

ERHVERVSØKONOMI / ERHVERVSJURASTUDIET  
COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL  
KANDIDATAFHANDLING CAND.MERC.(JUR.)

# **Unormalt lave tilbud - et effektivt middel til at forfølge EU-mål?**

- En juridisk og økonomisk analyse af udbudsdirektivets artikel 69

**Abnormally low tenders - an effective mean of pursuing EU objectives?**

- A legal and economic analysis of procurement directive article 69



Forfattere: Philip Stabell Monby (54837) og Mikal Jespersen (37037)

Vejledere: Cecilie Fanø Petersen og Lasse Holt

Afleveringsdato: 15. maj 2018

Antal ansalg: 238.833

## Summary

This thesis examines the provision on abnormally low tenders in public procurement with an emphasis on analyzing whether the provision is effective, in terms of ensuring that the public authority do not pursue purposes that is not in accordance with the means of the provision.

The provision requires economic operators to explain the price or costs proposed in the tender where tenders appear to be abnormally low. The analysis has shown that it is up to the public authority to identify whether it perceives a tendered price to appear abnormally low, as the concept of the provision is unclear. In continuation thereof, the objective of the Public Procurement Directive is to ensure fair and open competition, enabling economic operators to gain benefits from the Internal Market while at the same time achieving competitive bids for the authority. These goals are found to be contradictory.

Furthermore, the analysis has shown that the public authority has several reasons why it may wish to accept or reject an apparently abnormally low tender. The analysis has shown that contracting authorities do not act solely on the basis of welfare-maximizing behavior. The analysis showed that the contracting authority can also act profit-maximizing, whereby wishing to use input as efficiently as possible, even though this behavior can lead to opportunistic behavior. The provision introduces transaction costs that are undesired in the first place, but that these costs are proportional to the ex-post costs that may arise in a contractual relationship, after which they are considered to be efficient.

Finally, the analysis showed that Public Procurement Law and EU Competition Law have different purposes, but that the set of rules can overlap and influence each other, as both seek to generate effective competition in the Internal Market. As a result of the public authority's profit-maximizing behavior, the authority may risk accepting a tender coming from a cartel. The analysis has shown that by accepting this tender, the competition may be distorted. The economic consequences are that the cartel will act as a monopoly, and will price at monopolistic prices. This will generate a deadweight loss for the EU community.

# Indholdsfortegnelse

Summary .....	1
<b>Kapitel 1.....</b>	<b>5</b>
1.1 Indledning .....	5
1.2 Problemformulering .....	7
1.3 Afgrænsning .....	8
1.4 Formål og synsvinkel .....	10
1.5 Struktur .....	10
1.6 Metode .....	11
1.6.1 Juridisk metode .....	11
1.6.1.1 Fortolkning af EU-regulering .....	11
1.6.1.2 Regulering .....	12
1.6.1.3 Primær regulering .....	13
1.6.1.4 Sekundær regulering .....	13
1.6.1.5 Retspraksis .....	14
1.6.1.6 Juridisk litteratur .....	15
1.6.2 Økonomisk metode .....	15
1.6.2.1 Nyinstitutionel økonomi .....	15
1.6.2.2 Newhouse's incitamentsteori .....	16
1.6.2.3 Principal-agent teori .....	16
1.6.2.4 Transaktionsomkostninger .....	17
1.6.2.5 Mikroøkonomi .....	18
1.6.2.6 Spilteori .....	19
1.7 Grundlæggende begreber .....	19
1.7.1 Unormalt lave tilbud kontra tilsyneladende unormalt lave tilbud .....	19
1.7.2 Dobbeltforpligtelser .....	20
<b>Kapitel 2.....</b>	<b>21</b>
2.1 Formålsfortolkning .....	21
2.1.1 Indledning .....	21
2.1.2 Formålsfortolkning af artikel 69, stk. 1 .....	21
2.1.3 Retspraksis .....	26
2.1.3.1 Transporoute-sagen .....	26
2.1.3.2 Fratelli-sagen .....	28
2.1.3.3 Impresa Donà-sagen .....	29
2.1.3.4 Furlanis-sagen .....	30
2.1.3.5 Hera-sagen .....	30
2.1.3.6 Kommissionen mod Spanien .....	30
2.1.3.7 Impresa Lombardini-sagen .....	31
2.1.3.8 SECAP-sagen .....	34
2.1.3.9 SAG ELV Slovensko-sagen .....	37
2.1.3.10 Data Medical Service-sagen .....	38
2.1.4 Hvornår er der tale om et unormalt lavt tilbud? .....	40
2.1.5 Forkastelse af unormalt lave tilbud .....	44
2.1.6 Formålsfortolkning af udbudsdirektivet .....	45
2.1.7 Effektiv konkurrence .....	48
2.2 Delkonklusion .....	50

<b>Kapitel 3.....</b>	<b>52</b>
3.1 Ordregivers dobbeltforpligtelser .....	52
3.1.1 Indledning.....	52
3.1.2 Pris som omdrejningspunkt.....	53
3.1.3 En grundlæggende betingelse.....	53
3.1.4 Grunde til ordregivers accept eller forkastelse af tilbud .....	54
3.1.4.1 Økonomiske risici .....	54
3.1.4.2 Tilbudsgivers manglende information og erfaring .....	56
3.1.4.3 Last chance pricing .....	57
3.1.4.4 Predatory pricing .....	60
3.1.4.5 Karteldannelse .....	61
3.1.4.6 Tilfældigheder der leder til accept af tilsyneladende unormalt lavt tilbud.....	62
3.1.4.7 Protektionisme som en afledt konsekvens .....	62
3.1.5 Opsummering .....	64
3.2 Ordregivers incitamentsstruktur.....	65
3.2.1 Velfærdsmaksimerende adfærd kontra profitmaksimerende adfærd .....	66
3.2.2 Ordregivers forpligtelser i relation til almenhedens behov .....	71
3.3 Delkonklusion .....	73
<b>Kapitel 4.....</b>	<b>75</b>
4.1 Økonomiske udfald .....	75
4.1.1 Indledning.....	75
4.2 Principal-agent teori.....	75
4.2.1 Adverse Selection og Moral Hazard.....	76
4.2.1.1 Overvågning .....	78
4.2.1.2 Regler og sanktioner.....	79
4.2.1.3 Incitamenter.....	80
4.2.2 Samfundsøkonomisk forringelse .....	80
4.2.2.1 Kritik af principal-agent-teorien.....	83
4.3 Transaktionsomkostninger .....	84
4.3.1 Indledning.....	84
4.3.2 Begrænset rationalitet .....	85
4.3.3 Opportunistisk adfærd .....	86
4.3.4 Fasebestemte transaktionsomkostninger .....	87
4.3.4.1 Informationsomkostninger .....	87
4.3.4.2 Forhandlingsomkostninger .....	88
4.3.4.3 Håndhævelsesomkostninger .....	89
4.3.4.4 Transaktionsomkostninger i proportionalitetsperspektiv .....	90
4.4 Unormalt lave tilbud i et kontraktøkonomisk perspektiv.....	91
4.4.1 Spil 1 .....	91
4.4.2 Spil 2.....	93
4.5 Delkonklusion .....	96
<b>Kapitel 5.....</b>	<b>97</b>
5.1 Konkurrencebegrænsende aftaler og samfundsøkonomiske konsekvenser .....	97
5.1.1 Indledning.....	97
5.2. Konkurrenceretten.....	97
5.2.1 Samspillet mellem udbudsretten og konkurrenceretten.....	99
5.2.2 Konkurrencebegrænsende aftaler (Karteldannelse).....	101

5.3 Økonomiske samfundsmæssige konsekvenser .....	103
5.3.1 Monopolistiske tilstande .....	104
5.3.2 Monopol kontra fuldkommen konkurrence .....	106
5.3.3 Dødvægtstab .....	107
5.4 Delkonklusion .....	111
<b>Konklusion .....</b>	<b>112</b>
<b>Perspektivering .....</b>	<b>113</b>
<b>Litteraturliste .....</b>	<b>114</b>
Bøger .....	114
Videnskabelige artikler .....	117
Artikler .....	118
Regulering .....	118
Retspraksis .....	118
Forarbejder, meddelelser, vejledninger og beslutninger .....	120

# Kapitel 1

## 1.1 Indledning

Offentlige myndigheder anvender årligt omkring 18 % af EU's BNP på varer, tjenesteydelser og byggeri- og anlægsarbejder, hvorfor mængden af udbud på EU-niveau er enorm.<sup>1</sup> Udbudsdirektivet<sup>2</sup> er med til at sikre, at offentlige midler udnyttes mest effektivt.<sup>3</sup> For at nå dette mål er det afgørende at generere den stærkest mulige konkurrence om offentlige kontrakter, der tildes på det indre marked.<sup>4</sup> Derudover skal udbudsdirektivet også sikre effektiv konkurrence, hvorved økonomiske aktører sikres lige adgang til markedet.<sup>5</sup> På trods af at frie markeder er naturligt Pareto-efficiente, kan der ske markedsfejl. Således er der behov for korrektioner, eksempelvis gennem lovgivning, herunder gennem udbudsdirektivet. Bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud findes i udbudsdirektivets artikel 69, og skal afhjælpe de markedsfejl, som kan opstå i et frit marked. Bestemmelsen skal således sikre, at ordregiver på den ene side ikke accepterer tilbud der er *for* lave - ligeledes skal bestemmelsen sikre, at tilbudsgivere ikke vilkårligt udelukkes fra konkurrencen. Bestemmelsen giver ordregiver ret til at forkaste bud, som den mener er uholdbare. Konceptet omkring unormalt lave tilbud er dog ikke et fuldstændigt defineret koncept, men kan dog siges at omhandle tilbud, der på grund af sine favorable omstændigheder, sætter spørgsmålstegn ved, om tilbudsgiver kan udføre tilbuddet på lovlige vis. Endvidere kan sådanne tilbud resultere i, at kontrakten ikke bliver fuldført, eller at den økonomiske aktør efterfølgende vil kræve ekstrabetalinger.<sup>6</sup> Udbudsdirektivet stiller den ordregivende myndighed i en svær situation. På den ene side skal myndigheden udnytte offentlige midler på den mest optimale måde, og på samme tid skal denne sørge for, at konkurrencen på markedet er effektiv. Disse to forpligtelser er imidlertid modsigende i

---

<sup>1</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 27.

<sup>2</sup> 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

<sup>3</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

<sup>4</sup> KOM(2011) 15 endelig, side 4.

<sup>5</sup> Ibid., side 4.

<sup>6</sup> Arrowsmith, Sue, 'The Law of Public and Utilities Procurement', Vol. 1: Regulation in the EU and UK. Sweet & Maxwell. Third Edition, 2014, side 802.

forhold til ordregivers interesser - kan myndigheden i virkelighed tilgodese begge hensyn?

Man kan tale for, at ordregiver skal søge at indgå kontrakter, der er så fordelagtige som muligt, herunder at opnå besparelser, hvilke kan sidestilles med hvad en profitmaksimerende virksomhed søger at gøre. Denne adfærdsnorm er dog ikke uproblematisk, da ordregiver er sat i verden til at varetage hensyn som ikke er markedsmæssige, men skal således løse opgaver i almenhedens interesse. Disse to interesseområder kan således synes at være i konflikt, hvorfor der kan herske tvivl om, hvorvidt ordregiver kan lade sig lede af hensyn der ikke fremmer udbudsdirektivets formål.

Ordregivere kan således anvende bestemmelsen på en utilsigtet måde, og kan derfor risikere at acceptere unormalt lave tilbud, som burde have været udelukket fra konkurrencen, herunder tilbud fra karteldeltagere. Ordregivers adfærd kan i den forbindelse afføde konkurrenceretlige problematikker, eftersom at ordregiver ikke umiddelbart er underlagt konkurrencereglerne. Dette kan give anledning til samfundsøkonomiske konsekvenser, som ordregiver i sidste ende ikke ønsker forankret.

## 1.2 Problemformulering

Med afsæt i ovenstående vil afhandlingens overordnede formål være at analysere, hvorvidt artikel 69 i udbudsdirektivet er med til at sikre, at offentlige ordregivende myndigheder ikke lader sig lede af hensyn som denne ikke burde varetage. Det er i den sammenhæng relevant at kigge på selve lovteksten og fortolke denne. Dette gøres for at analysere, hvorvidt lovgrundlaget fremmer den offentlige ordregivers adfærd i den ønskede retning, og om artiklen i sin ordlyd forpligter ordregiver tilstrækkeligt til at handle på den tilsigtende måde. Dernæst vil afhandlingen analysere ordregivers adfærd i et økonomisk perspektiv, navnlig med sigte på at anskue hvilke økonomiske forhold der gør sig gældende i forhold til artikel 69 i en samfundsmæssig betragtning. Dertil vil det økonomiske rationale bag artiklen analyseres, for at anskue hvorfor artiklen i dag er implementeret i udbudsdirektivet. I forlængelse heraf vil samspillet mellem udbudsretten og konkurrenceretten analyseres, for at vurdere den konkurrencefordrejende adfærd, som kan lede til et unormalt lavt tilbud. Afslutningsvis analyseres de samfundsmæssige økonomiske virkninger.

Overordnet set vil afhandlingen besvare følgende spørgsmål:

- *Hvorvidt er bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud med til at sikre konkurrencen på markedet?*

Som del af det overordnede spørgsmål vil følgende juridiske og økonomiske spørgsmål blive besvaret:

- *Hvorvidt er bestemmelsen om unormalt lave tilbud effektiv, og hvilke formål skal ordregiver forfølge hermed? (Besvares i kapitel 2)*
- *Hvilke grunde kan lede til ordregivers accept eller forkastelse af tilbud, herunder hvad er ordregivers incitamentsstruktur, og hvorledes er dette i tråd med ordregivers forpligtelser? (Besvares i kapitel 3)*
- *Hvilke økonomiske konsekvenser har bestemmelsen i overensstemmelse med ordregivers mulige incitamentsstruktur? Hvilke transaktionsomkostninger kan bestemmelsen føre til, og er disse efficiente? (Besvaret i kapitel 4)*



- *Hvorvidt kan ordregivers incitamentsstruktur medvirke til konkurrencefordrejning på marked for udbud, og hvilke samfundsøkonomiske konsekvenser kan dette medføre? (Besvares i kapitel 5)*

### **1.3 Afgrænsning**

Afhandlingen sonderer ikke mellem udbudsdirektivets udbudsprocedurer, eftersom at det antages, at unormalt lave tilbud vil kunne opstå i alle udbudsprocedurer, uanset hvilken slags kontrakt der udbydes. Dermed behandles alle udbudsprocedurer ens i forhold til besvarelsen af afhandlingens problemstilling.

I forhold til denne afhandling kunne det være interessant at belyse problemstilling omkring dynamiske indkøbssystemer. Sådant et system tillader omvendt auktion, hvorved tilbudsgiverne får mulighed for at underbyde hinanden i forbindelse med ordregivers anskaffelser. Grunden til at denne afhandling ikke vender problematikken omkring dynamiske indkøbssystemer er, at dette problem drejer sig om priskonkurrence *efter* at en kontrakt er tildelt og i kraft.

Statsstøtteren kan overlape udbudsretten i løbet af en udbudsprocedure. Dette ses eksempelvis i artikel 69, stk. 2, litra f. Bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud tillader tilbud, som kan begrundes af eventuelt statsstøtte, der er forenelig med det indre marked. Statsstøtteren inddrages dog ikke i denne afhandling. I afhandlingens kapitel 2 behandles gældende ret, herunder behandles retspraksis. *ARGE-sagen*<sup>7</sup> omhandler unormalt lave tilbud, men i forhold til statsstøtte og forskelsbehandling ift. statsstøtte, og vil derfor ikke anvendes i analysen af gældende ret.

Denne afhandling afgrænser sig ligeledes fra de øvrige udbudsdirektiver, herunder særligt forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvar- og sikkerhedsdirektivet som også

---

<sup>7</sup> Sag C-94/99, ARGE Gewässerschutz mod Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, EU:C:2000:677.

indeholder bestemmelser om unormalt lave tilbud.<sup>8</sup> Indkøb under forsyningsvirksomheds- samt forsvar- og sikkerhedsdirektivet adskiller sig i forhold til indkøb under udbudsdirektivet, hvorfor unormalt lave tilbud i forhold til disse direktiver ikke behandles.

Konkurrenceretten lægger sig tæt op af denne afhandlings problemstilling, og er således interessant at belyse i forhold til unormalt lave tilbud. Denne afhandling anvender udelukkende konkurrenceretten for at belyse den problemstilling der kan opstå, ved at et unormalt lavt tilbud er fremkommet på baggrund af en karteldannelse, som er reguleret efter artikel 101 TEUF.<sup>9</sup> I yderst begrænset omfang vil artikel 102 også blive inddraget, men udelukkende for at påvise tilbudsgivers prisstrategi, og vil således ikke derudover behandle misbrug af dominerende stilling. Konkurrenceretten skal således ikke anvendes til at analysere hvorvidt ordregiver er omfattet af denne eller ej, men vil udelukkende blive anvendt til at belyse hvilke konsekvenser, som ordregivers adfærd kan medføre i forhold til tilbudsgivers adfærd.

Afhandlingen behandler problemstillingen på EU-niveau, hvorfor mulige løsninger på nationalt niveau ikke vil blive inddraget. Den danske udbudslov anvendes kun som fortolkningsbidrag i afhandlingens kapitel 2, for udelukkende at fortolke ordregivers forpligtelser. Det danske Klagenævn for Udbuds fortolkning af unormalt lave tilbud anvendes kun i begrænset omfang, for at fortolke hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud.

Det er udbudsdirektivets artikel 69, stk. 1 som er genstand for afhandlingens analyse, dog inddrages de øvrige bestemmelser i artiklen hvor det er relevant, dog i yderst begrænset omfang.

---

<sup>8</sup> Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84 omhandler unormalt lave tilbud inden for forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde, afhandlingen afgrænse sig fra at behandle unormalt lave tilbud i forhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde, dette samme er gældende i forhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

<sup>9</sup> Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

## **1.4 Formål og synsvinkel**

Formålet med denne afhandling er, at undersøge hvilke muligheder en ordregivende myndighed har, såfremt det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne. Analysens fokus er at belyse, hvorvidt artikel 69, stk. 1 har effekt over for den ordregivende myndighed, og hvilke samfundsmæssige hensyn der ligger til grund for udarbejdelsen af direktivets bestemmelse. Artikel 69, stk. 2-5 vil i begrænset omfang blive inddraget, hvor det findes relevant, for at fortolke stk. 1. Samtidig skal analysen klarlægge, hvilke uhensigtsmæssige hensyn en ordregiver kan have i en udbudssituation, og om hvilke retningslinjer en ordregiver har i forhold til at vurdere, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Dette gøres for at klarlægge, hvorvidt den gældende retstilstand medfører, at den offentlige myndigheds adfærd er med til at fremme konkurrencen på det indre marked, samt at anspore hvilke hensyn der ligger bag bestemmelsen.

Afhandlingens synsvinkel er på EU-niveau, og vil således ikke behandle emnet på medlemsstaternes nationale niveau.

## **1.5 Struktur**

Afhandlingens analyse består af kapitler, som hver især indeholder delkonklusioner.

Kapitel 2 indeholder en retsdogmatisk analyse for at fastlægge gældende ret. Dette gøres for at besvare, hvorvidt bestemmelsen er effektiv, samt for at anskue hvilke formål som ordregiver skal forfølge.

Kapitel 3 kapitel søger at belyse, hvilke grunde der ligger bag, hvorfor en ordregivende myndighed kan ønske at indgå i en kontrakt hvor prisen tilsyneladende er unormalt lav, samt hvorfor ordregiver kan ønske at forkaste et tilbud. Derudover undersøges om dette er i tråd med ordregivers forpligtelser.

Kapitel 4 indeholder en økonomisk analyse, og vil således betragte de konsekvenser, som ordregivers mulige incitamentsstruktur kan medføre, herunder om bestemmelsen vil medføre transaktionsomkostninger, og om disse er efficiente.

Slutteligt vil kapitel 5 analysere koblingen mellem udbudsretten og konkurrenceretten, og vil således analysere hvorvidt ordregivers adfærd kan være med til at påvirke samfundsøkonomien.

## 1.6 Metode

### 1.6.1 Juridisk metode

Ved gennemførelsen af den juridiske analyse vil den retsdogmatiske metode anvendes. Den retsdogmatiske fortolkning omfatter den juridiske metode, hvor gældende ret analyseres og anvendes. Udgangspunktet for anvendelsen af den retsdogmatiske metode er, at domstole og andre trænedede brugere af retskilderne, vil bruge den samme metode og bør derfor nå det samme resultat.<sup>10</sup> Ved anvendelsen af den retsdogmatiske fortolkning skal retskilderne analyseres i en bestemt rækkefølge, hvor udgangspunktet er retskilden *regulering*, dernæst *retspraksis*, hvilket også gælder i denne afhandling.<sup>11</sup>

I afhandlingens juridiske del anvendes således den retsdogmatiske metode, hvorved relevante retskilder vil blive systematiseret, beskrevet og fortolket i relation til gældende ret.<sup>12</sup>

#### 1.6.1.1 Fortolkning af EU-regulering

Inden for fortolkning af EU-regulering findes der hhv. formålsfortolkning (teleologisk fortolkning), ordlydsfortolkning samt fortolkning ud fra retssystemet som helhed.<sup>13</sup> Således vil denne afhandling anvende formålsfortolkning, eller teleologisk fortolkning,

---

<sup>10</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, 'Retsskilder og retsteorier', 4. udgave, 2014, side 34 og 56.

<sup>11</sup> Ibid., side 34.

<sup>12</sup> Ibid., side 30.

<sup>13</sup> Ibid., side 223 ff.

til at analysere formålet med bestemmelsen, hvilket kan anskues ud fra selve lovteksten, forarbejder til bestemmelsen og gennem EU-retspraksis.<sup>14</sup> I relation til ordlydsfortolkningen, vil denne afhandling analysere ordlyden af bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud. Herunder kan man sammenligne forskellige sprogversioner af bestemmelsen, for at klarlægge gældende ret, hvilket også vil indgå i den juridiske analyse.<sup>15</sup> I forhold til fortolkning ud fra retssystemet som helhed, skal denne fortolkningsstil anvendes til at anskue en bestemmelse i forhold til EU-rettens bestemmelser som helhed, den bagvedliggende målsætning og EU-rettens udviklingstrin, jf. *CILFIT*-sagen.<sup>16</sup> Analysen anvender denne fortolkningsstil ved at analysere udbudsdirektivets formål, herunder i forbindelse med EU-rettens principper.

### 1.6.1.2 Regulering

Indkøb som foretages af det offentlige er underlagt regulering på EU- og nationalt niveau. Afhandlingens problemstilling omhandler offentlige indkøb på EU-niveau, hvorved udbudsdirektivet fungerer som retskilde herfor.<sup>17</sup> I forlængelse heraf anvendes også EU's konkurrenceregler, som er hjemlet i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).<sup>18</sup> Konkurrencereglerne og udbudsreglerne har forskellige målsætning og adressater, men kan i visse sammenhænge influere hinanden, hvilket denne afhandling vil belyse.

EU-rettens retskilder består af primær regulering og sekundær regulering.<sup>19</sup> Den primære regulering er EU's Traktatgrundlag, grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper.<sup>20</sup> Sekundær regulering er bindende og indeholder forordninger, direktiver, beslutnings mv.<sup>21</sup> Primær og sekundær EU-regulering indeholder formålsbestemmelser, hvorved formålsbestemmelser for bindende sekundære regulering er at finde i præambelen til lovteksten. Den juridiske analyse i denne afhandling vil inddrage præambelbetragtninger i det omfang det er relevant.

---

<sup>14</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, 'Retskilder og retsteorier', 4. udgave, 2014, side 264.

<sup>15</sup> Ibid., side 233.

<sup>16</sup> C-283/81, *CILFIT* mod Ministero della Sanità, EU:C:1982:335, herunder særligt præmis 20.

<sup>17</sup> 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

<sup>18</sup> TEUF artikel 101-106.

<sup>19</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, 'Retskilder og retsteorier', 4. udgave, 2014, side 135.

<sup>20</sup> Derudover indeholder Lissabontraktaten også Chartret om grundlæggende rettigheder.

<sup>21</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, 'Retskilder og retsteorier', 4. udgave, 2014, side 108.

Den største del af den juridiske analyse er baseret på den sekundære regulering, dog inddrages de grundlæggende principper også i analysen.

### 1.6.1.3 Primær regulering

Reglerne om den fri bevægelighed i TEUF er de mest centrale primærretlige regler i forhold til udbudsretten. Reglerne om den fri bevægelighed skal respekteres, når et udbud af offentlige kontrakter har grænseoverskridende interesse.<sup>22</sup> Der findes hverken i Traktaten om den Europæiske Union (TEU) eller TEUF regler, som direkte omtaler udbud af offentlige kontrakter. Offentlige udbud med grænseoverskridende interesse er dog omfattet af de generelle regler i TEUF om diskriminationsforbud og fri bevægelighed.<sup>23</sup>

Primær regulering omfatter ligeledes grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper. Inden for EU-udbudsretten spiller principperne om ligebehandling og gennemsigtighed en væsentlig rolle.<sup>24</sup> Andre principper, som også har en rolle i udbudsretten, er principperne om ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse og proportionalitet.<sup>25</sup> EU-Domstolen anvender almindelige EU-retlige principper til fortolkning af EU-retlige retsakter. De almindelige EU-retlige principper er således et vigtigt fortolkningsværktøj for Domstolen.

I forhold til afhandlingens problemstilling findes konkurrencereglerne ligeledes relevante til besvarelsen af problemstillingen. EU-konkurrencereglerne er hjemlet i artikel 101-106 TEUF, dog er det primært artikel 101 om konkurrencebegrænsende aftaler, som er genstand for afhandlingens analyse.

### 1.6.1.4 Sekundær regulering

Det følger af artikel 288 TEUF, at direktiver binder medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, men at det overlades til de nationale myndigheder at bestemme form og

---

<sup>22</sup> Sag C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, EU:C:2001:654, præmis 20.

<sup>23</sup> Skovgaard Ølykke, Grith og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 41.

<sup>24</sup> Ibid., side 43.

<sup>25</sup> Ibid., side 85.

midler for gennemførelsen.<sup>26</sup> Udbudsdirektivet er en bindende sekundære regulering og er afhandlingens omdrejningspunktet. Direktivet er ligeledes implementeret i national ret. Det er dog udelukkende sekundær regulering, altså ovenstående udbudsdirektiv, der er analysegenstand i denne afhandling.

### 1.6.1.5 Retspraksis

Retspraksis fra EU kan stamme fra Retten i Første Instans (Retten)<sup>27</sup> og fra EU-Domstolen (Domstolen),<sup>28</sup> som er øverste instans. Nærværende afhandling vil anvende retspraksis fra EU-Domstolen, eftersom at domme herfra har højeste retskildeværdi end domme fra Retten.

EU-Domstolens retspraksis er en vigtig kilde, eftersom at EU's medlemsstater bliver bundet af disse umiddelbart efter Domstolens afsigelse. Retspraksis er en yderst betydningsfuld retskilde, eftersom at EU-Domstolen fortolker EU-institutionernes regulering. Domstolen har pligt til at fortolke EU-retten ensartet, eftersom at dommene danner præcedens, og på den måde får betydning for senere domme af lignende karakter. Det følger af proportionalitetsprincippet, at EU-Domstolen ikke må anvende midler, der er mere indgribende end hvad der er nødvendigt for at nå det tilsigtede mål. Som følge af subsidiaritetsprincippet,<sup>29</sup> må der udelukkende handles på EU-plan, hvis målet ikke i tilstrækkelig grad kan nås med national indgriben.<sup>30</sup> Domstolens formålsfortolkning er typisk objektiv, hvilket kan ses i f.eks. *Centros-sagen*,<sup>31</sup> hvor der gentagne gange blev henvist til formålet, men ikke på noget tidspunkt til forarbejder.<sup>32</sup> EU's regler skal vurderes i rette sammenhæng, og skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten som helhed og den bagvedliggende målsætning.<sup>33</sup> I nærværende afhandling vil EU-Domstolens retspraksis anvendes til at fortolke forskellige aspekter i

---

<sup>26</sup> Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla, 'EU-ret', 6. reviderede udgave, Thomson Reuters, 2010, side 223.

<sup>27</sup> Også kaldet General Court (GC).

<sup>28</sup> Også kaldet Court of Justice (CJ).

<sup>29</sup> Også kaldet nærhedsprincippet.

<sup>30</sup> Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla, 'EU-ret', 6. reviderede udgave, Thomson Reuters, 2010, side 117.

<sup>31</sup> Sag C-212/97, *Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, EU:C:1999:126, præmis 15.

<sup>32</sup> Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla, 'EU-ret', 6. reviderede udgave, Thomson Reuters, 2010, side 120.

<sup>33</sup> Sag C-283/81, *CILFIT mod Ministero della Sanità*, EU:C:1982:335, side 3415.

EU-retten, helt konkret bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud og forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.<sup>34</sup>

#### 1.6.1.6 Juridisk litteratur

Den juridiske litteratur har ikke nogen retskildeværdi, hvorfor der ikke kan støttes ret på denne. Ikke desto mindre anvendes den juridiske litteratur til at belyse problemstillinger og for at fortolke og præcisere retskilder. Nærværende afhandling vil anvende juridisk litteratur for analysere nærværende problemformulering.

### 1.6.2 Økonomisk metode

Denne afhandling anvender den deduktive metode. Denne metode fokuserer på at anvende konkrete teorier og antagelser til besvarelsen af afhandlingens problemstilling.<sup>35</sup>

#### 1.6.2.1 Nyinstitutionel økonomi

Økonomisk metode udgør, tilsammen med den retsdogmatiske, den erhvervsjuridiske metode.<sup>36</sup> Således skal økonomien forsøge at berige den juridiske tankegang. I det økonomiske henseende tager denne afhandling udgangspunkt i den nyinstitutionelle økonomi, hvorved parterne er begrænset rationelle, markedet ikke er karakteriseret ved perfekt information og at parterne vil maksimere egne interesser inden for rammerne af den institutionelle ramme.<sup>37</sup> Under nyinstitutionel økonomi vil parterne derudover handle opportunistisk eller ligefrem svigagtig. Nyinstitutionel økonomi står i kontrast til neoklassisk teori, som bygger på parternes fulde rationale, egen nyttemaksimering og at parterne opererer på et marked med fuld information. I den neoklassiske teori er forudsætningen, at der ikke eksisterer ind- og udgangsbarrierer, at der er et stort antal af

---

<sup>34</sup> Hhv. udbudsdirektivets artikel 69 samt artikel 101 TEUF.

<sup>35</sup> Kerkmeeester, Heico, 'Methodology: General', 1991, afsnit 4.

<sup>36</sup> Østergaard, Kim, 'Metode på cand.merc.jur. studiet', Julebog 2003, København, Djøf Forlag, 2003, side 271.

<sup>37</sup> Williamson, Oliver E, 'The Economic Institutions of Capitalism', Yale University, The Free Press, New York, 1985.



købere og sælgere samt at produkterne på markedet er homogene.<sup>38</sup> Neoklassisk teori er forholdsvis let at modellere og kvalificere, men teorien bygger imidlertid på forudsætninger som i en transaktionsorienteret sammenhæng er forsimplet. Den nyinstitutionelle økonomi tillader endvidere, at også transaktionsomkostninger inddrages i den økonomiske analyse.<sup>39</sup> Således gøres det muligt at belyse den asymmetriske information som findes i et udbudsforløb. Nyinstitutionel økonomi anser yderligere juraen som en institution, der påvirker ressourceallokeringen, og at det er juraen der kan medvirke til at minimere markedsfejl.<sup>40</sup> Således anvendes den nyinstitutionelle økonomi til at tilgå afhandlingens problemstilling med den mest realistiske tilgang i metodisk forstand.

### 1.6.2.2 Newhouse's incitamentsteori

I forbindelse med ovenstående anvendes Newhouse's økonomiske model, der analyserer hvilke incitamentsstrukturer et almennyttigt offentligt hospital handler under.<sup>41</sup> Analysen i denne afhandling oversætter Newhouse's model med henblik på at anskue offentlige ordregivers incitamentsstrukturer generelt, for at tilpasse modellen til afhandlingens problemformulering.

### 1.6.2.3 Principal-agent teori

I afhandlingens økonomiske del anvendes principal-agent teorien, hvorved principal-agent forholdet kendetegnes som relationen mellem to kontraherende parter, nemlig principalen og agenten.<sup>42</sup> Principal-agent teorien omhandler den risiko som opstår i et kontraktforhold årsaget af asymmetrisk information.<sup>43</sup> Teorien er baseret på antagelsen

---

<sup>38</sup> Knudsen, Christian, 'Økonomisk metodologi bind 2', Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, udgave 2, 1997, side 56.

<sup>39</sup> Østergaard, Kim, 'Metode på cand.merc.jur. studiet', Julebog 2003, København, Djøf Forlag, 2003, side 273.

<sup>40</sup> Ibid., side 273

<sup>41</sup> Friedman, Lee S., 'The Microeconomics of Public Policy Analysis', New Jersey, University Presses of California, Columbia and Princeton, 2002, side 417.

<sup>42</sup> Knudsen, Christian, 'Økonomisk metodologi bind 2', Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, udgave 2, 1997, side 164.

<sup>43</sup> Ibid., s. 164.

om begrænset rationalitet og usikkerhed, som adskiller sig fra den neoklassiske antagelse om fuld rationalitet og fuldkommen information.<sup>44</sup> I nærværende afhandling anvendes teorien til at belyse kontraktforholdet mellem EU-lovgiver som principal og den ordregivende myndighed som agent. Mellem parterne kan der udformes en kontrakt, her en bestemmelse, der tilgodeser både agentens og principalens interesser baseret på usikkerhed og risikoaversion. Her inddrages den asymmetriske informationsdeling, som er mellem parterne, i forhold til den juridiske analyse. I henhold til afhandlingens problemstilling, og til besvarelse af denne, vil principal-agent teorien være med til at belyse den kontraktøkonomiske værdi, som fortabes af den asymmetriske information, som er mellem de kontraherende parter. For at kunne forklare og vurdere denne værdi yderligere, inddrages mikroøkonomiske modeller. Omend mikroøkonomien er baseret på rationelle aktører og fuldkommen information,<sup>45</sup> som strider imod antagelserne i principal-agent teorien, så er mikroøkonomien relevant, for at kunne belyse kontraktværdien og teorien i helhed som en mere målbar eksistens.

#### 1.6.2.4 Transaktionsomkostninger

Til besvarelse af afhandlingens økonomiske del anvendes Williamsons transaktionsomkostningsteori. Williamsons transaktionsomkostningsteori er en videreudvikling af Coase-teoremet. I den stærke version af teoremet anfører Ronald Coase, at hvis ejendomsrettighederne er vildefinerede og transaktionsomkostningerne er lig nul, så vil parterne, uafhængigt af den retslige fordeling af ressourcerne i enhver forhandlingssituation, komme frem til en Pareto-optimal løsning.<sup>46</sup> Williamsons transaktionsomkostningsteori udfordrer Coase-teoremet, da den gør op med, at transaktionsomkostningerne nogensinde kan være lig nul. Igennem Williamsons præsentation af transaktionsomkostninger i 'Markets and Hierarchies' argumenterede økonomer for, at de menneskelige og/eller adfærdsmæssige betingelser for eksistensen af transaktionsomkostninger udgøres af, at økonomiske aktører er begrænset rationelle

---

<sup>44</sup> Hansen, Anders Christian, 'Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori', Roskilde Universitetsforlag, 2007, side 23.

<sup>45</sup> Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, 'Retskilder og retsteorier', 4. udgave, 2014, side 486 – 487.

<sup>46</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, 'Rettsøkonomi', Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag 2014, side 137.

og er opportunistiske.<sup>47</sup> Williamsons teori anfører, at når der gennemføres en transaktion, vil denne transaktion medføre en række omkostninger: transaktionsomkostninger. Williamson definerer transaktionsomkostninger som ‘cost of running the economic system’.<sup>48</sup> I modsætning til principal-agent teorien, hvor fokus er på bytterelationer, så er transaktionen her den basale analyseenhed.<sup>49</sup> Williamson deler transaktionsomkostninger op i *ex ante* og *ex post* transaktionsomkostninger, hvor *ex ante* er omkostninger som opstår inden kontraktens indgåelse, mens *ex post* er omkostninger efter kontraktens indgåelse.<sup>50</sup> Disse omkostninger inddeles yderligere i tre grupper; informationsomkostninger, forhandlingsomkostninger og håndhævelsesomkostninger.<sup>51</sup> I denne afhandling belyses disse omkostninger for at identificere de omkostninger, som kan opstå gennem udbudsproceduren for ordregiver, i henhold til bestemmelse om unormalt lave tilbud. Samt anvendes transaktionsomkostningsteorien til at analysere, om de transaktionsomkostninger som ordregiver skal opretholde på baggrund af bestemmelsen, er proportionale i forhold til de omkostninger, som er forbundet med de risici, som unormalt lave tilbud kan lede til.

### 1.6.2.5 Mikroøkonomi

I denne afhandling anvendes mikroøkonomi til at belyse, hvorvidt bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud er med til at fremkalde en efficient ressourceallokering, under antagelsen om, at ordregiver kan være underlagt dobbeltforpligtelser. De økonomiske forfattere Schäfer og Ott definerer efficiens på følgende måde: ‘given the resources initially available and their allocation, the members of a society have achieved the highest possible level of utility’. Dette betyder, at samfundet skal opnå den optimale

---

<sup>47</sup> Knudsen, Christian, ‘Økonomisk metodologi bind 2’, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, udgave 2, 1997, side 213.

<sup>48</sup> Williamson, Oliver E., ‘Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, Administrative Science’, Quarterly Vol. 36, 1991, side 269.

<sup>49</sup> Hansen, Anders Christian, ‘Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori’, Roskilde Universitetsforlag, 2007, side 53-54.

<sup>50</sup> Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Niels Peter, ‘Transaktionsomkostningsteori - en introduktion til Williamson’, University of Aarhus, 1993, side 9.

<sup>51</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, ‘Rettsøkonomi’, Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014, side 128.

nytte af de ressourcer der er tilgængelige.<sup>52</sup> Selvom mikroøkonomien er som sagt baseret på den neoklassiske teori, så er mikroøkonomiske modeller relevant i forhold til besvarelse af afhandlingens problemstilling for at belyse prissætningen, såfremt ordregiver accepterer tilbudsgivers prissætning og adfærd. Således anvendes mikroøkonomien til at belyse hvilke konsekvenser som ordregivers adfærd og tilbudsgivers prissætning kan have af betydning for den effektive ressourceallokering.

### 1.6.2.6 Spilteori

Til besvarelse af afhandlingens problemformulering inddrages spilteori. Spilteori skal anses som et selvstændigt forskningsprogram, da det er en videreudvikling af neoklassisk teori.<sup>53</sup> Indenfor spilteorien er aktørerne ikke fuldt rationelle, men strategisk rationelle. Dermed er spilteorien med til at illustrere, at der kan forekomme flere muligheder og optimum, alt efter hvilken strategi aktørerne vælger,<sup>54</sup> modsat hvad den neoklassiske teori giver adgang til, fordi den neoklassiske teori er grundet på et optimum.<sup>55</sup> Spilteori anvendes i analysen til at analysere, om de transaktionsomkostninger, som bestemmelsen om unormalt lavt tilbud medfører, er samfundsefficiente.

## 1.7 Grundlæggende begreber

### 1.7.1 Unormalt lave tilbud kontra tilsyneladende unormalt lave tilbud

Igennem denne afhandling vil der blive anvendt hhv. 'unormalt lave tilbud' samt 'tilsyneladende unormalt lave tilbud'. Unormalt lave tilbud er alene tilbud, som af den offentlige ordregiver *er* blevet konstateret som unormalt lave, efter at ordregiver har gennemført en *inter partes* analyse af tilbudsgivers tilbud. Der er således tale om

---

<sup>52</sup> Paccos, Alessio M. og Visscher, Louis, 'Methodology of Law and Economics', SSRN, 2011, afsnit 2.4.

<sup>53</sup> Knudsen, Christian, 'Økonomisk metodologi bind 2, Virksomhedsteori og industriøkonomi', Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, anden udgave, 1997, side 89.

<sup>54</sup> Ibid., side 83.

<sup>55</sup> Ibid., side 89.

*tilsyneladende* unormalt lave tilbud, såfremt den offentlige ordregiver endnu ikke har udøvet sin undersøgelsespligt med et tilbud, som synes at være unormalt lavt. Dette fremgår af udbudsdirektivets artikel 69, stk. 1, andet led, hvorefter et tilbud skal *forekomme* at være unormalt lavt. Nærmere herom i kapitel 2.

### 1.7.2 Dobbeltforpligtelser

I denne afhandling vil begrebet 'dobbeltforpligtelser' blive anvendt. Begrebet er udtryk for ordregivers to forskellige forpligtelser. Ordregiver er på den ene side forpligtet til at sikre den effektive konkurrence, og skal på den anden side foretage indkøb, som udnytter de offentlige indkøb så optimalt som muligt. Disse forpligtelser udledes af formålsfortolkning af udbudsdirektivet, hvilket uddybes yderligere i kapitel 2.

# Kapitel 2

## 2.1 Formålsfortolkning

### 2.1.1 Indledning

Dette kapitel søger at analysere, hvad gældende ret er. I den forbindelse vil analysen anskueliggøre, om bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud er effektiv og klar, og om den derfor er med til at sikre de tilsigtede mål på EU-plan. Udover formålsfortolkning anvendes retspraksis for at få et dybere indblik i, hvad formålet med bestemmelsen er. På baggrund af analysen vil kapitlet rette blikket mod hvornår der egentligt er tale om unormalt lave tilbud. Derudover analyseres udbudsdirektivets formål, for at belyse de overordnede mål med direktivet og for at klargøre om bestemmelsen stemmer overens med disse. Afslutningsvis vil kapitlet fremhæve de problematikker, som kan opstå på baggrund af analysen.

### 2.1.2 Formålsfortolkning af artikel 69, stk. 1

Kapitlet tager som sagt sit udgangspunkt i formålsfortolkningen af bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud. Unormalt lave tilbud findes i artikel 69 i udbudsdirektivet fra 2014, og bestemmelsens mest centrale del i forhold til denne afhandling, stk. 1, har følgende ordlyd:

*Stk. 1. De ordregivende myndigheder kræver, at økonomiske aktører gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne.*

Først og fremmest skal det præciseres, at et tilbud ikke kan være unormalt lavt i direktivets terminologi, før at den ordregivende myndighed har gennemført en

undersøgelsesprocedure, som kan kræves efter artikel 69, stk. 1.<sup>56</sup> Før at et tilbud kan blive erklæret unormalt lavt af en ordregiver, må et tilbud anses som værende *tilsyneladende* unormalt lavt, hvilket er omtalt i afsnit 1.7.1. Der kan dog være forklaringer på, hvorfor tilbuddet forekommer *tilsyneladende* unormalt lavt, dog uden faktisk at være unormalt lavt. Dette kan eksempelvis være tilbud der kommer fra medlemslande med lavere omkostninger og stordriftsfordele. Bestemmelsen giver således tilbudsgiver mulighed for at retfærdiggøre sit tilbud, hvorved denne får mulighed for at dokumentere buddets sammensætning.

Det skal erindres, at fortolkningsstilen i EU-regi typisk er objektiv.<sup>57</sup> I den forbindelse skal sekundærregulering, som udbudsdirektiv udgør, begrundes jf. artikel 253 EF, hvorefter den objektive tekst som skal fortolkes, typisk ledsages af en formålsangivelse, der er placeret i præambelen.<sup>58</sup> Udbudsdirektivet indeholder ligeledes en præambel, hvori der kan søges fortolkningsbidrag i forbindelse med at klarlægge formålet med artikel 69, stk. 1. Præambelbetragtning 103, som er den eneste betragtning, der omhandler unormalt lave tilbud. Af denne fremgår det, at unormalt lave tilbud er tilbud, der er baseret på tekniske, økonomiske eller retligt uforsvarlige antagelser eller efter praksis. Præambelbetragtningen lægger derfor op til, at formålet med bestemmelsen er, at erklære tilbud for unormalt lave, såfremt tilbuddet fremkalder en risiko for, at dette ikke er forsvarligt hvad angår tekniske, økonomiske eller retlige antagelser, eller hvis det fremgår af praksis. Derudover angiver betragtningen, at ordregiver *kan* forkaste tilbud, som ikke kan begrundes tilstrækkeligt af tilbudsgiver, og at det *bør* være obligatorisk at forkaste tilbud, som ikke er overensstemmende med obligatorisk EU-ret eller national lovgivning. Af præambelen synes det derfor at være yderst begrænset hvad der findes af fortolkningsbidrag. Præambelens betragtning 103 angiver således kun hvilke risici som et unormalt lavt tilbud kan frembringe, at ordregiver *kan* forkaste tilbud, som ikke kan begrundes tilstrækkeligt, samt at det *bør* være obligatorisk at forkaste tilbud som ikke overholder EU- eller national lovgivning.

---

<sup>56</sup> Dette ses i sag C-76/81, SA Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics, EU:C:1982:49 præmis 17-17. Samme resultat fremgår af forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, EU:C:2001:640, præmis 55. Begge sager behandles i kapitel 2.

<sup>57</sup> Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla, 'EU-ret', 6. reviderede udgave, Thomson Reuters, 2010, side 120. Dette fremgår også af kapitel 1.6.1.5 vedrørende *Centros*-sagen.

<sup>58</sup> Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (konsolideret udgave Nice).

I forhold til den objektive ordlydsfortolkning, kan man analysere lovteksten i overensstemmelse med andre sprogversioner. Dette gøres for at klarlægge forskelligheder i oversættelserne. Således kan man analysere formålet med bestemmelsen, og på samme tid klarlægge, hvilke forpligtelser der er pålagt ordregiver, såfremt denne har formodning for, at den har modtaget et tilbud som er tilsyneladende unormalt lavt, og om hvor omfattende denne forpligtelse er. Den danske version af artikel 69, stk. 1 lyder som følgende (vores understregning):

*“De ordregivende myndigheder kræver, at økonomiske aktører gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne.”*

Efter den danske version af udbudsdirektiv kan der herske tvivl om, hvorvidt ordet ‘kræver’ skal fortolkes. På den ene side kan ‘kræver’ betyde ‘bør kræve’, og på den anden side kan ‘kræver’ betyde ‘skal kræve’. Eftersom at dette ikke fremgår tydeligt af den danske sprogversion, kan der søges fortolkningsbidrag i de 24 øvrige EU-sprog, som alle har samme gyldighed, og som skal tages i betragtning i tilfælde af fortolknings tvivl.<sup>59</sup> Den engelske version af artikel 69, stk. 1 lyder som følgende (vores understregning):

*“Contracting authorities shall require economic operators to explain the price or costs proposed in the tender where tenders appear to be abnormally low in relation to the works, supplies or services.”*

Man kan på baggrund af den engelsk sprogversion udlede, at den ordregivende myndighed ‘skal kræve’ redegørende dokumentation fra tilbudsgiver, såfremt ordregiver har mistanke om, at der foreligger et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Samme resultat kan udledes ved at kigge på den svenske sprogversion som anvender ‘ska begära’ - altså at den ordregivende myndighed ‘skal anmode’ om redegørende dokumentation. Den tyske sprogversion ligner dog den danske sprogversion, eftersom at

---

<sup>59</sup> Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla, ‘EU-ret’, 6. reviderede udgave, Thomson Reuters, 2010, side 115.



ordregiver, efter det tyske direktiv, skal 'schreiben den Wirtschaftsteilnehmern vor', hvorved det skal forstås, at ordregiver 'foreskrive tilbudsgiver' eller 'påbyde tilbudsgiver' om at redegøre for tilbuddets sammensætning. Det kan således udledes, at den danske og tyske version er uklar, hvad angår ordregivers forpligtelser, i forhold til den engelske og svenske sprogversion.

Hentes der yderligere fortolkningsbidrag i retspraksis kan der udledes et andet resultat. I *SAG ELV Slovensko-sagen*<sup>60</sup> tog EU-Domstolen spørgsmålet op omkring, hvorvidt den ordregivende myndighed *kan* eller *skal* anmode den pågældende tilbudsgiver om supplerende oplysninger i forhold til dennes tilbud.<sup>61</sup> Som det fremgår af sagen, har det været EU-lovgivers formål, at *kræve* at den ordregivende myndighed *skal* gennemgå de bud, som er unormalt lave, og derfor *forpligte* myndigheden til at anmode om tilbudsgivers redegørelse for tilbuddets sammensætning.<sup>62</sup> EU-lovgiver har formentlig ment tilbud som er *tilsyneladende* lave, idet en gennemgang af tilbudsgivers redegørelse for tilbuddet skal ske *inden* at det erklæres for unormalt lavt.<sup>63</sup> Eftersom at sprogversionerne i nogen grad er i konflikt med hinanden, kan anvendelsen af teleologisk fortolkning pege i retning af, at ordregiver *skal* gennemgå unormalt lave bud.

Bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud er implementeret i § 169 i den danske udbudslov, hvor den danske lovgiver *kræver* at ordregiver *skal* anmode tilbudsgiveren, om inden for en passende frist, at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Selvom denne afhandling behandler en problemstilling på EU-niveau, frem for et nationalt niveau, er EU-direktivet dog trods alt implementeret i national lovgivning og anvendes i denne kontekst til at analysere ordregivers forpligtelser.

Unormalt lave tilbud giver umiddelbart den ordregivende myndighed mulighed for selv at vurdere, hvorvidt en tilbudsgivers pris er *for* lav, uagtet om laveste pris er

---

<sup>60</sup> Sag C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2012:191.

<sup>61</sup> *Ibid.*, præmis 24.

<sup>62</sup> *Ibid.*, præmis 28. Samme krav til den offentlige myndighed fremgår af forenede sager C-285/99 og C-286/99, *Impresa Lombardini SpA mod ANAS*, EU:C:2001:640, præmis 46-49.

<sup>63</sup> Se afsnit 1.7.1 hvor dette bliver omtalt (Unormalt lavt tilbud kontra tilsyneladende unormalt lavt tilbud).

tildelingskriteriet efter udbudsdirektivets artikel 67. Dette kan læses af bestemmelsen, eftersom at artikel 69, stk. 1 ikke angiver hvornår et tilbud er unormalt lavt eller forekommer at være unormalt lavt, hvorfor dette må bero på ordregivers konkrete vurdering. Det kan dog være vanskeligt for ordregiver at fastslå, hvornår et tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til de konkurrerende tilbud, eftersom at tilbudsgiver og ordregiver indbyrdes har asymmetrisk information. I udbudsdirektivets artikel 69, stk. 2, litra a-f opstiller lovgiver en række forhold, som tilbudsgiver særligt kan anvende i sin dokumentation af sit tilbud, og som ordregiver kan anvende i sin kontrol af tilbuddet.<sup>64</sup> I *SAG ELV Slovensko*-sagen udtalte EU-Domstolen, at selv om at udbudsdirektivet opstiller en liste over forhold som den ordregivende myndighed kan lægge vægt på, inden et bud, der forekommer at være unormalt lavt afvises, er denne liste dog ikke udtømmende.<sup>65</sup> Ydermere giver listen ej heller de ordregivende myndigheder frihed til at bestemme de relevante elementer, der skal tages i betragtning ved et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.<sup>66</sup> På baggrund af tilbudsgivers fremsendte dokumentation må den ordregivende myndighed udøve endnu et skøn, om hvorvidt tilbuddet kan accepteres eller ej.

På baggrund af ovenstående kan det således udledes, at artikel 69, stk. 1 ikke i sig selv er effektiv, eftersom at bestemmelsen ikke entydigt klart definere hvad ordregivers forpligtelser er samt hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud. Efter formålsfortolkningen er ordregiver ikke forpligtet til at forkaste tilbud, som rent faktisk er unormalt lave, eftersom ordregiver muligvis kun er forpligtet til at anmode om redegørende dokumentation for tilbuddets sammensætning, hvilket skal undersøges nærmere i retspraksis.

---

<sup>64</sup> Dokumentationen kan blandt andet indeholde tilbudsgivers redegørelse for besparelser, de tekniske løsninger, originaliteten af tilbuddet, overholdelse af forpligtelser og eventuel statsstøtte.

<sup>65</sup> Sag C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2012:191, præmis 30.

<sup>66</sup> *Ibid.*, præmis 30. Se samme fortolkning i sag C-292/07, *Kommissionen mod Belgien*, EU:C:2009:246, præmis 159.

### 2.1.3 Retspraksis

Formålet med dette afsnit er at undersøge retspraksis vedrørende unormalt lave tilbud for at yderligere klarlægge *de lege lata*, altså hvad gældende ret er. Retspraksis vedrørende unormalt lave tilbud på EU-niveau er generelt begrænset, eftersom at EU-Domstolen kun har afsagt 11 domme vedrørende bestemmelsen.<sup>67</sup> En af grundene herfor kan være, at bestemmelsen ikke bliver anvendt så ofte, herunder at det er vanskeligt at fastslå, hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud. I dette afsnit sondres der ikke imellem de forskellige versioner af udbudsdirektiverne der ligger til grund for bestemmelsen om unormalt lave tilbud, men anvendes samlet set til at fortolke gældende ret. Ved afhandlingens udarbejdelse findes der ingen retspraksis fra EU-Domstolen som kan anvendes som fortolkningsbidrag af det gældende 2014 udbudsdirektiv.

#### 2.1.3.1 Transporoute-sagen

*Transporoute*-sagen er den første dom fra EU-Domstolen, som behandler emnet omkring unormalt lave tilbud.<sup>68</sup> Dommen er afsagt den 10. februar 1982 på baggrund af to præjudicielle spørgsmål fremsat af *Luxembourgs Conseil d'Etat* vedrørende fortolkningen af EU-rettens tidligere bygge- og anlægsdirektiv 71/305/EØF. De præjudicielle spørgsmål blev rejst under en retssag vedrørende en licitationsbekendtgørelse udstedt af Vejdirektoratet i Luxembourg, hvor licitationens laveste tilbud blev afgivet af det belgiske selskab *Transporoute Et Travaux* (herefter *Transporoute*). Tilbuddet fra *Transporoute* blev afvist af Luxembourgs Ministeriet for Offentlige Arbejder, blandt andet på grund af, at tilbuddet, efter ministeriets opfattelse, var unormalt lavt i henhold til national lovgivning. Kontrakten blev derefter tildelt et konsortium bestående af luxembourgske virksomheder, hvis tilbud blev anset for det økonomisk mest fordelagtige. *Transporoute* anlagde herefter sag ved *Conseil d'Etat* med påstand om annullation af afgørelsen, herunder fordi at begrundelsen for at forkaste

---

<sup>67</sup> Med i optællingen er også sag C-94/99, ARGE Gewässerschutz mod Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, EU:C:2000:677. Denne er dog ikke anvendt i analysen, eftersom at sagen omhandler unormalt lave tilbud i forhold til statsstøtte, og er således ikke relevant for analysen.

<sup>68</sup> Sag C-76/81, SA *Transporoute et travaux* mod Ministère des travaux publics, EU:C:1982:49.

selskabets tilbud var i strid med det dagældende bygge- og anlægsdirektiv om unormalt lave tilbud.

Det er dommens andet præjudicielle spørgsmål der er relevant for denne analyse. Spørgsmålet omhandler hvorvidt den ordregivende myndighed, hvis et tilbud er unormalt lavt, skal gennemgå tilbuddets sammensætning og med henblik herpå anmode den bydende om at fremlægge dokumentation for priserne, før buddets sammensætning gennemgås, og der træffes beslutning om tildeling af kontrakten, eller om den ordregivende myndighed skal skønne, om det er hensigtsmæssigt at anmode om disse oplysninger.<sup>69</sup>

EU-Domstolen finder frem til, at den ordregivende myndighed, såfremt et tilbud *forekommer* unormalt lavt, *skal* gennemgå tilbuddets sammensætning, og i den forbindelse anmode den tilbudsgivende om at fremlægge den fornødne dokumentation og samtidig give tilbudsgiver rimelig frist til at fremlægge rette dokumentation for at retfærdiggøre dennes tilbud.<sup>70</sup> Derved giver EU-Domstolen bestemmelsen en bredere fortolkning, eftersom at den ordregivende myndighed nu er forpligtet til at give tilbudsgiver en rimelig frist, før at denne skal efterkomme kravet om uddybende dokumentation for dennes pris, selvom dette krav ikke kan læses af bestemmelsen eller at dette var et spørgsmål i dommen. Det kan dog være vanskeligt at vurdere hvad Domstolen mener med, at et tilbud skal *forekomme* at være unormalt lavt. Det dagældende 1971-udbudsdirektiv indeholdt ikke formuleringen om, at et tilbud skal *forekomme* unormalt lavt, men at et tilbud skal være *åbenbart* unormalt lavt, før ordregiver skal anmode om den fornødne dokumentation.<sup>71</sup> Ordret *forekommer* er nu at finde i nugældende udbudsdirektiv fra 2014.

Domstolen udtalte, at bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud giver den ordregivende myndighed *beføjelse* til *eventuelt* at afvise tilbuddet på baggrund af den fremsendte dokumentation, men at dette ikke er ensbetydende med, at den hermed også

---

<sup>69</sup> Sag C-76/81, SA Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics, EU:C:1982:49, præmis 16.

<sup>70</sup> Ibid., præmis 18.

<sup>71</sup> 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, artikel 29, litra 5.

kan afvise tilbuddet inden den har anmodet om dokumentation fra den tilbudsgivende.<sup>72</sup> Efter Domstolens mening er formålet med bestemmelsen nemlig at beskytte tilbudsgiver mod vilkårlighed fra den ordregivende myndighed, herunder at beskytte tilbudsgiver mod, at den ordregivende myndighed frit må skønne om hvorvidt anmodning af fremlæggelse af dokumentation er hensigtsmæssigt eller ej.<sup>73</sup>

Gennem *Transporoute*-sagen er det således påpeget af EU-Domstolen, at et af formålene med bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud er at sikre, at ordregivende myndigheder ikke på vilkårlig vis forkaster tilbud, der rent faktisk er konkurrencedygtige, fra at deltage i udbudsproceduren.<sup>74</sup>

Bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud foreskriver således, at tilbud, der forekommer at være unormalt lave i forhold til kontraktens genstand, kun kan forkastes, og dermed erklæres for unormalt lavt, såfremt at ordregiver indleder en *inter partes* interaktion der giver tilbudsgiver mulighed for at forklare prisen og dokumentere tilbuddets pålidelighed.

### 2.1.3.2 Fratelli-sagen

I *Fratelli*-sagen udbød Milano Kommune udbygningsarbejde på et fodboldstadion i licitation med begrænset udbud med henblik på verdensmesterskabet i fodbold i Italien i 1990.<sup>75</sup> Det var fastsat, at kontrakten skulle tildeles på grundlag af kriteriet om laveste bud. Ifølge en matematisk formel, hjemlet i en national bekendtgørelse, skulle samtlige bud, der ikke med mindst 9,48% oversteg fastsatte basisbeløb, automatisk udelukkes som et unormalt lavt tilbud.<sup>76</sup>

Buddet fra *Fratelli Constanzos SpA* (herefter *Fratelli*) var lavere end det fastsatte udbudsbeløb, som var fastsat ud fra den matematiske formel, og blev derfor udelukket fra udbuddet. Kontrakten blev tildelt *Lodigiani*, hvis bud var det laveste af de bud som

---

<sup>72</sup> Sag C-76/81, SA *Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics*, EU:C:1982:49, præmis 17.

<sup>73</sup> *Ibid.*, præmis 17.

<sup>74</sup> Sag C-76/81, SA *Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics*, EU:C:1982:49, præmis 17.

<sup>75</sup> Sag C-103/88, *Fratelli Costanzo mod Comune di Milano*, EU:C:1989:256.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 9 og 10.

opfyldte bekendtgørelsens betingelse. *Fratelli* anlagde herefter sag ved *Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia*, med påstand om annullation af afgørelsen, grundet i at den matematiske formel, som blev anvendt til udelukkelsen, var i strid med bestemmelsen om unormalt lave tilbud i det dagældende bygge- og anlægsdirektiv.<sup>77</sup>

Milano Kommune og den italienske regering gjorde gældende, at det er foreneligt med bestemmelsen om unormalt lave tilbud, at erstatte den gennemgang af de tilbud, som kan forekomme tilsyneladende unormalt lave, med en matematisk formel som udelukkelseskriterium. Derudover gjordes gældende, at et matematiske udelukkelseskriterium, vil beskytte tilbudsgivere mod vilkårlighed fra ordregivers side, samt at det vil være med til en hurtigere afvikling af udbuddet.<sup>78</sup>

EU-Domstolen anerkendte ikke denne påstand, da en udelukkelse, som er begrundet af en matematisk formel, fratager tilbudsgivere, der har afgivet et tilbud som kan forekomme unormalt lavt, muligheden for at kunne bevise tilbuddets sammensætning og holdbarhed.<sup>79</sup> Domstolen anfører endvidere, at uanset om tilbuddet er unormalt lavt, eller kun er tilsyneladende unormalt lavt, *skal* proceduren om gennemgang af tilbuddene *altid* foretages, når den ordregivende myndighed ønsker at udelukke et tilbud, der forekommer som unormalt lavt i forhold til den ydelse, der er tale om.<sup>80</sup>

### 2.1.3.3 Impresa Donà-sagen

I *Impresa Donà*-sagen<sup>81</sup> var det præjudicielle spørgsmål hovedsageligt ens med det præjudicielle spørgsmål i *Fratelli*-sagen. Derfor besvarede Domstolen med samme ordvalg og konklusion som i ovenstående *Fratelli*-sag. Denne sag uddybes derfor ikke yderligere.

---

<sup>77</sup> 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, artikel 29, stk. 5, i Rådets direktiv 71/305/EØF.

<sup>78</sup> Sag C-103/88, *Fratelli Costanzo mod Comune di Milano*, EU:C:1989:256, præmis 17.

<sup>79</sup> *Ibid.*, præmis 18.

<sup>80</sup> *Ibid.*, præmis 26.

<sup>81</sup> Sag C-295/89, *Impresa Donà Alfonso mod Consorzio per lo sviluppo industriale del comune di Monfalcone*, EU:C:1991:255.

#### 2.1.3.4 Furlanis-sagen

I *Furlanis-sagen* blev *Furlanis Costruzioni Generali SpA*'s tilbud afvist den 4. februar 1993.<sup>82</sup> Spørgsmålet i sagen var om undtagelsen i artikel 20, stk. 4 i direktiv 89/440/EØF, fandt anvendelse for udbud, som var startet før overgangsperioden (31. december 1992) eller om den kun fandt anvendelse for udbud, hvor kontrakten var blevet tildelt inden overgangsperioden. Domstolen udtalte, at undtagelsen kun var gældende for udbud, som var afsluttet inden overgangsperioden.

*Furlanis-sagen* handler om en undtagelse som indgik i det første udbudsdirektiv, og er derfor ikke så vigtig i henhold til gældende ret. Sagen viser dog, at Domstolen fortolker undtagelser til bestemmelsen om unormalt lave tilbud snævert. Dette er også i overensstemmelse med det generelle princip, at undtagelser skal fortolkes snævert.<sup>83</sup>

#### 2.1.3.5 Hera-sagen

*Hera-sagen*<sup>84</sup> omhandler også anvendelsen af undtagelsen i artikel 20, stk. 4 i direktiv 89/440/EØF som omtalt i ovenstående sag. I 1996 blev *Hera SpA*'s tilbud automatisk udelukket, fordi det var unormalt lavt ifølge en matematisk tærskelværdi i italiensk lovgivning. Domstolen refererede til *Furlanis-sagen* og fastslog, at efter overgangsperioden skal bestemmelsen om unormalt lave tilbud hindre offentlige myndigheder fra, at udelukke tilsyneladende unormalt lave tilbud *uden* at undersøge tilbuddets sammensætning først.<sup>85</sup>

#### 2.1.3.6 Kommissionen mod Spanien

I *Kommissionen mod Spanien*<sup>86</sup> modtog Kommissionen en klage over udbudsproceduren for indgåelsen af en bygge- og anlægskontrakt, som var udbudt af det statsejede selskab *SIEPSA*. Kommissionen gjorde gældende, at de spanske myndigheder

---

<sup>82</sup> Sag C-143/94, *Furlanis costruzioni generali mod Azienda nazionale autonoma strade*, EU:C:1995:354.

<sup>83</sup> Dette princip blev grundlagt i sag C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH*, EU:C:1971:59, præmis 11.

<sup>84</sup> Sag C-304/96, *Hera mod USL n° 3-genovese og Romagnoli*, EU:C:1997:496.

<sup>85</sup> *Ibid.*, præmis 15-16.

<sup>86</sup> C-283/00, *Kommissionen mod Spanien*, EU:C:2003:544.

havde tilsidesat flere bestemmelser i direktiv 93/37 i forbindelse med det nævnte udbud. De spanske myndigheder mente ikke, at det statsejede selskab, som var stiftet på et privatretligt grundlag, ikke var en ordregivende myndighed i direktivets forstand og derfor fandt bestemmelserne ikke anvendelse. Kommissionen anerkendte ikke denne påstand, og lagde dermed sag an mod Spanien. Kommissionen mente, at ordregiver havde tilsidesat adskillige bestemmelser i direktiv 93/37, og en af disse var bestemmelsen om unormalt lave tilbud.

I sagen indeholdt udbudsbetingelserne et priskriterium, hvor der blev tildelt minuspoint til bud, som ansås for unormalt lave. Bud som afveg mere end 10 enheder fra det matematiske gennemsnit, blev tildelt minuspoint, uden at dette dog førte til udelukkelse. Ifølge Kommission ville de anførte minuspoint have samme effekt som automatisk udelukkelse, uden mulighed for tilbudsgivers begrundelse, hvilket er i strid med bestemmelsen.<sup>87</sup>

Domstolen tog dog ikke stilling til Kommissionens påstand om, hvorvidt minuspoint skulle anses som en automatisk udelukkelse. Domstolen ville dog formentlig anerkende Kommissionens argument. Det skyldes, at minuspoint bør anses som en automatisk udelukkelse, eftersom at disse tilbud formentlig ikke ville være taget i betragtning, uden at tilbudsgiver først får mulighed for at begrunde tilbuddets sammensætning.

### 2.1.3.7 Impresa Lombardini-sagen

*Impresa Lombardini*-sagen er den 7. sag i af rækken af sager fra EU-Domstolen vedrørende unormalt lave tilbud.<sup>88</sup> Sagen vedrører to individuelt indgivet tilbud af *Impresa Lombardini SpA* og *Impresa Ing. Mantovani SpA*. Begge tilbud blev forkastet af *ANAS - Ente nazionale per le strade*, en italiensk ordregiver, fordi begge tilbud blev anset som unormalt lave. I sagen anvendte den ordregivende myndighed nationale matematiske beregningsmodeller til at identificere unormalt lave tilbud. Ifølge udbudsmaterialet skulle tilbudsgiverne vedlægge dokumentation for tilbuddets

---

<sup>87</sup> C-283/00, Kommissionen mod Spanien, EU:C:2003:544, præmis 34.

<sup>88</sup> Forenede sager C-285/99 og C-286/99, *Impresa Lombardini SpA mod ANAS*, EU:C:2001:640.



sammensætning i forbindelse med deres bud. Denne dokumentation ville blive gennemgået af ordregiver, såfremt tilbuddets pris var under myndighedens matematiske beregningsmodel. Såfremt den ordregivende myndighed ikke ville acceptere tilbudsgivers på forhånd indgivne dokumentation, ville den forkaste tilbuddet.

På baggrund af ovenstående blev Domstolen bedt om bl.a. at tage stilling til 1) den italienske matematiske beregningsmodel, samt den automatiske beregning af tærsklen for, hvornår et tilbud er så unormalt lavt, at det skal undersøges, 2) den automatiske udelukkelse af tilbudsgivere, såfremt den på forhånd indgivne dokumentation af tilbuddets sammensætning ikke tilfredsstillende ordregiver, og at tilbudsgiver ikke derefter får mulighed for at forklare sit tilbud samt 3) en national bestemmelse der begrænser tilbudsgivers dokumentationsmuligheder.

Først skal det fastslås, at udbudsdirektivet ikke definere begrebet unormalt lave tilbud, og at det heller ikke fastlægger metoden til beregning af en tærskel for, hvornår et tilbud skal anses for at være unormalt lavt, hvorefter denne opgave tilkommer medlemsstaterne.<sup>89</sup>

Det må antages, at formålsfortolkningen af bestemmelsen om unormalt lave tilbud skal ses i overensstemmelse med formålsfortolkningen af udbudsdirektivet generelt. I denne sag fremførte Domstolen, at et af formålene med udbudsdirektivet er åbne udbudskontrakterne for at sikre en effektiv konkurrence mellem virksomhederne i medlemsstaterne. Konkurrencen mellem virksomhederne skal sikres gennem, at de offentlige myndigheder ikke udøver favoritisme, hvilket eksempelvis kan ses ved, at visse tilbudsgivere bliver afskåret fra konkurrencen ved, at deres tilbud bliver erklæret unormalt lavt, uden at have mulighed for at kunne retfærdiggøre tilbuddets sammensætning.<sup>90</sup> En offentlig myndighed kan udvise hensyn, som ikke blot er økonomiske, hvilket kan skabe risiko for, at nationale tilbudsgivere bliver stillet bedre end tilbudsgivere i andre medlemsstater.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, EU:C:2001:640, præmis 67.

<sup>90</sup> Ibid., præmis 34 og 35.

<sup>91</sup> Ibid., præmis 36.

Angående første spørgsmål fandt Domstolen frem til, at ordregiver godt må anvende nationale matematiske beregningsmetoder, såfremt beregningsmetoderne er objektive og ikke-diskriminerende.<sup>92</sup> Nogle af tilbudsgiverne har imidlertid gjort gældende, at sådanne beregningsmetoder kan påvirke resultatet af beregningen, og dermed fordreje konkurrencen, fordi tilbudsgiverne kan spekulere i at indgive en pris der resultere i, at andre tilbudsgiveres bud fremstår som tilsyneladende unormalt lave.<sup>93</sup> Domstolen fastslog dog, at beregningsmetoderne er foregentlige med bestemmelsen, så længe de matematiske beregningsmetoder kun anvendes til at *identificere* unormalt lave tilbud.<sup>94</sup>

Angående andet spørgsmål har Domstolen fastslået, at der i forbindelse med kontrol af et tilbud, faktisk skal finde en drøftelse sted mellem ordregiver og tilbudsgiver, for at forhindre ordregivers vilkårlighed, med henblik på at sikre en sund konkurrence mellem virksomhederne.<sup>95</sup> Domstolen har godtaget, at ordregivende myndigheder på forhånd indhenter uddybende dokumentation fra de tilbudsgivende for derfor at lette ordregivers gennemgang af tilbuddene. Ordregiver skal dog inden den forkaster et tilbud, endnu engang anmode tilbudsgiver om uddybende dokumentation for budet.<sup>96</sup>

Angående tredje spørgsmål har Domstolen fastslået, at tilbudsgiver har mulighed for at fremlægge al den dokumentation den vil, for at kunne bevise at dens tilbud ikke er unormalt lavt.<sup>97</sup> Det er under hensyntagen til den effektive konkurrencen, at tilbudsgiver har mulighed for at fremlægge alle de begrundelser, som tilbudsgiver anser som relevante i forhold til kontraktens beskaffenhed.

---

<sup>92</sup> Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, EU:C:2001:640, præmis 68 samt præmis 69.

<sup>93</sup> Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, EU:C:2001:640, præmis 71.

<sup>94</sup> Ibid., præmis 72.

<sup>95</sup> Ibid., præmis 57.

<sup>96</sup> Ibid., præmis 62-66.

<sup>97</sup> Ibid., præmis 82-83.

### 2.1.3.8 SECAP-sagen

*SECAP*-sagen er endnu en sag vedrørende unormalt lave tilbud.<sup>98</sup> Sagen vedrører anmodninger om præjudiciel afgørelse indgivet af *Consiglio di Stato* på vegne af to separate sager hhv. *SECAP SpA* (herefter *SECAP*) og *Santorso Soc. coop. arl* (herefter *Santorso*) mod *Comune di Torino*, Torino Kommune. Sagen omhandler hvorvidt bestemmelsen om unormalt lave tilbud finder anvendelse på udbud, der har en lavere værdi end beløbsgrænserne i udbudsdirektiverne, men som dog har en grænseoverskridende interesse, og om hvorvidt tilbudsgiverne kunne udelukkes automatisk efter italiensk lovgivning.

Torino Kommune havde besluttet ikke at anvende en national bestemmelse, hvorefter unormalt lave tilbud skulle blive forkastet automatisk, men ville dog efterprøve disse bud.<sup>99</sup> Efter den italiensk bestemmelse beregnes tilbud som værende unormalt lave efter en matematisk beregningsmetode. Efter at kommunen havde gennemgået de forskellige bud, blev *SECAP*'s og *Santorsos* bud placeret øverst på listen over tilbud, der ikke var 'unormalt lave' efter italiensk lov, og ville derfor stå til at vinde kontrakterne, hvis de 'unormalt lave tilbud' rent faktisk blev konstateret unormalt lave. Efter at kommunen havde efterprøvet de 'unormalt lave tilbud', blev kontrakterne tildelt til andre selskaber end *SECAP* og *Santorso*. *SECAP* og *Santorso* anfægtede, at kommunen, efter italiensk lovgivning, var forpligtet til at forkaste de 'unormalt lave tilbud'. Ved den nationale domstol blev kommunen frifundet for *SECAP*'s og *Santorsos* påstande, eftersom at den automatiske udelukkelse efter italiensk lovgivning er en mulighed, ikke en forpligtelse.<sup>100</sup> Derefter ankede selskaberne afgørelsen til *Consiglio di Stato*, en højere national domstol. *Consiglio di Stato* var enig i selskabernes påstande, men den nationale domstol var dog ikke upåvirket af de påstande som Torino Kommune fremførte, herunder at den italienske lov, som følge af sin manglende fleksibilitet, tilskynder virksomhederne til at indgå hemmelige prisaftaler med det formål at påvirke udfaldet af udbudsprocedurerne.<sup>101</sup> Den nationale domstol udviste bekymring for, at disse hemmelige prisaftaler kunne skade den ordregivende myndighed såvel som de øvrige

---

<sup>98</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP* og *Santorso*, EU:C:2008:277.

<sup>99</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP* og *Santorso*, EU:C:2008:277, præmis 10.

<sup>100</sup> *Ibid.*, præmis 13.

<sup>101</sup> *Ibid.*, præmis 14.

tilbudsgivere, herunder tilbudsgivere som er etablerede i øvrige medlemsstater.<sup>102</sup> Således udviste den nationale domstol bekymring for konkurrencebegrænsende adfærd som de øvrige tilbudsgivere kunne udvise.

*Consiglio di Stato* henviste i sagen til Domstolens retspraksis, hvorefter ordregivere er forpligtet til at overholde EU-traktaternes grundlæggende regler, herunder princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, hvorefter medlemsstaterne ikke må indføre bestemmelser som vil have en tilsvarende virkning.<sup>103</sup> På baggrund af *Consiglio di Stato*s tvivl om den nationale lovgivnings gyldighed, besluttede den nationale domstol at udsætte spørgsmålet for EU-Domstolen.

I forhold til den nationale domstols bekymring for konkurrencebegrænsende adfærd, blev denne påstand også fremført i *Impresa Lombardini*-sagen som omtalt ovenfor.<sup>104</sup> Denne bekymring blev også påtalt i *SECAP*-sagen, og Domstolen bekræftede endvidere, at anvendelsen af en regel om automatisk udelukkelse af tilbud på kontrakter med klar overskridende interesse vil afskære tilbudsgivere fra andre medlemsstater i at konkurrere effektivt, og ville derved hæmme udøvelse af den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser.<sup>105</sup> I dommen redegjorde Domstolen for, at tilbudsgiveres bud fra andre medlemsstater kan forekomme unormalt lave, fordi disse tilbudsgivere har en anden omkostningsstruktur og dermed kan udnytte stordriftsfordele.<sup>106</sup> Dette viser den vægt der lægges på, at undersøgelsesproceduren efter udbudsdirektivets artikel 69 for unormalt lave bud er et vigtigt i forhold til at udvikle en effektiv konkurrence i forhold til indgåelse af offentlige kontrakter. Dette argument fremhævede Generaladvokaten også i sit forslag til afgørelse af *SECAP*-sagen.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP* og *Santorso*, EU:C:2008:277, præmis 14.

<sup>103</sup> *Ibid.*, præmis 15.

<sup>104</sup> Forenede sager C-285/99 og C-286/99, *Impresa Lombardini SpA mod ANAS*, EU:C:2001:640, præmis 71.

<sup>105</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP* og *Santorso*, EU:C:2008:277, præmis 27-28.

<sup>106</sup> *Ibid.*, præmis 26.

<sup>107</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, fremsat den 27. november 2007, af forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP* og *Santorso*, EU:C:2008:277, præmis 34.

Ligeledes taler Domstolen for, at sådan en regel vil være i uoverensstemmelse med ordregivers egne interesser, eftersom at sådan en regel vil fratage ordregiver muligheden for at opnå de mest konkurrencedygtige tilbud, og vil derfor ikke være i stand til at tildele kontrakten efter laveste pris eller efter det mest økonomisk fordelagtige bud, som også er fastsat i den offentlige interesse.<sup>108</sup>

Domstolen nævner dog også, at en automatisk udelukkelse af visse bud kunne være acceptabel, når anvendelse er begrundet i et usædvanligt stort antal bud.<sup>109</sup> Domstolen begrundet tilladelsen af den automatiske udelukkelse med, at antallet af tilbud kan overstige myndighedens administrative kapacitet, hvilket ville kunne bringe projektets gennemførelse i fare på grund af den forsinkelse, som en efterprøvelse ville medføre.<sup>110</sup>

Det er værd at bemærke, at Domstolen kalder bud unormalt lave, såfremt de er blevet identificeret som unormalt lave af en matematisk beregningsmetode. Man kan dog argumentere for, at Domstolen burde have kaldt disse tilbud som værende *tilsyneladende* unormalt lave, eftersom at tilbudsgiver ikke har haft mulighed for at retfærdiggøre tilbuddets sammensætning *efter* at den matematiske beregningsmetode er blevet anvendt. Det er endvidere værd at bemærke, at Domstolen sondre mellem udbud over tærskelværdierne og under tærskelværdierne. Når der er tale om udbud er over tærskelværdierne, er ordregiver altid forpligtet til at udføre kontrol med tilbud som den vurderer er tilsyneladende unormalt lave, inden de udelukkes. Når der dog er tale om tilbud der er under tærskelværdierne med grænseoverskridende interesse, har ordregiver mulighed for at udelukke tilbud automatisk, såfremt antallet af bud er så stort, at dette vil have negativ indvirkning på projektet. Dog påpeges det ikke hvor stort dette antal skal være. Således kan det udledes, at ordregiver har mulighed for at udelukke tilbud automatisk, såfremt der ingen grænseoverskridende interesse er, og såfremt udbuddet er under tærskelværdierne.

---

<sup>108</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, EU:C:2008:277, præmis 29.

<sup>109</sup> Ibid., præmis 32.

<sup>110</sup> Ibid., præmis 35 og 32.

### 2.1.3.9 SAG ELV Slovensko-sagen

*SAG ELV Slovensko*-sagen er den næstnyeste dom fra EU-Domstolen som omhandler unormalt lave tilbud.<sup>111</sup> Sagen omhandler et slovakisk selskab, *Národná diaľničná spoločnosť a.s.* (herefter *NDS*), der er fuldt ud ejet af den slovakiske stat. Under udbudsproceduren anmodede ordregiver, *NDS*, om supplerende tilbudsoplysninger til blandt andet to konsortier, hhv. *SAG ELV Slovensko* og *Slovakpass*. Konsortierne blev bedt om at redegøre for de tilsyneladende unormalt lave priser, der blev tilbudt, hvilket blev besvaret af *SAG ELV Slovensko* og *Slovakpass*. Derefter blev de to konsortier udelukket fra udbudsproceduren.

På baggrund af ovenstående indbragte de to konsortier denne udelukkelse til det administrative appelorgan i Slovakiet, der dog fastslog, at *NDS* havde udelukket disse med rette. Appelorganet begrundede dette med, at de to konsortier ikke havde svaret fyldestgørende på anmodningen fra *NDS*.<sup>112</sup> Derefter blev dommen indbragt for regionalretten i Bratislava, som så udelukkelsen som lovlig. Endnu engang blev dommen appelleret - denne gang til den øverste retsinstant i Slovakiet. Den øverste retsinstant slog tvivl om hvorvidt *NDS* havde overholdt de EU-retlige principper vedrørende forbuddet mod forskelsbehandling og gennemsigtighed i fremgangsmåden for udbuddet, herunder tvivl om hvorvidt ordregiver kan forkaste tilbud, uden at have anmodet ansøgeren om at udtale sig om den påståede forsømmelse udvist af tilbudsgiver.<sup>113</sup> På baggrund af denne tvivl besluttede den øverste retsinstant at forelægge sagen for Domstolen, hvorved der blandt andet skulle tages stilling til, om myndigheden er forpligtet til at anmode tilbudsgiver om yderligere supplerende oplysninger angående en tilsyneladende unormalt lav pris, hvor tilbudsgiver allerede har haft mulighed for at redegøre for tilbuddets sammensætning.<sup>114</sup>

Domstolen pointerer først og fremmest, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at anmode om supplerende oplysninger om tilbuddets sammensætning, såfremt dette

---

<sup>111</sup> Sag C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2012:191.

<sup>112</sup> Sag C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2012:191, præmis 9-11.

<sup>113</sup> *Ibid.*, præmis 13.

<sup>114</sup> *Ibid.*, præmis 13, nr. 3.

forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen. Endvidere krævede Domstolen, at der faktisk skal foreligge en drøftelse mellem ordregiver og tilbudsgiver,<sup>115</sup> hvilket stemmer overens med Domstolens udtalelser i ovenstående *Impresa Lombardini*-sag. Domstolen fremhæver dette, fordi drøftelsen mellem ordregiver og tilbudsgiver skal forhindre vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side og på samme tid sikre en effektiv konkurrence.<sup>116</sup> I forhold til spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver skal anmode om yderligere supplerende oplysninger angående den tilsyneladende unormalt lave pris, besvarer Domstolen dette med, at det påhviler ordregiver klart at formulere anmodningerne til de berørte tilbudsgivere, med henblik på at sætte disse i stand til fuldt ud og korrekt at dokumentere, at deres tilbud er seriøse.<sup>117</sup>

Domstolen dømmer dog ikke helt i overensstemmelse med præambelbetragtning 103 i udbudsdirektivet. Som det erindres fra afsnit 2.1.2, fremgår det af betragtning 103, at den ordregivende myndighed *kan* afvise tilbud, hvis tilbudsgiveren ikke kan give en tilstrækkelig begrundelse for tilbuddets sammensætning. Efter præmissen burde det således være muligt for ordregiver, herunder *NDS*, at forkaste tilbud som ikke begrundes tilstrækkeligt af tilbudsgiver. Domstolen har med denne dom således skærpet ordregivers krav til den dialog der skal foreligge mellem ordregiver og tilbudsgiver i forbindelse med kontrollen af tilbuddet.

### 2.1.3.10 Data Medical Service-sagen

Den nyeste dom fra EU-Domstolen er *Data Medical Service*-sagen, der blev afgjort den 18. december 2014.<sup>118</sup> Sagen blev dog indgivet den 6. november 2013 og omhandler derfor ikke det gældende udbudsdirektiv fra 2014, men omhandler bestemmelsen om unormalt lave tilbud i udbudsdirektivet fra 2004.<sup>119</sup> Sagen handler om en tvist mellem *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze* (universitetshospitalet i Careggi,

---

<sup>115</sup> Sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie, EU:C:2012:191, præmis 27-28.

<sup>116</sup> Ibid., præmis 29.

<sup>117</sup> Ibid., præmis 31.

<sup>118</sup> Sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service, EU:C:2014:2466.

<sup>119</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004.

herefter *Azienda*) og *Data Medical Service Srl* (herefter *Data Medical Service*) med *Regione Lombardia* som procesdeltager, vedrørende udelukkelsen af *Azienda* i forbindelse med et udbud.

*Regione Lombardia*, en italiensk ordregiver, havde i 2005 offentliggjort en udbudsprocedure med henblik på at indgå en treårig tjenesteydelseskontrakt vedrørende databehandling til brug for ekstern vurdering af lægemidler. *Azienda* deltog i udbuddet og blev i den forbindelse klassificeret som det bedste tilbud, hvor tilbudsprisen lå 59% under det næstbilligste bud fra *Data Medical Service*. *Data Medical Service* indbragte afgørelsen for regionen Lombardiets forvaltningsret idet selskabet gjorde gældende, 1) at offentlige foretagende ikke kunne deltage i udbuddet og 2) at *Aziendas* tilbud under alle omstændigheder var unormalt lavt.<sup>120</sup>

Fordi denne afhandling har det særlige fokus som angivet i afhandlingens problemformulering samt afgrænsning vil dommen således udelukkende anvendes til fortolkningsspørgsmålet omkring bestemmelsen unormalt lave tilbud, og vil derfor ikke fokusere på spørgsmålet omkring statsstøtte.

Som det fremgår af dommen, er ordregiver ved kontrollen af, om et tilbud er unormalt lavt, forpligtet til at anmode tilbudsgiveren om af fremlægge de fornødne beviser for at godtgøre, at dennes tilbud er seriøst.<sup>121</sup> Det samme er anført i ovenfor nævnte *SAG ELV Slovensko-sag*.<sup>122</sup> Ligeledes fremhæver Domstolen, at der rent faktisk skal finde en drøftelse sted mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiveren,<sup>123</sup> hvilket også fremgår af *SAG ELV Slovensko-sagen*.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Sag C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service*, EU:C:2014:2466, præmis 19-20.

<sup>121</sup> *Ibid.*, præmis 47.

<sup>122</sup> Sag C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2012:191, præmis 28.

<sup>123</sup> Sag C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service*, EU:C:2014:2466, præmis 48.

<sup>124</sup> Sag C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2012:191, præmis 29.



Domstolen fremhæver derudover, at det er op til medlemstaterne og navnlig ordregiverne at fastlægge en metode til beregning af en tærskel for, hvornår der foreligger et unormalt lavt tilbud, efter at dette begreb ikke er defineret i dagældende 2004-direktiv såvel som det gældende 2014-direktiv.<sup>125</sup> Domstolen har i nogen grad også påpeget dette i *Impresa Lombardini*-sagen.<sup>126</sup> I nærværende sag uddybede Domstolen dog, er det dog ikke er helt frit for medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder at fastlægge, hvordan sådan en tærskel skal sammensættes. EU-lovgiver har præciseret, at den unormalt lave karakter af et tilbud skal vurderes ‘i forhold til ydelsen’ og angiver derudover, at den ordregivende myndighed ikke udelukkende kan kræve dokumentation som dem der fremgår af artikel 69, stk. 2, litra a-f, hvilket kun er dokumenter som står frit for tilbudsgiver at anvende i sin redegørelse af sit tilbud.<sup>127</sup> På samme måde må det derfor gælde, at også tilbudsgiver har mulighed for at fremsende anden dokumentation end blot dem der er oplistet i artikel 69, stk. 2, litra a-f. Domstolen tog således ikke stilling til om hvorvidt *Aziendas* tilbud var unormalt lavt eller ej, men præcisere at det alene er op til medlemsstaterne eller de ordregivende myndigheder at fastlægge en metode til beregning af en tærskel for, hvornår der foreligger et ‘unormalt lavt bud’.<sup>128</sup> Domstolen giver således den ordregivende myndighed bred skønskompetence til at vurdere, hvornår den betragter et tilbud for værende unormalt lavt.

#### 2.1.4 Hvornår er der tale om et unormalt lavt tilbud?

Det fremgår ikke af udbudsdirektivet, hvad der konkret betragtes som et unormalt lavt tilbud. Ej heller af retspraksis findes der en klar definition af et unormalt lavt tilbud.<sup>129</sup> Spørgsmålet om hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud må derfor besvares på anden vis.

---

<sup>125</sup> Sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service, EU:C:2014:2466, præmis 49.

<sup>126</sup> Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, EU:C:2001:640, præmis 67.

<sup>127</sup> Sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service, EU:C:2014:2466, præmis 50.

<sup>128</sup> Ibid., præmis 49.

<sup>129</sup> Skovgaard Ølykke, Grith og Nielsen, Ruth, ‘EU’s udbudsregler - i dansk kontekst’, 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 677.

Som det fremgår af EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets gældende udbudsdirektivet fra 2014, foreslog Kommissionen tre kumulative betingelser for, hvornår ordregiver skulle anmode de økonomiske aktører om en redegørelse for deres tilbud.<sup>130</sup> Første betingelse krævede, at ordregiver skulle anmode om tilbudsgivers redegørelser for den tilbudte pris, såfremt tilbudsgiverens pris eller omkostninger er mere end 50 % lavere end gennemsnittet af de øvrige tilbudsgiveres pris eller omkostninger. Anden og tredje betingelse krævede, at tilbudsgiverens pris eller omkostninger er mere end 20 % lavere end prisen eller omkostningerne i det næstlaveste tilbud, samt der er afgivet mindst fem tilbud.

Som det kan læses af udbudsdirektivet fra 2014, fremgår disse betingelser ikke af gældende udbudsdirektiv, hvorfor ordregiver ikke kan anvende disse betingelser som rettesnor for, hvornår et tilbud kan forekomme at være unormalt lavt. Man kan endvidere rette kritik af Kommissionens udregningsmetoder, eftersom at disse afføder nye problemstillinger: først og fremmest er det forholdet til de øvrige tilbudsgivers pris, der er med at afgøre, om et tilbud kan anses som værende et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Samme kritik blev rejst i *SECAP*-sagen som behandlet ovenfor.<sup>131</sup> Kommissionens betingelser udgør alene en matematisk test, som udelukkende baserer sig på de øvrige tilbudsgiveres tilbud, og giver således ikke plads til stordriftsfordele eller konkurrencefordele som en tilbudsgiver kan besidde. I *SECAP*-sagen redegjorde EU-Domstolen for, at tilbudsgiveres bud fra andre medlemsstater kan forekomme unormalt lave, fordi disse tilbudsgivere har en anden omkostningsstruktur og dermed kan udnytte stordriftsfordele.<sup>132</sup> Det skal dog bemærkes, at retspraksis tillader, at *ordregiver* opstiller et matematisk kriterium som den tærskel for, hvornår et tilbud skal anses for at være unormalt lavt, med henblik på at fastlægge, hvilke tilbud der forekommer at være unormalt lave, så længe tilbudsgiver får adgang til at fremsætte

---

<sup>130</sup> KOM(2011) 896 endelig, 'Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb', side 96.

<sup>131</sup> Sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie, EU:C:2012:191, præmis 14. Sagen er omtalt i afsnit 2.1.2.8.

<sup>132</sup> Ibid., præmis 26.

bemærkninger.<sup>133</sup> Det er således op til ordregiver at beslutte, hvorvidt et matematisk kriterium skal anvendes. For det andet forholder Kommissionens betingelser ikke de konkurrencefordrejninger som der kan udvises mellem tilbudsgiverne. Konkurrencefordrejningen kan vise sig ved, at prisniveauet øges gennem karteldannelser, hvorved et realistisk tilbud kommer i farezonen for, at blive anset som et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, fordi de øvrige tilbudsgiveres bud er væsentlig højere. Såfremt tilbudsgiverne rent faktisk konkurrerer om kontrakten, vil priserne ikke indeholde høje marginer, da dette reducerer chancen for at blive tildelt kontrakten. For det tredje kan Kommissionens matematisk tærskel generelt føre til højere priser, fordi tilbudsgiverne ønsker at undgå risikoen for, at deres bud kategoriseres som tilsyneladende unormalt lavt. Som nævnt ovenfor indgår Kommissionens matematiske kriterier ikke af gældende udbudsdirektiv, eftersom at ovenstående kritikpunkter eller lignende nok har medført den konklusion, at sådanne beregningsmetoder ikke medfører den ønskede effekt af, hvornår ordregiver kan betragte et tilbud som værende umiddelbart unormalt lavt.

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 69, stk. 1, at den ordregivende myndighed skal indlede en undersøgelsesprocedure *‘hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne’*. Man kan således sige, at ordregiver skal foretage sin vurdering af tilbuddet på baggrund af kontraktvilkårene i forhold til hvilket tilbud der er tale om.

Der findes i den juridiske litteratur forskellige tilgange til definitionen af unormalt lave tilbud. Ifølge Arrowsmith er et tilbud unormalt lavt, hvis tilbuddet giver anledning til ordregivers bekymring for, om tilbudsgiveren er i stand til at gennemføre kontrakten.<sup>134</sup> Det er således ordregivers *skønskompetence* i forhold til tilbudsgivers gennemførelsevne som skal danne grund for, hvorvidt tilbuddet anses for unormalt lav jf. Arrowsmith.<sup>135</sup> Det er således kontraktens tilbudte lave pris, og ordregivers *subjektive* frygt for, at kontrakten ikke kan gennemføres, der jf. Arrowsmith skal give

---

<sup>133</sup> Sag Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, EU:C:2001:640, præmis 73.

<sup>134</sup> Arrowsmith, Sue, *‘The Law of Public and Utilities Procurement’*, Vol. 1: Regulation in the EU and UK. Sweet & Maxwell. Third Edition, 2014, side 802.

<sup>135</sup> Ibid., side 802.

ordregiver anledning til at formode at tilbuddet er unormalt lavt. Ølykke argumenterer omvendt ud fra ordlyden af artikel 69, stk. 1, at et tilbud skal anses for normalt lavt, hvis tilbuddet er lavt i forhold til kontraktens genstand og vilkår, og hvor de samlede omkostninger ikke bliver dækket af prisen, ved at leverer i overensstemmelse med kontrakten.<sup>136</sup> Ølykke argumenterer derfor for, at der skal ske en helt konkret vurdering af tilbuddet prissætning i forhold til de omkostninger, der skal dækkes ved udførelsen af kontrakten. Ølykkes fortolkning af bestemmelsen stemmer i overens med de nye krav i udbudsdirektivets artikel 69, stk. 3, andet led, eftersom at bestemte omkostninger såsom sociale, arbejdsretlige og miljømæssige aspekter skal være dækket af tilbudsgivers pris, og at ordregiver har pligt til at forkaste tilbuddet, såfremt disse omkostninger ikke er dækket ind af tilbuddet. Dette argument stemmer i overens med *Data Medical Service*-sagen, hvor Domstolens anfører, at EU-lovgiver har præciseret, at det tilsyneladende unormalt lave tilbud skal vurderes i forhold til ydelsen.<sup>137</sup>

Den juridiske forfatter Hjelmberg påpeger en tredje holdning til, hvornår et tilbud skal anses som unormalt lavt. Her fremhæver han, at der er tale om et unormalt lavt tilbud, såfremt tilbuddet er *væsentligt* lavere end markedsprisen.<sup>138</sup> Det kan dog umiddelbart være vanskeligt at fastslå, hvad forfatteren mener med markedsprisen. Er der her tale om en sammenligning af de øvrige tilbud, hvor det er gennemsnittet der udgør markedsprisen? En nærmere beskrivelse af, hvordan markedsprisen dannes, rummer en del problemer i den økonomiske litteratur, eftersom at dynamiske tilpasningsmodeller for priser kun fungerer under yderst rigide antagelser. Man kan argumentere for, at Hjelmbergs fortolkning stemmer overens med Kommissionens forslag til det gældende udbudsdirektiv omtalt ovenfor i dette afsnit, hvilket denne afhandling dog mener er problematisk. Hjelmberg er dog enig i Ølykkes holdning i, at

---

<sup>136</sup> Ølykke, Skovgaard Grith, 'Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers', DJØF Publishing Copenhagen, 2010, side 264 ff.

<sup>137</sup> Sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service, EU:C:2014:2466, præmis 50.

<sup>138</sup> Hjelmberg, Simon Evers og Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels, 'Public Procurement Law - the EU directive on public contracts', DJØF Publishing, 2006, side 342.

der er tale om et unormalt lavt tilbud, såfremt tilbuddet er lavere end omkostningerne ved at udføre kontrakten.<sup>139</sup>

Ifølge Klagenævnet for Udbud er der tale om et unormalt lavt tilbud, hvis der er risiko for, at tilbuddet efter kontraktindgåelse bliver nødsaget til at korrigere i pris, hvilket i nogle omstændigheder kan overtræde EU's udbudsregler, eftersom at dette udgør en materiel ændring i kontraktvilkårene.<sup>140</sup> Det skal bemærkes at klagenævnskendelser fra Klagenævnet for Udbud henvender sig til de danske forpligtelser om at overholde den danske udbudslov, EU's udbudsdirektiver, traktaten og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forhold til danske udbudssituationer. Kendelsen skal derfor kun anvendes som fortolkningsbidrag, selv om denne afhandling behandler et emne på EU-niveau.

### 2.1.5 Forkastelse af unormalt lave tilbud

Ifølge direktivets artikel 69, stk. 3, andet led, er ordregiver forpligtet at forkaste tilbud, som er lave på grund af tilbudsgiver har de forpligtelser som udbudsdirektivets artikel 18, stk. 2 indeholder. Artiklen lyder som følgende:

*“De ordregivende myndigheder afviser tilbuddet, hvis de har fastslået, at det er unormalt lavt, fordi det ikke er i overensstemmelse med de gældende forpligtelser, som er omhandlet i artikel 18, stk. 2.”*

De forpligtelser som omtales i artikel 18, stk. 2 er sociale, miljømæssige og arbejdsretlige forpligtelser. Når et tilbud findes at være unormalt lavt, fordi tilbudsgiver ikke har overholdt sine forpligtelser i forhold til artikel 18, stk. 2, kan det formentlig fortolkes, at hensigten med denne regel er at fokusere på at sikre konkurrencen, således at tilbudsgivere ikke opnår en fordel ved, at ikke at overholde deres forpligtelser ifølge

---

<sup>139</sup> Dette kan også ses i Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers og Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels, 'EU Udbudsretten', Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, København, 2011, side 495.

<sup>140</sup> Combo, Mario, 'Award of the Contracts in EU Procurements', DJØF Publishing, 2013, side 63.

lovgivningen.<sup>141</sup> Når ordregiver er forpligtet til at forkaste lave tilbud, som kan konstateres som unormalt lave af de grunde, som er nævnt i artikel 18, stk. 2, så må det betyde, at ordregiver *ikke* er forpligtet af at forkaste tilbud, som konstateres unormalt lave af andre grunde end de artikel 18, stk. 2 nævnte grunde. Dette skal ses som en ret i stedet for en pligt.<sup>142</sup> Denne opfattelse støttes også af ordlyden af artikel 69, stk. 3, hvor ordregiver kun kan forkaste et tilbud, hvis tilbudsgiver ikke på en tilfredsstillende måde har formået at forklare, hvorfor pris- eller omkostningsniveauet er så lavt, hvilket er op til ordregiver at skønne.

### 2.1.6 Formålsfortolkning af udbudsdirektivet

Dette afsnit skal anvendes til at anskue hvilket formål som udbudsdirektivet har, og for at anskue hvilke pligter som ordregiver skal forfølge.

Generelt kan der siges, at formålet bag EU-udbudsreglerne er at skabe åbne og gennemsigtige udbudsprocedurer, som sikrer at offentlige indkøb åbnes for konkurrence, som det står i 1. præambelbetragtning til udbudsdirektivet 2014.<sup>143</sup>

Kommissionen nævner i Grønbogen, som var forløberen til forslaget til udbudsdirektivet 2014, at formålet med reglerne om offentligt udbud er åben og effektiv konkurrence.<sup>144</sup> En tilsvarende formulering findes i betragtning 2 i præambelen til 2004-udbudsdirektivet. Når der skabes mere gennemsigtighed omkring offentligt indkøb og der åbnes for konkurrence, vil risikoen for protektionistisk adfærd, korrupcion og i hele taget alle former for begunstiggelse af en eller flere bestemte økonomiske aktører reduceres.<sup>145</sup> Med EU-udbudsregler sigtes der dermed efter en loyal og åben konkurrence af offentlige kontrakter, hvor leverandører kan udnytte fordele af det indre

---

<sup>141</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 683.

<sup>142</sup> Arrowsmith, Sue, 'The Law of Public and Utilities Procurement', Vol. 1: Regulation in the EU and UK, Sweet & Maxwell, Third Edition, 2014, side 813 f.

<sup>143</sup> 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

<sup>144</sup> KOM(2011) 15 endelig, 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb', side 31.

<sup>145</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 862. Øly

marked, samtidigt som ordregiverne frit kan vælge mellem et større og mere konkurrencedygtigt udvalg af tilbud.<sup>146</sup>

EU-udbudsreglerne udspringer fra reglerne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser i TEUF, samt de principper, som er afledt af disse regler. Disse principper er såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.<sup>147</sup> Domstolen påpegede i *Stadt Halle*-sagen,<sup>148</sup> at hovedformålet med EU-udbudsretten er fri bevægelighed for tjenesteydelser og fri adgang til en ufordrejet konkurrence på det indre marked for offentlige kontrakter.<sup>149</sup> Derudover påpegede EU-Domstolen i *Beentjes*-dommen, at formålet med udbudsreglerne er at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence på udbudsområdet.<sup>150</sup>

Udbudsdirektivets adressater er som med alle direktiver formelt set medlemsstaterne, som har pligt til at implementere udbudsdirektiverne.<sup>151</sup> Udbudsdirektivet regulerer ordregivende myndigheders adfærd, derfor finder udbudsdirektivets regler anvendelse, når en ordregivende myndighed tildeler en offentlig kontrakt, og kontraktens værdi er over tærskelværdierne i direktivets artikel 4.<sup>152</sup>

Udbudsdirektivet opstiller procedureregler som den ordregivende myndighed skal overholde i forbindelse med en offentlig anskaffelse. Dermed regulerer direktivet som sagt den ordregivende myndigheds indkøbsadfærd. En ordregivende myndighed kan være staten, regionale og lokale myndigheder samt offentligretlige organer, jf. udbudsdirektivet 2014 artikel 2, stk.1, nr. 1. Der findes dog enkelte regler i udbudsdirektivet 2014, som indirekte regulerer tilbudsgivers adfærd, herunder bestemmelsen om unormalt lave tilbud.

---

<sup>146</sup> KOM(96) 583 endelig, 'Grønbog om offentlige indkøb i EU - Overvejelser for fremtiden', side 3.

<sup>147</sup> 2014/18/EU af 29. januar 2014 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/43/EF for så vidt angår listen over forsvarsrelaterede produkter, præambles 1. betragtning.

<sup>148</sup> Sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, EU:C:2005:5.

<sup>149</sup> Ibid., præmis 44

<sup>150</sup> Sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod Holland, EU:C:1988:422.

<sup>151</sup> Jf. artikel 288 TEUF.

<sup>152</sup> 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 1.

Ud fra ovenforstående kan det udledes, at det overordnede formål med EU's udbudsregler er, at skabe åben og effektiv konkurrence om offentlige kontrakter på det indre marked. Dette overordnede formål understøttes samtidigt af diverse underliggende mål; f.eks. gennemsigtighed, ligebehandling og fri adgang til det indre marked. Det nævnte overordnede formål og de underliggende mål har en signifikant betydning, når EU's udbudsregler skal fortolkes. Samtidigt spiller EU-udbudsrettens formål en afgørende rolle i fortolkningen af, hvordan udbudsreglerne spiller sammen med andre juridiske discipliner, i denne afhandling lægges der vægt på samspillet med konkurrenceretten.<sup>153</sup>

Som det fremgår af udbudsdirektivets præambelbetragtning 2, er formålet med direktivet endvidere at sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler. Således pålægger direktivet offentlige myndigheder at foretage indkøb så effektivt som muligt. Denne optimale udnyttelse af offentlige midler har fællestræk med begrebet 'value for money'. Udtrykket stammer fra England, hvor det blev udviklet i 1980'erne, hvor den engelske regering ønskede en højere offentlig kommerciel indkøbs disciplin hos de offentlige indkøbere. Value for money blev defineret gennem de såkaldte tre e'er: economy, efficiency og effectiveness. Efficiens skal i denne sammenhæng anses som forskellen mellem inputs og outputs. Value for money princippet kan være med til at *supplere* forståelsen af formålet med udbudsdirektivet om at sikre mest optimal udnyttelse af de offentlige midler, da begreberne er sammenfaldende.

Sigtet med EU's udbudsregler er meget omdiskuteret i den juridiske litteratur, og visse forfattere mener, at formålene med udbudsreglerne sigter bredt, og at nogle af målene er vigtigere end andre.<sup>154</sup> Nogle forfattere mener direkte, at disse mål er modsigende.<sup>155</sup> Samtidig hævder Arrowsmith og andre juridiske forfattere, at udbudsreglerne søger at

---

<sup>153</sup> Se afsnit 5.2.1.

<sup>154</sup> Sanchez-Graells, 'Public Procurement and the EU Competition Rules', University of Bristol Law School, Hart Publishing, 2011, side 98 hvor forfatteren oplister følgende: competition; integrity; transparency; efficiency of the procurement system; customer satisfaction; best value for money; wealth distribution; risk avoidance; and uniformity of rules.

<sup>155</sup> Sanchez-Graells, 'Public Procurement and the EU Competition Rules', University of Bristol Law School, Hart Publishing, 2011, side 98 hvor forfatteren oplister følgende: competition; integrity; transparency; efficiency of the procurement system; customer satisfaction; best value for money; wealth distribution; risk avoidance; and uniformity of rules.



fremme det indre marked, og dette gøres alene ved hjælp af tre midler: ved at sikre ligebehandling, implementering af gennemsigtighed og at fjerne adgangsbarrierer.<sup>156</sup> Det kan siges, at der ikke er helt enighed blandt juridiske forfattere om udbudsreglernes formål.

Man kan på baggrund af ovenstående således udlede, at udbudsreglerne har forskellige formål. På den ene side skal udbudsreglerne anvendes til at skabe udbudsprocedurer der er åbne og gennemsigtige, og som sikre, at offentlige indkøb åbnes for effektiv konkurrencen. På den anden side har udbudsreglerne til formål at sikre, at ordregiver foretager indkøb, som udnytter de offentlige midler på så optimalt som muligt. Man kan derfor sige, at udbudsreglernes formål stikker i forskellige retninger, eftersom at ordregiver både er underlagt at sikre fair og effektiv konkurrence, og på samme tid skal sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, hvorfor begrebet 'dobbeltforpligtelser' indføres.

### 2.1.7 Effektiv konkurrence

For at kunne besvare afhandlingens problemstilling, er det nødvendigt at klarlægge begrebet 'effektiv konkurrence'. Derfor vil dette analysepunkt undersøge, hvad der skal forstås med begrebet effektiv konkurrence i udbudsretlig forstand. Som nævnt ovenfor er effektiv konkurrence en del af udbudsrettens formål, og samtidig er artikel 69 vigtig i forhold til at sikre den effektive konkurrence ved offentlige udbud.<sup>157</sup>

Begrebet 'konkurrence' fremgår af direktivets artikel 18, stk. 1 og foreskriver, at udbud ikke kunstigt må indskrænke konkurrencen ved uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller at stille andre aktører mindre gunstigt.<sup>158</sup> Derudover

---

<sup>156</sup> Arrowsmith, Sue, 'The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies, Sweet & Maxwell, 2012, side 1.

<sup>157</sup> Se afsnit 5.3.

<sup>158</sup> I maj 2001 udtalte generaladvokat F. G. Jacobs til afgørelse af sag C-19/00, SIAC Construction Ltd mod County Council of the County of Mayo. EU:C:2001:266, præmis 33, at den offentlige ordregiver skal sikre, at offentlige kontrakter tildeles efter en seriøs vurdering og uden nogen form for favorisering eller modydelse (quid pro quo), uanset om dette er finansielt eller politisk begrundet. Man kan argumentere for, at generaladvokatens udtalelse i stort omfang er at finde i direktivets artikel 18, stk. 1. En lignende formulering

foreskriver gældende direktivs præambelbetragtning 1, at de EU-retlige principper skal overholdes, blandt andet ved at offentlige indkøb åbnes for konkurrencen. Begrebet 'effektiv konkurrence' fremgår af direktivets artikel 67, stk. 4, og foreskriver, at ordregivers tildelingskriterier skal sikre den effektive konkurrence. Endvidere fremgår 'effektiv konkurrence' af direktivets præambelbetragtning 90, og vedrører kontraktens objektive tildeling, således at sammenligningen af tilbuddene sker på et objektive grundlag. Søndres der mellem de to begrebet, hhv. 'konkurrence' og 'effektiv konkurrence', kan man således se, at førstnævnte omhandler forbud mod favorisering af visse aktører, og at offentlige indkøb skal åbnes for konkurrencen. Andennævnte omhandler derimod ordregivers objektive tildelingskriterier.

Udbudsdirektivet gør således ikke rede for, hvad der konkret skal forstås med effektiv konkurrence, eftersom at ovenstående kan give anledning til fortolkningsspørgsmål. Her kan det diskuteres, hvad ordet konkurrence betyder i den ovenfor nævnte betragtnings sammenhæng. Det skal formentlig ikke forstås således, at det har noget at gøre med konkurrence efter TEUF's konkurrencereglerne forstand. Det skal formentlig forstås således, at konkurrencen om offentlige kontrakter vil intensiveres, når den frie bevægelighed er til stede, fordi der vil være adgang for flere mulige tilbudsgivere, som øger konkurrencen om kontrakten.<sup>159</sup>

I den juridiske litteratur argumenterer Arrowsmith og Trepte for, at når den ordregivende myndighed følger udbudsrettens formål, så betyder det, at antallet af potentielle tilbudsgivere skal øges.<sup>160</sup> Arrowsmith og Trepte nævner ikke andre mulige betydninger. Omvendt argumenterer Ølykke for, at det ikke kun er *antallet* af tilbudsgivere som sikrer den effektive konkurrence. Ølykke mener, at udbudsretten og konkurrenceretten er parallelle juridiske værktøjer, hvor udbudsreglerne er med til at støtte konkurrencereglerne imod konkurrenceforvridende adfærd. Derfor mener Ølykke, at det kan udledes af ren logik, at når konkurrencen om offentlige kontrakter åbnes op

---

findes i betragtning 2 i præambelen til udbudsdirektivet fra 2004, hvor der dog direkte nævnes 'effektiv konkurrence'.

<sup>159</sup> En lignende fortolkning ses også ved Generaladvokaten Stix-Hackl's forslag til afgørelse fremsat den 1. juli 2004, EU:C:2004:399

<sup>160</sup> Arrowsmith, Sue, 'The Law of Public and Utilities Procurement', Vol. 1: Regulation in the EU and UK, Sweet & Maxwell, Third Edition, side 129 og Trete, Peter, 'Regulating Procurement - Understanding Ends and Means of Public Procurement Regulation', Oxford University Press, 2004, side 352.

for flere potentielle tilbudsgivere, vil det i sig selv ikke være nok til at kunne opnå formålet med udbudsretten og det indre marked. Hvis der skal opnås effektiv konkurrence, så skal konkurrencereglerne også overholdes.<sup>161</sup> EU-Domstolen fremhævede ligeledes denne opfattelse i *Assitur*-dommen.<sup>162</sup> I sagen pointerede Domstolen, at udbudsdirektivets regler skal fortolkes på en måde, der forhindrer overtrædelse af konkurrencereglerne i TEUF.<sup>163</sup>

Dermed konkluderes det, at det ikke kun er antallet af potentielle tilbudsgivere, som er med til at definere en effektiv konkurrence, men at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling, ligebehandling *samt* konkurrencereglerne skal overholdes.

## 2.2 Delkonklusion

Formålsfortolkningen har vist, at et tilbud først kan erklæres unormalt lavt, efter at ordregiver har igangsat en undersøgelsesprocedure. Bestemmelsen kræver, at sådan en procedure skal igangsættes, såfremt ordregiver har mistanke om et tilsyneladende unormalt lavt bud. Ordregiver er dog ikke forpligtet til at forkaste tilbuddet, men er alene forpligtet til at anmode om redegørende dokumentation. Bestemmelsen sikrer, at tilbudsgiver får mulighed for at retfærdiggøre sit tilbud, hvorved denne får mulighed for at dokumentere tilbuddets sammensætning.

Retspraksis har vist, at ordregiver kun kan forkaste tilbud på baggrund af tilbudsgivers dokumentation og på baggrund af en *inter partes* dialog, og at dette skal hindre, at konkurrencedygtige tilbud ikke bliver udelukket fra konkurrencen på vilkårlig vis. Undersøgelsesproceduren spiller således en stor rolle i at sikre den effektive konkurrence ved indgåelse af offentlige kontrakter. Unormalt lave tilbud er jf. praksis bud der er *forekommer* unormalt lave, og ikke blot tilbud som *åbenbart* er unormalt lave. Automatiske udelukkelsesmekanismer eller minuspoint må ikke anvendes, uden at

---

<sup>161</sup> Ølykke, Grith S., 'Abnormally Low Tenders – with an Emphasis on Public Tenderers', DJØF Publishing Copenhagen, 2010, side. 64 og 65.

<sup>162</sup> Sag C-538/07, *Assitur Srl mod Camera de Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECL:EU:C:2009:317.

<sup>163</sup> *Ibid*, præmis 22, 23 og 30.

tilbudsgiver får mulighed for at dokumenterer sit tilbud, med mindre der er tale om et usædvanligt stort antal bud. Retspraksis har vist, at unormalt lave tilbud skal identificeres af medlemsstaterne eller af offentlige myndigheder, hvorfor denne skønskompetence alene påhviler disse, dog så længe at dette sker på baggrund af objektive og ikke-diskriminerende forhold.

Det er uklart hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud, eftersom at hverken direktivet eller retspraksis definerer dette, hvorfor denne skønskompetence alene er placeret hos ordregiver. Ovenstående viser således, at bestemmelsen ikke er effektiv.

Formålsfortolkning af udbudsdirektivet har vist, at målet med direktivet er at sikre fair og åben konkurrence, hvorved private aktører får mulighed for at opnå fordele af det indre marked, samtidig med, at offentlige ordregiver opnår konkurrencedygtige bud. Det påpeges, at direktivet sigter bredt og at nogle af disse mål er vigtigere end andre. Disse mål kan være direkte modsigende. Fortolkning af effektiv konkurrence fandt frem til, at det ikke kun er antallet af potentielle tilbudsgivere, som er med til at definere en effektiv konkurrence, men at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling, ligebehandling *samt* konkurrencereglerne skal overholdes. Ordregiver er på den ene side forpligtet til at sikre den effektive konkurrence, og på samme tid forpligtet til at sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, hvilket gør det uklart for ordregiver at vurdere, hvilket af formålene de skal forfølge. Derfor blev begrebet 'dobbeltforpligtelser' indført.

# Kapitel 3

## 3.1 Ordregivers dobbeltforpligtelser

### 3.1.1 Indledning

Som det blev påvist i ovenstående kapitel 2, viser den juridiske analyse, at bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud giver plads til, at ordregiver kan udvise et stort skøn hvad angår myndighedens vurdering af, om et tilbud skal underlægges en undersøgelsesprocedure, og om tilbuddet skal forkastes derefter. Kapitel 2 viste, at ordregiver på den ene side skal sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, og på samme tid varetage den effektive konkurrence. Generelt kan man sige, at der ikke umiddelbart er noget problem i, at den ordregivende myndighed ønsker at foretage sig anskaffelser til den laveste pris, eftersom at udbudsdirektivet direkte angiver denne mulighed som et tildelingskriterium.<sup>164</sup> På den anden side kan bestemmelsen om unormalt lave tilbud, være med til at skabe forvirring om, hvornår et tilbud dog er *for* lavt til at blive tildelt, hvilket kan medføre, at tilbudsgivere tillades at agere på en konkurrencefordrejende måde.

På baggrund af ovenstående vil dette kapitel søge at belyse, hvilke grunde der ligger bag, hvorfor en ordregivende myndighed kan ønske at indgå i en kontrakt hvor prisen tilsyneladende er unormalt lav, samt hvor ordregiver kan ønske at forkaste et tilbud. Analysen vil på den måde fremføre beviser for ordregivers dilemma i forhold til hvilke forpligtelser denne er underlagt. Skal ordregiver således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, eller skal ordregiver sikre den effektive konkurrence? Kapitlet skal således anvendes til at sparke liv i de dilemmaer som ordregivers dobbeltforpligtelser kan medføre, fordi bestemmelsen om unormalt lave tilbud er uklar, hvorfor den ordregivende myndighed kan foretage skjulte handlinger, som ikke nødvendigvis følger samfundets interesse.

---

<sup>164</sup> 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 67, stk. 2, 1. led.

### 3.1.2 Pris som omdrejningspunkt

Denne afhandling argumenterer for, at ordregiver kan have dobbeltforpligtelser i forbindelse med at acceptere eller forkaste et tilbud, som er betinget af tilbuddets pris. Ordregiver kan vælge mellem to tildelingskriterier for at komme frem til det mest økonomisk fordelagtige tilbud, hvor det ene kriterie er laveste pris.<sup>165</sup> Derfor kan der være risiko for, at ordregiver accepterer et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, i bestræbelsen på at sikre optimal udnyttelse af offentlige midler.<sup>166</sup> Selvom at laveste pris er et legitimt tildelingskriterie efter artikel 67, stk. 2, kan dette tildelingskriterie gå videre end hvad der er ønskeligt for den effektive konkurrence.<sup>167</sup> Således antages det, at ordregiver kan have interesse i at tildele en kontrakt efter laveste pris, på trods af at dette forekommer unormalt lavt, i bestræbelsen på at sikre optimal udnyttelse af offentlige midler. I *Data Medical Service*-sagen, som behandlet i kapitel 2, påstod *Data Medical Service* at *Aziendas* tilbud var unormalt lavt. Domstolen tog ikke stilling til denne påstand, men påpegede, at skønskompetencen alene hviler hos ordregiver.<sup>168</sup> På den baggrund kan ordregiver således acceptere tilbud, som reelt kan anses som unormalt lave. Omvendt vil ordregiver også kunne forkaste et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, med bekymring for, at tilbuddet reelt er for lavt, hvilket kan medføre forskellige efterfølgende økonomiske konsekvenser, som ordregiver gerne ser undgået, herunder at sikre den effektive konkurrence på markedet.

### 3.1.3 En grundlæggende betingelse

Det må grundlæggende formodes, at den ordregivende myndigheds formål med at acceptere eller forkaste et tilbud, bygger på forventningen om, at tilbudsgiver vil opfylde sine forpligtelser i henhold til kontrakten. Såfremt den ordregivende myndighed ikke havde forventning om tilbudsgiver opfyldelse af kontrakt, ville kontrakten ikke finde sted. Det er derfor en grundlæggende betingelse for kontraktens indgåelse, at

---

<sup>165</sup> Artikel 67, stk. 2 i udbudsdirektivet.

<sup>166</sup> Formålet med offentlige indkøb er efter udbudsdirektivets præmis 2 blandt andet at sikre optimal udnyttelse af offentlige midler.

<sup>167</sup> Dette vil blive uddybet i kapitel 5 omkring karteller og monopolpriser.

<sup>168</sup> Sag C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service*, EU:C:2014:2466, præmis 49. Denne sag er uddybet i afsnit 2.1.2.10. Samme resultat fremgår af *Lombardini og Mantovani*, C-285/99 og C-286/99, EU:C:2001:640, præmis 67.

ordregiver forventer at kontrakten bliver opfyldt. Ordregiver vil således ikke ubetinget acceptere tilbud som er så lave, at opfyldelsen af kontrakten er tvivlsom, på trods af, at ordregiver skal sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler.

### 3.1.4 Grunde til ordregivers accept eller forkastelse af tilbud

#### 3.1.4.1 Økonomiske risici

En af årsagerne til, hvorfor en ordregivende myndighed på forhånd ønsker at forkaste et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, er risikoen for, at den medkontraherende part løber ind i økonomiske vanskeligheder, herunder konkurs, og dermed bliver ude af stand til at fuldende ordregivers opgave.<sup>169</sup> I sådan en situation vil den ordregivende myndighed blive tvunget til at skulle ud og finde en ny kontraktpart, som kan færdiggøre opgaven, hvilket er en tidskrævende og omkostningspræget manøvre, som en ordregiver gerne ønsker at undgå.<sup>170</sup> Omkring tilbuddets økonomiske risici kan ordregivere endvidere vurdere, at tilbuddets sammensætning er af så ringe en beskaffenhed, at det ikke kan accepteres af ordregiver, med frygt for, at det økonomiske perspektiv i tilbuddet er prissat for optimistisk. Dermed kan ordregiver vælge at forkaste tilbuddet, efter en undersøgelsesprocedure, på baggrund af ordregivers reelle bekymring for, at det lave tilbud vil kunne frembringe en økonomisk fare for udbuddets gennemførelse, hvilket i øvrigt stemmer i overens med udbudsdirektivets præambel betragtning 103.<sup>171</sup>

Derudover kan tilbuddets økonomiske risici medføre, at tilbudsgiver udviser opportunistisk adfærd i form af *hold-up-problems* efter at en kontrakt er indgået, hvilket også kan kategoriseres som *post-contractual problems*.<sup>172</sup> Fordi det i sagens natur er umuligt at skrive en fuldkommen eller komplet kontrakt, er der risiko for, at *hold-up-problems* opstår. Det er simpelthen ikke muligt at forholde sig til samtlige mulige

---

<sup>169</sup> Samme antagelse findes i Arrowsmith, Sue, 'The Law of Public and Utilities Procurement', Vol. 1: Regulation in the EU and UK, Sweet & Maxwell, Third Edition, 2014, side 802, samt Fabricius, Jesper, 'Offentlige indkøb i praksis', Karnov Group, tredje udgave, 2014, side 534.

<sup>170</sup> Læs i forlængelse heraf om transaktionsomkostninger som er omtalt i afsnit 4.3.

<sup>171</sup> Som behandlet i kapitel 2.

<sup>172</sup> Milgrom, Paul R. og Roberts, John, 'Economics, Organisation and Management', 1992, side 136-139. Se endvidere side 84 om 'Informational Problems' i Trepte, Peter, 'Public Procurement in the EU - A Practitioner's Guide', Oxford University Press, 2007.

hændelser der kan opstå mellem to kontraherende parter. *Hold-op-problems* kan vise sig i form af *Moral Hazard*, eksempelvis ved at tilbudsgiver kræver at en kontrakt, og herunder kontraktprisen, genforhandles med den ordregivende myndighed.<sup>173</sup> I sådan en situation kan tilbudsgiver true den ordregivende myndighed med ikke at opfylde kontrakten, hvorfor ordregiver tvinges til at genforhandle kontraktvilkårene med tilbudsgiver, eller til annullere kontrakten og derefter indgå ny kontrakt med en ny part. Dette er dog kun i begrænset omfang muligt for ordregiver, eftersom at udbudsdirektivet kun i nogen grad giver den ordregivende mulighed for at genforhandle en allerede tildelt kontrakt.<sup>174</sup> Såfremt en kontrakt genforhandles opstår der risiko for, at kontraktens genstand ændres fundamentalt, herunder særligt at prisen forhøjes. En højere pris kan medføre, at kontrakten kan anses som ny, hvilket yderligere kan medføre at kontrakten endnu engang skal i offentligt udbud.<sup>175</sup> Hvorvidt en kontrakt skal i udbud på ny, er en prøvelse som den offentlige myndighed må udføre. EU-Domstolen opstiller i *Presstext*-dommen nogle retningslinjer for, hvilke kriterier den offentlige myndighed kan lægge vægt på ved sådan en situation, som delvist er kodificeret i udbudsdirektivets artikel 72.<sup>176</sup> Generelt kan det siges, at kontraktens indhold ikke må ændres væsentligt efter kontraktindgåelsen. Det skal forstås således, at forudsætningerne for tildelingen af kontrakten kunne have været anderledes, hvis den udbudte kontrakt oprindeligt havde været udformet, som den er blevet til efter væsentlige ændringer. Disse ændringer ville kunne føre til, at potentielle tilbudsgivere, som ikke havde indgivet tilbud til det oprindelige udbud, kunne potentielt have indgivet tilbud på den kontrakten efter de væsentlige gennemførte ændringer. Det kan dog være yderst vanskeligt at vurdere, hvornår en kontrakt reelt skal sendes i nyt udbud, eftersom at Domstolens opstillede retningslinjer er af generel karakter.<sup>177</sup> Den offentlige myndighed har ingen interesse i, at skulle til at sende en kontrakt i fornyet udbud, eftersom at sådan en manøvre

---

<sup>173</sup> "*Moral hazard*" refererer til oplysninger, som en agent udelukkende har og afspejler agtens skjulte handlinger som den foretager på baggrund af sin egen viden. Se side 88 i Trepte, Peter, 'Regulating Procurement - Understanding Ends and Means of Public Procurement Regulation', Oxford University Press, 2004.

<sup>174</sup> Se 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 32 om "Anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse", artikel 72 om "Ændring af kontrakter i deres løbetid" samt artikel 73 om "Opsigelse af kontrakter".

<sup>175</sup> Trepte, Peter, 'Public Procurement in the EU - A Practitioner's Guide', Oxford University Press, 2007, side 190-191.

<sup>176</sup> Sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, EU:C:2008:351.

<sup>177</sup> Sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, EU:C:2008:351, præmis 35-37.



medfører nye omkostninger til udbudsproceduren.<sup>178</sup> De forhenværende omkostninger til det oprindelige første udbud kan betragtes som en *sunk cost*, hvorefter disse omkostninger ikke kan erstattes eller på anden vis inddrives.<sup>179</sup> Den ordregivende myndigheds motivation til at finde en ny kontraktpart falder i takt med, at kontrakten nærmer sig sin afslutning. Jo nærmere en kontrakt er på sit opfyldelsestidspunkt, jo dyrere er det for den ordregivende myndighed at ophæve kontrakten på baggrund af uenigheder mellem ordregiveren og tilbudsgiveren, eftersom at tilbudsgivers forhandlingsstyrke intensiveres frem mod kontraktens afslutning.<sup>180</sup> Sådan en risiko vil medføre, at den ordregivende myndighed på forhånd ønsker at forkaste tilbud der er tilsyneladende unormalt lave, da ordregiver derved nedsætter sin risiko for *hold-up*-problematikker i forhold til tilbudsgiver.

#### *3.1.4.2 Tilbudsgivers manglende information og erfaring*

Man kan endvidere argumentere for, at ordregiver ønsker at forkaste et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, fordi tilbudsgivers tilbud er baseret på misforståelser eller er baseret på manglende forståelse af ordregivers udbud.<sup>181</sup> Det er således ordregivers reelle bekymring for tilbudsgivers vurdering af udbuddet, der ligger til grund for ordregivers forkastelse af tilbuddet, på baggrund af ordregivers undersøgelsesprocedure. I samme forbindelse kan man antage, at tilbudsgiver har urealistiske forventninger til udbudskontraktens forløbsfase, hvorfor denne ikke tager tilstrækkelig højde for de risici som kan ske som følge af uforudsigeligheder i kontraktens løbetid. Uden at komme nærmere ind på udbudsrettens forbud mod forskelsbehandling, kan man yderligere argumentere for, at et tilbud som er tilsyneladende unormalt lavt, kan komme fra en tilbudsgiver, som er mindre erfaren. Etablerede tilbudsgivere, som tidligere har erfaring med udbuddets genstand, har mere viden og kan på den baggrund antagelsesvis bedre estimere risiciene ved udbudskontrakten. På den baggrund kan den etablerede tilbudsgiver derfor bedre estimere kontraktsomkostningerne forbundet hermed, og vil

---

<sup>178</sup> Læs i forlængelse heraf om transaktionsomkostninger som er omtalt i afsnit 4.3.

<sup>179</sup> Owen, Robert F. og Ulph, David, 'Sunk Costs, Market Access, Economic Integration and Welfare', *Review of International Economics*, 10(3), 2002, side 540.

<sup>180</sup> Rudolph, Kai, 'Bargaining Power Effects in Financial Contracting', Springer, 2006, side 257-263.

<sup>181</sup> Cauwelaert, F. Van, 'Abnormally Low Tenders - Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry', 1999, side 14.

derfor være mindre tilbøjelig til at indgive et tilbud som er tilsyneladende unormalt lavt. Det kan også formodes, at tilbudsgiver ikke har forstået ordregivers udbudsmateriale eller udbuddets omfang i tilstrækkelig grad, hvorfor ordregiver indgiver et tilbud der ikke bevidst er unormalt lavt, men som er behæftet med fejl og mangler som den ordregivende myndighed kan have svært ved at kunne opdage. Man kan argumentere for, at den ordregivende myndighed, når den sender en opgave i udbud, handler uden for sit erhverv og derfor ikke er i stand til at kunne bedømme tilbudsgivers tilbud i forhold til det udbudsmateriale, som er genstand for kontrakten. Tilbudsgiver kan endvidere have misforstået hvad ordregivers opgave egentlig går ud på, hvilket kan resultere i et tilbud, der ikke stemmer overens med ordregivers egentlige opgave.

Som det blev påvist i ovenstående domme i kapitel 2, herunder særligt *Transporoute-sagen* og *SAG ELV Slovensko-sagen*, er ordregiver forpligtet til at anmode tilbudsgiver om dennes dokumentation for tilbuddets sammensætning, såfremt den ønsker at forkaste et tilbud.<sup>182</sup> På baggrund af tilbudsgivers dokumentation har alene ordregiver skønskompetence til at vurdere buddets seriøsitet og robusthed, hvilket blev særligt fremhævet i *Data Medical Service-sagen*.<sup>183</sup> Ordregiver kan også føle sig forpligtet til at sikre den effektive konkurrence, og kan således acceptere tilbud fra mindre erfarne tilbudsgivere, fordi ordregivers skønskompetence tillader, at tilbud ikke umiddelbart skal undersøges.

### 3.1.4.3 Last chance pricing

En anden årsag til, hvorfor ordregiver kan ønske at acceptere eller forkaste et tilbud, udspringer fra *last chance pricing*-strategien. Under denne strategi kan tilbudsgiver gøre brug af virksomhedens eventuelle begrænsede økonomiske forpligtelser.<sup>184</sup> Virksomheder med begrænsede økonomiske forpligtelser er til stede i virksomheder, hvor disses egenkapital er lav, og hvor ejerne af en virksomhed kun mister de midler der er i virksomheden, såfremt denne går konkurs. Under *last chance pricing*-strategien

---

<sup>182</sup> Begge domme er behandlet i kapitel 2, hhv. 2.1.3.1 og 2.1.3.9.

<sup>183</sup> Dommen er behandlet i kapitel 2, under 2.1.3.10.

<sup>184</sup> Gunduz, Murat og Karacan, H. Volkan, 'Assessment of abnormally low tenders: a multinomial logistic regression approach', 2014 i 'Technological and Economic Development of Economy', 2017, side 849.

prissætter tilbudsgiver sit tilbud unormalt lavt eller ligefremt aggressivt. Argumentet er, at tilbudsgivere, som står i en dårlig økonomisk situation vil byde mere aggressivt på en udbudskontrakt, fordi de fra et økonomisk synspunkt har mindre at tabe. Det er nemlig kun virksomhedens begrænsede økonomiske ressourcer der kan gå tabt, såfremt virksomhedens aggressive tilbud viser sig at være urealistisk i forhold til kontraktens egentlige omkostninger.<sup>185</sup> Økonomisk dårligt stillede virksomheder kan derfor være mere tilbøjelig til at vælge en risikabel prisstrategi, eftersom at disse virksomheder prissætter aggressivt for at kunne overleve - af samme årsag har strategien sit navn. Grunden til at økonomisk svage virksomheder vælger at prissætte aggressivt er, at der, trods alt, er en chance for, at kontrakten generere et lille afkast. Tilbudsgivere, hvis økonomiske situation er god, kan være mindre tilbøjelige til prissætte aggressivt i forbindelse med en udbudskontrakt, fordi *last chance pricing*-strategien indebærer en høj risiko for, at kontraktens omkostninger overstiger den tilbudte pris. Virksomheder, der er økonomisk godt stillet, har mere at miste, såfremt det viser sig, at en kontrakts omkostninger overstiger den tilbudte pris. Såfremt dette er scenariet, er virksomheden forpligtet til at bære de økonomiske tab der måtte opstå. Disse virksomheder er derfor mere risikoaverse, og ønsker således ikke i lige så høj grad at byde aggressivt på en udbudskontrakt.

Ud fra en ordregivende myndigheds synspunkt kan man tale for, at det ikke er ønskeligt for denne at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver, som har prissat sit tilbud aggressivt, og derfor kan strategien udgøre en reel bekymring fra ordregiver. For ordregiver er der nemlig sandsynlighed for, at den økonomiske svage tilbudsgiver går konkurs på baggrund af sit aggressive tilbud, hvilket for ordregiver kan betyde, at denne ikke kan opnå fuld erstatning, såfremt kontrakten ikke fuldendes. Tilbudsgiver har kun begrænsede erstatningsforpligtelser, hvorfor ordregiver kun kan kræve erstatning af de midler der er tilbage i tilbudsgivers begrænset konkursbo.<sup>186</sup> Endvidere risikere ordregiver, at denne bliver nødsaget til at finde en ny kontraktpart der kan fuldende den forhenværende tilbudsgivers kontrakt. Sådan en manøvre er som omtalt under afsnit

---

<sup>185</sup> Calveras, Aleix, Guanza, Juan-Jose samt Hauk, Esther, 'Wild Bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts', *Journal of Regulatory Economics*, Volume 26, Issue 1, Springer, 2004, side 43.

<sup>186</sup> Calveras, Aleix, Guanza, Juan-Jose samt Hauk, Esther, 'Wild Bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts', *Journal of Regulatory Economics*, Volume 26, Issue 1, Springer, 2004, side 43.

3.1.4.1 omkring økonomiske ricisi en bekostelig affære. På baggrund heraf kan ordregiver ønske at forkaste sådan et tilbud.

Som den opmærksomme udbudsjurist kan huske, indgav Pihl & Søn konkursbegæring i august 2013.<sup>187</sup> Pihl & Søn bød i 2011 på Inderhavnsbroen i København med et tilbud på 83 millioner kroner.<sup>188</sup> Tiden viste dog efterfølgende, at broen endte på en slutpris på 115 millioner kroner. Københavns Kommune har efterfølgende vurderet, at virksomheden *bevidst* skød 20 millioner kroner under den reelle pris. Pihl & Søns tilbudte pris lå omkring 25 millioner kroner under det næstbilligste tilbud. I sagen påstod Københavns Kommune, at Pihl & Søn opfyldte kommunens kriterier for økonomi. Sagen er et tydeligt eksempel på *last chance pricing*, eftersom at virksomheden relativt kort efter kontraktindgåelsen indgav konkursbegæring. Ydermere er sagen et klart eksempel på, at kommunen har været optaget af at opnå det billigste bud, og på samme tid ikke har vurderet den tilbudte pris tilstrækkeligt.

På den anden side kan man også tale for, at det er en fordel for ordregiver at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver, hvis kontrakt er prissat unormalt lavt eller aggressivt. Man kan tænke sig den situation, at tilbudsgiver rent faktisk *kan* fuldbyrde kontrakten til den tilbudte pris, uden at tilbudsgiver går konkurs. Dette vil både være til fordel for ordregiver, som får udnyttet de offentlige midler optimalt samt for tilbudsgiver, fordi denne generere et overskud, på trods af, at dette er beskedent. I forlængelse heraf kan man tale for, at tilbudsgiver, på grund af sin økonomisk vanskelige situation, har set sig nødsaget i at udføre kontrakten på en mere innovativ måde eller at udføre denne mere effektivt, hvilket kan afspejle sig i den tilbudte aggressive pris. I forhold til udbudsdirektivets artikel 69 om unormalt lave tilbud, er der umiddelbart intet til hinder for, at ordregiver tildeler kontrakten til en tilbudsgiver som kan udføre en kontrakt til en umiddelbart unormalt lav pris, såfremt tilbudsgiver kan dokumentere, hvorfor dennes tilbud er så lavt. Ligeledes kan man tale for, at accept af sådan et tilbud vil være med til at styrke konkurrencen, hvilket ordregiver anser som en forpligtelse jf. formålsbestemmelserne til udbudsdirektivet som omtalt i kapitel 2.

---

<sup>187</sup> Ingeniøren, 'Pihl & Søn går konkurs', 26. august 2013.

<sup>188</sup> Ingeniøren, 'Pihl & søn underbød groft for at få de tre inderbroer', 21. februar 2014.

#### 3.1.4.4 *Predatory pricing*

En anden årsag til, at ordregiver kan have interesse i at acceptere eller forkaste et tilbud, udspringer fra teorien omkring *predatory pricing*. Ved *predatory pricing* har tilbudsgiver strategisk mulighed for, at vinde en udbudskontrakt, ved at tilbyde en kontraktpris som underbyder de øvrige tilbudsgivers bud. Der er herved tale om *predatory pricing*, eller underbud, hvorved der forstås en risikabel prisstrategi hvor en tilbudsgiver ønsker at udelukke de øvrige tilbudsgiveres chancer for at få udbudskontrakten tildelt.<sup>189</sup> Der er hovedsageligt tale om en prisstrategi som anvendes af en dominerende virksomhed, hvor denne tilbyder en pris som er under kostprisen for at drive konkurrenter ud af markedet.<sup>190</sup> For at kunne anvende denne strategi forudsættes det, at virksomheden besidder økonomiske forhold der muliggør, at denne kan underbyde så langt ud i fremtiden, at konkurrenterne udgår af markedet eller går konkurs. Den dominerende virksomhed får efterfølgende mulighed for at hæve sine priser på sådan en måde, at det tabte kan tjenes ind igen og derudover generere en profit, monopolprofit, som ligger over hvad der ellers kunne forventes under fuldkommen konkurrence.<sup>191</sup>

*Predatory pricing* er uønskeligt for den offentlige ordregiver, fordi ordregiver på den lange bane kan risikere, at den dominerende tilbudsgiver efterfølgende hæver priserne, og på den måde kompensere for de lave priser, den har kunne tilbyde da denne underbød de øvrige tilbudsgivere. Endvidere kan den ordregivende myndighed risikere at medvirke til ulovlig misbrug af dominerende stilling jf. artikel 102 TEUF, som dog afhænger af, om den efterfølgende anvendelse af det indkøbte er en økonomisk aktivitet.<sup>192</sup> Ikke desto mindre vil accept af et tilbud, som er fremkommet på baggrund af *predatory pricing*, medvirke til, at konkurrencen gøres mindre effektiv. På den anden side skal ordregiver sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, hvorfor ordregiver

---

<sup>189</sup> Elzinga, Kenneth G. og Mills, David, 'Predatory Pricing', The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, 2014, side 40.

<sup>190</sup> Clark, John M, 'The Social Control of Business', New York, McGraw-Hill, 1926, side 131.

<sup>191</sup> Elzinga, Kenneth G. og Mills, David, 'Predatory Pricing', The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, 2014, side 42.

<sup>192</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 867. Se også sag C-205/03 P, FENIN mod Kommissionen, EU:C:2006:453, præmis 26.

kan være ledet af økonomiske hensyn. Fordi ordregiver har skønskompetencen angående hvornår den ønsker at gennemføre en undersøgelsesprocedure, da kan ordregiver helt undlade at gennemføre sådan en procedure.

#### *3.1.4.5 Karteldannelse*

En årsag til, at ordregiver kan acceptere eller forkaste et tilbud kan ske på baggrund af en karteldannelse. Ordregiver kan have en reel frygt for at støtte en tilbudsgiver, som har afgivet et unormalt lavt tilbud, som skyldes en karteldannelse mellem en tilbudsgiver og andre økonomiske aktører. Karteldannelsen skal fortrænge andre aktører ud af markedet og derefter styrke deres position på markedet. Denne adfærd, som udvises af tilbudsgiver, forbydes af konkurrencereglerne, hvorefter alle konkurrencebegrænsende aftaler er forbudte, jf. artikel 101 TEUF. Ordregiver kan have et ønske om ikke at acceptere et unormalt lavt tilbud, som kan skyldes en karteldannelse, da det vil fordreje konkurrencen på markedet. Såfremt den ordregivende myndighed accepterede et unormalt lavt tilbud pga. en karteldannelse, vil ordregiver muligvis blive beskyldt for medvirken til kartellers eksistens, hvilket yderligere er politisk uønsket - ikke mindst for dem som sidder i myndigheden. Ved at ordregiver tildeler en kontrakt til en virksomhed som deltager i et kartel, vil ordregivers accept af tilbuddet medvirke til, at konkurrencereglerne kan blive overtrådt, hvilket uddybes yderligere i kapitel 5.

På den anden side kan ordregiver vælge at acceptere tilbuddet, på trods af, at tilbuddet er fremkommet på baggrund af en karteldannelse. For ordregivende myndigheder kan formålet med en udbudskontrakt være, at sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler. Som det blev påvist i kapitel 2, er ordregivende myndigheder ikke forpligtet til at bekræfte hvorvidt et tilbud er tilsyneladende unormalt lavt, hvorfor ordregiver dermed heller ikke er forpligtet til at forkaste disse tilbud. Det er således muligt for ordregiver at tildele kontrakten til en tilbudsgiver, som deltager i et kartel, fordi ordregiver er optaget af at få mest muligt for pengene.<sup>193</sup> Accept af et tilbud der er fremkommet på baggrund af en karteldannelse kan således ske på baggrund af ordregivers manglende undersøgelse af tilbuddet.

---

<sup>193</sup> Som behandlet i kapitel 2, afsnit 2.1.6, vedrørende udbudsdirektivets formål.

### *3.1.4.6 Tilfældigheder der leder til accept af tilsyneladende unormalt lavt tilbud*

Det skal yderligere bemærkes, at der kan være andre grunde til, hvorfor et tilsyneladende unormalt lavt tilbud accepteres, på trods af de ovenstående antagelser. Man kan argumentere for, at den offentlige myndighed, blandt andet, ikke har evalueret tilbuddet grundigt nok, herunder fordi myndigheden ikke har evalueret de risici der er i tilbuddet på en tilfredsstillende måde, hvorfor et tilsyneladende unormalt lavt tilbud accepteres.<sup>194</sup> Derudover kan ordregiver have manglende ressourcer eller færdigheder til at kunne opdage og klarlægge, hvorvidt et tilbud skal undersøges nærmere inden kontraktindgåelse.<sup>195</sup> En tredje grund til hvorfor ordregiver accepterer et tilsyneladende unormalt lavt tilbud er, at ordregiver er underlagt stor offentlig beskueelse, hvorfor man kan tale for, at det fra den ordregivende myndigheds side kan være vanskeligt at retfærdiggøre valg af tilbudsgivere som prissætter deres tilbud dyrere end en anden tilbudsgiver.<sup>196</sup> Den samlede betegnelse for ovenstående kontraktsindgåelsestilfælde kan derfor kategoriseres som tilfældigheder. Dette afsnit styrker antagelsen omkring ordregivers dobbeltforpligtelser, eftersom at ordregiver kan føle sig forpligtet til at acceptere tilbud, som ellers burde have været underlagt en undersøgelsesprocedure. Ligeledes skal dette afsnit pointere kompleksiteten omkring unormalt lave tilbud, og at det derfor kan være yderst vanskeligt for ordregiver at vurdere, hvornår der egentligt er tale om sådan et bud, hvilket analysen i kapitel 2 afsnit 2.1.4 også viste.

### *3.1.4.7 Protektionisme som en afledt konsekvens*

På baggrund af den uklare bestemmelse omkring, hvornår der foreligger et unormalt lave tilbud og den brede skønskompetence som er pålagt ordregiver, udvides spillerummet

---

<sup>194</sup> Unuvar, R., 'International Transparency and Efficiency in Public Procurement Symposium', Ozgun Press, 2004, side 186–189. Dette er også omtalt i Cauwelaert, F. Van, 'Abnormally Low Tenders - Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry', 1999, side 16.

<sup>195</sup> Harrower, John R., 'Abnormally Low Tenders - Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry', DG III Working Group om Abnormally Low Tenders, 1999, side 16.

<sup>196</sup> Gunduz, Murat og Karacan, H. Volkan, 'Assessment of abnormally low tenders: a multinomial logistic regression approach', 2014 i 'Technological and Economic Development of Economy', 2017, side 849. Dette er også omtalt i Ølykke, Skovgaard Grith, 'Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers', DJØF Publishing Copenhagen, 2010, side 118.

for protektionistisk adfærd fra ordregivers side. Det er uklart, hvorvidt ordregiver bevidst ønsker at udvise sådan en adfærd. Ikke desto mindre er muligheden der, hvorfor protektionisme er et afledt problem i forhold til unormalt lave tilbud. Protektionisme skal i denne henseende forstås ved, at ordregiver ønsker at beskytte lokale aktører, ved at begrænse udenlandske eller andre nationale aktører i at afsætte varer og tjenesteydelser på et bestemt område. I den forbindelse er målet med protektionisme, at styrke lokale eller indenlandske aktørers afsætningsmuligheder og beskæftigelse. I relation til unormalt lave tilbud kan ordregiver spekulere i at begrænse en udefrakommende tilbudsgivers mulighed for at vinde en udbuds kontrakt ved at 'antage', at tilbudsgiverens tilbud er tilsyneladende unormalt lavt. Dette ses blandt andet i *Transporoute*-sagen omtalt ovenfor, hvor Vejdirektoratet i Luxembourg forkastede et tilbud fra en udenlandsk tilbudsgiver, til fordel for en national tilbudsgiver.<sup>197</sup> Som det ses i kapitel 2 er ordregiver ikke forpligtet til at godtage tilbudsgivers dokumentation, eftersom at ordregiver frit kan vurdere om den vil acceptere dokumentationen eller ej. Således har ordregiver mulighed for at forkaste den udenlandske tilbudsgivers dokumentation, også selv om at denne retfærdiggør tilbuddets sammensætning. Ligeledes kan ordregiver spekulere i at begrænse den udenlandske tilbudsgivers mulighed for at få tildelt en udbuds kontrakt, ved at acceptere en lokal aktørs tilsyneladende unormalt lave tilbud, fordi ordregiver er interesseret i at støtte lokal beskæftigelse og afsætning. Det er nemlig alene ordregivers skønskompetence, der afgør om tilbuddet accepteres.

EU-Domstolen har i en række domme påpeget ordregivers protektionistiske adfærd: I *Storebælt*-sagen hævdede Kommissionen, at Danmark havde tilsidesat sin pligt til at overholde ligebehandlingsprincippet.<sup>198</sup> I sit udbudsmateriale anvendte Danmark en betingelse om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes indenlandske materialer og forbrugsgods samt indenlandsk arbejdskraft og materialer.<sup>199</sup> På baggrund heraf fastslog Domstolen, at Danmark havde krænket ligebehandlingsprincippet i forhold til ikke-danske tilbudsgivere. I *Kommissionen mod Italien* fastslog Domstolen, at forskelsbehandling ikke blot omhandler åbenlys forskelsbehandling begrundet i

---

<sup>197</sup> Se afsnit 2.1.3.1.

<sup>198</sup> Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, EU:C:1993:257.

<sup>199</sup> Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, EU:C:1993:257, præmis 4.



nationalitet, men at anvendelsen af andre kriterier der fører til samme resultat, er skjult forskelsbehandling.<sup>200</sup> I sagen havde Italien tilsidesat sine forpligtelser om at overholde princippet om ikke-forskelsbehandling ved at forbeholde virksomheder, der har hjemsted i en bestemt region hvor arbejdet skulle udføres, fortrinsret til midlertidige sammenslutninger, som udøvede deres hovedvirksomhed i samme region. I dommen om de *wallonske busser* fastslog Domstolen, at princippet om ikke-forskelsbehandling også gælder, selv om der kun er nationale tilbudsgivere med i et udbud - således kan der også ske protektionisme på nationalt plan, hvorved ordregiver ønsker at tilgodese en bestemt region.<sup>201</sup> I *Du Pont de Nemours*-dommen fastslog EU-Domstolen, at en national bestemmelse, hvorefter en procentdel af offentlige indkøb er forbeholdt virksomheder, der producerer det indkøbte i visse landsdele, var i strid med EU-retten, når det ville begunstige nogle bestemte indenlandske aktører.<sup>202</sup> I forhold til bestemmelsen om unormalt lave tilbud, har Domstolen i *Impresa Lombardini*-sagen, udtrykt bekymring for ordregivers favoritisme i forhold til indenlandske tilbudsgivere, samt at ordregiver vil kunne lade sig lede af hensyn som ikke er økonomiske. Ordregiver ville således kunne acceptere eller forkaste tilbud til fordel for den indenlandske aktør.<sup>203</sup> På baggrund af ovenstående kan ordregivers protektionistiske adfærd derfor komme til udtryk på flere forskellige måder.

### 3.1.5 Opsummering

Der er således udsondret syv forskellige grunde til ordregivers accept eller forkastelse af tilsyneladende unormalt lave tilbud. Ovenstående grunde til hvorfor en ordregiver ønsker at acceptere eller forkaste et tilsyneladende unormalt lavt tilbud kan have to sider som led i ordregivers dobbeltforpligtelser; at sikre optimal udnyttelse af offentlige midler og at sikre den effektive konkurrence.

---

<sup>200</sup> Sag C-360/89, Kommissionen mod Italien, EU:C:1992:235.

<sup>201</sup> Sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, EU:C:1994:166.

<sup>202</sup> Sag C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA mod Unita sanitaria Locale N. 2 Di Carrara og 3 M Italia Spa, EU:C:1992:235.

<sup>203</sup> Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, EU:C:2001:640, præmis 35 og 36.

Første og fremmest er det ønskeligt for ordregiver at acceptere et lav tilbud, eftersom at det er i dennes interesse at sikre optimal udnyttelse af offentlige midler. Endvidere kan ordregiver være interesseret i at acceptere aggressive tilbud, fordi den både ønsker optimal udnyttelse af sine midler, og fordi konkurrencen derigennem bliver skærpet. På den anden side er det ønskeligt for ordregiver at forkaste et tilbud som tilsyneladende er unormalt lavt, eftersom det er behæftet med betydelige risici i forhold til *hold-up*-problematikker som skyldes tilbudsgivers økonomiske eller vurderingsmæssige forudsætninger. Endvidere kan tilbud fremkomme på baggrund af *predatory pricing*, hvorved en tilbudsgiver misbruger sin dominerende stilling og derfor underbyder sine konkurrenter. Ordregiver kan have vanskeligheder ved at vurdere, om der konkret er tale om et unormalt lavt tilbud, eller om tilbuddet er tegn på sund konkurrence. Ligeledes kan ordregiver blive mødt af tilbud, som fremkommer på baggrund af tilbudsgivernes fælles prissætning på baggrund af en karteldannelse. Tilfældigheder, herunder ordregivers manglende vurderingsevne af tilbud, er ligeledes medvirkende til, at et tilbud enten accepteres eller forkastes. Slutteligt kan ordregivers protektionistiske adfærd ligeledes være medvirkende til, at tilbud forkastes eller accepteres til fordel for en indenlandsk aktør. Ordregiver kan derfor være i tvivl om hvor grænsen går mellem optimal udnyttelse af offentlige midler og en konkurrencebegrænsende adfærd, hvorfor ordregivers skønskompetence skaber problemer.<sup>204</sup> På baggrund af ovenstående analyse omkring ordregivers dobbeltforpligtelser, er det således relevant at analysere hvilke incitamenter som ordregiver kan have, hvorfor dette søges klargjort i nedenstående afsnit.

### **3.2 Ordregivers incitamentsstruktur**

Dette afsnit søger at afprøve og underbygge afhandlingens antagelse om ordregiver kan være underlagt dobbeltforpligtelser, som behandlet ovenfor, ved at analysere hvilken incitamentsstruktur som ordregiver kan agerer under, og hvilke interesser som ordregiver skal varetage. Dette analysepunkt ønsker således at klarlægge, hvilken

---

<sup>204</sup> Som behandlet i kapitel 2.

incitamentsstruktur en offentlig ordregiver har i forhold til en privat økonomisk aktør, hvorefter det analyseres hvilke interesser som ordregiver kan varetage.

### 3.2.1 Velfærdsmaksimerende adfærd kontra profitmaksimerende adfærd

Der kan umiddelbart sondres mellem to forskellige incitamentsstrukturer: den velfærdsmaksimerende adfærd og den profitmaksimerende adfærd.<sup>205</sup> Det kan umiddelbart formodes, at offentlige ordregivere udelukkende handler efter en velfærdsmaksimerende adfærd, hvorimod en privat økonomisk aktør udelukkende handler efter en profitmaksimerende adfærd, hvorefter disse aktører alene agere med profit for øje.<sup>206</sup>

Offentlige myndigheder, herunder offentlige ordregivere, er medansvarlige for forvaltningen af den skatteindkomst der generes i samfundet som betales af skatteyderne. Det er altså skatteydernes penge som offentlige myndigheder forvalter som led i deres funktionsopgaver som udføres under iagttagelsen af almenhedens behov.<sup>207</sup>

Gennem praksis har EU-Domstolen, i *Kommissionen mod Italien*, forholdt sig til begrebet omkring 'offentlig myndighed'.<sup>208</sup> I dommen sondre Domstolen mellem 'offentlig myndigheder' og 'offentlig virksomheder', og finder således frem til, at ved offentlige myndigheder skal forstås som staten samt lokale organer, samt at offentlige virksomheder omfatter enhver virksomhed, på hvilken de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler, der gælder for virksomheden.<sup>209</sup> Eftersom at staten kan bevillige midler fra statsbudgettet, må denne have mulighed for at påvirke den offentlige virksomheds økonomiske forvaltning, idet der derigennem kan stilles nye midler til rådighed, således at den offentlige virksomhed kan drives under andre vilkår

---

<sup>205</sup> Friedman, Lee S., 'The Microeconomics of Public Policy Analysis', New Jersey, University Presses of California, Columbia and Princeton, 2002, side 417.

<sup>206</sup> Ibid., side 417.

<sup>207</sup> Dette vil blive yderligere behandlet i afsnit 3.2.2 omkring almenhedens behov.

<sup>208</sup> Sag C-118/85, *Kommissionen mod Italien*, EU:C:1987:283.

<sup>209</sup> Ibid., præmis 4-5.

end dem, private virksomheder er underlagt.<sup>210</sup> Selv om Domstolen her beskriver statens indflydelse på offentlige virksomheder, må offentlige myndigheder ligeledes være underlagt indflydelse fra staten. Man kan derfor udlede, at offentlige myndigheder opererer under andre vilkår end private virksomheder, og derfor varetager disse opgaver i almenhedens interesse. På samme måde må man således antage, at offentlige myndigheder ikke handler efter en profitmaksimerende adfærd, men derimod efter en velfærdsmaksimerende adfærd. På samme baggrund kan det derfor konstateres, at offentlige ordregivere er underlagt statens velfærdsmaksimerende adfærd, eftersom at disse skal opfylde almenhedens interesse.<sup>211</sup> Man kan endvidere tale for, at offentlige ordregivere besidder en vis beskyttelse, eftersom at disse ikke er genstand for de markeds kræfter som en privat virksomhed møder på markedet. Dette kan ses, eftersom at offentlige myndigheders eksistensbetingelse ikke afhænger af, om disse genere et overskud ligesom dette er betingelsen for en privat virksomhed.

Offentlige myndigheder eksisterer som sagt på grundlag af de subsidier de får igennem staten. Såfremt det antages at offentlige myndigheder ikke bygger deres incitamentsstruktur på en profitmaksimerende adfærd, må der søges svar i andre incitamentsstrukturer. Joseph P. Newhouse opstillede i 1970 en af de første økonomiske modeller for almennyttige institutioner.<sup>212</sup> Newhouse' økonomiske model kan anvendes til at anskue, hvilke incitamentsstrukturer en offentlig myndighed har som led i sin varetagelse af opgaver i almenhedens interesse.<sup>213</sup> Newhouse bruger et offentligt hospital som eksempel for sin økonomisk model. Denne analyse vil dog erstatte hospitalet med en offentlig myndighed, eftersom at en offentlig myndighed på bedre vis kan klargøre hvilken problemstilling der findes omkring offentlige ordregivere på et mere generelt niveau. Modellen antager, at administrationen i en offentlig myndighed foretrækker høj kvantitet over lav kvantitet, eftersom at dette fremmer administrationens ansvar, men at myndigheden også foretrækker høj kvalitet frem for lav kvalitet, eftersom at dette fremmer myndighedens omdømme. Man kan derfor antage, at den

---

<sup>210</sup> Sag C-118/85, Kommissionen mod Italien, EU:C:1987:283, præmis 13.

<sup>211</sup> Som behandlet i afsnit 3.2.2.

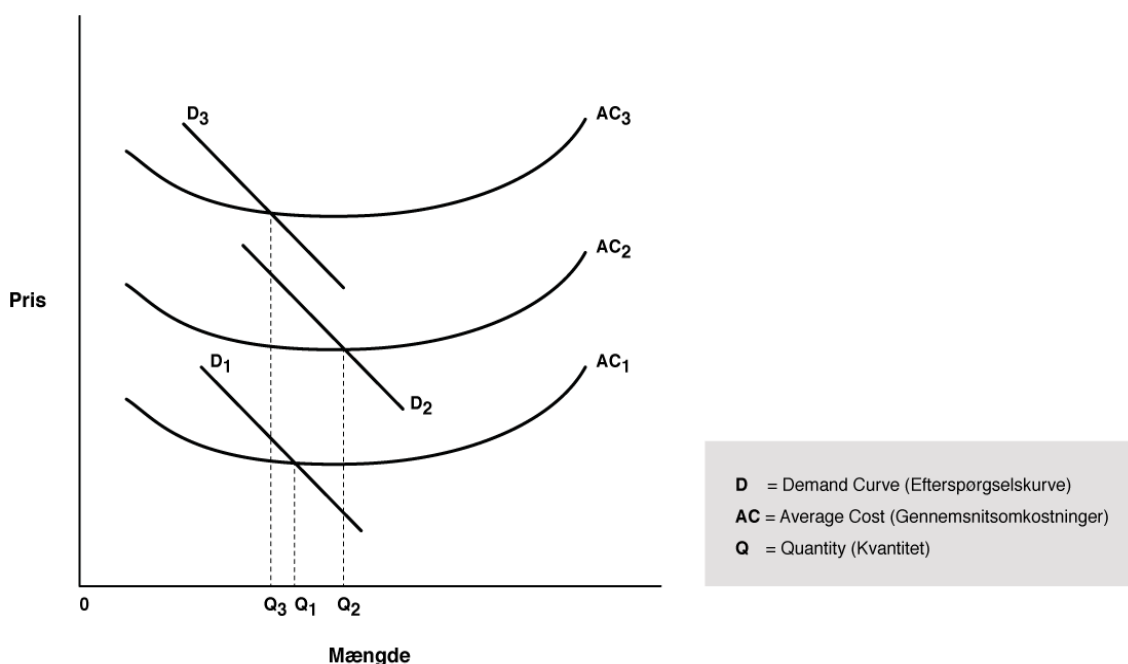
<sup>212</sup> Newhouse, Joseph P., 'Toward a Theory of Nonprofit Institutions: An Economic Model of a Hospital', *American Economic Review*, 60, No. 1, March 1970, side 64-74.

<sup>213</sup> Friedman, Lee S., 'The Microeconomics of Public Policy Analysis', New Jersey, University Presses of California, Columbia and Princeton, 2002, side 419.

offentlighed myndighed forsøger at maksimere sin objektfunktion, som både består af kvantitet og kvalitet i output, hvilket kan sidestilles med hvad en privat virksomhed ønsker i forhold til sin profitmaksimerende adfærd.

I sin model antager Newhouse to forhold.<sup>214</sup> For det første vil den offentlige myndighed anvende sine statslige subsidier på en så effektiv måde som muligt: For et givet kvalitetsniveau maksimerer den offentlige myndighed dens objektfunktion ved at producere den maksimale kvantitet, der er mulig givet efterspørgslen. Det vil altså sige, at myndigheden vil producere en kombination af kvantitet og kvalitet, der kræver de laveste omkostninger, og som tilbyder den største mængde. For det andet vil den offentlige myndighed ikke tilbyde et efficient niveau af ydelser, der effektivt kan tilbydes, men vil ledes af hensyn som ikke er økonomiske.

Ud fra nedenstående Figur 1 vil den økonomiske model forklares:



**Figur 1.** Egen tilvirkning. Kilde: Newhouse, Joseph P., 'Toward a Theory of Nonprofit Institutions: An Economic Model of a Hospital', *American Economic Review*, 60, No. 1, March 1970, side 69.

<sup>214</sup> Friedman, Lee S., 'The Microeconomics of Public Policy Analysis', New Jersey, University Presses of California, Columbia and Princeton, 2002, side 416.

For hver AC-kurve findes der forskellige kvalitetsniveauer: jo højere AC-kurven er placeret op af pris-aksen, jo højere er kvaliteten. Når kvaliteten stiger, vil efterspørgslen efter denne ligeledes stige til en given pris, hvorefter efterspørgselskurven rykker op og til højre i takt med at kvaliteten stiger ( $AC_1$  til  $AC_2$ ,  $D_1$  til  $D_2$ ). Der genereres ingen profit i skæringspunktet ved AC-kurven og efterspørgselskurven  $D$ . Efter et vis kvalitetsniveau vil efterspørgslen begynde at falde, hvilket kan ses i at efterspørgslen falder imellem  $AC_2$  og  $AC_3$ . Dette sker, fordi prisen for den højere kvalitet under  $AC_3$  presser efterspørgslen ned ( $D_3$  kontra  $D_2$ ). Den offentlige myndighed kan selvfølgelig tilbyde forskellige niveauer af kvalitet, for at ramme flere efterspørgselskurver, men eftersom at en offentlig myndighed ikke er sat i verden til at tilbyde flere kvalitetsniveauer til sine borgere, vil myndigheden kun vælge ét kvalitetsniveau.<sup>215</sup> Fordi offentlige myndigheder ikke kun har økonomi for øje, vil denne vælge et kvalitetsniveau der ikke er lig med økonomisk effektivitet, altså muligheden for at tilbyde alle kvalitetsniveauer.

Efter den anden antagelse omkring hensyn som ikke er økonomiske, vil den offentlige myndighed kun tilbyde én kombination af kvantitet og kvalitet - i Newhouse' eksempel tilbydes nemlig kun én type hospitalsydelse. Den offentlige myndighed vil derfor vægte kvaliteten af den tilbudte ydelse højere end den økonomiske effektivitet ved den tilbudte ydelse. Effektiv ressourceallokering kræver, at alle mængder ( $Q$ ) tilbydes markedet indtil det punkt, hvor betalingsvillighed for en marginal enhed er på samme niveau som dennes marginale omkostninger ( $MR = MC$ ). Forestiller man sig, at en borger ønsker at betale en marginalomkostning mere, for at opnå en bedre ydelse, vil dette udvide mængden, hvilket er en fordel for den offentlige myndighed. Dette vil dog medføre, at der vil ske et fald i den gennemsnitlige kvalitet. Over tid vil kvaliteten falde så betydeligt, at den offentlige myndighed ikke vil ønske en stigning i mængden ( $Q$ ). Dette er tilfældet, fordi den offentlige myndighed ikke kan tilbyde markedet alle de tjenesteydelser der efficient ville kunne tilbydes. Den offentlige myndigheds adfærd vil derfor ikke være lig med hvad en profitmaksimerende virksomhed ville tilbyde - den

---

<sup>215</sup> Man kan endda antage, at dette vil stride imod den offentlige myndigheds kompetenceområde, eftersom at myndigheden derved går ind og forstyrrer konkurrencen på det private marked. Eksempelvis ville dette gøre sig gældende inden for hospitalsverden: her ville forskellige niveauer af kvalitet forstyrre privates muligheder for at tilbyde privathospitaler, hvilket går videre end myndighedens varetagelse af almenhedens behov. (Se endvidere om almenhedens behov under afsnit 3.2.2).

profitmaksimerende virksomhed ville nemlig tilbyde alle mulige niveauer af kvalitet, såfremt der er efterspørgsel efter disse.

Med ovenstående kan man således se, at offentlige myndigheder, og derved offentlige ordregivere, søger at øge sin velfærdsmaksimerende adfærd. Dette er tilfældet, fordi myndigheden ønsker at tilbyde ydelser til dens borgere til den bedst mulige kvalitet, taget mængden i betragtning, og har derfor ikke indtjening som mål.

På baggrund af Newhouse-modellen kan der således observeres to forskellige adfærdsmønstre som gør sig gældende for offentlige myndigheder. For det første vil den offentlige myndighed sørge for at anvende input, altså subsidier, på en så efficient måde som muligt, hvilket svarer overens med hvad en profitmaksimerende virksomhed ville gøre. Ligeledes vil den offentlige myndighed have incitament til at acceptere et tilbud der er tilsyneladende unormalt lavt, hvorved myndighedens input anvendes så efficient som muligt. For det andet vil den offentlige myndighed ikke kunne tilbyde det efficiente niveau af ydelser, hvorfor myndigheden ikke opfylder hele markedets efterspørgsel, og på den måde vælger at tilbyde en højere kvalitet i forhold til den mængde den kan tilbyde, hvilket svarer til en velfærdsmaksimerende adfærd.

Således kan de to adfærdsmønstre være med til at belyse de incitament der ligger bag ordregivers dobbeltforpligtelser. Når ordregiver udelukkende ønsker at foretage anskaffelser der sikre en optimal udnyttelse af offentlige midler, da udviser ordregiver en profitmaksimerende adfærd, eftersom den alene ønsker at anvende input som optimalt som muligt. Når ordregiver derimod agere velfærdsmaksimerende, er denne ikke udelukkende interesseret i at foretage anskaffelser der kun kommer ordregiver til gode, men ønsker således at foretage indkøb der sikre den effektive konkurrence på markedet, og samtidigt sikre den optimale udnyttelse af sine midler. Det fremgår således med Newhouse' økonomiske model, at ordregivere *både* kan agere profitmaksimerende og velfærdsmaksimerende. Nedenstående afsnit vil således søge at klargøre, hvilke incitament som en ordregiver *skal* følge som led i sin eksistens.

### 3.2.2 Ordregivers forpligtelser i relation til almenhedens behov

Udbudsdirektivet finder personel anvendelse på ordregivende myndigheder der indgår offentlige kontrakter.<sup>216</sup> Som det fremgår af udbudsdirektivets artikel 2, stk. 4, litra a er offentlige organer ‘oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter’. Det er altså det offentlige organs, og dermed den ordregivende myndigheds, imødekommelse af almenhedens behov som er genstand for analyse i dette afsnit.

Som det fremgår andet led af artikel 2, stk. 4, litra a, er det således tale om almenhedens behov, så længe der ikke er tale om behov der er af industriel eller kommerciel karakter, hvorfor det må formodes, at offentlige myndigheder ikke er sat i verden til at handle udelukkende under hensyn som er markedsøkonomiske - altså at ordregivere ikke er sat i verden til at agere profitmaksimerende.

Det fremgår af *Truley*-sagen, er begrebet ‘almenhedens behov’ et EU-retligt begreb, som skal fortolkes under hensyn til den sammenhæng, bestemmelsen indgår i, samt det formål som søges opfyldt med udbudsdirektivet.<sup>217</sup> Den konkrete sag omhandlede en bedemandsvirksomhed som blev udskilt som en selvstændig virksomhed, dog ejet af byen Wien, og om hvorvidt en virksomhed af denne karakter var underlagt udbudsreglerne. EU-Domstolen fastslog, at almenhedens behov skal forstås bredt, således at enheder der er finansieret eller kontrolleret af staten ikke kan undgå at anvende udbudsreglerne.<sup>218</sup> Det fremgår endvidere af *Arnhem*-sagen, at der i almindelighed er tale om behov, som staten af hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse.<sup>219</sup> I *Agorà*-dommen fastslog Domstolen, at begrebet almenhedens behov godt kan vedkomme aktiviteter som en offentlig myndigheds varetager, men som også kan varetages af private virksomheder. Såfremt at aktiviteten dog udføres på et

---

<sup>216</sup> 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF artikel 1, stk. 1.

<sup>217</sup> Sag C-373/00, Adolf Truley GmbH mod Bestattung Wien GmbH, EU:C:2003:110, præmis 40.

<sup>218</sup> Ibid., præmis 34. Samme argument fremgår af Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla, ‘EU-ret’, 6. reviderede udgave, Thomson Reuters, 2010, side 52.

<sup>219</sup> Sag C-360/96, Gemeente Arnhem og Gemeente Rheden mod BFI Holding, EU:C:1998:525, præmis 51.



konkurrencepræget markedet, er der indicium for, at der er tale om aktiviteter der ikke vedkommer almenhedens behov.<sup>220</sup> I dommen angiver Domstolen kun, at der er *indicium* for, at der er tale om aktiviteter som vedrører industriel eller kommerciel karakter. Domstolen synes derfor ikke at tage en klar og tydelig holdning til, hvornår der er tale om aktiviteter der tilgodeser almenhedens behov.

I ovenfornævnte *Arnhem*-dom fandt EU-Domstolen frem til, at fjernelse og behandling af husholdningsaffald kan anses for at høre under almenhedens behov.<sup>221</sup> Domstolen fremhævede, at denne opgave er nødvendig af hensyn til den offentlige sundhed og miljøbeskyttelse, og at sådan et hensyn ikke kan opnås i form af hel eller delvis fjernelse som tilbydes af private erhvervsdrivende, hvorfor fjernelse og behandling af affald anses som almenhedens behov.<sup>222</sup> Man kan således argumentere for, at EU-Domstolen indirekte henviser til det velfærdsøkonomiske begreb 'markedsfejl' hvorved at markedet fraviger fra den optimale situation, og at staten derfor bliver nødt griber ind for at imødekomme disse markedsfejl.<sup>223</sup> Den offentlige ordregiver er således forpligtet til varetage opgaver, som en privat aktør ikke umiddelbart ønsker at løse.

Den generelle fortolkning af almenhedens behov kan overordnet set siges at tage hensyn til miljømæssige opgaver, sociale opgaver, sundhedsmæssige opgaver, uddannelsesmæssige opgaver samt forskellige former for forsyningsopgaver.<sup>224</sup> Man kan tale for, at begrebet almenhedens behov er et dynamisk begreb, der kan påvirkes af den politiske udvikling i EU. Generelt kan man ikke fastslå, at opgaver udført under hensyntagen til almenhedens behov er opgaver, der ikke har interesse for private økonomiske aktører, og som besættes af private økonomiske aktører uden offentlighedens indblanding. Opgaver udført som led i almenhedens behov er opgaver der forfølger et særligt mål og som ikke nødvendigvis tilbydes af private, hvorfor disse

---

<sup>220</sup> Sag C-360/96, Gemeente Arnhem og Gemeente Rheden mod BFI Holding, EU:C:1998:525, præmis 38.

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> Ibid., præmis 52.

<sup>223</sup> Andreu Mas-Colell, Michael D. Whinston og Jerry R. Green, 'Microeconomic Theory', Oxford University Press, Oxford, 1995, side 350.

<sup>224</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 143.

opgaver har til formål at følge hensyn som ikke er markedsmæssige i forhold til fuldkommen konkurrence.

I relation til problemformuleringen omkring offentlige myndigheders dobbeltforpligtelser, kan det således udledes, at offentlige ordregivere skal varetage opgaver efter almenhedens behov. Offentlige ordregivere, der er underlagt statslige kontrol og finansiering kan således ikke undgå at følge bestemmelserne i udbudsdirektivet ved anskaffelser der vedrører direktivets bestemmelser. Offentlige ordregivers varetagelse af almenhedens behov kan godt vedrøre opgaver som også private aktører vil kunne udføre uden offentlighedens indgreb, men at hele opgaven dog næppe ville blive varetaget af private aktører, hvorfor den offentlige opgavevaretagelse er med til at fjerne de markedsfejl som en privat aktør ikke ville tilgodese. Man kan således finde frem til det resultat, at offentlige ordregiver er med til at forfølge formål som ikke direkte ledes af hensyn, som er markedsmæssige i forhold til fuldkommen konkurrence.<sup>225</sup> Således skal ordregivers incitamentsstruktur forfølge formål som ikke er af industriel eller kommerciel karakter, hvilket kan sidestilles med den profitmaksimerende adfærd. Det må derfor udsondres, at ordregiver er forpligtet til at varetage opgaver der er velfærdsforbedrende som led i sin eksistens.

### 3.3 Delkonklusion

Dette kapitel har haft til formål at analysere, hvilke hensyn der kan lede til ordregivers accept eller forkastelse af tilbud, herunder hvad ordregivers incitamentsstruktur er, og hvorledes er dette i tråd med ordregivers forpligtelser. Analysen har vist, at der findes syv grunde til, hvorfor ordregiver kan ønske at acceptere eller forkaste tilsyneladende unormalt lave tilbud, hhv. økonomiske risici, tilbudsgiver manglende information og erfaring, *last chance pricing*, *predatory pricing*, karteldannelse, tilfældigheder og protektionisme. Newhouse' økonomiske model har vist, at ordregivende myndigheder ikke umiddelbart udelukkende handler efter en velfærdsmaksimerende adfærd. Modellen viste, at ordregiver også kan handle profitmaksimerende, hvorved ordregiver

---

<sup>225</sup> Mas-Colell, Andreu, Whinston, Michael D. og Green, Jerry R., 'Microeconomic Theory', Oxford University Press, Oxford, 1995, side 350-351.

ønsker at anvende input på så effektiv en måde som muligt. Ordregiver kan således være tilbøjeligt til at acceptere tilbud som burde have været genstand for en undersøgelsesprocedure. Denne profitmaksimerende adfærd stemmer dog ikke overens med de forpligtelser som denne *skal* følge. Ordregivers forpligtelser i relation til almenhedens behov viser nemlig, at ordregiver er forpligtet til at agere velfærdsmaksimerende og skal derfor udføre samfundsopgaver, som ikke er af kommerciel eller industriel karakter.

# Kapitel 4

## 4.1 Økonomiske udfald

### 4.1.1 Indledning

I ovenstående kapitel fandt analysen frem til, at der er adskillige grunde til, hvorfor en ordregiver kan ønske at acceptere eller forkaste et tilbud. Ligeledes fandt analysen ud af, at ordregiver både kan handle velfærdsmaksimerende og profitmaksimerende, på trods af, at ordregiver er forpligtet til at agere velfærdsmaksimerende og derfor udføre opgaver i samfundets interesse. På baggrund af dette, vil nærværende kapitel undersøge hvilke økonomiske konsekvenser bestemmelsen om unormalt lave tilbud har i overensstemmelse med ordregivers mulige incitamentsstruktur. Kapitlet vil i den forbindelse undersøge de transaktionsomkostninger, som kan forekomme i forhold til bestemmelsen om unormalt lave tilbud, herunder vil kapitlet anskue transaktionsomkostningerne ud fra to opstillede spil, for at teste om disse omkostninger er efficiente.

## 4.2 Principal-agent teori

Som det blev fastslået i kapitel 2 er det, på baggrund af ordregivers store skønsbeføjelser omkring hvornår et tilbud forekommer at være unormalt lavt, muligt for ordregiver at anvende denne skønskompetence til udelukkende at sikre den optimale udnyttelse af offentlige midler, og derigennem at forfølge egne interesser, på trods af de dobbeltforpligtelser ordregiver er underlagt. Dette kapitel vil ved hjælp af principal-agent-teorien analysere, hvorledes ordregiver udnytter den ufuldkomne kontrakt, som bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud udgør, samt det tab dette kan forårsage. Principal-agent-teorien anvendes til at analysere forholdet mellem principalen og agenten, hvorved agenten skal varetage principalens interesser. Teorien fokuserer dog på de problematikker som forekommer i forholdet mellem de to parter på baggrund af deres fordeling af information. I denne afhandling optræder EU-lovgiver som principal, hvorimod offentlige ordregivere optræder som agent. Dette er tilfældet, eftersom at EU-

lovgiver regulerer ordregivers adfærd gennem udbudsdirektivets bestemmelser. Ordregiver er den informationsbærende part, eftersom at ordregiver har flere oplysninger om det pågældende udbud end EU-lovgiver. Der er tale om et kontraktuelt forhold mellem de to, eftersom at den offentlige ordregiver er forpligtet til at overholde den kontrakt, eller her udbudsdirektivet, der foreligger mellem de to parter. Ordregiver skal således handle på EU's vegne, og må derfor foretage beslutninger under iagttagelsen af den indbyrdes kontrakt. I overensstemmelse med formålsfortolkningen af udbudsdirektivet i kapitel 2 er EU-lovgiver interesseret i at fremme den offentlige ordregivers adfærd, til at udvise handlinger der støtter disse formål, hvilket er foreneligt med principal-agent-teorien.<sup>226</sup>

#### 4.2.1 Adverse Selection og Moral Hazard

Principal-agent teorien består af to underteorier, navnlig *Adverse Selection* og *Moral Hazard*. *Adverse Selection* omhandler den situation der foreligger mellem de to parter inden kontraktindgåelse, altså den præ-kontraktuelle fase. I relation til EU-lovgiver og ordregiver, har EU-lovgiver ikke fuldkommen kendskab til ordregivers informationsmængde og incitament, og lovgiver må derfor affatte en kontrakt der ikke udelukkende tager højde for ordregivers egne interesser, men som også følger lovgivers interesser.

*Moral Hazard* omhandler den tilstand, der foreligger efter kontraktindgåelse, og omhandler derfor den post-kontraktuelle fase. Ordregiver kan således udvise opportunistisk adfærd og foretage beslutninger, som er i uoverensstemmelse med hvad EU-lovgiver ønsker.<sup>227</sup> Den opportunistiske adfærd, udvist af ordregiver, kommer som følge af, at denne handler rationelt ud fra dennes eget nyttemaksimeringsrationale.<sup>228</sup> For ordregiver kan det have betydning for denne, at kontrakten tildeles en tilbudsgiver hvis tilbud forekommer unormalt lavt, på trods af de risici der findes i forbindelse

---

<sup>226</sup> Knudsen, Christian, 'Økonomisk metodologi bind 2', Jurist- og Økonomforbundets Forlag, udgave 2, 1997, side 164-165.

<sup>227</sup> Ibid., side 167.

<sup>228</sup> Ibid., side 24, figur 1.1.

hermed.<sup>229</sup> Dette skyldes ordregivers interesse i at acceptere tilbud, der følger ordregivers nyttemaksimering. Som det blev vist i kapitel 3, kan ordregiver udvise profitmaksimerende adfærd, og kan derfor vælge at acceptere tilbud der sikrer den optimale udnyttelse af offentlig midler.<sup>230</sup> I forhold til *Moral Hazard* er denne adfærd ikke helt i tråd med EU-lovgivers formål med bestemmelsen, eftersom at et af formålene med udbudsreglerne også er at fremme den effektive konkurrence jf. kapitel 2.

Endvidere har ordregiver også mulighed for at forkaste et tilbud, med begrundelsen om, at tilbuddet *er* unormalt lavt, selvom at dette ikke nødvendigvis er korrekt. Dette skyldes, at EU-lovgiver kun forpligter ordregiver til at påbegynde en undersøgelsesprocedure, før et tilbud kan erklæres unormalt lavt.<sup>231</sup> Dog er ordregiver ikke forpligtet til at acceptere tilbuddet, efter undersøgelsesproceduren er foretaget, og derfor kan ordregiver forkaste dette, såfremt den vurderer at tilbuddet ikke er holdbart. Som det blev vist i kapitel 2, er det ikke klart hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud, og derfor hviler det alene på ordregiver at vurdere dette. Som det blev vist i kapitel 3, kan ordregiver frygte, at et lavt tilbud er fremkommet på baggrund af flere forskellige grunde, hvilke ordregiver kan frygte at acceptere.<sup>232</sup> Dette bygger endvidere på det faktum, at det ikke er muligt for parterne at forfatte en kontrakt som er fuldkommen, og som derfor tager højde for alle tænkelige forhold i en kontrakt. Det er således den ordregivende myndighed der alene har skønskompetencen i forhold til håndhævelsen af bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud. EU har dog mulighed for at reducerer risikoen for *Moral Hazard* ved følgende foranstaltninger:

---

<sup>229</sup> Se afsnit 3.1.4.1 omkring disse risici.

<sup>230</sup> Se kapitel 3, afsnit 3.1.4, som beskriver de interesser ordregiver kan forfølge i forbindelse med at acceptere et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

<sup>231</sup> Se delkonklusion til kapitel 2.

<sup>232</sup> Herunder tilbudsgivers hold-up-trussel, tilbudsgivers mulige konkurs, tilbudsgivers manglende erfaring til at vurdere udbuddets omfang og risici, tilbudsgivers aggressive prissætning, tilbudsgivers underbud i forhold til predatory pricing og tilbudsgivers prisdannelser på baggrund af en karteldannelse.

#### 4.2.1.1 Overvågning

Ved hjælp af overvågning kan EU-lovgiver kontrollere, hvorvidt den ordregivende myndighed anvender bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud på en tilfredsstillende måde, eksempelvis ved at undersøge ordregivers modtagende bud og på baggrund af disse vurdere, hvorvidt en undersøgelsesprocedure burde have fundet sted.<sup>233</sup> Som nævnt i indledningen, anvender offentlige myndigheder årligt omkring 18 % af EU's BNP på varer, tjenesteydelser og byggeri- og anlægsarbejder, hvorfor mængden af udbud på EU-niveau er enorm.<sup>234</sup> Det er derfor umuligt for EU-lovgiver at overvåge de offentlige ordregivere på et tilstrækkeligt niveau, som vil sikre, at bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud anvendes på en tilfredsstillende måde. Såfremt EU-lovgiver besluttede sig for at overvåge ordregivers legitime anvendelse af bestemmelsen, da vil sådan en overvågning være forbundet med væsentlige omkostninger. Derudover er det svært for EU-lovgiver som principal at bevise, at den ordregivende myndighed har handlet efter hensyn der ikke er legitime, da disse ikke er klart defineret i den indbyrdes kontrakt, herunder hvornår et tilbud bør være genstand for undersøgelse. Eftersom at EU-lovgiver ikke har mulighed for at overvåge ordregivers handlinger, eller i hvert fald ikke omkostningsfrit, kan ordregiver derfor udvise *opportunistisk adfærd*, og derfor handle diskretionært og efter egne interesser. Som uddybet i kapitel 3, kan ordregiver have forskellige incitamenter for, hvorfor denne ønsker at acceptere et tilbud der forekommer at være unormalt lavt eller forkaste et ellers holdbart tilbud, hvilket ikke er ønskeligt for EU-lovgiver. Dette skyldes, at ordregiver ikke *explicit* er underlagt et krav fra EU-lovgiver om at undersøge tilbud, inden en kontrakt tildeles. Det er endvidere uvidst hvad EU-lovgiver helt præcist mener med et unormalt lavt tilbud, hvorfor dette er op til ordregiver at vurdere.<sup>235</sup>

EU-lovgiver har forsøgt at imødekomme ordregivers *Moral Hazard*-adfærd ved at indføre krav om, at ordregiver *skal* anmode tilbudsgiver om dokumentation for tilbuddets sammensætning, inden ordregiver erklærer tilbuddet for unormalt lavt jf. artikel 69, stk. 1 hvilket også fremgår af kapitel 2. EU-lovgiver forsøger derfor at

---

<sup>233</sup> Dutta, Prajit K., 'Strategies and Games : Theory and Practice', The MIT Press, 1999, side 290

<sup>234</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 27.

<sup>235</sup> Jf. kapitel 2.

modvirke de konsekvenser som *Moral Hazard* kan medføre, ved at øge dennes observerbarhed. Det er således umuligt for den ordregivende myndighed at forkaste tilbud, med begrundelsen om at tilbuddet er unormalt lavt, uden at ordregiver anmoder tilbudsgiver om yderligere oplysninger om tilbuddets sammensætning. Det kan således udledes, at EU-lovgiver har fremstillet en kontrakt, et stykke lovgivning, som skal påvirke ordregivers incitamentsstruktur, således at ordregivers egoistiske adfærd nogenlunde svarer til den adfærd, som EU-lovgiver ønsker, at ordregiver udviser. Dog tager kontrakten ikke højde for de to nævnte eksempler ovenfor angående accept af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud og forkastelse af et ellers holdbart tilbud.

#### *4.2.1.2 Regler og sanktioner*

Regler og sanktioner handler i et principal-agent-forhold om at sikre, at den indbyrdes kontrakt mellem EU-lovgiver og den ordregivende myndighed overholdes. Således kan ordregiver påføres sanktioner såfremt denne ikke anvender EU-lovgivers udbudsbestemmelser på en tilfredsstillende måde. For at sikre, at udbudsbestemmelserne anvendes efter de tilsigtede formål, har EU-lovgiver mulighed for at indføre regler for sanktioner, der skal afskrække ordregiver mod at handle opportunistisk. Anvendelsen af sanktioner og regler er dog ikke uproblematisk, eftersom at det yderst vanskeligt at udforme en kontrakt, der tilstrækkeligt sikrer, at agenten handler fuldkommen efter principalens ønsker. Dette kan især forekomme i relation til afhandlingens problemstilling, eftersom at udbud kan være udformet og omhandle forskellige typer udbudsopgaver, som den ordregivende myndighed ønsker at sende i udbud. En fuldkommen kontrakt er derfor ikke muligt at opnå, idet bestemmelsen om unormalt lave tilbud, regulerer et bredt spektrum af udbudskontrakter. De regler og sanktioner som EU-lovgiver på forhånd vil kunne stille op ved kontraktens indgåelse, kan derfor senere hen vise sig at ikke ramme det, som var hensigten, fordi en fuldkommen kontrakt ikke er mulig at udforme. I kapitel 2, afsnit 2.1.4, opstillede Kommissionen tre kumulative betingelser for, hvornår ordregiver skulle anmode de økonomiske aktører om en redegørelse for deres tilbud.<sup>236</sup> Således forsøgte Kommissionen at begrænse den

---

<sup>236</sup> KOM(2011) 896 endelig, 'Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb', side 96.



tvivl om, hvornår et tilbud burde anses som unormalt lavt. Som Domstolen i *SECAP*-sagen også gjorde rede for, var disse kumulative betingelser dog betinget af de øvrige tilbudsgivers bud, hvorfor disse potentielt ville ramme skævt.<sup>237</sup>

#### 4.2.1.3 Incitamenter

Som principal kan EU-lovgiver indføre incitamenter der sikrer, at den ordregivende myndighed handler efter EU's ønsker, for derfor at undgå *Moral Hazard*. EU-lovgiver er interesseret i, at give ordregiver incitamenter til at medvirke til udviklingen af en effektiv konkurrence på markedet for offentlige indkøb. Det er dog ikke uproblematisk at indføre incitamenter, eftersom at der er risiko for, at agenten bliver overkompenseret eller, at der sker en skævvridning i forhold til den opgave som agenten skal varetage. Man kan tale for, at det rent praktisk er vanskeligt at indføre incitamenter der ændre ordregivers adfærd.

Nedenstående afsnit vil fremføre hvilke problemer som principal-agent-teorien kan medføre.

#### 4.2.2 Samfundsøkonomisk forringelse

For at påvise de samfundsøkonomiske problemer som et principal-agent-forhold kan medføre, opstilles der en case til at illustrerer dette. EU-lovgiver optræder endnu engang som principal, mens ordregiver optræder som agent. Som det blev påvist i afsnit 3.2.1 omkring Newhouse' incitamentsteori, kan en ordregiver udvise profitmaksimerende adfærd, fordi ordregiver ønsker at anvende input bedst muligt, og på samme tid udvise velfærdsmaksimerende adfærd, eftersom at ordregiveren ønsker en vis form for kvalitet.

For at illustrere dette opstilles en case: Man kan forestille sig den situation, at ordregiver, over gentagne gange, accepterer tilsyneladende unormalt lave tilbud, som ordregiver burde have gennemført en undersøgelsesprocedure på. Fordi ordregiver over

---

<sup>237</sup> Sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie, EU:C:2012:191, præmis 26.

gentagne gange udviser *Moral Hazard*, og derfor vælger at udnytte sin skønskompetence, giver ordregiver adgang til, at virksomheder der indgår i et kartel, kan påvirke prisdannelsen på markedet. Over længere tid vil disse karteldeltagende virksomheder derfor, i første omgang, underbyde markedet, for senere hen at hæve priserne til monopolpris. Dette sker, eftersom at ordregiver kan udviser profitmaksimerende adfærd, og derfor fortrænger sin pligt til at sikre den effektive konkurrence som et af formålene med udbudsdirektivet er. EU-lovgiver ser dog ikke denne adfærd som hensigtsmæssig, eftersom at udbudsdirektivets bestemmelser også skal sikre den effektive konkurrence, og ikke blot sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler.

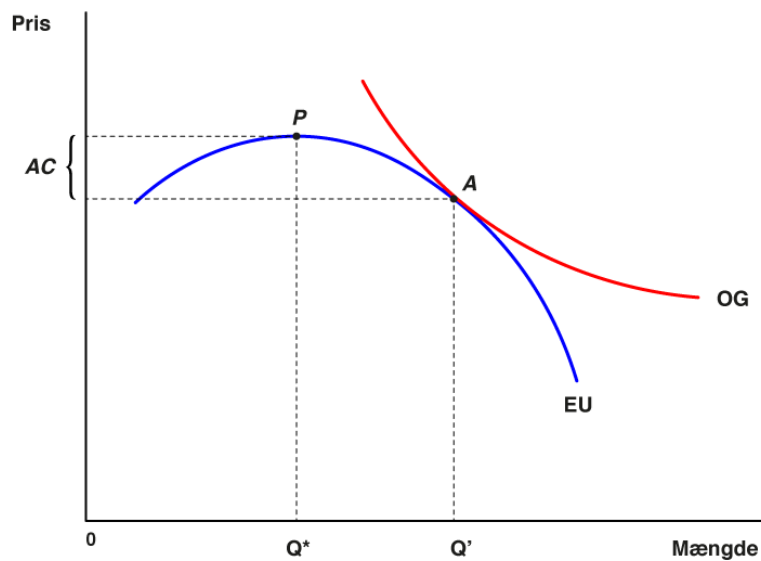
Inden implementeringen af udbudsdirektivet, altså kontraktindgåelsen, har EU-lovgiver ikke nogen specifik viden om ordregivers incitamentsstruktur. Ordregiver besidder egen information om de incitamenter den følger. Dette er et eksempel på *Adverse Selection*. Efter kontrakten er indgået, altså udbudsdirektivet er implementeret, kan ordregiver udvise *Moral Hazard*. Der er således tale om, at ordregiver rigtig nok følger den kontrakt som EU-lovgiver har forfattet, men at ordregiver udnytter den skønskompetence som denne besidder som følge af kontrakten. Ordregiver kan således acceptere tilbud, som den vurderer *ikke* er unormalt lave. Principalens tillid bliver således udnyttet, eftersom at denne ikke har mulighed for at overvåge og bevise agentens handlinger.<sup>238</sup> Jf. den ovenfor opstillede case vil en sådan adfærd medføre en meromkostning for samfundet, hvilket skal opretholdes af skatteyderne. Man kan således argumentere for, at ordregivers opportunistiske adfærd vil medføre samfundsøkonomiske forringelser.<sup>239</sup>

På baggrund af principalens ringe kontrol af agenten, kan en principal-agent model opstilles, som viser det tab som principalen udsættes for. EU-lovgiver skal i denne henseende anses som repræsentant for EU-samfundet.

---

<sup>238</sup> Hagen, Kåre P. '*Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*', Cappelen, Akademisk Forlag, 2. Udgave, 2005, side 123-124.

<sup>239</sup> *Ibid.*, side 135.



**Figur 2.** Egen tilvirkning. Kilde: Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., og Vernon, John M., 'Economics of Regulation and Antitrust', MIT Press, 2005, side 209.

I ovenstående figur 2 ses en blå linje, som repræsenterer opfyldelsen af EU-lovgivers ønskede  $Q$  (mængde) i forhold til  $P$  (prisen). Den røde linje repræsenterer ordregivers røde nyttekurve, hvilket giver ordregiver den højeste nytte som tangerer med EU-lovgivers blå nyttekurve. Hvis EU-lovgiver kunne observere sin egen nyttekurve, ville denne ønske, at ordregiver ville yde  $Q$  og  $P$  svarende til det øverste punkt på den blå kurve. Fordi ordregiver vil forfølge egne interesser, vil denne dog vælge et skæringspunkt som svarer til sin højeste nytte, hvilket er repræsenteret med den røde linje. Ordregiver udnytter derfor EU-lovgivers ufuldkomne kontrakt, og vælger på baggrund heraf en tilbudsgiver som svarer til skæringspunktet mellem de to nyttefunktioner. Derfor opstår der et tab for principalen. Dette tab vises på figuren som  $AC$  (*agency cost*), som udgør den mergevinst som principalen kunne have anskaffet sig, hvis han havde den fulde information om agentens ageren og incitamenter, samt sine egne muligheder. Tabet skal forstås således, at EU-samfundet ikke får udnyttet sine skatte kroner optimalt, eftersom at ordregiver ikke anvender bestemmelsen efter dens tilsigtede virkning.  $AC$ -arealet dækker trekanten fra skæringspunktet mellem de to nyttekurver, til principalens optimale mængde ( $Q^*$ ) til den givne pris ( $P$ ) og ned til

agentens valgte mængde (Q'). Tabet repræsenterer som sagt EU-samfundets tab, men er ligeledes det tab der traditionelt opstår på baggrund af principal-agent-problematikkerne.

#### *4.2.2.1 Kritik af principal-agent-teorien*

Ud fra en metodologisk vurdering af principal-agent teorien rettes der i litteraturen kritik af denne. Ifølge Kenneth Arrow er der en begrænsning ved principal-agent teorien i og med, at den stort set kun identificerer belønninger og straf med monetære betalinger.<sup>240</sup> Rent praktisk vil mange incitament og straffe antage en social form snarere end en monetær form. I denne sammenhæng kan man forestille sig, at en offentlig myndighed kan have interesse i, ikke at udvise opportunistisk adfærd i form af at acceptere et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, eftersom at ordregiver kan blive opdaget i at vælge dette lave tilbud, og derefter blive hængt ud blandt offentligheden. Ligeledes kan man forestille sig, at ordregiver bliver opdaget i at have forkastet et ellers holdbart tilbud, og vil på baggrund heraf blive straffet socialt, eftersom at ordregiver ikke anvender borgernes skatte kroner så effektivt som muligt. Man kan således argumentere for, at ordregiver kan frygte den upopularitet som vil følge af, at ordregiver undlader en oprigtig undersøgelse af tilbuddet, hvorved sanktionen mod ordregiver viser sig som en social sanktion frem for en monetær.

Det kan således udledes, at den ordregivende myndighed kan foretage skjulte handlinger for EU-lovgiver, eftersom at EU ikke har mulighed for at overvåge ordregivers adfærd. Dette sker bl.a. fordi ordregiver alene har skønskompetence til at vurdere, hvornår den anser et tilbud som værende unormalt lavt.

---

<sup>240</sup> Knudsen, Christian, 'Økonomisk metodologi bind 2, Virksomhedsteori og industriøkonomi', Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, anden udgave, 1997, side 173.

## 4.3 Transaktionsomkostninger

### 4.3.1 Indledning

For EU-samfundet er det ønskeligt at have så lave transaktionsomkostninger som muligt.<sup>241</sup> Som kapitel 2 viser, er bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud uklar. Ligeledes peger formålet med udbudsdirektivet i to retninger; direktivet skal både sikre den effektive konkurrence og sikre, at ordregiver udnytter de offentlige midler på en optimal måde. Som det blev vist i kapitel 3, kan ordregiver med disse dobbeltforpligtelser udvise forskellige hensyn, som kan lede til accept eller forkastelse af tilbud. Herunder viser kapitlet, at ordregiver kan udvise hhv. velfærdsmaksimerende adfærd og profitmaksimerende adfærd, på trods af, at ordregiver er sat i verden til at tilgodese almenhedens behov, og derfor blandt andet er sat i verden til at imødekomme markedesfejl. I ovenstående analyser blev det vist, at ordregiver på baggrund af den uklare bestemmelse i artikel 69, kan udvise *Moral Hazard*, og derfor forfølge egne mål, som dog kan medføre samfundsøkonomisk forringelse i form af dyrere tilbud på sigt. Formålet med nærværende afsnit er at belyse de transaktionsomkostninger, som kan opstå ved et offentligt udbud i forhold til bestemmelsen om unormalt lave tilbud, og skal således anvendes til at vurdere, hvorvidt bestemmelsen er økonomisk efficient for samfundet. Disse transaktionsomkostninger belyses ved hjælp af Williamsons transaktionsomkostningsteori.

To grundlæggende antagelser er afgørende for at forstå Williamsons transaktionsomkostningsteori. Den første er, at de økonomiske aktører har en begrænset rationalitet, herunder begrænset information og evne til at overskue kompleks information. Den anden antagelse er, at de økonomiske aktører agerer opportunistiske.

---

<sup>241</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, 'Rettsøkonomi', Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014, side 133.

### 4.3.2 Begrænset rationalitet

Begrebet 'begrænset rationalitet' er i Williamsons transaktionsomkostningsteori tegn på den menneskelige adfærd, der efter hensigten er rationel, men kun begrænset rationel.<sup>242</sup>

I relation hertil er det for EU-lovgiver umuligt at affatte en fuldstændig kontrakt, hvorfor det er muligt for ordregiver at misforstå den kontrakt, eller den lovgivning, som ordregiver skal følge i en udbudssituation. På baggrund heraf kan ordregiver handle begrænset rationelt, og på den måde undlade at indhente yderligere dokumentation for en tilbudsgivers tilbud, såfremt dette forekommer unormalt lavt. Som det blev anført i kapitel 2, kan det være vanskeligt for den ordregivende myndighed at fastslå, hvornår et tilbud forekommer at være unormalt lavt. Fordi EU-lovgiver ikke giver en nærmere klar definition af, eller en beregningsmetode for, hvornår et tilbud skal betragtes som at forekomme unormalt lavt, er det derfor op til ordregiver at skønne, hvornår et tilbud skal undersøges. Omvendt kan ordregiver vælge at anvende bestemmelsen om unormalt lave tilbud således, at såfremt der er tvivl om tilbuddets sammensætning, anmoder ordregiver tilbudsgiver om at dokumentere tilbuddets sammensætning og på baggrund af den fremsendte dokumentation undersøger ordregiver om tilbuddet kan godtages, eller om dette skal forkastes som unormalt lavt. Uanset fremgangsmåde, vil ordregiver risikere at anvende ressourcer som ved en fuldkommen kontrakt måske ville kunne have undgået. Hvis det for begge parter var fuldstændigt klart, hvornår et tilbud tilsyneladende ville være unormalt lavt, da ville begge parterne præcis vide, hvornår et tilbud skulle undersøges nærmere eller ej.

På baggrund af EU-lovgivers kontrakt, udbudsdirektivets bestemmelser, vil ordregivende myndigheder derfor være ude af stand til at planlægge, handle og styre en kontrakt fuldkommen, hvorfor der kan opstå situationer, hvor tilbudsgiver udformer et kontrakttilbud som ikke er på niveau med ordregivers forventninger, eller for den sags skyld EU-lovgivers forventninger. Ved at ordregiver acceptere et tilbud, som burde have været anset som unormalt lavt, eller i det mindste været undersøgt for dette, kan ordregiver risikere, at fuldbyrdelsen af kontrakten vil medføre økonomiske problemer. Fordi ordregiver, gennem EU-lovgivers kontrakt, er begrænset rationel, vil ordregiver

---

<sup>242</sup> Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Niels Peter, *Transaktionsomkostningsteori - en introduktion til Williamson*, University of Aarhus, 1993, side 5

altid vælge en adfærd, der forekommer ham rationel. Fordi ordregivers rationelle valg er *subjektivt*, vil den adfærd der tilkommer ham optimal, ikke nødvendigvis være optimal. Begrænset rationalitet vil gøre ordregivers udbudsprocedure og dennes vurdering af tilbud mere vanskelig, fordi det *ex ante* ikke er muligt at tage højde for alle fremtidige situationer, der kan opstå *ex post*. Såfremt de involverede parter, EU-lovgiver og ordregiver, var fuldt ud enige om hvordan lovgivningen skal fortolkes, ville ordregiver overholde denne. Men fordi ordregiver ikke kender de konkrete betingelser for, hvornår et tilbud skal anse til tilbud som tilsyneladende unormalt lavt, kan denne misbruge denne manglende konkretisering. Derfor indføres begrebet 'opportunistisk adfærd'.

### 4.3.3 Opportunistisk adfærd

Som det fremgår ovenfor i dette kapitel kan ordregiver, som agent i forhold til principlen EU, handle begrænset rationelt. Fordi ordregiver ikke er forelagt en konkret kontrakt fra EU-lovgivers side, og fordi ordregiver ikke er underlagt kontrol, har ordregiver derfor mulighed for at udvise opportunistisk adfærd, og på den måde forfølge interesser der maksimere ordregivers nytte. Williamsons transaktionsomkostningsteori sondre mellem *ex ante* og *ex post* opportunistisme.<sup>243</sup> Førstnævnte henviser til de problemer der er for EU-lovgiver ved at udfærdige en kontrakt. Som det ses i kapitel 2 definere EU-lovgiver ikke præcist hvornår ordregiver er forpligtet til at påbegynde en undersøgelsesprocedure, hvilket kan give ordregiver anledning til at spekulere i, hvorvidt denne kan udnytte det manglende definitionsbegreb samt den manglende overvågning og på den måde drage fordel heraf som anført under afsnit 4.2.1.1. Som Buckley og Casson påpeger, kan passivitet ligeledes være udtryk for opportunistisk adfærd, såfremt at det er kendt, at dette kan skade modparten (*weak cheating*).<sup>244</sup> Således kan ordregiver skade EU-lovgiver ved passivt at undlade at påbegynde en undersøgelsesprocedure, der ellers burde have været påbegyndt. Ordregiver kan nemlig vælge at udvise opportunistisk adfærd, og på den måde 'vende det blinde øje til' og derfor acceptere et tilbud, som ellers vil kunne frembringe en formodning for, at

---

<sup>243</sup> Williamson, Oliver E., 'The Economic Institutions of Capitalism', The Free Press, New York, 1985, side 47.

<sup>244</sup> Buckley, Peter J.; Casson, Mark, 'The multinational enterprise revisited: The essential Buckley and Casson', Basingstoke; Palgrave Macmillan. 1st edition, 2009, side 44-46.

tilbuddet forekommer at være unormalt lavt. Som analysen i kapitel 3 beskriver, er der dog risici forbundet med at tildele en kontrakt baseret på et unormalt lavt tilbud, hvorfor ordregiver kan risikere at skulle hæve kontrakten, da denne enten mødes med krav om genforhandling af kontraktens pris eller mødes af omkostninger forbundet med det faktum, at kontrakten endnu engang skal sendes i udbud.

#### 4.3.4 Fasebestemte transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger kan inddeles i tre grupper, som afhænger af hvilken fase en aftale befinder sig i, hhv. informationsomkostninger, forhandlingsomkostninger og håndhævelsesomkostninger.<sup>245</sup> Dette afsnit skal således belyse hvilke transaktionsomkostninger der eksisterer, som følge af bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud.

##### 4.3.4.1 Informationsomkostninger

Informationsomkostninger er også kaldet førforhandlingsomkostninger, og omfatter omkostninger som påløber i arbejdet med at finde ud af, hvilke tilbud der eksisterer. Omkostningerne kan derfor henføres som en *ex ante* omkostning. I relation til bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud, har ordregiver omkostninger forbundet med at undersøge og gennemgå alle de tilbud som den modtager. Informationsomkostningerne er høje, hvis der er tale om en udbudskontrakt som omhandler en *kompleks* vare, tjenesteydelse, byggeri- eller anlægsarbejder, såsom et hospital eller et specialiseret IT-system. Her skal ordregiver bruge ressourcer på at gennemgå tilbudsgivernes priser, samt de kvalitative og kvantitative oplysninger der er forbundet med tilbudsgivernes bud. For ordregiver kan det være vanskeligt at kontrollere, om den tilbudte pris og kontraktens øvrige omstændigheder udgør en risiko for, om der er tale om et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Ved *homogene* varer og tjenesteydelser samt byggeri- og anlægsarbejder er der færre informationsomkostninger forbundet med at undersøge de modtagende tilbud, eftersom at disse produkter har

---

<sup>245</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, 'Rettsøkonomi', Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014, side 130.



lavere kompleksitet, og fordi kundskaben til disse varer og tjenesteydelser generelt er mere åben.<sup>246</sup>

Ligeledes vil informationsomkostningerne være høje, hvis der er tale om modtagende tilbud fra mange tilbudsgivere. I *SECAP*-sagen, som behandlet i kapitel 2, tillod Domstolen, at ordregiver gerne må opstille en automatisk udelukkelse af visse bud, når anvendelse er begrundet i et usædvanligt stort antal bud.<sup>247</sup> Domstolen begrundede tilladelsen af den automatiske udelukkelse med, at antallet af tilbud kan overstige myndighedens administrative kapacitet, hvilket ville kunne bringe projektets gennemførelse i fare.<sup>248</sup> Dette skal tolkes i overensstemmelse med informationsomkostningerne; såfremt informationsomkostningerne forbundet med at identificere unormalt lave bud er så store, at projektets gennemførelse bringes i fare, da kan ordregiver udelukke visse tilbud pr. automatik, dog såfremt de er under udbudsdirektivets tærskelværdier.

#### 4.3.4.2 Forhandlingsomkostninger

En anden faseafhængig transaktionsomkostninger er forhandlingsomkostninger. Ligesom informationsomkostningerne er der her også tale om en *ex ante* omkostning. Disse opstår i forbindelse med at undersøge alle forhold som omhandles i kontrakten, udformningen af kontrakten og forhandlingsmøder.<sup>249</sup> I relation til bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud, er ordregiver *forpligtet* til at anmode om tilbudsgivers dokumentation for tilbuddets sammensætning og efterfølgende føre en dialog med tilbudsgiver omkring denne dokumentation jf. bl.a. *SAG ELV Slovensko*-sagen, som er behandlet i kapitel 2. På den ene side skal tilbudsgiver opretholde omkostninger til at bevise og dokumenterer tilbuddets seriøsitet og stabilitet. På den anden side skal ordregiver opretholde omkostninger ved at gennemgå tilbudsgivers dokumentation, og

---

<sup>246</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, '*Rettsøkonomi*', Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014, side 131.

<sup>247</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP* og Santorso, EU:C:2008:277, præmis 32.

<sup>248</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP* og Santorso, EU:C:2008:277, præmis 32.

<sup>249</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, '*Rettsøkonomi*', Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014, side 130. Forhandlingmøder vil dog kun være mulig ved udbudsprocedurerne udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

skal endvidere vurdere om dette også er holdbart. Det kan vurderes, at ordregivers pligt til at anmode om uddybende dokumentation stemmer overens med retsøkonomien; det er nemlig ønskeligt for begge parter, at den private information gøres åben.<sup>250</sup> Ordregiver kan således ikke blot forkaste et tilbud, uden at tilbudsgiver får mulighed for at bevise tilbuddets holdbarhed. Således risikerer ordregiver ikke at acceptere et risikabelt tilbud, og på samme tid risikerer tilbudsgiver ikke, at sit tilbud forkastes på baggrund af ordregivers vilkårlighed.<sup>251</sup> Man kan endvidere frygte den situation, at tilbudsgiver vælger at trække sig fra konkurrencen, efter at den er blevet anmodet om at redegøre for sine priser. Tilbudsgiver kan have prissat sit bud så lavt, at den vurderer, at en bevisførelse vil være for dyr sammenholdt med chancen for, at udbuddet tildeles dem. Ordregiver, og derigennem EU-samfundet, kan således risikere at gå glip af et ellers konditionsmæssigt tilbud. Denne fase vil medføre de mest omfattende transaktionsomkostninger, eftersom at ordregiver skal anvende ressourcer til at undersøge tilbudsgivers fremsatte dokumentation. For tilbudsgiver vil der også opstå ekstra transaktionsomkostninger ved at skulle dokumentere tilbuddets sammensætning.

#### *4.3.4.3 Håndhævelsesomkostninger*

Den offentlig ordregiver vil efter kontraktens indgåelse bære nogle transaktionsomkostninger ved at kontrollere om kontrakten overholdes, disse omkostninger kan kategoriseres som håndhævelsesomkostninger.<sup>252</sup> Håndhævelsesomkostninger kan også opstå, i det tilfælde at ordregiver accepterer et unormalt lavt tilbud og tilbudsgiver efterfølgende kræver, at kontaktpriisen skal genforhandles.<sup>253</sup> Man kan forestille sig den situation, at tilbudsgiver ikke har forstået ordregivers udbudsmateriale i overensstemmelse med ordregivers forventninger, og derfor må ordregiver anvende ressourcer på at undersøge tilbudsgivers udførelse af kontrakten og eventuelt ressourcer på at forhandle med tilbudsgiver. Håndhævelsesomkostningerne vil

---

<sup>250</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, *'Rettsøkonomi'*, Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014, Rettsøkonomi, side 132.

<sup>251</sup> Muligheden for ordregivers vilkårlige forkastelse af tilbud blev omtalt i sag C-76/81, SA Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics, EU:C:1982:49, præmis 17, som behandlet i kapitel 2.

<sup>252</sup> Eide, Erling og Stavang, Endre, *'Rettsøkonomi'*, Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014, side 129-130.

<sup>253</sup> Se kapitel 3, for ordregivers mulig for ændring af den eksisterende kontrakt.

især være betydelige, hvis det senere viser sig, at ordregiver har accepteret et tilbud som er behæftet med betydelige økonomiske risici. Således kan ordregiver risikere, at tilbudsgiver går konkurs eller at tilbudsgiver hæver kontrakten, hvorefter ordregiver må opretholde nye omkostninger til at finde en ny kontraktpart. Herunder er det risiko for, at ordregiver vil opretholde eventuelle sanktionsomkostninger ved kontraktbrud. Tager man udgangspunkt i, at der er tale om en kompleks vare eller tjenesteydelser, er håndhævelsesomkostningerne højere i forbindelse med at kontrollere det leverede, eftersom sådanne kontroller kræver mere dybdegående og specialiseret undersøgelser.

#### *4.3.4.4 Transaktionsomkostninger i proportionalitetsperspektiv*

Fælles for de ovenstående fasebestemte transaktionsomkostninger er, at de alle kan overføres til EU-samfundet. For det første skal ordregiver vurdere de modtagne tilbud. Dernæst kan ordregiver anmode om tilbudsgivers dokumentation, hvilket er en omkostning som tilbudsgiver skal opretholde. Slutteligt skal ordregiver bruge yderligere ressourcer på at vurdere tilbudsgivers dokumentation. Disse akkumulerede omkostninger er alle omkostninger, som tilbudsgiverne vil tage højde for i sin prissætning af sit tilbud, hvilket vil fordyre tilbuddet pris. Således vil bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud medføre transaktionsomkostninger, som kan overføres til EU-samfundet. På den anden side kan bestemmelsen medvirke til, at ordregiver ikke accepterer tilbud med væsentlig risiko for, at tilbudsgiver ikke kan gennemføre kontrakten,<sup>254</sup> medvirken til konkurrencebegrænsende aftaler<sup>255</sup> eller accept af misbrug af dominerende stilling som ligeledes kan medføre, at tilbud i en udbudsprocedure fordyres.<sup>256</sup> De transaktionsomkostninger som bestemmelsen medfører skal derfor opveje de omkostninger som ellers ville opstå, såfremt bestemmelsen ikke eksisterede. Det er yderst vanskeligt at opstille en konkret model til at påvise, hvorvidt bestemmelsens transaktionsomkostninger kan retfærdiggøres eller ej, eftersom at dette afhænger af en lang række af betingelser, herunder ordregivers undersøgelses-effektivitet, tilbudsgivers evner til at fuldbyrde kontrakten, muligheden for kartellers dannelse osv. Én ting er dog sikkert - transaktionsomkostningerne skal være

---

<sup>254</sup> Behandlet i afsnit 3.1.4.1.

<sup>255</sup> Artikel 101 TEUF som behandlet i afsnit 5.1 samt afsnit 5.3.

<sup>256</sup> Artikel 102, som dog ikke behandles i denne afhandling jf. afsnit 1.3.

proportionale i forhold til de omkostninger som EU-samfundet ellers ville opleve. En god screening i *ex ante*-fasen, altså inden kontraktindgåelse, vil ligeledes større sandsynlighed for færre *ex post*-transaktionsomkostninger.

#### 4.4 Unormalt lave tilbud i et kontraktøkonomisk perspektiv

I dette afsnit opstilles der to forskellige spilmatrix. Den første matrix skal belyse ordregivers opportunistiske profitmaksimerende adfærd, og vil således tage udgangspunkt i, at ordregiver acceptere det laveste bud, uden at have påbegyndt en undersøgelsesprocedure. Derefter vil næste spil tage udgangspunkt i, at belyse samfundsøkonomien i forhold til de transaktionsomkostninger der er forbundet med at undersøge et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

##### 4.4.1 Spil 1

TG/OG	Accept af TULT	Undersøgelsesprocedure
Aggressivt tilbud	-7 , -10	-1 , -7
Realistisk lavt tilbud	10 , 0	7 , -5

**Spil 1.** Egen fremstilling. TG = Tilbudsgiver. OG = Ordregiver. TULT = Tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

Tilbudsgiver har strategierne ‘Aggressivt tilbud’ og ‘Realistisk lavt tilbud’, hvilket skal forstås således at tilbudsgiver kan vælge at tilbyde en aggressiv pris og på samme risikere at gå konkurs. Ligeledes kan tilbudsgiver tilbyde en realistisk (lav) pris, uden at risikere at gå konkurs.

Ordregiver har strategierne ‘Accept af TULT’ og ‘Undersøgelsesprocedure’, hvilket skal forstås således, at ordregiver accepterer et tilsyneladende unormalt lavt tilbud uden at undersøge dette. Ligeledes kan ordregiver vælge at påbegynde en undersøgelsesprocedure af det modtagne tilbud.

Værdierne i spilmatrixen er udtryk for tilbudsgivers fortjeneste samt ordregivers transaktionsomkostninger. Aflæses spilmatrixen kan man se, at tilbudsgivers realistiske lave tilbud (Realistisk lavt tilbud), samt ordregivers accept af tilsyneladende unormalt lavt tilbud (Accept af TULT) vil give den samlede laveste omkostning (10, 0) hvilket ligeledes udgør spillets Nash-ligevægt.<sup>257</sup>

Såfremt strategierne 'Aggressivt tilbud' og 'Accept af TULT' blev valgt, ville tilbudsgiver risikere at gå konkurs (-7), samt at ordregiver ville risikere at skulle ud og finde en ny kontraktspart, hvilket ville fordyre projektet (-10). Ville strategierne 'Aggressivt tilbud' og 'Undersøglesprocedure' derimod blive valgt, ville tilbudsgivers bud blive forkastet (-1) samtidig med, at ordregiver ville skulle opretholde transaktionsomkostninger til undersøgelsesproceduren samt evt. endnu en undersøgelsesprocedure (-7). Vælges strategierne 'Realistisk lavt tilbud' samt 'Undersøglesprocedure', da vil tilbudsgiver vinde udbuddet, men have en omkostning til at dokumentere tilbuddets sammensætning (7). Ligeledes vil ordregiver igen skulle opretholde transaktionsomkostninger til undersøgelsesproceduren, men kan efterfølgende acceptere tilbuddet (-5).

Ovenforstående spil har illustreret, at når ordregiver er opportunistisk og er optaget af at sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, så vil ordregiver opnå det bedste tilbud uden transaktionsomkostninger til at afholde en undersøgelsesprocedure, *såfremt* tilbudsgiver indgiver et realistisk lavt tilbud. Sådan et spil er dog forbundet med risici, eftersom at der i virkelighedens verden ikke er fuldkommen information, hvorfor ordregiver ikke kan observere hvilken strategi som tilbudsgiver udøver. I kapitel 3 blev det med Pihl & Søn illustreret, at tilbudsgiver kan være ledet af at indgive et aggressivt tilbud, fordi denne spekulerer i at genererer et overskud, på trods af at dette er begrænset.

---

<sup>257</sup> Nash-ligevægt er den ligevægt der findes i et spil med to spillere. Hvis ingen af spillerne ønsker at ændre strategi, efter at have observeret den anden spillers valg, udgør disse valg af strategier en Nash-ligevægt jf. Dutta, Prajit K., 'Strategies and Games : Theory and Practice', The MIT Press, 1999, side 63-65.

Fordi ordregiver vælger en adfærd, der forekommer ham rationel, vil ordregiver vælge den strategi der har de færreste transaktionsomkostninger. Dog er ordregivers rationelle valg subjektivt, hvorfor dette valg ikke nødvendigvis er det mest optimale. Ordregiver kan i ovenstående spil ikke se tilbudsgivers valg af strategi, hvorfor ordregiver ikke kan tage højde for de *ex post* situationer der kan opstå.

Ovenforstående spil har taget udgangspunkt i ordregivers profitmaksimerende adfærd, næste spil vil tage udgangspunkt i ordregivers velfærdsmaksimerende adfærd.

#### 4.4.2 Spil 2

For at anskue hvorvidt bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud er med til at påvirke samfundsøkonomien, kan dette analyseres ved at opstille nedenstående spilmatrix. Det opstillede spil agter at påvise aggregerede ordregiveres omkostninger i forbindelse med et udbud, og om disse er efficiente. Aggregerede ordregivere skal forstås således, at der er tale om alle ordregivere i EU og herved disses fælles omkostninger. Nedenstående spilmatrix anvendes til at påvise disse omkostninger. Spillerne er hhv. de aggregerede ordregivere og EU-lovgiver.

OG/EU	Lovgivning	Ingen lovgivning
Aktiv anvendelse	-8 , -8	-8 , -9
Passiv anvendelse	-10 , -10	-13 , - 13

**Spil 2.** Egen fremstilling. OG = Ordregiver. EU = EU-lovgiver/EU-samfund.

---

De aggregerede ordregivere har strategierne ‘Aktiv anvendelse’ og ‘Passiv anvendelse’. ‘Aktiv anvendelse’ angiver de aggregerede ordregivers aktive anvendelse af bestemmelsen, hvorved ordregiver aktivt påbegynder en undersøgelsesprocedure, såfremt et tilbud forekommer unormalt lavt. ‘Passiv anvendelse’ angiver de aggregerede ordregivers passive anvendelse af bestemmelsen; altså at bestemmelsen enten ikke anvendes eller ikke anvendes korrekt, fordi ordregiver udviser opportunistisk adfærd og

derfor udnytter bestemmelsens uklarheder. Opportunistisk adfærd kan udvises på baggrund af *Moral Hazard*, eftersom at ordregiver har mere information end EU-lovgiver, hvorfor ordregiver kan vælge ikke at påbegynde en ellers nødvendig undersøgelsesprocedure.<sup>258</sup>

EU-lovgiver har strategierne 'Lovgivning' og 'Ingen lovgivning', som skal forstås således at EU-lovgiver indfører bestemmelsen om unormalt lavt tilbud ved 'Lovgivning' og ved 'Ingen lovgivning' indføres bestemmelsen ikke.

Værdierne i ovenstående spilmatrix (Spil 2) er udtryk for omkostninger. Jo lavere værdien er, jo lavere er omkostningerne til det samlede udbud og vice versa. Aflæses spilmatrixen kan man se, at de aggregerede ordregivers korrekte anvendelse af bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud (Aktiv anvendelse), samt EU's beslutning om at lovgive på dette område (Lovgivning) vil give den samlede laveste omkostning (-8, -8) hvilket udgør spillets Nash-ligevægt. Når parterne nyttemaksimerer vil de altid vælge den strategi, som maksimerer egen nytte og er således ikke påvirket af hvad den anden part får ud af transaktionen. Nash-ligevægten i dette spil er både Pareto-optimalt<sup>259</sup> og Kaldor Hicks-efficient,<sup>260</sup> eftersom at ingen part kan stilles bedre uden at det går udover den anden part, og ligeledes er ligevægten udtryk for den samlede laveste omkostning for samfundet, hvorfor dette *pay-off* er det bedste.

Såfremt de aggregerede myndigheder vælger strategien 'Aktiv anvendelse' og EU-lovgiver vælger strategien 'Ingen lovgivning', da vil ordregiverne opnå samme omkostningsniveau (-8) som hvis EU valgte strategien 'Lovgiv'. EU vil derimod ikke opnå helt det samme lave omkostningsniveau (-9), eftersom det antages, at ikke alle ordregivere vil vælge at påbegynde en undersøgelsesprocedure, såfremt et tilbud fremkommer tilsyneladende unormalt lavt. På samfunds niveau vil EU derfor ikke opnå den mest optimale ressourceallokering, eftersom at det er op til den enkelte ordregiver at

---

<sup>258</sup> Dette er behandlet i kapitel 4.

<sup>259</sup> En ligevægt er Pareto-efficient, når der ikke er muligt at øge den enes parts velfærd uden, at den andens parts velfærd forringes jf. Hendrikse, George, 'Economics and Management of Organizations: Coordination, Motivation and Strategy', McGraw-Hill Education, 2003, side 24.

<sup>260</sup> En ligevægt er Kaldor Hicks-efficient når der ikke er muligt at opnå en højere samlet velfærd, jf. Pacces, Alessio M. og Visscher, Louis, 'Methodology of Law and Economics', SSRN, 2011, afsnit 2.4.

vurdere, hvorvidt den ønsker at påbegynde en undersøgelsesprocedure, eftersom at EU-lovgiver ikke har indført lovgivning der kræver sådan en undersøgelse.

Hvis de aggregerede ordregivende myndigheder på den anden side vælger strategien 'Passiv anvendelse' og EU-lovgiver samtidig vælger 'Lovgivning', da kan ordregiver udvise *Moral Hazard*, og derfor være tilbøjelig til at udvise profitmaksimerende adfærd og derfor undlade at påbegynde en undersøgelsesprocedure og blot vælge laveste tilbud. Problemet vil her være, at ordregiver kan risikere at acceptere et uholdbart tilbud, som kan medføre *ex post* omkostninger, jf. kapitel 3, hvorfor de aggregerede ordregivere samlet set vil opnå højere omkostninger (-10). Ligeledes vil EU-samfundet få en tilsvarende omkostning (-10), eftersom at de aggregerede ordregivere kun i et vist omfang anvender bestemmelsen korrekt, hvorfor sandsynligheden for at acceptere et tilbud med økonomiske risici øges, hvilket ville kunne have været undgået eller reduceret ved en korrekt anvendelse.

Sidste mulige udfald er hvor EU-lovgiver vælger strategien 'Ingen lovgivning', samtidig med at de aggregerede ordregivere vælger strategien 'Passiv anvendelse'. De aggregerede ordregivere og EU-samfundet vil ved valg af disse strategier opleve de højeste omkostninger (-13). Således har EU ikke indført en bestemmelse, der forpligter ordregiver til at forholde sig til de modtagne tilbud. Ligeledes vælger ordregiver ikke på egen hånd at undersøge et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. De store omkostninger skyldes, at de aggregerede ordregivere kan risikere at acceptere et tilbud som er forbundet med økonomisk risici eller et tilbud som er fremkommet på baggrund af tilbudsgivers konkurrencefordrejende adfærd. EU-lovgiver vil få tilsvarende høje omkostninger, eftersom at de samlede samfundsressourcer ikke bliver allokeret optimalt.

I ovenstående afsnit om transaktionsomkostninger blev det klargjort, at der findes fasebestemte transaktionsomkostninger, som kan være omkostningsfulde for ordregiver i forbindelse med at undersøge tilbudsgivers bud. På trods af disse transaktionsomkostninger har nærværende kontraktøkonomiske test bevist, at disse omkostninger godt kan betale sig på EU-niveau, eftersom at risikoen for at økonomiske risici



reduceres samtidig med, at ordregiver ikke er medvirkende til at tillade et kartels prissættelse, og dermed opnår samfundet en optimal tilstand.

## 4.5 Delkonklusion

Nærværende kapitel har, ved hjælp af principal-agent teorien, vist at ordregiver kan udnytte *Moral Hazard* og derved udvise opportunistisk adfærd til at fremme sin nytte. Den opportunistiske adfærd er forsøgt imødekommet af EU-lovgiver, ved at kræve, at ordregiver *skal* anmode om tilbudsgivers dokumentation, inden et bud forkastes. Dog har denne overvågning dog en begrænset virkning. Ej heller regler og sanktioner kan påvirke ordregivers opportunistiske adfærd på en tilfredsstillende måde, eftersom at der er tale om et bredt spektrum af udbudskontrakter, hvorved sanktioner kan ramme skævt jf. Kommissionen og *SECAP*-sagen som behandlet ovenfor. Ej heller incitamenter vil kunne påvirke ordregiver, eftersom at dette redskab ikke er praktisk muligt at anvende i denne afhandlings sammenhæng. Som det blev påvist kan den asymmetriske information lede til *Adverse Selection* og *Moral Hazard* som kan forårsage en samfundsøkonomisk forringelse, eftersom agenten ikke handler efter principalens ønsker. Generelt kan det siges, at EU-samfundet ønsker så lave transaktionsomkostninger som muligt. Transaktionsomkostningsteorien har dog vist, at bestemmelsen om unormalt lave tilbud vil medføre øget transaktionsomkostninger. Eftersom at ordregiver er begrænset rationel, vil denne foretage handlinger som forekommer ham rationel, dog uden at dette nødvendigvis er det mest optimale. Spilmatrix 1 har bevist ordregivers begrænsede rationelle valg, hvorimod spilmatrix 2 har bevist, at både EU-samfundet og ordregiver vil opnå den mest effiente tilstand, såfremt ordregiver anvender bestemmelsen korrekt. Transaktionsomkostningerne i forbindelse med ordregivers undersøgelsesprocedure er derfor proportionale, eftersom at disse kompenserer for de *ex post* omkostninger der kan opstå i et kontraktsforhold.

# Kapitel 5

## 5.1 Konkurrencebegrænsende aftaler og samfundsøkonomiske konsekvenser

### 5.1.1 Indledning

I kapitel 2 blev det fastslået, at bestemmelsen om unormalt lave tilbud er uklar. Kapitel 3 identificerede de mulige grunde til, hvorfor ordregiver kan ønske at acceptere eller forkaste til tilbud, samt at ordregiver kan udvise profitmaksimerende adfærd. Kapitel 4 slog fast, at ordregiver kan udnytte den uklare bestemmelse, og derfor forfølge egne mål, der forekommer ham rationelt, på trods af det dette ikke umiddelbart er optimalt. Dette kapitel vil således undersøge, om udbudsretten og konkurrenceretten kan overlape hinanden. Dernæst vil kapitlet anskue hvorledes konkurrencefordrejende aftaler kan påvirkes af artikel 69, herunder hvilke samfundsøkonomiske konsekvenser dette kan medføre.

## 5.2. Konkurrenceretten

En stærk og effektiv konkurrencepolitik i EU har altid været en hjørnesten i det europæiske projekt, og sørger for, at markederne er effektive og åbne.<sup>261</sup> For de europæiske forbrugere betyder dette bedre markedsvilkår, såsom lavere priser, produkter og tjenesteydelser af bedre kvalitet og flere valgmuligheder,<sup>262</sup> samt herunder at fremme en optimal ressourceallokering.<sup>263</sup> EU-konkurrencereglerne er hjemlet i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og kan overordnet set opdeles i tre dele, hvor den første del, dvs. artiklerne 101-106 TEUF, omhandler bestemmelser, som forbyder visse former for adfærd, som kan fordreje konkurrencen. Formålet med konkurrencereglerne er at sikre, at konkurrence på det indre marked ikke

---

<sup>261</sup> COM(2016)393 final, side 2.

<sup>262</sup> Ibid., side 2.

<sup>263</sup> SEK(2001)694 endelig, side 8.

fordrejes,<sup>264</sup> hvilket EU-Domstolen i en række domme har henvist til.<sup>265</sup> I forbindelse med besvarelse af afhandlingens problemstilling, findes artikel 101 TEUF relevant for at anskueliggøre den samfundsøkonomiske konsekvens ordregivers accept af et unormalt lavt tilbud fra et kartel kan lede til.<sup>266</sup>

Artikel 101 TEUF omhandler forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder (karteldannelse). Ifølge formuleringen af artikel 101 TEUF er konkurrencereglerne adresseret (private) virksomheder og skal hindre at disse opbygger barrierer som hindre den fri bevægelighed.<sup>267</sup> Efter et konkurrenceretligt synspunkt omfavner virksomhedsbegrebet alle enheder, som udøver en økonomisk aktivitet, dette er uanset dens retlige status og finansieringsmåde.<sup>268</sup> Begrebet økonomisk aktivitet indeholder at levere varer og tjenesteydelser til på et marked.<sup>269</sup> Når en økonomisk aktør deltager i et udbud om levering af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejde til en ordregivende myndighed, vil deltagelsen i udbuddet kunne karakteriseres som en økonomisk aktivitet i konkurrenceretlig forstand.<sup>270</sup> Hvorvidt ordregivende myndigheder kan være underlagt konkurrencereglerne har været genstand til prøvelse i forskellige EU-Domme.<sup>271</sup> Ifølge retspraksis er retstilstanden, at ordregiver i forbindelse med offentligt udbud og indkøbsadfærd kun er omfattet af konkurrencereglerne, hvis den efterfølgende benyttelse af det indkøbte udgør en økonomisk aktivitet. Det kan således skabe undren, hvorfor ordregiver skal sikre den effektive konkurrence, såfremt

---

<sup>264</sup> Protokol nr. 27 om det indre marked og konkurrence. Protokollerne er bindende, jf. TEU artikel 51.

<sup>265</sup> Dette ses eksempelvis i sag 27/76, United Brands Company mod Kommissionen, EU:C:1978:22, præmis 183, samt sag C-85/76, Hoffmann-LaRoche mod Kommissionen, EU:C:1979:36, præmis 38.

<sup>266</sup> Udover artikel 101, indeholder konkurrenceretten ligeledes forbud mod misbrug af dominerende stilling samt diverse fusion - og gruppefritagelsesforordninger mv. Se i øvrigt kapitel 1 angående afhandlingens afgrænsning.

<sup>267</sup> Fejø, Jens og Ølykke, Grith Skovgaard, 'EU-konkurrenceret', 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014, side 21.

<sup>268</sup> Sag C-41/90, Kaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH, EU:C:1991:161, præmis 21.

<sup>269</sup> Sag C-118/85, Kommissionen mod Italien, EU:C:1987:283, præmis 7.

<sup>270</sup> Ølykke, Skovgaard Grith, 'Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers', DJØF Publishing Copenhagen, 2010, side 107-109.

<sup>271</sup> Sag C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mod Kommissionen, EU:C:2006:453, samt sag C-113/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen, EU:C:2009:191.

retstilstanden er således, at offentlige indkøbere ikke er underlagt konkurrenceregler fuldt ud.<sup>272</sup>

Ud fra ovenforstående kan det konkluderes at konkurrencereglerne regulerer de økonomiske aktørers adfærd i forbindelse med et offentligt udbud.<sup>273</sup>

### 5.2.1 Samspillet mellem udbudsretten og konkurrenceretten

Samspillet mellem udbudsretten og konkurrenceretten, er ud fra et en udbudsretlig synsvinkel relevant og interessant i og med, at reglerne kan overlape i løbet af en udbudsprocedure. Ved fortolkningen af udbudsreglerne kan der endvidere opstå spørgsmål om overtrædelse af konkurrenceretten's regler. Samspillet mellem regelsættene er især interessant, såfremt den offentlige ordregiver har et profitmaksimerende ærinde i forhold til udbuddet.

Ud fra det ovenforstående afsnit kan det konstateres, at formålet med henholdsvis EU's udbudsregler og konkurrenceregler er forskellige. Formålsfortolkning af udbudsdirektivet har vist, at målet med direktivet er at sikre fair og åben konkurrence, hvorved private aktører får mulighed for at opnå fordele af det indre marked, samtidig med, at offentlige ordregiver opnår konkurrencedygtige bud.<sup>274</sup> Derimod skal konkurrencereglerne modarbejde tilbudsgivers adfærd, som kan fordreje konkurrencen på markedet.<sup>275</sup> Dog har reglerne for udbudsretten og konkurrenceretten det til fælles, at et af deres overordnede formål er at skabe en effektive konkurrence på det indre marked.

I Grønbogen, som tidligere nævnt, var forløberen til forslaget til det gældende udbudsdirektivet, anvendte Kommissionen en mere konkurrenceretlig retorik, end hvad tidligere var brugt i udbudsretlig sammenhæng. Denne retorik kan opfattes, som om

---

<sup>272</sup> Dette spørgsmål kræver en særskilt analyse, som denne afhandling ikke vil varetage. Man kan i den forbindelse stille spørgsmålstegn ved, om de ordregivende myndigheder er de rette til at sikre den effektive konkurrence, og om dette ikke udelukkende burde være konkurrencemyndighedernes pligt.

<sup>273</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 866.

<sup>274</sup> Se kapitel 2, afsnit 2.2.

<sup>275</sup> Se afsnit 5.2.

Kommissionen er bevidst om de udfordringer, der er med udbudsrettens og konkurrencerettens komplementaritet.<sup>276</sup> Grønbogen nævner tre adfærdsformer, som kan fordreje konkurrencen på markedet:

1. Den ordregivende myndigheds tilrettelæggelse af udbuddet på en måde, som begrænser antallet af deltagere, som begrænser konkurrencen.
2. Den offentlige ordregivers udnyttelse af sin købermagt.
3. Tilbudsgivernes konkurrencebegrænsende adfærd.

Forbud mod den førstnævnte adfærdsnorm er reguleret i udbudsdirektivet,<sup>277</sup> og de næste adfærdsnormer hører principielt under konkurrencerettens anvendelsesområde.<sup>278</sup>

Sondringen mellem disse to regelsæt er, i nogle tilfælde, ikke klar, hvilket eksempelvis fremgår af *SECAP*-sagen.<sup>279</sup> I sagen, hvor en automatisk udelukkelse af et unormalt lavt tilbud fandt sted, blev dette anset som værende i uoverensstemmelse med TEUF's grundlæggende regler om fri bevægelighed. Domstolen begrunde dette med, at den offentlige ordregiver ikke ville være i stand til at vurdere de fremsatte tilbud efter de vilkår, som eksisterer under effektiv konkurrence, samt det at tilbudsgiverne havde mulighed for at indgå hemmelige prisaftaler (priskoordinering).<sup>280</sup> I sagen uddyber Domstolen dog ikke, hvad der menes med effektiv konkurrence, herunder om det var efter udbudsreglernes sigte, at forbyde ordregivers favorisering af en tilbudsgiver - eller om det var efter konkurrencereglerne sigte, at forbyde tilbudsgivers konkurrencefordrejende adfærd. Sagen viser, så er sondringen mellem regelsættene ikke altid er klart adskilt og disse kan overlappe og påvirke hinanden.<sup>281</sup>

---

<sup>276</sup> KOM(2011) 15 endelig, 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb', side 31-33.

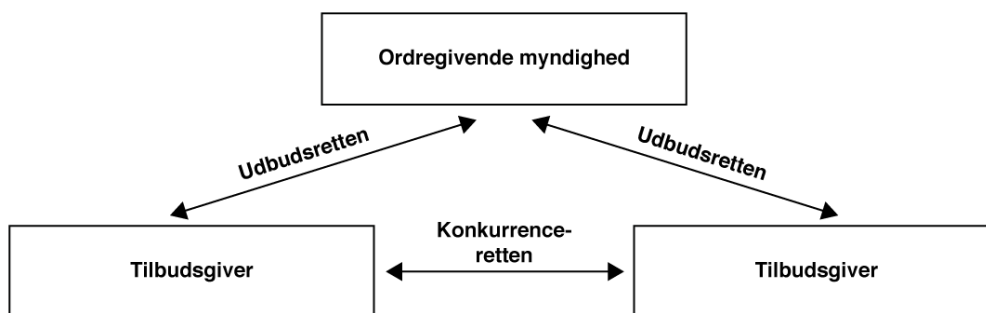
<sup>277</sup> Forbud mod denne adfærdsnorm er bla. reguleret i artikel 18, stk. 1, andet led, artikel 40 og 41.

<sup>278</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 878.

<sup>279</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP og Santorso*, EU:C:2008:277, som behandlet i kapitel 2, afsnit 2.1.3.8

<sup>280</sup> Forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP og Santorso*, EU:C:2008:277, præmis 27 og 29.

<sup>281</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, fremsat den 27. november 2007, af forenede sager C-147/06 og C-148/06, *SECAP og Santorso*, EU:C:2008:277, præmis 34, 44-46 og 52. Domstolens afgørelse af sagen (C-147-148/06), præmis 25, 27 og 28.



**Figur 3.** Egen tilvirkning.

### 5.2.2 Konkurrencebegrænsende aftaler (Karteldannelse)

Nærværende afsnit vil således anfægte den mulighed, at ordregiver, på baggrund af det ovenstående, kan risikere at acceptere tilbud som er fremkommet på baggrund af en karteldannelse. Afsnittet vil således først analysere konkurrencefordrejende aftaler og hvordan dette skal ses i forhold til unormalt lavt tilbud.

Konkurrencebegrænsende aftaler mellem økonomiske aktører på et marked, hvor de udgør et kartel er velkendt inden for udbudsretten. Kommissionen har anerkendt dette problem, og fastslår at antallet af overtrædelser af konkurrencereglerne ved offentlige udbud er langt fra marginal.<sup>282</sup> Samtidig fastslår Kommissionen, at offentlige myndigheder ofte handler på markeder med konkurrencebegrænsende markedsstrukturer, hvor det kan være svært for den offentlige ordregiver at opnå formålet med udbudsreglerne.<sup>283</sup> Dette ses bl.a. ved anskaffelse af affald, hvor markedet i mange medlemsstater domineres af en eller nogle få store aktører, hvilket kan sidestilles med et oligopol.<sup>284</sup> Derudover er bygge- og anlægssektoren, specielt ved større infrastrukturprojekter, oligopolistisk og udsat for karteldannelser.<sup>285</sup> Dette ses

<sup>282</sup> KOM(2011) 15 endelig, 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb', side 33.

<sup>283</sup> Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, KOM(2011) 15 endelig, side 31.

<sup>284</sup> Ibid., side 31, fodnote 66.

<sup>285</sup> Ibid., side 31, fodnote 66.

også i andre markeder, f.eks. i markedet for it-forsyning, elektricitet og for visse posttjenester.<sup>286</sup>

Karteldannelse forekommer oftest, hvor markedet er kendetegnet som et oligopol, hvor virksomhederne kunstigt forsøger at styrke deres position på markedet for at kunne opnå højere priser. Karteldannelser opdages ofte ved høje priser, hvor den ordregivende myndighed kan komme til at betale for meget, hvis de økonomiske aktører har indgået en kartelaftale.<sup>287</sup> De høje priser skyldes en kunstig skabt markedsmagt, men i forhold til unormalt lave tilbud i udbudsretten vil denne sammenhæng være svær at se.

Ud fra et udbuds- og konkurrenceretligt perspektiv, under den antagelse, at karteldannelse er til stede, antages det at unormalt lave tilbud kan forekomme i tre forskellige situationer:

1. Første situation forekommer hvor en tilbudsgiver, uden for kartellet, afgiver et konkurrencedygtigt tilbud. Eksempelvis hvor en tilbudsgiver fra en anden medlemsstat vil ind på et nyt marked.<sup>288</sup>
2. Anden situation forekommer hvor en tilbudsgiver afgiver et konkurrencedygtigt tilbud, som ikke er i overensstemmelse med kartelaftalen.<sup>289</sup>
3. Tredje situation forekommer hvor en karteldeltagende tilbudsgiver afgiver et tilbud, som er konkurrencefordrejende, med blik på at straffe tidligere karteldeltagere for at have brudt kartelaftalen.<sup>290</sup>

---

<sup>286</sup> Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, KOM(2011) 15 endelig, side 31.

<sup>287</sup> Ølykke, Grith S. og Nielsen, Ruth, 'EU's udbudsregler - i dansk kontekst', 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017, side 868.

<sup>288</sup> Ølykke, 2012 'How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law Be Addressed in the New Directive?' i Ølykke, Grith Skovgaard, Carina Risvig Hansen og Christina D. Tvarnø, (red.): EU Public Procurement Directives – Modernisation, Growth & Innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2012, side 71.

<sup>289</sup> Denne situation ses også i Gupta, Srabana, 'The Effect of Bid Rigging on Prices: A Study of the Highway Construction Industry' i Review of Industrial Organization, udgave 19, Kluwer Academic Publishers, 2001, side 453-457.

<sup>290</sup> Ølykke, 2012 'How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law Be Addressed in the New Directive?' i Ølykke, Grith Skovgaard, Carina Risvig Hansen og Christina D. Tvarnø, (red.): EU Public Procurement Directives – Modernisation, Growth & Innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2012, side 71.

Afhængigt af, hvordan den offentlige ordregiver reagerer i de tre ovenfor nævnte situationer, hvor unormalt lave tilbud kan forekomme i et udbuds- og konkurrenceretligt perspektiv, kan den offentlige ordregiver være med til at styrke eller nedbryde kartellet, og dermed begrænse eller styrke konkurrencen på markedet. Udbudsdirektivets artikel 69 har til hensigt at regulere de to første ovenfor nævnte situationer.<sup>291</sup> Hvis den offentlige ordregiver i disse to situationer anser et afgivet tilbud som værende unormalt lavt, og dermed udelukker det fra udbudsproceduren, vil dette være med til at styrke kartellet og begrænse konkurrencen.<sup>292</sup> Hvis ordregiver derimod ikke vælger at anse budet som unormalt lavt, vil dette være med til at nedbryde kartellet og styrker således konkurrencen på markedet. Vedrørende den tredje og sidste situation, vil konsekvensen være det modsatte af de første to situationer. Kartellet vil ønske at afgive et unormalt lavt tilbud (et underbud) med formål om at straffe tilbudsgivere, som afviger fra kartelaftalen, eller at afskrække nye aktører fra at indtræde på markedet. Hvis ordregiver ikke udelukker dette tilbud, vil kartellet styrkes og dermed cementere sin position og muligvis få flere aktører til at deltage i kartelaftalen. Såfremt tilbuddet var undersøgt af ordregiver, ville budet blive forkastet, og kartellets eksistens ville være truet.<sup>293</sup>

Følgende afsnit vil således analysere den samfundsøkonomiske tilstand, såfremt ordregiver accepterer kartellets tilbud.

### **5.3 Økonomiske samfundsmæssige konsekvenser**

Dette kapitel anvendes til at analysere hvilke økonomiske samfundsmæssige konsekvenser det vil have, såfremt den ordregivende myndighed udviser opportunistisk adfærd, og på den måde udnytter den ufuldstændige kontrakt som bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud udgør. Som det blev påvist i kapitel 4, er det muligt for ordregiver at acceptere tilbud, der burde have været genstand for en

---

<sup>291</sup> jf. afsnit 2.1

<sup>292</sup> Jf. de identificerede grunde som omtalt i kapitel 3.

<sup>293</sup> Ølykke, 2012 'How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law Be Addressed in the New Directive?' i Ølykke, Grith Skovgaard, Carina Risvig Hansen og Christina D. Tvarnø, (red.): EU Public Procurement Directives – Modernisation, Growth & Innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives, Jurist - og økonomiforbundets forlag, 2012, side 71-72.



undersøgelsesprocedure. Dette kapitel skal således påvise konsekvenserne ved, at ordregiver støtter en adfærd, der potentielt kan fordreje konkurrencen som omtalt ovenfor.

I den følgende analyse tages der udgangspunkt i, at tilbudsgiver prissætter sit tilbud unormalt lavt i overensstemmelse med andre tilbudsgivere, for på den måde udelukker visse spillere fra markedet. Tilbudsgivers adfærd er mulig, eftersom at ordregiver tillader denne adfærd, da informationsasymmetri mellem EU-lovgiver og ordregiver tillader ordregiver til at acceptere unormalt lave tilbud. Den samordnede prissættelse er defineret som et kartel.

### 5.3.1 Monopolistiske tilstande

Som det blev påvist ovenfor, vil kartelaftaler typisk opstå i et marked, som er kendetegnet af et oligopol. Karteller omhandler som sagt virksomheder som koordinere sin adfærd. Forskellige økonomiske forfattere argumenterer for, at disse virksomheder kan opnå monopolprofit, eller en profit der minder om en monopolists,<sup>294</sup> efter som at de karteldeltagende virksomheder koordinerer priser og output for at maksimere deres *samlede* profit.<sup>295</sup> Det er derfor relevant at forstå teorien bag monopol i forhold til at kunne forstå teorien bag karteller, og for på den måde at analysere hvilke økonomiske konsekvenser monopolistisk prisdannelse har på samfundet.<sup>296</sup>

Under monopol forsøger monopolisten, her de karteldeltagende aktører, at opretholde overnormal profit på lang sigt. Dette er i kontrast til fuldkommen konkurrence, eftersom at priserne i sådan en situation er lig med de marginale omkostninger (*MC*) hvilket giver de økonomiske aktører en profit på 0. En monopolist vil sætte sin mængde af varer (*Q*) og prisen herfor (*P*) efter eget valg for at profitmaksimere. Fordi monopolisten ikke er forstyrret af andre økonomiske aktører, vil denne sætte  $Q_M$  hvor det marginale overskud

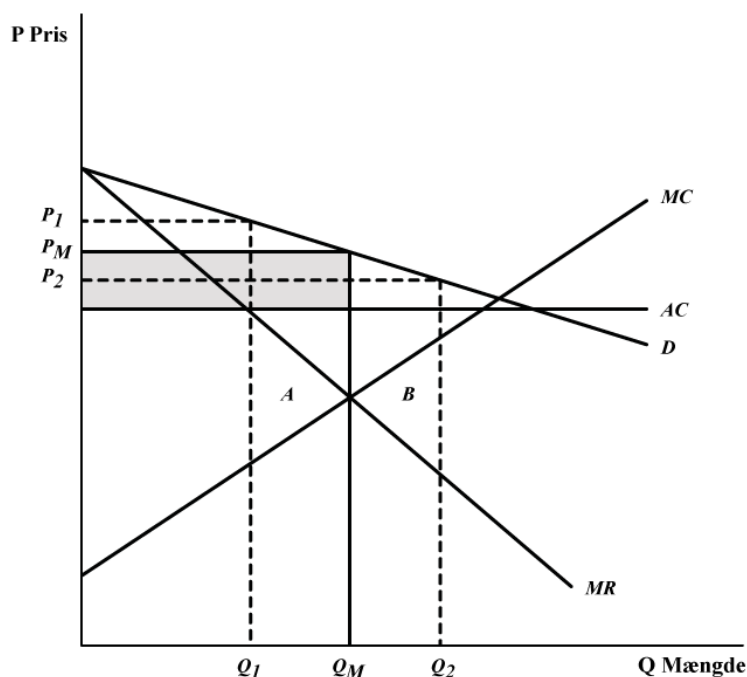
---

<sup>294</sup> Stigler, George J., 'A Theory of Oligopoly - The Journal of Political Economy', volume 72, issue 1, s. 41-61', 1964, side 44.

<sup>295</sup> Perloff, Jeffrey M., 'Microeconomics Global edition', Pearson Education M.U.A., 2015, side 447, samt Utton, Michael A., 'Cartels and Economic Collusion', Edward Elgar M.U.A., 2011, side 65.

<sup>296</sup> Lipczynski, J., Wilson, J. and Goddard, J., 'Industrial organization : competition, strategy, policy' Harlow: FT/Prentice Hal, 13. udgave, 2009

( $MR$ ) skærer de marginale omkostninger ( $MC$ ), hvilket ses i figur 4.<sup>297</sup> Hvis mængden øges til  $Q_2$  vil dette reducere den samlede profit for monopolisten, eftersom at prisen for alle solgte enheder vil falde til  $P_2$ , hvilket kan aflæses af trekant B i figur 4. Hvis mængden omvendt reduceres til  $Q_1$  vil den samlede pris ligeledes reduceres for monopolisten, eftersom at prisen vil stige til  $P_1$  og derefter reducere den samlede profit. Dette kan aflæses af trekant A i figur 4.



**Figur 4.** Egen tilvirkning. Kilde: Pindyck, Robert S. og Rubinfeld, Daniel L. *'Microeconomics'* 8. udgave, 2015, side 369.

Den profit som monopolisten vil generere, altså *producer surplus*, er lig med det skraverede område, hvilket svarer til den overnormale profit, i forhold til fuldkommen konkurrence.

<sup>297</sup> Pindyck, Robert S. og Rubinfeld, Daniel L. *'Microeconomics'* 8. udgave, 2015, side 369.

### 5.3.2 Monopol kontra fuldkommen konkurrence

For at redegøre for de økonomiske samfundsmæssige konsekvenser er det relevant at anskue, hvorvidt et oligopols monopollignende adfærd har indflyelse på prisdannelsen. I den ideelle verden vil prisdannelsen på markedet være underlagt fuldkommen konkurrencen, eftersom at ingen økonomiske aktører alene kan påvirke varernes pris på markedet.<sup>298</sup> Tilstanden er optimal for EU-samfundet som helhed, fordi de økonomiske aktører på langt sigt ikke vil tjene nogen overnormal profit, men vil kun tjene en almindelig profit. Dette skyldes, at de økonomiske aktører agerer uafhængigt af hinanden og søger derved at maksimere egen profit, hvilket kan sidestilles med, at der ingen konkurrencefordrejning finder sted på markedet. Markedet vil derfor være efficient, eller Pareto-optimalt, hvilket sidestilles med samfundsøkonomisk effektivitet. Fuldkommen konkurrence er dog ikke opnåelig i den virkelige verden.

For det første er betingelsen for fuldkommen konkurrence, at der er tale om homogene varer. Man kan sagtens forestille sig udbudssituationer, hvor det som ordregiver efterspørger er en homogen vare. Dette er dog langt fra altid tilfældet, eftersom at ordregiver også udbyder vare, tjensteydelser samt byggeri- og anlægsopgaver såsom hospitaler, folkeskoler og ældrepleje som ikke er kan sidestilles med homogene og ensartede produkter eller tjensteydelser.

Den anden betingelse er, at der ingen adgangs- og udgangsbarriere er ved at indtræde på markedet. Dette er dog ej heller tilfældet i den virkelige verden, eftersom at der i høj grad vil være omkostninger forbundet med anskaffelse af produktionsudstyr, uddannelse af personale, og andre etableringsomkostninger ved at indtræde på markedet.

Tredje betingelse omhandler perfekt information, hvorved alle økonomiske aktører ved hvordan konkurrerende aktører handler. Ej heller denne betingelse er mulig i virkelighedens verden, eftersom at en økonomisk aktør ikke har information om, hvilke strategier konkurrerende aktører følger eller vil følge samt fordi aktørerne ikke ved hvilken markedspris der findes.

---

<sup>298</sup> Der er derfor tale om, at ingen økonomiske aktører besidder markedsmagt.

Sidste betingelse er, at der på markedet findes et stort antal købere og sælgere, hvilket gør de individuelle aktører som pristagere frem for prissættere.<sup>299</sup> I den virkelige verden er dette ikke altid muligt, eftersom at der i nogle brancher findes en eller få sælgere.

I modsatte ende af prisdannelsesskalaen findes konkurrenceformen monopol, hvilket er konkurrenceformen som karteldeltagere opererer under.<sup>300</sup> Et monopolmarked karakteriseres ved have et højt antal købere, men kun at have én udbyder og adgangsbarrierer er så høje, at ingen aktører ønsker at indtræde på markedet. Det er generelt antaget, at de produkter, der bliver solgt på et monopolmarked ikke er substituerbare. Den efterspørgselskurve, som monopolisten står overfor, er tilsvarende markedets efterspørgselskurve. Monopolisten kan derfor enerådigt sætte markedsprisen ud fra den mængde denne udbyder.

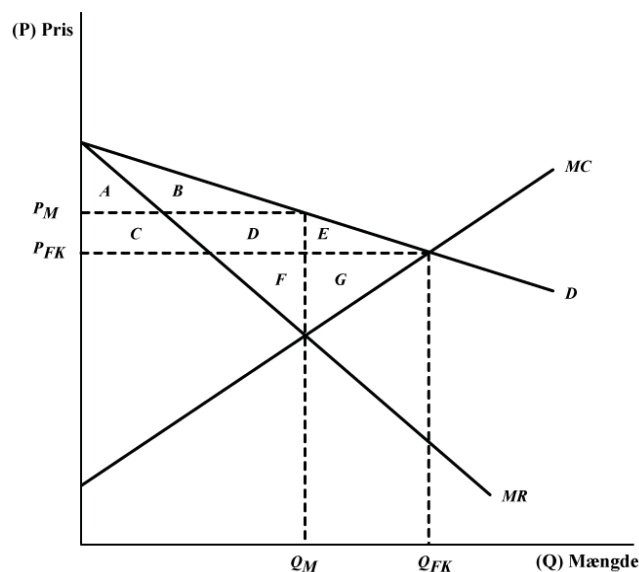
### 5.3.3 Dødvægtstab

For at anskue de samfundsøkonomiske konsekvenser som et monopol har på EU-samfundet, er det relevant at sammenligne denne markedsform med fuldkommen konkurrence, eftersom at dette er modstykket til monopol. Analysen vil helt konkret belyse hvilke konsekvenser et monopol har i forhold til forbrugerne, monopolisten og EU-samfundet. Det antages, at begge markedsformer har samme MC-kurver, da aktørerne i begge scenarier har samme omkostninger, hvilket kan ses i nedenstående figur 5.

---

<sup>299</sup> Frank, Robert H, '*Microeconomics and behavior*', MCgraw-hill Education, 2013, side 337-338.

<sup>300</sup> Perloff, Jeffrey M, '*Microeconomics Global edition*', Pearson Education M.U.A., 2015, side 447.



**Figur 5.** Egen tilvirkning. Kilde: Pindyck, Robert S. og Rubinfeld, Daniel L. 'Microeconomics', Pearson Education, 8. udgave, 2015, side 386.

Ud fra forbrugernes synspunkt er det relevant at anskue *consumer surplus*, hvilket omhandler forskellen mellem forbrugernes reservationspris, altså prisen som forbrugeren er villig til at betale, og den reelle pris som forbrugeren skal betale. *Consumer surplus* kan siges at være en indikator for den velfærd, som forbrugerne opnår ved at anskaffe en bestemt mængde af en vare til en bestemt pris.<sup>301</sup> I ovenstående figur 5 repræsenterer rektanglerne C og D tilsammen det tabte *consumer surplus* ved markedsformen monopol. Forbrugerne vil opleve en lavere mængde ved markedsformen, eftersom at  $Q_{FK}$  falder til  $Q_M$  og ligeledes opleve en øget pris, eftersom at  $P_{FK}$  reduceres til  $P_M$ . Trekkanterne A og B repræsenterer forskellen mellem reservationsprisen og den reelle pris i forhold til monopolistens prissætning. Trekant G repræsenterer det salg som tabes på grund af den monopolistiske markedsform, og er derfor et udtryk for de forbrugere som ikke vil kunne anskaffe sig varen, fordi de har en lavere reservationspris end den reelle pris.

<sup>301</sup> Lipczynski, J., Wilson, J. and Goddard, J., 'Industrial organization : competition, strategy, policy' Harlow: FT/Prentice Hall, 3. udgave, 2009

Trekanterne  $A$ ,  $B$ ,  $C$ ,  $D$  og  $G$  repræsenterer *consumer surplus*, såfremt der var tale om fuldkommen konkurrence. Under monopol vil *consumer surplus* kun være trekanterne  $A$  og  $B$ .

Fra monopolistens synspunkt vil sammenligningen være baseret på *producer surplus*. *Producer surplus* defineres, som forskellen mellem den reelle pris og monopolistens nødvendige pris for at dække produktionsomkostningerne. Rektanglet  $C$  og  $D$  repræsenterer det ekstra opnået producer surplus som en monopolist vil opnå, i forhold til hvor markedsværdien var fuldkommen konkurrence. Dette øget *producer surplus* opstår på baggrund af, at forbrugernes *consumer surplus* overføres til monopolisten i form af sin overnormal profit. Dog opnår monopolisten ikke det samme salg som under fuldkommen konkurrence, eftersom at en højere prissætning vil reducere output fra  $Q_{FK}$  til  $Q_M$ . På baggrund heraf mister monopolisten salget svarende til trekant  $H$ , hvilket udgør producentunderskuddet.

Fra samfundets synsvinkel tages der udgangspunkt i *deadweight loss*, hvilket svarer til det tab som samfundet oplever, som følge af monopolistens prissætning, som hverken monopolisten eller forbrugerne opnår. Fra et samfundsmæssigt synspunkt er *deadweight loss* yderst interessant at se på, eftersom at der på samfundsniveau både tages højde for de økonomiske aktører og for forbrugerne. *Deadweight loss* er uønskeligt for samfundet, eftersom at velfærden hverken går til forbrugeren eller til monopolisten, hvorfor sådan et velfærdstab kan kategoriseres som en økonomisk inefficiens. *Deadweight loss* opstår som følge af, at nogle forbruger ikke er villige til at betale den monopolfastsatte pris.<sup>302</sup> Som nævnt ovenfor udgør triangel  $C$  og  $D$  det producer surplus der tilgår monopolisten. Trekant  $E$  repræsenterer dog samfundets *deadweight loss*, eftersom at dette område udgør det mistede salg som ikke overgår til hverken monopolisten eller forbrugerne. Tilsvarende gør sig gældende for trekant  $G$ , som er producentunderskuddet, som ikke overføres til forbrugerne. På samfundsmæssigt niveau udgør det samlede *deadweight loss* derfor areal  $E$  og  $G$ .

---

<sup>302</sup> Martin, Stephen, 'Industrial economics, Economic analysis and public policy', Macmillan Publishing Company, 2. udgave, 1994, side 29.

Blandt økonomer er der stor enighed om, at dødvægtstab er skadeligt for samfundet og at dette skal reduceres så meget som muligt.<sup>303</sup> Nogle økonomer argumentere yderligere for, at dødvægtstab er større i virkeligheden, end den man kan påvise i en økonomisk model, eftersom at monopolistiske tilstande vil medføre reduceret produkt- og procesinnovation samt øget ineffektivitet.<sup>304</sup>

I forhold til økonomiske aktører, som ikke deltager aktivt i karteldannelsen, kan disse udnytte problematikken omkring *free-rider*. Disse økonomiske aktører kan derfor nyde nytte af de prisstigninger som et kartel forårsager. Selv om at disse aktører ikke er med i kartellet, kan disse tillade sig at prissætte efter, eller tæt på, hvad kartellet gør, hvilket vil medføre det samme dødvægtstab som introduceret af kartellet.<sup>305</sup> På samfundsmæssige niveau kan man således konkludere, at dødvægtstab er med til at hindre effektiv ressourceallokering, eftersom at tabet hverken går til forbrugerne eller til de økonomiske aktører.

---

<sup>303</sup> C., Leslie R., 'Antitrust damages and deadweight loss. The antitrust bulletin', 2006, side 521.

<sup>304</sup> Lipczynski, John og Wilson, John og Goddard, John, 'Industrial Organization: Competition, Strategy, Policy', 3rd edition, Pearson Harlow, 2009, samt Connor, John M., 'Cartel overcharges', Research in law and economics, Vol. 26, Emerald Group Publishing Ltd., 2014, side 249.

<sup>305</sup> Utton, Michael A., 'Cartels and Economic Collusion', Edward Elgar M.U.A, 2011, side 65.

## 5.4 Delkonklusion

Nærværende kapitel har haft til formål at analysere hvorvidt udbudsretten og konkurrenceretten kan overlape hinanden, samt anskue hvorledes konkurrencefordrejende aftaler kan påvirkes af artikel 69, herunder hvilke samfundsøkonomiske konsekvenser dette kan medføre. Analysen har vist, at formålet med henholdsvis EU's udbudsregler og konkurrenceregler umiddelbart er forskellige. Formålet med konkurrencereglerne er at sikre, at konkurrence på det indre marked ikke fordrejes, hvorimod udbudsdirektivet skal sikre fair og åben konkurrence, hvorved private aktører får mulighed for at opnå fordele af det indre marked, samtidig med, at offentlige ordregiver opnår konkurrencedygtige bud. Dog har reglerne for udbudsretten og konkurrenceretten det til fælles, at et af deres overordnede formål er at skabe en effektive konkurrence på det indre marked, hvilket ikke er klart adskilt, og kan derfor overlape og påvirke hinanden, hvilket blev bekræftet med ovenfor omhandlede *SECAP*-sag. Analysen viste endvidere, at ordregiver kan risikere at acceptere tilbud som er fremkommet på baggrund af en karteldannelse, hvilket er en konkurrencefordrejende adfærd. Det blev identificeret, at et kartel kan ønske at afgive et unormalt lavt tilbud (et underbud) med formål om at straffe tilbudsgivere, som afviger fra kartelaftalen, eller at afskrække nye aktører fra at indtræde på markedet. Hvis ordregiver ikke udelukker dette tilbud, vil kartellet styrkes og dermed cementere sin position og muligvis få flere aktører til at deltage i kartelaftalen. Analysen viste at konsekvenserne heraf kan lede til, at de karteldeltagende virksomheder koordinerer priser og output for at maksimere deres *samlede* profit, og vil således optræde som monopolister og dermed kræve monopolpriser. Fuldkommen konkurrence er den samfundsøkonomiske optimale situation, i virkelighedens verden er denne tilstand ikke muligt. Ikke desto mindre er kartellers monopolpriser med til at generere et *deadweight loss* som er skadeligt for EU-samfundet, eftersom at tabet ikke bliver overført til hverken forbrugerne eller de økonomiske aktører, hvorfor dette bør reduceres.



## Konklusion

Afhandlingens formål har overordnet været at analysere, hvorvidt bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud er med til at sikre konkurrencen på markedet.

Afhandlingen har til besvarelse af ovenstående analyseret, hvorvidt bestemmelsen om unormalt lave tilbud er effektiv, og hvilke formål skal ordregiver forfølge hermed. Analysen har vist, at ordregiver er forpligtet til at anmode om tilbudsgivers redegørende dokumentation, før et tilbud kan forkastes. Ordregiver har ikke pligt, men har ret, til at forkaste tilbuddet på baggrund af dokumentationen. Analysen viste derudover, at det er uklart, hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud. Ordregiver har således skønskompetence til at vurdere, hvornår denne vil indlede en undersøgelsesprocedure, samt hvornår den anser et tilbud for værende unormalt lavt. Bestemmelsen er således ikke effektiv. Formålsfortolkningen at udbudsdirektivet har vist, at ordregiver både er forpligtet til at sikre den effektive konkurrence og på samme tid forpligtet til at sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, hvilket er tvetydige og modsigende formål. Derfor blev begrebet 'dobbeltpforpligtelser' indført.

Derefter identificerede afhandlingen syv grunde til, hvorfor ordregiver kan ønske at acceptere eller forkaste tilsyneladende unormalt lave tilbud. Analysen viste, at ordregiver både kan handle efter en velfærdsmaksimerende og profitmaksimerende adfærd. Sidstnævnte kan give anledning til, at ordregiver kan være tilbøjelig til at acceptere tilbud som burde have været genstand for en undersøgelsesprocedure. Denne profitmaksimerende adfærd er ikke i tråd med ordregivers forpligtelser i relation til almenhedens behov.

I forlængelse heraf viste analysen, at ordregiver kan udvise opportunistisk adfærd, hvilket kan lede til samfundsøkonomisk forringelse, hvilket skyldes asymmetrisk information. Analysen viste derudover, at bestemmelsen om unormalt lave tilbud vil medføre øget transaktionsomkostninger, men at disse er proportionale i forhold til de *ex post* omkostninger der kan opstå i et kontraktsforhold, hvorefter disse betragtes som efficiente.

Endeligt viste analysen, at udbudsretten og konkurrenceretten umiddelbart har forskellige formål, men at regelsættene kan overlape og påvirke hinanden, eftersom at begge søger at skabe en effektiv konkurrence på det indre marked. Som følge af ordregivers profitmaksimerende incitamentsstruktur, kan ordregiver risikere at acceptere et bud fra et kartel, hvilket kan fordreje konkurrencen, eftersom at accept af sådan et tilbud vil styrke kartellets eksistens. De samfundsøkonomiske konsekvenser er således, at kartellet vil agere som et monopol, og vil prissætte til monopolistiske priser, hvilket vil generere et *deadweight loss* for EU-samfundet.

Det kan således konkluderes, at bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud ikke i tilstrækkelig grad er med til at sikre konkurrencen på markedet.

## Perspektivering

Som ovenstående konklusion viser, er bestemmelsen omkring unormalt lave tilbud ikke tilstrækkelig til at sikre konkurrencen på markedet. Ordregiver er i den forbindelse givet for stor skønskompetence, eftersom at denne blandt andet kan tilbageholde information. En mulig løsning på dette problem kan findes med inspiration i artikel 46, stk. 2, andet led i udbudsdirektivet. Denne bestemmelse forpligter ordregiver til forklare, hvorfor et udbud ikke opdeles i delkontrakter. Ligeledes burde artikel 69, stk. 1 forpligte ordregiver til at forklare, hvorfor en tilbudsgivers bud anses som unormalt lavt. Således udvides tilbudsgivers indsigt i, hvorfor tilbuddet ikke kan accepteres, og kan på baggrund heraf vurdere hvorvidt denne er enig eller ej. Denne løsning tager kun udgangspunkt i det faktum, at den nuværende bestemmelse giver ordregiver adgang til at forkaste tilbud, og løser derfor ikke problemet hvad angår ordregivers accept af *for* lave tilbud. Løsningen på dette må således være, at konkurrencemyndighederne skal varetage det konkurrenceretlige område, og må således teste hvorvidt tilbud er fremkommet på baggrund af et kartel.

# Litteraturliste

## Bøger

- **Arrowsmith, Sue**, *'The Law of Public and Utilities Procurement'*, Vol. 1: Regulation in the EU and UK, Sweet & Maxwell, Third Edition, 2014.
- **Arrowsmith, Sue**, *'The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies'*, Sweet & Maxwell, 2012.
- **Fabricius, Jesper**, *'Offentlige indkøb i praksis'*, Karnov Group, tredje udgave, 2014.
- **Knudsen, Christian**, *'Økonomisk metodologi bind 2, Virksomhedsteori og industriøkonomi'*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, anden udgave, 1997.
- **Williamson, Oliver E.**, *'Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, Administrative Science'*, Quarterly Vol. 36, 1991.
- **Williamson, Oliver E.**, *'The Economic Institutions of Capitalism'*, The Free Press, New York, 1985.
- **Williamson, Oliver E.**, *'Market and Hierarchies'*, The Free Press, New York, 1975.
- **Buckley, Peter J.; Casson, Mark**, *'The multinational enterprise revisited: The essential Buckley and Casson'*, Basingstoke; Palgrave Macmillan. 1st edition, 2009.
- **Ølykke, Skovgaard Grith**, *'Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers'*, DJØF Publishing Copenhagen, 2010.
- **Lund Meyer, Peter**, *'EU's udbudsregler'*, Gadjura, 1998.
- **Østergaard, Kim**, *'Metode på cand.merc.jur. studiet'*, Julebog 2003, København, Djøf Forlag, 2003.
- **Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth**, *'Retskilder og retsteorier'*, 4. udgave, 2014.
- **Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth**, *'EU's udbudsregler - i dansk kontekst'*, 2. udgave, DJØF Publishing Copenhagen, 2017.

- **Ølykke, Grith Skovgaard**, 'How does the Court of Justice of the European Union Pursue Competition Concerns in a Public Procurement Context?', DJØF Publishing Copenhagen, 2011.
- **Nielsen, Ruth og Neergaard, Ulla**, '*EU-ret*', 6. reviderede udgave, Thomson Reuters, 2010.
- **Knudsen, Christian**, '*Økonomisk metodologi bind 2*', Jurist- og Økonomforbundets Forlag, udgave 2, 1997.
- **Hansen, Anders Christian**, '*Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori*', Roskilde Universitetsforlag, 2007.
- **Eide, Erling og Stavang, Endre**, '*Rettsøkonomi*', Cappelen Akademisk Forlag, 6. oplag, 2014.
- **Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Niels Peter**, '*Transaktionsomkostningsteori - en introduktion til Williamson*', University of Aarhus, 1993.
- **Utton, Michael A.**, '*Cartels and Economic Collusion*', Edward Elgar M.U.A., 2011
- **Martin, Stephen**, '*Industrial economics, Economic analysis and public policy*', Macmillan Publishing Company, 2. udgave, 1994, side 29.
- **Lipczynski, J., Wilson, J. and Goddard, J.**, '*Industrial organization : competition, strategy, policy*' Harlow: FT/Prentice Hall, 3. udgave, 2009
- **Frank, Robert H**, '*Microeconomics and behavior*', McGraw- hill Education, 2013
- **Perloff, Jeffrey M**, '*Microeconomics Global edition*', Pearson Education M.U.A., 2015
- **Pindyck, Robert S. og Rubinfeld, Daniel L.** '*Microeconomics*', Pearson Education, 8. udgave, 2015.
- **Hjelmborg, Simon Evers og Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels**, '*Public Procurement Law - the EU directive on public contracts*', DJØF Publishing, 2006.
- **Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers og Simon Evers og Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels**, '*EU Udbudsretten*', Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, København, 2011.

- **Combo, Mario**, *'Award of the Contracts in EU Procurements'*, DJØF Publishing, 2013.
- **Sanchez-Graells**, *'Public Procurement and the EU Competition Rules'*, University of Bristol Law School, Hart Publishing, 2011.
- **Fejø, Jens og Ølykke, Grith Skovgaard**, *'EU-Konkurrenceretten, almindelige del'*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
- **Andreu Mas-Colell, Michael D. Whinston og Jerry R. Green**, *'Microeconomic Theory'*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- **Milgrom, Paul R. og Roberts, John**, *'Economics, Organisation and Management'*, 1992.
- **Trepte, Peter**, *'Regulating Procurement - Understanding Ends and Means of Public Procurement Regulation'*, Oxford University Press, 2004.
- **Trepte, Peter**, *'Public Procurement in the EU - A Practitioner's Guide'*, Oxford University Press, 2007.
- **Rudolph, Kai**, *'Bargaining Power Effects in Financial Contracting'*, Springer, 2006.
- **Clark, John M.**, *'The Social Control of Business'*, New York, McGraw-Hill, 1926.
- **Unuvar, R.**, *'International Transparency and Efficiency in Public Procurement Symposium'*, Ozgun Press, 2004.
- **Harrower, John R.**, *'Abnormally Low Tenders - Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry'*, DG III Working Group om Abnormally Low Tenders, 1999.
- **Newhouse, Joseph P.**, *'Toward a Theory of Nonprofit Institutions: An Economic Model of a Hospital'*, American Economic Review, 60, No. 1, March 1970.
- **Friedman, Lee S.**, *'The Microeconomics of Public Policy Analysis'*, New Jersey, University Presses of California, Columbia and Princeton, 2002.
- **Dutta, Prajit K.**, *'Strategies and Games : Theory and Practice'*, The MIT Press, 1999.
- **Viscusi, W. Kip, Harrington, Joseph E., og Vernon, John M.**, *'Economics of Regulation and Antitrust'*, MIT Press, 2005.

- **Mas-Colell, Andreu, Whinston, Michael D. og Green, Jerry R.**, 'Microeconomic Theory', Oxford University Press, Oxford, 1995.
- **Hendrikse, George**, 'Economics and Management of Organizations: Coordination, Motivation and Strategy', McGraw-Hill Education, 2003.

### Videnskabelige artikler

- **Williamson, Oliver E**, 'The Economic Institutions of Capitalism', Yale University, The Free Press, New York, 1985.
- **Paces, Alessio M. og Visscher, Louis**, 'Methodology of Law and Economics', SSRN, 2011.
- **Stigler, George J.**, '*A Theory of Oligopoly - The Journal of Political Economy*', volume 72, issue 1, s. 41-61', JSTOR, 1964
- **Gupta, Srabana**, '*The Effect of Bid Rigging on Prices: A Study of the Highway Construction Industry*' i Review of Industrial Organization 19, Kluwer Academic Publishers, 2001.
- **Owen, Robert F. og Ulph, David**, '*Sunk Costs, Market Access, Economic Integration and Welfare*', Review of International Economics, 10(3), 2002.
- **Calveras, Aleix, Guanza, Juan-Jose samt Hauk, Esther**, 'Wild Bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts', Journal of Regulatory Economics, Volume 26, Issue 1, Springer, 2004.
- **Elzinga, Kenneth G. og Mills, David**, 'Predatory Pricing', The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, 2014.
- **Gunduz, Murat og Karacan, H. Volkan**, 'Assessment of abnormally low tenders: a multinomial logistic regression approach, Technological and Economic Development of Economy', 2017.
- **C., Lislle R.**, 'Antitrust damages and deadweight loss. The antitrust bulletin', 2006.
- **Cauwelaert, F. Van**, 'Abnormally Low Tenders - Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry', 1999.

- **Lipczynski, John og Wilson, John og Goddard, John**, 'Industrial Organization: Competition, Strategy, Policy', 3rd edition, Pearson Harlow, 2009.
- **Connor, John M.**, 'Cartel overchanges', Research in law and economics, Vol. 26, Emerald Group Publishing Ltd., 2014.
- **Kerkmeester, Heico**, 'Methodology: General', 1991.

## Artikler

- **Ingeniøren**, 'Pihl & Søn går konkurs', 26. august 2013.
- **Ingeniøren**, 'Pihl & Søn underbød groft for at få de tre inderbroer', 21. februar 2014.

## Regulering

- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004.
- **2014/24/EU** af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.
- **71/305/EØF** af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- **2014/18/EU** af 29. januar 2014 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/43/EF for så vidt angår listen over forsvarsrelaterede produkter.

## Retspraksis

- **C-243/89**, Kommissionen mod Danmark, ECLI:EU:C:1993:257.
- **C-94/99**, ARGE Gewässerschutz mod Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, ECLI:EU:C:2000:677.
- **C-283/81**, CILFIT mod Ministero della Sanità, ECLI:EU:C:1982:335.
- **C-59/00**, Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, ECLI:EU:C:2001:654.
- **C-212/97**, Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ECLI:EU:C:1999:126.

- **C-76/81**, SA Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics, ECLI:EU:C:1982:49.
- **Forenede sager C-285/99 og C-286/99**, Impresa Lombardini SpA mod ANAS, ECLI:EU:C:2001:640.
- **C-599/10**, SAG ELV Slovensko a.s. mf. mod Úrad pre verejné obstarávanie, ECLI:EU:C:2012:191.
- **C-292/07**, Kommissionen mod Belgien, ECLI:EU:C:2009:246.
- **C-103/88**, Fratelli Costanzo mod Comune di Milano, ECLI:EU:C:1989:256.
- **C-295/89**, Impresa Donà Alfonso mod Consorzio per lo sviluppo industriale del comune di Monfalcone, ECLI:EU:C:1991:255.
- **C-143/94**, Furlanis costruzioni generali mod Azienda nazionale autonoma strade, ECLI:EU:C:1995:354.
- **C-78/70**, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH, ECLI:EU:C:1971:59.
- **C-113/07 P**, SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2009:191.
- **C-283/00**, Kommissionen mod Spanien, ECLI:EU:C:2003:544.
- **C-304/96**, Hera mod USL n° 3-genovese og Romagnoli, ECLI:EU:C:1997:496.
- **Forenede sager C-147/06 og C-148/06**, SECAP og Santorso, ECLI:EU:C:2008:277.
- **Forslag til afgørelse** fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, fremsat den 27. november 2007, af forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, ECLI:EU:C:2008:277.
- **C-568/13**, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service, ECLI:EU:C:2014:2466.
- **C-26/03**, Stadt Halle og RPL Lochau, ECLI:EU:C:2005:5.
- **C-41/90**, Höfner og Elser mod Macrotron, ECLI:EU:C:1991:161.
- **C-118/85**, Kommissionen mod Italien, ECLI:EU:C:1987:283.
- **C-538/07**, Assitur Srl mod Camera de Commercio, Industria, Artgianto e Agricoltura di Milano, ECLI:EU:C:2009:317.
- **C-5/69**, Völk mod Vervaecke, ECLI:EU:C:1969:3.



- **Forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P og C-213/02 P**, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2005:408.
- **C-373/00**, Adolf Truley GmbH mod Bestattung Wien GmbH, ECLI:EU:C:2003:110.
- **C-360/96**, Gemeente Arnhem og Gemeente Rheden mod BFI Holding, ECLI:EU:C:1998:525.
- **Forslag til afgørelse** fra generaladvokat F.G Jacobs fremsat den 10. maj 2001. SIAC Construction Ltd mod County Council of the County of Mayo. ECLI:EU:C:2001:266.
- **C-360/89**, Kommissionen mod Italien, ECLI:EU:C:1992:235.
- **C-87/94**, Kommissionen mod Belgien, ECLI:EU:C:1994:166.
- **C-21/88**, Du Pont de Nemours Italiana SpA mod Unita sanitaria Locale N. 2 Di Carrara og 3 M Italia Spa, ECLI:EU:C:1992:235.
- **C-454/06**, Preetext Nachrichtenagentur, ECLI:EU:C:2008:351.
- **C-205/03 P**, FENIN mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2006:453.
- **C-118/85**, Kommissionen mod Italien, ECLI:EU:C:1987:283.
- **C-31/87**, Gebroeders Beentjes BV mod Holland, ECLI:EU:C:1988:422.
- **27/76**, United Brands Company mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1978:22.
- **C-85/76**, Hoffmann-LaRoche mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1979:36.

#### Forarbejder, meddelelser, vejledninger og beslutninger

- EU-Kommissionen, '*Public Procurement Indicators 2015*', 2015.
- EU-Kommissionen (2010): KOM(2010) 2020 endelig, '*En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst*'.
- EU-Kommissionen (2015): '*Public Procurement Indicators 2015*'.
- KOM(2011) 15 endelig, '*Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb*'.
- COM(2016) 393 final, 'Beretning om konkurrencepolitikken 2015'.
- KOM(2011) 896 endelig, 'Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb'.

- KOM(2011) 15 endelig, 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb'.
- KOM(96) 583 endelig, 'Grønbog om offentlige indkøb i EU - Overvejelser for fremtiden'.
- Kommissionens beslutning af 21. oktober 1998, (sag IV/35.691/E□4), Rørkartellet.
- SEK(2001)694 endelig, 'Beretning om Konkurrencepolitikken 2000'.