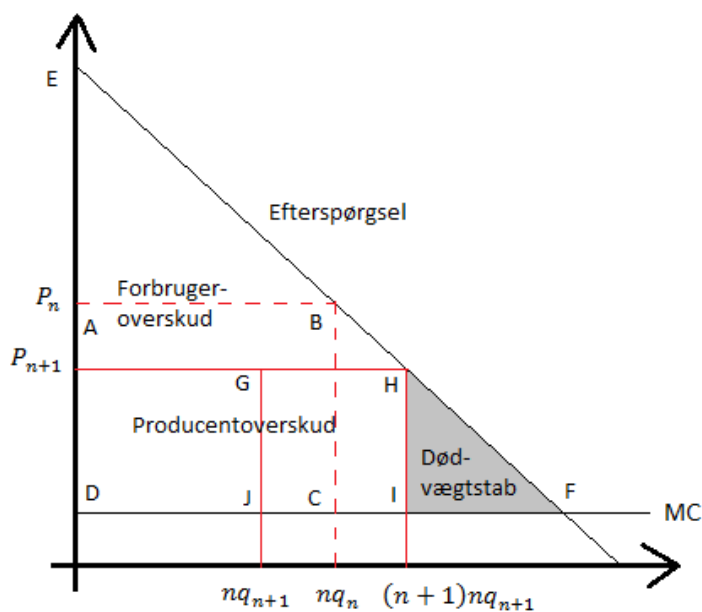
²⁴⁹ Cabral, 2000, s. 86

²⁵⁰ Cabral, 2000, s. 86

retlige regler illustreres derfor klart og tydeligt, når man ser, hvilke fordele der opnås ved et marked med fuldkommen konkurrence.

I en udbudsretlig kontekst kan man derfor bruge konkurrenceformen fuldkommen konkurrence til at udpensle de fordele, man kan opnå i en situation med flere tilbudsgivere på markedet. På et marked med fuldkommen konkurrence vil man kunne opnå en sådan situation ved, at der er flere tilbudsgivere, der indtræder på markedet og dermed konkurrerer om de samme udbud.

Nedenstående graf viser virkningen af, at der indtræder en ekstra virksomhed (her tilbudsgiver) på markedet. Som det fremgår af grafen, vil output pr. virksomhed, der indtræder på et givent marked, blive nq_{n+1} , og den nye pris bliver p_{n+1} . Derudover illustrerer grafen, at ved at en ekstra virksomhed indtræder på markedet, vil det samlede output blive $(n + 1)q_{n+1}$.



Figur 1 - Egen frembringelse af model over øget velfærd

Den samlede profit for den nye virksomhed på markedet vil være arealet GHIJ, og det ses deraf, at den nye virksomheds totale profit derfor er større end den samlede samfundsmæssige profit (BHIC), da de hovedsagligt er de ordregivende myndigheder vil opnå fordele ved, at der indtræder flere tilbudsgivere på markedet, der nu skal konkurrere på prisen og dermed ikke kan sætte prisen, som de vil, ligesom det er tilfældet under konkurrenceformen monopol (som vil blive gennemgået i afsnit 3.3). Det betyder, at de tilbudsgivere, der allerede eksisterer på markedet, er nødsaget til at sænke deres priser, idet der nu indtræder flere tilbudsgivere, der kan konkurrere om de samme ud-

bud, hvorfor det må gælde, at det er de ordregivende myndigheder, der vinder ved, at der er flere tilbudsgivere om de samme opgaver.

Derudover vil der på markeder uden konkurrenceformen fuldkommen konkurrence opstå et dødvægtstab, men som det ses af grafen, vil dette dødvægtstab mindskes, såfremt der indtræder flere virksomheder på et givent marked. Udgangspunktet må derfor være, at for at velfærden skal stige, så må dødsvægtstabet mindskes, hvilket, ud fra ovenstående, opstår i de situationer, hvor der er flere tilbudsgivere på markedet. Dødvægtstabet mindskes derfor i de situationer, hvor der indtræder ekstra virksomheder, her tilbudsgiver, på markedet. Dødvægtstabet vil blive behandlet nærmere i afsnit 3.3.

Det er dog ikke muligt for et marked at opnå fuldkommen konkurrence, som beskrevet ovenfor. Teorien kan imidlertid godt bruges til at forklare tendenserne på markeder, hvor tilstanden kan minde om fuldkommen konkurrence, da der er flere tilbudsgivere, der konkurrerer om et givent udbud.²⁵¹ For at komme lidt tættere på virkeligheden, kan nævnes 'competitive selection', som er en afart af fuldkommen konkurrencemodellen.

3.2.1 'Competitive selection' – konkurrencedygtig udvælgelse

For at komme en anelse nærmere på virkeligheden er det nødvendigt at ændre lidt på nogle af de antagelser, der hører til teorien om fuldkommen konkurrence som markedstilstand. Vi fastholder antagelserne om, at virksomhederne er 'price takers', at produkterne på markedet er homogene, og at der er perfekt information om priserne, både for forbrugerne og sælgerne. Vi antager dog nu i stedet, at virksomheder har såkaldte 'sunk cost'²⁵², og at det ikke er alle virksomheder, der har adgang til den samme teknologi. For at gøre det mere virkelighedsnært, antager vi, at forskellige virksomheder også er meget forskellige, når det kommer til virksomhedens efficiens. Dette hænger sammen med det faktum, at virksomheders omkostninger varierer meget fra virksomhed til virksomhed.²⁵³

Virksomhederne er muligvis ikke helt klar over, hvor effiente de i begyndelsen, og det er først efter en periode, at virksomhederne kan se, hvor effiente de i virkeligheden er. Virksomheder vil,

²⁵¹ Cartwright, Edward & Frank, Robert, 2013, Microeconomics and behaviour, By McGraw-Hill Education, s. 348

²⁵² En 'sunk cost' er en omkostning der er brugt og permanent er tabt. En 'sunk cost' er altså irrelevant for fremtidige beslutninger, fordi omkostningen vil være den samme uanset resultatet af en beslutning. Den rationelle økonom vil kun tage de variable omkostninger i betragtning, men de fleste vil også inddrage de såkaldte 'sunk cost' i deres beslutninger.

²⁵³ Cabral, 2000, s. 89

baseret på, hvor effiente de tror, de er, vælge et outputniveau, hvor pris er lig med den forventede marginale omkostning. For nogle virksomheder, hvor omkostningerne viser sig at være højere end forventet, kan man forvente, at virksomhederne vil vælge at forlade markedet. Modsætningsvis vil virksomheder med lave produktionsomkostninger vælge at forblive aktive på det pågældende marked og forventeligt også øge deres outputniveau.²⁵⁴

Man kan argumentere for, at det virker inefficiant at have virksomheder, der kommer ind på markedet samtidig med, at der er virksomheder, der vælger at forlade markedet, men det er kun muligt at vurdere, om en virksomhed er effiient, såfremt den træder ind på det pågældende marked. Ligevægten under 'competitive selection' er derfor effiient.²⁵⁵ Hertil er det i et udbudsretligt perspektiv derfor også ønskeligt, at så mange virksomheder som muligt træder ind på markedet, da det er de virksomheder, der driver de mest effiente virksomheder, der vil overleve på det pågældende marked. Såfremt ordregiver i realiteten har et ubetinget frit valg mellem de tilbudsgivere, der er på markedet, vil incitamentet til at træde ind på markedet være mindre for nye tilbudsgivere, da vel-etablerede virksomheder på markedet ofte vil have en fordel. Hvis den ordregivende myndighed opnår valgfrihed, vil de være i stand til at vælge de tilbudsgivere, de allerede har samarbejdet med. Incitamentet til at benytte tidligere tilbudsgivere må skyldes, at ordregiver og tilbudsgiver kan opnå en relation og dermed opnå fordele som ikke kan opnås i nye kontraktforhold. Dette vil blive gennemgået i afsnit 3.8.2 nedenfor.

3.2.2 Monopolistisk konkurrence

Fuldkommen konkurrence som konkurrenceform kritiseres for flere elementer i dens model, men en vigtig kritik af modellen går på antagelsen om produkternes homogenitet. Det er meget sjældent, at produkter er helt igennem homogene og derved konkurrerer på lige fod. Der er derimod en stor andel af virksomheder, der konkurrerer på det samme marked med produkter, der som udgangspunkt kan sættes i samme kategori, men alligevel ikke er identiske. Fuldkommen konkurrence modellen tager altså ikke højde for, at virksomhederne kan differentiere sig på eksempelvis kvalitet, hvilket ellers er afgørende, når en forbruger skal beslutte, hvilken vare forbrugeren ønsker. Dette gør sig i høj grad gældende i en udbudsretlig kontekst, da mange offentlige udbud bliver vurderet på både pris og kvalitet, og det derfor ofte ikke er homogene varer, der bliver efterspurgt.

²⁵⁴ Cabral, 2000, s. 89-90

²⁵⁵ Cabral, 2000, s. 91

Edward Chamberlin²⁵⁶ opstillede derfor en model, der kunne redegøre for den type marked, hvor flere virksomheder konkurrerer på det samme marked, men med differentierede produkter.²⁵⁷ Konkurrenceformen kaldes 'Monopolistisk konkurrence' og kan anses som et alternativ til fuldkommen konkurrencemodellen. Modellen antager, at der er et stort antal af virksomheder på markedet, hvilket bevirker at virksomhedernes handlinger ikke påvirker hinanden, præcis som ved fuldkommen konkurrence. På grund af produktdifferentieringen er efterspørgselskurven dog ikke horisontal, som den er ved fuldkommen konkurrence. Det vil altså sige, at hver virksomhed selv sætter sin pris og således ikke er 'price takers', som vi så ved fuldkommen konkurrence. Den monopolistiske konkurrenceform er altså tættere på den virkelighed vi ser i en udbudsretlig kontekst.

Selvom fuldkommen konkurrence ikke er realistisk i den virkelige verden, er modellens grundlæggende princip om, at flere konkurrenter på markedet medfører lavere priser, stadig en realitet, hvorfor det er ønskværdigt med et stort antal konkurrenter på markedet. Derfor kan man argumentere for, at en opgave, der er udbudssat, men hvor ordregiver i princippet har et ubetinget frit valg, ikke vil være udsat for reel konkurrence, da offentlige virksomheder ikke forfølger de samme økonomiske mål som private virksomheder gør, og måske derfor er mere interesserede i at samarbejde med en virksomhed, som den offentlige virksomhed har samarbejdet med før, i stedet for at skulle bruge tid og ressourcer på at opbygge et samarbejde med en ny virksomhed. Denne antagelse bygges på, at de offentlige virksomheders aktiviteter ikke, på samme måde som private virksomheder, opgøres ud fra et overskud eller underskud. Denne problemstilling vil blive behandlet i afsnit 3.4, hvor vi vil søge at besvare, hvordan en offentlig virksomhed agerer som økonomisk aktør.

3.3 Monopolistiske tilstande på et marked

Markedsformen monopol er det teoretiske modstykke til fuldkommen konkurrence og opstår i den situation, hvor én aktør har 100% af markedsandelene, eller hvor der kun er få andre konkurrenter med substituerende produkter.²⁵⁸ Modellen for monopol indikerer dermed et marked med én økonomisk aktør og opstår altså i de situationer, hvor markedsafgrænsningen er veldefineret.²⁵⁹

²⁵⁶ Edward Chamberlin var amerikansk økonom og levede fra 1899-1967. Han beskæftigede sig især med mikroøkonomi, herunder specielt konkurrenceformer.

²⁵⁷ Chamberlin, Edward H. The Theory of Monopolistic Competition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1933

²⁵⁸ Cartwright & Robert, 2013, s. 387

²⁵⁹ Cabral, 2000, s. 69

Monopolmarkedet karakteriseres ved, at der ikke er nogen form for konkurrence, da der ikke er andre udbydere end monopolisten. Idet monopolisten opnår en markedsmagt ved at være ene udbyder, vil den kunne påvirke markedsprisen alene på baggrund af, at der ikke er konkurrerende virksomheder, som det var tilfældet under markedsformen fuldkommen konkurrence. At en virksomhed har hele markedsandelen vil betyde, at monopolvirksomheder besidder nogle informationer, som andre virksomheder ikke har, og det vil gøre det svære for andre virksomheder at indtræde på markedet.

Som monopolist har man mulighed for at sætte sin pris P og sin mængde Q efter eget ønske og uden indflydelse fra andre konkurrenter. En monopolist kan dermed enkelt og let sætte sin pris i forhold til et ønske om profitmaksimering, hvorfor monopolisten må anses for at være prissætter og ikke pristager som det eksempelvis er tilfældet under fuldkommen konkurrence, jf. ovenfor.²⁶⁰ Dette bygger på en antagelse om, at monopolisten har mulighed for at påvirke prisen via sit salg af mængde, og prisen afhænger derfor af, hvor meget monopolisten vælger at producere. For at opnå det mest optimale valg af P og Q må monopolisten tage udgangspunkt i virksomhedens omsætning sammenlignet med omkostninger og ud fra denne sammenligning skabe den ønskede pris.²⁶¹

En undersøgelse af det mest optimale produktionsvalg sker ved at betragte en lille ændring.²⁶² Ændres produktionen med en enkelt enhed, ændres både omsætning og omkostningerne. Ændringen i virksomhedens omsætning og omkostning ved, at der produceres en ekstra enhed, kaldes for marginaloverskuddet (MR)²⁶³, hvorfor det mest optimale produktionsplan er, hvor MR er lig MC, da der opnås ligevægt i de marginale omkostninger og det marginale overskud.

Det gælder derfor, på et marked med monopol, at monopolisten sætter den producerede mængde der, hvor den marginale omsætning MR er lig med den marginale omkostning MC.²⁶⁴ Ved denne producerede mængde sætter monopolisten en pris svarende til P_M . Med et marked, hvor der er monopol, og prisen dermed ikke er fast, men afhænger af den producerede mængde, vil det kunne lede til en inefficent allokering af ressourcer, da der opstår et dødvægtstab, som det er tilfældet i neden-

²⁶⁰ Cartwright & Robert, 2013, s. 404

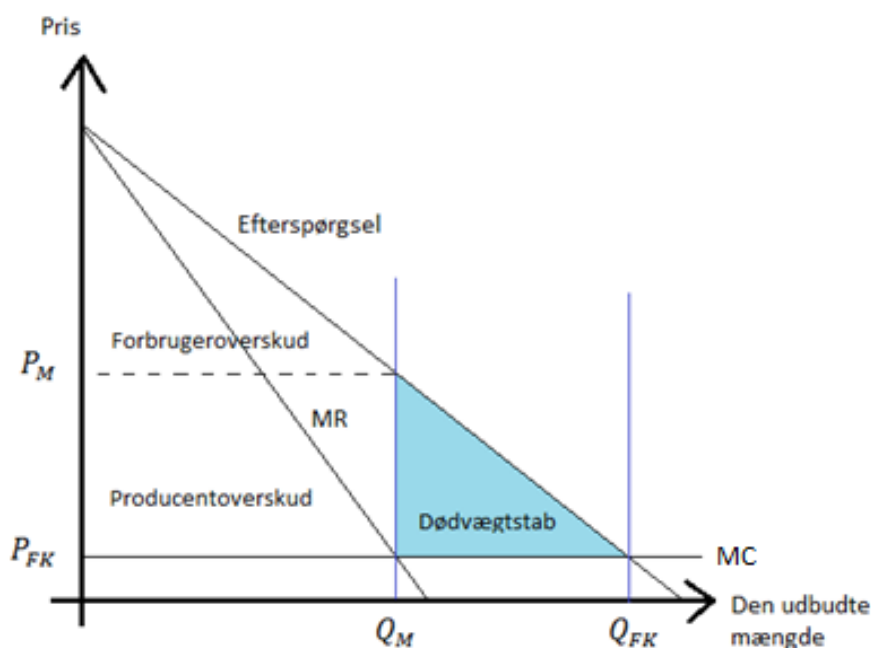
²⁶¹ Cabral, 2000, s. 69

²⁶² Andersen & Keiding, 1997, kap. 4

²⁶³ Det vil altså sige, hvor meget en virksomheds indtægter stiger eller falder, som følge af en ekstra produceret enhed

²⁶⁴ Andersen & Keiding, 1997, kap. 4

stående graf.²⁶⁵ Dette dødvægtstab opstår som en mangel på at kunne prisdiskriminere perfekt, og det er derfor et ikke-realiseret overskud.



Figur 2 – Egen frembringelse af model over profitmaksimering ved monopol

Ovenstående figur viser endvidere hvorledes forbruger- og producentoverskuddet fordeles sig, hvilket er defineret som det samfundsøkonomiske overskud. Forbrugeroverskuddet viser forskellen mellem, hvad forbrugerne er villige til at betale for et gode, og hvad de faktisk ender med at betale for produktet.²⁶⁶ Dermed angiver forbrugeroverskuddet således den velfærd, forbrugere opnår ved at købe et vare til den angivne pris.²⁶⁷ Grafisk er forbrugeroverskuddet skitseret under efterspørgselskurven og over prisen P_M . Endvidere findes producentoverskuddet, som er forskellen mellem, hvad virksomhederne er villige til at sælge et gode til, og den pris de rent faktisk får.²⁶⁸ Dermed viser producentoverskuddet, hvor meget velfærd producenterne opnår ved at sælge godet til en bestemt pris. Grafisk er dette illustreret som arealet over de marginale omkostninger og under P_M . Derudover viser ovenstående figur en monopolmængde ved Q_m og en monopolpris ved P_M . Som det endvidere ses af figuren, findes disse punkter, hvor MR skærer MC kurven og fra disse punkter

²⁶⁵ Knudsen, 1997, s. 57

²⁶⁶ Christensen & Poulsen, 2005, s. 64

²⁶⁷ Christensen & Poulsen, 2005, s. 64

²⁶⁸ Christensen & Poulsen, 2005, s. 64

kan monopolisten sætte sin pris P_M . Udover forbrugeroverskuddet og producentoverskuddet viser grafen endvidere forskellen mellem fuldkommen konkurrence og monopol. Grafen viser, at der under markedsformen monopol opstår et dødvægtstab (eller i de tilfælde hvor der ikke er tale om fuldkommen konkurrence), da markedsformen skaber et velfærdstab, som følge af at udbud og efterspørgsel ikke er i ligevægt. Dette er et udtryk for en ineffektiv udnyttelse af samfundets ressourcer, som opstår, da monopolisten sætter sin pris over den marginale omkostning, som følge af et ønske om profitmaksimering. Det samfundsøkonomiske tab opstår, da nogle af forbrugerne begrænses som følge af opskruede priser, og dermed ikke har samme ønske om at købe produktet. Dødvægtstabet er altså et udtryk for, hvor mange forbruger der ikke er villige til at købe produktet til en pris på P_m men er villige til at købe samme produkt til en pris på P_{FK} og dermed det antal forbrugere der falder fra på et marked med monopol. Dødvægtstabet må derfor være det samlede velfærdstab, som er det tab samfundet lider ved monopol, på grund af lavere outputmængde. Tabet kan dermed siges at være et samfundstab, da det hverken er noget forbrugerne eller producenterne opnår.

På et marked med en aftagende gennemsnitsomkostningskurve²⁶⁹ vil der opstå en situation, hvor én virksomhed får dækket sine variable omkostninger og på den måde kan holde konkurrenter ude som følge af at kunne producere billigst og dermed være i stand til at producere til hele markedet.²⁷⁰ Monopolet kaldes for et naturligt monopol, da et naturligt monopol er kendetegnet ved, at én virksomhed kan producere til hele markedet og til en lavere omkostning, end hvad flere virksomheder kan. Opnår en virksomhed naturligt monopol, har den samtidig mulighed for at opnå stordriftsfordele²⁷¹, som ville være tilfældet såfremt en større produktion af et enkelt produkt vil medføre en reduktion i den gennemsnitlige enhedsomkostninger.²⁷² Følgende afsnit vil tage udgangspunkt i et naturligt monopol i teoretisk perspektiv.

²⁶⁹ Gennemsnitsomkostninger er omkostninger der opstår ved fremstilling af en enkelt enhed af en vare, hvorfor prisen på denne omkostning vil variere af hvor mange enheder der produceres. Hvorvidt en enhed skal produceres eller ej, afhænger derfor om gennemsnitsomkostningen overstiger dens pris.

²⁷⁰ Christensen & Poulsen, 2005, s. 67

²⁷¹ Christensen & Poulsen, 2005, s. 67

²⁷² Riis, Thomas, 1996, Ophavsret og Retsøkonomi, Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning, København, Gad-Jura, 1. udgave, 1. oplag, s. 231

3.3.1 Naturlig monopol i teoretisk perspektiv

Der findes i teoretisk perspektiv forskellige situationer, hvor naturligt monopol kan opstå.²⁷³ Som det fremgår af ovenstående, opstår naturligt monopol, hvis én virksomhed kan levere den efterspurgte ydelse på et marked for færre omkostninger end to eller flere virksomheder kan.²⁷⁴ Hvis man er ene aktør på markedet, har man mulighed for at opnå stordriftsfordele, da man er ene aktør, der kan levere produktet eller ydelsen.²⁷⁵ Et af hovedproblemerne i diskussionen af naturlige monopoler har været, hvorledes fordelene ved at have én aktør kan udnyttes, uden at man risikerer asymmetrisk information eller monopoladfærd.²⁷⁶ Offentlige virksomheder er underlagt udbudsreglerne for netop at skabe konkurrence på markedet for derved at undgå asymmetrisk information og monopolistisk adfærd.

Kigger man på dette i en udbudsretlig kontekst kan det, på trods af udbudsreglernes formål, dog være svært at undgå, at en tilbudsgiver, der har vundet det første udbud, ved hjælp af indhøstede erfaringer ofte producerer billigere end konkurrenterne, da konkurrenterne ikke har samme erfaringer. Dette betyder ikke, at opgaven nødvendigvis bliver udført til den laveste pris.²⁷⁷ Derfor er det næsten umuligt at argumentere for, at to virksomheder, der byder på en opgave, er ligestillede, hvis en af dem tidligere har udført en lignende opgave for den offentlige virksomhed, der udbyder opgaven.

3.3.2 Bilaterale monopoler mellem offentlige virksomheder og private leverandører

Et andet problem, der kan opstå, såfremt en leverandør, der ikke tidligere har vundet et udbud for den pågældende ordregiver, er, at der i nogle tilfælde skal overdrages noget information eller nogle aktiver, som kan være dyrt for en offentlig virksomhed. Det kan for eksempel være i forbindelse med store IT-systemer, hvor en større mængde data er lagret i et system, og det ikke er ligetil at flytte data over i et nye system.²⁷⁸ Såfremt dette er tilfældet, taler man om bilaterale monopoler. Bilaterale monopoler opstår i de situationer, hvor den hidtidige leverandør har investeret i aktiver, som ikke kan anvendes af leverandøren på alternative måder, og som den nye leverandør, der har vundet opgaven, gerne vil overtage.²⁷⁹ Bilaterale monopoler opstår således i markedssituationer,

²⁷³ Andersen, Nissen & Nielsen, 1999, s. 234

²⁷⁴ Christensen & Poulsen, 2005, s. 67

²⁷⁵ Christensen & Poulsen, 2005, s. 67

²⁷⁶ Andersen, Nissen & Nielsen, 1999, s. 291

²⁷⁷ Andersen, Nissen & Nielsen, 1999, s. 292

²⁷⁸ Andersen, Nissen & Nielsen, 1999, s. 292

²⁷⁹ Andersen, Nissen & Nielsen, 1999, s. 292

hvor en tilbudsgiver og en ordregiver er afhængige af hinanden grundet den måde, de har indgået samarbejdet på. Såfremt der er opstået et bilateralt monopol mellem en offentlig virksomhed og en privat leverandør, kan man kun forestille sig, at denne situation vil medføre en betydelig mængde af transaktionsomkostninger, såfremt der skal brydes med den bilaterale monopoltilstand. Dette kan forklares ved, at den nye leverandør eksempelvis skal overtage de aktiver, den eksisterende leverandør er i besiddelse af og har ejerskab over. Det kan altså betyde, at det ikke er i alle situationer, at der er mulighed for at vinde en fordel ved at udbudssætte en opgave, hvor der eksisterer et bilateralt monopol.

3.3.3 Konsekvenserne ved monopol lignende tilstande i en udbudsretlig kontekst

For at opsummere på nærværende analyse vedrørende monopoler i forskellige kontekster, kan man konkludere, at indkøb fra monopoler eller virksomheder, der opererer på monopol lignende markeder, ofte er dyrere, fordi virksomhederne har mulighed for at sætte deres priser uden nogen indvirkning fra konkurrenter.²⁸⁰ Det vil sige, at under monopol opnår virksomheden en markedsmagt, der giver monopolisten mulighed for at fastsætte priserne over dets omkostningsniveau.

Problematikken med monopol opstår i de situationer, hvor ordregiver vælger samme tilbudsgivere til at løse deres opgaver. Dette vil skabe en monopol lignende tilstand på et marked, hvor den enkelte tilbudsgiver opnår en fordel i og med, at ordregiveren ofte vil vælge at samarbejde med den enkelte tilbudsgiver. Såfremt en virksomhed er sikker på at blive valgt til at udføre en opgave, kan virksomheden sætte sin pris højere, end hvis der rent faktisk var konkurrence på markedet. Det er derfor ikke en ægte monopoltilstand, der vil opstå på et marked, hvor ordregiver har et frit valg, men tendenserne og konsekvenserne af, at en virksomhed på forhånd ved, at den vil vinde et udbud på grund af et tidligere samarbejde, kan medføre højere priser, da virksomheden ikke behøver at sænke priserne, fordi virksomheden har opnået en konkurrencefordel grundet eksempelvis et tidligere samarbejde.

3.4 Agerer offentlige økonomiske aktører ligesom private økonomiske aktører?

Offentlige virksomheder bliver sommetider forbundet med ineffektivitet, og dette kan eksempelvis begrundes med, at der ikke bliver overvåget tilstrækkeligt på de aktiviteter, de offentlige virksom-

²⁸⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2012, ”Bliver din kommune snydt? Karteller, monopoler og unødvendige omkostninger ved udbud”, s. 11

heder gennemfører. Derudover er det heller ikke ligetil at måle efficiens i produktionen, når man har at gøre med en offentlig virksomhed, da de aktiviteter, offentlige virksomheder udfører, ikke gøres op i kroner og øre. Mange offentlige ydelser skal borgerne nemlig ikke betale for, når de gør brug af ydelserne, men derimod igennem skatter.²⁸¹

Offentlige virksomheder som agenter i et principal-agent forhold

Man kan ud fra en positiv teori anvende en principal-agent tilgangsvinkel for at analysere på den offentlige virksomhed som økonomisk aktør. Her vil det politiske system være principalen, som uddelegerer kompetencer til den offentlige virksomhed, som altså derved indtager rollen som agent.²⁸² Ifølge principal-agent teorien er agenten i besiddelse af noget information, som principalen ikke er i besiddelse af. I dette tilfælde vil det altså betyde, at den offentlige virksomhed ved mere om betingelserne for effektiv produktion end det politiske system, og det udnytter den offentlige virksomhed til at forfølge egne mål.²⁸³ Et eksempel herpå i en udbudsretlig kontekst kan være, at en offentlig virksomhed har udbudssat en opgave, hvor samarbejdet med en tidligere leverandør har fungeret godt, og den offentlige virksomhed derfor har et ønske om, at den samme tilbudsgiver skal vinde det nye udbud. Den offentlige virksomhed har derfor en interesse i at forfølge egne mål, som er at løse den opgave, som det politiske system har stillet virksomheden, men på en måde, som fungerer bedst muligt for den offentlige virksomhed. Den offentlige virksomhed har derfor interesse i at bevare det gode samarbejde, som den offentlige virksomhed må antage vil fortsætte, såfremt den tidligere leverandør vinder udbuddet. Selvom alternative tilbud skulle vise sig at være billigere, vil den offentlige virksomhed i nogle tilfælde se en fordel i at vælge en virksomhed, hvor de på forhånd ved, at samarbejdet fungerer.

Private virksomheder set i principal-agent forhold

Det er antaget, at økonomiske agenter altid vil profitmaksimere jf. afsnit 1.9.2, hvilket ikke helt kan siges at gælde på samme måde, i følgende afsnit. Dette skyldes, at der i mange virksomheder ikke nødvendigvis er sammenhæng mellem ejerskab og ledelse. Det betyder, at man derfor i høj grad kan anse en privat virksomhed, med adskillelse mellem ejerskab og ledelse, ud fra en principal-agent vinkel. Ledelsen vil, altså her, ligesom ved den offentlige virksomhed forfølge egne interesser. Dog er situationen i den private virksomhed lidt anderledes fra situationen med den offentlige virksomhed, og der følger nogle fordele med den private virksomhedsform. En af grundene hertil, er at det

²⁸¹ Andersen & Keiding, 1997, kap. 6, s. 8

²⁸² Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 281

²⁸³ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 281

er betydeligt lettere at måle en virksomheds profit, end det er at måle udfaldet af de aktiviteter, en offentlig virksomhed udfører. Dette skyldes, at offentlige virksomheders resultater, som tidligere nævnt, ikke gøres op i kroner og øre, men vurderes ud fra andre parametre, der er sværere at måle på, og som i mange tilfælde ikke kan sidestilles med processen for målingen af gevinsten hos en privat virksomhed.²⁸⁴

En anden grund er, at i en privat virksomhed vil ledelsen som udgangspunkt skulle agere under hensyntagen til en aktionærgruppe, som naturligvis har en økonomisk interesse i, at virksomheden drives på den økonomisk mest efficiente måde.²⁸⁵ Derfor har den private virksomhed den fordel, at ledelsen, selvom den er agent for principalen og dermed er i besiddelse af noget information som ejerne ikke er, er underlagt flere begrænsninger, der gør, at det er sværere for ledelsen at udnytte informationen til egen fordel.²⁸⁶ En af begrænsningerne er, at aktionærerne selv kan bestemme, hvorvidt de mener, at ledelsen er med til at sikre et afkast, som de finder tilfredsstillende. En anden begrænsning er, at ledelsen kan blive erstattet, såfremt ejerne vurderer, at ledelsen kan skiftes ud med en mere effektiv en af slagsen.²⁸⁷ Derfor kan man argumentere for, at risikoen herfor vil være med til at mindske ledelsens forsøg på at handle ud fra egne interesser.

Derudover er der også risiko for konkurs, hvilket ikke er ligeså sandsynligt i en offentlig virksomhed, da statskassen er af betydelig størrelse, og såfremt en offentlig virksomhed havde opbrugt sit budget, ville der grundet samfundets interesser formentlig blive tilført nye midler til den offentlige virksomhed. I den forbindelse må det dog antages, at såfremt en ledelse i en offentlig virksomhed havde handlet decideret uforsvarligt, ville ledelsen blive afskediget på samme vis, som i en privat virksomhed. Dog kan det, som anført ovenfor, være sværere at måle på, om de midler, offentlige virksomheder bruger, er brugt forsvarligt og på mest økonomisk efficient vis.

Afslutningsvist kan der på baggrund af ovenstående argumenteres for, at ejere af private virksomheder som udgangspunkt har bedre forudsætninger for at kunne stole på, at deres ledelse handler omkostningsminimerende på baggrund af de begrænsninger, som ledelsen er underlagt i forhold til dens dispositioner. Det politiske system som principal har altså ikke samme udgangspunkt for at kunne overvåge de offentlige virksomheder, hvilket gør det sværere at vurdere, om de handler om-

²⁸⁴ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 281

²⁸⁵ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 281

²⁸⁶ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 282

²⁸⁷ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 282

kostningsminimerende, eller om de handler på baggrund af egne interesser. Man kan derfor argumentere for, at private virksomheder i højere grad agerer omkostningsminimerende sammenlignet med offentlige virksomheder.

I en udbudsretlig sammenhæng, hvor ordregiver i nogle tilfælde i princippet frit kan vælge, hvem han ønsker, skal vinde udbuddet, kan man på baggrund af ovenstående være bange for, at den ordregivende myndighed i nogle situationer vil handle på baggrund af egne interesser og altså derved ikke vil være omkostningsminimerende. Man kan derfor argumentere for, at udbudslovens § 160, stk. 1, i økonomisk henseende kun har begrænset virkning, såfremt den ikke sikrer, at ordregiveren ikke står tilbage med et ubetinget frit valg.

Ovenstående analyse er udarbejdet med henblik på at forklare forskellige markedssituationer i en udbudsretlige kontekst og konsekvenserne heraf. Transaktionsomkostningsteorien er essentiel, når man anlægger en økonomisk synsvinkel i en udbudsretlig kontekst, hvorfor specialets følgende afsnit vil være en gennemgang af transaktionsomkostninger og de problemstillinger, der knytter sig hertil.

3.5 Transaktionsomkostningsteorien

3.5.1 Introduktion til nyinstitutionalisme

Transaktionsomkostningsteorien siges at være en del af den nyinstitutionelle retning og adskiller sig fra ortodoks neoklassisk teori, da man ikke tager udgangspunkt i systemer med stabile og Pareto-optimale ligevægtstilstande.²⁸⁸ Hvor neoklassiske økonomer særligt har været interesserede i markedet og anset det for selvregulerende, så tager den nyinstitutionelle retning udgangspunkt i, at sociale adfærdsregler og/eller institutioner bør understøtte markeder og i nogle tilfælde erstatte det.²⁸⁹ Nyinstitutionalisme erkender dermed, at markedet består af virksomheder, der figurerer i et miljø, hvor det gælder om at overleve. Det betyder samtidig, at nyinstitutionalisme accepterer, på samme måde som neoklassicismen, at virksomheder bliver oprettet med det formål at skabe profit, og tillader dermed internalisering af markedstransaktioner, såfremt den administrative koordinering er billigere end den markedsmæssige koordinering.²⁹⁰ Der eksisterer således to forskellige koordineringsmekanismer, nemlig henholdsvis markedet som en usynlig hånd og hierarkiet som en synlig

²⁸⁸ Knudsen, 1997, s. 210

²⁸⁹ Knudsen, 1997, s. 210

²⁹⁰ Knudsen, 1997, s. 208-209

hånd.²⁹¹ På baggrund af denne opfattelse nåede man frem til en fundamental ny opfattelse af, hvad en virksomheds natur bestod i.²⁹²

Modsat klassiske institutionalister, som primært markerede sig som kritikere af neoklassisk teori, har nyinstitutionalister fokuseret på at opbygge egne alternative forskningsprogrammer, ligesom de har været mere åbne overfor formelle metoder og brugt dem til teoretisk problemløsning.²⁹³ I ny institutionel økonomi er udgangspunktet da også, at aktørerne er begrænset rationelle og vil maksimere egen interesse inden for rammerne af den institutionelle ramme. Derudover er der ikke perfekt information.²⁹⁴ Denne erkendelse om at aktørerne er begrænset rationelle, betyder endvidere at der kan være større transaktionsomkostninger forbundet med at indhente oplysninger og indgå i et samarbejde.²⁹⁵

Nyinstitutionalisme teori nævner derudover, at en virksomhed har mulighed for at beslutte, om varen skal produceres internt gennem en hierarkisk løsning, eller om den skal benytte markedet.²⁹⁶ Ved tidligere at have anskuet virksomheden som en produktionsenhed så man bort fra eksistensen af omkostninger ved at indhente informationer, udforme kontrakter samt overvåge og eventuelt retsforfølge disse. Dermed havde man set bort fra alle faktorer af institutionel og organisatorisk karakter.²⁹⁷

Nærværende analyse tager udgangspunkt i et aktørperspektiv og vil søge at klarlægge, hvilke faktorer der er medvirkende til at sænke eller hæve transaktionsomkostningerne for henholdsvis tilbudsgiver og ordregiver. Afsnittet vil tage sit udgangspunkt i ex ante og ex post transaktionsomkostninger. Første del af analysen vil tage udgangspunkt i tilbudsgivers transaktionsomkostninger, dog med inddragelse af ordregivers transaktionsomkostninger, hvorefter der vil følge et særskilt afsnit af en analyse med ordregivers transaktionsomkostninger.

3.5.2 Introduktion til transaktionsomkostningsteorien

Transaktionsomkostningsteorien blev i første omgang introduceret af Coase med artiklen "*The Na*

²⁹¹ Knudsen, 1997, s. 208-209

²⁹² Knudsen, 1997, s. 208

²⁹³ Knudsen, 1997, s. 208

²⁹⁴ Østergaard, 2003, s. 273

²⁹⁵ Østergaard, 2003, s. 273

²⁹⁶ Knudsen, 1997, s. 208

²⁹⁷ Knudsen, 1997, s. 209

ture of the Firm" i 1937.²⁹⁸ I denne artikel præsenterer Coase en grundlæggende forståelse af måden, hvorpå økonomiske aktiviteter kan organiseres, herunder om en virksomhed skal løse opgaven selv gennem en hierarkisk organisering, eller om virksomheden skal lade andre løse opgaven gennem markedet.²⁹⁹ Teorien søger dermed at finde den organiseringsform, der minimerer de samlede omkostninger, herunder summen af produktionsomkostninger og transaktionsomkostninger.³⁰⁰ Coase-teoremets stærke version antager, at parterne i en given situation vil nå frem til den mest effektive løsning, såfremt rettighederne er veldefinerede, og der ikke findes transaktionsomkostninger.³⁰¹ Selvom det ikke blev fastslået af Coase selv, kan det tolkes ud fra tidligere analyser.³⁰² Teoremet søger således at finde svar på baggrunden af en idealiseret løsning, hvor der ikke findes transaktionsomkostninger, selvom denne tilstand aldrig i praksis ville kunne finde sted.

Coase's bidrag til transaktionsomkostningsteorien anses som det teorihistoriske udgangspunkt, men i 1975 videreudviklede Williamson denne teori og udgav i den forbindelse bogen "*Markets and Hierarchies*".³⁰³ Han blev af mange anset for at være en af hovedrepræsentanterne for den nyinstitutionelle retning inden for økonomisk teori.³⁰⁴ Hvor Coase interesserede sig for søgeomkostninger og omkostninger ved at udfærdige en kontrakt, fokuserer Williamson blandt andet på de transaktionsomkostninger, der skyldes usikkerhed og herunder spørgsmålet om hvilke konsekvenser det har for ex post transaktionsomkostningerne.³⁰⁵ Dette anses netop at være relevant for nærværende speciale, da det kan belyse spillet mellem ordregiver og tilbudsgivers transaktionsomkostninger i forbindelse med et udbud. Såfremt tilbudsgiver går ind i en proces, der synes usikker, vil det øge hans transaktionsomkostninger. Usikkerhed kan blandt andet opstå, såfremt tilbudsgiver ikke føler, han er fornødent informeret om udbudsprocessen, herunder vigtigst for specialets problemstilling, evalueringsprocessen. Dette vil blive uddybet nærmere senere i analysen.

²⁹⁸ Knudsen, 1997, s. 208

²⁹⁹ Center for forskning i offentlig-privat samspil (COPS) 2017, "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud – en survey-undersøgelse på tværs af brancher", s. 12

³⁰⁰ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 12

³⁰¹ Eide & Stavang, 2009, s. 137

³⁰² Eide & Stavang, 2009, s. 137

³⁰³ Knudsen, 1997, s. 206

³⁰⁴ Knudsen, 1997, s. 206

³⁰⁵ Raaschou-Nielsen, Agnete og Foss, Juul, Nicolai, 1997, Indledning til Rets-og kontraktøkonomi, GadJura, København, 1. udgave, s. 91

Ifølge Williamson opstår en transaktion når: *"... a good or services is transferred across a technologically separable interface. One stage of activity terminates and another begins"*.³⁰⁶ Transaktionsomkostning er altså en omkostning, der opstår, når en vare eller tjenesteydelse udveksles mellem to parter og bevæger sig over adskilte grænseflader. Ifølge Williamson kan der dermed godt opstå transaktionsomkostninger, selvom det ikke er transaktioner mellem juridiske enheder, men en transaktion markerer overgangen mellem to teknologiske aktiviteter og kan derfor godt finde sted indenfor samme virksomhed, hvilket kaldes for internaliseret transaktion.³⁰⁷

Derudover følger det af Williamsons teori, at transaktionsomkostninger ikke udgør de aktiviteter, der er forbundet med overførslen af varer eller serviceydelser, men det er *"processen med udformning, gennemførelse og kontrol af overførslen, der analyseres"*.³⁰⁸ Dermed er transaktionsomkostninger de omkostninger, der opstår som følge af udformning af en kontrakt og kontrollen af denne. Williamson hævder ydermere, at økonomiske organisationer opstår, hvis de er i stand til at regulere transaktionerne mere efficient end andre reguleringsformer. Den organisation, der formår at strukturerer sig på den mest efficiente måde i gennemførelsen af en given transaktion, vil overleve længst tid på markedet.³⁰⁹

3.5.3 Transaktionsomkostningerne før og efter kontraktindgåelse

Transaktionsomkostninger kan siges at omhandle de omkostninger, der er forbundet med virksomheders interaktion med andre aktører. Ifølge transaktionsomkostningsteorien sondres der mellem ex ante og ex post omkostninger, altså omkostninger der opstår før- og efter kontraktindgåelse.³¹⁰ Ex ante omkostninger opstår før kontraktindgåelsen og opstår i sammenhæng med virksomhedens søge- og forhandlingsomkostninger. Ex post omkostninger er de omkostninger, der opstår efter kontrakten er indgået, altså omkostninger, som opstår ved kontrol af kontrakten, herunder om kontrakten bliver overholdt, eller eventuelle sanktioner ved kontraktbrud.³¹¹ Selvom de førnævnte omkostninger kan henføres til hver deres periode i kontraktindgåelse, siges de at være afhængige af hinanden, jf. Williamsons teori.

³⁰⁶ Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Peter, Niels, 1993, Transaktionsomkostningsteori – En introduktion til Williamson, Institute of Management University of Aarhus, s. 2

³⁰⁷ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 2-3

³⁰⁸ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 4

³⁰⁹ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993 s. 4

³¹⁰ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993 s. 9

³¹¹ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 7-8

Parterne har mulighed for selv at allokere omkostningerne i perioderne, alt efter hvad der er mest hensigtsmæssig for de involverede parter, og kan på den måde selv være med til at mindske omkostningerne i den samlede kontraktproces. For en ordregiver vil omkostninger ex ante øges, såfremt de skal udarbejde en detaljeret evalueringsmetode, der skal offentliggøres samtidig med, at alle andre udbudsdokumenter skal offentliggøres, men samtidig kan de spare nogle omkostninger ex post, da der derved vil være større grundlag for at tro, at der ikke vil komme eventuelle klager eller søgsmål, som vil pålægge ordregiver ekstra transaktionsomkostninger. Jo mere gennemsigtig en udbudsproces ordregiver søger at sikre, jo flere ex ante omkostninger vil han altså skulle afholde, men det kan vise sig at sænke de samlede transaktionsomkostninger, såfremt ex post omkostningerne ville stige markant ved et eventuelt annulleret udbud.

3.5.4 Forudsætningerne for de økonomiske aktører i transaktionsomkostningsteorien

To grundlæggende antagelser er afgørende for forståelsen af transaktionsomkostningsteorien. Med sin bog argumenterede Williamson for, at de menneskelige/adfærdsmæssige betingelser for eksistensen af transaktionsomkostninger var følgende to antagelser:³¹²

1. Økonomiske agenter er begrænset rationelle
2. Økonomiske agenter handler opportunistisk

Begrænset rationalitet

Ved begrænset rationalitet henviser Williamson til menneskelig adfærd og mener dermed, at aktøren vil forfølge sine mål ud fra en logisk og konsistent måde, men samtidig oplever begrænsninger i evnen til at modtage, lagre og behandle de informationer, som der er nødvendige for at opnå målet.³¹³ En agent, der er begrænset rationel, handler ud fra subjektive adfærd og vælger dermed den adfærd, der forekommer ham rationel.³¹⁴ Derudover forekommer adfærden rationel, da agenten vælger den bedste løsning ud fra de muligheder, som han kender, hvilket kan være begrænsede.³¹⁵

I forhold til offentlige udbud kan begrænset information og evnen til at overskue kompleks information eksempelvis opstå i forbindelse med ordregivers krav og forventninger til opgaveløsningen,

³¹² Knudsen, 1997, s. 213

³¹³ Knudsen, 1997, s. 213

³¹⁴ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 6

³¹⁵ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 6

egne evner til at løse en given opgave, antallet af konkurrenter på markedet, og hvilken pris eller løsning, de andre virksomheder tilbyder.³¹⁶

Opportunistisk adfærd

Opportunistisk adfærd vil sige, at økonomiske aktører agerer ud fra et ønske om optimering af egennytte og derfor vil handle ud fra et ønske om at træffe beslutninger, der optimerer deres eget afkast, værdi eller nytte for organisationen selv.³¹⁷ Williamson beskriver det som "*self-interested seeking with guild*", som indebærer en antagelse om, at handlinger muligvis foretages på baggrund af adfærd som snyderi, løgn og tyveri.³¹⁸ Jf. teorien hævder Williamson endvidere, at agenter handler med en stærkere form for adfærd, end hvad der normalt findes i neoklassisk teori. Selvom agenter handler nyttemaksimerende i neoklassisk teori, konstaterer han, at agenter handler inden for accepterede rammer, hvorfor han hævder, at der er tale om "fair" adfærd i traditionel neoklassisk teori.³¹⁹

Williamson sonderer endvidere mellem *ex ante* og *ex post* opportunistisme og sonderer således mellem før og efter kontraktindgåelsen. Han nævner den mulige risiko for, at parterne ved kontraktindgåelsen kan være uvillig til at udlevere vigtig information eller direkte fordreje oplysninger. Dertil nævner Williamson, at såfremt agenten ikke udfører en grundig *screening* af potentielle samarbejdspartnere, kan man risikere, at der *ex ante* ikke tages højde for mulige problemer, der kan opstå *ex post*, da agenter, som befinder sig i en situation med asymmetrisk information, vil forsøge at udnytte dette til egen fordel.³²⁰

Såfremt tilbudsgiver er usikker på, om der er risiko for, at ordregiver vil favorisere en tilbudsgiver, fx en tidligere leverandør, vil det skabe mindre usikkerhed, såfremt ordregiver er tvunget til at offentliggøre en detaljeret evalueringsmetode, så tilbudsgiver ikke er bange for, at det vil være spildt arbejde, såfremt han byder på opgaven. En gennemsigtig udbudsproces kan altså medvirke til, at tilbudsgiver ikke vil have lige så stor grund til at frygte, at ordregiver vil handle opportunistisk, da tilbudsgiver vil have mulighed for at kontrollere ordregivers adfærd, såfremt tilbudsgiver er oplyst om alle væsentlige informationer vedrørende udbudsprocessen.

³¹⁶ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 13

³¹⁷ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 13

³¹⁸ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 7

³¹⁹ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 7

³²⁰ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 7-8

Begrænset rationalitet og opportunistisk adfærd udgør den ”hårde kerne” i transaktionsomkostningsteorien og er konstante antagelser, hvorfor de ikke kan justeres eller ændres.³²¹ Derfor vil disse antagelser altså være tilstede og antallet af transaktionsomkostninger afhænger derfor af tre variable faktorer: 1) aktivspecifitet, 2) usikkerhed og 3) transaktionens hyppighed. Nærværende analyse vil gennemgå alle tre faktorer.

3.5.5 De tre transaktionsdimensioner

Alle de tre variable transaktionsdimensioner - aktivspecifitet, usikkerhed og transaktionens hyppighed, kan justeres for at styre transaktionsomkostningerne. Nedenfor vil disse tre dimensioner blive gennemgået på baggrund af en undersøgelse af, hvilke forskellige beslutningssituationer agenterne skal løse.³²²

Aktivspecifitet

Det vigtigste redskab til at justere transaktionsomkostninger ved forskellige reguleringsformer er *aktivspecifitet*.³²³ Det vil sige, hvor meget gennemførelse af en bestemt aktivitet vil kræve af særlige investeringer. Ved lav grad af aktivspecifisering må man antage, at der investeres i standardiserede produkter og teknologi, hvorfor parterne dermed har mulighed for at ændre investeringerne i forhold til at opfylde andre behov og dermed har bedre mulighed for at skifte mellem leverandører. Williamson hævder dermed, at hvis aktivspecifiteten er høj, vil det betyde, at relativt få virksomheder kan gennemføre en aktivitet, da det kræver investeringer i specielle aktiver for at gennemføre den ønskede aktivitet.³²⁴ I den forbindelse må det konkluderes, at jo mere specifikke investeringer, det kræver for at gennemføre en aktivitet, des vigtigere er det, at det produceres internt i organisationen. Dette understøttes endvidere af, at hvis produktet produceres eksternt, vil organisationen være afhængig af den eksterne leverandør, som, jf. teoriens antagelser om opportunistisk adfærd og begrænset information, vil udnytte situationen som ene leverandør af produktet.³²⁵

Derfor kan man forestille sig, at lige netop aktivspecifitet er besværlig at skrue på i en udbudsproces, da de offentlige virksomheder som oftest udbyder store og komplekse opgaver til specialister, og det er derfor svært at undgå at blive afhængig af en bestemt leverandør. Det vil besværliggøre en

³²¹ Knudsen, 1997, s. 213

³²² Knudsen, 1997, s. 215

³²³ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 14

³²⁴ ”Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud”, 2017, s. 14

³²⁵ ”Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud”, 2017, s. 14

udbudsproces meget, såfremt man er blevet afhængig af en bestemt leverandør, og det vil endvidere skade konkurrencen, da leverandøren som nævnt, vil udnytte situationen og måske sætte prisen højere. Som ordregiver er man derfor fanget i en afvejning af, om det bedre kan betale sig ikke at overholde de udbudsretlige principper og vælge den bestemte leverandør, eller starte forfra med en ny leverandør og overholde principperne fuldt ud. Denne problemstilling vil blive behandlet i afsnit 3.9 om virksomheder og det såkaldte 'efficient breach of contract'.

På baggrund af ovenstående kan det også nævnes, at høj grad af aktivspecifisering kan være medvirkende til at skabe større værdi i relationen mellem leverandøren og virksomheden, hvorfor en ordregiver også kan se fordele i at anvende den samme leverandør flere gange. Dog er det ikke lovligt jf. udbudsreglernes principper om ligebehandling og gennemsigtighed at skabe et sådant afhængighedsforhold, hvorfor det igen bliver en afvejning af, hvad den ordregivende virksomhed finder mest økonomisk efficient.

Den ordregivende myndighed bør efter udbudsreglernes principper i princippet kunne anskaffe de samme produkter hos andre leverandører, men dette vil som diskuteret, være besværligt ved høj aktivspecifitet. Parterne skal således være opmærksomme på, at der her kan opstå et modsatrettet hensyn, da parterne alt andet lige må være interesserede i at opnå en stærk relation, men samtidig er underlagt de udbudsretlige principper, som indebærer fair konkurrence. Man kan forestille sig, at det som ordregiver er svært at undgå dette afhængighedsforhold til en bestemt leverandør, da man kan se økonomiske fordele herved. Derfor kan man også argumentere for, at nogle ordregivere i visse tilfælde vil have tendens til at favorisere visse leverandører. Dette vil dog medvirke til, at den ønskede konkurrence, som udbudsreglerne søger at fremme, ikke vil have den ønskede effekt.

I studiet af Erridge, Fee & McIlroy (1999) defineres aktivspecifitet som tilbudsgivers 'sunk cost', når en tilbudsgiver vælger at afgive tilbud på en offentlig opgave.³²⁶ Disse omkostninger kan ikke overføres til andre tilbud og er derfor af stor betydning for tilbudsgiver, såfremt han ikke vinder det pågældende udbud. Derfor er det risikabelt for tilbudsgiver at bruge tid og ressourcer på at byde på en opgave, såfremt der er stor risiko for, at han ikke vinder opgaven. Man kan dog argumentere for, at erfaringen ved at udforme udbuddet ikke er spildt og kan bruges i et andet tilfælde, hvor virksomheden skal byde på en opgave.

³²⁶ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 19

Usikkerhed for tilbudsgiver

Den anden faktor, der har betydning for transaktionsomkostningsteorien, er usikkerhed.³²⁷ Hvis der er stor usikkerhed, vil man vælge den form for produktion, hvor transaktionsomkostninger bliver mindst, hvilket afhænger af, hvilken form for usikkerhed det drejer sig om.³²⁸ Det vil som oftest dreje sig om volumenusikkerhed, teknologisk usikkerhed, adfærdsmæssig og performanceusikkerhed³²⁹.

I survey-undersøgelsen³³⁰ er det angivet, at Erridge, Fee & McIlroy (1999) har lavet en grundig af-dækning af, hvilke kilder der fører til usikkerhed i forbindelse med tilbudsgivning på offentlige udbud på det tekniske område i Nordirland. Disse usikkerheder må antages også at kunne anvende på nærværende speciales problemstilling. Der er identificeret syv kilder i forbindelse med udbudsprocessen og udbudsmaterialet, som kan medføre usikkerhed for tilbudsgiver. Herunder følger: 1) Uklarhed om tildelingskriterier ved udbuddet, 2) usikkerhed om den vindende pris, 3) (mangel på) kvalitet af information i udbudsmaterialet og kravsspecifikationen, 4) usikkerhed om leveringsvilkår, 5) utilstrækkelig volumen-information, 6) manglende kompetencer/erfaring hos udbydere og 7) mangelfuld feedback på tabte udbud.³³¹

Hvis usikkerheden er høj, opstår der flere transaktionsomkostninger, da man skal bruge mere tid og flere ressourcer på at kontrollere forløbet og indhente ny viden.³³² Virksomheden må altså afholde flere omkostninger, da ordregiver for eksempel indsamler mere information om tilbudsgiverne og markedssituationen, og tilbudsgiverne bruger mange omkostninger på at vurdere tilbuddet og beslutte, om de skal byde på kontrakten eller ikke.

Usikkerhed har både betydning for ordregiver og tilbudsgiver, hvis man kigger på en udbudsproces. Ordregiver kan have mange omkostninger forbundet med usikkerhed, da de må undersøge markedet og de potentielle tilbudsgivere. Hvis ordregiver oplever stor usikkerhed, vil det altså koste dem store ex ante omkostninger i denne periode. Tilbudsgiver kan også opleve mange transaktionsomkostninger i denne fase, da de skal lave en afvejning af omkostningerne forbundet med at byde på kontrakten mod sandsynligheden for at vinde kontrakten.

³²⁷ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 19

³²⁸ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 14

³²⁹ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 14

³³⁰ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 19

³³¹ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 19

³³² "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2007, s. 15

Tilbudsgivers transaktionsomkostninger i forbindelse med usikkerhed er særlig relevant for nærværende speciale. Som det blandt andet fremgår af survey-undersøgelsen, så har særligt nogle bestemte faktorer betydning for størrelsen af tilbudsgivers transaktionsomkostninger. Det fremhæves blandt andet, at klarhed om udbudsmaterialet og kravspecifikationen kan bidrage til, at usikkerheden nedbringes, og til at tilbudsgiveren kan opnå en besparelse i tilbudsfasen.³³³ I rapporten om udbudskulturen i Danmark, ROPS (2014)³³⁴ peges endvidere på en del af de samme forhold, som altså bidrager til at nedbringe usikkerheden for tilbudsgiver. Her følger igen klarhed om udbudsmaterialet, kravspecifikation og øvrige krav, tildelingskriterier og evaluering af indkomne tilbud, ændringer under udbudsprocessen etc. Det vigtige i forhold til det fornævnte er netop klarhed om tildelingskriterierne og evalueringen af de indkomne tilbud. I Rambølls (2016) undersøgelse af transaktionsomkostninger inden for byggebranchen, findes endvidere en række af de samme faktorer³³⁵, herunder særligt vigtigt for nærværende speciale, blev der lagt vægt på gennemsigtigheden i udbudsmaterialet samt dokumentationskravet.

Såfremt ordregiver i sit udbudsmateriale skaber en mere gennemsigtig og dermed detaljeret evalueringsmetode, vil det kunne mindske en del af usikkerheden for tilbudsgiverne, og de vil have bedre mulighed for at vurdere, om de bør byde på kontrakten. Endvidere vil der være større grundlag for, at tilbudsgiver får mulighed for at tjekke, om ordregiver i realiteten vurderer de indkomne tilbud, som beskrevet i udbudsmaterialet. En mere detaljeret evalueringsmetode vil derfor have betydning for tilbudsgivernes transaktionsomkostninger ex ante i en udbudsproces. Endvidere kan en mindre usikkerhed medføre, at flere tilbudsgivere kommer på banen og vælger at deltage i de opgaver, der bliver udbudssat, hvilket vil øge konkurrencen og dermed sænke priserne, såfremt ordregiver overholder de udbudsretlige principper. Derfor kan man argumentere for, at udbudslovens § 160, stk. 1, der søger at skabe mere gennemsigtighed for tilbudsgiver i en eventuel udbudsproces, således kan være medvirkende til at sænke transaktionsomkostningerne for tilbudsgiver.

Endvidere kan man argumentere for, at jo mere gennemsigtighed, der præger en udbudsproces, jo mindre chance vil der være for, at tabende tilbudsgivere vil klage eller søge aktindsigt, fordi de mener, at en ordregiver har overtrådt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Eventuelle klagesager vil være medvirkende til at øge tilbudsgivers transaktionsomkostninger

³³³ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 19

³³⁴ Rådet for offentlig-privat samarbejde (ROPS), 2014, "Udbudskulturen i Danmark"

³³⁵ Rambøll Management Consulting til Trafik- og Byggestyrelsen, januar 2016, "Analyse – reduktion af transaktionsomkostninger ved udbud i byggebranchen"

ex post. Samtidig vil en eventuel annulation af et udbud også være omkostningstungt for ordregiver, da ordregiver ligeledes har betydelige omkostninger i en udbudsproces. Derfor kan man ud fra usikkerhedsfaktoren argumentere for, at en mere gennemsigtig udbudsproces ville være fordelagtig for både tilbudsgiver og ordregiver, da det vil sænke de samlede transaktionsomkostninger.

Hyppighed (frekvens)

Den tredje og sidste faktor, som er vigtig i transaktionsomkostningsteorien, er den hyppighed, hvormed en virksomhed løser en given opgave.³³⁶ Her skal man kigge på, hvor hyppigt en transaktion gennemføres, og dette har derfor stor betydning i forhold til spørgsmålet om allokering af transaktionsomkostninger. Ifølge Schepper m.fl. (2015) er hyppigheden af transaktioner medvirkende til at styrke vidensdeling og styringssystemer, som på sigt kan være med til at sænke transaktionsomkostningerne.³³⁷ Dette begrundes med, at der ved hyppige transaktioner skabes viden om modpartens behov og adfærd, som dermed kan være med til at nedbringe transaktionsomkostningerne.³³⁸

I en udbudsretlig kontekst er formålet ikke, at ordregiver og tilbudsgiver skaber denne relation baseret på hyppighed, da hensigten med udbudsloven er at skabe konkurrence på markedet, samtidig med at alle tilbudsgivere behandles lige. En af svaghederne ved udbudslovens bestemmelser er dermed, at de fordele, man kan opnå ved at indgå i en sådan relation, kan være svære at få til at passe ind i en udbudsretlig kontekst. Man kan forestille sig, at det kan være svært for en ordregiver ikke at favorisere en tilbudsgiver, hvor man ved, at man kan opnå nogle fordele baseret på et tidligere samarbejde, som er sværere at opnå med en helt ny leverandør. For eksempelvis ved indkøb af konsulenter, vil det naturligvis være meget lettere for en virksomhed at vælge den samme konsulent til at udføre en ny opgave, da konsulenten allerede kender virksomheden og ikke behøver oplæring.

Derudover har hyppigheden også stor betydning for loyaliteten mellem tilbudsgiver og ordregiver, da lav frekvens kan betyde, at parterne ikke har incitament til at indgå læringsprocesser, da omkostningerne ikke kan fordeles på flere transaktioner. Dette må omvendt være tilfældet, såfremt frekvensen er høj. Fra en tilbudsgivers synsvinkel er det derfor oplagt at byde på opgaver, hvor tilbudsgiver tidligere har vundet, da transaktionsomkostninger herved kan være lavere, end såfremt det er ny ordregiver. Som tidligere nævnt, vil erfaringen ved at have budt på en lignende eller en

³³⁶ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 15

³³⁷ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 20

³³⁸ "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017, s. 19

opgave, der er magen til, også være en fordel i sig selv, da tilbudsgiver ikke behøver at starte forfra i sin proces.

Set fra ordregivers synsvinkel kan man også godt forstå, hvorfor det kan virke som unødvendigt værdispil at udskifte sine leverandører, hvis man mener, at man kan opnå en fordel ved at bruge den samme leverandør. Udbudsloven tager dog ikke højde for dette og tilsiger altså, at alle skal behandles lige, og at tidligere leverandører således ikke skal have en konkurrencefordel. Man kan dog forestille sig, at det kan være svært at udligne denne konkurrencefordel i praksis.

3.6 Transaktionsomkostninger forbundet ved et udbud

3.6.1 Analyse af ordregivers transaktionsomkostninger ved udbud

Som det ses i den juridiske analyse, er ordregiver underlagt et krav om overholdelse af udbudslovens principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Det betyder, at offentlige kontrakter ikke kan indgås, uden at der afholdes ex ante omkostninger, da man som ordregiver er underlagt en pligt om at skabe gennemsigtige udbudsprocesser, hvor man ikke har mulighed for at bruge den samme tilbudsgiver uden at offentliggøre sit udbud.

Overordnet set kan udbudsprocessen opdeles i tre faser: 1) før udbuddet offentliggøres, 2) fra offentliggørelsen af udbud til kontraktindgåelse samt 3) efter kontraktindgåelsen.³³⁹ Første- og anden fase vil i nærværende analyse blive set som ex ante omkostninger og fase 3 ses som ex post omkostninger og faserne vil blive brugt til at beskrive, hvilke transaktionsomkostninger ordregiver kan have i et udbud. Det fremgår af rapporten³⁴⁰ at de fleste transaktionsomkostninger opstår i den første fase, altså fasen før udbuddet offentliggøres.

Omkostningerne i ex ante fasen opstår i forbindelse med udarbejdelse af kravspecifikationer og udbudsmaterialet. Derudover fremgår det af rapporten, at omkostningerne er todelte.³⁴¹ Det vil sige, at ordregiver først skal danne sig et overblik over det nuværende forbrugsmønster for dernæst at undersøge, hvilke leverandører der ville kunne varetage rollen til det enkelte udbud.³⁴² Analysen viser ydermere, at der både opstår et kvalitativt og et økonomisk hensyn, som begge driver omkostningerne. Dette opstår ved en grundig markedsafdækning, da ordregiverne i rapporten vurderer, at

³³⁹ Udbudsrådet, december 2011, ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, s. 7

³⁴⁰ Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, Udbudsrådet, 2011, s.

³⁴¹ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, Udbudsrådet, 2011, s. 20

³⁴² ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, Udbudsrådet, 2011, s. 20

det er en god investering og at der til tider opstår bedre opgaveløsninger som følge af en markedsafdækning. Nogle af de omkostninger, der opstår i fase 1, kan ikke henføres til senere afholdelse, da omkostningerne i et udbud opstår ved udvælgelse af udbudsproces, undersøge markedet for leverandører samt tilbudsevaluering.³⁴³ Spørgsmålet må dermed være, hvor mange omkostninger ordregiver skal afholde i første fase.

Udarbejdelse af udbudsmaterialet og fastlæggelse af tildelingskriteriet kan være meget omkostningstungt for ordregiver, da de her skal bruge en masse ressourcer på at afdække markedet og vurdere leverandørerne. For at nedbringe disse transaktionsomkostninger fremgår det blandt andet af rapporten, at de fleste ordregiver bruger faste skabeloner for at sikre, at udbudsmaterialet lever op til de gældende juridiske krav.³⁴⁴

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at langt de fleste omkostninger afholdes ex ante for ordregiver. Forarbejdet til et udbud er altså meget ressourcekrævende, og kan medvirke til høje transaktionsomkostninger for ordregiver.³⁴⁵

Idet ordregiver afgiver mange af sine omkostninger i starten af udbuddet, vil det dog omvendt betyde, at ex post omkostningerne sænkes, da ordregiver således har opfyldt de juridiske krav.³⁴⁶ Det vil sige, at så længe ordregiver formår at afholde mange af sine omkostninger i ex ante perioden, vil det lette arbejdsbyrden ex post, hvilket kan forekomme ved, at man i ex ante perioden har udarbejdet et detaljeret udbudsmateriale. Ordregivers allokering af transaktionsomkostningerne er essentiel for tilbudsgiver, da tilbudsgivers transaktionsomkostninger afhænger af, hvor gennemarbejdet ordregivers udbudsmateriale er.

Fordelene ved at ordregiver skal afholde de fleste omkostninger ex ante

Man kan på baggrund af ovenstående analyse argumentere for, at der er en væsentlig økonomisk baggrund for indførelsen af 2014-udbudsdirektivets art. 53, stk. 1³⁴⁷, sammenholdt med art. 2, stk. 1, nr. 13, som forpligter ordregiver til at gøre alle udbudsdokumenterne tilgængelige allerede den dag, udbudsbekendtgørelsen offentliggøres, jf. afsnit 2.5. Det betyder, at ordregiver har nemmere ved at vurdere de indkomne tilbud, samtidig med at tilbudsgiverne har bedre mulighed for at vurde-

³⁴³ Udbudsprocessen er langt mere omfattende

³⁴⁴ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, Udbudsrådet, 2011, s. 3

³⁴⁵ Dog antages det, at jo flere gange har foretaget disse analyser, jo lavere transaktionsomkostninger

³⁴⁶ Lippert-Rasmussen & Mols, 1993, s. 9

³⁴⁷ “[...] vederlagsfrit ubegrænset og fuld direkte elektronisk adgang til udbudsdokumenterne”, jf. art. 53 i 2014-direktivet

re, om de kan vinde udbuddet og dermed, om de ønsker at deltage i udbuddet. Man kan forestille sig, at bestemmelsen dermed har fokus på omkostningerne i forbindelse med et udbud, selvom dette ikke eksplicit fremgår af bestemmelsen. På baggrund af en økonomiske betragtning må det være at foretrække, at ordregiver afholder sine omkostninger ex ante.

Derfor kan der faktisk argumenteres for, at jo flere omkostninger ordregiver afholder ex ante, jo færre omkostninger skal tilbudsgiver afholde samlet set. Ordregiver er som nævnt efter udbudsloven forpligtet til at afholde de fleste af sine udgifter ex ante, hvilket altså kommer tilbudsgiver til gode i sidste ende. Endvidere vil ordregiver også have færre samlede omkostninger, såfremt han afholder størstedelen af sine omkostninger ex ante. Dette kan blandt andet begrundes med, at der vil være færre sager, hvor ordregiver er forpligtet til at aflyse eller annullere sit udbud, som følge af, at ordregiver ikke har udarbejdet et udbudsmateriale, der er gennemsigtigt nok, og tilbudsgiver derved kan få medhold i en eventuel klage. Endvidere vil tilbudsgivers klageomkostning også sænkes, såfremt ordregiver udarbejder et detaljeret udbudsmaterialet, herunder særligt evalueringsmetoden, som er essentiel for tilbudsgiver at kunne kontrollere.

3.6.2 Analyse af tilbudsgivers transaktionsomkostninger ved udbud

Modsat ordregivers transaktionsomkostninger er tilbudsgivers transaktionsomkostninger størst i anden fase, hvor tilbudsgiver skal tage stilling til udbudsmaterialet og til, hvorvidt de skal byde på kontrakten eller ej.³⁴⁸ Hvis man tager højde for analysen om transaktionsomkostninger, må det nævnes, at tilbudsgiver som udgangspunkt bevidst kan handle opportunistisk eller ubevidst agere irrationelt. Dette bygger på den antagelse, at udbuddet følger strenge og klare juridiske regler, og man kunne i den forbindelse forstille sig, at uerfarne tilbudsgivere kan handle irrationelt ved at byde på kontrakter, de ikke er kompetente til at byde på og dermed ikke kan udføre det ønskede stykke arbejde. Som det ses af ovenstående, vil disse omkostninger kunne reduceres ved, at ordregiver udarbejder gennemarbejdet udbudsmateriale og evalueringsmetoder, der gør det nemmere og dermed mindsker transaktionsomkostningerne for tilbudsgiverne.

Lav aktivitetsfrekvens

Et problem ved offentlige udbud kan opstå, hvis ikke der i kontrakten er skrevet, hvorvidt samarbejdet vil blive forlænget eller ej. Tilbudsgivere vil dermed være tvunget til at afholde alle sine omkostninger på én gang og opnår ikke fordele ved at sprede omkostningerne på flere transaktioner,

³⁴⁸ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, Udbudsrådet, 2011, s. 7

som det ellers ville være at foretrække, da det ikke er alle virksomheder, der har den fornødne kapital til at byde på en opgave. Dette kan især gøre sig gældende for små og mellemstore virksomheder, som ville kunne se en fordel i et længere samarbejde, da de dermed ville være sikre på at kunne indtjene det beløb, de for eksempel har brugt på aktivspecifikke investeringer. En lav aktivitetsfrekvens kan betyde illoyalt samarbejde, da man ikke formår at skabe forhandlingssædvaner og ikke på samme måde tillægger sin loyalitetspligt samme værdi, som hvis det var kontrakter i ”normale” kontraktretlige samarbejder.³⁴⁹ Derudover handler leverandøren med den usikkerhed, at de ikke er sikret kontrakten, såfremt de vælger at byde på den. Dermed må tilbudsgiveren altså vurdere risikoen for at få kontrakten, mod de omkostninger tilbudsgivere er tvunget til at afholde for at byde på kontrakten. Det vil dog alt andet lige kunne gøre det lettere for tilbudsgivere, såfremt ordregiver er klare om, hvad de ønsker fra tilbudsgiverne, og hvilke parametre de vil bedømme tilbudsgiverne ud fra. En detaljeret evalueringsmetode vil derfor skabe mere sikkerhed for tilbudsgiver.

3.7 Sammenfatning af transaktionsomkostningsteorien

Som det ses af ovenstående, har transaktionsomkostningsteorien stor betydning for indgåelse af kontrakter. Transaktionsomkostningsteorien forudsætter udover begrænset rationalitet og opportunistik, de variable transaktionsdimensioner som aktivspecifitet, usikkerhed og hyppighed, som kan justeres, alt efter hvilken organisation der er tale om.

Alle tre transaktionsdimensioner har vist sig at være af stor betydning for nærværende speciales problemstilling, da de alle tre har stor indvirkning på både tilbudsgivers og ordregivers transaktionsomkostninger. Dog er særligt usikkerheder essentiel, da det i flere rapporter og undersøgelser, jf. ovenstående, har vist sig, at tilbudsgiver mener, at ikke-gennemsigtigt udbudsmateriale er medvirkende til øgede transaktionsomkostninger. Endvidere er det på baggrund af ovenstående konkluderet, at de samlede transaktionsomkostninger vil sænkes, såfremt ordregiver afholder de fleste af sine transaktionsomkostninger ex ante, da tilbudsgiver derved vil få sænket sine samlede transaktionsomkostninger.

3.8 Transaktionsomkostningsteorien i forhold til relationen mellem ordregiver og tilbudsgiver

I ovenstående analyse blev det konkluderet, at det var mest efficient, såfremt ordregiver afholder de

³⁴⁹ Knudsen, 1997, s. 215-217

fleste af sine omkostninger ex ante, således at tilbudsgiver vil få mindsket sine samlede transaktionsomkostninger, hvilket førte til lavere samlede transaktionsomkostninger. Det vil i nedenstående analyse blive vurderet, om der er andre forhold, der kan være med til at mindske de samlede transaktionsomkostninger for ordregiver og tilbudsgiver. Derudover er det relevant at undersøge, om parterne, efter de har indgået en kontrakt, kan opnå en relation, der kan sænke deres transaktionsomkostninger.

3.8.1 Kan parterne sænke deres transaktionsomkostninger ved at indgå i en ”stærk” relation?

Som det fremgår af afsnit 3.5 har den økonomiske teori om transaktionsomkostninger det formål at mindske omkostningerne mellem parterne og derudover opnå den rette risikoallokering. Transaktionsomkostningerne kan placeres ex ante og ex post, hvilket afhænger af, hvor parterne kan opnå den største gevinst. Der er dog også andre forhold, der kan være medvirkende til, at de samlede transaktionsomkostninger kan sænkes.

Nedenstående afsnit vil tage udgangspunkt i en analyse af aktivspecifikke relationer, da parterne herved har mulighed for at opnå fordele ved relationen. Transaktionsomkostningsteorien, jf. Williamson tager udgangspunkt i, at det vigtigste redskab for at justere omkostningerne i en kontrakt er ved reguleringsformen aktivspecifik. Ved aktivspecifikke investeringer kigger parterne på typen og graden af investeringsspecificeringen, og parterne har herigennem mulighed for at opnå et samarbejde, hvor der er tale om idiosynkratiske specificeringer.³⁵⁰ Igennem disse specificeringer opnår parterne en afhængighed i relationen, da et skift i leverandør vil kræve store udgifter og derved højere omkostninger. Derfor må det gælde, at jo mere aktivspecifikke investeringer, der foretages mellem kontraktparterne, jo mere værdi kan der skabes. Dette konkluderes på baggrund af, at parterne opnår et afhængighedsforhold til hinanden, der giver incitament til at indgå i et idiosynkratisk samarbejde, og hvormed parterne dermed ønsker at investere i dette forhold, da parterne har mulighed for at opnå en såkaldt relationsrente, jf. nedenfor.³⁵¹

3.8.2 Relationsrente mellem den offentlige virksomhed og den vindende tilbudsgiver

I artiklen ”*The relational view – Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*” fra 1998, fastslog Dyer & Singh, at parterne, ved at indgå i et tæt samarbejde, skaber

³⁵⁰ Dyer & Singh, 1998, s. 662

³⁵¹ Det antages at leverandørerne har størst risiko ved at indgå i dette forhold, og de formodes at bære den største risiko ex ante.

potentiale for at opnå relationsrente. Hvorvidt parterne skal indgå i et tæt samarbejde, skyldes forudsætningen om, at den værdi, der kan opnås i relationen mellem parterne, er større end ved andre kontraktforhold. Det teoretiske fokus er, at parterne i et kontraktforhold har mulighed for at opnå forhandlingssædvaner ved samarbejder og i den forbindelse skabe en relationsrente, som parterne ikke ville opnå i et andet kontraktforhold.³⁵² Dyer & Singh definerer da også relationsrente i deres artikel som,

"[...] at relational rent as a supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners".³⁵³

På den baggrund, må ordregiver og tilbudsgiver, for at skabe konkurrencefordele, indgå i en relation - et relationelt samarbejde - hvor de investerer i relationen og kombinerer deres ressourcer for på den måde at opnå værdimaksimering.³⁵⁴

Når der investeres i relationen, antages det, at investeringen skal være aktivspecifik, da parterne, jf. afsnit 3.5.5, i disse relationer har mulighed for et tæt samarbejde over længere tid. For at aktivspecifikke investeringer foretages, er udgangspunktet, at der mellem parterne er et strategisk fit, det vil sige, at parterne ikke har mulighed for at finde en "bedre" kontraktpart på markedet. Det vil nemlig betyde, at parterne vil opnå det bedste afkast i lige netop dette kontraktforhold og dermed ikke har incitament til at indgå i et andet forhold.³⁵⁵ For at det kan betale sig at indgå i et længerevarende samarbejde, skal samarbejdet give et afkast til parterne. Som det ses af afsnit 3.6.1, opstår de fleste transaktionsomkostninger for ordregiver i første fase, hvorimod tilbudsgiver afholder omkostningerne i anden fase. Antagelsen om, at transaktionsomkostningerne skal minimeres for at opnå færre samlede transaktionsomkostninger i en kontrakt, understøttes endvidere af Williamsons teori. Man kan argumentere for, at eftersom ordregiver har høje ex ante omkostninger, vil han søge at sørge for, at ex post omkostningerne sænkes mest muligt. Ex post omkostningerne for ordregiver kan eksempelvis sænkes ved, at der ikke skal bruges mange ressourcer på kontrol og efterfølgende tvister i samarbejdet. Ordregiver kan derfor være tilbøjelig til at vælge en tilbudsgiver, som ordregiver ved,

³⁵² Dyer & Singh, 1998, s. 662

³⁵³ Dyer & Singh, 1998, s. 662

³⁵⁴ Dyer & Singh, 1998, s. 662

³⁵⁵ Dyer & Singh, 1998, s. 662

han kan stole på, og derfor ikke behøver afholde et stort omfang af ex post omkostninger til kontrol og andre komplikationer, der kan opstå efterfølgende, såsom tvister om kontraktens indhold.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at parterne ved at opnå relationsrente samlet set har mulighed for at spare transaktionsomkostninger og herunder især i forhold til de transaktionsomkostninger, der er bundet op omkring aktivspecifitet, usikkerhed og hyppighed jf. afsnit 3.5.5. Ved at tage højde for disse parametre har parterne mulighed for at gøre samarbejdet økonomisk rentabelt og dermed opnå en fordel ved at indgå i netop dette samarbejde. Dog kan det være svært at opnå disse fordele under overholdelsen af de udbudsretlige regler og dertilhørende principper. Såfremt parterne skal opnå disse former for kontrakter, vil der være stor risiko for, at konkurrencen vil blive begrænset, og derved minskes de fordele, der ellers er tiltænkt med udbudsrettens bagvedliggende formål, nemlig at øge konkurrencen og derigennem skabe lavere priser og mere effektive løsninger for samfundet. Såfremt offentlige virksomheder ikke var underlagt udbudsreglerne, må det jf. denne analyse, antages, at der ville være stort incitament for både ordregiver og tilbudsgiver til at indgå disse former for samarbejder, da begge parter kan opnå fordele herved.

Følgende analyse vil søge at besvare, om ordregiver i nogle tilfælde vil have incitament til at bryde med udbudsreglerne og derved opnå nogle af de fordele, der ikke er mulige under en udbudsproces, hvor ordregiver overholder de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

3.9 Offentlige virksomheder og effektive retsbrud

Inden for aftaleretten eksisterer der aftalefrihed, og det er således kun offentlige virksomheder, der er underlagt udbudsreglerne. Private virksomheder kan frit indgå aftaler, med hvem de vil, og ifølge Coase-teoremet som beskrevet i afsnit 3.5.1 vil parterne i en sådan kontraktuel situation altid forhandle sig frem til den mest effektive løsning. Dette forudsætter dog, at der ikke er transaktionsomkostninger, og at alle ejendomsrettigheder er veldefinerede. I den virkelige verden er der dog transaktionsomkostninger, og ejendomsrettigheder er ikke altid veldefinerede, hvorfor Coase-teoremet må siges at afbilde virkeligheden på forenklet vis. Selvom der er aftalefrihed for private parter, er de stadig bundet af deres løfter jf. aftalelovens § 1, der foreskriver, at tilbud og svar på tilbud er bindende for afgiveren. Derfor har man inden for retsøkonomien udviklet problemstillingen om 'efficient breach of contract'.³⁵⁶ Betegnelsen giver lidt sig selv i medfør af navnet men be-

³⁵⁶ Riis, 1999, s. 1160

tyder, at det i nogle tilfælde, rent økonomisk, vil være efficient for en part at bryde ud af en indgået kontrakt.

Et eksempel herpå kan være, at A har indgået en aftale med B om, at B må købe A's bil for 200.000 kr. Efter aftalen er indgået, kommer C ind i billedet og tilbyder A 250.000 kr. for bilen, som er tilsvarende den værdi, som C tillægger bilen. A mener kun, at bilen er 180.000 værd, og B mener at bilen er 220.000 værd. Rent økonomisk burde C købe bilen, da C tillægger bilen mere værdi end både A og B, men A har aftaleretligt indgået en aftale med B om, at B må købe bilen. Et efficient brud på kontrakten ville i dette tilfælde være, såfremt A annullerede kontrakten med B og i stedet indgik aftale med C, da A har mulighed for at kompensere B for det tab, B har lidt som følge af den annullerede kontrakt. A skulle derfor i dette tilfælde betale B 20.000 i compensation. A ville derfor opnå en højere nytteværdi, end hvis B købte bilen, og B ville blive kompenseret for den nytte, han ville have haft af at købe bilen.

Rent økonomisk kan man derfor argumentere for, at et brud på denne kontrakt ville optimere allokeringen af ressourcerne i samfundet. Dog er retssystemet ikke indrettet således at man blot kan bryde ud af en kontrakt, såfremt det økonomisk bedre kan betale sig, og det er der ifølge Robert L. Birmingham³⁵⁷ i artiklen 'Breach of contract, Damage Measures and Economic efficiency' en grund til. Robert L. argumenterer for, at løfter er hellige i sig selv og at der er noget iboende foragtligt i ikke at holde et løfte, og at et ordentligt samfund ikke burde tolerere dette.³⁵⁸ Endvidere argumenterer Robert L. for, at der blandt jurister og dommere er bred konsensus om, at folk der bryder deres løfter, ikke skal slippe uden konsekvenser. Dette udmønter sig rent juridisk i erstatning. Man kan dog spørge sig selv, hvorfor A i det ovenstående eksempel ikke blot skulle påtvinges at fastholde aftalen med B, og så kunne B derefter videresælge til C, hvilket ville give ligeså meget samlet nytte, som hvis A blot solgte til C og brød kontrakten med B. Men eftersom der ved alle transaktioner er forbundet transaktionsomkostninger, kan man argumentere for, at disse vil forøges ved to transaktioner fremfor en.³⁵⁹

³⁵⁷ Robert L. Birmingham, 1938, er en amerikansk professor i jura på Connecticut School of Law der særligt beskæftiger sig med retsøkonomi

³⁵⁸ Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency, Robert L. Birmingham, Indiana University School of Law, 1970, s. 281

³⁵⁹ Riis, 1999, s. 1160

'Efficient breach' i en udbudsretlig kontekst

Teorien er i sin oprindelse udviklet til at forklare, hvornår det er efficient for en part i en kontrakt-mæssig situation, hvor der er aftalefrihed, at bryde ud af denne kontrakt. I nærværende speciale anvendes teorien til at forklare, hvorfor offentlige virksomheder kan føle, at de er nødsaget til at bryde med de udbudsretlige regler. Man kan forklare det således, at offentlige virksomheder er underlagt nogle regler, som i denne henseende skal betragtes som en kontrakt. På mikroniveau kan man argumentere for, at de individer, der er ansat i en offentlig virksomhed, har accepteret de vilkår og regler, de er underlagt, når de takker ja til et arbejde for en offentlig virksomhed. Derfor vil et brud på udbudsreglerne også være et brud på en kontraktuel relation. Bruddet på relationen vil ifølge den økonomiske teori om efficient breach of contract, som nævnt ovenstående, ske fordi det simpelthen bedre kan betale sig at bryde med reglerne.

Et eksempel på et efficient brud kan være helt at undlade at igangsætte et udbud eller omgå reglerne, så den offentlige virksomhed ved, at de med sikkerhed kan vælge den leverandør, de måske tidligere har arbejdet sammen med og foretrækker. Der kan være flere forskellige hensyn, der betyder, at en offentlig virksomhed vil vælge at agere således. Man skal huske på, at den offentlige virksomhed agerer på vegne af samfundet, og bruddet på kontrakten i nogle tilfælde kan være et hensyn, der tages for at tilgodese offentlighedens interesser.

Et eksempel herpå kan være, at et system vil bryde ned og dette ville have store økonomiske konsekvenser, såfremt kontrakten ikke tildeles en bestemt leverandør eller tildeles straks. En udbudsprocedure kan være lang, og mange situationer kan opstå, som vil medfølge forsinkelser på en given anskaffelse.

Som virksomhed må man formode, at man i nogle tilfælde kan komme til at sætte sig i en situation, hvor man er blevet så afhængig af den eksisterende leverandør, at det er problematisk at skifte leverandøren ud. Selvom det er den offentlige virksomheds ansvar *ikke* at sætte sig selv i sådan en situation, er det ikke usandsynligt, at nogle offentlige virksomheder kan have sat sig selv i en sådan situation, der er svær at komme ud af, og derfor i nogle tilfælde ser sig nødsaget til at lave, hvad vi kalder et 'efficient breach of contract'. I dette tilfælde er det således kontrakten med lovgiver, der brydes, og den offentlige virksomhed, der bryder reglerne, må altså afveje, hvad der er vigtigst – at undgå værdispild, men samtidig negligere de regler virksomheden er underlagt eller at overholde

gældende lovgivning og tage de konsekvenser, der følger af, at et projekt bliver forsinket eller fx går i stå.

Såfremt det bedre kan betale sig for virksomheden at negligere reglerne og tage den konsekvens, dette kan medføre, kan man diskutere, om lovgiver har udformet det rette sanktionsniveau i forbindelse med at bryde med reglerne. Problemstillingen vedrørende det efficiente kontraktbrud kan altså bruges til at forklare, hvorfor det i nogle tilfælde, rent økonomisk, bedre ville kunne betale sig at omgå de udbudsretlige regler.

3.10 Økonomisk delkonklusion

I afsnit 3.2 om fuldkommen konkurrence blev det konkluderet at jo flere tilbudsgivere, der er på et givent marked, jo større konkurrence skabes der om udbuddene, og derfor vil prisen på det, de offentlige virksomheder efterspørger nærme sig de laveste gennemsnitlige omkostninger. Derfor er det essentielt, at der skabes reel konkurrence om udbuddene, hvorfor udbudsreglerne ikke må give plads til, at ordregiver kan opnå et ubetinget frit valg ved tilbudsevalueringen. Såfremt potentielle tilbudsgivere ikke mener, at de har en reel chance for at vinde et udbud grundet konkurrencefordrejning, vil de ikke byde på opgaven, og de fordele der opstår på baggrund af konkurrencen blandt tilbudsgiverne, vil ikke komme den offentlige virksomhed til gode. I afsnit 3.3 om monopolistiske tilstande blev det endvidere påvist at monopollignende tilstande på et marked, ville medføre højere priser og et dødvægtstab for samfundet. Favoriseringen af bestemte tilbudsgiver kan medføre monopollignende tilstande på et marked, hvorfor det er vigtigt, at udbudsloven er med til at sikre, at dette ikke sker.

I afsnit 3.4 om offentlige virksomheder som økonomiske aktører blev det konkluderet, at offentlige virksomheder ikke agerer omkostningsminimerende på samme måde som private virksomheder. Derfor vil en situation, hvor ordregiver i princippet står med et frit valg i sidste ende, være inefficiant for samfundet, da det ikke nødvendigvis vil blive den bedste og billigste løsning, der vinder et givent udbud. For at skulle opnå de fordele der følger af reel konkurrence, er det derfor vigtigt, at ordregiver overholder de udbudsretlige regler og dertilhørende principper.

I afsnit 3.5 om Williamsons transaktionsomkostningsteori blev det endvidere konkluderet, at transaktionsomkostninger har stor betydning for indgåelse af kontrakter i en udbudsretlig kontekst.

De tre ovennævnte transaktionsdimensioner viste sig alle at have stor indvirkning på både tilbudsgivers og ordregivers samlede omkostninger, men usikkerhed viste sig at have størst betydning for nærværende speciales problemstilling. Det viste sig nemlig, at tilbudsgiver mener at usikkerhed i form af ikke-gennemsigtigt udbudsmateriale, øger tilbudsgivers transaktionsomkostninger. Samlet blev det konkluderet, at man ville kunne mindske de samlede transaktionsomkostninger, såfremt ordregiver afholdt så mange af sine transaktionsomkostninger som muligt ex ante. Det blev derfor konkluderet, at et gennemarbejdet og gennemsigtigt udbudsmateriale ville sænke tilbudsgivers og ordregivers samlede transaktionsomkostninger.

Endvidere blev det i afsnit 3.8 konkluderet, at det er muligt for to kontraherende parter at opnå en relationsrente, hvis der tages højde for aktivspecifitet, usikkerhed og hyppighed. Især høj grad af aktivspecifitet viste sig at være af stor betydning, men udbudsreglerne giver i meget begrænset omfang plads til en høj grad af aktivspecifitet, herunder også hyppighed. På baggrund af dette, blev det konkluderet, at det er sværere at opnå denne relationsrente under et kontraktforhold, der er reguleret af udbudsreglerne. I analysens sidste afsnit (afsnit 3.9) blev det undersøgt, om det i nogle tilfælde rent økonomiske kunne betale sig for en ordregivende myndighed at bryde med de udbudsretlige regler. Det blev konkluderet, at såfremt ordregivende myndigheder i nogle situationer ville lave det såkaldte efficiente retsbrud, kunne man diskutere om det rette sanktionsniveau var udformet.

Samlet set kan det konkluderes, at såfremt de udbudsretlige regler skaber den konkurrence, som er formålet med reglerne, vil der rent teoretisk skabes en tilstand, der nærmer sig en samfundsefficient tilstand. Problemet opstår dog når udbudsreglerne ikke formår at skabe den konkurrence, som er baggrunden herfor. Hvis udbudsreglerne ikke skaber reel konkurrence, kan det diskuteres om det bedre ville kunne betale sig, at lade parterne indgå i relationer hvor der kan skabes relationsrenter parterne imellem. Såfremt udbudslovens § 160 kun har begrænset tilsigtet virkning og ikke skaber tilstrækkelig gennemsigtighed for tilbudsgiver, vil ordregiver i nogle tilfælde stå tilbage med et ubetinget frit valg, og desuden kan det betyde, at færre potentielle tilbudsgivere vil byde på opgaven.

Kapitel 4 – Integrerede analyse

4.1 Indledning

Nærværende kapitel vil tage sit udgangspunkt i samfundsefficiente betragtninger ud fra Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet. De to kriterier vil blive brugt, til at undersøge hvilken fordeling af omkostninger der, ud fra den økonomiske analyse, vil være mest hensigtsmæssig for ordregiver og tilbudsgiver. Dermed vil analysen foretage afvejninger af, hvorvidt det er muligt at opnå tilstande i samfundet, der er mere samfundsefficiente under overholdelse af henholdsvis Pareto- og Kaldor-Hicks-kriteriet. Afslutningsvist vil en opsummerende konklusion munde ud i et retsøkonomisk svar på, om det er muligt at allokere omkostningerne mellem de økonomiske aktører på en måde, hvorpå der samlet set skabes øget velfærd under overholdelse af de udbudsretlige regler.

Analysen vil tage udgangspunkt i de juridiske- og økonomiske analyser, og på baggrund heraf vil nærværende kapitel søge at finde frem til den mest efficiente tilstand i forhold til de juridiske retsregler sammenholdt med de økonomiske teorier. Efficiens er et helt centralt begreb i den økonomiske analyse af retten³⁶⁰, hvorfor nærværende analyse vil tage udgangspunkt i efficiensbegrebet. Modsat økonomiske teorier, der handler om allokering af ressourcer, handler den vigtige del i velfærdsøkonomien om at angive allokeringer, som er samfundsøkonomisk effektive. Hertil bør nævnes, at en samfundsøkonomisk effektiv allokering ikke nødvendigvis er optimal for et privatindivid eller en virksomhed, men om det er optimalt for samfundet som helhed.³⁶¹

I den retsøkonomiske litteratur er det økonomiske velfærdsbegreb som sagt helt centralt. Retsøkonomi har stor betydning for, i hvilket omfang forskellige former for retlig regulering øger eller reducerer samfundsmæssig velfærd.³⁶² Sådanne retsøkonomiske udsagn må siges at være normative, da retsøkonomer almindeligvis lægger til grund for deres analyser, enten implicit eller eksplicit, at øget samfundsmæssig velfærd er ønskværdigt, og retlig regulering dermed bør stræbe efter opnåelse af dette.³⁶³

Den integrerede analyse vil tage udgangspunkt i en undersøgelse af gældende ret som fremlagt i kapitel 2, og om den er med til at tilføre samfundet en øget efficiens eller en reducere heraf. I den

³⁶⁰ Raaschou-Nielsen og Foss, 1997, s. 13

³⁶¹ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 45

³⁶² Riis, 1999, s. 1155

³⁶³ Riis, 1999, s. 1155

forbindelse vil det blive undersøgt, hvilke konsekvenser nugældende ret medfører, og om de økonomiske teorier kan opretholde den ønskede besparelse af ressourcer.

Som forklaret i den juridiske analyse er ordregiver underlagt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, da udbudsreglerne er med til at sikre effektiv konkurrence og søger at inddrage alle interesserede parter i en udbudsretlig situation. Ren fokus på de juridiske hensyn kan dog betyde, at der opstår større økonomiske omkostninger, der ikke medvirker til en efficient samfundsmæssig tilstand. Både den juridiske og den økonomiske analyse vil derfor blive inddraget i nedenstående for at vurdere den mest hensigtsmæssige tilstand, da ren fokus på økonomiske hensyn kan medvirke til ugenomsigtig konkurrence, jf. den økonomiske analyse i kapitel 3. Ud fra en afvejning af de udbudsretlige principper og de økonomiske teorier vil nedenstående analyse kunne give et retspolitisk billede af, om gældende ret, herunder udbudslovens § 160, stk. 1, er efficient, og om det er muligt at finde en løsning på baggrund af de konklusioner, der blev fremlagt i kapitel 2 og 3 i nærværende speciale.

4.2 Efficiens som målestok

Om gældende ret er efficient, kan anskues ud fra forskellige efficienskriterier. Følgende kapitel vil tage udgangspunkt i udbudsreglernes formål, der som tidligere beskrevet, skal sikre effektiv konkurrence, så de offentlige midler udnyttes bedst muligt jf. afsnit 3.2.

I søgen efter at finde frem til den mest efficiente løsning, og dermed den mest effektive konkurrence, kan problemstillingen imidlertid være, hvordan man skal bære sig ad med at opgøre samfundsmæssig velfærd. I udgangspunktet må det dog gælde, at økonomisk samfundsmæssig velfærd maksimeres, når ressourcerne bliver allokeret derhen, hvor de tillægges størst værdi.³⁶⁴ Dog har man imidlertid brug for et centralt kriterium, der kan udtrykke, hvor ressourcerne tillægges størst værdi.³⁶⁵ For opnåelse af dette formål, opererer man med et efficienskriterium, hvor særligt to finder relevans, nemlig Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet, som begge vil blive gennemgået i nedenstående.

³⁶⁴ Riis, 1999, s. 1155

³⁶⁵ Riis, 1999, s. 1155

4.2.1 Pareto-kriteriet i forhold til opnåelse af efficiens

Nærværende analyse vil tage udgangspunkt i begrebet Pareto-optimalitet, da samfundsøkonomisk effektivitet knytter sig til dette begreb.³⁶⁶ Som tidligere beskrevet i afsnit 1.10.2, er en sådan tilstand opnået, hvor ressourcerne er fordelt, så en omfordeling ikke kan foretages, uden at mindst én agent i økonomien herved bliver stillet dårligere end i udgangspunktet.³⁶⁷ I forhold til princippet om at være bedre stillet, må det være opnået, såfremt et individ befinder sig i en foretrukken position i forhold til udgangspunktet. Det vil, med andre ord, sige i en tilstand med højere nytte.³⁶⁸

Grunden til efficienskriteriets centrale placering i den retsøkonomiske teori er, at en ændring i retstilstanden antages af medføre denne omfordeling af ressourcer. Problemet med Pareto-kriteriet er dog imidlertid, at det i praksis ikke er anvendeligt, da næsten enhver samfundsmæssig ændring vil føre til, at der opnås gevinster for nogle individer, samtidig med at andre vil opleve tab.³⁶⁹ I den forbindelse kan man forestille sig et hypotetisk samfund, hvor alle samfundets goder er samlet hos én aktør ex ante – i en sådan situation vil man ikke kunne foretage en Pareto-forbedring, uden at denne aktør stilles dårligere end ved udgangspunktet. Det betyder i praksis, at alle retlige tilstande er optimale efter Pareto-kriteriet.³⁷⁰

Det kan dog være vanskeligt at argumentere for, at parterne vil havne i sådan en situation, da det synes næsten umuligt ikke at forestille sig en situation hvor en aktør får det dårligere end i udgangspunktet.³⁷¹ På den baggrund synes det næsten umuligt, at lovgiver kan gå udelukkende efter Pareto-kriteriet, da der næsten altid vil være mindst én aktør, der stilles ”dårligere”. Erkendelsen af Pareto-kriteriets problemstillinger er ikke ny, og reaktionen på problemerne er blevet skabt over flere årtier.³⁷² Som en del af udviklingen kan nævnes Nicholas Kaldor og John Hicks kriterierne, jf. nedenfor.

4.2.2 Kaldor-Hicks-kriteriet

Som det fremstilles i den integrerede metode, er en omfordeling af ressourcer fordelagtigt, såfremt vinderen opnår en større gevinst end det taberen mister for på den måde at opnå en større sam-

³⁶⁶ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 45

³⁶⁷ Riis, 1999, s. 1155

³⁶⁸ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 46

³⁶⁹ Andersen, Nielsen & Nissen, 1999, s. 356

³⁷⁰ Riis, 1999, s. 1155-1156

³⁷¹ Eide & Stavang, 2013, s. 109

³⁷² Raaschou-Nielsen og Foss, 1997, s. 14

fundsmæssig gevinst. Som det dog ydermere fremgår af afsnit 1.10.2 er et af problemstillingerne ved Kaldor-Hicks-kriteriet imidlertid, at der ikke tages hensyn til de fordelingsmæssige konsekvenser, der sker ved en omfordeling, og man kan forvente, at en ændring kan stille en gruppe dårligere end hvad der var gældende i udgangspunktet. Omvendt må man konstatere, at kriteriet er forholdsvis operationelt i forhold til Pareto-kriteriet, men ikke altid overbevisende, da det ikke nødvendigvis er givet, at en sådan forbedring er ønskværdig.³⁷³

De ovenstående kriterier vil blive brugt igennem den integrerede analyse til at udarbejde en afvejning af efficiens. Ud fra en inddragelse af udbudsreglerne gives i nedenstående analyse en retspolitisk anbefaling af den samfundsefficiente retstilstand i forhold til udbudslovens § 160, stk. 1, og dermed samfundets parter. Kriterierne vil i den henseende blive brugt til at undersøge muligheden for at opnå en samfundsmæssig tilstand, hvor den samlede værdi øges, da ovenstående netop har vist, at en samlede velfærdsforøgelse er efficient.

4.3 Transaktionsomkostningsteorien i forhold til Pareto-kriteriet

For at kunne vurdere den mest hensigtsmæssige situation, hvor samfundsvelfærden opnår størst muligt udnyttelse af retsreglerne og de økonomiske gevinster, synes transaktionsomkostningsteorien at have stor relevans. Derfor vil det i nedenstående analyse blive diskuteret, hvilken betydning transaktionsomkostningerne har for en effektiv ressourcefordeling i forhold til Pareto-kriteriet.

Som det fremgik af den økonomiske analyse, har de grundlæggende antagelser om, at de økonomiske aktører handler begrænset rationelt og på en opportunistisk måde indflydelse på opnåelse af samfundsmæssig efficiens. Derudover har de variable transaktionsdimensioner som aktivspecifitet, usikkerhed og frekvens stor betydning, da disse inddrages i forhold til de investeringer, som kontraktforholdet giver anledning til.

I kapitel 3, afsnit 3.5.5 blev det konkluderet, at det var mest efficient, såfremt ordregiver afholdte de fleste af sine omkostninger ex ante, således at tilbudsgiver ville få mindsket sine samlede transaktionsomkostninger, hvilket førte til samlede lavere transaktionsomkostninger. Dog er en efficient løsning ikke altid ensbetydende med, at løsningen også er Pareto-optimal, hvilket også blev forklaret indledningsvist i afsnit 4.2.1. Det skal derfor undersøges, om den økonomisk mest efficiente løsning, udledt på baggrund af afsnit 3.5 om transaktionsomkostningsteorien, også kan defineres

³⁷³ Riis, 1999, s. 1156

som værende en Pareto-forbedring – altså en forbedring, hvor ingen bliver stillet dårligere, end de var i udgangspunktet, samtidig med at mindst én stilles bedre.

I konklusionen i kapitel 2, hvor det blev konkluderet, at udbudsloven ikke skal fortolkes udvidende, men snarere indskrænkende, bliver ordregiver ikke pålagt en pligt til, i hvert fald ikke i alle tilfælde, at offentliggøre en detaljeret evalueringsmetode. I kapitel 3, herunder afsnit 3.5 om transaktionsomkostninger, blev det konkluderet, at tilbudsgiver ville have øgede samlede transaktionsomkostninger, såfremt ordregiver ikke afholdt de fleste af sine transaktionsomkostninger ex ante. Hvis udbudslovens § 160, stk. 1, ikke bliver fortolket udvidende, men derimod indskrænkende, vil tilbudsgivers samlede transaktionsomkostninger dermed ikke ændres. Det vil sige, at der i hvert fald for tilbudsgiver ikke sker en mindskeelse af transaktionsomkostningerne, og der derfor på denne baggrund ikke sker en Pareto-forbedring.

Kigger man på ordregiver, vil ordregivers samlede transaktionsomkostninger heller ikke ændre sig, da det i princippet, jf. transaktionsomkostningsteorien, ikke gør nogen forskel for ordregiver, om han udarbejder en detaljeret evalueringsmetode før eller efter offentliggørelse af udbudsdokumenterne. Ordregiver er, uanset hvad, forpligtet til at kunne bevise over for tilbudsgiver, hvordan han har evalueret på de indkomne tilbud for at sikre en gennemsigtig udbudsprocedure og overholde de udbudsretlige principper. Dette betyder, at en indskrænkende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1, således heller ikke fører til en Pareto-forbedring i og med, at ordregiver heller ikke vil blive stillet bedre.

På den baggrund kan det konkluderes, at en indskrænkende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1, i princippet hverken vil stille ordregiver eller tilbudsgiver bedre end i sit udgangspunkt og dermed ikke kan siges at medføre en forbedring på baggrund af Pareto-kriteriets betingelser. Derfor kan der argumenteres for, at en udvidende fortolkning af udbudslovens § 160 stk.1, hvor ordregiver er pålagt en pligt til at offentliggøre sin evalueringsmetode detaljeret, vil medføre en samlet velfærdsforøgelse efter Pareto-kriteriet, eftersom ordregiver i princippet ikke bliver stillet dårligere, da hans omkostninger blot rykkes fra den ene periode til den anden, og tilbudsgiver udelukkende vil blive stillet bedre, eftersom tilbudsgivers omkostninger hermed vil mindskes. På baggrund af kapitel 3, afsnit 3.5 om transaktionsomkostninger kan der derfor argumenteres for, at samfundet ville opnå en Pareto-forbedring og dermed en velfærdsforøgelse, der samlet set ville være mere efficient for samfundet, såfremt ordregiver blev pålagt en pligt om at beskrive en detaljeret evalueringsmetode. Der-

for må det konkluderes, at der efter gældende ret ikke er opnået en Pareto-forbedring jf. konklusionen i kapitel 2, afsnit 2.13, hvor der ikke lægges op til en udvidende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1.

I den juridiske analyses konklusion i afsnit 2.13, argumenteres der endvidere for, at en udvidende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1, vil være hensigtsmæssig, såfremt bestemmelsen skal opnå den tilsigtede virkning, som er, at ordregiver ikke må opnå et ubetinget frit valg samt at skabe gennemsigtighed for tilbudsgiver i udbudsprocessen. På den baggrund, kan man argumentere for, at man både rent juridisk og rent økonomisk, kan støtte op om denne konklusion.

Den økonomiske teori bakker derfor i dette tilfælde op om en mere indgribende regulering i forhold til udbudslovens § 160, stk. 1. Denne konklusion er dog udelukkende baseret ud fra konklusionen i afsnit 3.5 om transaktionsomkostningsteori og tager således kun udgangspunkt i lige netop problemstillingen vedrørende fortolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1, og ikke om ordregiver generelt burde være underlagt regulering, når ordregiver skal indgå kontrakter på vegne af det offentlige.

4.3.1 Illustration for opfyldelse af Pareto-kriteriet i et simultant spil

Følgende afsnit indeholder en opsamling af ordregivers og tilbudsgivers valg i forhold til udbudslovens § 160, stk. 1, herunder om den skal fortolkes indskrænkende eller udvidende. Nedenstående matrix vil derfor tage udgangspunkt i et spil, hvor det samlede payoff for ordregiver og tilbudsgiver (spillerne) vil være afhængigt af, hvordan udbudslovens § 160, stk. 1, skal fortolkes. Værdierne i matrixen afspejler henholdsvis tilbudsgivers og ordregivers omkostninger forbundet ved et udbud. Des højere samlede payoff spillerne får des lavere samlede omkostninger, er der for tilbudsgiver og ordregiver. Følgende matrix vil ikke indeholde talværdier, med inddrager i stedet bogstaver, A og B, for at illustrer spillernes payoff. Forholdet mellem bogstaverne er $A > B$.

Ordregiver/Tilbudsgiver	Indskrænkende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1	Udvidende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1
Indskrænkende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1	*A,B	*A,A*
Udvidende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1	*A,B	*A,A*

Følgende matrix viser, at i en situation med indskrænkende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1, vil tilbudsgiver ikke opnå et lige så stort payoff som hvis de ”spiller” udvidende fortolkning. Derudover illustrer matrixen, at ordregiver har samme payoff uanset om de ”spiller” indskrænkende- eller udvidende fortolkning. Dette blev påvist i afsnit 3.7 ovenfor.

For at løse dette spil, tages der udgangspunkt i Nash-ligevægten. Nash-ligevægten findes i de situationer, hvor ingen af spillerne kan få et højere payoff ved at vælge en anden strategi. Når ovenstående spil løses findes to Nash-ligevægte i henholdsvis udvidende - udvidende (A,A) og indskrænkende – udvidende (A,A). I praksis er det dog ikke muligt at opstille en situation, hvor ordregiver og tilbudsgiver ikke er underlagt de samme retlige regler, hvorfor Nash-ligevægten i indskrænkende – udvidende ikke kan lade sig gøre i virkeligheden. Derfor vil det i praksis kun være indskrænkende – indskrænkende og udvidende – udvidende der kan lade sig gøre. I indskrænkende – indskrænkende vil det samlede payoff være $A + B$ hvor det i udvidende – udvidende vil være $A + A$. Der er derfor tale om en Pareto-forbedring efter kriteriets betingelser, hvorfor der derfor også vil være tale om en Kaldor-Hicks efficient løsning, da spiller samlet set opnår den højeste samlede payoff ($A + A$).

I ovenstående vil ordregiver eller tilbudsgiver ikke kunne vælge en bedre løsning ved at gå fra udvidende til indskrænkende, da ingen af disse to bliver stillet bedre end i udgangspunktet.³⁷⁴ Dermed må det konkluderes, at en udvidende fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1, samlet set, er den mest efficiente løsning for samfundet, da situationen netop illustrerer betingelsen for opfyldelse af Pareto-kriteriet.

Følgende analyse vil baseres på afsnittet i kapitel 3, afsnit 3.8 om relationen mellem ordregiver og tilbudsgiver, herunder hvilke fordele det blev konkluderet, at der kunne opnås, sammenholdt med gældende ret.

4.4 Den relationelle rente sammenholdt med Pareto-kriteriet

I kapitel 3, afsnit 3.8 blev det undersøgt, om ordregiver og tilbudsgiver kunne sænke deres samlede transaktionsomkostninger, såfremt de indgik i en stærk relation med aktivspecifikke investeringer. Det blev konkluderet, at parterne ville mindske deres transaktionsomkostninger, såfremt de gjorde dette, og derved kan man argumentere for, at dette ville resultere i en Pareto-forbedring i og med, at begge parter ville blive bedre stillet som følge af denne form for samarbejde. Dog ville andre poten-

³⁷⁴ Christensen & Poulsen, 2005, s. 78

tielle tilbudsgivere blive stillet værre, eftersom de dermed ikke ville have mulighed for at kunne vinde et potentielt udbud, da den eksisterende leverandør ville have opnået en konkurrencefordel, som ikke kunne udlignes.

Igennem disse aktivspecifikke investeringer ville parterne opnå en afhængighed i relationen, da et skift af leverandør for ordregiver ville medføre store udgifter og dette dermed ville medføre et samlet velfærdstab. For tilbudsgivers synsvinkel ville de aktivspecifikke investeringer være en 'sunk cost' jf. afsnit 3.5.5 som tilbudsgiver altså ikke ville kunne bruge i andre samarbejder. Et skift i leverandør, efter at der er opstået et sådant afhængighedsforhold, er derfor ikke rentabelt for nogle af parterne.

På baggrund heraf kan man argumentere for, at samspillet mellem udbudsreglerne og denne økonomiske gevinst er svært foreneligt, da man for det første som ordregiver ikke må sætte sig selv i en situation, hvor det ikke kan lade sig gøre at skifte leverandør, og man endvidere heller ikke må favorisere og vælge den hidtidige leverandør på baggrund af et tidligere samarbejde, da det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. Såfremt ordregiver er forpligtet til at offentliggøre en detaljeret evalueringsmetode, er det sværere for ordregiver at komme uden om de udbudsretlige principper, og det vil derfor være sværere at opnå de fordele, der følger af et samarbejde med en stærk relation med høj grad af aktivspecifikke investeringer.

Jf. den juridiske konklusion i afsnit 2.13, vil ordregiver i nogle tilfælde kunne opnå et ubetinget frit valg mellem tilbudsgiverne, og i de situationer kan der argumenteres for at nogle af de fordele, der er ved et tæt samarbejde med aktivspecifikke investeringer, således kan opnås alligevel. Rent juridisk vil dette dog ikke stemme overens med de udbudsretlige principper, og det vil derfor under overholdelse af udbudsloven ikke være muligt at opnå dette samarbejde på samme måde, som hvis offentlige virksomheder frit kunne indgå aftaler, med hvem de ville.

Samlet set vil denne allokering ikke udgøre en velfærdsforøgelse efter Pareto-kriteriet, da potentielle tilbudsgivere vil blive stillet dårligere som følge af en sådan relation mellem en offentlig virksomhed og en eksisterende leverandør, da potentielle virksomheder ville have meget lille mulighed for at kunne konkurrere på baggrund af de konkurrencefordele, den eksisterende leverandør vil have opnået som følge af denne relation med høj grad af aktivspecificering.

4.5 'Efficient breach of contract' og Pareto-kriteriet

I analysen i kapitel 3, afsnit 3.9, blev det analyseret, hvorvidt det i nogle tilfælde ville være efficient for en offentlig virksomhed at bryde med de udbudsretlige regler. Rent økonomisk vil det i nogle tilfælde formentlig godt kunne betale sig at bryde med de udbudsretlige regler, såfremt der foretages en rent økonomisk afvejning. Det er formentlig også i disse tilfælde, at man kan forestille sig, at der bliver taget politiske beslutninger i de offentlige virksomheder, som resulterer i, at de udbudsretlige regler bliver tilsidesat. I forhold til Pareto-kriteriet vil et efficient brud på en kontrakt formentlig ikke kunne resultere i en Pareto-forbedring, eftersom de tilbudsgivere, der potentielt kunne have haft mulighed for at vinde et udbud, som aldrig blev udbudssat, mister potentiel indtjening. Derfor kan man ikke argumentere for, at et efficient brud på de udbudsretlige regler kan begrundes i, at der sker en Pareto-forbedring. Under overholdelse af gældende ret er det endvidere umuligt at argumentere for et efficient brud på retsreglerne. Dog giver udbudsloven plads til at foretage direkte tildelinger under visse omstændigheder. Dette er dog en undtagelse, som kun bør benyttes under særlige omstændigheder, og ikke blot, når ordregiver selv har været skyld i, at han sidder i en situation, der bevirker, at det er besværligt at skulle overholde de udbudsretlige regler.

4.6 Kaldor-Hicks-kriteriet i forhold til forpligtelserne efter udbudslovens § 160, stk. 1

Ved en Pareto-forbedring er betingelsen, at ingen må stilles dårligere, end de var stillet i deres udgangspunkt, selvom nogle stilles bedre, og det samlet set udgør en mere efficient tilstand. Ved Kaldor-Hicks forbedringer skal det, som nævnt i afsnit 1.10.2, blot være muligt at kompensere dem, der er blevet stillet dårligere ved en given ressourceallokering.

I forhold til transaktionsomkostningsteorien i afsnit 3.5 blev det konkluderet, at der faktisk var tale om en Pareto-forbedring, såfremt ordregiver blev pålagt en pligt efter udbudslovens § 160, stk. 1, til at offentliggøre en detaljeret evalueringsmetode. Derfor må denne allokering af ressourcer også siges at være en forbedring efter Kaldor-Hicks-kriteriet, dog uden at nogle behøver blive kompenseret, da der ikke er nogen, der bliver stillet dårligere, end de var i deres udgangspunkt.

I afsnit 3.8 om relationen mellem tilbudsgiver og ordregiver og de fordele, der kunne opnås såfremt de indgik i et tæt relationelt samarbejde med aktivspecifikke investeringer, blev det konkluderet, at ressourceallokeringen ikke ville kunne siges at være en Pareto-forbedring. Dog kan man argumentere for, at ressourceallokeringen i nogle tilfælde godt vil kunne være tale om en velfærdsforøgelse efter Kaldor-Hicks-kriteriet, eftersom der i princippet ville være mulighed for at kompensere de

potentielle tilbudsgivere, der blev afskåret fra at deltage i en udbudsproces og herved afskåret fra en potentiel indkomst, for deres tab. Dette afhænger dog af, om den økonomiske gevinst ved et tæt samarbejde overstiger de konkurrencefordele, der ellers er ved at udbyde kontrakter. Såfremt de relationelle fordele økonomisk vil medføre en samlet velfærdsforøgelse, vil Kaldor-Hicks-kriteriet være opfyldt. Under overholdelse af gældende ret, vil det dog ikke være en mulighed.

I afsnit 3.9 om det efficiente brud på udbudsreglerne kunne det, i tråd med ovenstående, konkluderes, at en Kaldor-Hicks forbedring efter kriteriets betingelser kan siges at være opfyldt. Rent økonomisk vil et efficient brud på udbudsreglerne nemlig samlet set være en velfærdsforøgelse, hvor de der bryder med reglerne, i princippet vil være i stand til at kompensere for tabt indtjening. Teorien bag det efficiente retsbrud går nemlig ud på, at det skal være muligt at kompensere, dem der har tabt indtjening/nytte ved et retsbrud. Igen er det vigtigt at fremhæve, at compensationen kun er principiel, og at der derfor ikke er et krav om, at der skal kompenseres, blot at det skal være muligt.

I forhold til gældende ret giver udbudslovens særlige bestemmelser om direkte tildeling dog også plads til dette, men som nævnt i afsnit 3.9 gælder dette ikke i de tilfælde, hvor ordregiver bevidst eller uden tanke på udbudsreglerne har sat sig i en sådan situation. Det er derfor som udgangspunkt ikke meningen, at offentlige virksomheder selv skal tage en sådan beslutning om at bryde med reglerne. I forhold til udbudslovens § 160, stk. 1 gives der efter analysen af bestemmelsen for stor mulighed for ordregiver til selv at beslutte, hvornår han vil tilsidesætte de udbudsretlige principper og faktisk vælge den tilbudsgiver, han ønsker på baggrund af nogle hensyn, der ikke altid stemmer overens med de udbudsretlige principper, herunder særligt ligebehandling og gennemsigtighed.

4.7 Fuldkommen konkurrence og monopol i forhold til udbudslovens § 160, stk. 1

I kapitel 3, afsnit 3.2 og afsnit 3.3 om henholdsvis fuldkommen konkurrence og monopol blev det påvist, at der ved monopolistiske tilstande ville opstå et dødvægtstab, og at der ved fuldkommen konkurrence ikke ville være noget dødvægtstab. Ved fuldkommen konkurrence ville priserne blive konkurreret ned på et efficient niveau, som samlet set vil øge velfærden, da samfundets agenter vil få mest muligt for de ressourcer, der er tilgængelige. Ressourcerne vil altså blive udnyttet fuldt ud.

Det blev dog også konkluderet, at en sådan tilstand ikke er mulig, men at flere konkurrerende virksomheder på et marked vil skabe konkurrence og dermed lavere priser. Udbudsreglernes formål er derfor veløkonomisk begrundede, og såfremt konkurrencen altid var sikret, ville ressourcerne også

blive brugt der, hvor de gav størst nytte. Det er dog imidlertid ikke altid lige nemt at sørge for, lovgivningen altid opfylder de bagvedliggende formål. Udbudslovens § 160, stk. 1, giver som fortolket i kapitel 2, i nogle henseende ordregiver et ubetinget frit valg, hvilket betyder, at der ikke vil opstå den reelle konkurrence på markedet, som er hensigten med reglerne. Såfremt man ikke opnår de økonomiske fordele, der skulle være ved at konkurrenceudsætte, og ordregiver i nogle tilfælde alligevel på forhånd har besluttet, hvilken leverandør som han ønsker at arbejde sammen med, er det svært at argumentere for, at parterne hver gang skal igennem en omkostningstung udbudsproces.

4.8 Integreret delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyse, er det således muligt at skabe en Pareto-forbedring efter kriteriets betingelser, under overholdelse af de udbudsretlige regler. Derfor vil det på baggrund af nærværende speciale anbefales, at udbudslovens § 160, stk. 1, fortolkes udvidende, således at man tager et skridt imod en bedre sikring af den reelle konkurrence på markedet og samtidig opnår en samfundsefficient tilstand. Såfremt udbudsloven skal overholdes, og der ikke skal kunne stilles spørgsmål ved ordregivers overholdelse af de udbudsretlige principper, vil det både juridisk og økonomisk, jf. afsnit 2.13 og 3.10, blive anbefalet at evalueringsmetoden skal offentliggøres i meget detaljeret grad. For at svare på specialets integrerede problemstilling må det altså konkluderes, at det faktisk *er* muligt at allokere omkostningerne for de involverede i en udbudsproces, således at der skabes mere velfærd under overholdelse af de udbudsretlige principper. Faktisk bliver de udbudsretlige principper i høj grad respekteret, og det vil utvivlsomt blive sværere for involverede tilbudsgivere at klage over en uigennemsigtig udbudsproces, såfremt en detaljeret evalueringsmetode var et lovkrav i alle henseender samtidig med, at det bliver sværere for ordregiver at omgå de udbudsretlige regler.

Kapitel 5 - Samlet konklusion

Formålet med udbudslovens § 160, stk. 1, er at sikre en tilstrækkelig gennemsigtig udbudsproces for tilbudsgiver, således at tilbudsgiver er fuldt informeret om alle relevante oplysninger, samtidig med at ordregiver ikke opnår et ubetinget frit valg blandt de bydende tilbudsgivere. Rent juridisk står det stadig ikke klart, hvor detaljeret en evalueringsmetode ordregiver er forpligtet til at offentliggøre. Efter Klagenævnets kendelse af 8. august, 2017 må man dog formode, at bestemmelsen ikke skal fortolkes så udvidende som først antaget. Endvidere må man dog også lægge til grund, at for at være sikker på at opnå det tilsigtede mål, er det ikke nok med en overordnet beskrivelse af evalueringsmetoden, og en detaljeret evalueringsmetode burde derfor være nødvendig. Endvidere kan man, som tidligere nævnt, argumentere for, at den accepterede efterfølgende fastsættelse af hældningsgraden kan vise sig at være problematisk i henhold til EU-domstolens praksis, hvorfor noget kunne tyde på, at EU-Domstolen var kommet frem til et andet resultat i samme sag. Endvidere blev det af den økonomiske analyse i afsnit 3.5 om transaktionsomkostninger påvist, at jo mere gennemsigthed ordregiver formår at skabe ex ante i en udbudsproces, jo lavere vil omkostningerne for potentielle tilbudsgiveres være, hvilket vil resultere i en samlet begrænsning af omkostningerne forbundet ved en udbudsproces.

I specialets integrerede analyse blev det søgt besvaret, om det var muligt at opnå en allokering af omkostningerne forbundet ved en udbudsproces, der samlet set resulterede i en velfærdsforøgelse under overholdelsen af de udbudsretlige regler. Dette viste sig at være muligt i og med, at udbudsreglerne uden tvivl ville være overholdt, samtidig med at omkostningerne for tilbudsgiver ville blive sænket. Endvidere ville en udvidende fortolkning være med til at sørge for, at konkurrencen ikke blev fordrejet, da ordregiver ikke vil opnå et ubetinget frit valg i en udbudsproces, og flere tilbudsgivere dermed vil have incitament til at byde på et potentielt udbud.

Generelt er det interessant at overveje, om de udbudsretlige regler er ”strengt nok” i den forstand, at der i mange henseende kan være smuthuller i udbudsreglerne, som bevirker, at ordregiver alligevel kan formå at vælge den tilbudsgiver, han ønsker, samtidig med at han i princippet overholder udbudsreglerne. Såfremt dette er tilfældet, risikerer man ikke at opnå de fordele, der følger af reel konkurrence på et marked, samtidig med at man eventuelt går glip af de fordele, man ellers kunne opnå, såfremt ordregiver selv havde indgået aftaler under aftalefrihed og blot under de forvaltnings-

retlige principper, en offentlig virksomhed er underlagt. Som anført af advokat Jacob Georg Naur³⁷⁵ vil ordregiver, uanset forpligtelserne efter udbudslovens § 160, stk. 1, fortsat have betydelig valgfrihed ved tilbudsevalueringen, så længe Klagenævnet ikke efterprøver ordregivers bedømmelse af et tilbuds kvalitet. Endvidere argumenterer advokat Jacob Georg Naur for, at ordregiver således blot vil finde den nødvendige fleksibilitet ved vurderingen af tilbuddenes kvalitet, eftersom dette ikke bliver prøvet af Klagenævnet.

Udbudslovens § 160, stk. 1, er et eksempel på et tiltag, der forsøger at styrke de udbudsretlige principper, men alligevel kun formår at opnå begrænset tilsigtet virkning, da det blev påvist jf. afsnit 2.12, at ordregiver, ved at ændre hældningsgraden en lille smule i princippet, kunne ændre hele resultatet på udfaldet af evalueringen. Såfremt ordregiver har mulighed for at manipulere med evalueringsmetoden, således at ordregiver kan vælge den leverandør, han helst ser vinde, kan man argumentere for, at de mange transaktionsomkostninger, der er forbundet ved en udbudsproces for både ordregiver og tilbudsgiver, er unødvendige. Det giver kun mening at afholde disse omkostninger, såfremt man ved, at reglerne og dertilhørende udbudsretlige principper bliver overholdt på alle stadier i en udbudsproces, og man derved er sikret at opnå de økonomiske fordele der følger af reel konkurrence.

Generelt er det en interessant diskussion, hvorvidt udbudsreglerne overhovedet er strenge nok, såfremt de skal at sørge for en egentlig konkurrence blandt potentielle tilbudsgivere. Mange elementer spiller ind, når to parter skal indgå en kontrakt, og det er svært at sørge for en proces, der er helt igennem gennemsigtig og sikrer ligebehandling på alle stadier af udbudsprocessen. Endeligt må det på baggrund af ovenstående analyser dog konkluderes, at udbudslovens § 160, kun opnår en begrænset tilsigtet virkning sammenholdt med bestemmelsens formål.

³⁷⁵ Ordregiver har stadig betydelig valgfrihed ved tilbudsevalueringen, Avokatfirmaet Energi & Miljø, publiceret d. 21 december 2015

Litteraturliste

Bøger:

- Andersen, J. & Keiding, H., 1997, Introduktion til Nationaløkonomi, Jurist- og Økonomforbundets forlag (mindre revisioner 2012)
- Andersen, Per, Nielsen, Lene, Nissen, Tanja, 1999, Velfærdsøkonomi, Teori og anvendelser, Odense Universitetsforlag
- Blume, Peter, 2014, Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. Udgave
- Cabral, B., M., Luís, 2000, Introduction to Industrial Organization, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts,
- Cartwright, Edward & Frank, Robert, 2013, Microeconomics and behaviour, By McGraw-Hill Education
- Christensen, Niels Bruhn & Poulsen, Anders, 2005, Ventus Publishing ApS, Mikroøkonomi kompendium
- Eide, Erling & Stavang, Endre 2009, Rettsøkonomi, Oslo, Cappelen Damm AS, 2. Opplag
- Hagel-Sørensen, Karsten (red.), 2016, Aktuel udbudsret II, Jurist- og økonomforbundets Forlag
- Hamer, Risvig, Carina, 2016, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave
- Hendrikse, George, 2003, Economics and Management of Organizations, McGraw Hill Education
- Knudsen, Christian, 1997, Økonomisk metodologi, Virksomhedsteori og Industriøkonomi, bind 2., Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Peter, Niels, 1993, Transaktionsomkostningsteori – En introduktion til Williamson, Institute of Management Univesity of Aarhus
- Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, 2010, EU ret, Thomsom Reuters Professional A/S, København 6. reviderede udgave 1. oplag
- Nielsen, Ruth & Tvarnø, D., Christina, 2014, Retskilder & retsteorier, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 4. reviderede udgave
- Poulsen, Troels, Sune, Jakobsen, Stig, Peter & Kalsmose-Hjelmborg, Evers, Simon, 2011, EU Udbudsretten Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave, 1. oplag

- Raaschou-Nielsen, Agnete og Foss, Juul, Nicolai, 1997, Indledning til Rets-og kontraktøkonomi, GadJura, København, 1. udgave
- Riis, Thomas, 1996, Ophavsret og Retsøkonomi, Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning, København, GadJura, 1. udgave, 1. oplag
- Treumer, Steen, 2000, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 1. udgave, 1. oplag
- Treumer, Steen, 2016, (red.), Udbudsloven, Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 1. oplag
- Ølykke, Skovgaard, Grith & Nielsen, Ruth, 2017, EU's udbudsregler – i dansk kontekst, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave. 1. oplag
- Østergaard, Kim, Julebogen 2003: Metode på Cand.merc.jur. studiet. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Artikler og rapporter:

- Center for forskning I offentlig-privat samspil (COPS) 2017, "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud – en survey-undersøgelse på tværs af brancher"
- Chamberlin, Edward H. The Theory of Monopolistic Competition. Cambridge, MA: Harvard University Press
- Coase, Ronald, 1937, Nature of the firm, Economica, New Series, Vol. 4, No. 16., pp. 386-405
- Dyer, Jeffrey H. & Singh, Harbir, 1998, The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage, University of Pennsylvania
- Europa-Kommissionen, 2011, Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb
- Kerkmeester, Heico (1999), "Methodology: General", artikel, Erasmus University of Rotterdam
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2012, "Bliver din kommune snydt? Karteller, monopoler og unødvendige omkostninger ved udbud"
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, december 2014, "Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning"
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, december 2016, "Status for offentlig konkurrence"
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, december 2017, "Status for offentlig konkurrence"
- Naur, Georg, Jacob, advokat "Ordregiver har stadig betydelig valgfrihed ved tilbudsevalueeringen", Avokatfirmaet Energi & Miljø, publiceret d. 21 december 2015

- Rambøll Management Consulting til Trafik- og Byggestyrelsen, januar 2016, ”Analyse – reduktion af transaktionsomkostninger ved udbud i byggebranchen”,
- Riis, Thomas, August 1999, del 2. – 2000, Retsøkonomi, udgivet af De nordiske Juristmøder, Trykt i ”Forhandlingerne ved det 35. Nordiske juristmøde I Oslo 18.-20. S. 1145-1163
- Robert L. Birmingham, 1970, ”Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”, Indiana University School of Law
- Udbudskulturen i Danmark, Rådet for offentlig-privat samarbejde (ROPS), 2014
- Udbudsrådet, december 2011, ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”

Regulering:

Nationalt:

- Udbudsloven, lov nr. 1564 af 15.12.2015, senest ændret 02.06.2016 af LBK nr. 593

EU-lovgivning:

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF EØS-relevant tekst
- 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

Retspraksis:

Klagenævnets kendelser:

- Klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune
- Klagenævnets kendelse af 4. august 2009, Mölnlycke mod Region Hovedstaden
- Klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune
- Klagenævnets kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension som udlagt af nævnet i kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod BaneDanmark.
- Klagenævnets kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI,
- Klagenævnets kendelse af 1. juli 2014, Havnens skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S mod Trafikselskabet Movia.
- Klagenævnets kendelse af 8. August 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland

EU-retspraksis:

- Sag C-87/94 - Domstolens Dom (Femte Afdeling) af 25. april 1996. - Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien. Direktiv 90/531/EØF. - EC-LI:EU:C:1994:166
- Sag C-6/15, Domstolens Dom (Fjerde afdeling) af 14. juli 2016. - TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest. Direktiv 2004/18/EF. - ECLI:EU:C:2016:555
- Sag C-6/15, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat P. Mengozzi. Fremsat den 10. marts 2016, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest. Direktiv 2004/18/EF. ECLI:EU:C:2016:160
- Sag C-59/00, Domstolens kendelse (Anden afdeling) af 3. december 2001. – Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab. Direktiv 93/37/EØF. ECLI:EU:C:2001:654
- Sag C-243/89, Domstolens Dom af 22. juni 1993. – Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark. EØF-traktaten & Rådets direktiv 71/305. EC-LI:EU:C:1993:257
- Sag C-470/99, Domstolens Dom (Sjette afdeling) af 12. december 2002. – Universale-Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH. ECLI:EU:C:2002:746
- De forenede sager C-21/03 og C-34/03, Domstolens Dom (Anden afdeling) af 3. marts 2005. – Fabricom SA mod État Belge. ECLI:EU:C:2005:127
- Sag C-92/00, Domstolens Dom (Sjette afdeling) af 18. juni 2002. - Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- GmbH (HI) mod Stadt Wien. ECLI:EU:C:2002:379.
- Sag C-324/98, Domstolens Dom (Sjette afdeling) af 7. december 2000. - Telaustria Verlags GesmbH, Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG. ECLI:EU:C:2000:669.
- Sag C-199/07, Domstolens Dom (Fjerde afdeling) af 12. november 2009. – Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik. ECLI:EU:C:2009:693
- Sag C-87/94, Domstolens Dom (Femte afdeling) af 25. april 1996. – Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien. ECLI:EU:C:1996:161
- Sag C-448/01, Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 4. december 2003. – EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich. ECLI:EU:C:2003:651.
- Sag C-331/04, Domstolens Dom (Anden afdeling) af 24. november 2003. - ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl og Viaggi di Maio Snc mod ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia og Comune di Venezia. ECLI:EU:C:2005:718.
- Sag C-532-06, Domstolens Dom (Første Afdeling) af 24. januar 2008. - Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis. ECLI:EU:C:2008:40.
- Sag C-226/09, Domstolens Dom (Fjerde Afdeling) af 18. november 2010. – Europa-Kommissionen mod Irland. ECLI:EU:C:2010:697.

- Sag C-31/87, Domstolens Dom (Fjerde afdeling) af 20. september 1988 – Gebroeders Beentjes BV mod Den nederlandske stat. ECLI:EU:C:1988:422
- Sag C-62/00, Domstolens Dom (Femte afdeling) af 11. juli 2001 – Marks & Spencer plc mod Commissioners of Customs & Excise. ECLI:EU:C:2002:435
- Sag C-454/06, Domstolens Dom (Tredje afdeling) af 19. juni 2008 – Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund) m.fl. ECLI:EU:C:2008:351
- Sag C-237/99, Domstolens Dom (Femte afdeling) af 1. februar 2001 – Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik. ECLI:EU:C:2001:70
- Sag C-212/97, Domstolens Dom af 9. marts 1999 – Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. ECLI:EU:C:1999:126
- Sag C-431/92, Domstolens Dom af 11. August 1995 – Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland. ECLI:EU:C:1995:260
- Sag C-421/01, Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 16. oktober 2003 – Traunfellner GmbH mod Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG. ECLI:EU:C:2003:549
- Sag C-810/79, Domstolens Dom af 8. oktober 1980 - Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. ECLI:EU:C:1980:228
- Sag C-16/98, Domstolens Dom af 5. oktober 2000 - Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik. ECLI:EU:C:2000:54.
- Sag C-299/08, Domstolens Dom (Tredje Afdeling) af 10. december 2009 – Europa-Kommissionen mod Den Franske Republik. ECLI:EU:C:2009:769.

Forarbejder, meddelelser og vejledninger:

- De almindelige bemærkninger til lovforslaget – lovforslaget som fremsat <https://www.retsinformation.dk/>
- Kommissionens svar til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen <https://www.kfst.dk/>
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, juli 2016, ”Evalueringsmetoder, Praktisk vejledning til offentlige indkøbere”