

Kandidatspeciale
Copenhagen Business School
Cand.merc.(jur.)
15. maj 2019

Udelukkelse af tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende aftaler

- I et udbudsretligt og økonomisk perspektiv

*Exclusion of tenderes due to anti-competitive agreements
- in a procurement and economic perspective*

Udarbejdet af:

Alexandra Maria Grydgaard, studienr.: 92401
Henriette Storr Andersen, studienr. 93088

Vejledere:

Marianne Røder Lauridsen / Juridisk
Nicolai Christian Baaring / Økonomisk

Antal anslag: 272.964

Normalsider: 119,98

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	5
KAPTITEL I.....	6
1.1. EMNE.....	6
1.1.1. INDLEDNING	6
1.1.2. PROBLEMSTILLING	7
1.1.3. PROBLEMFORMULERING	8
1.1.3.1. Juridisk problemformulering	8
1.1.3.2. Økonomisk problemformulering	8
1.1.3.3. Integreret problemformulering.....	8
1.1.4. CASE.....	8
1.1.5. SYNSVINKEL.....	9
1.1.6. ANALYSENIVEAU	10
1.1.7. PERSPEKTIV	10
1.1.8. AFGRÆNSNING	11
1.1.8.1. Juridisk afgrænsning.....	11
1.1.8.2. Økonomisk afgrænsning	11
1.1.8.3. Integreret afgrænsning	12
1.1.9. STRUKTUR.....	12
1.2. METODE OG TEORIVALG	13
1.2.1. JURIDISK METODE	13
1.2.1.1. EU-ret	14
1.2.1.2. Dansk ret.....	15
1.2.2. ØKONOMISK METODE.....	17
1.2.2.1. Neoklassisk teori.....	17
1.2.2.2. Spilteori.....	18
1.2.3. INTEGRERET METODE.....	19
KAPITEL II – JURIDISK ANALYSE.....	21
2.1. INDLEDNING.....	21
2.2. UDELUKKELSESGRUNDE.....	21
2.3. PROCEDUREN VED OFFENTLIGE UDBUD.....	23
2.4. UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER	25

2.4.1. PRINCIPPERNE OM LIGEBEHANDLING OG GENNEMSIGTIGHED	25
2.4.2. PROPORTIONALITETSPRINCIPPET	27
2.5. FORMÅLET MED DEN FRIVILLIGE UDELUKKELSESGRUND.....	28
2.6. ANALYSE AF UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 4.....	30
2.6.3. OBJEKTIV ORDLYDSFORTOLKNING AF UBL § 137, STK. 1, NR. 4.....	30
2.6.4. AFTALER MELLEM TILBUDSGIVERE MED HENBLIK PÅ KONKURRENCEFORDREJNING	31
2.6.4.1. <i>Aftale</i>	33
2.6.4.2. <i>Med henblik på</i>	35
2.6.2.3. <i>Konkurrencefordrejning</i>	38
2.6.2.4. <i>Sammenfatning</i>	39
2.6.3. BEVISKRAV – TILSTRÆKKELIGE PLAUSIBLE INDIKATIONER	40
2.6.3.1. <i>Lovbemærkninger</i>	40
2.6.3.2. <i>Retspraksis</i>	42
2.6.3.3. <i>Litteratur</i>	45
2.6.4. DISKUSSION	48
2.7. BEGRÆNSET PERIODE FOR UDELUKKELSE.....	50
2.8. SELF-CLEANING.....	51
2.8.1. UBL § 138, STK. 3, NR. 1	52
2.8.2. UBL § 138, STK. 3, NR. 2	53
2.8.3. UBL § 138, STK. 3, NR. 3	54
2.8.4. DISKUSSION	56
2.9. DELKONKLUSION	57
KAPITEL III – ØKONOMISK ANALYSE	59
3.1. INDLEDNING	59
3.2. UDELUKKELSE AF KONKURRENCEFORDREJENDE AFTALER I ØKONOMISK PERSPEKTIV	60
3.3. MARKEDET	61
3.4. AUKTIONER I UDBUDSSITUATIONER	64
3.5. BUDSTRATEGI.....	66
3.5.1. ANTAGELSER OMKRING TILBUDSGIVERES VIDEN OG AGEREN	66
3.5.2. DET OPTIMALE BUD	67

3.6. ORDREGIVERS BETALING	69
3.6.1. OMKOSTNINGER FORBUNDET MED DET KONKRETE UDBUD	69
3.6.1.1. Nødvendige kompetencer	69
3.6.1.2. Tilbudsgiverne	70
3.6.1.3. Opsamling	71
3.6.2. SCENARIER PÅ MARKEDET	72
3.6.2.1. Scenarie 1: Et marked uden samarbejde	72
3.6.2.2. Scenarie 2: En monopollignende tilstand	75
3.6.2.3. Scenarie 3: En ekstra tilbudsgiver på markedet	76
3.6.2.4. Scenarie 4: Et tvivlsomt konsortiesamarbejde	78
3.6.3. SAMMENLIGNING AF SCENARIERNE	82
3.6.4. UDELUKKELSE AF KONKURRENCEFORDREJENDE ADFÆRD	84
3.7. STRATEGISKE OVERVEJELSER	87
3.7.1. FREMTIDIGE UDBUD	87
3.7.2. ANDRE FAKTORER	92
3.7.2.1. Usikkerhed	93
3.8. DELKONKLUSION	94
KAPITEL IV - INTEGRERET ANALYSE	96
4.1. INDLEDNING	96
4.2. KONSEKVENSER FOR ORDREGIVERE PÅ GRUND AF USIKKERHED	96
4.2.1. VED UDELUKKELSE PÅ UBERETTIGET GRUNDLAG	97
4.2.2. VED MANGLENDE UDELUKKELSE	98
4.2.3. SELF-CLEANING	99
4.2.4. ORDREGIVERS RISICI	99
4.3. ORDREGIVERS INCITAMENT I EN SPILTEORETISK RAMME	100
4.3.1. SPILLERNE OG DERES STRATEGIER	101
4.3.2. PAYOFFS	102
4.3.3. NUVÆRENDE INCITAMENT	104
4.3.4. OPTIMERET INCITAMENT	108
4.4. VEJLEDNING OG DERTILHØRENDE ANBEFALING	111
4.4.1. UDDYBNING TIL VEJLEDNING	113
4.5. DELKONKLUSION	116

KAPITEL V - KONKLUSION	117
LITTERATURLISTE	119
FORKORTELSESLISTE.....	127
BILAGSLISTE	128
BILAG 1	128
BILAG 2 – DOMSREFERATER	130
BILAG 3 – NOTE OM AUKTIONSTEORI AF THOMAS RØNDE, 2018	135

Abstract

The purpose of this Master Thesis is to explore whether there is an incentive for contracting authorities to enroll the voluntary ground for exclusion that allows for the exclusion of tenderers who enter into agreements for the purpose of distorting competition in the contract notice. Furthermore, the purpose is to examine to what extent this incentive can be optimized. This is answered through a legal, economic and integrated analysis.

The thesis begins with a legal analysis of whether the public procurement act, section 137(1)(4) is practically applicable to contracting entities and how these must carry out an assessment of self-cleaning. The analysis is based on the legal dogmatic method, including relevant regulation and case law. It is concluded that in many respects, the public procurement act, section 137(1)(4) does not seem practical, since it imposes a burden of proof on the contracting authority, where the interpretation thereof is unclear. In addition, it is concluded that in order to assess the tenderer's documentation of reliability, the contracting authority needs to consider all measures on self-cleaning in the public procurement act, section 138(3) depending on the specific case.

Next, follows an economic analysis of how different forms of cooperation between tenderers affect the contracting authority's price, and to what extent the contracting authority has an incentive to exclude tenderers due to potentially distorting behavior. Through auction theory, it is concluded that the market structure changes when tenderers cooperate and that this affects the contracting authority's price. Furthermore, it is concluded that the contracting authority has an incentive to exclude anti-competitive behavior.

In conclusion, the legal and economic analyzes are assembled in the integrated chapter. The aim is to answer the overall question mentioned above. By using game theory, it is concluded that there are significant risks involved in enrolling the provision - considering the material currently available to contracting entities. Thus, there is no incentive to enroll it. However, it is possible to optimize the incentive by making clear recommendations and guidelines for public entities so that the likelihood of proper use is increased.

Kapitel I

1.1. Emne

1.1.1. Indledning

Hvert år køber den offentlige sektor i Danmark ind for omkring 300 mia. kr. Dette sker for offentlige midler, hvorfor det er af stor betydning for både det offentlige, virksomhederne og borgerne, at konkurrencen om disse indkøb foregår på en retfærdig og effektiv måde.¹ Af disse 300 mia. kr. udgør kommunernes indkøb ca. 80 mia. kr.²

Til at regulere de offentlige indkøb trådte udbudsloven³ (UBL) i kraft den 1. januar 2016. Loven har til formål at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, jf. UBL § 1.

Ved indførslen af udbudsloven har der bl.a. været stort fokus på samspillet mellem udbudsreglerne og konkurrencereglerne, eftersom de to regelsæt begge søger at effektivisere konkurrencen.⁴ På trods af lovenes umiddelbare enslydende formål har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter dialog med flere kommuner konstateret, at kommunerne prioriterer de udbudsjuridiske hensyn fremfor at fokusere på tiltag, der kan forebygge karteller og monopoler.⁵ Dette kan undre, når en analyse foretaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i juli 2018 viser, at en tredjedel af de danske virksomheder tror, at virksomhederne i deres egen branche indgår karteller.⁶ Desuden viser den samme analyse, at hver femte danske virksomhed inden for de seneste fem år har oplevet, at konkurrenter i deres branche har handlet konkurrencefordrejende.⁷

¹ <https://modst.dk/indkoeb/om-offentlige-indkoeb/>.

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. November 2012. *Bliver din kommune snydt? Karteller, monopoler og unødvendige omkostninger ved udbud* (Vejledning – Bliver din kommune snydt?, 2012), s. 8.

³ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, udbudsloven.

⁴ Konkurrencelovens formål er at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere, jf. dennes § 1.

⁵ Vejledning – Bliver din kommune snydt?, 2012, s. 8.

⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. 2018. *Virksomhedernes kendskab til konkurrencereglerne*. (Virksomheders kendskab til konkurrencereglerne, 2018), s. 8.

⁷ Ibid., s. 4.

På baggrund af dette tilskynder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at offentlige indkøbere foretager tiltag i løbet af udbudsproceduren for at reducere risikoen for konkurrencefordrejende adfærd om de udbudte opgaver. Med udbudslovens ikrafttræden fik ordregivere et værktøj – i form af en frivillig udelukkelsesgrund – til at udelukke tilbudsgivere, der har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.

1.1.2. Problemstilling

Den ovenfor nævnte frivillige udelukkelsesgrund fremgår af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, hvor en ordregiver kan udelukke en tilbudsgiver, hvis denne har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at denne har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Denne synes umiddelbart optimal i forhold til den tilskyndelse Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilstræber. Men på trods af dette ser det på nuværende tidspunkt ikke ud til, at bestemmelsen bliver anvendt i særlig høj grad i praksis. Dette synes bemærkelsesværdigt taget i betragtning af det fokus, der i øjeblikket er på at effektivisere konkurrencen til gavn for både ordregivere, virksomheder og borgere.⁸ Men selvom fokus i udbudsloven er effektiv konkurrence ved offentlige indkøb, har man fra lovgivers side valgt at gøre det frivilligt for ordregiver at udnytte denne bestemmelse, der muliggør udelukkelse af tilbudsgivere, der udøver konkurrencefordrejende adfærd. Af denne årsag afhænger anvendelsesgraden først og fremmest af, om de offentlige ordregivere kan finde et incitament til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen.

En ordregivers incitament til at indskrive bestemmelsen kan umiddelbart afhænge af flere faktorer. Først og fremmest afhænger det af, om de relevante bestemmelser synes at være anvendelige i praksis i en sådan grad, at ordregivere ved, hvornår tilbudsgivere er omfattet af bestemmelsen, og hvad det kræver af ordregiveren, for at de kan benytte sig af muligheden for udelukkelse. Lige så væsentligt er det for ordregivere at vide, hvordan konkurrencefordrejning på markedet påvirker det enkelte udbud, og dermed om det i et økonomisk henseende er gunstigt at udelukke konkurrencefordrejende aftaler. Begge dele kan have stor betydning for, hvorvidt ordregivere overhovedet ser nogen grund til at tage stilling til bestemmelsen.

⁸ <https://modst.dk/indkoeb/om-offentlige-indkoeb/>.

Det findes således interessant at undersøge, hvad baggrunden for den lave anvendelsesgrad er, og om dette skyldes et manglende incitament i den offentlige sektor til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

1.1.3. Problemformulering

Nærværende afhandling belyses ud fra henholdsvis en juridisk, økonomisk og integreret problemformulering, der vil blive besvaret i de dertilhørende kapitler. Den juridiske og økonomiske problemformulering er stillet for at kunne besvare den overordnede integrerede problemformulering.

1.1.3.1. Juridisk problemformulering

I hvilket omfang er UBL § 137, stk. 1, nr. 4 praktisk anvendelig for ordregivere, og hvordan skal ordregivere foretage en vurdering om self-cleaning efter denne?

1.1.3.2. Økonomisk problemformulering

Hvorledes påvirker forskellige former for samarbejde mellem tilbudsgivere prisen for ordregivere, og i hvilket omfang har ordregivere et incitament til at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd?

1.1.3.3. Integreret problemformulering

Hvorvidt har ordregivere et incitament til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen, og i hvilket omfang kan dette optimeres?

1.1.4. Case

Ved besvarelsen af ovenstående problemformuleringer vil der blive taget udgangspunkt i en case for at give et mere virkelighedsnært billede af, hvad der sker i praksis i en situation med offentlige udbud.

Case

Viborg Kommune skal have genmarkeret vejstriber på samtlige af kommunens veje, hvorfor kommunen er i gang med at udarbejde udbudsmateriale. Vejstribemarkeringen er en større langvarig tjenesteydelse, der er estimeret til at vare i 3-4 år.

Ved en indledende markedsundersøgelse, har kommunen fundet frem til, at der potentielt er 10 virksomheder, der kan afgive tilbud på kontrakten. Ved en nærmere undersøgelse af de konkrete virksomheder viser det sig, at to af virksomhederne tilsammen har større markedsandele end de resterende virksomheder. Kommunen ønsker, at der kommer den bredest mulige konkurrence om kontrakten, således at alle interesserede virksomheder med de rette kvalifikationer har mulighed for at komme med tilbud. På denne baggrund har Viborg kommune valgt, at kontrakten skal udbydes via proceduren for offentlige udbud, og at tildelingskriteriet er laveste pris.

Imidlertid har kommunen en formodning om, at der tidligere har været og muligvis stadig er problemer med konkurrencen i branchen for markering af vejstriber. Man er derfor bekymret for, at dette udbud vil få økonomiske konsekvenser, såfremt der ikke kommer styr på situationen med konkurrencen.

I den forbindelse er Viborg Kommune blevet opmærksomme på den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsloven, som vil give kommunen mulighed for at udelukke en tilbudsgiver, såfremt der er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at denne har indgået en aftale med en anden økonomisk aktør med henblik på konkurrencefordrejning. Kommunen står derfor over for en beslutning om, hvorvidt de skal indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i deres udbudsbekendtgørelse. I nærværende afhandling vil Viborg Kommune være at betragte som ordregiver.

1.1.5. Synsvinkel

I nærværende afhandling vil der blive taget udgangspunkt i en ordregiversynsvinkel på det danske marked underlagt den danske lovgivning. Dette skyldes, at selvom det er domstole og administrative myndigheder, som skal fortolke loven, når disse træffer afgørelse i sager herom, så henvender reglerne sig til ordregivere i den offentlige sektor og sætter rammerne for, hvordan disse skal købe ind.⁹ Derudover synes denne synsvinkel relevant, fordi den danske lovgiver ved implementeringen af

⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Januar 2016. *Udbudsloven, vejledning om udbudsreglerne* (Vejledning om udbudsreglerne, 2016), s. 9.

reglerne har overgivet kompetencen til ordregiver i forhold til, hvorvidt UBL § 137, stk. 1, nr. 4 skal skrives ind i udbudsbekendtgørelsen. Dermed er det ordregiveren, der i sidste ende træffer beslutning om, hvorvidt de vil indskrive bestemmelsen.

1.1.6. Analyseniveau

For at besvare afhandlingens problemformuleringer bedst muligt vil analysen befinde sig på et brancheniveau. Dette skyldes, at ordregiveres incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen afhænger af forskellige fænomener, der kan forekomme i den konkrete branche, som de udbyder den konkrete opgave på.

1.1.7. Perspektiv

Udbudsreglernes formål er i korte træk at effektivisere konkurrencen og regulere processen under offentlige udbud for at opnå den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler, jf. UBL § 1. Spørgsmålet er således, hvorvidt ordregivere tager hensyn til samfundet, når disse køber ind. Der kan argumenteres for, at ordregivere i den offentlige sektor igennem forvaltningen af skatteborgernes penge er en del af en samfundsoptimerende mekanisme. Men i og med, at ordregivere i forhold til bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 kan vælge, om de vil tage højde for bestemmelsen, vil der blive taget udgangspunkt i en forudsætning om, at ordregiveren ved denne beslutning vil optimere egen nytte og ikke nødvendigvis samfundets.

Afhandlingen er således ikke med til at give et svar på, hvorvidt den frivillige udelukkelsesgrund og brugen heraf er samfundsefficient. Det er derimod afhandlingens efterstræbelse, at kunne give den offentlige sektor, herunder ordregivende myndigheder, et værktøj til forståelsen og anvendelsen af den frivillige udelukkelsesgrund.

1.1.8. Afgrænsning

1.1.8.1. Juridisk afgrænsning

Eftersom afhandlingens primære fokus er den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, vil der ikke blive foretaget en nærmere analyse af, hvordan de resterende frivillige udelukkelsesgrunde skal fortolkes.

Der vil desuden ikke foretages en dybere analyse af, hvilke aftaler der er i strid med konkurrencereglerne. Dette skyldes, at det vil være en analyse for sig, og at det primære formål med afhandlingen ikke er at repetere hvilke aftaler, der er ulovlige efter konkurrenceretten. Af samme årsag går afhandlingen heller ikke i dybden med, hvornår en aftale alligevel ikke er konkurrencefordrejende efter reglerne om de individuelle fritagelser og gruppefritagelser.

Herudover afgrænses nærværende afhandling fra at anvende retspraksis fra andre EU-lande ved fortolkningen af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Dette kunne være inddraget i tilfælde, hvor medlemslande har implementeret direktivet på samme eller lignende måde som i Danmark. Men eftersom det ikke er afhandlingens formål at foretage en komparativ analyse, vil dette ikke blive inddraget.

1.1.8.2. Økonomisk afgrænsning

I auktionsteori findes både åbne auktioner og lukkede auktioner. Eftersom åbne auktioner ikke er relevante ved offentlige udbud vil denne auktionsform ikke blive gennemgået yderligere. Herudover vil der ikke blive foretaget en analyse af andenprisauktioner. Dette eftersom det ikke anses for at være realistisk, at en ordregiver betaler en højere pris end hvad den vindende tilbudsgiver har budt.

Nærværende afhandling tager udgangspunkt i en uniform fordeling ved udregning af tilbudsgivernes budstrategi i afsnit 3.5. Afhandlingen afgrænser sig fra at udregne det efter andre fordelinger og vil således ikke undersøge, hvordan udfaldet havde været, såfremt en anden fordeling var anvendt.

Nærværende afhandling afgrænses fra at behandle tilbudsgiveres incitament til at opretholde et kartel. Dette skyldes, at det ikke er opretholdelsen af et kartel, der er afhandlingens fokus, men derimod om ordregiveren har et incitament til at udelukke konkurrencefordrejende adfærd.

1.1.8.3. Integreret afgrænsning

På trods af at der i det økonomiske kapitel bliver introduceret asymmetrisk information mellem ordregiver og tilbudsgiver i form af *hidden characteristics*, vil der ikke blive taget udgangspunkt i signaling- og screening-spil i det integrerede kapitel. Dette skyldes, at fokus i nærværende kapitel ikke er, hvorvidt tilbudsgiveren er den type der fordrejer konkurrencen.

Herudover må det pointeres, at nærværende afhandling ikke tager udgangspunkt i de sædvanlige efficiensbetragtninger, idet afhandlingens fokus er at vurdere, hvilken beslutning der vil være efficient for *ordregiveren*.

1.1.9. Struktur

I afhandlingens **kapitel I** er det indtil videre blevet konkretiseret, hvilket emne der vil blive belyst i de resterende kapitler. Resten af kapitel I præsenterer hvilke metoder og teorier, der er valgt til at besvare afhandlingens problemformuleringer.

I **kapitel II** foretages en juridisk analyse, hvor den juridiske problemformulering ønskes besvaret. Indledningsvist bliver der redegjort for henholdsvis udelukkelsesgrunde og de grundlæggende princippers betydning for UBL § 137, stk. 1, nr. 4. For at klargøre, hvordan bestemmelsen anvendes i praksis, foretages herefter en analyse af dens formål og de enkelte elementer af bestemmelsen. Afslutningsvist vil der blive foretaget en analyse af UBL § 138 i forhold til tidsbegrænsningen for den eventuelle udelukkelse og tilbudsgiveres mulighed for self-cleaning.

I **kapitel III** besvares den økonomiske problemformulering gennem en økonomisk analyse. Indledningsvist vil der blive foretaget en analyse af markedet. Herefter vil auktionsteori anvendes til at analysere, hvilke priser ordregiver skal betale ved forskellige former for samarbejde på markedet. Ligeledes anvendes analysen til at vurdere, hvordan ordregiveres besparelse i forhold til det budgetterede påvirkes, når ordregiver udelukker konkurrencefordrejende adfærd. Afslutningsvist foretages en analyse af, hvilke strategiske overvejelser en ordregiver bør gøre sig i forhold til udelukkelse af konkurrencefordrejende adfærd, for at kunne besvare, hvorvidt ordregivere har et incitament til at udelukke denne adfærd.

I **kapitel IV** vil det gennem en integreret analyse blive analyseret, hvorvidt ordregivere har et incitament til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen, og i hvilket omfang dette kan optimeres. Dette belyses ved indledningsvist at analysere, hvilke konsekvenser og risici en indskrivning af udelukkelsesgrunden medfører for ordregiver. Dernæst vil incitamentet blive sat i en spilteoretisk ramme for at undersøge, hvordan konsekvenser og risici påvirker incitamentet. Afslutningsvist vil afhandlingens forfattere bidrage med en vejledning og anbefaling til ordregivere, der står overfor at skulle beslutte, om de vil indskrive bestemmelsen, samt hvordan de skal forholde sig, hvis de vælger at indskrive den.

Kapitel V præsenterer en afsluttende konklusion, der samler de væsentligste pointer, der er blevet udledt i nærværende afhandling.

1.2. Metode og teorivalg

1.2.1. Juridisk metode

Nærværende afhandling vil i kapitel II tage afsæt i en retsdogmatisk analyse for at beskrive gældende ret i forhold til UBL § 137, stk. 1, nr. 4 og foretage en fortolkning heraf. Til brug herfor vil retskildelæren blive inddraget. Alf Ross (herefter Ross) opdeler de bindende normer i regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur.¹⁰ I nærværende afhandling vil der dog kun blive inddraget regulering og retspraksis. Dette skyldes, at der ikke findes nogle retssædvaner, der er relevante for nærværende afhandling, hvilket ligeledes er gældende for forholdets natur.

Selvom afhandlingen tager udgangspunkt i UBL §§ 137, stk. 1, nr. 4 og 138, vil det være uundgåeligt at inddrage EU-retten, da disse bestemmelser udspringer fra udbudsdirektivet. Her gælder der en pligt til EU-konform fortolkning, hvorefter både domstole og administrative myndigheder ved tvivl om, hvorledes en bestemmelse skal forstås, skal fortolke den i overensstemmelse med EU-retsakten, som den udspringer fra.¹¹

¹⁰ Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2014. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist og Økonomiforbundets Forlag. 4. reviderede udgave, s. 435. (Tvarnø & Nielsen, 2014).

¹¹ Ibid., s. 230.

Til at besvare den juridiske problemformulering vil de relevante retskilder fra henholdsvis EU-retten og dansk ret vil blive gennemgået med henvisning til, hvorledes de anvendes i nærværende afhandling.

1.2.1.1. EU-ret

I EU-retten opdeles retskilderne i: primærregulering, bindende sekundærregulering, praksis og ikke-bindende sekundærregulering.¹²

Primærregulering

Primærretten i EU omfatter Traktaterne, Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende rettigheder samt almindelige retsprincipper.¹³ Selvom afhandlingen primært tager afsæt i bindende sekundærregulering, vil Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art. 101 om forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler blive inddraget i den juridiske analyse af UBL § 137, stk. 1, nr. 4.¹⁴

Bindende sekundærregulering

Særligt relevant for nærværende afhandling er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelsen af direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet). Direktiver er bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til med hensyn til det tilsigtede mål. Det er dog op til nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen, jf. TEUF art. 288, stk. 3. Ved udbudsdirektivets ikrafttræden blev direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelser og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter 2004-direktivet) ophævet.

Nærværende afhandling analyserer UBL § 137, stk. 1, nr. 4 og UBL § 138, som er implementeret på baggrund af udbudsdirektivets (UBD) art. 57.

¹² Tvarnø & Nielsen, 2014, s. 135.

¹³ Ibid., s. 119.

¹⁴ Traktaten om den Europæiske Union og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde som er sammenfattet i Lissabon-Traktaten indeholder primært formålsbestemmelser, generelle principper samt kompetencefordeling, og danner grundlaget for EU-retten. Lissabon-Traktaten trådte i kraft d. 1 december 2009.

Praksis

I nærværende afhandling vil der blive inddraget visse EU-domme til brug for den juridiske analyse. Særlig relevant er sag C-124/17 Vossloh Laeis¹⁵, hvor der blev stillet præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen vedrørende maksimumsperioden for udelukkelse. Relevansen skyldes primært den tidligere omtalte pligt for medlemsstater til at fortolke EU-konformt.

Ikke-bindende sekundærregulering

Foruden ovennævnte retsakter følger det af TEUF art. 288, stk. 5, at EU-institutionerne vedtager henstillinger og udtalelser, der dog ikke er retligt bindende men derimod kan anses som værende fortolkningsbidrag. Det ses dog, at EU-Domstolen i sine afgørelser henviser til ikke-bindende regulering, der på den måde på lang sigt kan blive forpligtende.¹⁶ Der vil til brug for analysen af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 henvises til KOM-dokumenter og clusters, der er kommissionsdokumenter indeholdende f.eks. lovforslag, meddelelser, kommunikation, rapporter mv.¹⁷ Herudover henvises der til Kommissionens meddelelser, der også kan anses som fortolkningsbidrag.

1.2.1.2. Dansk ret

Som ovenfor nævnt findes der fire typer retskilder. Ifølge Ross indebærer en juridisk analyse, at man analyserer retskilderne i en bestemt rækkefølge: regulering, retspraksis, retssædvaner og til slut forholdets natur, hvorfor afhandlingen vil følge samme rækkefølge. Dog må det bemærkes, at dette ikke er ensbetydende med, at én retskilde har højere værdi end en anden. Der findes således ikke en rangorden mellem retskilderne.¹⁸

Regulering

Nærværende afhandling vil særligt tage udgangspunkt i udbudsloven nr. 1564 af den 15. december 2015. De danske lovgivere valgte at implementere udbudsdirektivet ved lov, som trådte i kraft den 1. januar 2016, jf. UBL § 196, stk. 1. På baggrund af den retsdogmatiske metode, vil nærværende afhandling starte med en objektiv ordlydsfortolkning af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 der vil medvirke til besvarelsen af den juridiske problemformulering.

¹⁵ Sag C-124/17. Domstolens dom af 24. oktober 2018. For referat se bilag 2.I.

¹⁶ Tvarnø & Nielsen, 2014, s. 144.

¹⁷ <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?fuseaction=helpcote>.

¹⁸ Tvarnø & Nielsen, 2014, s. 34.

Desuden vil konkurrenceloven (KRL), lovbekendtgørelse nr. 155 af den 1. marts 2018, blive inddraget, eftersom denne findes nødvendig i forbindelse med fortolkningen af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Derudover vil der i den integrerede analyse blive henvist til bekendtgørelse af lov om Klagenævnet (klagenævnsloven), nr. 492, af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

Fortolkningsbidrag

I Danmark anvendes ofte subjektiv fortolkning, når domstolene i tvivlstilfælde skal fortolke en national bestemmelse, hvorefter lovgivers vilje inddrages ved vurderingen. Denne findes typisk i forarbejderne til den enkelte lovgivning.¹⁹ Ved besvarelsen af den juridiske problemformulering inddrages forarbejderne til udbudsloven – Forslag til Udbudsloven, 2015/1 LSF 19, fremsat den 7. oktober 2015. Dog skal det bemærkes, at forarbejderne til national lovgivning, der gennemfører underliggende EU-regler, kun kan tillægges begrænset fortolkningsværdi. Dette skyldes, at de blot er lovgivers vurdering af, hvad EU-Domstolen vil lægge til grund ved besvarelsen af et eventuelt præjudicielt spørgsmål.²⁰

Foruden forarbejder anvendes vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som fortolkningsbidrag. Disse er ikke bindende men bygger som oftest på lovgivning og praksis, som er retligt bindende.²¹

Retspraksis

Ved besvarelsen af den juridiske problemformulering er særligt anvendt administrativ praksis. Det er omdiskuteret, hvor langt præcedensvirkningen rækker, når der er tale om praksis fra særlige klagenævn, herunder Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet), der dog tillægges større betydning end praksis fra almindelige forvaltningsmyndigheder.²² De administrative klagenævn anvender i høj grad egne tidligere afgørelser ved vurderingen af lignende sager i fremtiden. Dog skal det bemærkes, at klagenævnsafgørelser kan omgøres ved domstolene, der således har højere præjudikatsværdi.²³ Indtil dette er tilfældet, er det dog de nævnte klagenævnsafgørelser, der kan anvendes som præjudikat.

¹⁹ Tvarnø & Nielsen, 2014, s. 94.

²⁰ Ibid., 2014, s. 153.

²¹ Ibid., 2014, s. 104.

²² Ibid., 2014, s. 197.

²³ Ibid., 2014, s. 199.

I den juridiske analyse anvendes særligt én nyere kendelse. Det drejer sig om Klagenævnets kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark²⁴, der vil blive gennemgået i afsnit 2.6.3.2 nedenfor.

1.2.2. Økonomisk metode

For at besvare den økonomiske problemformulering anvendes den deduktive²⁵ metode til at udlede, hvilke tilbud ordregivere vil få ved forskellige former for samarbejde, samt i hvilket omfang der findes et incitament til at udelukke konkurrencefordrejende adfærd i udbudssituationer. Nedenfor vil den valgte teori for nærværende afhandling blive gennemgået.

1.2.2.1. Neoklassisk teori

Ved besvarelsen af den økonomiske problemformulering befinder afhandlingen sig helt overordnet i det neoklassiske forskningsprogram.

Når ordregivere træffer beslutninger, vil de tage udgangspunkt i, hvad der optimerer deres egen nytte. Dette er ligeledes tilfældet for tilbudsgivere, når disse træffer beslutninger om, hvordan de vil byde, hvorfor både ordregivere og tilbudsgivere vil agere efter hypotesen om at være profitmaksimerende. Desuden antages både ordregiver og tilbudsgivere at være ubegrænset rationelle på en sådan måde, at de besidder ubegrænsede beslutningskompetencer til at finde den optimale handlingsmåde i et givet scenarie. Dette er i overensstemmelse med den hårde kerne i det neoklassiske forskningsprogram.²⁶

I den økonomiske analyse i kapitel III, vil det indledningsvist blive slået fast, hvilken markedsstruktur ordregiver står overfor, og hvilken betydning dette har for konkurrencen om den udbudte kontrakt. Herunder vil det blive vurderet, hvorvidt der er tale om en homogen eller heterogen ydelse i den konkrete case, samt hvilke informationer spillerne har til rådighed, når de træffer deres beslutninger. Disse parametre udgør beskyttelsesbæltet i det neoklassiske forskningsprogram og er således de

²⁴ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, J.nr.: 18/02418. (Bayer mod Banedanmark, 2018). For referat, se bilag 2.L.

²⁵ Deduktion er en fremgangsmåde til at drage videnskabelige slutninger. Ved deduktion tager man således udgangspunkt i generelle principper og drager slutninger om enkelte hændelser, jf. Andersen, Ib. 2013. *Den skinbarlige virkelighed – Vidensproduktion i samfundsvidenskaberne*. Frederiksberg: Samfundslitteratur. 5. udgave., s. 31.

²⁶ Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi, Bind 2 – Virksomhedsteori & industriøkonomi*. København: Jurist og Økonomiforbundets Forlag. 2. udgave, (Knudsen, 1997), s. 54.

udskiftelige variable.²⁷ Markedsstrukturen vil senere ændre sig alt efter hvilke scenarier, der bliver analyseret.

Inden for oligopolteorien befinder man sig på et marked med ”få” virksomheder, hvor der er høj grad af gensidig afhængighed mellem de eksisterende virksomheder. En antagelse er, at virksomheder anses for at være parametrisk rationelle, hvorfor de ræsonnerer sig frem til, hvad der er den profitmaksimerende løsning på baggrund af de givne faktorer.²⁸ Det vil således være den eksterne markedsmæssige adfærd, der vil blive analyseret i kapitel III, hvor det undersøges, hvilke resultater profitmaksimerende adfærd giver under forskellige markedsformer. Dette er ligeledes hvad Harvard-økonomen Edward Mason understreger med sin udvikling af Structure-Conduct-Performance-paradigmet (SCP-paradigmet),²⁹ hvis bagvedliggende mekanismer lægges til grund ved besvarelsen af den økonomiske problemformulering.

1.2.2.2. Spilteori

Til at belyse hvilke priser ordregiver kan komme til at betale, dvs. hvilke bud tilbudsgiverne afgiver, anvendes omvendt auktionsteori i form af førstestprisauktioner i lukkede auktioner,³⁰ der teoretisk tager sit afsæt i spilteori.³¹ Dette skyldes, at spilteoriens opgave er at beskrive rationelle valg for hver spiller, der interagerer strategisk og befinder sig i en situation, hvor en spillers resultat afhænger af, hvad de andre spillere foretager sig.³²

Tilbudsgiverne er bevidste om, at andre tilbudsgiveres beslutninger og ageren i branchen påvirker deres egen ageren. Der er således tale om, at de økonomiske aktører er strategisk rationelle, hvilket netop er ændringen i den hårde kerne i skiftet fra neoklassisk teori til spilteori.³³ Foruden den strategiske rationalitet anses spillerne endvidere for at være individuelt rationelle, hvilket kommer til udtryk i form af, at de vælger en budstrategi, der giver højere payoff fremfor en strategi, der giver lavere payoff.³⁴ På denne måde er profitmaksimeringshypotesen bevaret som en del af den hårde kerne i skiftet fra det neoklassiske til det spilteoretiske forskningsprogram. Desuden er antagelsen om, at aktørerne er

²⁷ Knudsen, 1997, s. 54.

²⁸ Ibid., s. 61.

²⁹ Ibid., s. 68.

³⁰ Se nærmere herom i afsnit 3.4.

³¹ Soudry, Ohad. 2004. Promoting economy: electronic reverse auctions under ec directives on public procurement. *Journal of Public Procurement*. Volume 4 (Issue 3): pp. 340-374 (Soudry, 2004), s. 348.

³² Knudsen, 1997, s. 101.

³³ Ibid., s. 89.

³⁴ Ibid., s. 94.

ubegrænset rationelle ligeledes bevaret i form af, at tilbudsgiverne optimerer og forudsætter, at de andre ligeledes optimerer.³⁵

Ved beslutningen om, hvilke bud tilbudsgiverne skal afgive, kender parterne ikke hinandens omkostninger, hvorfor de ikke kender til, hvilke payoff de andre tilbudsgivere vil modtage. Der er således tale om inkomplet viden.³⁶ I sådanne spil vil løsningsbegrebet være en Bayesian Nash-ligevægt,³⁷ hvilket den økonomiske analyse vil tage udgangspunkt i, i forhold til tilbudsgivernes budstrategi. I kapitel III antages det, at hver tilbudsgiver byder ind med den forventning, at de selv har den laveste omkostning.

Via det spilteoretiske forskningsprogram og mekanismerne bag dette vil nærværende afhandling undersøge, hvad der sker med konkurrencen i branchen for vejmarkering, når forskellige tilbudsgivere i en omvendt auktion afgiver bud på offentlige udbud. Med afsæt i ordregivers synsvinkel bliver denne således klar over, hvilke priser der kan komme på tale for at få udført en konkret opgave. Med udgangspunkt i de indkomne bud i forskellige scenarier af samarbejde på markedet, set i forhold til hvordan tilbudsgivernes ageren påvirker markedsstrukturen, vil det dermed være muligt for ordregiver at foretage en kvalificeret vurdering af, hvorvidt der findes et incitament til at udelukke tilbudsgivere, der udøver konkurrencefordrejende adfærd.

1.2.3. Integreret metode

Den integrerede analyse tager udgangspunkt i kontraktøkonomisk metode, som danner rammen for at analysere juridiske styringsmekanismer på et kontraktniveau.³⁸ Der tages udgangspunkt i, hvordan ordregiver i realiteten bedst muligt kan disponere sine handlinger ved dennes udarbejdelse af udbudsmaterialet. Det er væsentligt at bemærke, at der i nærværende afhandling gælder en begrænsning af den kontraktøkonomiske metode i forhold til, at der alene tages udgangspunkt i ordregiverens profitmaksimerende overvejelser før kontraktindgåelsen. I kapitel IV vil spilteori blive anvendt som værktøj til at belyse, hvordan ordregivers incitament til at indskrive bestemmelsen i udbudsbekendtgørelsen bliver påvirket af forskellige faktorer. Dette vil blive belyst ud fra et sekventielt spil, der defineres som et spil, hvor aktøerne vælger deres strategi på baggrund af den anden spillers

³⁵ Knudsen, 1997, s. 103.

³⁶ Ibid., s. 90.

³⁷ Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and games – Theory and Practice*. Cambridge: MIT Press, (Dutta, 1999), s. 314.

³⁸ Tvarnø & Nielsen, 2014, s. 488.

valg af strategi.³⁹ Spillet vil blive anskueliggjort i ekstensiv form, og dermed opstilles som et beslutningstræ.⁴⁰

Begge aktører – ordregiver og tilbudsgiver – er bevidste om, at deres respektive beslutninger påvirker hinanden. Derfor betragtes de som strategisk rationelle aktører, som en del af den hårde kerne.⁴¹ Foruden spillerne angiver beslutningstræet, hvilke strategier de enkelte spillere kan vælge, idet tilbudsgiveren ved, hvilken beslutning ordregiveren har truffet i begyndelsen af spillet.

For at finde ligevægtsløsningen i form af *subgame perfect Nash equilibrium* i det sekventielle spil i ekstensiv form anvendes såkaldt baglæns induktion.⁴² Ved denne metode starter man ved afslutningen af træet, hvor spillets endelige payoffs er placeret og identificerer hvilken strategi tilbudsgiveren vil vælge i hver afgren af spillet, således at denne får det højeste payoff. Derefter bevæger man sig et trin længere tilbage i spillet og identificerer, hvilken strategi ordregiver vil vælge, således at denne får det højeste payoff ud fra, hvad tilbudsgiveren vælger i næste træk.⁴³

³⁹ Knudsen, 1997, s. 92.

⁴⁰ Ibid., s. 93.

⁴¹ Ibid., s. 89.

⁴² Dutta, 1999, s. 203.

⁴³ Knudsen, 1997, s. 98.

Kapitel II – Juridisk analyse

2.1. Indledning

Formålet med dette kapitel er, at analysere, i hvilket omfang UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er praktisk anvendelig for ordregivere og hvordan ordregivere skal foretage en vurdering om self-cleaning efter denne.

Af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 følger det, at en ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Denne bestemmelse er indført i udbudsloven, der trådte i kraft den 1. januar 2016. Bestemmelsen er dog siden sjældent anvendt i dansk udbudspraksis. På baggrund af den begrænsede anvendelse synes det interessant at undersøge, i hvilket omfang bestemmelsen er praktisk anvendelig for ordregivere.

I nærværende kapitel vil der indledningsvist blive redegjort for, hvad udelukkelsesgrunde er, hvornår de er relevante at gøre sig overvejelser omkring i udbudsproceduren, samt hvordan de grundlæggende principper i udbudsretten påvirker anvendelsen af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Dernæst vil formålet med bestemmelsen blive analyseret ved at kigge på dens tilblivelse. Herefter foretages en analyse af de enkelte elementer i bestemmelsen for at klargøre, hvordan denne skal fortolkes, hvilket kan medvirke til at besvare, i hvilket omfang bestemmelsen er praktisk anvendelig. Eftersom ordregivere er nødsaget til at være opmærksomme på reglerne om tidsbegrænsning af udelukkelsen, og tilbudsgiveres mulighed for at dokumentere deres pålidelighed, vil UBL § 138 afslutningsvist blive analyseret.

2.2. Udelukkelsesgrunde

I udbudsretten findes der udelukkelsesgrunde, hvorefter en tilbudsgiver kan udelukkes fra deltagelse i udbuddet, såfremt denne er omfattet af en af disse. Udelukkelsesgrunde er blandt andet med til at sikre pålidelige kontraktparter og kan begrundes ud fra objektive formål såsom at sikre troværdigheden,

påpasseligheden, den faglige hæderlighed og seriøsiteten hos tilbudsgiveren, jf. Generaladvokatens udtalelse i sag C-178/16, præmis 53.⁴⁴

I udbudsretten sondres der mellem obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, hvor de obligatoriske udelukkelsesgrunde fremgår af UBL §§ 135 og 136 og de frivillige udelukkelsesgrunde fremgår af UBL § 137. En obligatorisk udelukkelsesgrund indikerer, at en ordregiver er forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver, som er omfattet af én af disse. Derimod gælder det i forhold til de frivillige udelukkelsesgrunde, at de kun kan anvendes, såfremt ordregiveren har indskrevet en eller flere af disse i udbudsbekendtgørelsen. Hvis ordregiveren indskriver dem, er de dog også forpligtet til at udelukke tilbudsgivere efter disse. Inden offentliggørelsen af udbudsmaterialet er det således frit op til ordregiveren, hvorvidt denne vil vælge at gøre brug af en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde.

Ved implementeringen af de frivillige udelukkelsesgrunde i dansk ret, var det op til lovgiver at vælge, hvorvidt de frivillige udelukkelsesgrunde efter udbudsdirektivet skulle forblive frivillige, eller om den enkelte medlemsstat ville gøre en eller flere af disse obligatoriske.⁴⁵ I Danmark valgte lovgiver at lade UBL § 137, stk. 1, nr. 4 forblive frivillig.

Det skal hertil bemærkes, at det ikke kun er UBL § 137, stk. 1, nr. 4, som kan udelukke konkurrencefordrejende aftaler. Det følger af den obligatoriske udelukkelsesgrund i UBL § 135, stk. 1, nr. 1 at en ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver, hvis denne er dømt ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg for handlinger begået som led i kriminel organisation, som defineret i Rådets rammeafgørelse 2008/841/ RIA af 24. oktober 2008, art. 2.⁴⁶ Det følger af lovbemærkningerne til UBL § 135, stk. 1, nr. 1, at bestemmelsen kan omfatte de tilfælde, hvor tilbudsgiveren er dømt for at have indgået en kartelaftale omfattet af straffelovens § 299 c, konkurrencelovens § 23, stk. 1, eller stk. 3, såfremt de øvrige betingelser for kriminel organisation ligeledes er opfyldt.⁴⁷ Lovbemærkningerne til

⁴⁴ Sag C-178/16, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona. For referat, se bilag 2.F.

⁴⁵ UBD art. 57(4) statuerer, at Medlemsstaterne kunne implementere de af art. 57(4) udelukkelsesgrunde, som enten frivillige eller obligatoriske.

⁴⁶ Rådets rammeafgørelse 2008/841 af 24. oktober 2008 om bekæmpelse af organiseret kriminalitet, definerer kriminel organisation som: (1) *en struktureret sammenslutning (2) af en vis varighed (3) bestående af mere end to personer, (4) der handler i forening med henblik på at begå strafbare handlinger, som kan straffes med en frihedsstraf eller en sikkerhedsforanstaltning af en maksimal varighed på mindst fire år eller en strengere straf, (5) for direkte eller indirekte at opnå en økonomisk eller anden materiel fordel*, jf. art. 1, punkt 1. Lovbemærkningerne til UBL § 135, stk. 1, nr. 1 bemærker, at en ulovlig handling ikke behøver at falde under den skærpede strafferamme, forinden den opfylder kravet til min. 4 års straf, hvorfor overtrædelser af KRL § 23, stk. 1 eller stk. 3 også kan opfylde kriminel organisation efter den obligatoriske udelukkelsesgrund.

⁴⁷ Folketinget 2015-16, Forslag til Udbudsloven, Lovforslag nr. L 19. Fremsat den 7. oktober 2015 (L 19, 2015), de specielle bemærkninger til UBL § 135, stk. 1, nr. 1, s. 148.

UBL § 135, stk. 1, nr. 1 bemærker, at der foreligger en endelig dom, når denne ikke længere kan ankes.⁴⁸ Herudover henviser bestemmelsen til vedtagelse af bødeforlæg, hvilket forekommer, hvis virksomheden accepterer det bødeforlæg, som retten foreslår. Der kan også ske vedtagelse af bødeforlæg hos konkurrencemyndighederne eller SØIK, hvor en virksomhed på en hurtig og enkel måde kan afslutte en strafsanktioneret konkurrencesag.⁴⁹ Det er dog ikke tilstrækkeligt, at der foreligger en endelig dom eller et vedtaget bødeforlæg, idet samtlige betingelser for kriminel organisation skal være opfyldt. Når dette er tilfældet, er det den obligatoriske udelukkelsesgrund i UBL § 135, stk. 1, nr. 1, der finder anvendelse, frem for UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Foruden ovenstående skal ordregivere ligeledes være opmærksomme på, at de alene kan udelukke en tilbudsgiver fra udbudsproceduren, hvis ordregiveren har meddelt tilbudsgiveren, at den pågældende er omfattet af udelukkelsesgrunden, og tilbudsgiveren ikke inden en af ordregiver fastsat passende frist efter tilbudsfristens udløb har forelagt tilstrækkelig dokumentation for tilbudsgiverens pålidelighed, jf. UBL § 138, stk. 2. De skal således ikke alene vurdere, hvorvidt tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, men også vurdere, om denne har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt.

Med ovenstående for øje, vil proceduren for offentlige udbud blive gennemgået nedenfor, med fokus på, hvornår der skal gøres overvejelser omkring den frivillige udelukkelsesgrund.

2.3. Proceduren ved offentlige udbud

Som angivet i afsnit 1.1.4, er der tale om et marked, hvor offentligt udbud findes at være den mest hensigtsmæssige procedure ved kontraktindgåelse. Ved offentlige udbud kan ”enhver økonomisk aktør” byde på opgaven, hvorfor der potentielt kan være tale om et meget stort antal tilbudsgivere, hvilket i udgangspunktet giver den bredest mulige konkurrence. På visse typer af markeder forekommer der dog risiko for, at tilbudsgivere kan fordreje denne konkurrence, hvorfor en indledende markedsundersøgelse kan give ordregivere en bedre fornemmelse af, om der er behov for at udelukke på baggrund af den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Da de frivillige udelukkelsesgrunde skal fremgå

⁴⁸ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 135, stk. 1, s. 146.

⁴⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Marts 2013. *Processer i konkurrencesager, vejledning*, (Vejledning om processer i konkurrencesager), s. 18.

af udbudsbekendtgørelsen, jf. UBL § 137, stk. 1, er det vigtigt, at ordregiver gør sig disse overvejelser forinden udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver kan alene tildele kontrakten, såfremt denne bl.a. har verificeret, at et tilbud er afgivet af en tilbudsgiver, der ikke skal udelukkes i henhold til §§ 135-137, jf. UBL § 159, stk. 2, nr. 1. Det er således ved denne evaluering, at ordregiver skal verificere, hvorvidt et afgivet tilbud skal udelukkes på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, selvom dette angiveligt er det bedste tilbud. Det er dog alene i tvivlstilfælde, at ordregiveren har en pligt til at foretage effektiv kontrol, jf. UBL § 159, stk. 3, hvor det hertil fremgår af lovbemærkningerne til UBL § 137, stk. 1, nr. 4, at den effektive kontrol blandt andet kan være af, hvorvidt en tilkendegivelse i det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) er korrekt.⁵⁰⁵¹

Udgangspunktet er, at den ordregivende myndighed skal foretage ovenstående vurdering forud for identifikationen af det bedste tilbud. Der findes dog en alternativ mulighed ved offentlige udbud, hvorefter en ordregiver kan vælge indledningsvist at identificere, hvilket tilbud der er bedst, og først derefter vurdere, hvorvidt den pågældende tilbudsgiver opfylder de resterende betingelser. Ved denne fremgangsmåde slipper ordregiver for at foretage udelukkelses- og egnethedsbedømmelsen for samtlige tilbudsgivere, men kan nøjes med at foretage den for den vindende tilbudsgiver, hvilket ligeledes kan anses for det mest effektive, når tildelingskriteriet er laveste pris.⁵²

Hvis ordregiver vurderer, at en tilbudsgiver skal udelukkes, skal denne dog først give tilbudsgiveren en passende frist for at dokumentere dennes pålidelighed, jf. UBL § 138, stk. 2.⁵³ Efter fristen skal ordregiveren begrunde sin beslutning over for tilbudsgiveren, såfremt ordregiver vurderer, at tilbudsgiverens foranstaltninger efter UBL § 138, stk. 1 er utilstrækkelige, jf. UBL § 138, stk. 4. Først herefter kan ordregiver tildele kontrakten.

Ordregiver skal, efter tildelingsbeslutningen er truffet, hurtigst muligt og samtidig underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere skriftligt om, hvilken beslutning denne har truffet om tildelingen af

⁵⁰ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, s. 153.

⁵¹ ESPD er en tilkendegivelse af, at tilbudsgiveren opfylder de fremsatte kriterier, herunder at tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, hvilket fremgår af <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/espd/>.

⁵² L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 4, s. 181.

⁵³ I Danmark har man ved implementeringen valgt at indføre denne bestemmelse, som ikke stammer fra udbudsdirektivet.

kontrakten, jf. UBL § 171, stk. 1, nr. 3. Efter standstillperioden⁵⁴ påbegyndes selve udførelsen af kontrakten. Endvidere skal det bemærkes, at såfremt ordregiveren efter kontraktindgåelse bliver opmærksom på, at der forelå omstændigheder på tildelingstidspunktet, der burde have ført til udelukkelse efter bl.a. UBL § 137, stk. 1, nr. 4, kan ordregiveren vælge at bringe kontrakten til ophør, jf. UBL § 185, stk. 1, nr. 2. Efter kontrakten er indgået, er det således ikke en pligt for ordregiveren at udelukke, men en mulighed.

Umiddelbart synes selve *proceduren* i forhold til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 nogenlunde lige til og dermed praktisk anvendelig for ordregivere. Ordregiver skal dog også tage højde for de grundlæggende principper i udbudsretten, hvilke ligeledes i høj grad er styrende for, hvordan processen skal forløbe. Herudover har de grundlæggende principper også relevans for UBL § 137, stk. 1, nr. 4, hvorfor de vil blive gennemgået nedenfor.

2.4. Udbudsrettens grundlæggende principper

Der er særligt tre grundlæggende EU-retlige principper, der er relevante for besvarelsen af den juridiske problemformulering, hvilke er afledt af principperne i TEUF og nedfældet i UBD art. 18 og UBL § 2, stk. 1. Det drejer sig om ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet samt proportionalitetsprincippet, hvorefter en ordregiver ved offentlige indkøb skal overholde disse ved en udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

2.4.1. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed

Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er begge udviklet i retspraksis og blev først direktivfæstet i 2004-direktivet i dets artikel 2. Ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet, jf. de forenede sager C-21/03 og C-34/03, præmis 27.⁵⁵ Desuden kan princippet både påberåbes af tilbudsgivere, der deltager i det konkrete udbud og af

⁵⁴ Det følger af UBL § 173, at ordregiver tidligst må indgå kontrakt efter udløbet af en standstillperiode i henhold til Klagenævnslovens § 3, stk. 1 eller 2. Af denne fremgår at standstillperioden er minimum 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har afsendt underretningen elektronisk.

⁵⁵ De forenede sager C-21/03, og C-34/03. Domstolens dom af 3. marts 2005. For referat, se bilag 2.C.

potentielle tilbudsgivere, jf. sag C-16/98, præmis 107.⁵⁶ Parallelt hermed kan betragtes gennemsigtighedsprincippet, der er med til at sikre, at det er muligt at gennemskue, hvorvidt ligebehandlingsprincippet er overholdt, jf. sag C-92/00, præmis 45.⁵⁷

Såfremt ordregivere indskriver UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen, er disse som følge af ligebehandlingsprincippet forpligtede til at udelukke *enhver* tilbudsgiver som er omfattet af udelukkelsesgrunden.⁵⁸ Dette skyldes, at hvis ordregivere beslutter ikke at anvende udelukkelsesgrunden alligevel, vil dette være en ændring af et grundlæggende element i udbudsmaterialet, der kan have påvirket, hvorvidt en potentiel tilbudsgiver har valgt at afgive et tilbud.⁵⁹ Tilbudsgivere, der potentielt kunne have afgivet tilbud, har i en sådan situation valgt ikke at deltage på baggrund af et kriterium, der er ændret efter offentliggørelsen af udbudsmaterialet, hvilket vil være et klart brud på ligebehandlingsprincippet.

Af lovbemærkningerne til UBL § 137 fremgår det, at formålet med at indskrive de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen er at styrke gennemsigtigheden i proceduren, hvilket netop er i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet. På denne måde har tilbudsgivere et bedre grundlag for at vurdere, hvorvidt de vil byde på opgaven.⁶⁰ I forlængelse af at styrke gennemsigtigheden i proceduren, skal der også forevises et gennemskueligt udbudsmateriale, der offentliggøres for samtlige økonomiske aktører på samme tid.

Det er dog ikke kun selve udbudsmaterialet og offentliggørelsen heraf, der skal være gennemsigtig. Det er endvidere hele processen og tildelingen af kontrakten, der skal foregå gennemsigtigt. En tilbudsgiver, der er blevet udelukket på baggrund af den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, og som ikke har dokumenteret sin pålidelighed, får således besked om udelukkelsen samt begrundelsen for, at dokumentationen ikke har været tilstrækkelig, jf. UBL § 138, stk. 4. Endvidere får forbigåede tilbudsgivere besked om, hvilken tilbudsgiver, der har vundet udbuddet, samt om hvilke andre tilbudsgivere, der har deltaget i konkurrencen om opgaven. Dette giver både forbigåede tilbudsgivere og potentielle tilbudsgivere bedre mulighed for at gennemskue baggrunden for tildelingen af kontrakten, og dermed for at klage over processen, såfremt de vurderer, at den vindende tilbudsgiver burde have været

⁵⁶ Sag C-16/98. Domstolens dom af 5. oktober 2000. For referat, se bilag 2.G.

⁵⁷ Sag C-92/00. Domstolens dom af 18. juni 2002. For referat, se bilag 2.E.

⁵⁸ Hansen, Kim Lundgaard & Offersen, René. 2016. *Udbudsprocessen*. København: Karnov Group. 2. udgave, 1. Oplag, s. 60.

⁵⁹ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 2, s. 57.

⁶⁰ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 137, s. 152.

udelukket. Det er således ofte ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet der bliver påberåbt, ved klager over ordregiveres tildeling af kontrakter.

2.4.2. Proportionalitetsprincippet

Foruden principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, skal ordregiver endvidere have proportionalitetsprincippet for øje. Dette princip er ligeledes udviklet og defineret i praksis, men blev direktivfæstet senere end de andre principper, og fremgår dermed først af det nugældende udbudsdirektiv i art. 18, stk. 1. Endvidere følger princippet af UBL § 2, stk. 1.

At en foranstaltning skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet betyder, at den skal være egnet og nødvendig for at nå de mål, der lovligt forfølges. Endvidere må denne ikke være uforholdsmæssig i forhold til de tilsigtede mål, jf. sag C-331/88, Fedesa, præmis 13.⁶¹ Ordregiver skal derfor ved udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen have for øje, at der kun må stilles rimelige krav til tilbudsgiverne. Derudover er proportionalitetsprincippet særligt relevant i de situationer, hvor ordregiver har en bred skønsmæssig beføjelse. Derfor spiller proportionalitetsprincippet en særlig rolle, når det omhandler de frivillige udelukkelsesgrunde, hvor mindre uregelmæssigheder kun bør føre til udelukkelse under ekstraordinære omstændigheder, jf. UBD's betragtning 101. Desuden følger det af lovbemærkningerne til UBL § 137, at ordregiver ved benyttelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde skal overholde principperne i UBL § 2, herunder proportionalitetsprincippet. Bemærkningerne fremhæver endvidere, at bagatelagte forhold ikke kan føre til udelukkelse.⁶² Således skal en udelukkelse af en tilbudsgiver med afsæt i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, være proportionel.

Proportionalitetsprincippet spiller ligeledes en væsentlig rolle i forhold til tilbudsgivers mulighed for at dokumentere egen pålidelighed efter UBL § 138 i forbindelse med udelukkelse. Efter denne bestemmelse kan en tilbudsgiver ikke blive udelukket fra udbuddet, hvis der er fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at denne er pålidelig. Eftersom det både er ordregiver, der træffer beslutningen om at udelukke efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4, samt træffer beslutningen om, hvorvidt tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed, er proportionalitetsprincippet særdeles vigtigt at have for øje for at sikre, at ingen tilbudsgiver udelukkes unødigt eller usagligt.

⁶¹ Sag C-331/88. Domstolens dom af 13. november 1990. For referat, se bilag 2.H.

⁶² L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 2, stk. 1, s. 59.

Udbudsproceduren og de grundlæggende principper sætter således den overordnede ramme for anvendelsen af den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4. For yderligere at besvare den juridiske problemformulering, findes det nødvendigt at dykke ned i selve fortolkningen af bestemmelsen.

2.5. Formålet med den frivillige udelukkelsesgrund

I forbindelse med fortolkningen af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, findes det nærliggende at analysere, hvilket formål bestemmelsen forfølger. For at analysere dette, findes det nødvendigt at inddrage UBD art. 57, stk. 4, litra d, eftersom den danske bestemmelse er implementeret næsten ordret herfra.

UBD art. 57, stk. 4, litra d er en ny bestemmelse i udbudsdirektivet, hvilket kan ses ud fra 2004-direktivet, hvor der ikke eksisterede en frivillig udelukkelsesgrund, der decideret nævner konkurrencefordrejning. Retstilstanden dengang var dog alligevel, at det i visse situationer var muligt at udelukke en tilbudsgiver ved overtrædelser af konkurrenceretten på baggrund af de frivillige udelukkelsesgrunde i 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra c eller d.⁶³

Det første forslag til det nye udbudsdirektiv blev fremsat i 2011⁶⁴ (herefter 2011-forslaget), hvortil det er væsentligt at bemærke, at den nuværende UBD art. 57, stk. 4, litra d ikke fremgik. Heraf fremgik i stedet forskellige bestemmelser, som senere er blevet ændret og nu samlet udgør UBD art. 57, stk. 4, litra d. For en nærmere forståelse af formålet findes det relevant at undersøge bestemmelserne, der fremgik af 2011-forslaget.

Af 2011-forslagets betragtning 7 fremgik det, at det kunne medføre alvorlig konkurrencefordrejning, hvis der f.eks. blev indgået aftaler med andre ansøgere for at manipulere resultatet af proceduren. Herudover blev det fremsat, at ansøgere ved begyndelsen af proceduren skulle fremlægge en erklæring

⁶³ Det følger af 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra c, at enhver økonomisk aktør kunne udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, som ved retskraftig dom er dømt for strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlig. Herudover følger det, at man efter 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra d kunne udelukke en tilbudsgiver, hvis det bevisligt kunne konstateres, at denne har begået en alvorlig fejl i forbindelse med dennes erhverv. EU-Domstolen fandt i forlængelse heraf i sag C-470/13 at det var muligt at udelukke tilbudsgiver ved overtrædelser nationale regler efter 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra d, såfremt der forelå en sanktion i form af bøde i form af en konkurrenceovertrædelse. For referat af C-470/13, se bilag 2.D.

⁶⁴ Europa-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM(2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD), Bruxelles, den 20. december 2011.

på tro og love om, at de ikke havde indgået aftaler eller ville indgå aftaler med andre ansøgere og tilbudsgivere med det formål at fordreje konkurrencen, jf. 2011-forslagets art. 22, litra b. Desuden fulgte det af 2011-forslagets art. 68, litra b, at såfremt denne tro- og loveerklæring var urigtig, skulle ordregiver ikke tildele kontrakten til tilbudsgiveren, selvom denne havde afgivet det bedste tilbud.

Formålet med, at tilbudsgiver skulle fremlægge en tro- og loveerklæring om, at de ikke havde indgået aftaler med det formål at fordreje konkurrence, var blandt andet for at forhindre bid rigging, og den var udformet efter konceptet *Certificates of independent bid determination (CIBD)*⁶⁵, som netop er et værktøj, der skal forhindre dette. CIBD fungerer på en sådan måde, at man får tilbudsgivere til at skrive under på, at deres bud er udarbejdet selvstændigt, og at der ikke har været nogen form for kommunikation, konsultation, kontrakt, aftale eller underforstået aftale med en konkurrent.⁶⁶

Herudover var formålet med bestemmelsen om udelukkelse, at denne skulle have en afskrækkende funktion over for tilbudsgiver og sikre, at der ikke blev afgivet falsk tro- og loveerklæring, da denne i så fald ville blive udsat for en dobbelt sanktion.⁶⁷ Denne dobbelte sanktion indebar, at tilbudsgiveren kunne blive udelukket fra udbuddet samt blive pålagt de almindelige sanktioner i national ret ved at afgive falske højtidelige erklæringer.

I forlængelse af at de ovenfor refererede bestemmelser i 2011-forslaget blev slettet, blev den frivillige udelukkelsesgrund samtidig introduceret i en konsolideret udgave af 2011-forslaget. Det fremgår ikke deraf, hvorfor de øvrige bestemmelser blev slettet, men det må antages, at formålet med disse er videreført i den frivillige udelukkelsesgrund.

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at formålet med UBD art. 57, stk. 4, litra d er at undgå bid rigging, og formentlig andre former for manipulation med udfaldet af konkurrencen. Den frivillige udelukkelsesgrund skal på baggrund af dette være med til at sikre en større overensstemmelse med konkurrencereglerne i udbudsprocessen.⁶⁸ Herudover skal bestemmelsen læses i forlængelse af tidligere

⁶⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures. 2011/0438 (COD), Brussels, 14 June 2012. (Cluster 8, 2012), s. 9.

⁶⁶ OECD. 2009. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement: Helping governments to obtain best value for money.* (OECD, 2009).

⁶⁷ Cluster 8, 2012, s. 9 og 12.

⁶⁸ Lichère, Francois, Caranta, Roberto & Treumer, Steen. 2014. *Modernising Public Procurement, The New Directive.* København: Djøf Publishing. 1. edition (Lichère, Caranta & Treumer, 2014), s. 109-110.

rapporter og retningslinjer fra Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)⁶⁹ vedrørende bekæmpelse af bid rigging⁷⁰, som blandt andet anbefaler, at reguleringen for offentlige indkøb skal fokusere på at mindske risikoen for ulovlige aftaler mellem tilbudsgivere. En nærmere analyse af bestemmelsen vil blive foretaget nedenfor for nærmere at udlede, hvordan den skal fortolkes, og dermed i hvilket omfang den er praktisk anvendelig.

2.6. Analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4

For at kunne besvare nærværende afhandlings juridiske problemformulering er det nødvendigt at foretage en dybdegående analyse af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Dette for at vurdere, hvordan bestemmelsen skal fortolkes af ordregivere, så disse ved, hvad de skal være opmærksomme på, når den anvendes i praksis. Indledningsvist vil der blive foretaget en objektiv ordlydsfortolkning af bestemmelsen.

2.6.3. Objektiv ordlydsfortolkning af UBL § 137, stk. 1, nr. 4

I Danmark er UBD art. 57, stk. 4, litra d som nævnt implementeret i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, hvoraf det følger at:

§ 137, stk. 1: En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis

nr. 4) ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning,

Ordlyden i UBL § 137, stk. 1 fremgår ganske klar, og giver således ikke anledning til tvivl, hvorfor der vil blive fokuseret på ordlyden i nr. 4.

⁶⁹ Graells, Albert Sánchez. 2015. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford and Portland: Hart Publishing. Second edition. (Graells, 2015), s. 296.

⁷⁰ OECD. 2012. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, As approved by Council on 17 July 2012, [C(2012)115 – C(2012)115/CORRI – C/M(2012)9] (OECD, 2012) & OECD, 2009.

Af bestemmelsen fremgår det, at ordregiveren skal have *tilstrækkelige plausible indikationer*, førend denne kan anvendes. Efter ordlyden må dette kunne sidestilles med, at ordregiver med en vis sandsynlighed skal kunne retfærdiggøre, at nogle bestemte tegn tyder på, at der foregår konkurrencefordrejning. Umiddelbart kan man forestille sig, at det vil svare til at have mistanke om noget eller, at der er tegn på, at noget konkurrencefordrejende foregår. Det er dog hverken defineret i udbudsdirektivet eller udbudsloven, hvad der nærmere skal forstås ved dette beviskrav. Dog indikerer ordlyden, at det er ordregiveren, der har bevisbyrden, hvorfor det er ordregiver der skal leve op til beviskravet om *tilstrækkelige plausible indikationer*.

Ydermere fremgår det af bestemmelsen, at der skal være *indgået en aftale* med andre økonomiske aktører *med henblik på konkurrencefordrejning*. Men hvad der nærmere ligger i ordvalget uddybes ikke, og hverken *aftale mellem en tilbudsgiver og økonomisk aktør* eller *med henblik på konkurrencefordrejning* er defineret i udbudsdirektivet eller udbudsloven.

En objektiv ordlydsfortolkning er dermed ikke med til at klargøre, hvornår en ordregiver kan anses for at have *tilstrækkelige plausible indikationer*. Herudover kan det ej heller udledes af ordlyden, hvad der skal forstås ved *en aftale med henblik på konkurrencefordrejning*.

For at afdække ovenstående nærmere, findes det nødvendigt at foretage en yderligere fortolkning. Det findes hensigtsmæssigt at analysere den sidste del af bestemmelsen først, for at statuere, hvornår en tilbudsgiver er omfattet. Indledningsvist vil der således blive foretaget en analyse af, hvornår der forekommer en aftale mellem en tilbudsgiver og en økonomisk aktør med henblik på konkurrencefordrejning. Dernæst vil den første del af bestemmelsen – altså beviskravet – blive analyseret for at belyse, hvornår en ordregiver kan siges at have tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at den anden del af bestemmelsen er opfyldt.

2.6.4. Aftaler mellem tilbudsgivere med henblik på konkurrencefordrejning

Det fremgår som nævnt af det sidste led i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, at en tilbudsgiver skal have indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning for at være omfattet af bestemmelsen. Hvornår dette er tilfældet er dog ikke muligt at udlede på baggrund af bestemmelsens ordlyd. For nærmere at belyse dette, er det relevant foretage en subjektiv fortolkning med inddragelse af

lovbemærkningerne. Det forholder sig dog sådan, at lovbemærkningerne til UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke udtrykker sig om, hvad der skal forstås ved den sidste del af bestemmelsen.

Der må derfor skeles til lovbemærkningerne til andre bestemmelser i udbudsloven for nærmere at belyse, hvad der skal forstås ved en aftale indgået mellem tilbudsgiver og en anden økonomisk aktør med henblik på konkurrencefordrejning. Af lovbemærkningerne til UBL § 138, stk. 3, nr. 2 fremgår det:

*"I forhold til overtrædelser af konkurrenceloven, der kan være relevant i forhold til § 137, stk. 1, nr. 4, kan det være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der er den relevante undersøgelsesmyndighed."*⁷¹

(vores understregning)

Da ovenstående bemærker, at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 kan være relevant, når der er tale om overtrædelser af konkurrenceloven, synes det nærliggende at drage paralleller hertil. Herudover er UBL § 137, stk. 1, nr. 4's formål som nævnt at forebygge bid rigging og andre former for manipulation med udfaldet af konkurrencen om et udbud, hvilket ligeledes taler for at undersøge konkurrenceretten, der netop er med til at forebygge disse og lignende konkurrenceretlige tilfælde. Det skal derfor vurderes, hvilke regler inden for konkurrenceretten, der skal undersøges.

UBL § 137, stk. 1, nr. 4 fokuserer på aftaler mellem økonomiske aktører, som er indgået med henblik på konkurrencefordrejning. Bestemmelsens ordlyd minder til dels om forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 1⁷², hvoraf det fremgår af første led:

"Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt (...)"

Ovenstående indikerer, at der skal være tale om en aftale mellem økonomiske aktører, som kan fordreje konkurrencen, hvilket ligeledes fremgår af UBL § 137, stk. 1, nr. 4's ordlyd. Kigger man derimod på TEUF art. 102, stk. 1, der regulerer forbuddet mod at en virksomhed misbruger sin dominerende stilling, indikerer denne ikke, at der skal foreligge en sådan aftale mellem nogle parter. Idet UBL § 137,

⁷¹ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 3, nr. 2, s. 157.

⁷² I Danmark er den relevante bestemmelse KRL § 6, stk. 1-3. Herefter vil der alene blive henvist til TEUF art. 101, stk. 1.

stk. 1, nr. 4 specifikt nævner et anvendelsesområde, hvor en tilbudsgiver har indgået en aftale med andre økonomiske aktører, kan bestemmelsen derfor ikke sammenlignes med TEUF art. 102, stk. 1.

Det må dermed konstateres, at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 alene kan sammenlignes med TEUF art. 101, stk. 1, hvorefter det er nødvendigt at skelne mellem tre faktorer for forståelsen af den udbudsretlige bestemmelse.

Af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 fremgår det, at en tilbudsgiver skal have indgået en *aftale* med andre økonomiske aktører for at være omfattet, hvorfor det først og fremmest findes væsentligt at analysere, hvorvidt dette skal forstås ligesom en aftale efter konkurrencerettens definition. Se afsnit 2.6.4.1.

Herudover findes det relevant at analysere, hvorvidt ”*med henblik på konkurrencefordrejning*” kan sammenlignes med forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. Se afsnit 2.6.4.2.

Slutteligt vil selve ordet *konkurrencefordrejning* blive analyseret, ved at sammenholde dette med, hvad der gælder i konkurrenceretten. Se afsnit 2.6.4.3.

2.6.4.1. Aftale

Det skal først tydeliggøres, hvornår der kan siges at foreligge en aftale mellem økonomiske aktører i udbudsrettens forstand, hvilket gøres ved at sammenligne med forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1.

TEUF art. 101, stk. 1 omfatter 1) alle aftaler mellem virksomheder, 2) alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og 3) alle former for samordnet praksis. Idet UBL § 137, stk. 1, nr. 4 hverken nævner vedtagelser eller samordnet praksis, kan der ud fra ordlyden som udgangspunkt kun sammenlignes med definitionen på *aftaler*.

Den klassiske definition af *aftale* i konkurrenceretten blev fastlagt i sag T-41/96, Bayer AG mod Kommissionen⁷³, hvoraf det følger, at det der kendetegner selve begrebet aftale i traktatens forstand er, at der foreligger en sammenstemmende vilje mellem virksomheder om at følge en bestemt adfærd på markedet, uanset at dette ikke kommer til udtryk i selve aftalens ordlyd, jf. dommens præmis 173. For at være omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, er det således tilstrækkeligt, at der findes en fælles vilje om at følge en bestemt konkurrencebegrænsende adfærd, der ikke nødvendigvis skal være

⁷³ Sag T-41/96. Rettens dom af 26. oktober 2000. For referat, se bilag 2.A.

formuleret i en skriftlig aftale. Denne definition af *aftale* må ligeledes være definerende for, hvornår noget er en *aftale* efter den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Dette indebærer således, at det ikke kun vil være direkte aftaler om konkurrencefordrejning, som vil være omfattet af bestemmelsen, men ligeledes stiltiende aftaler.

Der kan dog ikke findes en forklaring på lovgivers valg af ordet *aftale*, og dermed dennes udeladelse af *vedtagelse* og *samordnet praksis*. Spørgsmålet er, om lovgiver har haft en intention med, at bestemmelsen begrænses til *aftaler* og dermed bevidst har udeladt de øvrige aftaleformer. For at afveje, hvilken intention lovgiver eventuelt måtte have haft ved kun at skrive *aftale*, findes det nødvendigt at sammenholde de forskellige aftaleformer.

Samordnet praksis defineres som en form for samvirke mellem virksomheder, som ikke er nået til et stadie, hvor der er indgået en egentlig aftale, men hvor parterne bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med konkurrence, med et praktisk samarbejde.⁷⁴ Et eksempel på en samordning af praksis kan være, hvis en gruppe af tilbudsgivere afholder et møde efter offentliggørelsen af ordregivers udbud for at udveksle informationer omkring priser eller processer, og hvor de deltagende tilbudsgivere bruger disse oplysninger til at tilbyde en højere pris til ordregiver. Selvom tilbudsgiverne ikke udtrykkeligt har aftalt, at de skal afgive et højere tilbud, kan dette blive omfattet af samordnet praksis efter TEUF art. 101, stk. 1. Ved en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder skal forstås de situationer, hvor der ikke er indgået en decideret aftale mellem virksomheder, men hvor kompetente organer i en sammenslutning har truffet en beslutning, som er i strid med konkurrenceretten. Disse vedtagelser vil blive omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, uanset om de er bindende eller ej.⁷⁵

Eftersom ordlyden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke refererer til samordnet praksis eller vedtagelser, vil en sådan adfærd umiddelbart ikke være nok til at retfærdiggøre en udelukkelse. Der kan dog argumenteres for, at en så restriktiv ordlydsfortolkning må anses som uhensigtsmæssig.⁷⁶ Først og fremmest ses det, at Kommissionen i deres afgørelser dækker sig ind ved at referere til både aftaler og samordnet praksis og altså ikke skelner mellem disse, hvilket er accepteret af Retten og EU-Domstolen.⁷⁷ På baggrund heraf vil det være endnu mere usandsynligt, at en ordregiver skal kunne skelne mellem de forskellige

⁷⁴ Fejøl, Jens & Ølykke, Grith Skovgaard. 2014. *EU-Konkurrenceret – Almindelig del*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. Udgave (Fejøl & Ølykke, 2014), s. 46.

⁷⁵ Ibid., 2014, s. 42.

⁷⁶ Denne holdning deles med Graells, idet han udtrykker, at en så snæver fortolkning af bestemmelsen ikke vil give nogen mening: Graells, 2015, s. 298.

⁷⁷ Fejøl & Ølykke, 2014, s. 45.

aftaletyper. Herudover vil det i praksis typisk være adfærden man observerer først, og det synes vanskeligt for en ordregiver at vurdere, hvilken form for aftale, der foreligger, uden en nærmere undersøgelse heraf. På denne baggrund finder nærværende afhandlings forfattere det uhensigtsmæssigt, såfremt det ikke er muligt at udelukke samordnet praksis eller vedtagelser men kun *aftaler*, hvorfor det vurderes, at bestemmelsen ikke begrænses til kun at omfatte *aftaler* i TEUF art. 101, stk. 1's forstand.

Endvidere må det bemærkes, at TEUF art. 101, stk. 1 både omfatter vertikale og horisontale aftaler.⁷⁸ I udbudsretten kan der opstå konkurrencefordrejende forhold både ved indgåelse af horisontale og vertikale aftaler. En horisontal aftale kan for eksempel være et konsortiesamarbejde, hvor to virksomheder samarbejder om at udføre en opgave, som de normalt vil konkurrere om eller en aftale om tilbudskoordinering blandt konkurrenter. En vertikal aftale kan derimod forekomme mellem en tilbudsgiver og dennes underleverandør. I begge situationer kan der opstå konkurrencefordrejende adfærd, hvorfor det findes at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 omfatter både horisontale og vertikale aftaler.

På baggrund af ovenstående kan der argumenteres for, at det formentlig ikke har været intentionen med bestemmelsen, at en aftale skal forstås så ordret, at den ikke omfatter vedtagelser og samordnet praksis. Hvis dette skulle være tilfældet, vil bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 være så snæver, at det ville være forholdsvist simpelt for tilbudsgivere, der ønsker at fordreje konkurrencen, at omgå den frivillige udelukkelsesgrund. De ville i den situation kunne træffe vedtagelser eller foretage samordnet praksis, der fordrejer konkurrencen, og dermed ikke have indgået en *aftale* med henblik på konkurrencefordrejning i udbudsrettens forstand. En tilbudsgiver, der i dette omfang forsøger at omgå udbudsreglerne, vil dog stadig blive "fanget" af konkurrencereglerne, såfremt det opdages. Selvom tilbudsgiverne i dette tilfælde vil blive påført store bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne, findes det uhensigtsmæssigt, hvis udbudsreglernes definition af *aftale* i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke dækker over de samme aftaleformer. Ud fra denne betragtning er det nærværende afhandlings forfatteres holdning, at en *aftale* mellem økonomiske aktører også omfatter de situationer, hvor de økonomiske aktører har samordnet deres praksis, eller hvor der foreligger en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder.

2.6.4.2. Med henblik på

Hernæst findes det nødvendigt at analysere, hvordan formuleringen *med henblik på* konkurrencefordrejning skal forstås. Ordlyden findes tvetydig, da bestemmelsen kan forstås på flere

⁷⁸ Ibid., s. 31.

måder. Enten kan den fortolkes på den måde, at tilbudsgiveren skal have haft en subjektiv intention med at indgå en aftale med andre økonomiske aktører, som har til hensigt at fordreje konkurrencen. Alternativt kan bestemmelsen forstås således, at det er selve aftaletypen, der helt objektivt ”har med henblik på” at fordreje konkurrencen. Det bliver ikke præciseret i lovbemærkningerne, om *med henblik på* refererer til den subjektive hensigt eller selve aftalens objektive indhold. Kigges der i den udbudsretlige litteratur, fortolker de fleste forfattere det dog som om, at formuleringen *med henblik på* refererer til selve aftalens objektive indhold. I denne forbindelse drager forfatterne fra udbudslitteraturen paralleller til konkurrenceretten, hvor formuleringen sammenlignes med de to begreber ”til formål”- eller ”til følge”-overtrædelser, som følger af TEUF art. 101, stk. 1.⁷⁹

En formålsovertrædelse efter TEUF art. 101, stk. 1 indebærer, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Når selve aftalens natur, herunder aftalens indhold og objektive formål, er at begrænse konkurrencen, må denne anses for at udgøre en formålsovertrædelse.⁸⁰ Det er således aftalens objektive formål, der refereres til, og ikke hensigten med aftalen, jf. sag C-209/07, præmis 21. I denne sag fandt EU-Domstolen følgende:

”Ved undersøgelsen af, om en aftale er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF⁸¹, skal der lægges vægt på ordlyden af bestemmelserne og de tilsigtede målområder. Selv om det i denne forbindelse antages, at det er godtgjort, at parterne i en aftale har handlet uden subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, men med det formål at afhjælpe virkningerne af en krise i sektoren, er sådanne betragtninger ikke relevante ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse.”⁸² (vores understregning)

Hvis formuleringen *med henblik på* skulle indikere en subjektiv hensigt, ville ovenstående sag ikke være omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund. Såfremt dette var tilfældet, ville det synes fornuftsstridigt at stille ordregiver i en situation, hvor de skulle vurdere, om det var tilbudsgiverens subjektive intention med aftalen at fordreje konkurrencen. Det er således nærværende forfatteres holdning, at dette ikke har været intentionen med bestemmelsens ordlyd, og at formuleringen nærmere retter sig mod begreberne ”til formål” og ”til følge” i TEUF art. 101, stk. 1. Det kan dog undre, hvorfor lovgiver har valgt formuleringen *med henblik på* konkurrencefordrejning – altså et helt andet ordvalg end i TEUF art. 101, stk. 1. Såfremt bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 udtrykte, at tilbudsgiveren skal have indgået en

⁷⁹ Herunder bl.a.: Fejøl, Ølykke, Nielsen, Fog, Hamer & Graells.

⁸⁰ Meddelelse fra Kommissionen. *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3.* (2004/C 101/08), præmis 23.

⁸¹ Nu TEUF art. 101, stk. 1.

⁸² Sag C-209/07. Domstolens dom af 20. november 2008, præmis 21. For referat, se bilag 2.A.

aftale med andre økonomiske aktører *som har til formål at fordreje konkurrencen*, ville det være lettere at sammenligne ordlyden.

Visse udbudsretlige forfattere har diskuteret sammenligneligheden mellem disse begreber, hvor Grith Skovgaard Ølykke og Morten Qvist Fog (herefter Ølykke og Fog) bl.a. gør gældende, at det faktum, at det skal være *med henblik* på konkurrencefordrejning taler for, at der skal være tale om en formålsovertrædelse.⁸³ Det må dog bero på en fortolkning, hvorvidt UBL § 137, stk. 1, nr. 4 også skal dække ”til følge”-overtrædelser. I denne forbindelse finder Carina Risvig Hamer (herefter Hamer), at det formentlig ikke er tilstrækkeligt, at aftalen har *til følge* at fordreje konkurrencen.⁸⁴

I forlængelse af denne overbevisning gør Ølykke og Fog dog gældende, at den obligatoriske udelukkelsesgrund i UBL § 135, stk. 1, nr. 1 allerede rammer ”til formål”-overtrædelser i form af karteldannelser, hvorfor det ville give mening, hvis ”til følge”-overtrædelser også var omfattet af UBL § 137, stk. 1, nr. 4.⁸⁵ Dette er der til dels en pointe i, da en aftale, som har den følge at fordreje konkurrencen ligeledes er en overtrædelse af konkurrencereglerne, hvorfor der kan argumenteres for, at den frivillige udelukkelsesgrund burde omfatte begge former for overtrædelser. På den anden side må det dog bemærkes, at det kræver en dybdegående konkurrenceretlig analyse at vurdere, hvorvidt en aftale har til følge at begrænse konkurrencen. For mange ordregivere vil det være en uforholdsmæssig stor byrde at skulle foretage en sådan analyse, og umiddelbart vil det ikke være i overensstemmelse med de kompetencer, som en ordregiver almindeligvis besidder.

På baggrund af bestemmelsens ordlyd, kan der dermed argumenteres for, at der må være en forskel mellem TEUF art. 101, stk. 1 og UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i den forstand, at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke dækker over ”til følge”-overtrædelser. En umiddelbar forklaring kan være, at det ikke ville være proportionelt at udelukke tilbudsgivere på baggrund af ”til følge”-overtrædelser, da det kunne tænkes at stride imod proportionalitetsprincippet at udelukke tilbudsgivere på grund af eftervirkninger af en aftale, som ikke var med henblik på at fordreje konkurrencen. Nærværende forfattere tilslutter sig dermed den generelle holdning i litteraturen, men dog med den bemærkning, at det findes lettere kritisabelt, at en

⁸³ Steen Treumer (red.), Berg, Claus m.fl. 2016. *Udbudsloven*. København: Ex Tuto Publishing. (Kapitel 9. Ølykke, Grith Skovgaard & Fog, Morten Qvist. *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning*) (Ølykke & Fog, 2016), s. 270-271.

⁸⁴ Hamer, Carina Risvig. 2016. *Grundlæggende udbudsret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 1. udgave (Hamer, 2016), s.491.

⁸⁵ Ølykke & Fog, 2016, s. 270.

afgørelse eller dom for en ”til følge”-overtrædelse i konkurrenceretten ikke kan medføre en udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

2.6.2.3. Konkurrencefordrejning

Det skal ligeledes undersøges, hvilken betydning ordet *konkurrencefordrejning* skal tillægges. Begrebet er som nævnt ikke defineret i udbudsloven eller udbudsdirektivet, hvorfor der ligeledes her må drages paralleller til konkurrencerettens forståelse heraf. TEUF art. 101, stk. 1 omfatter situationer, der kan ”*hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen*”. Hertil findes det interessant at undersøge, om det har en betydning, at man har valgt kun at anvende *konkurrencefordrejning*, og derved udeladt *begrænse* og *hindre* fra bestemmelsen.

I den konkurrenceretlige litteratur ses det, at en begrænsning af konkurrencen, om end den består af en hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen, formuleres overordnet som *konkurrencebegrænsning*. Det fremgår bl.a. af EU-konkurrenceret, af Jens Fejø (herefter Fejø) og Ølykke, at ”*Enhver form for konkurrencebegrænsning kan rammes, jf. den brede formulering, »hindre, begrænse eller fordreje«, (...)»*⁸⁶. Den brede opremsning er således med til at sikre, at enhver konkurrencebegrænsende situation omfattes af TEUF art. 101. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt UBL § 137, stk. 1, nr. 4 skal favne ligeså bredt.

På samme vis som det var argumentationen i afsnit 2.6.4.1, hvor *aftale* blev vurderet, synes det at være uhensigtsmæssigt, hvis fravalget af *begrænsning* og *hindring* i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 indebærer, at ordregivere skal foretage en vurdering af, hvilken form for påvirkning af konkurrencen, der er tale om, for herefter kun at kunne udelukke en tilbudsgiver, hvor der er tale om fordrejning af konkurrencen. Denne vurdering vil kræve indgående kendskab til konkurrencereglerne, hvilket oftest ikke vil være inden for ordregiveres kompetencer.

Det er dermed nærværende forfatteres opfattelse, at henvisningen til konkurrencefordrejning i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, skal fortolkes i overensstemmelse med TEUF art. 101, stk. 1 om konkurrencebegrænsende aftaler. Det skal hertil bemærkes, at ordregiver ikke kan udelukke en tilbudsgiver, hvis aftalen lever op til kravene i TEUF art. 101, stk. 3 om individuelle fritagelser eller

⁸⁶ Fejø & Ølykke, 2014, s. 70.

gruppefritagelser.⁸⁷ Det er dog væsentligt at pointere, at de fire kumulative betingelser⁸⁸ for at opnå individuel fritagelse ofte ikke vil være opfyldt, såfremt der er tale om en ”til formåls”-overtrædelse.⁸⁹

2.6.2.4. Sammenfatning

Ordregivere skal således gøre sig overvejelser om konkurrencereglerne, når denne skal vurdere, hvorvidt tilbudsgivere skal udelukkes med afsæt i den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Det er på baggrund af ovenstående nærværende forfatteres vurdering, at bestemmelsen skal fortolkes som, at den ordregivende myndighed skal udelukke en tilbudsgiver, når denne har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale, samordnet praksis eller foretaget vedtagelser med en anden økonomisk aktør, der har til formål at fordreje, hindre eller begrænse konkurrencen. Dermed vil UBL § 137, stk. 1, nr. 4 omfatte aftaler såsom karteldannelser mellem økonomiske aktører samt ulovlige konsortier, som har til formål at fordreje konkurrencen. Foruden risikoen for at tilbudsgivere indgår sådanne konkurrencefordrejende aftaler, kan der ligeledes opstå konkurrencefordrejende forhold i en situation, hvor tilbudsgiver anvender underleverandører efter UBL § 177, eller hvor en tilbudsgiver baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen efter UBL § 144.⁹⁰ Det er således ikke tilstrækkeligt, at ordregivere blot har ulovlige konsortier eller horisontale karteller i tankerne, når de indskriver den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Dertil må det bemærkes, at det i afsnit 2.6.4.1. blev statueret, at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke kan sammenlignes med TEUF art. 102, stk. 1, hvorfor en virksomhed, der misbruger dennes dominerende stilling, ikke er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrunds anvendelsesområde. Hertil må det kort bemærkes, at et sådan fravalg kan undre, idet denne adfærd som udgangspunkt kan være lige så skadelig for konkurrencen, som konkurrencefordrejende aftaler.

⁸⁷ De individuelle fritagelser og gruppefritagelser fremgår af hhv. af KRL § 8 og § 10.

⁸⁸ Aftalen skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der: a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, jf. TEUF art. 101, stk. 3.

⁸⁹ Graells, 2015, s. 298.

⁹⁰ Pinborg, Jacob, Harboe, Christa & Ølykke, Grith Skovgaard. Nyhed den 5. december 2017. Konsortier – Hvad skal ordregiver være opmærksom på?. *Kammeradvokaten, Advokatfirmaet Poul Schmidth.*

Førend ordregivere kan anvende bestemmelsen til at udelukke en omfattet tilbudsgiver, skal disse efter bestemmelsens ordlyd have *tilstrækkelige plausible indikationer* til at konkludere, at ovenstående er tilfældet, hvorfor netop denne formulering vil blive analyseret nedenfor.

2.6.3. Beviskrav – tilstrækkelige plausible indikationer

Som nævnt i afsnit 2.6.3, er det ordregiver, der skal løfte bevisbyrden om, at denne har tilstrækkelige plausible indikationer.⁹¹ Som bemærket er det dog ikke muligt at udlede på baggrund af ordlydsfortolkningen i afsnit 2.6.3, hvornår ordregivere har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Det er derfor nødvendigt at foretage en subjektiv fortolkning med inddragelse af lovbemærkningerne for nærmere at belyse, hvornår dette er tilfældet.

2.6.3.1. Lovbemærkninger

Det fremgår først og fremmest af lovbemærkningerne til UBL § 137, stk. 1, nr. 4⁹², at bevisbyrden efter denne frivillige udelukkelsesgrund er mere lempelig for ordregiver at løfte end den, der forekommer efter UBL § 137, stk. 1, nr. 1, 3, 5 og 6. Efter disse bestemmelser skal ordregivere kunne *påvise*, at tilbudsgiveren er omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund. Lovbemærkningerne synes således at statuere, at det at *påvise* noget er en strengere bevisbyrde at løfte, end når ordregiveren 'blot' skal have *tilstrækkelige plausible indikationer*.

Spørgsmålet er dernæst, hvornår der forekommer disse tilstrækkelige plausible indikationer. Hertil foreskriver lovbemærkningerne, at det er en konkret vurdering, men at det vil være tilstrækkeligt, såfremt ordregivere kan fremlægge dokumentation, som troværdigt indikerer, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.⁹³ Dette rejser dernæst spørgsmål om, hvilken form for dokumentation som troværdigt indikerer dette. Lovbemærkningerne giver hertil to eksempler.

Først og fremmest kan det være, hvis der er rejst tiltale mod en tilbudsgiver for at have indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning.⁹⁴ Det vil sige, at såfremt ordregiver har valgt at indskrive UBL

⁹¹ Dette følger endvidere af Ølykke & Fog, 2016, s. 250.

⁹² L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 4, s. 154.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

§ 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen, er denne forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver, hvor anklagemyndigheden har sendt sagen for retten, og hvor den sigtede tilbudsgiver får udleveret et anklageskrift og dermed bliver tiltalt i den pågældende sag.⁹⁵

Foruden ovenstående henviser lovbemærkningerne til et andet scenarie, hvor det kan være tilstrækkeligt, såfremt der foreligger oplysninger fra myndigheder, der indikerer, at en tilbudsgiver har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Dette eksempel må anses for at være en anelse mindre konkret, da det synes svært at udlede, hvilke oplysninger myndighederne kan ligge inde med, som tilstrækkeligt indikerer, at en tilbudsgiver har indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

Herudover fremgår det af lovbemærkningerne, at UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke kun finder anvendelse for aftaler med henblik på konkurrencefordrejning inden for det konkrete udbud. Ordregiveren kan ligeledes udelukke en tilbudsgiver, såfremt der er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren i forbindelse med et tidligere udbud, hos en anden ordregiver, har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.⁹⁶ Selvom en anden ordregiver har udelukket på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er dette dog ikke tilstrækkelig dokumentation for, at den nuværende ordregiver kan udelukke på samme baggrund. Den nuværende ordregiver skal også selv have tilstrækkelige plausible indikationer, og kan således ikke blot støtte ret på andre ordregivers skøn.

Ud fra lovbemærkningerne synes det uklart, hvor bredt et beviskrav der gælder for disse *tilstrækkelige plausible indikationer*, og hvilken form for dokumentation, der kræves forelagt. Hertil skal det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med udgangspunkt i lovbemærkningerne, har udarbejdet en vejledning om udbudsreglerne, hvori det statueres, at det vil være en konkret vurdering fra sag til sag, hvad der er en tilstrækkelig plausibel indikation. Dernæst nævnes alene de eksempler, som lovbemærkningerne foreskriver, men de uddybes ikke nærmere.⁹⁷ Det vil således være ordregiver, der i hvert enkelt tilfælde skal foretage den konkrete vurdering på et – i visse tilfælde – tyndt grundlag, der ikke synes at være uddybet. Nedenfor vil der dermed blive inddraget retspraksis samt relevant litteratur på området, for at belyse nærmere, hvornår det kan antages, at ordregiver i praksis har *tilstrækkelige plausible indikationer*.

⁹⁵ Statsrevisorerne. September 2018. Rigsrevisionens *beretning om behandling af konkurrencesager* afgivet til Folketinget med Statsrevisorernes bemærkninger, s. 4 og 37.

⁹⁶ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 4, s. 154.

⁹⁷ Vejledning om udbudsreglerne, 2016, s. 185.

2.6.3.2. Retspraksis

I Danmark har der indtil nu kun verseret én sag hos Klagenævnet, som omhandler UBL § 137, stk. 1, nr. 4, hvilket er en nylig klagenævnskendelse fra 2018.

Klagenævnets kendelse af den 28. september 2018⁹⁸

I januar 2018 udbød Banedanmark opgaven om levering af detektering, registrering og kemisk sprøjtning af ukrudt i Banedanmarks spor. Udbuddet var et offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet⁹⁹, og Banedanmark havde indskrevet tre frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen: UBL § 137, stk. 1, nr. 2, 4 og 6. Banedanmark modtog i alt tilbud fra tre tilbudsgivere, hvorefter kontrakten blev tildelt efter tildelingskriteriet laveste pris til tilbudsgiveren Weedfree on Track Ltd. (herefter Weedfree).¹⁰⁰ Bayer A/S (herefter Bayer), som også havde afgivet tilbud, klagede til Klagenævnet over Banedanmarks tildelingsbeslutning.

Bayer nedlagde fire påstande, hvorunder de blandt andet gjorde gældende, at Banedanmark skulle have udelukket Weedfree på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 og/eller nr. 6. I forhold til UBL § 137, stk. 1, nr. 4, gjorde Bayer gældende, at Weedfree havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning med den tredje tilbudsgiver, G&G Növényvédelmi és Kereskedelmi Kft. (herefter G&G). Først og fremmest henviste Bayer til, at Weedfree figurerer som G&G's forhandler i Skandinavien og Belgien og for det andet, at G&G er teknologileverandør til Weedfree, hvor G&G har fuld indsigt i størstedelen af Weedfree's omkostninger ved sprøjtetog. Endvidere gjorde Bayer gældende, at de to tilbudsgivere havde samme markedsføringsaktiviteter, da de for eksempel delte stand på InnoTrans-messen i 2016.¹⁰¹ Afslutningsvist argumenterede Bayer for, at G&G's tilbud var på skrømt, idet G&G's deltagelse i udbuddet kun havde været med henblik på at få nok tilbudsgivere til, at udbuddet kunne gennemføres, og at buddet måtte anses for accessorisk, idet deres tilbud var 46% højere end Weedfree's tilbud.¹⁰²

⁹⁸ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, J.nr.: 18/02418. For referat, se bilag 2.L.

⁹⁹ De frivillige udelukkelsesgrunde finder anvendelse efter udbudsloven, selvom udbuddet var et offentlig udbud efter forsyningsdirektivet, jf. bekendtgørelse nr. 1624 af den 15. december 2015, om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenesters § 10, stk. 1, nr. 1.

¹⁰⁰ *Bayer mod Banedanmark*, 2018, s. 1 og s. 9.

¹⁰¹ *Ibid.*, s. 10-11.

¹⁰² *Ibid.*, s. 10.

Klagenævnet fandt dog ikke dette tilstrækkeligt til at konkludere, at Banedanmark skulle have udelukket Weedfree på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Hertil gjorde Klagenævnet generelt gældende, at:

”En indikation, en ”mistanke” eller lignende, der ikke bevismæssigt er (tilstrækkeligt) underbygget for ordregivere, giver hverken grundlag for at afvise et tilbud efter § 137, stk. 1, nr. 4 eller efter § 137, stk. 1, nr. 6.”¹⁰³ (vores understregning)

Herudover henviste Klagenævnet til, at:

”Bestemmelsernes beviskrav modvirker vilkårlighed og usikkerhed i forhold til udelukkelse af virksomheder, men bestemmelserne giver samtidig den ordregivende myndighed hjemmel til under de fastsatte betingelser at afvise et tilbud, som ikke bør deltage i konkurrencen.”¹⁰⁴

Dermed konkluderede Klagenævnet, at der bevismæssigt ikke var tilstrækkelige holdepunkter til at udelukke Weedfree på baggrund af konkurrencefordrejning. Hertil pointerede Klagenævnet, at det forhold, at Weedfree og G&G somme tider samarbejder, i andre tilfælde end ved det pågældende udbud, ikke kan føre til, at betingelserne i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 kan anses for opfyldt.

Kommentarer til Klagenævnets kendelse af den 28. September 2018

Det er første gang, at Klagenævnet behandler en klage angående UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Med behandlingen har Klagenævnet statueret generelle udtalelser om bestemmelsen, som kan være med til at klargøre, hvordan bestemmelsen skal forstås og anvendes i praksis.

Først og fremmest må det bemærkes, at Klagenævnet statuerer, at en indikation eller mistanke skal være *bevimæssigt* underbygget, førend der er grundlag for at udelukke en tilbudsgiver på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. I nærværende sag mente Klagenævnet ikke, at Bayer bevismæssigt tilstrækkeligt kunne påpege et nært nok samarbejde mellem to af tilbudsgiverne til at begrunde konkurrencefordrejende adfærd. Det faktum at G&G’ pris var 46% højere end Weedfree’s kunne heller ikke give anledning hertil. Kendelsen er derfor med til at statuere, at et nært samarbejde mellem tilbudsgivere, der afgiver hvert sit tilbud, umiddelbart ikke udgør en tilstrækkelig plausibel indikation for konkurrencefordrejning. Dermed er kendelsen i et vis omfang med til at indikere, hvornår en

¹⁰³ Bayer mod Banedanmark, 2018, s. 16.

¹⁰⁴ Ibid., s. 17.

mistanke eller indikation *ikke* vil være tilstrækkelig bevismæssigt underbygget. Imidlertid statuerer kendelsen ikke, hvornår en ordregiver faktisk vil kunne opfylde beviskravet.

Klagenævnet refererer dog selv til *mistanke* som synonym for *indikation*, hvorfor Klagenævnet i hvert fald tilstræber den samme opfattelse som den umiddelbare ordlydsfortolkning analyseret ovenfor i afsnit 2.6.3. Citatet indikerer dog ligeledes, at en mistanke, der ikke er bevismæssigt underbygget, ikke kan danne grundlag for udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Kendelsen er således med til at illustrere, at det ikke er tilstrækkeligt, at ordregiver har en troværdig mistanke, idet der stilles krav om, at denne bevismæssigt skal underbygges. På denne baggrund udtaler Klagenævnet, at bestemmelsernes beviskrav modvirker vilkårlighed og usikkerhed, hvilket også understreger den bevismæssige understøttelse, der kræves. Dette er dog ikke medvirkende til at klargøre, hvornår noget kan anses for bevismæssigt underbygget, hvorfor bestemmelsens beviskrav ikke ligefrem synes at modvirke usikkerhed hos den offentlige sektor, som netop er dem, der skal anvende bestemmelsen.

Hertil må det bemærkes, at der i den nærværende sag er klaget over, at ordregiveren *ikke* har udelukket den vindende tilbudsgiver efter den frivillige udelukkelsesgrund. Som Klagenævnet udtaler, finder de ikke, at Bayer i nærværende sag *bevismæssigt* har *underbygget over for ordregiver*, at denne burde have haft en mistanke, som kunne danne grundlag for udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Spørgsmålet er, hvorvidt den samme bevismæssige underbygning gælder, når det er ordregiver *selv*, der har en indikation eller mistanke om, at tilbudsgiver har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Dvs. når ordregiver skal bevise, at denne var berettiget til at udelukke en tilbudsgiver på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. På den ene side kan der argumenteres for, at den bevisbyrde, den forbigåede tilbudsgiver skal løfte i den pågældende sag, er den samme, som det beviskrav ordregiver normalt er underlagt efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Dette vil således betyde, at indikationen skal være bevismæssigt begrundet, hvilket blandt andet kan ske ved at fremvise dokumenter eller andet bevis på, at der er sket konkurrencefordrejning. På den anden side kan der argumenteres for, at en forbigået tilbudsgiver eventuelt kan have et incitament til at klage over en afgørelse på grund af egen vinding ved en eventuel udskydelse eller nyt udbud, hvorfor der muligvis foreligger et større beviskrav for den forbigåede tilbudsgiver, førend denne kan kræve den vindende tilbudsgiver udelukket på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Idet afgørelsen ikke tager stilling til, hvorvidt beviskravet skal fortolkes ligeså strengt, såfremt det var ordregiver, der havde udelukket en tilbudsgiver efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4, må det umiddelbart antages, at retstilstanden på nuværende tidspunkt er, at beviskravet er det samme uanset om en forbigået

tilbudsgiver klager over ordregivers manglende brug af bestemmelsen, eller om en tilbudsgiver klager over ordregivers brug af bestemmelsen ved at udelukke denne.

Ydermere henviser Klagenævnet til, at der gælder et strengere beviskrav i UBL § 137, stk. 1, nr. 6¹⁰⁵, hvorfor det umiddelbart må konstateres, at beviskravet i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 efter dansk praksis er mere lempelig, som lovbemærkningerne ligeledes foreskriver, jf. afsnit 2.6.3.1. Dog skal det bemærkes, at Klagenævnet herefter behandler de to bestemmelser i flæng, uden at foretage en sondring mellem de to beviskrav, hvorfor det ud fra kendelsen ikke kan udledes, hvor meget lempeligere beviskravet i nr. 4 i realiteten er.

Selvom kendelsen behandler hidtil urørte aspekter af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, er det langt fra alt der bliver taget stilling til. Dermed findes det nødvendigt at gennemgå, hvad der bliver diskuteret i den udbudsretlige litteratur om beviskravet *tilstrækkelige plausible indikationer*.

2.6.3.3. Litteratur

Der er i den udbudsretlige litteratur ikke brugt ret meget plads på at forklare UBL § 137, stk. 1, nr. 4, og de få forekomster der er, synes at have forskellige holdninger til, hvordan bestemmelsen skal fortolkes. Dette er sandsynligvis begrundet i den begrænsede anvendelse af bestemmelsen samt manglen på praksis, der omhandler denne, hvilket medfører en bred og til tider meget uklar fortolkning. Hertil må det bemærkes, at den litteratur, der forekommer på nuværende tidspunkt,¹⁰⁶ er skrevet forud for Klagenævnets kendelse af den 28. september 2018, hvorfor litteraturen ikke tager højde for den nylige kendelse gennemgået ovenfor.

Det særligt interessante er, at det i litteraturen kan ses, at der forekommer stor usikkerhed om, hvordan UBL § 137, stk. 1, nr. 4 skal fortolkes, eftersom udbudsforfattere tenderer til at have forskellige opfattelser af bestemmelsen. Særligt beviskravet er omdiskuteret, og altså herunder hvad der skal forstås ved tilstrækkelige plausible indikationer. Dertil skriver Ølykke og Ruth Nielsen (herefter Nielsen), at:

¹⁰⁵ Bayer mod Banedanmark, 2018, s. 15.

¹⁰⁶ Det må hertil bemærkes, at nærværende afhandling ikke har haft mulighed for at inddrage den nyligt udkomne bog, Steen Treumer (Red.), Andersen, Carsten Sommer m.fl. Udgivet den 29. april 2019. *Udbudsretten*. København: Ex Tuto Publishing. 1. udgave.

””Tilstrækkelige plausible indikationer” betyder, at ordregiveren ikke skal vise, at der faktisk har været tale om en konkurrencebegrænsende aftale, dvs. at bevisbyrden er mindre streng end for de øvrige fakultative udelukkelsesgrunde.¹⁰⁷”(vores understregninger)

Dette udgangspunkt deles imidlertid ikke af forfatterne af bogen EU-udbudsretten¹⁰⁸, idet de i stedet er af den overbevisning, at ordregiveres bevisbyrde ud fra ordlyden af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 burde forekomme strengere, end hvad tilfældet er efter de frivillige udelukkelsesgrunde, hvor ordregiver skal *påvise* et forhold. Til støtte for dette argument refererer forfatterne til kompleksiteten i at bedømme overtrædelser af konkurrenceretlig karakter samt den uskyldsformodning, der gælder efter menneskerettighedskonventionen, hvilket burde indebære, at bevisbyrden ikke er mere lempelig.¹⁰⁹ De er således af den overbevisning, at det foreskrevne i lovbemærkningerne til UBL § 137, stk. 1, nr. 4 om en lempeligere bevisbyrde er forkert.

Ølykke og Nielsen er som nævnt af den overbevisning, at ordregivere ikke skal *vise*, at der er indgået en aftale mellem økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.¹¹⁰ Det uddybes dog ikke nærmere, hvor de mener, at grænsen i så fald ligger – altså hvornår indikationen er *tilstrækkelig*. På baggrund af dette, findes det dog væsentligt at bemærke, at forinden den frivillige udelukkelsesgrund fik sin nuværende ordlyd, blev det først foreslået, at den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsdirektivet skulle have forlydt således:

”hvis den ordregivende myndighed kan vise, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.”¹¹¹ (vores understregning)

Dette kan synes at svække Ølykke og Nielsens argumentation, idet ovenstående kan give anledning til overvejelser om, hvorvidt beviskravene *tilstrækkelige plausible indikationer* og *vise* i realiteten indebærer det samme. Ikke desto mindre kan der ligeledes argumenteres mod dette synspunkt i den forstand, at bestemmelsen netop efterfølgende har ændret ordlyd, hvilket kan indikere et ønske om at

¹⁰⁷ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth. 2017. *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 2. udgave (Ølykke & Nielsen), s. 580.

¹⁰⁸ Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels & Kalsmose-Hjelmberg, Simon Evers. 2016. *EU udbudsretten – Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 3. Udgave (Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmberg, 2016).

¹⁰⁹ Ibid., s. 467.

¹¹⁰ Ølykke & Nielsen, 2017, s. 580.

¹¹¹ Rådet for Den Europæiske Union. 2012. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb – Formandskabets kompromistekst/konsolideret udgave. 2011/0438 (COD). Komm. Forsl. Nr.: 18966/11 MAP 10 MI 686 + ADD 1 + ADD 2. Bruxelles, den. 24. juli 2012, art. 55, stk. 3, litra d.

gøre beviskravet mere lempeligt. Dette er endvidere i overensstemmelse med hvad lovbemærkninger og nyeste praksis på området statuerer. Dog kan det udledes af klagenævnskendelsen ovenfor, at på trods af, at Klagenævnet selv påpeger, at bevisbyrden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er mere lempelig end ved de andre frivillige udelukkelsesgrunde, så konkluderer de alligevel, at der skal foreligge underbyggende bevis. Dette synes ikke i overensstemmelse med den fortolkning, der umiddelbart udledes af selve bestemmelsens ordlyd, lovbemærkninger samt udbudsretlig litteratur herom, hvorfor kendelsen netop er med til at fastsætte en strengere bevisbyrde end først antaget.

Herudover forsøger Hamer at udlede, *hvornår* der er tale om plausible indikationer. Som der synes at være bred enighed om i litteraturen, gør hun gældende, at der vil være tale om en plausibel indikation, såfremt der foreligger en dom, eller hvis tilbudsgiver har accepteret et bødeforlæg. Hertil skal det bemærkes, at når der er tale om en dom eller et bødeforlæg, som er omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund i UBL § 135, stk. 1, nr. 1, som nævnt i afsnit 2.2 ovenfor, vil det være denne der lægges til grund for udelukkelsen. Det er dog ikke alle domme og accepterede bødeforlæg, der vil opfylde betingelserne for kriminel organisation¹¹², hvorfor disse tilfælde vil være omfattet af UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

I de tilfælde, hvor der ikke foreligger en sådan dom eller bødeforlæg, vil det afhænge af en konkret vurdering, hvortil Hamer fokuserer på, hvorvidt der foreligger plausible indikationer, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har været på kontrolundersøgelse.¹¹³ Det forholder sig sådan, at kontrolundersøgelser somme tider bliver foretaget hos virksomheder, der ikke er mistænkt for at have overtrådt konkurrencereglerne. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at den pågældende virksomhed kan have beviser på, at en anden virksomhed har overtrådt konkurrencereglerne.¹¹⁴ Alene på denne baggrund, er det nærværende forfatteres vurdering, at information om, at der er foretaget en kontrolundersøgelse ikke alene kan anses som værende tilstrækkelig plausibelt.

På baggrund af den gennemgåede litteratur ovenfor, kan det konstateres, at det fortsat er usikkert, hvornår en ordregiver har tilstrækkelige plausible indikationer. Litteraturen efterlader således ordregivere med et meget bredt skøn, der ikke gør det muligt at udlede, hvornår denne er berettiget til at udelukke en tilbudsgiver efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Herudover medvirker forskelligheden i de

¹¹² Se fodnote 46 ovenfor

¹¹³ Hamer, 2016, s. 491.

¹¹⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Velfungerende markeder 16|2018. *Kontrolundersøgelser*. S. 2.

enkelte forfatteres holdninger til, at det er uklart, hvornår ordregivere er forpligtede til at udelukke en tilbudsgiver på baggrund af dennes tilstrækkelige plausible indikationer.

2.6.4. Diskussion

Med ovenstående for øje synes ordregivere at stå overfor en næsten umulig opgave, når de på tildelingstidspunktet skal vurdere, hvorvidt de har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at en eller flere tilbudsgivere har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Såfremt der ikke foreligger en endelig afgørelse fra en kompetent myndighed eller et endeligt bødeforlæg, vil det være op til ordregiveren selv at skulle tage stilling til, om de mener, at tilbudsgiveren overtræder konkurrencereglerne. Af kendelsen gennemgået i afsnit 2.6.3.1, ses det, at der i tvivlstilfælde – på trods af formodningen om en lempeligere bevisbyrde – alligevel kræves en vis form for dokumentation, der underbygger indikationen om konkurrencefordrejning. Dette må ikke desto mindre synes vanskeligt – hvis ikke umuligt – når det alene er ordregiverens egne observationer, der lægges til grund for mistanken. Eftersom det må antages at være højst usandsynligt, at tilbudsgivere indgår aftaler, hvor de direkte indrømmer, at disse er indgået med henblik på at fordreje konkurrencen, synes en sådan dokumentation imidlertid at være vanskelig at skaffe.

Herudover må det findes relativt uhensigtsmæssigt, såfremt ordregivere selv skal foretage en vurdering af, hvorvidt der er indgået konkurrencefordrejende aftaler i forbindelse med det konkrete udbud, idet en sådan vurdering normalt kan tage flere år, når sagen verserer hos konkurrencemyndighederne. Det er sandsynligt, at ordregivere kender til hvilke regler, der ikke må overtrædes, men det betyder ikke, at de har kompetence til at foretage vurderingen af, om der er indgået konkurrencefordrejende aftaler. Foruden det faktum, at ordregivere ikke har tiden til at foretage en dybdegående konkurrenceretlig vurdering, har de heller ikke samme muligheder som konkurrencemyndighederne for at tilgå de oplysninger, det kræver for at kunne konkludere, om der er konkurrencefordrejning. Sammenligner man således med, hvor lang tid, det normalt tager konkurrencemyndighederne at foretage en vurdering af konkurrencefordrejende adfærd, kan det synes nærmest umuligt, at ordregiver skal foretage en vurdering efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4, hvor denne ikke har samme detaljerede viden og indsigt i konkurrenceretten.¹¹⁵ Det kan for eksempel være tilfældet i en situation, hvor ordregiver har modtaget et yderst attraktivt tilbud fra et konsortium, der kunne tyde på konkurrencefordrejning. I denne situation

¹¹⁵ Ølykke & Nielsen, 2014, s. 269.

har ordregiver oftest ikke nogen mulighed for rent faktisk at konstatere, hvorvidt den enkelte konsortiedeltager ville have mulighed for at byde på og udføre opgaven på egen hånd. Dette vil formentlig først kræve en undersøgelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som dernæst vil kunne fremføre dokumentation.

For at underbygge argumentet om kompleksiteten i at foretage konkurrenceretlige vurderinger, kan det nævnes, at Klagenævnet selv bemærker i deres kendelse af den 22. december 2017¹¹⁶, at det normalt ikke er dennes kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt i et konkret udbud.¹¹⁷ Dog gør de gældende, at hvis der i den konkrete sag havde været fastsat en udelukkelsesgrund i udbudsmaterialet om, at konsortier skal være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen, ville Klagenævnet kunne behandle dette spørgsmål som led i en vurdering af, hvorvidt tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden.

Den øvre grænse for, hvornår en tilbudsgiver kan udelukkes efter den frivillige udelukkelsesgrund, må dermed anses for at være i de situationer, hvor der foreligger en endelig dom eller et vedtaget bødeforlæg, som ikke er omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund. Hvor den nedre grænse går, er dog stadig uklart, eftersom det ikke er tydeligt for ordregivere, hvordan de bevismæssigt skal underbygge deres indikation, når der er tale om forhold i de konkrete udbud. På baggrund af ovenstående er det nærværende forfatteres vurdering, at de ordregiverende myndigheder umiddelbart ikke kan foretage en konkurrenceretlig vurdering, hvor der vil være nok bevismæssig dokumentation til at konkludere, at en tilbudsgiver har indgået konkurrencefordrejende aftaler. Den nye kendelse fra Klagenævnet medvirker til, at bestemmelsens beviskrav umiddelbart ikke synes at være mere lempelig i sin helhed, på trods af at de selv statuerer dette. Som retsstillingen er på nuværende tidspunkt, må det dermed formodes, at ordregiverens bevisbyrde kun kan anses for løftet, såfremt der er bevismæssig dokumentation fra de offentlige myndigheder herom, som i realiteten kan påvise den umiddelbare adfærd og ikke blot medvirke til en indikation.

Foruden at ordregivere har vanskeligt ved at fortolke bestemmelsen om udelukkelse på baggrund af indikationer om konkurrencefordrejning, er der ligeledes andre bestemmelser de skal være opmærksomme på, hvilke vil blive gennemgået nedenfor.

¹¹⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. december 2017, *Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed*, J.nr. 17/01867. (Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed, 2017). For referat, se bilag 2.M.

¹¹⁷ Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed, 2017, s. 12.

2.7. Begrænset periode for udelukkelse

Foruden ovenstående skal ordregiver ligeledes være opmærksom på, at der gælder en tidsbegrænsning i forhold til, hvor lang tid de må udelukke en tilbudsgiver på baggrund af forhold omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund.

Det fremgår af UBL § 138, stk. 6, at en ordregiver ikke kan udelukke en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsproceduren i mere end to år fra datoen for den relevante hændelse eller handling omfattet af bl.a. UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Hvornår en sådan hændelse har fundet sted, samt hvornår perioden beregnes fra, fremgår imidlertid ikke af selve bestemmelsen, hvorfor det findes nødvendigt at undersøge dette.

Det fremgår af lovbemærkningerne til UBL § 138, stk. 5 om maksimumsperioden for udelukkelse på baggrund af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, at tidspunktet for vurderingen af om en virksomhed er omfattet, er tidspunktet for beslutningen om tildeling.¹¹⁸ Lignende fremgår ikke af lovbemærkningerne til stk. 6, om udelukkelse på grund af de frivillige udelukkelsesgrunde. Men på samme vis som Ølykke og Fog¹¹⁹ lægges det her til grund, at tildelingstidspunktet ligeledes anvendes ved vurderingen efter UBL § 138, stk. 6. Dette betyder således, at på tidspunktet, hvor ordregiver skal tildele kontrakten, skal denne kigge to år tilbage og vurdere, hvorvidt der foreligger en hændelse eller handling omfattet af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Er dette tilfældet, vil ordregiver være nødsaget til at udelukke den pågældende tilbudsgiver.

Således opstår der yderligere et spørgsmål om, hvornår en sådan hændelse eller handling har fundet sted. Lovbemærkningerne til UBL § 138, stk. 6 foreskriver i henhold til § 137, stk. 1, nr. 4, at den relevante hændelse vil være på det tidspunkt, hvor tilbudsgiveren indgår en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Endvidere kan perioden beregnes fra et tidspunkt, hvor en handling i henhold til aftalen foretages, eller senest fra tidspunktet for aftalens ophør.¹²⁰ EU-Domstolen har imidlertid sidenhen afsagt dom af 24. oktober 2018 i sag C-124/17, Vossloh Laeis. Denne sag besvarer netop præjudicielle spørgsmål vedrørende maksimumsperioden for udelukkelsesgrunde. Konkret blev der spurgt ind til, hvorvidt den ”relevante hændelse” allerede skal forstås som tidspunktet, hvor en tilbudsgivers deltagelse i et kartel realiseres, eller om det er ved en

¹¹⁸ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 5, s. 158.

¹¹⁹ Ølykke & Fog, 2016, s. 260-261.

¹²⁰ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 6, s. 158.

kompetent myndigheds opnåelse af sikkert og holdbart kendskab til karteldeltagelsen.¹²¹ Til dette svarer EU-Domstolen, at udelukkelsesperioden skal beregnes fra den dato, hvor den kompetente myndighed fastlår, at adfærden udgør en overtrædelse og ikke fra deltagelsen i kartellet, jf. dommens præmis 41. Principielt vil denne afgørelse kunne få betydning i forhold til, hvad der er bemærket i forarbejderne til UBL § 138, stk. 6, da disse ikke statuerer det samme. I den konkrete sag havde afgørelsen den betydning, at tilbudsgiveren var udelukket i to år fra tidspunktet, hvor bøden for karteldeltagelse blev sanktioneret i marts 2016. Dette selvom selve karteldeltagelsen ophørte i 2011. Alt efter hvornår overtrædelsen konstateres, kan afgørelsen således potentielt medføre, at tilbudsgiver kan blive udelukket relativt lang tid efter, at aftalen om konkurrencefordrejning er indgået og potentielt også ophørt. Sager om konkurrencefordrejning er vanskelige og tager ofte lang tid, hvorfor tilbudsgivere potentielt bliver straffet ved udelukkelse, selvom den konkurrencefordrejende handling for længst er ophørt. Eftersom EU-retten har forrang for dansk ret, skal denne afgørelse således tages i betragtning, når man i Danmark fremadrettet skal tage stilling til lignende spørgsmål.

Det er således efter nyeste praksis muligt at lægge tidspunktet for en sanktionsafgivelse til grund, på trods af, at forarbejderne indikerer noget andet. Efter EU-Domstolens stillingtagen hertil, er der således skabt mere klarhed for ordregiver vedrørende tidspunktet, som tidsbegrænsningen skal regnes fra, såfremt der foreligger en afgørelse. Dog tager den ikke stilling til situationen, hvor en sag endnu ikke er afgjort eller anlagt, hvor ordregiver derfor i stedet må betragte den relevante hændelse som aftalens indgåelse, tidspunktet hvor en handling foretages eller ved aftalens ophør.

2.8. Self-cleaning

Når ordregiver har truffet beslutning om at udelukke en tilbudsgiver fra proceduren, er det nødvendigt at være opmærksom på, at den udelukkede tilbudsgiver skal have mulighed for at dokumentere dennes egen pålidelighed ved hjælp af reglerne herom. Danmark valgte ved implementeringen af udbudsdirektivet, at det er den samme ordregiver, som i første omgang har udelukket den pågældende tilbudsgiver, der efterfølgende skal vurdere, hvorvidt den fremlagte dokumentation findes tilstrækkelig til at dokumentere tilbudsgiverens pålidelighed.¹²² Såfremt ordregiver vurderer, at dette er gjort på

¹²¹ Sag C-124/17. Domstolens dom af 24. oktober 2018. Præmis 17, samlet spørgsmål 3 og 4. For referat, se bilag 2.I.

¹²² Ølykke & Nielsen, 2017, s. 596.

tilstrækkelig vis, kan tilbudsgiveren ikke udelukkes fra konkurrencen om udbuddet alligevel, hvorfor det er væsentligt, at ordregiver ved, hvilke tiltag, der er tilstrækkelige.

Den mulighed, at tilbudsgiveren kan undgå udelukkelse ved at dokumentere sin pålidelighed, blev indført i det nye udbudsdirektivs art. 57, stk. 6, og betegnes som self-cleaning. I Danmark er bestemmelsen implementeret i UBL § 138, stk. 1-4.

Det fremgår af UBL § 138, stk. 1, at en ordregiver ikke kan udelukke en tilbudsgiver, selvom denne er omfattet af en udelukkelsesgrund, i de tilfælde, hvor tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed. En tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed kan anses som tilstrækkelig, når denne 1) i fornødent omfang har dokumenteret, at denne har betalt eller vil betale erstatning for det tab, der er lidt, 2) i fornødent omfang har samarbejdet med den relevante undersøgelsesmyndighed og 3) at den har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, jf. UBL § 138, stk. 3.

Forfatterne af bogen EU-udbudsretten mener, at alle tre tiltag skal opfyldes, hvis en tilbudsgiver, der er udelukket på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, skal kunne dokumentere sin pålidelighed.¹²³ Det findes dermed nødvendigt at gennemgå de tre tiltag i UBL § 138, stk. 3, for at vurdere om dette er tilfældet.

2.8.1. UBL § 138, stk. 3, nr. 1

I de situationer, hvor udelukkelsen er sket på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, og hvor overtrædelsen har ledt til, at tilbudsgiveren er blevet pålagt at yde erstatning, kan denne dokumentere sin pålidelighed efter dette tiltag ved at fremvise en kvittering for betaling af den pålagte erstatning.¹²⁴ Dette synes dog kun at være muligt i de tilfælde, hvor det er blevet afgjort af domstole eller konkurrencemyndighederne, at tilbudsgiveren har indgået en konkurrencefordrejende aftale med andre økonomiske aktører.

¹²³ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 478.

¹²⁴ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 3, nr. 1, s. 157.

I de situationer, hvor der ikke foreligger en endelig dom eller afgørelse, men hvor ordregiver alligevel har haft tilstrækkelige plausible indikationer til at udelukke tilbudsgiveren, forekommer det uhensigtsmæssigt, hvis tilbudsgiveren skal opfylde tiltaget. I forlængelse af dette følger det ligeledes af bestemmelsen, at den kun finder anvendelse i fornødent omfang, hvilket ifølge lovbemærkningerne indebærer, at den kun er relevant, hvis tilbudsgiveren er blevet pålagt at yde erstatning.¹²⁵ Med dette for øje og i betragtning af, at det formentlig vil stride mod princippet om forbud mod selvinkriminering at påtage sig at betale erstatning uden egentlig afgørelse herom, må det alene antages, at der kan stilles krav om dette som dokumentation af pålidelighed i det tilfælde, hvor tilbudsgiveren er blevet pålagt erstatning efter en retfærdig prøvelse af sagen. Denne holdning deles med forfatterne af bogen EU Udbudsretten.¹²⁶

2.8.2. UBL § 138, stk. 3, nr. 2

Efter UBL § 138, stk. 3, nr. 2 skal tilbudsgiveren i fornødent omfang dokumentere sin pålidelighed ved at indgå i et aktivt samarbejde med relevante undersøgelsesmyndigheder. De relevante undersøgelsesmyndigheder i forhold til udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4 er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller SØIK.¹²⁷

Dette tiltag er særligt relevant i forhold til udelukkelse på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, idet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen netop har tilladelse til at foretage nærmere undersøgelser af mistænkelige forhold hos tilbudsgiveren, som ordregiver ikke har bemyndigelse til ved beslutningen om at udelukke den pågældende tilbudsgiver. En tilbudsgiver kan ikke modsætte sig Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at foretage disse undersøgelser¹²⁸ men kan derimod vælge ikke selv at samarbejde aktivt. En måde hvor tilbudsgiver dog kan samarbejde aktivt med undersøgelsesmyndighederne kan være ved enten frivilligt – eller ved forespørgsel – at udlevere relevante dokumenter til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og/eller SØIK. Desuden kan et aktivt samarbejde bestå i, at tilbudsgiveren velvilligt besvarer spørgsmål i forbindelse med disse

¹²⁵ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 3, nr. 1, s. 157.

¹²⁶ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmberg, 2016, s. 479.

¹²⁷ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 3, nr. 2, s. 157 og Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmberg, 2016, s. 478.

¹²⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Maj 2016. *Vejledning om kontrolundersøgelser*, s. 8.

undersøgelser. Begge ovenstående tiltag er blevet anerkendt som aktivt samarbejde i Atea-sagen¹²⁹, hvor Atea A/S allerede var dømt for bestikkelse.

Endvidere kan der stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt den mulighed tilbudsgiver har efter KRL § 23 a, om at ansøge om tiltalefrafald for overtrædelse af TEUF art. 101, stk. 1 ved at indgå en kartelaftale, kan anses for at være et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne. Selvom en udelukkelse i disse tilfælde vil synes at være berettiget, vil tilbudsgiveren umiddelbart kunne anses for at have indgået i et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, når denne har ansøgt om tiltalefrafald. Det bør dog bemærkes, at en ansøgning om tiltalefrafald ofte må anses for at være økonomisk begrundet, og ikke skyldes et egentlig ønske om at dokumentere sin pålidelighed. Dog er dette ikke behandlet i praksis, hvorfor det må afhænge af en konkret vurdering hos ordregiver.

Det er således muligt at tilbudsgiver kan dokumentere sin pålidelighed ved at samarbejde aktivt med myndighederne, hvor udelukkelse er sket på baggrund af en foreliggende afgørelse eller kendelse om adfærd, der er udøvet i forbindelse med tidligere udbud, eller hvor sagen er anket og dermed verserer i øjeblikket for ordregivers tildeling af kontrakten. Desuden vil dette tiltag være muligt, hvis udelukkelse er foretaget på baggrund af, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har sendt sagen til Konkurrencerådet, men hvor afgørelse endnu ikke er truffet.

Hertil skal det bemærkes, at det ligeledes af dette tiltag følger, at bestemmelsen kun finder anvendelse i fornødent omfang, hvilket ifølge lovbemærkningerne indikerer de situationer, hvor den konkurrencefordrejende adfærd har været genstand for en undersøgelse.¹³⁰ Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har været involveret i eventuelle undersøgelser, men ordregiveren stadigvæk har haft tilstrækkelig plausible indikationer til at kunne udelukke tilbudsgiveren, er dette tiltag ikke muligt for tilbudsgiveren at opfylde. Ordregiver kan dermed ikke forlange nr. 2 opfyldt, såfremt undersøgelsesmyndighederne slet ikke har været involveret i sagen.

2.8.3. UBL § 138, stk. 3, nr. 3

Det sidste tiltag i bestemmelsen vedrører, at der skal træffes passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger. Hertil følger det af betragtning 102 til udbudsdirektivet, at dette

¹²⁹ Kammeradvokatens redegørelse. 5. september 2018, *Vurdering af Ateas pålidelighed efter udbudslovens § 138*, (Kammeradvokatens redegørelse, 2018) s. 25-26.

¹³⁰ L 19, 2015, de specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 3, nr. 2, s. 157.

f.eks. kan gøres ved at afbryde alle forbindelser med personer eller organisationer, der har været involveret i den konkurrencefordrejende adfærd. Det fremgår ligeledes heraf, at det kunne være tiltag såsom relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.

Hvor der foreligger en afgørelse om det forhold, som tilbudsgiveren er udelukket på baggrund af, kan det ses af Atea-sagen – der dog omhandlede udelukkelse på grund af bestikkelse – at det er muligt at self-cleane ved at foretage tiltag efter UBL § 138, stk. 3, nr. 3.¹³¹ Dette vil også være tilfældet i den situation, hvor en tilbudsgiver er udelukket på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. De tiltag, der kan kræves opfyldt må dog afhænge af den konkrete sags karakter, men ordregiver kan drage paralleller til den vurdering, der foretages i Atea-sagen.¹³² Tilbudsgiveren kan for at dokumentere sin pålidelighed bl.a. afskedige medarbejdere, der har været skyld i den konkrete udelukkelse og dermed bevise, at man er villig til at foretage omorganisering i virksomheden. Desuden kan tilbudsgiveren fremstå pålidelig, hvis denne kan fremvise dokumentation for, at der efter afsagt afgørelse er blevet afholdt informationskurser for de resterende medarbejdere. Dette kan være kurser, der medvirker til, at samtlige medarbejdere bliver oplyst om konkurrencelovgivningen, så lignende hændelser ikke finder sted i fremtiden.

UBL § 138, stk. 3, nr. 3 synes umiddelbart at kunne opfyldes, uanset hvad der ligger til grund for udelukkelsen. I forhold til afholdelsen af informationskurser, synes dette i hvert fald ikke at være en risiko, eftersom det altid vil være en fordel for tilbudsgiveren at kunne dokumentere, at dennes medarbejdere er uddannet i reglerne. Problemet opstår ved opsigelsen af medarbejdere, der har været involveret i forholdene, der har ført til udelukkelsen, i de situationer, hvor afgørelsen eller kendelsen ikke er endelig, fordi tilbudsgiveren f.eks. fortsat anker sagen. Hvis tilbudsgiveren afskediger de personer, der øjensynligt har været involveret, kan dette have en selvinkriminerende effekt, eftersom det kan anses som en tilkendegivelse af, at der er foregået ting, som ikke er i overensstemmelse med reglerne. Ydermere kan det få den konsekvens, at virksomheden bliver tilkendt at skulle betale en godtgørelse for usaglig afskedigelse af de pågældende medarbejdere, hvis det viser sig, at der ikke er hold i sagen.

¹³¹ Kammeradvokatens redegørelse, 2018, s. 6.

¹³² Ibid., s. 26, afsnit 9.

2.8.4. Diskussion

På baggrund af ovenstående, findes det vanskeligt for ordregivere at vurdere, hvornår og hvordan en tilbudsgiver har dokumenteret deres pålidelighed i de tilfælde, hvor en ordregiver har udelukket på baggrund af dennes tilstrækkelige plausible indikationer om, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Dette gælder særligt i de tilfælde, hvor der ikke foreligger en afgørelse, men hvor udelukkelsen blot beror på en tilstrækkelig bevismæssigt underbygget mistanke, hvor forholdet endnu ikke har været undersøgt. Det er dermed nærværende forfatteres vurdering, at der skal skelnes mellem to situationer. Enten kan udelukkelsen siges at være foretaget på grund af forhold i forbindelse med tidligere udbud, eller også er udelukkelsen foretaget på grund af forhold ved det konkrete udbud.

Er der tale om de situationer, hvor en tilbudsgiver er udelukket på grund af forhold, der har fundet sted tidligere, kan der endvidere skelnes mellem forskellige situationer. Hvis udelukkelsen er sket på baggrund af en endeligt afgjort sag, der ikke er omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund, og hvor tilbudsgiveren er pålagt at yde erstatning, er alle tre tiltag i UBL § 138, stk. 3 relevante for ordregivere at vurdere en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed efter. Hvis udelukkelsen er sket på baggrund af en igangværende sag, hvor denne enten er overgivet fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til Konkurrencerådet, eller hvor sagen er anket videre i systemet, er det afhandlingens forfatteres vurdering, at tiltagene i både UBL § 138, stk. 3, nr. 2 og nr. 3 kan kræves opfyldt af ordregiveren. I forhold til tiltag nr. 2, skal det dog bemærkes, at det er diskutabelt, hvor villig en tilbudsgiver i realiteten er til aktivt at deltage i et samarbejde, når der endnu ikke foreligger et bødeforlæg eller en dom. Såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen f.eks. efterspørger dokumenter, som kan være med til at konstatere en overtrædelse af konkurrencereglerne, vil en tilbudsgiver formentlig foretrække at blive udelukket fra udbuddet i stedet for at deltage i et aktivt samarbejde som kan medføre høje konkurrenceretlige bøder. I henhold til tiltag nr. 3, kan tilbudsgiver godt afholde informationskurser eller lignende, når der er tale om en igangværende sag. Det er dog forbundet med en vis risiko at afskedige medarbejdere, som mistænkes for at være skyldige i den konkurrencebegrænsende adfærd, forinden dette er endeligt vedtaget.

Herudover kan man forestille sig en situation, hvor ordregiver udelukker en tilbudsgiver på baggrund af en tilstrækkelig mistanke om, at tilbudsgiveren har indgået konkurrencefordrejende aftaler i forbindelse med tidligere udbud, som først nu er dokumenteret over for henholdsvis ordregiver og konkurrencemyndighederne. I dette scenarie vil konkurrencemyndighederne ikke have været involveret

i sagen endnu, hvorfor det er nærværende forfatteres overbevisning, at det alene er tiltaget i UBL § 138, stk. 3, nr. 3, der kan synes relevant.

Hvis udelukkelsen derimod er foretaget på grund af mistænkelige forhold ved tilbudsgivningen i det konkrete udbud, er det fortsat uvist, hvordan tilbudsgiveren skal kunne dokumentere sin pålidelighed. Hverken UBL § 138, stk. 3, nr. 1 eller nr. 2 vil være mulige at opfylde, da tilbudsgiveren ikke vil være blevet pålagt erstatning, og eftersom undersøgelsesmyndighederne endnu ikke vil være indblandet. Desuden synes det ligeledes vanskeligt at opfylde UBL § 138, stk. 3, nr. 3, eftersom der vil foreligge en frist, som tilbudsgiveren skal self-cleane inden. De kan gøre et forsøg, men kan formentlig ikke nå at træffe passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrunden. Men vurderes det at tilbudsgiveren har indgået konkurrencefordrejende aftaler om det konkrete udbud, virker det også forunderligt, hvis tilbudsgiverne kunne dokumentere sin pålidelighed i selv samme sag. De skal selvfølgelig have muligheden, men chancen for at kunne dokumentere pålideligheden må vurderes at være relativ lav.

Når ordregiver skal vurdere, hvorvidt tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed, vil vurderingen således foretages på baggrund af begrænset praksis på området. Det ovenfor analyserede synes medvirkende til at give ordregiveren et retvisende udgangspunkt, men i og med at der endnu ikke foreligger praksis på området angående dokumentation af pålidelighed efter udelukkelse på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4, står ordregiveren alligevel med et bredt skøn, der skal foretages på et forholdsvist tyndt og usikkert grundlag.

2.9. Delkonklusion

Ud fra ovenstående analyse kan det udledes, at der er visse uklarheder forbundet med UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Anskuer man alene ordlyden af bestemmelsen, ser det umiddelbart ud til, at en ordregiver blot skal have mistanke om, at der foreligger konkurrencefordrejende adfærd. Men dykker man ned i bestemmelsens praktiske anvendelighed, viser det sig først og fremmest, at det er tvivlsomt, hvornår ordregivere kan anse en tilbudsgiver for at være omfattet af bestemmelsen. På baggrund af analysen kan det udledes, at bestemmelsen kan sammenlignes med TEUF, art. 101, stk. 1, hvortil en tilbudsgiver vil være omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund, når denne har indgået en aftale, samordnet praksis eller foretaget vedtagelser med en anden økonomisk aktør, der har til formål at fordreje, hindre eller begrænse konkurrencen.

Derudover er det heller ikke tydeligt, hvornår ordregivere faktisk kan løfte bevisbyrden for, at der er tilstrækkelige plausible indikationer til at udelukke. Hverken lovgivning, lovbemærkninger eller litteratur om emnet er med til at give et klart billede af, hvornår ordregivere kan forvente at udelukke berettiget. Den nye retspraksis på området medvirker til en klarere forståelse af, at ordregivere ikke blot skal have tilstrækkelige plausible indikationer - som bestemmelsen umiddelbart indikerer – men at de samtidig bevismæssigt skal kunne underbygge disse. Der er dog stadig stor uklarhed over, hvornår ordregivere kan anses for at have løftet bevisbyrden. Dette gælder særligt de situationer, hvor udelukkelse sker på grund af ordregiverens egen mistanke om konkurrencefordrejende forhold, hvilket modarbejder bestemmelsens praktiske anvendelighed. Da bestemmelsen pålægger ordregivere en bevisbyrde, hvor fortolkningen heraf er relativ uklar, synes UBL § 137, stk. 1, nr. 4 således i mange henseender ikke at være praktisk anvendelig for ordregivere.

Ydermere skal ordregivere være opmærksomme på, at der gælder en maksimumsperiode på 2 år for udelukkelse. Efter ny praksis på området, kan denne periode regnes fra tidspunktet for sanktionsafgivelse for overtrædelse af konkurrencereglerne. Det findes dog stadig usikkert, hvornår de 2 år skal regnes fra, hvor en sag endnu ikke er afgjort eller anlagt. Her må ordregivere i stedet betragte den relevante hændelse som aftalens indgåelse, tidspunktet hvor en handling foretages eller ved aftalens ophør.

Foruden ovenstående kan det konkluderes, at alle tiltag i UBL § 138, stk. 3 *kan* være relevante for ordregivere at tage i betragtning i vurderingen af tilbudsgiverens dokumentation af pålidelighed. Ordregivere kan dog alene kræve, at tilbudsgiverne har betalt erstatning efter UBL § 138, stk. 3, nr. 1, når denne er blevet pålagt at betale erstatning og kan kun i de tilfælde, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller SØIK har været involveret i sagen, kræve UBL § 138, stk. 3, nr. 2 opfyldt. Tiltaget i UBL § 138, stk. 3, nr. 3 kan til forskel fra de andre tiltag kræves opfyldt i alle tilfælde. Generelt vil der dog være tale om et relativt bredt skøn, når ordregivere skal vurdere tilbudsgivernes dokumentation af pålidelighed, og idet der ikke foreligger noget praksis på området i forhold til self-cleaning - på grund af en udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4 - har ordregivere ikke noget at støtte sig til ved vurderingen.

Kapitel III – Økonomisk analyse

3.1. Indledning

Formålet med dette kapitel er at undersøge, hvorledes forskellige former for samarbejde mellem tilbudsgivere påvirker prisen for ordregivere, samt i hvilket omfang, der er et incitament for ordregivere til at udelukke tilbudsgivere på grund af potentiel konkurrencefordrejende adfærd.

Gennem tiden har man set udbud, hvor tilbudsgivere er gået sammen i forskellige konstellationer med den konsekvens, at prisen er steget, eller at kvaliteten af den leverede vare eller tjenesteydelse er faldet.¹³³ Med udbudsloven er det imidlertid blevet muligt for ordregivere at udelukke en sådan konkurrencefordrejende adfærd. Den begrænsede anvendelse af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i praksis giver dog anledning til i en økonomisk sammenhæng at undersøge, om ordregivere overhovedet har et incitament til at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd.¹³⁴ Dette eftersom at bestemmelsen alt andet lige vil synes irrelevant for ordregivere at tage stilling til, såfremt der ikke findes et sådant incitament.

I nærværende kapitel vil der indledningsvist blive redegjort for, hvad ordregiver skal være opmærksom på i forbindelse med overvejelserne om udelukkelse af konkurrencefordrejende aftaler i et økonomisk perspektiv. For efterfølgende at kunne analysere, hvordan ordregiveres pris bliver påvirket af forskellige former for samarbejde, findes det nødvendigt at analysere markedet, idet dette muligvis kan have en påvirkning herpå. Det vil herefter blive analyseret via auktionsteori, hvordan tilbudsgiverne vil byde på den offentlige udbudte opgave – hvormed der vil blive taget udgangspunkt i forskellige former for samarbejde, for at belyse effekterne heraf. Herefter vil det blive belyst, hvilken betydning det har for ordregivere at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd i konkrete scenarier. Afslutningsvist vil der blive foretaget en analyse af, hvilke strategiske overvejelser en ordregiver bør gøre sig i forhold til udelukkelse af konkurrencefordrejende adfærd.

¹³³ Vejledning – Bliver din kommune snydt?, 2012, s. 9-10.

¹³⁴ I nærværende kapitel vil der refereres til konkurrencefordrejende adfærd, som skal forstås som den adfærd, der er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, som analyseret i afsnit 2.6.4.

3.2. Udelukkelse af konkurrencefordrejende aftaler i økonomisk perspektiv

Ved offentlige udbud er der mulighed for, at der bliver indgået flere typer af aftaler blandt de økonomiske aktører. En af de aftaletyper, som kan være konkurrencefordrejende i forbindelse med udbud, er f.eks. aftaler om bid rigging. Bid rigging indebærer, at tilbudsgivere aftaler, at det alene er én af de deltagende virksomheder, der afgiver et realistisk bud, hvortil de andre tilbudsgivere afgiver såkaldte *phony bids* eller i andre tilfælde slet ikke afgiver bud. Derefter vil virksomhederne dele profitten eller aftale at skiftes til at vinde kommende udbud.¹³⁵ En anden type aftale, som kan anses for konkurrencefordrejende, er når to eller flere økonomiske aktører, som er aktuelle eller potentielle konkurrenter, går sammen i et konsortium og afgiver et fælles tilbud til ordregiveren om at udføre den konkrete opgave. Sådanne konsortieaftaler kan somme tider være konkurrencefordrejende, såfremt de enkelte konsortiedeltagere kan løfte opgaven på egen hånd, medmindre samarbejdet kan medføre effektivitetsfordele, der kan opveje for den konkurrencefordrejende adfærd.¹³⁶

Det er nu i udbudssituationer blevet mulig, at ordregiver kan udelukke sådanne konkurrencefordrejende aftaler, som potentielt kan forekomme på markedet. En ordregiver kan således stå i en situation, hvor de skal vurdere, hvorvidt en tilbudsgiver skal udelukkes fra konkurrencen om opgaven. Denne vurdering skal foretages *ex ante*, og skal dermed anskues som et præ-kontraktuelt spørgsmål, der opstår forinden indgåelsen af selve kontrakten.¹³⁷ Typisk er der asymmetrisk information i den forstand, at ordregiveren besidder mindre information om tilbudsgiveren, end tilbudsgiveren selv besidder.¹³⁸ I nærværende afhandling mangler ordregiveren information om, hvordan agenterne agerer på markedet, herunder om virksomhederne kan finde på at fordreje konkurrencen ved afgivelse af tilbud, hvilket kan betegnes som *hidden characteristics*.¹³⁹ Ordregiveren ved ikke med sikkerhed, hvilken strategi tilbudsgiverne vælger, når de skal byde på den udbudte opgave. I situationen, hvor der udbydes en kontrakt om markering af vejstriber, vil det være muligt at observere, hvilke tilbudsgivere der afgiver tilbud, og hvordan disse tilbud er konstrueret. Ordregiver kan se, hvis virksomhederne er gået sammen i konsortier men kan ikke

¹³⁵ Dimitri, Niccola, Piga, Gustavo & Spagnolo, Giancarlo (Edited by). 2006. *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press. (Chapter 14. Albano, Gian Luigi, Buccirrossi, Paolo, Spagnolo, Giancarlo and Zanza, Matteo. *Preventing collusion in procurement*.) (Albano, Buccirrossi, Spagnolo & Zanza, 2006), s. 348.

¹³⁶ Ibid., s. 365-366.

¹³⁷ Knudsen, 1997, s. 165.

¹³⁸ Ibid., s. 164.

¹³⁹ Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations: Co-ordination, Motivation and Strategy*. Berkshire: McGraw-Hill Education, (Hendrikse, 2003) s. 158.

observere, hvad der ligger til grund for samarbejdet. Det er heller ikke muligt for ordregiveren at observere den enkelte tilbudsgivers omkostning, og dermed tilbudsgiverens incitament til at byde, som de gør. Ej heller kan ordregiveren med det blotte øje observere, om tilbudsgiverne har koordineret deres bud. Derfor er ordregiveren somme tider nødt til at screene markedet og tilbudsgiverne, for at tilegne sig disse informationer, hvilket kan være en omkostningstung byrde for ordregiveren.

Med udgangspunkt i nærværende afhandlings case vil det først og fremmest blive vurderet, hvordan markedet for markering af vejstriber er karakteriseret. Såfremt det findes, at markedet som udgangspunkt ikke er karakteriseret ved konkurrencefordrejende aftaler, kan der argumenteres for, at ordregiver *ikke* vil bruge diverse omkostninger på at screene tilbudsgiverne. Dette kan begrundes ud fra, at en ordregiver ellers vil afholde omkostninger på undersøgelser, hvor der reelt ikke er en sandsynlighed for, at disse undersøgelser vil føre til noget.

3.3. Markedet

Strukturen på et marked kan have stor indflydelse på, hvordan forskellige former for samarbejder påvirker ordregiverens pris på den udbudte opgave. Hvis markedet for eksempel er karakteriseret som et marked, hvorpå der eksisterer uendeligt mange tilbudsgivere, vil et samarbejde mellem nogle af disse som udgangspunkt ikke have mulighed for at påvirke prisen. Herudover findes der ikke et ræsonnement i at diskutere muligheden for at udelukke konkurrencefordrejende adfærd, såfremt markedet ikke umiddelbart medvirker til, at en sådan adfærd kan forekomme. Hvis markedet derimod synes at være karakteriseret ved, at der er risiko for konkurrencefordrejende adfærd, bør ordregivere overveje, hvilken betydning dette kan have for de indkomne tilbud, samt hvorvidt der findes et incitament til at udelukke den konkurrencefordrejende adfærd, der potentielt forekommer. Det findes derfor relevant at definere, hvordan markedet er i afhandlingens case i afsnit 1.1.4, samt hvilken betydning dette har for konkurrencen.

Der er flere faktorer, der påvirker, hvilket marked man befinder sig på. Det afhænger f.eks. af antallet af virksomheder, og af det leverede produkts karakter - om det er homogent eller heterogent.¹⁴⁰ Der siges

¹⁴⁰ Andersen, Finn Rolighed, Jensen, Bjarne Warming, Olsen, Mette Risgaard, Olsen, Susanne Østergaard & Schmalz, Peter. 2015. *International Markedsføring*. København: Trojka | Gads Forlag. 5. Udgave (Andersen, Jensen, Olsen, Olsen & Schmalz, 2015), s. 313.

at være to ekstreme markedskonstruktioner, hvor der enten er tale om et marked, hvor der kun er én leverandør af det pågældende produkt, eller et marked hvorpå der er mange leverandører, der kan levere det samme produkt. Der er her tale om henholdsvis monopol og fuldkommen konkurrence.¹⁴¹ Imellem disse to ekstremer findes markedet, hvorpå der er et begrænset antal virksomheder, typisk karakteriseret ved få store virksomheder og evt. nogle små. Denne markedskonstruktion benævnes oligopol.¹⁴²

Et oligopol er et marked, hvor kun relativt få virksomheder konkurrerer mod hinanden. Som det er benævnt i casen, er der tale om et marked, hvorpå der findes 10 virksomheder, der har mulighed for at byde på opgaven om at markere vejstriber, hvor to af disse har større markedsandele end de resterende. Der er således tale om et oligopolistisk marked.

Hvorvidt der er tale om et traditionelt oligopol eller et differentieret oligopol, afhænger af, hvorvidt det konkrete produkt eller den leverede ydelse kan anses for at være homogen eller heterogen, altså hvorvidt brugeren af produktet opfatter dette forskelligt, alt efter hvilken virksomhed, der leverer ydelsen.¹⁴³ I situationen, hvor ordregiver udbyder et offentligt udbud med tildelingskriteriet ”laveste pris”, bliver der kun lagt vægt på prisen på den klart definerede efterspurgte ydelse. Dette taler således for, at så længe tilbudsgiverne efterlever kriterierne for opgaven, vil ordregiver ikke skelne mellem de enkelte ydelser. Der kan derfor argumenteres for, at der er tale om et homogent produkt. I realiteten må man dog antage, at en ordregiver ikke vil få leveret en fuldstændig ens ydelse, uanset hvilken tilbudsgiver denne ender med at tildele kontrakten. Det må således antages at være sjældent forekommende, at et produkt eller en ydelse er homogen. Da ordregiver anvender tildelingskriteriet ”laveste pris”, og dermed kun lægger vægt på den indkomne pris, vil der imidlertid blive taget udgangspunkt i antagelsen om, at den udbudte opgave om at markere vejstriber er en homogen ydelse, hvorfor markedet kan karakteriseres som et traditionelt oligopol.

Et karaktertræk ved et oligopolistisk marked er de væsentlige hindringer, der findes for, at nye konkurrenter kan træde ind på markedet.¹⁴⁴ I konkurrencen om et offentligt udbud er der først og fremmest omkostninger forbundet med at udforme et tilbud, der kan tages i betragtning i konkurrencen. Hvis man som virksomhed ikke har leveret denne form for ydelse før, vil det kræve forholdsvis store

¹⁴¹ Cabral, Luis M. B. 2017. *Introduction to industrial organization*. Cambridge: MIT Press. Second edition, (Cabral, 2017), s. 185.

¹⁴² Andersen, Jensen, Olsen, Olsen & Schmalz, 2015, s. 313.

¹⁴³ Ibid., s. 312.

¹⁴⁴ Christensen, Leslie & Rasmussen, Jens Helmer. 2013. *Microeconomics*. Harlow: Pearson Education Limited. Compiled from: Perloff, Jeffrey M. 2012. *Microeconomics*, Sixth Edition and Pindyck, Robert S. & Rubinfeld, Daniel L. 2009. *Microeconomics*, Seventh Edition. (Christensen & Rasmussen, 2013), s. 318.

omkostninger at udarbejde et sådant tilbud. Dette skyldes, at tilbudsgiveren f.eks. er nødsaget til at anskaffe sig en vis grad af knowhow, produktionsmaskiner, materiale mv., før det overhovedet vil være muligt at afgive et konditionsmæssigt tilbud. Hvis man som tilbudsgiver ikke allerede har de rette kompetencer til at afgive et konditionsmæssigt tilbud på tidspunktet for offentliggørelsen af kontrakten, synes det at være forbundet med væsentlige omkostninger, og dermed barrierer, at tilegne sig disse kompetencer, før fristen for afgivelse af tilbud er overskredet. At disse barrierer eksisterer betyder, at man med stor sandsynlighed kan opretholde et marked med relativt få virksomheder. Dette medvirker altså til, at den enkelte virksomhed kan være med til at påvirke prisen på markedet og dermed ligeledes påvirke konkurrenterne.¹⁴⁵

Hvordan konkurrencen reelt udspiller sig, afhænger af den konkrete situation. I traditionel industriøkonomisk teori anskuer man typisk konkurrencen ud fra én af følgende modeller: Cournot-modellen, Stackelberg-modellen eller Bertrand-modellen. Hvilken model, der finder anvendelse afhænger af, om der bliver konkurreret på priser eller mængder, og om virksomhederne træffer deres beslutning simultant eller sekventielt.¹⁴⁶ Når der er tale om en allerede udbudt opgave, kan den leverede mængde, der ønskes hos den specifikke ordregiver dog ikke ændres via de almindelige konkurrencemodeller. I tilfældet med Viborg Kommune er der i stedet tale om, at kommunen efterspørger en forudbestemt ”mængde” vejmarkering. For at analysere udfaldet af konkurrencen må der derfor søges i anden økonomisk teori. Her synes auktionsteori at være nærliggende, eftersom den tager afsæt i et marked, hvor prisen bestemmes på baggrund af bud fra markedsdeltagerne.¹⁴⁷ Se nærmere herom i afsnit 3.4 nedenfor.

Ligesom der i en industriøkonomisk tilgang til konkurrencen bliver argumenteret for, at virksomheder på et oligopolistisk marked har et incitament til at indgå aftaler for at opnå højere profit,¹⁴⁸ er dette ligeledes tilfældet i auktionsteorien. I auktionsteorien bliver der argumenteret for, at ulovlige samarbejder mellem de bydende er fristende, fordi den forventede profit er højere, hvis de samarbejder end i situationer, hvor de ikke samarbejder.¹⁴⁹ Særligt på et oligopolistisk marked vil konkurrencefordrejende adfærd forekomme sandsynligt, idet faktorer såsom antallet af konkurrenter og

¹⁴⁵ Christensen & Rasmussen, 2013, s. 318

¹⁴⁶ Ibid., s. 327.

¹⁴⁷ Parente, Diane H. (editor). 2007. *Best Practices for Online Procurement Auctions*. United States: Information Science Reference. (Arnold, Ulli & Schnabel, Martin. *Chapter V. Economic Effects of Electronic Reverse Auctions: A Procurement Process Perspective*), s. 58.

¹⁴⁸ Christensen & Rasmussen, 2013, s. 318.

¹⁴⁹ Soudry, 2004, s. 361.

adgangsbarrierer kan fremme et ulovligt samarbejde.¹⁵⁰ Herudover er der en særlig risiko for aftalt spil i et udbud, da der netop stilles strenge krav til gennemsigtigheden gennem udbudsprocessen. Årsagen til, at denne gennemsigtighed medvirker til aftalt spil er, at jo mere gennemsigtigt et marked er, desto lettere er det for karteldeltagerne at se, hvem der afviger fra den indgåede konkurrencefordrejende aftale, hvilket gør det nemmere at straffe den afvigende deltager i fremtidige udbud.

Ordregiver bør således være opmærksom på markedet og på hvilke former for samarbejde, der kan forekomme, eftersom dette potentielt kan påvirke ordregivers pris. Særlig er der risiko for, at der på et oligopolistisk marked modtages bud, der er afgivet af tilbudsgivere, der potentielt fordrejer konkurrencen.

3.4. Auktioner i udbudssituationer

Idet markedet umiddelbart indikerer, at tilbudsgiveres ageren kan være med til at påvirke ordregivers pris, findes det nødvendigt at undersøge, hvordan konkurrencen om offentlige udbud udspiller sig i praksis – herunder hvilke faktorer, der spiller ind, når de enkelte tilbudsgivere skal beslutte sig for, hvilken pris de vil byde – og dermed i sidste ende, hvilken pris ordregiver kommer til at betale.

Økonomisk teori definerer ”auktioner” som et marked, hvorpå der findes et klart sæt regler, der bestemmer hvordan ressourcer fordeles og til hvilke priser, på baggrund af bud fra deltagerne på markedet.¹⁵¹ Der er således tale om en situation, hvor et antal potentielle købere konkurrerer om at købe ét produkt fra én enkelt sælger. Sælgeren skal dernæst beslutte sig for, hvem denne vil sælge sit produkt til ved at vurdere, hvem der vil betale den bedste pris.¹⁵² Ved offentlige udbud er der ikke som i traditionel auktionsteori tale om én sælger og flere potentielle købere. Der er i stedet tale om, at der er én køber, som er ordregiver, der efterspørger én bestemt ydelse, i nærværende case markering af vejstriber. Til at levere denne ydelse er et antal potentielle tilbudsgivere, der alle har mulighed for at sælge ydelsen til forskellige priser. Ved traditionelle auktioner vil de potentielle købere forud for auktionen have tillagt produktet en værdi, som de ikke er villige til at overstige, eftersom dette vil

¹⁵⁰ Albano, Buccirosi, Spagnolo & Zanza, 2006, s. 350f.

¹⁵¹ McAfee, R. Preston & McMillan, John. 1987. Auctions and Bidding. Journal of Economic Literature. Volume 25, No. 2: pp. 699-738, p. 701.

¹⁵² Soudry, 2004, s. 345.

medføre et tab for køberen. Ved auktioner i et udbudsretligt regi har tilbudsgiverne i stedet – før de afgiver deres tilbud – vurderet, hvilke omkostninger de vil have forbundet med at opfylde kontrakten.

Til at belyse de forskellige scenarier vil der ved nedenstående økonomiske analyse blive taget udgangspunkt i omvendt auktionsteori med fokus på førsteprisauktioner i en lukket auktion. Når ordregiver udbyder opgaven om markering af vejstriber, vil samtlige tilbudsgivere byde på opgaven, uden at kunne observere, hvad de andre byder. Dette er ligeledes det karakteristiske ved lukkede auktioner, da man ved denne auktionsform antager at samtlige deltagere i auktionerne afgiver deres bud på samme tid i et format, hvor det ikke er muligt at observere, hvad de andre byder. Det er således ikke muligt efterfølgende at ændre sit bud, hvorfor der er tale om statiske auktioner, hvor deltagerne træffer deres beslutning simultant.

I nærværende afhandling kan ordregiverens udbudsproces anskues som en førsteprisauktion. Ved denne auktionsform er det den tilbudsgiver, der afgiver det bedste bud, altså det laveste bud, der vinder auktionen og bliver betalt den pris, som denne har budt.¹⁵³

Denne auktionsform må anses for at være den mest anvendelige og mest realistiske i den konkrete situation, hvor der er tale om et offentligt udbud med tildelingskriteriet laveste pris. Dette skyldes, at processen vil udspille sig på følgende vis: Ordregiver offentliggør udbudsmaterialet, hvori de tilkendegiver, at vinderen af udbuddet vil være den tilbudsgiver, der kommer med det laveste bud på at markere vejstriber. Dernæst vil samtlige tilbudsgivere, der ønsker at afgive tilbud på opgaven, estimere hvor omkostningsfuldt, de tror opfyldelsen af kontrakten vil være for netop dem. Efterfølgende vil de hver især afgive deres lukkede tilbud til ordregiver, der efter tilbudsfristen vil åbne samtlige tilbud. Først når ordregiveren har åbnet samtlige bud skal denne vurdere, hvorvidt nogle af tilbudsgiverne er omfattet af bestemmelsen og dermed, hvorvidt tilbudsgiveren skal udelukkes. Først herefter kan ordregiveren finde vinderen.

Hvordan disse bud vil falde ud, afhænger af flere faktorer. Ifølge Ohad Soudry anvender økonomiske analyser spilteori til at analysere auktioner. Dette skyldes, at spilteori er en måde, hvorpå man analyserer interaktioner blandt en gruppe rationelle spillere, der handler strategisk og finder anvendelse i situationer, hvor de beslutninger, som én spiller træffer, til dels er styret af, hvad denne tror, de andre

¹⁵³ Soudry, 2004, s. 346.

spillere vil gøre.¹⁵⁴ Eftersom dette netop vil være tilfældet ved det offentlige udbud i Viborg Kommune om markering af vejstriber, vil det nedenfor blive analyseret, hvordan en førsteprisauktion vil udspille sig under forskellige konstruktioner af indkomne tilbud. Ved disse analyser vil der blive taget højde for, at tilbudsgiverne ved deres afgivelse af tilbud har de andre tilbudsgiveres mulige tilbud i tankerne. Det findes først og fremmest nødvendigt at udlede, hvilken budsstrategi der vil være optimal for en tilbudsgiver at følge for derefter at kunne belyse, hvilke bud tilbudsgiverne afgiver i de efterfølgende scenarier.

3.5. Budstrategi

Først og fremmest er det nødvendigt at opstille en række antagelser, som nærværende analyse af buddene vil tage afsæt i, for derefter at konkretisere, hvilken budstrategi tilbudsgiverne på markedet vil følge.

3.5.1. Antagelser omkring tilbudsgiveres viden og ageren

Der findes efter nærværende afhandlings case 10 aktive virksomheder på det danske marked for vejmarkering. For at tydeliggøre, hvilken effekt forskellige konstruktioner af samarbejde vil have på markedet, vil der dog blive taget udgangspunkt i en simplificeret situation, hvor der kun er fire virksomheder. Det antages, at tilbudsgiverne ved afgivelse af tilbuddet ved hvor mange af de fire virksomheder, de konkurrerer imod. Herudover antages det, at tilbudsgiverne er risikoneutrale, hvilket indebærer, at tilbudsgiverne er indifferente i forhold til, hvordan de opnår deres payoff, så længe det er det samme forventede payoff, der realiseres.¹⁵⁵ Det kan dog diskuteres, om denne antagelse synes realistisk, da virksomheder som oftest må antages at være risikoaverse. De økonomiske modeller tager dog udgangspunkt i risikoneutrale spillere, hvorfor nærværende afhandling ligeledes lægger antagelsen om risikoneutralitet til grund.

Som ovenfor anført fokuseres der i nærværende afhandling på en udbudssituation, hvor ordregiver er køber, og tilbudsgiverne er sælgere. Dermed er det nærliggende at kigge på de potentielle tilbudsgiveres

¹⁵⁴ Soudry, 2004, s. 348.

¹⁵⁵ Baird, Douglas G., Gertner, Robert H. & Picker, Randal C. 1998. *Game Theory and the Law*. Cambridge and London: Harvard University Press. First edition, (Baird, Gertner & Picker, 1998), s. 314.

omkostninger forbundet med at udføre den udbudte opgave. For at anskueliggøre analysen, vil det blive antaget, at de fire virksomheder i scenarierne nedenfor har kunnet udregne deres faktiske omkostninger på forhånd. Det skal hertil bemærkes, at det ikke altid synes realistisk, at en tilbudsgiver rent faktisk kan fastsætte et egentligt beløb, der vil udgøre dennes faktiske omkostning, men det må formodes muligt at fastsætte et nogenlunde estimat heraf.

Det antages endvidere, at tilbudsgivernes omkostninger er uniformt fordelt¹⁵⁶ mellem [0 og 1]. Omkostningerne er uafhængigt fordelt på tværs af tilbudsgiverne, hvilket indikerer, at omkostningerne for én virksomhed ikke afspejler eller tager afsæt i de andre tilbudsgiveres omkostninger.¹⁵⁷ I forbindelse med tilbudsgivernes omkostning antages det endvidere, at disse omkostninger er privat information. I nærværende afhandling har tilbudsgiverne således ikke mulighed for at observere hinandens omkostninger, hvilket også må formodes mest realistisk i praksis.

På baggrund af, at der er tale om privat information, vil tilbudsgiverne ikke vide, om deres omkostning er den laveste og i så fald, hvilken værdi den næstlaveste omkostning er. I nærværende afhandling antages det dog, at alle tilbudsgivere, der deltager i konkurrencen om det offentlige udbud, vil formode, at de selv har den laveste omkostning. Dette kan retfærdiggøres, fordi en tilbudsgiver må formodes at deltage i udbuddet med troen om, at denne kan vinde, eftersom der er et væsentligt ressourceforbrug forbundet med at udarbejde et konditionsmæssigt tilbud. Dette vil ikke kunne svare sig, hvis tilbudsgiveren ikke selv har en forventning om, at det er realistisk, at denne kan vinde kontrakten.

Endelig antages det, at alle tilbudsgiverne har de samme oplysninger om selve projektet og at alle ligeledes er velvidende om ordregivers reservationspris.

3.5.2. Det optimale bud

Med de ovenfor fastlagte antagelser opstår herefter spørgsmålet om, hvilken pris tilbudsgivere vil tilbyde ordregiver for at løse den udbudte opgave på baggrund af den enkeltes omkostninger forbundet hermed. Det synes ikke at være efficient for en tilbudsgiver at byde en pris, der er lig dennes egne

¹⁵⁶ En uniform fordeling betyder, at alle udfaldene har samme sandsynlighed.

¹⁵⁷ Rønde, Thomas. *Note om Auktionsteori*. CBS, 12. april 2018. Version 1.0 (Rønde, 2018), s. 1.

omkostninger, eftersom tilbudsgiveren i så fald ingen profit vil opnå, hvorfor dette som udgangspunkt ikke vil forekomme.¹⁵⁸

Teorien bag førsteprisauktioner påpeger, at tilbudsgiveren i teorien vil byde den estimerede næstlaveste omkostning, givet at denne selv har den laveste omkostning.¹⁵⁹ Tilbudsgiveren med den laveste omkostning vil således gennemsnitligt byde det beløb, der svarer til den næstlaveste omkostning. Det må dog pointeres, at dette bliver udregnet på baggrund af forventede værdier, hvorfor det ikke synes realistisk at ramme præcis det bud, der svarer til den næstlaveste omkostning.

Den økonomiske litteratur statuerer, at der eksisterer en symmetrisk Bayesian Nash-ligevægt, hvor alle N tilbudsgivere byder efter følgende budsstrategi:¹⁶⁰

$$b(c_i) = \frac{(N - 1)c_i + 1}{N}$$

At denne strategi udgør en Bayesian Nash-ligevægt indikerer, at tilbudsgiverne optimerer deres forventede payoff ved at følge denne strategi, givet at der er privat information. Budstrategien afhænger af antallet af tilbudsgivere i konkurrencen om det konkrete udbud, hvilket er angivet som N. Herudover afhænger det af tilbudsgiverens egen private omkostning, hvilket er angivet som c_i . Ved brug af denne formel er det således muligt at udregne, hvilket bud en tilbudsgiver vil afgive.¹⁶¹

Hvorom alting er, vil det dog være den enkelte tilbudsgivers egne omkostninger, der i første omgang spiller den afgørende rolle for, hvilken pris denne har mulighed for at tilbyde til ordregiver. Derfor vil der nedenfor blive foretaget en analyse af, hvilke kompetencer tilbudsgiverne skal besidde for at kunne udføre den konkrete opgave for ordregiver, samt hvilke omkostninger disse kompetencer medfører for de enkelte virksomheder.

¹⁵⁸ Krishna, Vijay. 2010. *Auction Theory*. United States: Academic Press is an imprint of Elsevier. Second Edition. (Krishna, 2010) Chapter 2, s. 14.

¹⁵⁹ Rønde, 2018, s. 7.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ For bevis for denne strategi henvises der til Rønde, 2018, se herom i bilag 3.

3.6. Ordregivers betaling

3.6.1. Omkostninger forbundet med det konkrete udbud

Forud for udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen har en ordregiver som oftest foretaget en vurdering af, hvilket beløb de kan afsætte i deres budget, til at få udført den pågældende opgave. Det antages, at ordregivers reservationspris i det konkrete udbud er på 10 mio. kr.¹⁶², hvorfor alle bud lig eller under denne pris anses for at være inden for rammerne af, hvad budgettet kan bære.

3.6.1.1. Nødvendige kompetencer

Alt efter hvilken opgave en ordregiver skal have udført, vil leveringen af ydelsen kræve, at tilbudsgiverne besidder bestemte kompetencer. Ved markering af vejstriber er der særligt to hovedgrupper af kompetencer, der er nødvendige for at opgaven kan udføres. Det kræver dels den korrekte maskinkraft og dels kompetente medarbejdere til at udføre opgaven.

Samtlige veje i Viborg Kommune skal genmarkeres med termoplast, hvilket kræver specielle maskiner og medarbejdere, der kan betjene disse maskiner. Med hensyn til maskinerne er det nødvendigt, at virksomheden er i besiddelse af lastbiler med smeltegryder, der kan klargøre termoplasten, stribemaskiner til at tegne selve striberne og håndholdte stribemaskiner til de mere detaljerede markeringer. Desuden kræves det, at man er i besiddelse af anhængere, som stribemaskinerne bliver transporteret på, samt afspærringsmateriale. Samlet benævnes maskinerne som et vogntog.¹⁶³

Hvert vogntog skal være bemanded med en formand og en medhjælper. Disse arbejder sammen i hold på hver strækning, hvor der skal udlægges vejmarkering.¹⁶⁴ For at kunne udføre den udbudte opgave for ordregiver, er det således nødvendigt, at tilbudsgiver har de nødvendige vogntog og den nødvendige bemanning.

¹⁶² Alle tal i nærværende analyse er hypotetiske.

¹⁶³ BET-14/04158, Afgørelse om *Dansk Vejmarkerings Konsortium* afsagt af Konkurrencerådet den 24. juni 2015, (Vejmarkeringsafgørelse, 2015) punkt 64-69. For referat, se bilag 2.N.

¹⁶⁴ Ibid., punkt 77-79

3.6.1.2. Tilbudsgiverne

Det er naturligvis ikke alle virksomheder, der besidder de samme kompetencer. Som nævnt vil der blive taget udgangspunkt i en simplificeret situation, hvor der kun er fire virksomheder på markedet. Disse virksomheder, vil fremover blive omtalt som henholdsvis Virksomhed A, Virksomhed B, Virksomhed C og Virksomhed D. De enkelte virksomheder og deres individuelle kompetencer og omkostninger vil blive gennemgået nedenfor, da dette er væsentligt for de forskellige former for sammenslutninger og bud, som en ordregiver potentielt kan forvente at stå over for i det konkrete udbud.

Virksomhed A

Virksomhed A er en virksomhed, der besidder alle nødvendige kompetencer for at kunne byde på opgaven. De har således allerede både de nødvendige vogntog samt medarbejdere, der kan betjene disse. Virksomheden har ikke valgt at specialisere sig i nogle af processerne, men har i stedet valgt at fokusere på at kunne udføre vejmarkeringsopgaver på egen hånd.

Virksomhedens samlede omkostninger ved udførelsen af opgaven, er estimeret på baggrund af bl.a. omkostningerne forbundet med udformning af selve tilbuddet samt udførelsen af den konkrete opgave. De største omkostninger vil dog uden tvivl bestå i at udføre selve kontrakten. Samlet set antages det, at Virksomhed A's omkostning i forbindelse med vejmarkeringsopgaven vil være 5 mio. kr.

Virksomhed B

På samme vis er Virksomhed B i besiddelse af alle de nødvendige kompetencer for at kunne byde på opgaven alene. De har heller ikke specialiseret sig i hverken produktion af vogntog eller i at uddanne deres medarbejdere. De to virksomheder ligner således hinanden meget. Det antages dog, at Virksomhed B's samlede omkostninger i forbindelse med vejmarkeringsopgaven er 6 mio. kr., og dermed en anelse højere end Virksomhed A's.

Virksomhed C

Virksomhed C har specialiseret sig i at producere vogntog til brug for vejmarkeringsopgaver. Derimod har de ikke nogle medarbejdere, der har kompetencerne til at udføre selve opgaven. I stedet er deres fokus at producere de mest effektive vogntog, som de almindeligvis enten sælger eller udlejer til andre virksomheder i forbindelse med vejmarkeringsopgaver.

Eftersom Viborg Kommunes offentlige udbud kræver, at opgaven udføres af den vindende tilbudsgiver, kan Virksomhed C kun afgive et konditionsmæssigt tilbud, såfremt de anskaffer sig kompetente

medarbejdere til udførelsen af opgaven. Dette kan gøres ved at hyre vikarer til udførelsen af opgaven, hvilket dog antages at være forbundet med yderligere omkostninger for virksomheden.

Samlet antages det, at Virksomhed C's omkostninger forbundet med vejmarkeringsopgaven er 12 mio. kr. Dette inklusiv ansættelse af kompetente vikarer, udarbejdelse af tilbud samt udførelsen af kontrakten i tilfælde af, at de skulle vinde udbuddet. Det må dog bemærkes, at Virksomhed C's omkostningstunge post er at skulle ansætte kompetente vikarer til at udføre opgaven.

Virksomhed D

Virksomhed D uddanner derimod medarbejdere til at markere vejstriber på en effektiv måde, således at de er eftertragtet arbejdskraft, der kan udlejes i forbindelse med opgaver om vejmarkering. Derimod er Virksomhed D ikke i besiddelse af de rette vogntog til udførelsen af sådanne opgaver.

For at kunne afgive et konditionsmæssigt bud på den konkrete opgave, vil det være nødvendigt, at Virksomhed D investerer i de relevante vogntog, hvilket antages at være dyrt og risikofyldt taget i betragtning af, at en sådan investering ikke garanterer, at virksomheden vinder udbuddet. Medtages det faktum, at der endvidere er leveringstid på de konkrete maskiner, anses det ikke som realistisk, at Virksomhed D vil foretage en sådan investering. En alternativ løsning for virksomheden er at leje de omtalte maskiner. Dette vil dog ligeledes medføre en betydelig omkostning, hvorfor det antages, at deres samlede omkostninger forbundet med udførelse af opgaven vil være 15 mio. kr., såfremt de lejer maskinerne andetsteds.

3.6.1.3. Opsamling

De fire virksomheder har forskellige udgangspunkter og forskellige muligheder, når de skal overveje, hvorvidt de ønsker at afgive tilbud. For at anskueliggøre informationerne er disse samlet i nedenstående tabel.

Tabel 1 – Virksomhederne

	Kompetencer	Omkostninger i mio. kr.
Virksomhed A	Maskiner + medarbejdere	5
Virksomhed B	Maskiner + medarbejdere	6
Virksomhed C	Maskiner	12
Virksomhed D	Medarbejdere	15

Kilde: Egen tilvirkning

På et oligopolistisk marked er der mulighed for forskellige konstruktioner af aftaler og forskellige konstruktioner af bud, der hver især påvirker, hvilken pris ordregiver ender med at skulle betale for at få opgaven udført. For at besvare afhandlingens økonomiske problemformulering er det nødvendigt at analysere, i hvilket omfang konkurrencefordrejning på et givent marked påvirker prisen for den udbudte opgave. Nedenfor vil der med udgangspunkt i ovenstående virksomheder blive opstillet fire forskellige scenarier, for at belyse forskellige former for samarbejde mellem tilbudsgiverne, og hvilken effekt dette vil have for ordregivers betaling i det konkrete udbud. De forskellige scenarier er karakteriseret ved 1) et marked uden samarbejde, 2) en monopol lignende tilstand, 3) en ekstra tilbudsgiver på markedet, og 4) et tvivlsomt konsortiesamarbejde. Årsagen til at belyse netop disse fire scenarier er, at hvert scenarie repræsenterer forskellige former for samarbejde eller mangel herpå. Eftersom det netop er konsortieaftaler, der er meget oppe i tiden, er det denne form for samarbejde, som nærværende scenarier især tager udgangspunkt i. Dette skyldes ligeledes, at konsortieaftaler som nævnt er en aftaleform, hvor ordregiver kan observere, at der er indgået en aftale, men hvor baggrunden herfor ikke er observerbar.

3.6.2. Scenarier på markedet

Nedenfor vil de fire scenarier blive gennemgået for at udlede, hvilken pris tilbudsgiverne vil byde, dvs. hvilke bud ordregiveren står over for, alt afhængig af, hvordan tilbudsgiverne vælger at samarbejde på markedet. Med udgangspunkt i de ovenfor nævnte antagelser i afsnit 3.5, er det således muligt at analysere, hvilken pris ordregiver kan forvente at skulle betale i de fire forskellige scenarier.

3.6.2.1. Scenarie 1: Et marked uden samarbejde

Det første scenarie, der ønskes belyst, er hvor ingen tilbudsgivere samarbejder om at udføre opgaven. I nærværende afsnit vil det dermed blive analyseret, hvordan buddene fra de forskellige tilbudsgivere vil udspille sig, når tilbudsgiverne konkurrerer frit mod hinanden om at vinde det offentlige udbud.

Som vist i afsnit 3.5.2 kan det udledes, at en tilbudsgiver vil byde en pris, der er lig den forventede næstlaveste omkostning, givet at denne har den laveste omkostning. Dette foreligger på et teoretisk plan, hvorfor det ønskes belyst, hvilken pris ordregiver kan forvente, at tilbudsgiverne i realiteten vil byde, såfremt de byder efter ligevægtsstrategien.

At ordregiver i det konkrete udbud har en reservationspris på 10 mio. kr. indikerer, at ordregiver ikke er villig til at betale en pris højere end dette, da det vil medføre, at kommunen ikke kan overholde deres budget. Da tilbudsgiverne er bevidste om ordregiverens reservationspris, vil Virksomhed C og Virksomhed D ikke deltage i udbuddet. Dette skyldes, at begge virksomheder har højere omkostninger end ordregiverens reservationspris, da de begge to er nødsaget til at leje henholdsvis medarbejdere og vogntog for at kunne deltage i udbuddet. Det vil ikke kunne betale sig for Virksomhed C at afgive et tilbud på opgaven, der er under dennes omkostninger på 12 mio. kr. Selvom Virksomhed C har mulighed for at blive taget i betragtning af ordregiver, hvis de afgiver et bud lavere end deres omkostninger, vil virksomheden ende med at tabe penge, såfremt de vinder udbuddet. Dette er ikke profitabelt, hvorfor Virksomhed C under forudsætning af at være profitmaksimerende aldrig vil byde under dennes omkostninger. Det samme udgangspunkt vil gælde for Virksomhed D, hvorfor denne antages aldrig at byde under omkostningen på 15 mio. kr. På baggrund heraf kan det udledes, at hverken Virksomhed C eller Virksomhed D vil være med i konkurrencen om ordregivers udbudte opgave om at markere vejstriber i et scenarie, hvor ingen virksomheder samarbejder.

Dernæst er det relevant at undersøge, hvordan Virksomhed A og Virksomhed B vil agere i konkurrencen om opgaven. Som det fremgår af Tabel 1, har Virksomhed A en omkostning på 5 mio. kr. ved at udføre opgaven, hvorimod Virksomhed B's omkostning er højere. Som vist i afsnit 3.5.2 vil virksomhederne byde den forventede næstlaveste omkostning efter formodningen om, at denne har den laveste omkostning. Hertil er det dog vigtigt at bemærke, at Virksomhed A ikke kender til Virksomhed B's omkostninger, da dette som nævnt er privat information. Det samme er gældende for Virksomhed B, hvorfor denne vil deltage i udbuddet med forventningen om, at denne selv har den laveste omkostning.

Eftersom virksomhederne kender antallet af tilbudsgivere, der byder i udbuddet, og da de kender deres egne omkostninger, er det muligt at udregne, hvilke bud virksomhederne vil byde, givet at de tror, at de har den laveste omkostning. Modellen antager som nævnt, at omkostningerne er uniformt fordelt mellem 0 og 1, hvorfor det er nødvendigt at omregne de forskellige virksomheders omkostninger. Idet det er almen viden, at ordregiver har en reservationspris på 10 mio. kr., vil dette være den højst mulige værdi, dvs. 1. Det antages dermed, at spændet på 0–10 mio. kr. er fordelt i intervallet 0-1. Dermed kan virksomhedernes omkostninger omskrives, hvilket fremgår af Tabel 2.

Tabel 2 – Virksomhedernes omkostning efter uniform fordeling

	Omkostning i mio. kr.	Udregning	Uniform fordeling
Virksomhed A	5	$\frac{1}{10} * 5$	0,5
Virksomhed B	6	$\frac{1}{10} * 6$	0,6

Kilde: Egen tilvirkning

Det er således muligt at udregne, hvilke bud der er optimale at afgive for Virksomhed A og Virksomhed B givet, at de begge følger den samme budstrategi, der er angivet i afsnit 3.5.2. Virksomhed A vil i denne situation byde:

$$b(c_A) = \frac{(2 - 1) * 0,5 + 1}{2} = 0,75 * 10 = 7,5 \text{ mio. kr.}$$

Virksomhed B vil byde følgende:

$$b(c_B) = \frac{(2 - 1) * 0,6 + 1}{2} = 0,8 * 10 = 8 \text{ mio. kr.}$$

På baggrund heraf kan det udledes, at det mest optimale for virksomhederne er at byde en pris over deres egne omkostninger. Graden af hvor meget tilbudsgiverne byder over afhænger af, hvilken omkostning virksomheden selv har, samt hvor mange tilbudsgivere, der deltager i konkurrencen om udbuddet.¹⁶⁵ I nærværende scenarie byder virksomhederne henholdsvis 2,5 mio. kr., og 2 mio. kr., over, hvilket skyldes fænomenet 'bid shading', der forekommer når man byder et beløb, der er højere end ens egne omkostninger, således at byderen selv kan opnå en profit.¹⁶⁶ I virkelighedens verden kan det dog også forekomme, at tilbudsgivere – når disse overvejer deres budstrategi – ligeledes overvejer, hvor meget de vil tjene på opgaven, herunder hvor langt de er villige til at gå ned i pris for at opretholde eventuelle eksisterende markedsandele.

Eftersom tildelingskriteriet er laveste pris, vil virksomhed A vinde opgaven om udbuddet, hvorfor ordregiver i dette scenarie vil ende med at betale 7,5 mio. kr. til Virksomhed A for at få udført opgaven.

¹⁶⁵ Krishna, 2010, chapter 2, s. 16.

¹⁶⁶ For den omvendte definition, se: Krishna, Vijay. 2002. *Auction Theory*. United States: Academic Press, An Elsevier Science Imprint, (Krishna, 2002), s. 19.

Idet ordregiver har budgetteret opgaven til 10 mio. kr., vil kommunen således opnå en besparelse. Eftersom ordregivere, på samme vis som virksomheder, anses for at være profitmaksimerende, vil dette indebære, at de ønsker at opnå så stor en besparelse som muligt i forhold til, hvad der er budgetteret. Denne besparelse vil derfor i udregningerne fremgå som profit (π_{OG}). På baggrund heraf er det muligt at udregne hvor stor en besparelse, ordregiver vil opnå, ved at tildele kontrakten til Virksomhed A.

$$E(\pi_{OG}) = 10 \text{ mio. kr.} - 7,5 \text{ mio. kr.} = 2,5 \text{ mio. kr.}$$

Idet Viborg Kommune grundet deres reservationspris er villige til at betale op til 10 mio. kr. for at få markeret vejstriber men 'kun' ender med at betale 7,5. mio. kr., medfører dette en besparelse på 2,5. mio. kr., når de potentielle virksomheder på markedet ikke samarbejder.

3.6.2.2. Scenarie 2: En monopollignende tilstand

Ovenfor blev det analyseret, hvilken pris ordregiver skulle betale i en situation, hvor der intet samarbejde var mellem tilbudsgiverne. I dette afsnit vil der i stedet blive taget udgangspunkt i et scenarie, hvor Virksomhed A og Virksomhed B går sammen i et konsortium (herefter Konsortium AB), altså et scenarie, hvori virksomhederne ikke længere konkurrerer mod hinanden. Dette vil skabe en monopollignende tilstand på markedet, da det i dette afsnit ligeledes forudsættes, at Virksomhed C og Virksomhed D ikke er en del af konkurrencen. Nærværende scenarie kan sammenlignes med det klassiske kartel, hvor tilbudsgiverne går sammen og koordinerer deres tilbud. I disse situationer vil det ofte forekomme, at alle tilbudsgiverne tilbudskoordinerer, hvilket ligeledes kan medvirke til at skabe monopollignende tilstande, selvom det umiddelbart vil se ud som om, at der er konkurrence om udbuddet. Dermed vil karteldannelser kunne anses for at have samme effekt som det følgende scenarie.

Det antages, at Konsortium AB kan udføre opgaven til de omkostninger, som Virksomhed A selv havde forbundet med at udføre opgaven, dvs. 5 mio. kr. Det skal hertil undersøges, hvilken betydning denne monopollignende tilstand har for den pris, som ordregiveren ender med at betale for opgaven. Konsortium AB vil byde som følger:

$$b(c_{AB}) = \frac{(1 - 1) * 0,5 + 1}{1} = 1 * 10 = 10 \text{ mio. kr.}$$

Idet Konsortium AB er klar over, at denne er den eneste tilbudsgiver på markedet samt er fuldt informeret om ordregivers reservationspris, vil konsortiet byde 10 mio. kr., hvilket ordregiver vil acceptere.

I dette scenarie vil ordregiver således skulle betale 10 mio. kr. for at få udført opgaven om at markere vejstriber. Dette medfører, at ordregiveren ikke længere vil have en besparelse ved at få udført opgaven, idet de nu skal betale et beløb, der er lig reservationsprisen. Ved at eliminere konkurrencen på markedet har virksomhederne således mulighed for at sætte prisen højere end under konkurrencen karakteriseret som duopol og på denne måde skabe overnormal profit. Dette må betegnes som konkurrencefordrejende adfærd, idet konsortiet består af to virksomheder, der er aktuelle konkurrenter, som ville have haft mulighed for at byde på opgaven selv, uden at danne et konsortium.

Det må hertil bemærkes, at buddet ikke ville have været anderledes, såfremt konsortiet gennem deres samarbejde havde kunnet reducere omkostningerne. Dette skyldes, at konsortiet er velvidende om, at denne ikke har nogle konkurrenter, hvorfor de, under forudsætning af at være profitmaksimerende, stadig ville udnytte den monopol lignende tilstand og sætte deres bud lig ordregivers reservationspris for at opnå så høj en profit som muligt. Dermed vil ordregiver i dette scenarie ikke nyde godt af en eventuel omkostningsbesparelse hos tilbudsgiver, hvorfor det kun vil være konsortiet, der realiserer en højere profit.

3.6.2.3. Scenarie 3: En ekstra tilbudsgiver på markedet

Et andet scenarie, der ønskes belyst, er de tilfælde, hvor et samarbejde kan medføre en ekstra spiller på markedet. Det er muligt at forestille sig et scenarie, hvor to virksomheder, som ikke har de nødvendige kompetencer til at byde på opgaven på egen hånd, går sammen i et konsortium for dermed at kunne afgive et konditions mæssigt tilbud. Nedenfor vil der blive opstillet et scenarie, hvori Virksomhed C og Virksomhed D vil kunne deltage i konkurrencen om det pågældende udbud.

Som nævnt i afsnit 3.6.1.2 har Virksomhed C de nødvendige vogntog til brug for markering af vejstriber, men har ikke medarbejdere, der besidder de rette kompetencer til at udføre selve opgaven. Virksomhed D har derimod medarbejdere, som er specialiserede i at anvende vogntog til at markere vejstriber. Virksomhederne kan derfor umiddelbart ikke betragtes som aktuelle konkurrenter, idet de med deres nuværende kompetencer og kapacitet ikke opererer på samme marked. Der findes dog den mulighed, at virksomhederne lejer sig til de nødvendige kompetencer. Dette synes imidlertid ikke at

være muligt i forhold til det konkrete udbud, eftersom virksomhedernes omkostninger ved at leje henholdsvis medarbejdere og vogntog vil medføre højere omkostninger for begge virksomheder i forhold til, hvad ordregiver maksimalt vil betale for opgaven. Da Virksomhed C og Virksomhed D ikke forholdsvist simpelt kan skaffe sig de nødvendige kompetencer, anses de heller ikke for at være potentielle konkurrenter om den konkrete opgave. Virksomhederne har dog mulighed for at tilegne sig de nødvendige kompetencer ved at indgå i et konsortiesamarbejde og på denne måde i fællesskab deltage i konkurrencen. Et sådant konsortiesamarbejde (herefter Konsortium CD) medfører, at der kommer en ekstra spiller på markedet. I nærværende scenarie er der således tre tilbudsgivere, idet både Virksomhed A, Virksomhed B og Konsortium CD vil byde på opgaven.¹⁶⁷

Konsortium CD har ikke længere omkostninger forbundet med at skulle leje henholdsvis vogntog og medarbejdere. Herudover er virksomhederne allerede specialiserede inden for hvert deres felt, hvorfor konsortiet har mulighed for at skabe høj produktivitet og dermed udføre opgaven uden uforholdsmæssigt store omkostninger. Dermed antages det, at virksomhederne gennem deres konsortiesamarbejde, kan udføre den pågældende opgave for en samlet omkostning på 5,5 mio. kr.

Ligesom i afsnit 3.6.2.1, er det nødvendigt at omregne virksomhedernes omkostning til et tal i et interval mellem 0 og 1. På samme vis kan Konsortium CD's omkostning udregnes til at udgøre 0,55¹⁶⁸. Det er herefter muligt at udregne de forskellige tilbudsgiveres bud, når de alle følger den samme strategi, som udgør en Bayesian Nash-ligevægt.

Virksomhed A:
$$b(c_A) = \frac{(3-1)*0,5+1}{3} = 0,67 * 10 = 6,7 \text{ mio. kr.}$$

Virksomhed B:
$$b(c_B) = \frac{(3-1)*0,6+1}{3} = 0,73 * 10 = 7,3 \text{ mio. kr.}$$

Konsortium CD:
$$b(c_{CD}) = \frac{(3-1)*0,55+1}{3} = 0,70 * 10 = 7 \text{ mio. kr.}$$

Sammenligner man de afgivne bud med Scenarie 1, kan det statueres, at tilbudsgivernes bud er lavere, når der er en ekstra tilbudsgiver, der konkurrerer om opgaven. Dermed vil graden af tilbudsgivernes

¹⁶⁷ Det antages her, at Virksomhed A og Virksomhed B ikke samarbejder.

¹⁶⁸ Dette er fremfundet ved brug af følgende udregning: $\frac{1}{10} * 5,5 = 0,55$.

”bid shading” reduceres jo mere konkurrence, der er på markedet – dvs. jo flere tilbudsgivere, der konkurrerer om udbuddet.¹⁶⁹

I dette scenarie, hvor der er tre tilbudsgivere og den laveste omkostning udgør 5 mio. kr., vil Virksomhed A vinde med det afgivne tilbud på 6,7 mio. kr. Dette er ensbetydende med, at ordregiver skal betale 6,7 mio. kr., hvorefter det er muligt at udregne dennes besparelse:

$$E(\pi_{OG}) = 10 \text{ mio. kr.} - 6,7 \text{ mio. kr.} = 3,3 \text{ mio. kr.}$$

I dette scenarie vil ordregiver således opnå en besparelse på 3,3 mio. kr. i forhold til det budgetterede. En ekstra tilbudsgiver på markedet vil således medføre en større besparelse for ordregiver, selvom der ikke er nogle af de pågældende tilbudsgivere, der har estimeret deres omkostninger ved at udføre opgaven, til at udgøre mindre end det var tilfældet ved de forudgående scenarier. Dette skyldes, at når antallet af tilbudsgivere forøges, vil tilbudsgivere byde tættere på deres egne omkostninger, idet der er større chance for, at det næstlaveste bud falder i takt med, at flere konkurrenter træder til.

3.6.2.4. Scenarie 4: Et tvivlsomt konsortiesamarbejde

Det sidste, der ønskes belyst, er hvordan det vil influere på ordregivers pris for den udbudte opgave, såfremt en virksomhed, der allerede har mulighed for at byde på opgaven selv, vælger at slå sig sammen med en mindre virksomhed. Det må bemærkes, at der kan foreligge forskellige hensyn bag et sådan samarbejde, hvilket alt andet lige også kan resultere i, hvorvidt en sådant samarbejde er konkurrencefordrejende.

Anskues et scenarie, hvor Virksomhed A tilegner sig muligheden for at samarbejde med Virksomhed C (herefter Konsortium AC), kan dette samarbejde være forårsaget af forskellige hensyn. Virksomhed A kan enten vælge denne strategi for at frarøve Virksomhed D muligheden for at deltage i udbuddet, og dermed undgå en ekstra konkurrent. Alternativt kan samarbejdet være indgået med det formål at skabe højere produktivitet ved at udnytte eventuelle stordriftsfordele, der kan opnås gennem et samarbejde, og dermed større sandsynlighed for at vinde kontrakten. Det må hertil bemærkes, at det antages, at Virksomhed C ville have deltaget i konkurrencen med Virksomhed D, som belyst i Scenarie 3, såfremt de ikke indgik et samarbejde med Virksomhed A.

¹⁶⁹ Krishna, 2002, s. 19.

Umiddelbart vil et konsortium fordreje konkurrencen, såfremt en sammenslutning omfatter flere virksomheder, end hvad der må anses for at være nødvendigt til at løfte den pågældende opgave.¹⁷⁰ I nærværende scenarie har Virksomhed A mulighed for at løfte opgaven på egen hånd, hvorfor det ikke er nødvendigt for denne at indgå i et samarbejde med andre. Det kan dog være muligt at retfærdiggøre et sådant samarbejde, såfremt samarbejdet medfører, at konsortiet kan skabe tilstrækkelige effektivitetsfordele. Dette er tilfældet, så længe fordelene gavner ordregiveren og samtidig opvejer for de negative effekter, der opstår i forbindelse med den konkurrencefordrejende adfærd.¹⁷¹ Øget effektivitet kan f.eks. opnås ved at forbedre udnyttelsen af produktionskapacitet eller know-how.¹⁷²

Det ønskes først og fremmest belyst, hvilken effekt det vil have på ordregivers pris, såfremt det antages, at Konsortium AC har mulighed for at reducere deres samlede omkostninger til at udgøre 4 mio. kr. En sådan omkostningsreducering vil influere på, hvilken pris konsortiet vil byde i et forsøg på at vinde den udbudte opgave. Konsortium AC vil således byde følgende:

$$b(c_{AC}) = \frac{(2 - 1) * 0,4 + 1}{2} = 0,7 * 10 = 7 \text{ mio. kr.}$$

Herudover antages det, at Virksomhed B stadig har omkostninger på 6 mio. kr. forbundet med udførelsen af opgaven, hvorfor denne således vil byde følgende:

$$b(c_B) = \frac{(2 - 1) * 0,6 + 1}{2} = 0,8 * 10 = 8 \text{ mio. kr.}$$

I dette scenarie vil Konsortium AC vinde udbuddet, eftersom dennes bud er det laveste. Sammenlignes dette scenarie med Scenarie 1, hvor Virksomhed A bød alene, er det således muligt at statuere, at konsortiedannelsen umiddelbart medfører en mere fordelagtig pris for ordregiver. Dette kan forklares ud fra det faktum, at tilbudsgiverne ikke har perfekt viden om deres konkurrenters samlede omkostninger, hvorfor konsortiets budafgivelse især vil tilpasse sig efter deres egen samlede omkostning. Eftersom konsortiets omkostningsreducering medvirker til en lavere pris, vil de således påvirke ordregivers besparelse i forhold til det budgetterede positivt. Ordregivers besparelse kan udregnes som følger:

¹⁷⁰ Konkurrencerådets afgørelse af den 23. februar 2000. *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*. Sagsnr. 2:802-299, afsnit 4.2.1.3. For referat, se bilag 2.O. (Ortopædiske sko)

¹⁷¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Oktober 2018. *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, vejledning*, s. 17.

¹⁷² Ortopædiske sko, afsnit 4.2.1.3.

$$E(\pi_{OG}) = 10 \text{ mio. kr.} - 7 \text{ mio. kr.} = 3 \text{ mio. kr.}$$

Ordregiver vil således opnå en besparelse på 3 mio. kr. i forhold til det budgetterede, når Konsortium AC kan opnå en omkostningsbesparelse på 1 mio. kr., dvs. reducere de samlede omkostninger til at udgøre 4 mio. kr.

Det er dog væsentligt at bemærke, at Virksomhed A har ressourcerne til at deltage i udbuddet selv, hvorfor et sådan samarbejde ikke er nødvendigt for dennes budafgivelse. Herudover vil det, som antaget, forekomme at Virksomhed C ville have indgået et samarbejde med Virksomhed D, hvorfor konsortiets samarbejde potentielt frarøver en ekstra spiller på markedet. Før konsortiesamarbejdet mellem de to virksomheder kan anses for værende økonomisk fordelagtigt, er det således nødvendigt at undersøge, hvorvidt det har skabt tilstrækkelige effektivitetsfordele til at veje op for den umiddelbare konkurrencefordrejende adfærd.

3.6.2.4.1. Effektivt vs. ikke effektivt konsortium

For at vurdere om et konsortium er effektivt, må det opveje for den forvridding af konkurrencen, der er blevet forårsaget på baggrund af den umiddelbare konkurrencefordrejende adfærd. Antages det, at Virksomhed C vil deltage i udbuddet uanset om det er via et samarbejde med Virksomhed A eller D, må konsortiets bud sammenlignes med det alternative scenarie, hvor Virksomhed C indgik et konsortiesamarbejde med Virksomhed D. For at sammenligne de to scenarier, tages der udgangspunkt i de tidligere udregnede budsstrategier, som er oplistet nedenfor i Tabel 3a og 3b.

Tabel 3a – Ekstra tilbudsgiver på markedet

	Omkostning (i mio. kr.)	Omkostning efter uniform fordeling	Budstrategi i mio. kr.
Virksomhed A	5	0,5	6,67
Virksomhed B	6	0,6	7,33
Konsortium CD	5,5	0,55	7

Kilde: Egen tilvirkning

Tabel 3b – Tvivlsomt konsortiesamarbejde

	Omkostning (i mio. kr.)	Omkostning efter uniform fordeling	Budstrategi i mio. kr.
Konsortium AC	4	0,4	7
Virksomhed B	6	0,6	8

Kilde: Egen tilvirkning

Konsortium AC vil først medføre tilstrækkelige effektivitetsfordele, når disse opvejer for den mulige budafgivelse, som en ekstra spiller vil medvirke til. Sammenligner man Tabel 3a og 3b ses det, at selvom en omkostningsreducering hos Konsortium AC vil medføre en budafgivelse på 7 mio. kr., vil dette stadig være højere end på det marked, hvor en ekstra konkurrent ville have resulteret i, at Virksomhed A bød 6,67 mio. kr. Dermed forekommer der ikke tilstrækkeligt store effektivitetsfordele til at retfærdiggøre konsortiets samarbejde i Scenarie 4, der dermed vil være konkurrencefordrejende.

Det er dog muligt at udregne, hvor store omkostningsbesparelser Konsortium AC skal opnå, for at opveje for det tilfælde, hvor Virksomhed C kunne indgå et samarbejde med en anden virksomhed, der heller ikke selv havde mulighed for at byde på opgaven. Som det fremgår af Tabel 3a, ville Virksomhed A have budt 6,67 mio. kr. i Scenarie 3. Dermed må Konsortium AC's omkostningsbesparelse medføre en pris for ordregiver svarende hertil. Dette kan udregnes ved at isolere omkostningen for konsortiet i nedenstående formel.

$$\frac{((2 - 1) * c) + 1}{2} = 0,667^{173}$$

$$c = 0,334 * 10 = 3,34 \text{ mio. kr.}$$

Konsortium AC skal således have reduceret deres omkostninger til maksimalt at udgøre 3,34 mio. kr., forinden konsortiet kan anses for at have medført tilstrækkelige effektivitetsfordele. Såfremt konsortiet kunne have reduceret deres omkostninger til 3,34 mio. kr., ville de således byde den samme pris som Virksomhed A i scenarie 3:

¹⁷³ Mellemregninger: $\frac{c+1}{2} = 0,667 \rightarrow c + 1 = 0,667 * 2 \rightarrow c + 1 = 1,334 \rightarrow c = 1,334 - 1$.

$$b(c_{AC}) = \frac{(2 - 1) * 0,334 + 1}{2} = 0,667 * 10 = 6,67 \text{ mio. kr.}$$

Først i denne situation vil samarbejdet mellem de to virksomheder kunne retfærdiggøres. Så selvom Konsortium AC har mulighed for at byde en pris på 7 mio. kr., hvilket er lavere end den budte pris i Scenarie 1, vil dette anses for værende konkurrencefordrejende.

Spørgsmålet er, hvorvidt det overhovedet synes muligt, at opnå sådanne effektivitetsfordele. I forlængelse heraf, kan Adam Smiths teori om fordeling af arbejdskraft, herunder specialisering inddrages. Denne teori tager udgangspunkt i, at en specialisering internt i en organisation kan være medvirkende til en forøget produktivitet og dermed reducerede omkostninger, såfremt organisationen har visse faktorer for øje. Teorien tager udgangspunkt i, hvordan virksomheder internt kan optimere sine processer ved at sætte fokus på at specialisere medarbejderne, således at deres evner udnyttes på bedst mulig vis.¹⁷⁴ Der kan argumenteres for, at en sådan specialisering også kan optimere processerne i et konsortiesamarbejde ved udfærdigelsen af en opgave vundet i et offentligt udbud. Såfremt to virksomheder samarbejder, hvor især den ene er specialiseret i en delproces af opgaven, vil den anden virksomheds ressourcer alt andet lige kunne udnyttes mere effektivt i en anden delproces. Dette vil kunne medføre at konsortiet samlet kan reducere deres omkostninger ved en sådan øget produktivitet.

Dermed bør ordregivere have for øje, at et konsortiesamarbejde mellem virksomheder ikke altid vil fordreje konkurrencen, men ligeledes kan være effektiviserende.

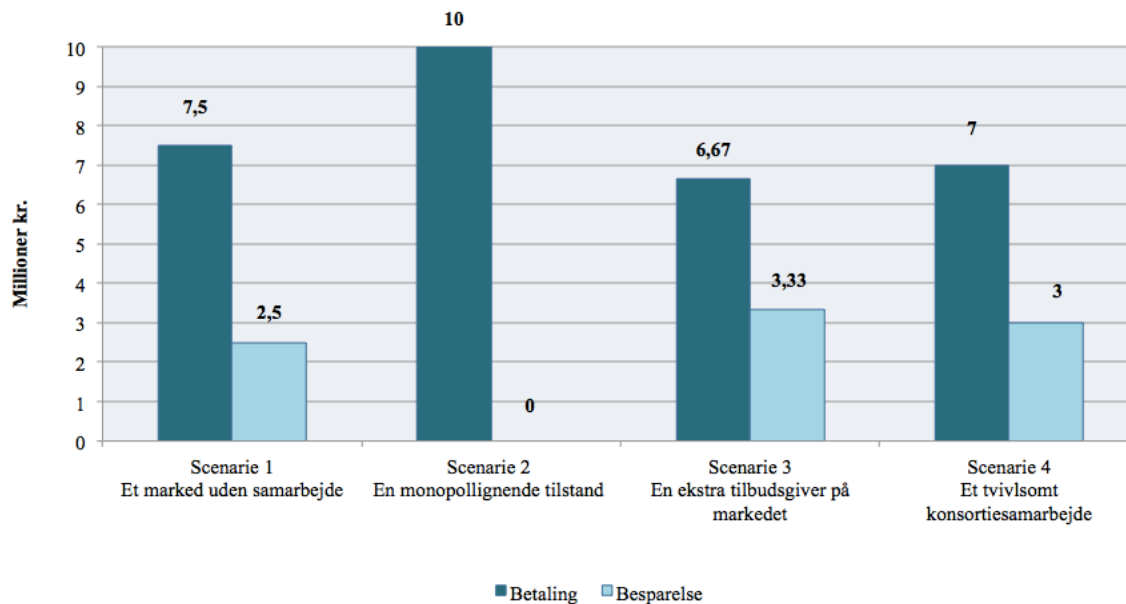
3.6.3. Sammenligning af scenarierne

På baggrund af ovenstående analyse af de forskellige scenarier er det muligt at udlede, hvordan forskellige former for samarbejde mellem tilbudsgivere påvirker prisen for ordregiver, og dermed hvilken besparelse denne kan opnå. Nærværende afsnit vil belyse, hvilke priser ordregiver kan forvente, når den ikke tager højde for muligheden for at udelukke konkurrencefordrejende adfærd.

Nedenfor i Figur 1 fremgår ordregivers betaling samt besparelse i de fire opstillede scenarier.

¹⁷⁴ Smith, Adam. 1776. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Edited, with an introduction, notes, marginal summary and an enlarged index by Edwin Cannan, M.A., LL.D. Volume 1. (Book I. Chapter I. *Of the Division of Labour*), s. 9

Figur 1 – Ordregivers betaling og besparelse i de enkelte scenarier



Kilde: Egen tilvirkning

Af ovenstående kan det observeres, at hvor konkurrencen udspiller sig som fri konkurrence i et duopol, er dette langt mere profitabelt for ordregiver, end hvor de samme virksomheder i stedet samarbejder med det resultat, at der opstår en monopollignende tilstand. Af Figur 1 er det muligt at se, at det netop er den monopollignende tilstand, der er den mindst optimale for en ordregiver at stå over for. Dette eftersom et sådant marked medfører, at ordregiveren skal betale en pris lig sin reservationspris, hvorfor der ikke vil blive opnået nogen besparelse. I nærværende afhandling er den monopollignende tilstand blevet belyst gennem et konsortium mellem konkurrenter på markedet. Hertil må det pointeres, at deciderede kartelaftaler kan medføre det samme udfald, da det som oftest vil forekomme, at alle karteldeltagere vil koordinere deres tilbud og netop skabe en sådan monopollignende tilstand. Så længe der er tale om ét enkelt udbud, vil de dermed udnytte den markeds magt, de har tilegnet sig, ved at fordreje konkurrencen, og således byde den højest mulige pris på opgaven.

Ser man derimod på den situation, hvor et konsortiesamarbejde medfører en ekstra tilbudsgiver til konkurrencen, vil ordregiver stå i en mere fordelagtig position. Dette fremgår ligeledes af Figur 1, idet det er muligt at observere, at en ekstra spiller på markedet medvirker til en lavere pris for ordregiver, og dermed en højere besparelse.

Anskuer man derimod et marked, hvor to virksomheder indgår i et konsortiesamarbejde for derved at kunne opnå effektivitetsfordele, vil dette som udgangspunkt være fordelagtigt for ordregiver. Det afhænger dog af, hvor specialiserede tilbudsgiverne er, og dermed hvor effektivt, de kan udføre opgaven. Ved at én virksomhed udnytter en andens specialisering, kan dette medvirke til en højere produktivitet og dermed til muligheden for, at det tilbudsgivende konsortium kan reducere de samlede omkostninger og afgive et billigere tilbud, end hvis de ikke havde samarbejdet. Ordregiver bør dog have for øje, at et sådant konsortiesamarbejde, som umiddelbart ser fordelagtig ud, også kan være indgået for at afværge yderligere konkurrence på markedet.

Ordregiver står således i den mest fordelagtige position i de tilfælde, hvor et samarbejde mellem virksomheder medfører, at der bliver afgivet flere bud på opgaven, hvilket viser, at jo flere konkurrenter der er på markedet, jo billigere en pris vil ordregiver ende med at skulle betale for at få udført opgaven. Det er ikke nødvendigvis de samarbejdende virksomheder, der afgiver det laveste bud, men ikke desto mindre vil konsortiets tilstedeværelse i konkurrencen medføre, at virksomheden med den laveste omkostning afgiver et lavere bud, end de ellers ville have gjort.

Dermed vil ordregivers pris alt andet lige blive påvirket af forskellige former for samarbejde. Det er dog ikke muligt at statuere en fællesbetegnelse for, hvorvidt et samarbejde mellem tilbudsgivere kan anses for værende positivt eller negativt for ordregivere, da dette, som ovenfor belyst, kan variere. Det kan derimod statueres, at et samarbejde påvirker ordregivers pris på den udbudte opgave negativt, såfremt samarbejdet fordrejer konkurrencen.

3.6.4. Udelukkelse af konkurrencefordrejende adfærd

På baggrund af ovenstående ønskes det belyst, i hvilket omfang en ordregiver har et incitament til at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd. For at belyse dette, vil der blive taget udgangspunkt i de fire ovenstående scenarier. Først og fremmest må det vurderes, hvilke scenarier, der giver anledning til mistanke om konkurrencefordrejende adfærd. Dette for efterfølgende at kunne vurdere, hvilken effekt det vil have for ordregiver, hvis denne udelukker de tilbudsgivere, der har indgået konkurrencefordrejende aftaler.

Et marked karakteriseret ved fri konkurrence i duopol, hvor begge tilbudsgivere byder enkeltvis, og hvor ingen samarbejder, er der som udgangspunkt ikke noget, der udviser en konkurrencefordrejende adfærd. I disse situationer er der således ikke nogle tilbudsgivere, der potentielt skal udelukkes.

Sagen er derimod en anden på et marked, der er karakteriseret som en monopollignende tilstand. Virksomhederne er konkurrenter på markedet for markering af vejstriber, og begge virksomheder har mulighed for at byde på opgaven selv. Endvidere er virksomhederne de to eneste på markedet, der har mulighed for at byde på den udbudte opgave, hvorfor de ved deres konsortiesamarbejde eliminerer konkurrencen. Dette anses for at udgøre et ulovligt konsortium, da det fordrejer konkurrencen på markedet. Såfremt ordregiver udelukker konsortiet på grund af den konkurrencefordrejende adfærd, vil ordregiver dog ende i en situation, hvor der ikke er andre tilbudsgivere om opgaven, idet de har udelukket den eneste aktuelle tilbudsgiver. Spørgsmålet er således, hvad dette betyder for ordregivers potentielle besparelse. Ordregiver har udregnet deres reservationspris på baggrund af deres forventede transaktionsomkostninger ved at udforme udbuddet, hvilket er omkostninger, som ordregiver allerede har afholdt. Ordregiver vil således have afholdt omkostninger, som denne ikke kan genvinde, hvilket kan betegnes som en ”sunk cost”.¹⁷⁵ Udelukkelse i dette scenarie vil således medføre, at ordregiver er nødsaget til at annullere udbuddet, og vil tillige have afholdt omkostninger i forbindelse med det indledende arbejde med at udbyde opgaven, som ikke kan genvindes.

Ses der derimod på et scenarie, hvor to virksomheder, der hverken er aktuelle eller potentielle konkurrenter på markedet, samarbejder i et konsortium, anses dette ikke for at fordreje konkurrencen. Somme tider må det, at konsortiet ikke fordrejer konkurrencen være observerbart for ordregiver, når det skyldes, at virksomhederne ikke besidder de rette kompetencer. I et sådant udfald som scenarie 3 er der således ikke nogen konkurrencefordrejende adfærd, som ordregiver potentielt skal udelukke. Såfremt det ville være tilfældet, må det bemærkes, at en udelukkelse af konsortiet ikke havde påvirket ordregivers pris på den udbudte opgave, idet konsortiet ikke ville have vundet udbuddet alligevel.

Slutteligt skal anskues et scenarie, hvor én virksomhed, der har mulighed for at byde på opgaven alene, samarbejder med en anden virksomhed, der havde muligheden for at gå sammen med en tredje virksomhed og tilføre en ekstra spiller på markedet. Et sådant samarbejde er ikke nødvendigt for at få opgaven udført, hvorfor det som udgangspunkt vil være konkurrencefordrejende. For at samarbejdet kan anses for lovligt, skal det medføre tilstrækkelige effektivitetsfordele til at retfærdiggøre samarbejdet.

¹⁷⁵ Christensen & Rasmussen, 2013, s. 151.

Dette forekommer dog ikke i det specifikke scenarie, idet konsortiet ikke reducerer deres omkostninger tilstrækkeligt til at opveje for den konkurrencefordrejende adfærd. Ordregiver vil ved at udelukke konsortiet stå tilbage med det næstlaveste bud og dermed være nødsaget til at betale en højere pris. Dette vil umiddelbart ikke være profitabelt for ordregiver i det konkrete udbud. Hertil må det ligeledes bemærkes, at ordregiver står over for en vanskelig situation, når denne skal vurdere, hvorvidt et konsortium har formået at skabe tilstrækkelige effektivitetsfordele til at opveje for den konkurrencefordrejende adfærd. Dette medfører en vis risiko for, at en ordregiver udelukker et konsortium, som i realiteten ikke er medvirkende til at fordreje konkurrencen.

På baggrund af det ovenfor analyserede, vil en udelukkelse af tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd ændre ordregivers besparelse, hvis denne sammenholdes med situationen, hvor ordregiver ikke udelukker tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd. Dette fremgår af Tabel 4 nedenfor.

Tabel 4 – Sammenligning af besparelse

	Besparelse når konkurrencefordrejende adfærd ikke udelukkes	Besparelse når konkurrencefordrejende adfærd udelukkes	Ændring
Scenarie 1	2,5 mio. kr.	2,5 mio. kr.	Ingen
Scenarie 2	0 kr.	Sunk cost	↓
Scenarie 3	3 mio. kr.	3 mio. kr.	Ingen
Scenarie 4	3,33 mio. kr.	2 mio. kr.	↓

Kilde: Egen tilvirkning

Af denne tabel ses det, at det umiddelbart ikke kan betale sig for ordregiver at udelukke de konkurrencefordrejende tilbudsgivere, som umiddelbart ville vinde udbuddet, eftersom dette vil influere negativt på ordregivers besparelse. Så selvom det i afsnit 3.6.3 blev konstateret, at konkurrencefordrejende samarbejder medfører en negativ effekt for ordregivers pris på den udbudte opgave, findes det umiddelbart alligevel ikke i ordregivers interesse at udelukke en sådan adfærd i det enkelte udbud, da det vil medføre en højere pris, eller afholdte omkostninger, som ikke kan genvindes.

Ydermere må det bemærkes, at det umiddelbart ikke vil være lige til for en ordregiver at vurdere, hvorvidt der er tale om konkurrencefordrejende adfærd. Med udgangspunkt i et scenarie, hvor den ene

aktør i et samarbejde har mulighed for at byde på opgaven på egen hånd, vil det være vanskeligt for ordregiver at vurdere, hvornår konsortiet har opnået tilstrækkelige effektivitetsfordele til at veje op for den konkurrencefordrejende adfærd. Dette skyldes bl.a., at ordregiver ikke kender tilbudsgivernes omkostninger, hvorfor det vil synes tæt på umuligt at se forskel på et konsortium, der er tilstrækkeligt effektivt, og et der ikke er. Ordregiver kan således observere, når der bliver indgået konsortier, men kender ikke baggrunden herfor. Denne har heller ikke mulighed for at vide, hvordan tilbuddene ville have set ud, såfremt der ikke var blevet indgået en sådan konsortieaftale. Der foreligger således en stor usikkerhed for ordregiver, eftersom denne kan have vanskeligheder ved at bedømme, hvorvidt en tilbudsgiver i realiteten udøver konkurrencefordrejende adfærd. Herudover kan der opstå tvivlstilfælde i de scenarier, hvor virksomheder indgår i et konsortiesamarbejde, fordi de ikke selv kan løfte opgaven. Dette kræver i hvert fald, at ordregiver foretager en undersøgelse for at vurdere, hvorvidt konsortiedeltagerne i realiteten er konkurrenter om den konkrete opgave. I det konkrete scenarie er dette en forholdsvis simpel vurdering at foretage, men dette vil langt fra være tilfældet i alle situationer, da det afhænger meget af opgaven og virksomhedernes karakter. Dermed må det kunne forventes, at ordregiver skal afholde yderligere omkostninger forbundet med screening af de pågældende tilbudsgivere, for at sondre mellem, hvilke tilbudsgivere der skal udelukkes.

3.7. Strategiske overvejelser

Anskues analysen ovenfor, vil ordregiver umiddelbart ikke have et incitament til at udelukke konkurrencefordrejende adfærd, såfremt ordregiver foretager denne vurdering på baggrund af besparelsen i det enkelte udbud. Spørgsmålet er, hvorvidt det vil være det mest optimale for en ordregiver kun at tage højde for det enkelte udbud og prisen for dette. Nærværende afsnit vil bidrage til de strategiske overvejelser en ordregiver bør gøre sig, hvilket ligeledes er med til at belyse, i hvilket omfang ordregivere har et incitament til at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd.

3.7.1. Fremtidige udbud

Som ovenfor analyseret kan der argumenteres for, at der som udgangspunkt ikke findes en umiddelbar gevinst for ordregivere i at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd – i hvert

fald ikke på baggrund af ordregivers betaling for én opgave. Oftest vil en ordregiver dog ikke kun udbyde én opgave, men derimod på lang sigt udbyde flere opgaver, hvilket potentielt kan påvirke det langsigtede incitament i forhold til at udelukke tilbudsgivere, der udøver konkurrencefordrejende adfærd i det konkrete udbud.

Et samarbejde mellem virksomheder, der medfører en monopollignende tilstand som i Scenarie 2, kan skabe endnu mere konkurrencefordrejning end blot det faktum, at en eliminering af konkurrencen medfører, at der bliver budt en monopolpris i *det enkelte* udbud. På lang sigt, kan dette ligeledes betyde, at udefrakommende virksomheder ikke får mulighed for at træde ind på markedet, såfremt konkurrencefordrejende aftaler mellem tilbudsgivere – f.eks. et kartel – formår at skabe adgangsbarrierer, der er effektive nok til at holde dem ude. Joe S. Bain definerer adgangsbarrierer som barrierer, der tillader allerede etablerede virksomheder på markedet at nyde godt af en overnormal profit, uden at nye konkurrenter trænger ind på markedet.¹⁷⁶ Formår kartellet således på den ene eller den anden måde at skabe og opretholde sådanne adgangsbarrierer, vil karteldeltagerne på lang sigt kunne nyde godt af at være de eneste på markedet, og dermed opnå en overnormal profit. Selvom det som udgangspunkt vil virke uhensigtsmæssigt for en ordregiver at udelukke kartellet i det enkelte udbud på grund af ”sunk costs”, vil det dog formentlig medføre en positiv effekt i de efterfølgende perioder. Dette skyldes, at udefrakommende virksomheder får mulighed for at træde ind på markedet og skabe mere konkurrence. Hvis ordregivere derimod ikke udelukker et konkurrencefordrejende kartel, vil det være muligt for det pågældende kartel at skabe sådanne adgangsbarrierer, og dermed have markedet for sig selv i fremtidige perioder.

I den industriøkonomiske litteratur beskriver man både de adgangsbarrierer, som den etablerede virksomhed kan påvirke, og dem der ikke er mulige at påvirke. De adgangsbarrierer, som kartellet bevidst kan skabe er benævnt ”*entry-detering strategies*”¹⁷⁷ – altså strategier til at afskrække indtrængning på markedet fra udefrakommende virksomheder. Sådanne barrierer kan være fristende for en etableret virksomhed at skabe, eftersom udefrakommende virksomheder vil finde et marked karakteriseret af høje priser og høj profit tiltrækkende, hvorfor kartellet potentielt vil møde stor konkurrence fra udefrakommende. Én strategi for et etableret kartel kan være at udøve såkaldt *limit pricing*. For at udøve *limit pricing* skal kartellet – for at undgå indtrængning på markedet – sætte en pris, der er høj nok til, at der stadig opnås en overnormal profit, men lige præcis ikke så høj, at

¹⁷⁶ Lipczynski, John, Wilson, John O. S. & Goddard, John. 2017. *Industrial Organization – Competition, Strategy and Policy*. Harlow: Pearson Education Limited. Fifth edition, (Lipczynski, Wilson & Goddard, 2017), s. 324.

¹⁷⁷ Ibid., s. 337.

udefrakommende anser det som profitabelt at investere i at træde ind på markedet.¹⁷⁸ I forlængelse heraf må det bemærkes, at de adgangsbarrierer, som et eksisterende kartel ikke har mulighed for at påvirke, ligeledes spiller en rolle for udefrakommende virksomheder i vurderingen af, hvorvidt de vil træde ind på markedet. En sådan barriere kan f.eks. være risikoen for, at en virksomhed investerer i at producere vogntog, der alene kan anvendes til markering af vejstriber, men hvor investeringen ikke medfører en succesfuld indtrængning på markedet. Der vil her være tale om betydelige *sunk costs*, der gør det endnu mere risikabelt at træde ind på et marked, hvor der i forvejen eksisterer en eller flere spillere, der besidder så stor markedsmagt, at de kan drive den nye spiller ud igen.¹⁷⁹ De upåvirkelige adgangsbarrierer vil dermed ligeledes påvirke det etablerede kartels *limit price*-strategi, idet det alt andet lige vil kunne forøge deres prisfastsættelse, eftersom udefrakommende virksomheder også bliver nødt til at tage højde for de høje omkostninger, der er forbundet med at træde ind på det pågældende marked.

En anden strategi kan være såkaldt *predatory pricing*. Efter denne strategi sætter en predator¹⁸⁰ en så lav pris, at de andre etablerede virksomheder bliver nødsaget til at træde ud af markedet. Når de andre virksomheder er trådt ud af markedet, kan predatoren herefter øge sine priser igen.¹⁸¹ Predatoren sætter således en pris under dennes egen – og konkurrenternes – omkostning, så konkurrenterne ikke har mulighed for at følge trop, uden at miste profit.¹⁸² På denne måde kan predatoren drive konkurrenterne ud af markedet ved f.eks. at lade dem gå konkurs, så de ikke har mulighed for at komme tilbage i konkurrencen igen. Hvis en tilbudsgiver udøver en sådan strategi vil det som udgangspunkt være profitabelt for ordregiver, hvis man kun kigger på én periode, eftersom at ordregiver i så fald ender med at betale en forholdsvis lav pris for at få udført den konkrete opgave. Hvis der imidlertid er tale om flere perioder, vil denne strategi medføre, at konkurrencen i de senere udbud forsvinder, da de etablerede virksomheder vil træde ud af markedet i den første periode på grund af tilbudsgiverens lave prisfastsættelse. Dette kan f.eks. være tilfældet i Scenarie 4, hvor det kunne forestilles, at Konsortium AC vil komme med et ualmindeligt lavt bud (under dennes egne omkostninger), og derved drive konkurrenterne ud af markedet, og således sætte en monopol lignende pris i de fremtidige udbud. Der kan dermed argumenteres for, at der også ligger visse strategiske overvejelser bag vurderingen af om ordregiveren har incitament til at udelukke, da en accept af konkurrencefordrejende adfærd kan resultere i, at ordregiveren ingen profit opnår i fremtidige udbud.

¹⁷⁸ Lipczynski, Wilson & Goddard, 2017, 337

¹⁷⁹ Ibid., s. 325.

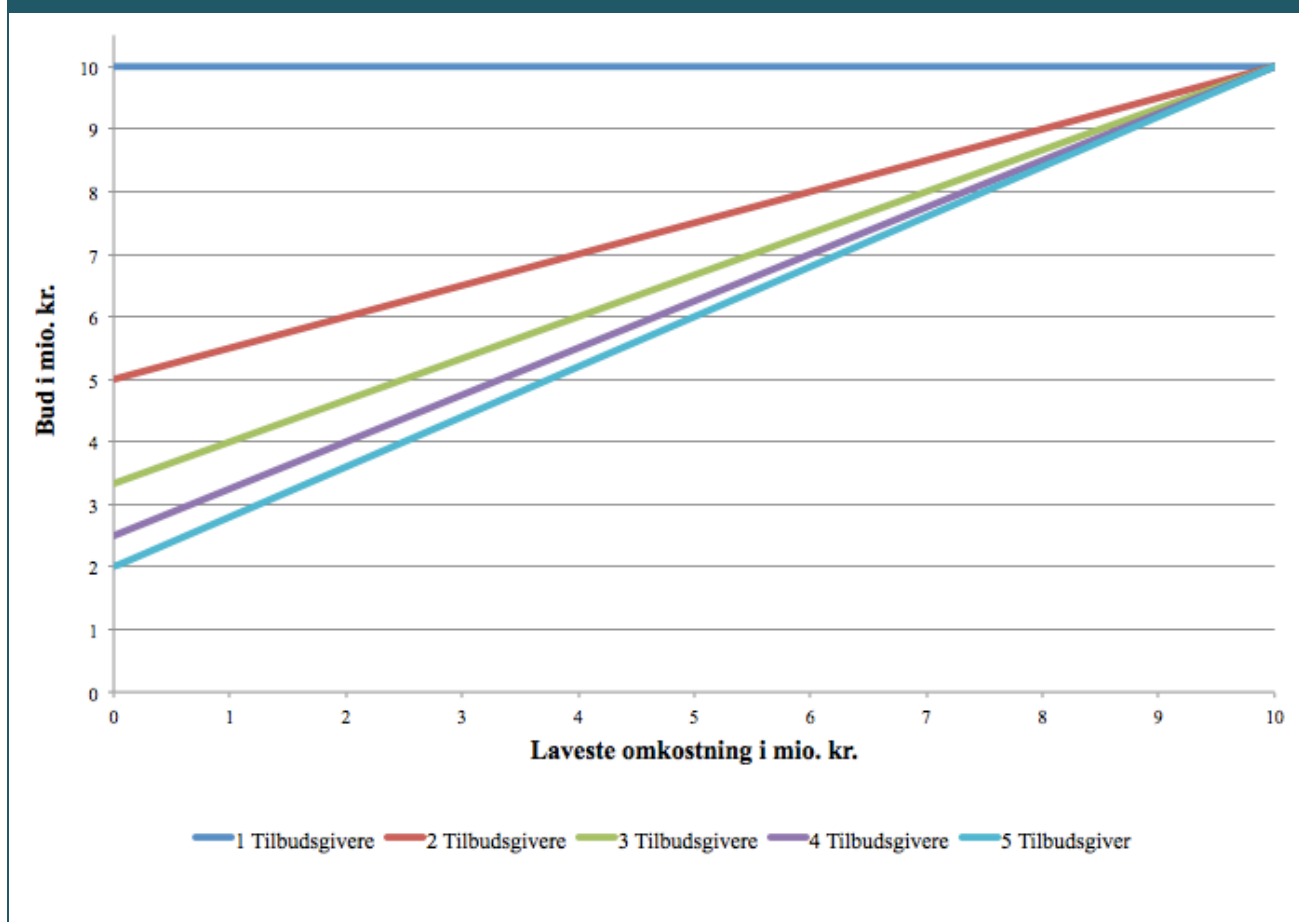
¹⁸⁰ En allerede etableret virksomhed, som udnytter strategien ”predatory pricing”.

¹⁸¹ Lipczynski, Wilson & Goddard, 2017, s. 340.

¹⁸² Cabral, 2017, s. 317.

Hvis ordregiver lader en konkurrencefordrejende tilbudsgiver få for meget markedsmagt ved ikke at udelukke denne i det enkelte udbud, er der således risiko for, at de resterende virksomheder bliver skubbet ud af markedet. På baggrund af analysen af scenarierne kan det observeres, at buddene – og dermed udfaldet af konkurrencen – afhænger af tilbudsgivernes egne omkostninger, og ikke mindst af antallet af deltagende tilbudsgivere. Dette er illustreret i nedenstående figur.

Figur 2 – Budsstrategier



Kilde: Egen tilvirkning¹⁸³

Ovenstående Figur 2 illustrerer en tilbudsgivers budstrategi, afhængig af dennes egne omkostninger samt antal tilbudsgivere i konkurrencen om udbuddet. Af X-aksen fremgår omkostningsniveauet, som i nærværende afhandling spænder mellem 0-10 mio. kr. Af Y-aksen fremgår derimod prisniveauet på den budte opgave, som ligeledes spænder fra 0-10 mio. kr. De 5 kurver i figuren illustrerer hver især antallet

¹⁸³ De fem forskellige kurver, der fremgår af Figuren, er opstillet på baggrund af den budstrategi, der udgør en Bayesian Nash ligevægt, som fremgår af afsnit 3.5.2. Budstrategien er udledt af Rønde, 2018.

af tilbudsgivere i konkurrencen, hvor der i nærværende figur er anskueliggjort et spænd mellem 1-5 tilbudsgivere.

Figur 2 er med til at illustrere det faktum, at jo flere tilbudsgivere der er, jo lavere bud vil ordregiveren modtage. Dermed kan det observeres, at tilbudsgiveren med den laveste omkostning vil *shade* deres bud mindre, jo flere tilbudsgivere der deltager i konkurrencen. Tilbudsgivernes afgivne bud til ordregiveren falder således i takt med, at der kommer flere spillere på markedet – også selvom den laveste omkostning forbliver uændret. Dermed vil besparelsen i forhold til, hvad der er budgetteret, stige i takt med, at antallet af tilbudsgivere stiger.

Hvis konkurrencefordrejende adfærd i ét enkelt udbud ikke bliver udelukket, risikerer ordregiver, at der på lang sigt kun vil være én spiller på markedet, hvorfor prisen vil blive lig reservationsprisen i alle kommende perioder, som det ses af den mørkeblå kurve i Figur 2 ovenfor. Dette er ligeledes, hvad tilhængere af Havardskolen og SCP-paradigmet mener vil forekomme, eftersom de er overbeviste om, at virksomheder der har opnået stor markedsmagt og konkurrencefordele, har gjort dette, ved at udnytte deres position på markedet, f.eks. ved brug af adgangsbarrierer til at afskrække potentielle konkurrenter. Ifølge SCP-paradigmet er det altså markedsstrukturen, der influerer, hvilken adfærd virksomhederne udøver, hvilket i sidste ende influerer, hvordan de performer.¹⁸⁴ Harvardskolen argumenterer bl.a. for, at:

*”en høj nok koncentration vil være forbundet med, at én eller nogle få virksomheder har været i stand til at udnytte fx adgangsbarrierer, og at de som følge af denne såkaldte markedsmagt har opnået nogle konkurrencemæssige fordele, hvorved mange af deres rivaler er blevet udkonkurreret.”*¹⁸⁵

Koncentrationen, der refereres til i ovenstående citat, afhænger af antallet af virksomheder på markedet samt størrelsen af disse virksomheder.¹⁸⁶ I de tilfælde hvor både små, mellemstore og store virksomheder har mulighed for at byde på opgaven på egen hånd, vil en konsortiedannelse medføre en højere koncentration på det pågældende marked. Harvardskolens syn herpå vil således være, at opnåelse af den højere koncentration vil blive udnyttet gennem f.eks. predatory pricing eller limit pricing. Efter SCP-paradigmet antages det bl.a., at koncentrationsgraden på markedet udgør den uafhængige variabel,

¹⁸⁴ Lipczynski, Wilson & Goddard, 2017, s. 6.

¹⁸⁵ Knudsen, Christian. 2014. *Erhvervsøkonomi – virksomheden i organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*. Frederiksberg: Samfundslitteratur. 2. udgave, s. 297.

¹⁸⁶ Lipczynski, Wilson & Goddard, 2017, s. 267.

hvortil virksomhedernes profit udgør den afhængige variabel.¹⁸⁷ Dette indebærer, at jo højere koncentrationsgrad der er på markedet, jo højere er virksomhedernes profit, hvilket medfører en højere betaling for ordregiver. Herudover følger det af SCP-paradigmet, at hvis et marked består af få store virksomheder, vil dette medføre, at virksomhederne som oftest udnytter deres markedsmagt og hæver priserne, hvilket er i overensstemmelse med Harvardskolens opfattelse.

Dermed vil der være en sammenhæng mellem markedsconcentrationen, udnyttelse af adgangsbarrierer og ordregiverens potentielle besparelse i forhold til det budgetterede. På baggrund heraf, kan der dermed argumenteres for, at det er i ordregiverens interesse at udelukke konkurrencefordrejende adfærd, såfremt de fremtidige perioder tillægges værdi. Muligheden for at udelukke konkurrencefordrejende adfærd synes således optimal, da dette kan forhindre ulovlige samarbejder og dermed undgå unaturligt høje priser i fremtidige udbud. Dette ved enten at have drevet alle de etablerede virksomheder ud af markedet ved at sætte prisen under deres omkostning i første periode eller ved at udøve limit pricing, således at udefrakommende virksomheder ikke finder det profitabelt at træde ind på markedet. En vigtig faktor er dog vanskeligheden ved at opdage, hvornår en lav prissætning skyldes, at f.eks. et kartel forsøger at drive konkurrenter ud af markedet, eller hvorvidt det alene skyldes at kartellet via stordriftsfordele kan sænke deres omkostninger i en sådan grad, at det påvirker den pris, som ordregiver ender med at betale.

Det findes dermed, at ordregiver overordnet set vil opnå en større besparelse, såfremt denne udelukker konkurrencefordrejende adfærd i ét konkret udbud. Dette skyldes, at de fremtidige besparelser ved at udelukke i dag synes større, end den umiddelbare besparelse, denne mister, ved at udelukke den vindende tilbudsgiver i det enkelte udbud.

3.7.2. Andre faktorer

På baggrund af ovenstående kan det dermed udledes, at der findes et økonomisk incitament for ordregivere til at udelukke konkurrencefordrejende adfærd, så længe påvirkningen af fremtidige udbud tillægges vægt. Dette må alt andet lige også synes realistisk, da det vil være usandsynligt, at den samme form for opgave ikke bliver udbudt igen. Udover dette incitament, synes det også muligt at argumentere for, at en ordregiver kan have andre ting for øje end blot pris og besparelse i forhold til, hvad der er afsat på budgettet, når de skal overveje, hvorvidt konkurrencefordrejende adfærd bør udelukkes.

¹⁸⁷ Knudsen, 1997, s. 73.

Først og fremmest må det pointeres, at offentlige myndigheder forvalter statens ressourcer – altså skatteydernes penge. Disse har således ikke en indtjening i form af at sælge varer eller tjenesteydelser, som det er tilfældet for tilbudsgiverne, men får i stedet penge fra almindelige skatteborgere, der forventer at disse allokeres på bedst mulig vis. Kommunens politiske styre er afhængig af borgernes stemmer ved kommunalvalgene, og kommunen vil derfor som regel forsøge at foretage en fornuftig allokering af borgernes skattepenge, selvom de er profitmaksimerende. Hvis en ordregiver f.eks. indgår en kontrakt med en konkurrencefordrejende tilbudsgiver, kan dette som argumenteret ovenfor få u hensigtsmæssige konsekvenser på lang sigt. Ligeledes vil ordregiveren kunne risikere at blive inddraget i den dårlige omtale, som en tilbudsgiver, der fordrejer konkurrencen, må antages at blive udsat for. Dette må alt andet lige ikke være i ordregiverens interesse, hvorfor der ligeledes kan være en strategisk overvejelse i ikke at indgå kontrakter med konkurrencefordrejende tilbudsgiver, set ud fra et politisk perspektiv.

Derudover bør ordregiver være opmærksom på, at såfremt konkurrencemyndighederne på et senere tidspunkt finder f.eks. et konsortium skyldig i konkurrencefordrejende adfærd, kan konsortiet blive pålagt store bøder eller blive opløst, hvorefter de ikke vil kunne færdiggøre opgaven, såfremt ordregiver har tildelt kontrakten til konsortiet. Selvom konkurrencesager som oftest løber over en længere årrække, kan en udbudt opgave også vare over en del år. Hvis konsortiet opløses af konkurrencemyndighederne forinden opgaven er færdiggjort, vil dette have økonomiske konsekvenser for ordregiver i form af en ufærdig opgave samt væsentlige transaktionsomkostninger i forbindelse med, at opgaven skal udbydes på ny.

3.7.2.1. Usikkerhed

Det er som nævnt muligt at se, hvilke virksomheder, der har indgået konsortieaftaler med hvem, men det er ikke umiddelbart observerbart, hvornår et konsortium, der er indgået mellem konkurrenter, har så store effektivitetsfordele, at dette vejer op for den egentlige konkurrencefordrejning i en sådan grad, at ordregivers pris bliver mærket af det. Dette medfører således en vis risiko for en ordregiver, da de ud fra konsortiets sammensætning og budafgivelse ikke umiddelbart kan vurdere, hvorvidt de faktisk skal udelukke det pågældende konsortium. Herudover har ordregiver ikke information om de enkelte tilbudsgiveres omkostninger, hvorfor der kan argumenteres for, at det kan synes vanskeligt for en ordregiver at vide, hvornår et konsortium prøver at udnytte deres effektivitetsfordele til at være mere konkurrencedygtige, eller om den lave prisfastsættelse er et forsøg på at drive de andre tilbudsgivere ud

af markedet. Den økonomiske usikkerhed skyldes derfor særligt de tidligere omtalte *hidden characteristics*, der er mellem tilbudsgiver og ordregiver, idet ordregiveren ikke besidder den samme information om tilbudsgiveren og dennes ageren, som tilbudsgiveren selv.

Denne usikkerhed må man derfor formode er mulig at undgå for ordregiver, hvis man blot undlader at udelukke den konkurrencefordrejende adfærd. Dette vil dog i stedet medføre visse risici, eftersom en ordregiver muligvis kommer til at indgå kontrakt med en konkurrencefordrejende konsortium, der ender med at blive opdaget af konkurrencemyndighederne, hvilket som ovenfor anført kan medføre, at opgaven skal genudbydes.

Som omtalt i afsnit 3.6.4 kan ordregiver komme de skjulte informationer til livs ved at screene markedet og tilbudsgiverne. På baggrund af ovenstående synes det optimalt for ordregiveren at bruge omkostninger på at screene de forskellige tilbudsgivere, selvom det kan medføre visse søgeomkostninger for ordregiveren. Disse søgeomkostninger må dog antages at være mindre, end de mulige omkostninger, som en ordregiver kan møde på et senere tidspunkt ved at indgå en kontrakt med en tilbudsgiver, der har indgået konkurrencefordrejende aftaler. Dette skyldes, at et konkurrencefordrejende konsortium enten kan drive alle ud af markedet ved predatory pricing og opnå en monopollignende tilstand, hvorefter konsortiet kan sætte prisen lig ordregiverens reservationspris i alle fremtidige udbud eller udnytte deres markedsposition ved at følge strategien ”limit pricing” og dermed holde alle andre udefrakommende virksomheder ude af markedet.

3.8. Delkonklusion

Ud fra ovenstående analyse kan det udledes, at forskellige former for samarbejde mellem tilbudsgivere har en væsentlig indflydelse på, hvilken pris ordregivere ender med at betale for at få udført den offentligt udbudte opgave. Overordnet set kan det konstateres, at jo flere tilbudsgivere der er med i konkurrencen om udbuddet, desto lavere bud vil de pågældende tilbudsgivere afgive. I den situation hvor ingen af tilbudsgiverne samarbejder, vil der være priskonkurrence om opgaven, hvilket reflekterer positivt på ordregiveres betaling. I den modsatte grøft findes de scenarier, hvor et samarbejde mellem tilbudsgivere i stedet medfører en monopollignende tilstand. Her kan tilbudsgiverne udnytte markedsmagten og sætte prisen op til, hvad ordregiver har budgetteret opgaven til at være. Dette kan blandt andet udnyttes af ulovlige konsortier eller tilbudsgivere, som har koordineret deres tilbud ved

afgivelse af deres bud. Med udgangspunkt i konsortier, kan ordregivere dog ikke umiddelbart konstatere, hvorvidt dette er ulovligt eller ej, da et konsortiesamarbejde også kan være effektivt for den pågældende priskonkurrence på markedet. Dette er f.eks. tilfældet, når et konsortium fører til en ekstra spiller på markedet, eller hvor et konsortium formår at skabe tilstrækkelige effektivitetsfordele, der opvejer for den ekstra spiller, der potentielt kunne være tilføjet til konkurrencen. Det kan på denne baggrund konkluderes, at det ikke er muligt at statuere en fællesbetegnelse for, hvorvidt et samarbejde kan anses for værende positivt eller negativt for ordregivere, da det afhænger af, hvorvidt samarbejdet fordrejer konkurrencen.

Herudover kan det konkluderes, at ordregivere har et gennemgående incitament til at udelukke tilbudsgivere på grund af potentielt konkurrencefordrejende adfærd. I forhold til det konkrete udbud, virker det umiddelbart inefficiant for ordregiver at udelukke en konkurrencefordrejende tilbudsgiver, men det vil alt andet lige være optimalt for ordregiver på lang sigt. Konkurrencefordrejende aftaler i de enkelte udbud vil på lang sigt kunne medføre, at den konkurrencefordrejende tilbudsgiver udkonkurrer andre potentielle tilbudsgivere, hvilket vil påvirke udfaldet af fremtidige udbud overordentligt negativt for ordregiver. Så selvom ordregiver på den korte bane og i det enkelte udbud vil ofre en potentiel besparelse i forhold til det budgetterede ved at udelukke den konkurrencefordrejende tilbudsgiver, vil dette på den lange bane medføre, at der vil blive opretholdt en effektiv konkurrence, der vil være til gavn for den offentlige ordregiver. Dermed må det konkluderes, at de offentlige ordregivere har et incitament til at udelukke tilbudsgivere, der fordrejer konkurrencen.

Kapitel IV - Integreret analyse

4.1. Indledning

Formålet med dette kapitel er at analysere, hvorvidt ordregivere har et incitament til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen, og i hvilket omfang dette incitament kan optimeres.

Eftersom det er konkluderet, at der findes et incitament til at udelukke konkurrencefordrejende adfærd, findes det bemærkelsesværdigt, at bestemmelsen ikke ses anvendt i praksis. Spørgsmålet er, hvorvidt dette skyldes et manglende incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund. Med udgangspunkt i de ovenstående analyser, ønskes dette besvaret på baggrund af de uklare momenter der er ved udelukkelse af konkurrencefordrejende adfærd set fra et juridisk perspektiv, sammenholdt med de positive effekter udelukkelse af konkurrencefordrejende adfærd vil medføre for ordregivere fra et økonomisk perspektiv.

For at vurdere dette, vil der indledningsvist blive foretaget en analyse af, hvilke konsekvenser det har for ordregivere at indskrive bestemmelsen, herunder hvilke risici de løber. Dernæst vil ordregiveres incitament blive sat i en spilteoretisk ramme for at belyse, hvordan uklarhed og usikkerhed om reglerne kan påvirke incitamentet til at indskrive den. Efterfølgende vil sandsynligheden for, at bestemmelsen anvendes korrekt forøges for at belyse, hvilken effekt dette vil have på ordregivers incitament. Afslutningsvist vil nærværende forfattere bidrage med en vejledning, der henvender sig til ordregivere, som står overfor at skulle beslutte, om de vil indskrive bestemmelsen, og i givet fald hvordan de skal forholde sig til den.

4.2. Konsekvenser for ordregivere på grund af usikkerhed

Hvis ordregivere vælger at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, skal de være opmærksomme på de konsekvenser, der særligt kan opstå på baggrund af usikkerheden om, hvordan de i praksis skal anvende UBL § 137, stk. 1, nr. 4 og en eventuel vurdering af tilbudsgiverens self-cleaning herefter.

4.2.1. Ved udelukkelse på uberettiget grundlag

I visse situationer kan det forekomme, at ordregivere udelukker tilbudsgivere, hvor udelukkelsen i realiteten ikke er berettiget, fordi vurderingen ikke er foretaget korrekt. Såfremt en tilbudsgiver mener, at udelukkelsen er usaglig, vil denne kunne klage over beslutningen til Klagenævnet. Dette skal tilbudsgiveren underrette ordregiver om, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 4. Efter påstand fra tilbudsgiveren kan Klagenævnet herefter pålægge ordregiveren at yde erstatning for det tab, som tilbudsgiveren har lidt som følge af den uberettigede udelukkelse, jf. klagenævnsløven § 14, stk. 1. Dette erstatningssøgsmål mod ordregiver vil kunne rejses efter dansk rets almindelige erstatningsbetingelser, underlagt de EU-retlige principper om effektivitet og ækvivalens.¹⁸⁸ Derudover skal der foreligge et ansvarsgrundlag, kausalitet samt adækvans, og der må ikke foreligge nogle ansvarsfrihedsgrunde.

Efter fast klagenævnspraksis gælder, at erstatning kun gives op til den positive opfyldelsesinteresse, såfremt det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver ville have vundet kontrakten, hvis udbudsreglerne var overholdt i det konkrete udbud.¹⁸⁹ Tilbudsgiveren skal således have lidt et tab, hvilket i praksis må være tilfældet, såfremt den pågældende virksomhed ville have vundet udbuddet, hvis ikke de var blevet udelukket. Nærværende afhandling tager som nævnt afsæt i tildelingskriteriet laveste pris, hvilket særligt kan medføre, at ordregivere skal betale erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse, da det i disse scenarier er forholdsvist simpelt at udlede, hvem der ville vinde kontrakten, hvis udbuddet var gennemført korrekt.¹⁹⁰¹⁹¹

En måde hvorpå ordregivere kan undgå at betale erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse er, hvis ordregivere gør gældende – og samtidig til en vis grad kan bevise – at udbuddet ellers var blevet annulleret.¹⁹² I disse tilfælde vil der kun kunne kræves erstatning op til den negative kontraktsinteresse.

Ordregivere kan dermed blive pålagt et erstatningsansvar, hvis denne ikke kan løfte bevisbyrden for, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer til at udelukke en tilbudsgiver på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. På grund af bestemmelsens uklarhed og dermed den lave praktiske anvendelighed, synes dette at være en realistisk følge. At ordregivere heller ikke forholdsvist nemt kan skelne mellem,

¹⁸⁸ Ølykke & Fog, 2016, s. 299.

¹⁸⁹ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. februar 2019, *Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune*, J.nr.: 17/01914, (*Aarsleff mod Viborg Kommune*, 2019), s. 14.

¹⁹⁰ Ølykke og Nielsen, 2017, s. 831.

¹⁹¹ Kammeradvokaten har ligeledes bemærket i en konkret sag, at en uberettiget udelukkelse af en tilbudsgiver, kan medføre stor risiko for erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse, jf. Kammeradvokatens notat. Den 10. januar 2018, *Notat vedr. Storstrømsbroen*, s. 2.

¹⁹² Dette var blandt andet Viborg Kommunes argument i *Aarsleff mod Viborg Kommune*, 2019, s. 14.

hvornår konsortier er konkurrencefordrejende,¹⁹³ og hvornår disse er effektive nok til opveje herfor, er blot endnu en faktor, der vanskeliggør vurderingen.

4.2.2. Ved manglende udelukkelse

Hvis situationen derimod er den, at en eller flere tilbudsgivere rent faktisk har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, men ordregiver ikke har udelukket dem fra konkurrencen om udbuddet, vil en forbigået tilbudsgiver muligvis klage over, at den vindende tilbudsgiver ikke er blevet udelukket efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Dette var netop situationen i den omtalte kendelse i afsnit 2.6.3.2, hvor Bayer klagede til Klagenævnet over, at ordregiveren havde tildelt kontrakten til en tilbudsgiver, som Bayer påstod skulle udelukkes på baggrund af konkurrencefordrejende adfærd.

Viser det sig, at en eller flere tilbudsgivere skulle have været udelukket, vil forbigåede tilbudsgivere på samme vis som ovenfor, kunne rejse erstatningssøgsmål mod ordregiver. Forinden en forbigået tilbudsgiver kan anses for at have lidt et tab, må tilbudsgiveren kunne bevise, at denne ville have vundet tilbuddet, såfremt ordregiveren havde udelukket den konkurrencefordrejende tilbudsgiver. Dette var tilfældet i UfR 2011.1955 H¹⁹⁴, hvor den forbigåede tilbudsgiver Per Aarsleff A/S (Per Aarsleff), anlagde sag mod den offentlige ordregiver Amager Strandpark I/S (Amager Strandpark). Per Aarsleff klagede over, at Amager Strandpark havde tildelt kontrakten til en tilbudsgiver, Hoffmann, som burde være blevet afvist, idet dennes tilbud ikke var konditionsmæssigt. Højesteret fandt i sagen, at Amager Strandpark var forpligtet til ikke at tage tilbuddet fra Hoffmann i betragtning,¹⁹⁵ at Per Aarsleff havde vundet kontrakten, såfremt Hoffmann's tilbud ikke var blevet taget i betragtning, at Amager Strandpark har handlet erstatningspådragende over for Per Aarsleff, og at Per Aarsleff på denne baggrund havde krav på erstatning for sit tab i form af mistet fortjeneste.¹⁹⁶ Dermed statuerer dommen, at ordregivere kan blive pålagt at betale erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse til den tilbudsgiver, som ville have vundet kontrakten, såfremt ordregiveren havde afvist et tilbud, hvor den var forpligtet hertil.

¹⁹³ Dette er blandt andet tilfældet i Dansk Vejstribemarkeringskonsortium sagen, hvor Sø- og Handelsretten var uenige med Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets afgørelser. Sagen er anket videre til Højesteret. Se mere om sagens forløb i bilag 2.P.

¹⁹⁴ UfR 2011.1955 H, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, Højesterets dom af 5. april 2011 i sag 67/2008. (Aarsleff mod Amager Strandpark, 2011). Se referat i bilag 2.J.

¹⁹⁵ Ibid., s. 22, 2. Kolonne.

¹⁹⁶ Ibid., s. 23.

Der er således også en risiko for, at der bliver anlagt et erstatningssøgsmål mod ordregiver på baggrund af, at de *ikke* har udelukket, hvor ordregiver *burde* have haft tilstrækkelige plausible indikationer til at udelukke efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

4.2.3. Self-cleaning

Herudover kan det muligvis medføre konsekvenser for ordregiver i de tilfælde, hvor de skal foretage en vurdering af, hvorvidt tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed og dermed alligevel ikke skal udelukkes fra det konkrete udbud. På samme vis som ovenfor, kan tilbudsgiveren klage over ordregivers beslutning til Klagenævnet, hvorefter de kan pålægge ordregiveren at yde erstatning, for det eventuelle tab som tilbudsgiveren må have lidt, jf. klagenævnslovens § 14. En konsekvens af loven kan være, at klageren påstår erstatning, fordi ordregiver har foretaget et forkert skøn.

Der er tale om et betydeligt skøn, hvor der endnu ikke foreligger retspraksis i forhold til klager over self-cleaning efter bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, som ordregiveren kan støtte sig til. Hertil må det dog synes tvivlsomt, hvorvidt en sådan klage vil forekomme særlig ofte. Umiddelbart vil det være mest sandsynligt, at en klage over uberettiget udelukkelse eller mangel derpå vil føre til et muligt erstatningsansvar for ordregiveren, og ikke til en klage over, at tilbudsgiveren er uenig med ordregiverens skøn ved dennes vurdering af tilbudsgiverens dokumentation for pålidelighed.

4.2.4. Ordregivers risici

Samlet må det siges, at der er en vis risiko for, at der bliver rejst erstatningssøgsmål mod ordregivere, der vælger at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen, og hvor bestemmelsen anvendes forkert. Dette skyldes, at bestemmelsen er uklar og dermed vanskelig for ordregivere at anvende i praksis. Så selvom der synes at være et incitament for ordregivere til at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd, er dette ikke ensbetydende med, at der er et incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen.

Med risikoen for erstatningssøgsmål for øje ved forkert anvendelse, skal ordregivere således være særligt opmærksomme på det faktum, at selvom ordlyden i bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 indikerer, at der 'blot' skal være tale om en tilstrækkelig plausibel indikation, kan der ved eventuelle klagesager blive forlangt underbyggende dokumentation. Foruden dette kan en klage også sætte en stopper for selve udbudsprocessen, hvorfor man må have for øje, at en forbigået tilbudsgiver kan

spekulere i at ville udsætte et igangværende udbud med en klage eller ligefrem bede om et nyt udbud. Dette vil besværliggøre processen for den pågældende ordregiver, der potentielt må udskyde opgaven og gentage hele udbudsprocessen herunder afholde omkostninger i forbindelse med at genudbyde kontrakten.

Risikoen for erstatningssøgsmål og udskydelse af udbuddet skal dog vejes op imod risikoen for, at en økonomisk aktør, der burde have været udelukket, ikke bliver det og vinder kontrakten. Som det blev belyst i den økonomiske analyse i kapitel III, vil dette kunne medføre, at den tilbudsgiver, der har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, kan udnytte dennes position ved de efterfølgende udbud. Dette vil medføre dårligere priser for ordregiver på lang sigt. Herudover er der risiko for, at ordregiver indgår i en kontrakt med en tilbudsgiver, der på et senere tidspunkt bliver ”fanget” af konkurrencemyndighederne. Det kan føre til dårlig omtale og halvfærdige projekter, da tilbudsgiveren muligvis ikke kan færdiggøre opgaven for ordregiver. Dermed vil det være mest økonomisk fordelagtigt for ordregivere at have muligheden for at udelukke tilbudsgivere på grund af konkurrencefordrejende adfærd.

Ved at samle de juridiske og økonomiske aspekter, vil ordregiverens incitament til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen blive belyst gennem en spilteoretisk opsætning. Dette med udgangspunkt i det materiale, som ordregivere på nuværende tidspunkt har mulighed for at støtte sig til.

4.3. Ordregivers incitament i en spilteoretisk ramme

Ud fra ovenstående kan det være risikofyldt for ordregivere, når de foretager en vurdering efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4 og § 138. Nærværende spil vil illustrere usikkerheden ved UBL § 137, stk. 1, nr. 4, og særligt usikkerheden ved, om ordregiver selv kan vurdere, hvornår denne har tilstrækkelige plausible indikationer til at udelukke. Eftersom usikkerheden ved bestemmelsen særligt forekommer i de tilfælde, hvor ordregiver har mistanke om konkurrencefordrejende adfærd i det konkrete udbud, og hvor der dermed ikke allerede foreligger minimum en afgørelse om konkurrencefordrejende adfærd, vil dette være scenariet, som der tages udgangspunkt i.

Udbudsprocessen foregår således, at ordregiver først beslutter, hvorvidt denne vil indskrive den frivillige udelukkelsesgrund og derefter offentliggør udbudsmaterialet. Herefter er det muligt for

tilbudsgivere at afgive bud til ordregiver inden for en bestemt frist. Denne proces kan derfor bedst belyses via et sekventielt spil, idet nærværende spil illustrerer det scenarie, hvor tilbudsgivere først vælger, hvorvidt de vil afgive et konkurrencefordrejende bud, når ordregiveren har offentliggjort udbudsmaterialet, og dermed også har truffet deres beslutning om, hvorvidt den frivillige udelukkelsesgrund skal indskrives.

4.3.1. Spillerne og deres strategier

I nærværende analyse bliver spillet opstillet således, at ordregiver (OG) er den første til at træffe et valg om, hvorvidt denne vil indskrive bestemmelsen. Herefter vil tilbudsgiveren afgive bud til ordregiver, hvori denne enten kan afgive et tilbud, som i realiteten burde udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4, eller afgive et tilbud, som ikke burde udelukkes. Det er væsentligt at pointere følgende antagelser i forbindelse med tilbudsgiverens strategivalg. En tilbudsgivers strategivalg ”et tilbud, der burde udelukkes” indikerer, at tilbudsgiveren afgiver et konkurrencefordrejende bud. I denne situation, vil ordregiver være berettiget til at udelukke tilbudsgiveren, idet det antages, at der *vil* forekomme tilstrækkelige plausible indikationer herfor. Derimod indikerer strategivalget ”et tilbud der *ikke* burde udelukkes”, at tilbudsgiveren afgiver et bud, der ikke fordrejer konkurrencen. I disse tilfælde, vil ordregiveren ikke være berettiget til at udelukke, fordi det antages, at der *ikke vil* foreligge tilstrækkelige plausible indikationer til at berettiggende dette.

I nærværende spil er tilbudsgiveren betegnet som TG, og det antages, at det netop er denne tilbudsgiver, som afgiver det laveste bud og som udgangspunkt vinder kontrakten. Det må bemærkes, at denne tilbudsgiver ligeledes antages at være den eneste, der i nærværende spil potentielt fordrejer konkurrencen. Hvis ordregiver udelukker denne tilbudsgiver, vil kontrakten dermed alt andet lige blive tildelt en tilbudsgiver, der ikke fordrejer konkurrencen.

Herefter introducerer spillet Nature (N). N er ikke en spiller, men derimod en aktør, der repræsenterer et tilfældigt træk, der er noteret med forskellige sandsynligheder for, at N bevæger spillet i en bestemt retning.¹⁹⁷ På baggrund af den uklare bestemmelse, herunder usikkerheden ved om man udelukker en tilbudsgiver uberettiget eller omvendt, kan der argumenteres for, at dette påvirker sandsynligheden for, om ordregiver anvender bestemmelsen korrekt. Med det materiale, der på nuværende tidspunkt er tilgængeligt for ordregiver som støtte - ved vurderingen af, om bestemmelsen anvendes korrekt -

¹⁹⁷ Spaniel, William. 2011-2015. *Game Theory 101 – The Complete Textbook*, (Spaniel, 2011-2015), s. 147.

antages det, at der er 50% sandsynlighed for, at N peger mod en korrekt anvendelse af bestemmelsen og 50% sandsynlighed for, at N peger mod en forkert anvendelse.¹⁹⁸ En korrekt anvendelse vil indikere, at ordregiver ved, hvornår denne opfylder beviskravet, og dermed ikke bliver pålagt erstatning for dennes valg af udelukkelse eller mangel derpå. Når tilbudsgiveren f.eks. afgiver et bud, der burde udelukkes, vil der objektivt set være tilstrækkelige plausible indikationer til, at ordregiveren er berettiget til at udelukke – men ordregiveren vil kun med 50% sandsynlig vide, at disse indikationer er tilstrækkelige plausible.

Såfremt ordregiveren ikke indskriver bestemmelsen, vil der ikke være en sandsynlighed for korrekt eller forkert anvendelse, da det ikke er muligt at udelukke efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4, hvorfor N ikke er introduceret som afgren i disse tilfælde.

4.3.2. Payoffs

Der er opsat forskellige payoffs, der viser henholdsvis ordregivers og tilbudsgivers payoff ved forskellige udfald af spillet. Disse vil blive gennemgået for at anskueliggøre, hvorfor det netop er nedenstående payoffs, der finder anvendelse. Det er vigtigt at bemærke, at nedenstående spil ikke tager højde for de bøder, tilbudsgiveren kan blive pålagt af konkurrencemyndighederne, såfremt den bliver dømt for at overtræde konkurrencereglerne. Spillet tager således kun højde for konsekvenserne af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Herudover er det heller ikke afhandlingens fokus at foretage en vurdering af, hvorvidt det kan betale sig for en tilbudsgiver at indgå konkurrencefordrejende aftaler, hvorfor nærværende afsnit blot vil antage, at en tilbudsgiver opnår højere profit ved at foretage konkurrencefordrejende adfærd.

¹⁹⁸ Disse sandsynligheder er hypotetiske, og afspejler dermed ikke virkeligheden, men er til for at vise, hvordan usikkerheden omkring bestemmelsen påvirker udfaldet af spillet.

Tabel 5 – Payoff- og omkostningsfordeling

OG's payoff ved tildeling af kontrakt uden konkurrencefordrejning	7
OG's payoff ved tildeling af kontrakt med konkurrencefordrejning	5
TG's payoff, når denne vinder uden konkurrencefordrejning	7
TG's payoff, når denne vinder med konkurrencefordrejning	10
TG's payoff ved udelukkelse	0
OG's omkostning ved indskrivning af bestemmelsen	1
OG's omkostning ved erstatning	3

Kilde: Egen tilvirkning

På baggrund af den økonomiske analyse kan det konkluderes, at prisen alt andet lige er bedre for ordregiver på lang sigt, når denne udelukker konkurrencefordrejende adfærd på markedet. Dermed antages det, at ordregivers payoff vil være højere i den situation, hvor kontrakten ikke tildeles en tilbudsgiver, som har indgået konkurrencefordrejende aftaler, eller hvor der slet ikke er indgivet et konkurrencefordrejende bud. Det antages derfor, at ordregivers payoff er 7, når denne tildeler kontrakten til en tilbudsgiver, der *ikke* har indgået konkurrencefordrejende aftaler, og at ordregivers payoff er 5, når denne tildeler kontrakten til en tilbudsgiver, der har fordrejet konkurrencen.

Derimod vil en tilbudsgiver modtage et højere payoff, såfremt denne vinder udbuddet ved afgivelse af et konkurrencefordrejende tilbud. Efter payoff-fordelingen i Tabel 5 vil dette medføre et payoff på 10. Derimod vil tilbudsgiver kun få et payoff på 7, såfremt denne vinder udbuddet uden at have afgivet et konkurrencefordrejende tilbud. Hvis en tilbudsgiver derimod bliver udelukket fra konkurrencen, vil dette medføre et payoff på 0.

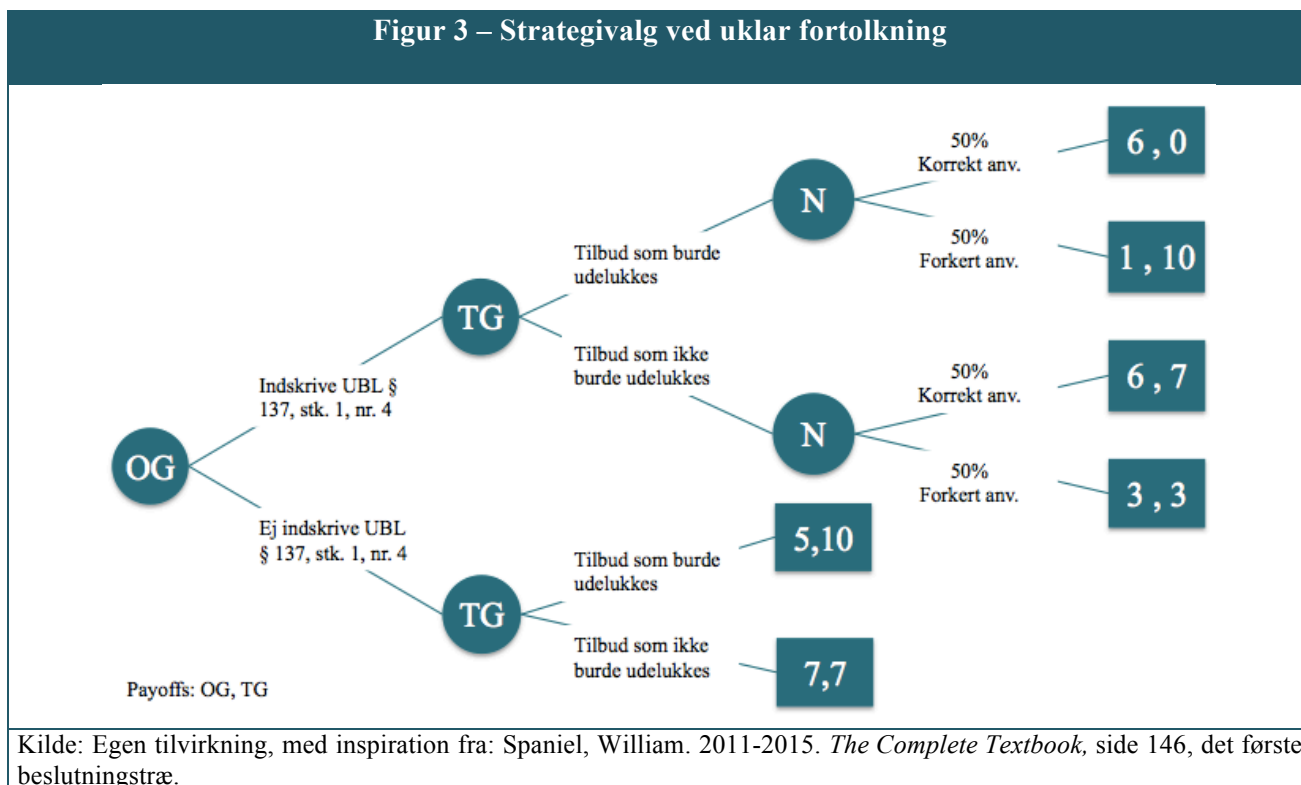
Herudover vil en ordregiver i tvivlstilfælde være forpligtet til at undersøge, hvorvidt en tilbudsgiver er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund. Dette antages at medføre yderligere omkostninger, idet ordregiver skal bruge ressourcer på at vurdere den mulige konkurrencefordrejende aftale. Dette blev ligeledes bemærket i afsnit 3.7.2.1 hvor der blev argumenteret for, at ordregiver bør screene de forskellige tilbudsgivere, selvom dette medfører en omkostning. Dette gælder særligt i de scenarier, hvor ordregivere står overfor at vurdere, om de har at gøre med et effektivt konsortium eller et konkurrencefordrejende konsortium, som analyseret i afsnit 3.6.2.4. Selvom denne

screeningsomkostning må antages at være variabel og afhænge af omstændighederne i den konkrete sag, vil det i nærværende afsnit antages at denne omkostning udgør 1 i alle tilfælde.

Som det blev belyst i afsnit 4.2 er der risiko for, at ordregiver bliver pålagt en erstatning i de situationer, hvor denne anvender bestemmelsen forkert, dvs. enten udelukker uberettiget eller undlader at udelukke, hvor ordregiveren burde. Det antages i nærværende afsnit, at denne erstatning udgør 3, og at ordregiver bliver pålagt denne erstatning i alle de tilfælde, hvor bestemmelsen bliver anvendt forkert.

4.3.3. Nuværende incitament

På baggrund af ovenstående kan der dermed opstilles et sekventielt spil som nedenfor.



I Figur 3 ovenfor fremgår ordregivers og tilbudsgivers payoffs ved de forskellige strategivalg, hvortil det må anskueliggøres, hvordan disse payoff er kalkuleret. Hvis man anskuer den situation, hvor ordregiveren indskrives bestemmelsen, tilbudsgiveren afgiver et bud som burde udelukkes og N peger mod korrekt anvendelse, vil ordregiveren få et payoff på 6, og tilbudsgiveren vil modtage et payoff på 0. Baggrunden for at ordregiver modtager et payoff på 6 er, at ordregiver udelukker den tilbudsgiver, som forårsager den konkurrencefordrejende adfærd, hvorfor ordregiver får et payoff på 7 givet payofffordelingen i Tabel 5. Fratrækker man screeningsomkostningen, bliver dette således til et payoff på 6.

Når strategierne for ordregiver og tilbudsgiver er de samme som ovenfor, men N derimod peger mod forkert anvendelse, vil deres payoff se anderledes ud. Ordregiver vil i disse tilfælde anvende bestemmelsen forkert, idet den ikke udelukker, hvor den burde. I denne situation vil ordregiveren tildele kontrakten til en tilbudsgiver, som har indgået konkurrencefordrejende aftaler, hvorfor ordregivers payoff som udgangspunkt kun vil udgøre 5. Herudover vil ordregiver blive pålagt to forskellige omkostninger: omkostningen ved at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund samt erstatning. Erstatningen vil blive påberåbt af den tilbudsgiver, som ville have vundet, hvis ordregiveren havde anvendt bestemmelsen korrekt. I dette scenarie vil ordregiveren således modtage et payoff på 5 fratrukket omkostninger på 4, hvorfor det samlede payoff vil udgøre 1. Tilbudsgiveren, der har afgivet et tilbud som burde være udelukket, vil derimod oppebære et payoff på 10, hvilket fremgår af payoff-fordelingen i Tabel 5.

I de scenarier hvor ordregiveren indskrifter den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen, og hvor tilbudsgiveren afgiver et tilbud som *ikke* burde udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4 vil dette medføre andre payoffs for begge spillere. Såfremt N peger mod korrekt anvendelse, vil ordregiveren modtage et payoff på 6, idet kontrakten tildeles en tilbudsgiver, som ikke fordrejer konkurrencen, hvilket som udgangspunkt medfører et payoff på 7, hvor der dog skal fratrækkes en omkostning på 1 på grund af screeningsprocessen. Tilbudsgiver vil ved dette udfald modtage et payoff på 7 på grund af payoff-fordelingen i Tabel 5.

Hvis N derimod peger på forkert anvendelse, vil dette indebære, at ordregiver udelukker en tilbudsgiver, som *ikke* burde udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Ordregiveren vil således stadig modtage et payoff på 7, idet kontrakten alt andet lige vil blive tildelt en tilbudsgiver, som ikke har indgået en konkurrencefordrejende aftale. Dog vil ordregiveren have udelukket tilbudsgiveren uberettiget, hvorfor denne tilbudsgiver kan kræve erstatning fra ordregiveren, hvis denne ellers ville have vundet kontrakten. Dette vil udgøre omkostninger for ordregiver på 3, samt en omkostning på 1 på grund af screeningsprocessen. Dette medfører således et endeligt payoff på 3 for ordregiver. Tilbudsgiveren vil som udgangspunkt modtage et payoff på 0, men denne har dog mulighed for at opnå erstatning, hvorfor denne vil modtage 3 fra ordregiveren.

Ordregiver kan også vælge en anden strategi, hvorefter de ikke indskrifter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Tilbudsgiveren skal stadig træffe beslutning om, hvorvidt de afgiver et tilbud, hvor de har indgået konkurrencefordrejende aftaler med andre økonomiske aktører. I begge scenarier vil spillernes payoff

følge payoff-fordelingen i Tabel 5, idet der ikke vil være nogle omkostninger, som skal fratrækkes deres payoff.

For at vurdere, hvorvidt ordregiver har et incitament til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen, er det nødvendigt at løse ovenstående spil. Spillet i Figur 3 løses ved brug af løsningskonceptet baglæns induktion. På grund af de forskellige sandsynligheder for, hvilken vej N peger, er det dog nødvendigt først at eliminere N fra beslutningstræet. Dette gøres ved at udregne spillernes forventede payoff for udfaldene ved korrekt vs. forkert anvendelse af bestemmelsen, og derefter erstatte denne afgren af spillet med de forventede værdier.¹⁹⁹ Idet sandsynlighederne for dette spil er 50% for korrekt anvendelse og 50% for forkert anvendelse af bestemmelsen, kan de forventede payoffs udregnes. Nedenfor udregnes de forventede payoffs for spillerne i den situation, hvor tilbudsgiveren har afgivet et tilbud, som *burde* udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4:

$$EX_{OG} = 6 * 0,5 + 1 * 0,5 = 3,5$$

$$EX_{TG} = 0 * 0,5 + 10 * 0,5 = 5$$

På samme vis er det muligt at udregne de forventede payoffs for tilbudsgiver og ordregiver, såfremt tilbudsgiveren har afgivet et tilbud, som *ikke burde* udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4:

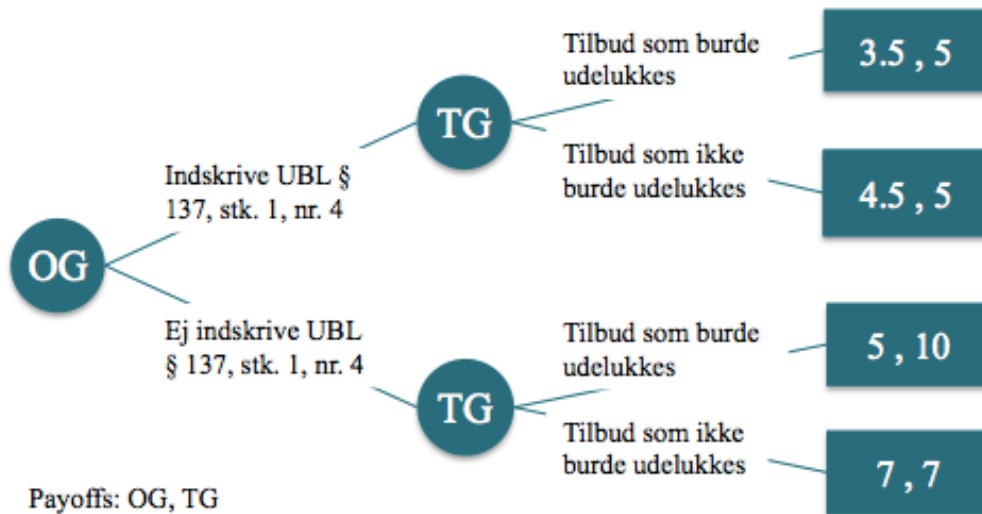
$$EX_{OG} = 6 * 0,5 + 3 * 0,5 = 4,5$$

$$EX_{TG} = 7 * 0,5 + 3 * 0,5 = 5$$

Spillet kan dermed omskrives til at se ud som følger:

¹⁹⁹ Spaniel, 2011-2015, s. 147.

Figur 4 – Strategivalg ved uklar fortolkning efter eliminering



Kilde: Egen tilvirkning, med inspiration fra: Spaniel, William. 2011-2015. *The Complete Textbook*, side 147

Herefter er det muligt at løse spillet ved brug af baglæns induktion. Såfremt ordregiver vælger at indskrive bestemmelsen, vil tilbudsgiveren være indifferent i forhold til at afgive et tilbud, som skal vs. ikke skal udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Tilbudsgivers payoff vil nemlig være 5 i begge situationer. Hvis ordregiver derimod vælger ikke at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, vil tilbudsgiveren vælge at afgive et tilbud, som burde udelukkes, idet et payoff på 10 er højere end et payoff på 7. På baggrund heraf er det muligt for ordregiver at vælge den mest optimale strategi. Ordregiveren vil i denne situation vælge ikke at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, da dette vil medføre et payoff på 5, hvilket er højere end et payoff på henholdsvis 3,5 og 4,5. I dette spil har ordregiveren en dominerende strategi i ikke at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, da ordregivers payoff vil være højere ved dette strategivalg, uanset hvad tilbudsgiveren herefter vælger af strategi.

Når man løser spillet via baglæns induktion vil man således finde det såkaldte *subgame perfect Nash equilibrium*. Denne ligevægt er en komplet og betinget handlingsplan og angiver alle spillernes optimale strategivalg ved hver beslutningsnode.²⁰⁰ Det kan dermed udledes, at payoff på [5,10] vil konstituere et subgame perfect Nash equilibrium. Med en risiko på 50% for at bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 anvendes forkert bevæger ordregiver sig ud på usikker grund, såfremt de vælger at indskrive bestemmelsen. Med manglen på materiale at støtte sig til ved fortolkningen af især beviskravet i bestemmelsen, har ordregiver ikke et incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i

²⁰⁰ Spaniel, 2011-2015, s. 128.

udbudsbekendtgørelsen, når man sammenholder det med den høje risiko, der på nuværende tidspunkt findes for, at bestemmelsen anvendes forkert.

4.3.4. Optimeret incitament

Det findes hertil interessant at undersøge, om det har nogen indflydelse på ordregivers incitament til at indskrive bestemmelsen, såfremt sandsynligheden for korrekt anvendelse forøges.

For at belyse hvordan en højere sandsynlighed for korrekt anvendelse påvirker udfaldet af spillet, antages det nu, at der er 80% sandsynlighed for, at ordregiver anvender UBL § 137, stk. 1, nr. 4 korrekt og 20% sandsynlighed for, at de anvender bestemmelsen forkert, såfremt de vælger at indskrive den i udbudsbekendtgørelsen. Spillet tager udgangspunkt i de samme payoffs som i Figur 3 blot med ændrede sandsynligheder hos N. På samme vis som ovenfor, vil de forventede payoffs skulle udregnes for at kunne eliminere N fra beslutningstræet. I de tilfælde hvor tilbudsgiveren afgiver et tilbud, som *burde* udelukkes fra konkurrencen om udbuddet, vil ordregivers og tilbudsgivers forventede værdier udgøre følgende:

$$EX_{OG} = 6 * 0,8 + 1 * 0,2 = 5$$

$$EX_{TG} = 0 * 0,8 + 10 * 0,2 = 2$$

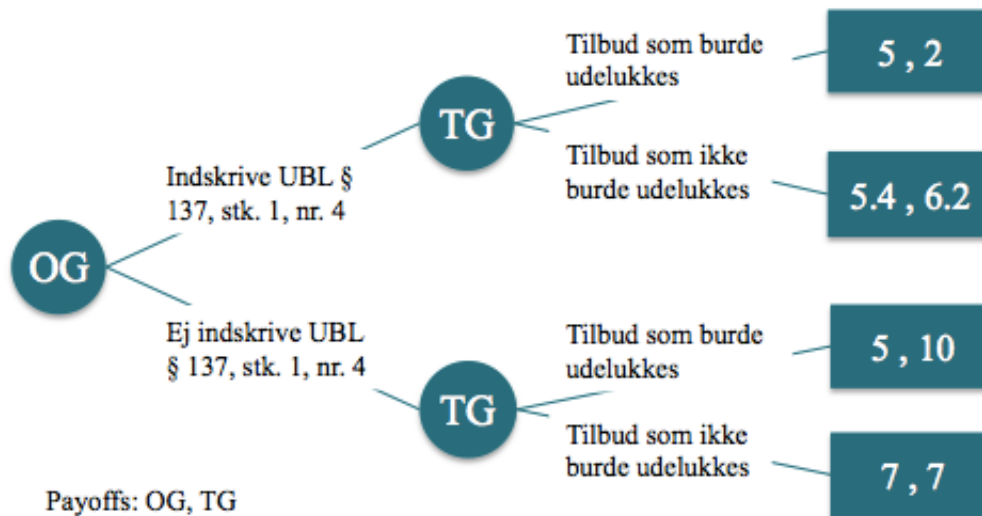
På samme vis udregnes de forventede værdier for tilbudsgiver og ordregiver, såfremt tilbudsgiveren har afgivet et tilbud, som *ikke burde* udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4:

$$EX_{OG} = 6 * 0,8 + 3 * 0,2 = 5,4$$

$$EX_{TG} = 7 * 0,8 + 3 * 0,2 = 6,2$$

Dette kan ligeledes opstilles i et beslutningstræ, hvilket fremgår af Figur 5 nedenfor. Sammenholdes denne med Figur 4, er det således muligt at se, at ordregivers payoff ved at indskrive bestemmelsen vil blive højere, når der er større sandsynlighed for, at denne anvender bestemmelsen korrekt.

Figur 5 – Strategivalg ved klarere fortolkning efter eliminering



Kilde: Egen tilvirkning, med inspiration fra: Spaniel, William. 2011-2015. *The Complete Textbook*, side 147.

Ved brug af baglæns induktion findes ligevægten at være $[5.4, 6.2]$, dvs. hvor ordregiver indskrives den frivillige udelukkelsesgrund, og hvor tilbudsgiver herefter afgiver et tilbud, som ikke burde udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Dette skyldes, at tilbudsgiveren vil vælge at afgive et tilbud, som ikke skal udelukkes, såfremt ordregiveren indskrives bestemmelsen, idet dennes payoff her er større $[6.2 > 2]$.

Det er således muligt at konkludere, at når sandsynligheden for at anvende bestemmelsen korrekt stiger til 80%,²⁰¹ vil ordregiver have et incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen. Da sandsynligheden kun var 50% for korrekt anvendelse, ville ordregiveren i ligevægten vælge ikke at indskrive bestemmelsen, hvorefter tilbudsgiveren ville vælge at afgive et tilbud, hvor denne har indgået aftaler med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencedrejning. På baggrund heraf kan det ses, at det vil ændre ordregivers incitament, såfremt der er større sandsynlighed for, at bestemmelsen anvendes korrekt.

Den øgede sandsynlighed for korrekt anvendelse ændrer også, hvorvidt tilbudsgiveren afgiver et tilbud, der burde blive udelukket, såfremt den frivillige udelukkelsesgrund indskrives. Da der forekom 50% sandsynlighed for korrekt anvendelse, havde tilbudsgiver en svagt dominerende strategi i at afgive

²⁰¹ Der vil i nærværende spil være et incitament til at indskrive bestemmelsen, såfremt sandsynligheden for korrekt anvendelse er større end 67%. Der henvises til bilag 1 for udregning heraf.

tilbud, der burde udelukkes fra konkurrencen. Dette er ikke længere tilfældet, når sandsynligheden for korrekt anvendelse stiger til 80%. Tilbudsgiveren vil stadig afgive et konkurrencefordrejende bud, såfremt bestemmelsen ikke indskrives, men hvis den bliver indskrevet, vil tilbudsgiver i stedet afgive et bud, der ikke bør udelukkes.

En større sandsynlighed for korrekt anvendelse vil dermed medføre en præventiv effekt, såfremt ordregiver beslutter at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen. Dette skyldes, at tilbudsgiverne bliver gjort opmærksomme på, at ordregiver holder øje med, om der forekommer konkurrencefordrejende adfærd, og at sandsynligheden for korrekt anvendelse er forøget. Det må dog hertil bemærkes, at tilbudsgiveren kan blive ”fanget” af konkurrencereglerne, uanset om ordregiver vælger at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund eller ej. Hvis tilbudsgiverne dermed ikke allerede er blevet afskrækket fra at udøve konkurrencefordrejende adfærd på grund af bødeniveauet for overtrædelse af konkurrencereglerne, kan der sættes spørgsmålstejn ved, hvorvidt et tilvalg af bestemmelsen vil ændre på dette. Der kan dog ligeledes argumenteres for, at det blot medfører en større afskrækkende effekt, idet udelukkelsen efter de frivillige udelukkelsesgrunde gælder i to år. Det vil muligvis ikke være en ”katastrofe” for en større virksomhed at blive udelukket fra et enkelt udbud, men typisk vil det forholde sig sådan, at mange virksomheders indtægtskilde i det væsentlige består af indtjeningen ved kontrakter, der er vundet i udbud. Hvis en konkurrencefordrejende aftale ikke alene medfører en bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne, men ligeledes medfører, at virksomheden ikke har nogen indtægtskilde, fordi de bliver udelukket i to år, må dette anses for at have en særdeles afskrækkende effekt.

På baggrund af Figur 5 kan det dermed udledes, at jo større sandsynligheden er for, at ordregiver anvender bestemmelsen korrekt, jo større afskrækkende effekt vil en indskrivning af bestemmelsen have over for tilbudsgiver. En sådan afskrækkende effekt vil potentielt kunne forebygge – eller i hvert fald reducere – konkurrencefordrejende aftaler i branchen, hvilket alt andet lige vil være optimalt for ordregiver. Dette vil ligeledes kunne være med til at afværge monopollignende markeder, som analyseret i afsnit 3.6.2.2. En indskrivning af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen kan således medvirke til, at der også på lang sigt er færre tilbudsgivere på markedet, der fordrejer konkurrencen, da det alt andet lige bliver mindre attraktivt for disse at udøve en sådan adfærd.

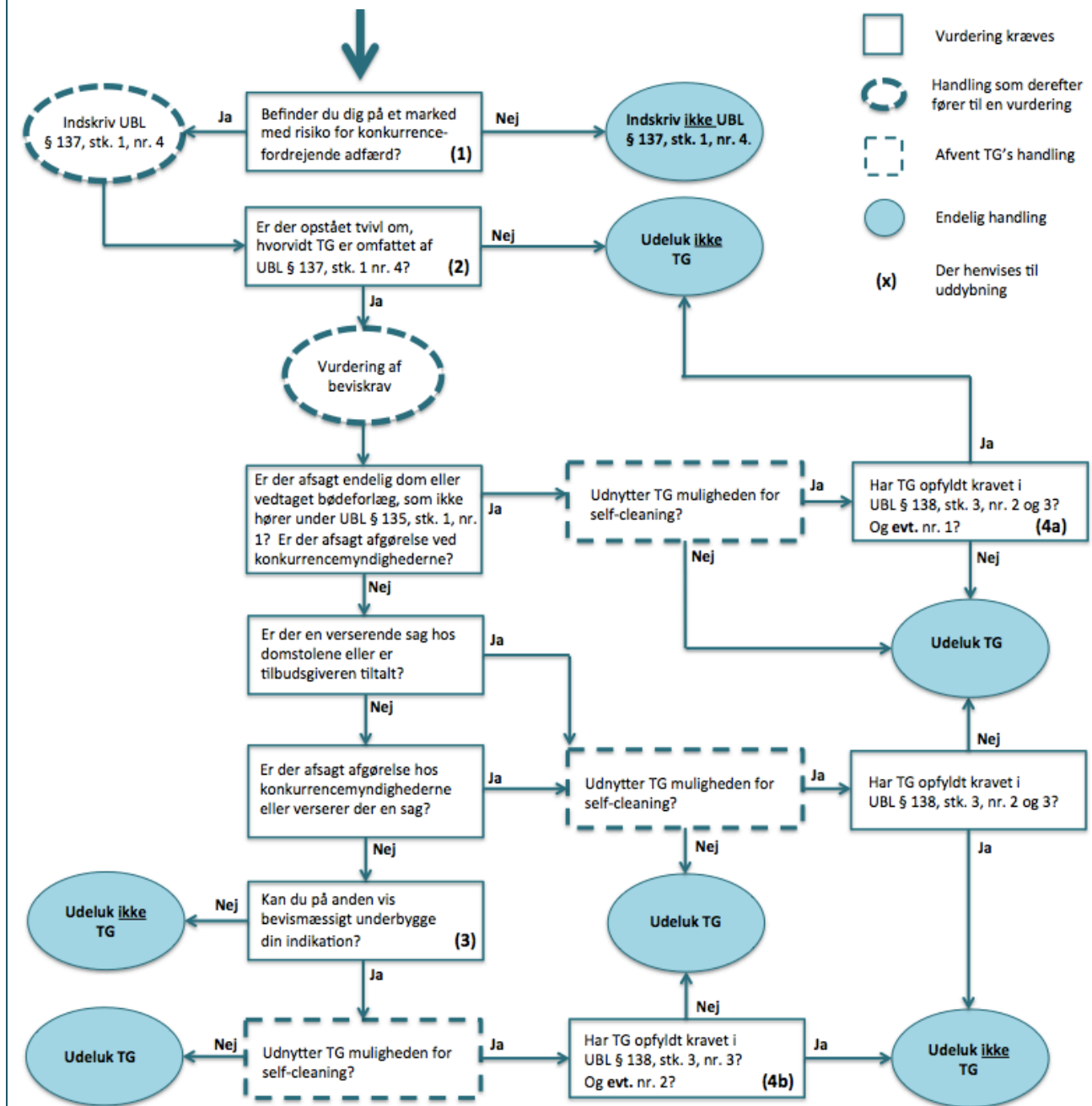
Spørgsmålet er således, hvordan sandsynligheden for, at ordregiver anvender UBL § 137, stk. 1, nr. 4 korrekt, kan øges. Efter henholdsvis den juridiske og økonomiske analyse i kapitel II og III, er det nærværende afhandlings forfatteres overbevisning, at sandsynligheden for korrekt anvendelse vil stige,

såfremt ordregivere har mere konkret materiale at støtte sig til ved vurderingen om udelukkelse. Nærværende afhandling finder, at dette eventuelt kan ske ved en lettilgængelig vejledning til ordregivere. Denne bør vejlede ordregivere i, hvordan de skal forholde sig til konkurrencefordrejende adfærd i forbindelse med offentlige udbud, samt tydeliggøre, hvornår tilbudsgivere er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund, og hvornår ordregivere kan anses for at have løftet bevisbyrden til at berettige en udelukkelse. Med en sådan vejledning vil ordregiver vide, hvornår det giver mening at indskrive bestemmelsen i udbudsbekendtgørelsen og dertil have mere konkret materiale at støtte sig til i vurderingen af, hvorvidt en tilbudsgiver er omfattet af bestemmelsen. Desuden vil vejledningen give et kvalificeret bud på, hvornår og hvordan ordregivere kan løfte bevisbyrden om, at der faktisk er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med en anden økonomisk aktør med henblik på konkurrencefordrejning. Nærværende afhandling vil bidrage til dette ved at videreformidle en vejledning til brug for ordregivere.

4.4. Vejledning og dertilhørende anbefaling

Nedenfor er opstillet et komplet værktøj, som ordregivere kan følge for at øge sandsynligheden for at anvende bestemmelsen korrekt. Anvendelsen af værktøjet vil ligeledes øge incitamentet til at indskrive bestemmelsen. Det er således nærværende forfatteres overbevisning, at nedenstående vejledning vil være med til at mindske de risici, som ordregivere står over for, og optimere deres incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, når det findes relevant.

Figur 6 – Vejledning



Egen tilvirkning

4.4.1. Uddybning til vejledning

(1) Markedet

Indledningsvist bør du som myndighed foretage en markedsundersøgelse af den branche, som opgaven skal udbydes på. Der er forskellige faktorer på markedet, som kan indikere, at der kunne forekomme risiko for konkurrencefordrejende adfærd. Markedskoncentrationen er det første din myndighed bør have for øje, eftersom især brancher, der er karakteriseret ved oligopol er udsat for konkurrencefordrejning. Det anbefales derfor, at din myndighed foretager et estimat af, hvor mange virksomheder, der potentielt vil afgive et tilbud. Ved dette estimat, er det ligeledes væsentligt, at du spørger sig selv, om der umiddelbart er få af virksomhederne, der har en større markedsandel end de andre, og om der er et mønster i, hvilke virksomheder der vinder udbuddene. Tegn på konkurrencefordrejning kan både være, at det er den samme virksomhed, der altid vinder udbud af samme type, eller hvis der umiddelbart ser ud til at være et mønster i skiftet mellem, hvilke virksomheder, der vinder.

Derudover anbefales det, at du foretager en undersøgelse af, om branchen generelt er påvirket af konkurrencefordrejende adfærd. Det kan være, om der er virksomheder i branchen, der tidligere er dømt for overtrædelser af konkurrenceloven, eller om der i øjeblikket er virksomheder, der er tiltalt i sager om konkurrencefordrejning.

Hvis du kan ”nikke ja” til ovenstående, kan dette være tegn på, at der konkurrencefordrejning i branchen. Eftersom der forekommer et incitament til at udelukke konkurrencefordrejende adfærd, bør den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 blive indskrevet i udbudsbekendtgørelsen, såfremt opgaven udbydes på sådanne markeder.

(2) Tvivlstilfælde - omfattet af sidste led af UBL § 137, stk. 1, nr. 4?

Når bestemmelsen er indskrevet, er det kun i tvivlstilfælde, at du som myndighed er forpligtet til at foretage en undersøgelse af, hvorvidt en tilbudsgiver skal udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Tvivlstilfælde vil opstå, når der er tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren har indgået en aftale, samordnet praksis eller foretaget vedtagelser med en anden økonomisk aktør, der har til formål at fordreje, hindre eller begrænse konkurrencen. Hertil skal du som myndighed være opmærksom på, at konsortieaftaler er ulovlige, såfremt deltagerne i konsortiet har mulighed for at løfte opgaven på egen hånd, medmindre der er tilstrækkelige effektivitetsfordele til at veje op herfor.

(3) Beviskravet i forhold til den konkrete boks

Selvom der er opstået tvivl om, hvorvidt en tilbudsgiver har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, skal du som myndighed stadig kunne løfte bevisbyrden i forhold til, at din myndighed har tilstrækkelige plausible indikationer om dette til at berettige en udelukkelse af den pågældende tilbudsgiver.

Det er væsentligt at pointere, at du på nuværende tidspunkt skal være opmærksom på følgerne af den nye klagenævnskendelse²⁰², indtil der bliver afsagt flere afgørelser angående UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Når der hverken er rejst tiltale eller anket en sag, men hvor der alligevel er en mistanke om konkurrencefordrejende adfærd, må du vurdere, hvorvidt du *bevismæssigt* kan dokumentere dette. Det er f.eks. ikke tilstrækkeligt, såfremt du kun kan konstatere en tæt relation mellem to tilbudsgivere og en stor afvigelse i deres bud, jf. den nye klagenævnskendelse. Udover hvad denne kendelse statuerer, er der intet der indikerer, hvor grænsen går, hvilket vil være uklart, indtil der sker noget nyt på området. Det anbefales dog, at der oftest ikke vil være bevismæssig dokumentation for din mistanke, såfremt din myndighed ikke er i besiddelse af håndgribelig dokumentation herfor. Dette vil potentielt kun være i de tilfælde, hvor en kompetent myndighed udtaler sig om et muligt kommende sagsanlæg. Et eksempel kunne være en udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, efter de har udarbejdet et udkast til den afgørelse, som Konkurrencerådet vil få forelagt vedrørende aktørens forhold.²⁰³ Derudover kan der foreligge decideret dokumentation, såfremt du har adgang til en mailkorrespondance, der dokumenterer den ulovlige handling. I disse tilfælde vil vores anbefaling være at udelukke, hvis du selv kan stå inde for den dokumentation, du har modtaget som bevis på overtrædelsen. Det er dog vores overbevisning, at en tilbudsgiver sjældent kan anses for at være udelukket berettiget, hvis undersøgelsesmyndighederne ikke har været involveret i sagen.

Det kan herudover diskuteres, om du som myndighed bevismæssigt kan underbygge din indikation for at tilbudsgiveren har indgået konkurrencefordrejende aftaler med andre aktører, hvis din myndighed fremlægger dokumentation fra tidligere bud, der kan være med til at vise et mønster over tilbudsgivernes adfærd. Som praksis er på området i dag, er det vores anbefaling ikke at udelukke tilbudsgiverne, da en sådan dokumentation umiddelbart ikke er nok til at konkludere adfærden. Det anbefales dog, at du går direkte til konkurrencemyndighederne med din mistanke.

²⁰² Bayer mod Banedanmark, 2018.

²⁰³ Vejledning om processer i konkurrencesager, 2013, s. 17.

(4) Self-cleaning

(4a) Evt. nr. 1

I de tilfælde, hvor der netop foreligger en afgørelse, et vedtaget bødeforlæg eller hvor der foreligger endelig dom – som ikke er omfattet af UBL § 135, stk. 1, nr. 1 – er det muligt, at tilbudsgiveren ligeledes er blevet pålagt at yde erstatning, f.eks. på baggrund af et civilt søgsmål. I disse tilfælde, skal du som myndighed også vurdere tilbudsgiverens pålidelighed efter UBL § 138, stk. 3, nr. 1. Hvis tilbudsgiveren ikke er blevet pålagt erstatning, selvom sagen er afsluttet, kan dette tiltag dog ikke kræves opfyldt, hvorfor pålideligheden kun skal vurderes efter UBL § 138, stk. 3, nr. 2 og nr. 3.

(4b) Evt. nr. 2

Det er væsentligt at bemærke denne boks, idet det heraf fremgår, at det kun er i visse tilfælde, at du som myndighed skal vurdere self-cleaning i forhold til UBL § 138, stk. 3, nr. 2. Dette skyldes, at der ikke kan foretages en vurdering af, om tilbudsgiveren har indgået i et aktivt samarbejde med den relevante undersøgelsesmyndighed, hvis undersøgelsesmyndighederne ikke har været involveret i sagen. Selvom det, som statueret i punkt (3), kun undtagelsesvist findes muligt at udelukke en tilbudsgiver uden at undersøgelsesmyndighederne har været involveret i sagen på den ene eller anden måde, vil du som myndighed i tilfælde, hvor undersøgelsesmyndigheden ikke har været involveret, kun kunne kræve dokumentation af pålidelighed efter UBL § 138, stk. 3, nr. 3.

Anbefaling til Viborg Kommune

På baggrund af ovenstående og de bagvedliggende analyser i kapitel II og III, anbefales det, at Viborg Kommune indskriver UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen. Dette skyldes, at ordregiver udbyder en opgave på et marked, der er karakteriseret som et oligopol, og hvor det tidligere er set, at tilbudsgivere har indgået konkurrencefordrejende aftaler i forbindelse med udbudte vejmarkeringsopgaver. Ved at følge ovenstående vejledning, vurderes det, at en indskrivning af bestemmelsen vil være det mest optimale for ordregiver.

4.5. Delkonklusion

Ud fra ovenstående analyse kan det konkluderes, at der med det materiale, der er tilgængeligt for ordregivere at støtte sig til på nuværende tidspunkt, medfølger væsentlige risici ved at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen. Dette skyldes, at det kan have betydelige konsekvenser for ordregivere i form af erstatningssøgsmål anlagt af tilbudsgivere, såfremt de indskriver og anvender den forkert. Når der er en vis grad af sandsynlighed for, at bestemmelsen anvendes forkert, kan det konkluderes, at ordregivere ikke har et incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen.

Det er derimod muligt at optimere ordregiveres incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, såfremt fortolkningen af reglerne kan gøres mere klar. En tydelig vejledning med klare anbefalinger vil øge sandsynligheden for, at ordregivere ved hvornår, de har tilstrækkelige plausible indikationer til at udelukke en tilbudsgiver – og dermed kun udelukker, hvor dette er berettiget. Ud fra analysen kan det konstateres, at ordregiveres incitament stiger, hvis sandsynligheden for, at ordregivere anvender bestemmelsen korrekt forøges. Når ordregivere står over for at skulle udbyde en kontrakt på et marked, hvor der er risiko for, at tilbudsgiverne fordrejer konkurrencen, har ordregivere således et incitament til at indskrive bestemmelsen, da den klare fortolkning vil medføre et højere payoff, hvilket alt andet lige er det mest optimale for ordregivere.

Det findes således muligt at optimere ordregivers incitament ved at komme med disse klare anbefalinger og retningslinjer til den ordregivende myndighed, som denne kan avende ved den prækontraktuelle beslutning. Den øgede sandsynlighedsgrad for korrekt anvendelse - og dermed det medfølgende optimerede incitament til at indskrive bestemmelsen - kan ligeledes have en præventiv effekt på en sådan måde, at tilbudsgivere har større tendens til at afgive et ikke-konkurrencefordrejende tilbud. Dermed vil et optimeret incitament alt andet lige også kunne medvirke til mindre konkurrencefordrejende adfærd på lang sigt.

Kapitel V - Konklusion

Ved implementeringen af udbudsdirektivet er det gjort muligt for ordregivere at udelukke tilbudsgivere, hvis de har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. De nuværende fortolkningsbidrag til bestemmelsen nævner kun de få elementer, som lovbemærkningerne beskriver uden at konkretisere beviskravet eller anvendelsesområdet yderligere. Ud fra en fortolkning af bestemmelsen kan UBL § 137, stk. 1, nr. 4 sammenlignes med TEUF art. 101, stk. 1 med den undtagelse, at den kun dækker ”til formåls”-overtrædelser. I forhold til en klagesag, er det ordregiver, der skal løfte bevisbyrden for, at denne havde tilstrækkelige plausible indikationer til at udelukke tilbudsgiveren. Dette kan medføre væsentlige vanskeligheder for ordregivere i praksis, idet der ikke er optegnet en klar eller forståelig grænse for, hvornår og hvordan denne kan løfte bevisbyrden. I ny administrativ praksis er der for første gang i Danmark taget stilling hertil, hvorefter Klagenævnet finder, at indikationerne *bevismæssigt* skal kunne underbygges, førend de kan anses som tilstrækkelige. Men selvom retspraksis har sat fokus på, at det bevismæssigt skal underbygges, findes der stadig ikke en klar grænse for, hvornår dette kan anses for at være tilfældet. Ydermere er det efter ny EU-praksis blevet fastslået, at den 2-årige maksimumsperiode for udelukkelse kan regnes fra tidspunktet for sanktionsafgivelse, hvilket er senere end hvad der hidtil har været opfattelsen. Hvor en sag endnu ikke er afgjort, findes det dog stadig usikkert, hvornår perioden regnes fra. Det kan dermed konkluderes, at bestemmelsen ikke i alle henseender findes praktisk anvendelig for ordregivere, da det ikke er muligt at vide, hvornår de *bør* udelukke en tilbudsgiver.

Herudover skal ordregivere være opmærksomme på reglerne om self-cleaning, såfremt de udelukker en tilbudsgiver på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Der er endnu ikke klargjort i regulering eller retspraksis, hvilke parametre ordregivere skal vurdere tilbudsgiverens dokumentation af pålidelighed ud fra, når det vedrører udelukkelse efter den specifikke bestemmelse. På baggrund af den juridiske analyse kan det konkluderes, at ordregivere altid skal lægge vægt på, hvorvidt tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed efter UBL § 138, stk. 3, nr. 3, men at den dog alene kan kræve tiltagene i UBL § 138, stk. 3, nr. 1 og nr. 2 opfyldt, når tilbudsgiveren er blevet pålagt at betale en erstatning, og hvor konkurrencemyndighederne eller SØIK har været involveret.

På baggrund af den økonomiske analyse er det muligt at observere, at ulovlige former for samarbejde, der f.eks. skaber monopollignende tilstande, medvirker til overordentligt høje priser for ordregivere.

Hvis der derimod er tale om et marked, hvor der er ren priskonkurrence uden samarbejde, eller hvor et samarbejde medfører en ekstra spiller på markedet, vil dette have en positiv effekt på ordregiveres pris. Dermed kan det konkluderes, at et samarbejde mellem tilbudsgivere både kan have negative og positive konsekvenser for ordregiveres pris, alt afhængig af, om samarbejdet fordrejer konkurrencen. Det er imidlertid ikke enkelt for ordregivere at vurdere, om et samarbejde mellem virksomheder er ulovligt, eller om dette eventuelt medfører tilstrækkelige effektivitetsfordele til at veje op for den umiddelbare konkurrencefordrejning. Såfremt ordregivere udelukker den umiddelbart vindende tilbudsgiver, der fordrejer konkurrencen, vil dette indebære, at det i realiteten er det laveste bud, der udelukkes, hvoraf konsekvensen er, at denne står tilbage med det næstlaveste bud eller et marked, hvor alle er udelukket. En udelukkelse af konkurrencefordrejende adfærd i denne situation, vil således ikke maksimere ordregivers profit i det enkelte udbud. Ofte vil ordregivere dog have fremtidige udbud i vente, hvorfor incitamentet til at udelukke en konkurrencefordrejende tilbudsgiver ikke kun afhænger af det konkrete udbud. Denne negative effekt må dermed vejes op imod den negative effekt konkurrencefordrejning kan skabe på lang sigt. Såfremt en ordregiver lader en konkurrencefordrejende tilbudsgiver vinde kontrakten, kan det medvirke til, at konkurrenter træder ud af markedet, hvorefter den tilbageværende tilbudsgiver i teorien kan sætte monopolnagende priser i al fremtid. Disse negative konsekvenser formodes langt større end det umiddelbare tab, som ordregiveren vil lide i det enkelte udbud ved at udelukke den konkurrencefordrejende tilbudsgiver. Det kan dermed konkluderes, at der findes et incitament for ordregivere til at udelukke konkurrencefordrejende adfærd.

Selvom de økonomiske betragtninger ved at udelukke konkurrencefordrejende adfærd findes positive, medfører den uklare fortolkning af bestemmelsen visse risici, såfremt bestemmelsen indskrives. Årsagen til disse risici er den relativ store sandsynlighed for, at ordregivere anvender bestemmelsen forkert, dvs. ikke ved hvornår den opfylder beviskravet, og dermed risikerer et erstatningssøgsmål. Via spilteori kan det konkluderes, at der ikke findes et incitament for ordregivere til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, når sandsynligheden for forkert anvendelse udgør en relativ stor procentsats. Ordregiveres incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund kan dog ændre sig, såfremt sandsynligheden for korrekt anvendelse forøges. Nærværende afhandling finder, at en større sandsynlighed for korrekt anvendelse – og dermed et optimeret incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund – kan opnås via konkret vejledning og anbefalinger til ordregivere. Nærværende afhandling bidrager med en sådan vejledning, hvilken både kan være med til at forsikre ordregivere om, hvornår de skal indskrive bestemmelsen, og om hvordan de skal anvende den. Dette vil medvirke til en hyppigere anvendelse, hvor dette er relevant, og dermed et optimeret incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 i udbudsbekendtgørelsen.

Litteraturliste

Regulering

Primærregulering

Traktaten for den Europæiske Unions Funktionsmåde

Bindende sekundærregulering

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

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

Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24. oktober om bekæmpelse af organiseret kriminalitet

Dansk regulering

Udbudsloven, lov nr. 1564 af 15. december 2015

Konkurrenceloven, lovbekendtgørelse nr. 155 af den 1. marts 2018

Klagenævnsloven, bekendtgørelse af lov om Klagenævnet, nr. 492, af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. December 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

Bekendtgørelse nr. 1624 af den 15. december 2015, om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

Fortolkningsbidrag

Ikke-bindende sekundærregulering

Europa-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM(2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD), Bruxelles, den 20. december 2011 - **"2011-forslaget"**

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures. 2011/0438 (COD), Brussels, 14 June 2012. - **"Cluster 8, 2012"**

Rådet for Den Europæiske Union. 2012. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb – Formandskabets kompromistekst/konsolideret udgave. 2011/0438 (COD). Komm. Forsl. Nr.: 18966/11 MAP 10 MI 686 + ADD 1 + ADD 2. Bruxelles, den. 24. juli 2012.

Fortolkningsbidrag

Folketinget 2015-16, Forslag til Udbudsloven, Lovforslag nr. L 19. Fremsat den 7. oktober 2015. - **"L 19, 2015"**

Meddelelse fra Kommissionen. *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3.* (2004/C 101/08). - **"Kommissionens meddelelse, 2004"**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Oktober 2018. *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, vejledning* - **"Konsortievejledning, 2018"**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. November 2012. *Bliver din kommune snydt? Karteller, monopoler og unødvendige omkostninger ved udbud* - **"Vejledning – Bliver din kommune snydt?, 2012"**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Maj 2016. *Vejledning om kontrolundersøgelser* - **"Vejledning om kontrolundersøgelser, 2016"**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Marts 2013. *Processer i konkurrencesager, vejledning* - **"Vejledning om processer i konkurrencesager, 2013"**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Januar 2016. *Udbudsloven, vejledning om udbudsreglerne - "Vejledning om udbudsreglerne, 2016"*

EU-Domme

Bayer AG v Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, T-41/96, EU:T:2000:242. Rettens dom af 26. oktober 2000

Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, C-209/07, EU:C:2008:643. Domstolens dom af 20. november 2008

Fabricom SA v État belge, Forenede sager C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127. Domstolens dom af 3. marts 2005

Generali-Providencia Biztosító Zrt v Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, C-470/13, EU:C:2014:2469. Domstolens dom 18. december 2014

Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- GmbH v Stadt Wien, C-92/00, EU:C:2002:379. Domstolens dom af 18. juni 2002

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA v Provincia autonoma di Bolzano, Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia de contratti pubblici de lavori servizi e forniture (ACP), Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), C-178/16, EU:C:2017:487. Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona, fremsat den 21. juni 2017

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber v Den Franske Republik, C-16/98, EU:C:2000:541. Domstolens dom af 5. oktober 2000

The Queen v The Minister of Agriculture, Fisheries and Food og Secretary of State for Health, C-331/88, EU:C:1990:391. Domstolens dom af 13. november 1990

Vossloh Laeis GmbH v Stadtwerke München GmbH, C-124/17, EU:C:2018:855. Domstolens dom af 24. oktober 2018

Dansk retspraksis

UfR 2011.1955 H, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, Højesterets dom af 5. April 2011 i sag 67/2008 - ***"Aarsleff mod Amager Strandpark, 2011"***

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. februar 2019, *Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune*, J.nr.: 17/01914 - ***"Aarsleff mod Viborg Kommune, 2019"***

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, J.nr.: 18/02418 - ***"Bayer mod Banedanmark, 2018"***

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. december 2017, *Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed*, J.nr. 17/01867 - ***"Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed, 2017"***

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, BET-14/04158 – ***"Vejmarkeringsafgørelse, 2015"***

Konkurrencerådets afgørelse af den 23. februar 2000. *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*. Sagsnr. 2:802-299. - ***"Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko, 2000"***

Litteratur

Andersen, Ib. 2013. *Den skinbarlige virkelighed – Vidensproduktion i samfundsvidenskaberne*. Frederiksberg: Samfundslitteratur. 5. udgave. - ***"Andersen, 2013"***

Andersen, Finn Rolighed, Jensen, Bjarne Warming, Olsen, Mette Risgaard, Olsen, Susanne Østergaard & Schmalz, Peter. 2015. *International Markedsføring*. København: Trojka | Gads Forlag. 5. udgave. - ***"Andersen, Jensen, Olsen, Olsen & Schmalz, 2015"***

Baird, Douglas G., Gertner, Robert H. & Picker, Randal C. 1998. *Game Theory and the Law*. Cambridge and London: Harvard University Press. First edition. - ***"Baird, Gertner & Picker, 1998"***

Cabral, Luis M. B. 2017. *Introduction to industrial organization*. Cambridge: MIT Press. Second edition. - **"Cabral, 2017"**

Christensen, Leslie & Rasmussen, Jens Helmer. 2013. *Microeconomics*. Harlow: Pearson Education Limited. Compiled from: Perloff, Jeffrey M. 2012. *Microeconomics*, Sixth Edition and Pindyck, Robert S. & Rubinfeld, Danial L. 2009. *Microeconomics*, Seventh Edition. - **"Christensen & Rasmussen, 2013"**

Dimitri, Niccola, Piga, Gustavo & Spagnolo, Giancarlo (Edited by). 2006. *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press. (Chapter 14. Albano, Gian Luigi, Buccirosi, Paolo, Spagnolo, Giancarlo and Zanza, Matteo. *Preventing collusion in procurement*.) - **"Albano, Buccirosi, Spagnolo & Zanza, 2006"**

Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and games – Theory and Practice*. Cambridge: MIT Press. - **"Dutta, 1999"**

Fejø, Jens & Ølykke, Grith Skovgaard. 2014. *EU-Konkurrenceret – Almindelig del*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. udgave, 1. oplag - **"Fejø & Ølykke, 2014"**

Graells, Albert Sánchez. 2015. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford and Portland: Hart Publishing. Second edition. **"Graells, 2015"**

Hamer, Carina Risvig. 2016. *Grundlæggende udbudsret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 1. udgave, 1. oplag - **"Hamer, 2016"**

Hansen, Kim Lundgaard & Offersen, René. 2016. *Udbudsprocessen*. København: Karnov Group. 2. udgave, 1. oplag - **"Hansen & Offersen, 2016"**

Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations: Co-ordination, Motivation and Strategy*. Berkshire: McGraw-Hill Education. - **"Hendrikse, 2003"**

Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels & Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers. 2016. *EU udbudsretten – Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet*. København:

Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 3. udgave, 1. oplag - **"Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016"**

Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi, Bind 2 – Virksomhedsteori & industriøkonomi*. København: Jurist og Økonomiforbundets Forlag. 2. udgave, 1. oplag - **"Knudsen, 1997"**

Knudsen, Christian. 2014. *Erhvervsøkonomi – virksomheden i organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*. Frederiksberg: Samfundslitteratur. 2. udgave - **"Knudsen, 2014"**

Krishna, Vijay. 2002. *Auction Theory*. United States: Academic Press, An Elsevier Science Imprint. **"Krishna, 2002"**

Krishna, Vijay. 2010. *Auction Theory*. United States: Academic Press is an imprint of Elsevier. Second Edition. - **"Krishna, 2010"**

Lipczynski, John, Wilson, John O. S. & Goddard, John. 2017. *Industrial Organization – Competition, Strategy and Policy*. Harlow: Pearson Education Limited. Fifth edition. - **"Lipczynski, Wilson & Goddard, 2017"**

Lichère, Francois, Caranta, Roberto & Treumer, Steen. *Modernising Public Procurement Procurement, The New Directive*. København: Djøf Publishing. 1. edition - **"Lichère, Caranta & Treumer, 2014"**

Parente, Diane H. (editor). 2007. *Best Practices for Online Procurement Auctions*. United States: Information Science Reference. (Arnold, Ulli & Schnabel, Martin. *Chapter V. Economic Effects of Electronic Reverse Auctions: A Procurement Process Perspective*) - **"Arnold & Schnabel, 2007"**

Rønde, Thomas. *Note om Auktionsteori*. CBS, den 12. april 2018. Version 1.0. (Vedhæftet i bilag 3) - **"Rønde, 2018"**

Smith, Adam. 1776. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Edited, with an introduction, notes, marginal summary and an enlarged index by Edwin Cannan, M.A., LL.D. Volume 1. First published in 1904. (Book I. Chapter I. *Of the Division of Labour*) - **"Smith, 1776"**

Spaniel, William. 2011-2015. *Game Theory 101 – The Complete Textbook*.- **"Spaniel, 2011-2015"**

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2014. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist og Økonomiforbundets Forlag. 4. reviderede udgave - **"Tvarnø & Nielsen, 2014"**

Steen Treumer (red.), Berg, Claus & Bertelsen, Erik & Braad, Tina & Bødtcher-Hansen, Jens & Cesar, Daniel Batistoti & Christensen, Andreas & Fabricius, Jesper & Fog, Morten Qvist & Gersing, Agnete & Hamer, Carina Risvig & Hansen, Rasmus Holm & Hummelshøj, Lotte & Høg, Torkil & Ippolito, Andreas Estrup & Jørgensen, Peter Dann & Kroon, Morten & Larsen, Thomas & Nielsen, Anders Birkelund & Nielsen, Rasmus Horskjær & Nielsen, Ruth & Offersen, René & Olsen, Jeppe Lefevre & Piening, Anja & Plum, Jens Munk & Poulsen, Sune Troels & Elizabeth Riberholt-Rischel, Amanda & Rosenmeier, H.P. & Schmidt, Signe & Steinicke, Michael & Stæhr, Martin & Thorup, Kirsten & Treumer, Steen & Tvarnø, Christina D. & Ølykke, Grith Skovgaard. 2016. *Udbudsloven*. København: Ex Tuto Publishing. (Kapitel 9. Ølykke, Grith Skovgaard & Fog, Morten Qvist. *Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning*) - **"Ølykke & Fog, 2016"**

Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth. 2017. *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 2. udgave, 1. oplag - **"Ølykke & Nielsen, 2017"**

Artikler

McAfee, R. Preston & McMillan, John. 1987. Auctions and Bidding. *Journal of Economic Literature*. Volume 25, No. 2: pp. 699-738. - **"McAfee & McMillan, 1987"**

Pinborg, Jacob, Harboe, Christa & Ølykke, Grith Skovgaard. Nyhed den 5. december 2017. Konsortier – Hvad skal ordregiver være opmærksom på?. *Kammeradvokaten, Advokatfirmaet Poul Schmith* - **"Pinborg, Harboe & Ølykke, 2017"**

Soudry, Ohad. 2004. Promoting economy: electronic reverse auctions under ec directives on public procurement. *Journal of Public Procurement*. Volume 4 (Issue 3): pp. 340-374 - **"Soudry, 2004"**

Rapporter, notater m.v.

Statsrevisorerne. September 2018. Rigsrevisionens *beretning om behandling af konkurrencesager* afgivet til Folketinget med Statsrevisorerne bemærkninger. - ***"Beretning om behandling af konkurrencesager, 2018"***

Kammeradvokatens notat. Den 10. januar 2018, *Notat vedr. Storstrømsbroen* - ***"Kammeradvokatens notat, 2018"***

Kammeradvokatens redegørelse. Den 5. september 2018, *Vurdering af Ateas pålidelighed efter udbudslovens § 138* - ***"Kammeradvokatens redegørelse, 2018"***

OECD. 2012. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, As approved by Council on 17 July 2012, [C(2012)115 – C(2012)115/CORRI – C/M(2012)9] - ***"OECD, 2012"***

OECD. 2009. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement: Helping governments to obtain best value for money*. - ***"OECD, 2009"***

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. 2018. Velfungerende Markeder 16|2018. *Kontrolundersøgelser* - ***"Kontrolundersøgelser, 2018"***

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. 2018. *Virksomhedernes kendskab til konkurrencereglerne* - ***"Virksomheders kendskab til konkurrencereglerne, 2018"***

Hjemmesider

<https://modst.dk/indkoeb/om-offentlige-indkoeb/> (besøgt den 14. maj 2019)

<https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/espd/> (besøgt den 14. maj 2019)

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?fuseaction=helpcote> (besøgt den 14. maj 2019)

Forkortelsesliste

Regulering

TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde
UBD	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelsen af direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet)
2004-direktivet	direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelser og offentlige bygge- og anlægskontrakter
2011-forslaget	Europa-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM(2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD), Bruxelles, den 20. december 2011
UBL	Lov nr. 1564 af 15. december 2015 (udbudsloven)
KRL	Konkurrenceloven, lovbekendtgørelse nr. 155 af den 1. marts 2018
Klagenævnsloven	Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet (klagenævnsloven), nr. 492, af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

Andet

Klagenævnet	Klagenævnet for Udbud
SCP-paradigmet	Structure-Conduct-Performance-paradigmet
ESPD	Det fælles europæiske udbudsdokument
CIBD	Certificates of independent bid determination
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OG	Ordregiver
TG	Tilbudsgiver
N	Nature

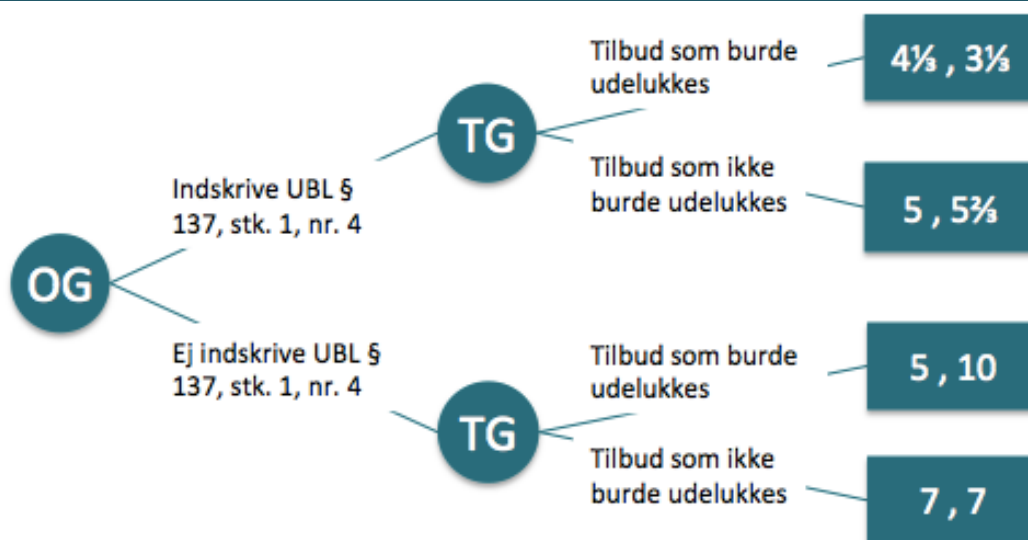
Bilagsgliste

Bilag 1

I afsnit 4.3.4 er det illustreret, at en sandsynlighed på 80% for at anvende UBL § 137, stk. 1, nr. 4 korrekt medfører et incitament til at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund, idet ordregiverens payoff på ved at indskrive bestemmelsen er 5,4, hvilket er større end et payoff på 5, som ordregiveren ville opnå ved ikke at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen.

Det må dog illustreres, at sandsynligheden for korrekt anvendelse ikke behøver at være 80% forinden ordregiveren har et incitament til at indskrive bestemmelsen. Så længe ordregiveren opnår et payoff højere end 5, vil ordregiveren altid indskrive bestemmelsen. Ved en sandsynlighed på 67% for korrekt anvendelse vil ordregiveren være indifferent mellem at indskrive den frivillige udelukkelsesgrund eller ej, idet begge strategier medfører et payoff på 5, når spillet løses via baglæns induktion. Dette er illustreret nedenfor. Dette kan anskues ud fra nedenstående figur, som illustrerer de forventede payoff ved 67% korrekt anvendelse og 33% for forkert anvendelse.

Bilagsfigur 1 – 67% sandsynlighed for korrekt anvendelse



Payoffs: OG, TG

Kilde: Egen tilvirkning, med inspiration fra sidste beslutningstræ på s. 147, under afsnit 2.5.1. civil war, i Game Theory 101 – the Complete Textbook, af William Spaniel, 2011-2013

De forventede payoff ved at indskrive bestemmelsen for henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver er fundet ved nedenstående beregninger. De forventede værdier efter tilbudsgiveren har afgivet et tilbud, som burde udelukkes:

$$EX_{OG} = 6 * \frac{2}{3} + 1 * \frac{1}{3} = 4\frac{1}{3}$$

$$EX_{TG} = 0 * \frac{2}{3} + 10 * \frac{1}{3} = 3\frac{1}{3}$$

De forventede værdier efter tilbudsgiveren har afgivet et tilbud, som ikke burde udelukkes:

$$EX_{OG} = 6 * \frac{2}{3} + 3 * \frac{1}{3} = 5$$

$$EX_{OG} = 7 * \frac{2}{3} + 3 * \frac{1}{3} = 5\frac{2}{3}$$

Dermed er ovenstående med til at udlede, at ordregiver vil indskrive den frivillige udelukkelsesgrund i bestemmelsen, så længe sandsynligheden for korrekt anvendelse er >67%.

Bilag 2 – Domsreferater

A) Sag T-41/96

Rettens dom (femte udvidede afdeling) af 26. oktober 2000.

Parter: *Bayer AG* (Bayer) mod *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber* (Kommissionen)

Faktum: Bayer sagsøgte Kommissionen med påstand om, at deres tidligere beslutning i henhold til EF-traktatens artikel 85 (nu TEUF art. 101, stk. 1), skulle annulleres. Kommissionen havde i sin beslutning pålagt en bøde på 3 millioner ecus. Retten fandt, at det ikke var bevist af Kommissionen, at der forelå en aftale efter EF-traktatens artikel 85's (nu TEUF art. 101, stk. 1) forstand. Dermed fandt Retten, at Kommissionen havde foretaget en fejl ved at fastslå at Bayer AG havde overtrådt konkurrencereglerne, hvorfor Kommissionens beslutning skulle annulleres.

B) Sag C-209/07

Domstolens dom (tredje afdeling) af 20. november 2008.

Parter: *Competition Authority* mod *Beef Industry Development Society Ltd (BIDS)* og *Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*.

Faktum: Supreme Court i Irland stillede et præjudicielt spørgsmål i forlængelse af sagen mellem de to ovenstående parter angående fortolkningen af artikel 81, stk. 1, EF (nu TEUF art. 101, stk. 1). Det vedrørte særligt spørgsmålet om, hvorvidt BIDS afgørelser om rationalisering af oksekødsforarbejdningsindustrien i Irland havde til formål at begrænse konkurrencen. Hertil fandt Domstolen, at aftalen mellem de ti førende forarbejdningsvirksomheder havde til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i artikel 81, stk. 1's (nu TEUF art. 101, stk. 1) forstand.

C) De forenede sager C-21/03 og C-34/03

Domstolens dom (anden afdeling) af 3. marts 2005.

Parter: *Fabricom SA* mod *État Belge*.

Faktum: I denne sag blev EU-domstolen stillet et præjudicielt spørgsmål angående tvisten mellem de to parter, som vedrørte lovligheden af nationale bestemmelser, hvilke fastsætter, at en virksomhed ikke kan deltage i et udbud, såfremt denne har været med til det forberedende arbejde i forbindelse med den offentlige kontrakt. I forbindelse hermed fandt EU-domstolen, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet automatisk at udelukke en tilbudsgiver, fordi denne havde været involveret i det forberedende arbejde. Tilbudsgiveren skulle først have muligheden for at vise, at den erfaring denne

har opnået under det forberedende arbejde, ikke har kunnet fordreje konkurrencen. EU-Domstolen fandt dertil, at en sådan national bestemmelse var i strid med Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989.

D) Sag C-470/13

Domstolens dom (tiende afdeling) af 18. december 2014.

Parter: *Generali-Providencia Biztosító Zrt* (Generali) mod *Közbeszerzési Döntőbizottság* (det ungarske klagenævn).

Faktum: I sagen blev der forelagt præjudicielle spørgsmål i forhold til Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004, foranlediget af tvisten mellem Generali og det ungarske klagenævn. Tvisten mellem parterne omhandlede en afgørelse, hvor Generali var blevet udelukket fra udbuddet på baggrund af en tidligere overtrædelse af de ungarske konkurrenceregler. Det præjudicielle spørgsmål angik, hvorvidt medlemsstaterne kunne indføre andre udelukkelsesgrunde end de oplyste i det ovenfornævnte direktiv, og hvis ikke, hvorvidt artikel 45, stk. 2, litra c og d kunne omfatte udelukkelse af aktører, som har overtrådt konkurrencereglerne. Domstolen fastsætter i forbindelse med den konkrete sag, at overtrædelse af konkurrencereglerne kan udelukkes efter direktivets artikel 45, stk. 2, litra d, såfremt der forelå en sanktion i form af en bøde. Dermed finder domstolen, at der efter TEUF artikel 49 og 56 ikke er noget til hinder for, at fastsætte nationale bestemmelser om udelukkelse grundet overtrædelser af konkurrencereglerne, med visse begrænsninger dog.

E) Sag C-92/00

Domstolens dom (sjette afdeling), af 18. Juni 2002.

Parter: *Hospital Ingenieure krankenhaustechnik Planungs-GmbH* (HI) mod *Stadt Wien*.

Faktum: Det var Vergabekontrollsenat des Landes Wien, hvilket er et østrigsk klageorgan, der stillede præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen i henhold til den verserende sag mellem HI og Stadt Wien. Sagen omhandlede det faktum, at Stadt Wien havde annulleret deres udbud om en offentlig tjenesteydelse, som HI havde budt på. Et af de præjudicielle spørgsmål, der blev stillet, var bl.a. hvorvidt en ordregivers beslutning om tilbagekaldelse af et udbud ang. tjenesteydelser kan prøves under en klagesag og eventuelt ophæves. Hertil gjorde EU-domstolen gældende, at det er et krav efter art. 1, stk. 1 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. December 1989 og de dertil følgende ændringer, at en tilbagekaldelse af et udbud kan være genstand for en klagesag, og det endvidere vil være i strid med det pågældende direktiv, hvis nationale bestemmelser begrænser adgangen hertil. I forhold til det afgørende tidspunkt for bedømmelsen af lovligheden ved det annullerede tilbud, gør EU-domstolen gældende, at dette må afgøres efter national ret, så længe de ikke er mindre gunstige end dem der gælder efter Fællesskabets retsorden.

F) Generaladvokatens udtalelse i sag C-178

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona, fremsat den 21. juni 2017.

Parter: *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A. Guerrato S.p.A. mod Provincia autonoma di Bolzano, Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) og Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).*

Faktum: Den øverste domstol i forvaltningsretlige sager i Italien anmodede EU-domstolen om at tage stilling til et præjudicielt spørgsmål. Det præjudicielle spørgsmål angik, hvorvidt den italienske lovgivning i forhold de fakultative grunde til udelukkelse af tilbudsgivere var foreneligt med direktiv 2004/18 (2004-direktivet). Hertil foreslår Generaladvokaten, at det præjudicielle spørgsmål kan besvares som, at en national retsregel godt kan tage hensyn til en direktørs straffedom samt udelukke en virksomhed, som ikke har taget afstand fra dennes direktørs strafbare adfærd uden at stride mod art. 45, stk. 2, litra c), d), og g) samt art. 45, stk. 3 i 2004-direktivet.

G) Sag C-16/98

Domstolens dom af 5. oktober 2000.

Parter: *Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik.*

Faktum: Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (sagsøger) anlagde sag mod Den Franske Republik (sagsøgte), idet sagsøger gjorde gældende, at sagsøgte havde tilsidesat sine forpligtelser efter Rådets Direktiv 93/38/EØF. En af påstandene var blandt andet, at de havde opdelt kontrakterne, selvom alle kontrakter kunne påstås at angå ét enkelt arbejde. EU-domstolen fandt, at sagsøgte havde tilsidesat sine forpligtelser efter Rådets Direktiv 93/38/EØF, idet 1) sagsøgte havde opdelt kontrakterne, 2) ikke har offentliggjort alle de opdelt kontrakter i EF-tidende eller meddelt bilagene, og 3) ikke meddelt Kommissionen, hvilke kontrakter de har tildelt til hvem.

H) Sag C-331/88

Domstolens dom (Femte afdeling) af 13. november 1990.

Parter: *The Queen mod The minister of Agriculture, Fisheries og Food og the Secretary of State for Health.*

Faktum: High Court of Justice, Queen's Bench Division anlagde et præjudicielt spørgsmål angående den verserende sag mellem sagens ovennævnte parter. Det præjudicielle spørgsmål angik gyldigheden

af Rådets direktiv 88/146/EØF af 7. marts 1988. I sagen blev forelagt mange spørgsmål, hvoraf nogle blandt andet omhandlede, hvorvidt direktivet var i strid med retssikkerhedsprincippet, proportionalitetsprincippet, lighedsprincippet. Domstolen fandt ikke, at der kunne rejses tvivl om direktivets gyldighed.

I) Sag C-124/17

Domstolens dom (fjerde afdeling) af den 24. oktober 2018.

Parter: *Vossloh Laeis GmbH* (Vossloh) mod *Stadtwerke München GmbH* (Stadtwerke).

Faktum: Klagenævnet for udbud i Sydbayern, Tyskland (Vergabekammer Südbayern) indgav en præjudicielt spørgsmål i forbindelse med en tvist mellem Vossloh og Stadtwerke. Hertil udtalte domstolen, at artikel 80 i direktiv 2014/25 sammenholdt med artikel 57, stk. 5 i direktiv 2014/24 ikke er til hinder for, at der i national ret fastsættes, at et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne også skal omfatte et aktivt samarbejde med den ordregivende myndighed. Herudover fandt domstolen, at den maksimale udelukkelsesperiode ved udelukkelse efter UBD artikel 57, stk. 4, litra d - hvor aktøren er blevet pålagt en sanktion af en kompetent myndighed - skal beregnes efter datoen for den kompetente myndigheds afgørelse.

J) UfR 2011.1955 H

Højesterets dom af den 5. april 2011 i sag 67/2008 (2. afdeling).

Parter: Per Aarsleff A/S (Per Aarsleff) mod Amager Strandpark I/S (Amager Strandpark).

Faktum: Per Aarsleff anlagde sag an mod Amager Strandpark med påstand om, at denne bl.a. havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved tildeling af kontrakten til Hoffmann/Boskalis JV, idet buddet var i strid med et af de grundlæggende elementer i Amager Strandparks udbudsbetingelser. Højesteret fandt, at Amager Strandpark havde handlet ansvarspådragende over for Per Aarsleff. Idet det findes ubestridt at Amager Strandpark ville have vundet udbuddet, såfremt Hofmann/Boskalis JV var blevet udelukket, fandt Højesteret, at Per Aarsleff var berettiget erstatning for sit tab i form af mistet fortjeneste.

K) Klagenævnets kendelse af den 28. februar 2019 – J.nr.: 17/01914

Parter: Aarsleff Rail A/S (Aarsleff Rail) mod Viborg Kommune.

Faktum: Aarsleff Rail nedlagde påstand om erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse i forbindelse med en tidligere afsagt kendelse af den 20. august 2018, og en subsidær påstand om

erstatning op til den negative kontraktsinteresse. Klagenævnet udtalte, at Aarsleff Rail ikke kunne få erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse, da udbuddet højst sandsynligt var blevet annulleret, hvis kontrakten ikke var tildelt den vindende tilbudsgiver. Klagenævnet fandt dog, at Aarsleff Rail var berettiget til at modtage erstatning op til den negative kontraktsinteresse.

L) Klagenævnets kendelse af den 28. september 2018 – J.nr.: 18/02418

Parter: Bayer A/S (Bayer) mod Banedanmark.

Faktum: Banedanmark udbød et offentlig udbud efter forsyningsdirektivet, hvor de modtog bud fra 3 tilbudsgivere. Bayer, en forbigået tilbudsgiver, klagede over at Banedanmark havde tildelt kontrakten til Weedfree on Track Ltd. (Weedfree). Bayer gjorde gældende, at det var i strid med de grundlæggende principper i UBL § 2, hvilket bl.a. skyldes, at Weedfrees tilbuds ikke var konditionsmæssigt, at Weedfree skulle være udelukket efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4 og/eller nr. 6, at opgaven ikke er udbudt som en rammeaftale og at Klagenævnet skal annullere beslutningen om tildelingen af kontrakten til Weedfree. Klagenævnet tog ikke nogle af Bayers påstande til følge.

M) Klagenævnets kendelse af den 22. december 2017 – J.nr. 17/01867

Parter: Tolkdanmark ApS (Tolkdanmark) mod Den Nationale Tolkemyndighed (Tolkemyndighed).

Faktum: Tolkemyndigheden udbød en rammeaftale, hvor denne tildelte kontrakten til DB-tolkene. En forbigået tilbudsgiver – Tolkdanmark - klagede til Klagenævnet over Tolkemyndighedens afgørelse om tildeling af kontrakten. De gjorde bl.a. gældende, at DB-Tolkenes bud var ukonditionsmæssigt og var afgivet i strid med konkurrencereglerne, hvorfor det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Klagenævnet tog ikke nogle Tolkdanmarks påstande til følge, og tillagde ikke klagen opsættende virkning.

N) Konkurrencerådets afgørelse af den 24. juni 2015 – BET-14/04158

Parter: LKF Vejmarkering A/S (LKF) og Eurostar Danmark A/S (Eurostar) mod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Faktum: Sagen omhandlede to virksomheder, LKF og Eurostar, som gennem et konsortiesamarbejde bød på et af Vejdirektoratets udbudte opgaver. En forbigået tilbudsgiver klagede over tildelingen af kontrakten til konsortiet, hvorefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kiggede på sagen. Det blev vurderet, at virksomhederne havde mulighed for selv at byde på opgaven, hvorfor konkurrencen om udbuddet kunne anses som begrænset. Konkurrencerådet fandt dermed, at konsortiesamarbejde mellem

LKF Vejmarkering og Eurostar havde fastsat priser og opdelt markedet, hvorfor de havde overtrådt KRL § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF art. 101, stk. 1, litra a og c.

O) Konkurrencerådets afgørelse af den 23. februar 2000 – sagsnr. 2:802-299

Parter: Virksomhederne på markedet for ortopædiske sko mod Konkurrencestyrelsen

Faktum: Sagen omhandlede, hvorvidt virksomhederne på markedet for ortopædisk fodtøj havde handlet konkurrencebegrænsende ved afgivelse af bud i kommunale udbud. Afgørelsen forløb således, at udvekslingen af priser mellem virksomhederne på markedet kunne betragtes som samordnet praksis, som er ulovligt efter KRL § 6, stk. 1.

P) Vejstribemarkeringssagen

Om sagens forløb: Sagen omhandler et konsortiesamarbejde mellem Eurostar Danmark A/S (Eurostar) og GVCO A/S (tidligere LKF Vejmarkering A/S, herefter GVCO). Konsortiet bød på Vejdirektoratets udbudte opgave om at markere vejstriber og vandt udbuddet. Sagen har tidligere været prøvet ved Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet og senest Sø- og Handelsretten. Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet fandt, at konsortiet var i strid med KRL § 6 og TEUF art. 101, da det havde til formål at begrænse konkurrencen. Sø- og Handelsretten ophævede Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser, idet de fandt, at det ikke fra deres vurderinger var klargjort, at konsortieaftalen havde til formål at skade konkurrencen til at indebære en overtrædelse af KRL § 6 og TEUF art. 101. Sagen er anket til Højesteret.

Bilag 3 – Note om auktionsteori af Thomas Rønde, 2018

Nedenfor fremgår følgende: *Rønde, Thomas. Note om Auktionsteori. CBS, den 12. april 2018. Version 1.0.* Noten har været pensum i faget ”EU regulering af offentlige indkøb – juridiske og økonomiske perspektiver (LA) (CJURC2101U.LA)” på cand.merc.(jur.) 2018.

Note om Auktionsteori

I. Indledning

Denne note sammenfatter den grundlæggende auktionsteori ift. pensum i faget "EU regulering af offentlige indkøb", CM(jur). Noten formidler de dele af Krishna (2010), kap. 2, der har været gennemgået i undervisning. Ligesom i undervisningen "oversættes" modellerne fra en auktion, hvor højeste byd vinder genstanden, til et udbud, hvor laveste bud vinder opgaven. Samtidig simplificeres beregning ved at fokusere på den uniforme fordeling frem for en generel fordeling som i Krishna (2010).

II. Den grundlæggende udbudsmodel

En offentlig indkøber ønsker en vare (eller service) leveret. Værdien af varen for indkøberen er V . Værdien kan f.eks. afhænge af, hvor kritisk varen er, og hvilke alternativer indkøberen har, hvis varen ikke indkøbes via udbuddet. Vi antager, at $V \geq 1$, hvilket sikrer, at udbuddet altid resulterer i en aftale.

Der er N bydere, kaldet Byder 1 til Byder N . Byderne er virksomheder, der kan levere den ønskede vare eller service. Byder i 's omkostning c_i ved at levere varen er uniform fordelt mellem 0 og 1, $c_i \sim U[0,1]$. Omkostninger er identisk og uafhængigt fordelt på tværs af bydere. Det betyder, at en byders egen omkostning ingen information indeholder om de andre byders omkostninger.

Timingen er som følger:

1. Den offentlige indkøber annoncerer et udbud.
2. Byderne læser udbudsmaterialet og observerer deres omkostning ved at levere varen.
3. Byderne afgiver bud.
4. Indkøberen evaluerer buddene og vælger vinderen. Payoffs realiseres.

III. Lidt statistik

Betragt en stokastisk variabel c , der fordelt mellem $[a, b]$. Den kumulative fordelingsfunktion $F(\cdot)$ angiver sandsynligheden for, at den c er mindre end en given værdi. Hvis f.eks. $F(3/4) = 1/2$ betyder det, at sandsynligheden for at $c \leq 3/4$ er $1/2$. Tæthedsfunktionen $f(\cdot)$ angiver fordelingsfunktionens tilvækst i et

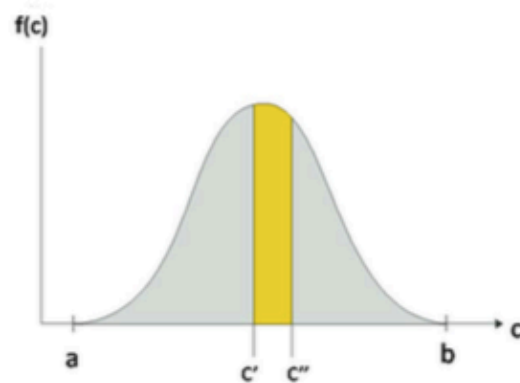
givet punkt. Der gælder med andre ord at $\frac{dF(c)}{dc} = f(c)$. I figur 1 nedenfor er illustreret en tæthedsfunktion $f(c)$ for en stokastisk variabel c fordelt mellem a og b . Det samlede areal under tæthedsfunktionen er 1. Det gule areal i figuren (dvs. arealet under tæthedsfunktionen mellem c' og c'') er sandsynligheden for, at c er i intervallet $[c', c'']$.

For den uniforme fordeling, som vi fokuserer på her, gælder:

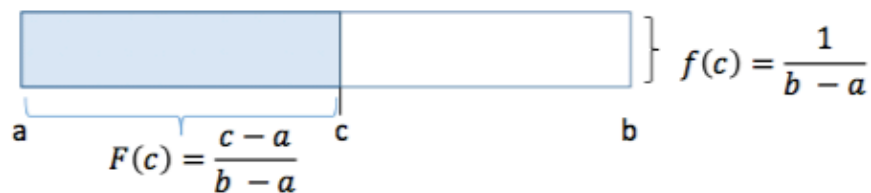
$$F(c) = \frac{c - a}{b - a} \text{ og } f(c) = \frac{1}{b - a}.$$

Den uniforme fordeling er illustreret nedenfor i figur 2.

Figur 1: Et eksempel på tæthedsfunktion.



Figur 2: Den uniforme fordeling.



Vi kommer også til at skulle bruge ordens-statistik. Fordelingsfunktionen for den laveste omkostning, når der er N bydere, benævnes $H(c, N)$. Her er $H(c, N)$ sandsynligheden for, at den laveste realiserede omkostning blandt de N bydere er lavere end c . Det eneste tilfælde, hvor den laveste omkostning ikke er lavere end c , er, når alle N bydere har en omkostning højere end c . Sandsynligheden for, at en given byder har en omkostning højere end c , er $1 - F(c) = 1 - \frac{c-a}{b-a}$. Sandsynligheden for, at alle N bydere samtidigt har en omkostning højere end c , er $(1 - F(c))^N = \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^N$. Sandsynligheden for, at den laveste omkostning er lavere end c er derfor

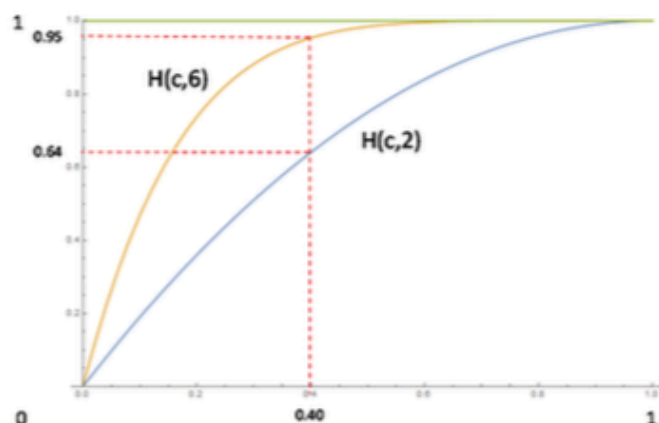
$$H(c, N) = 1 - \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^N.$$

Ved at differentiere $H(c, N)$ med hensyn til c finder vi den tilhørende tæthedsfunktion:

$$h(c, N) = \frac{N}{b-a} \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^{N-1}$$

Figur 3 viser fordelingen af den laveste omkostning med henholdsvis 2 og 6 bydere for $a = b = 1$. Med 2 bydere er sandsynligheden for, at den laveste omkostning er lavere end 0.4 lig med 0.64, $H(0.4, 2) = 0.64$. Med 6 bydere stiger denne sandsynlighed til 0.95, $H(0.4, 6) = 0.95$. Flere bydere øger derfor sandsynligheden for, at der er en virksomhed, som har en lav omkostning.

Figur 3: Fordelingen af den laveste omkostning med henholdsvis 2 og 6 bydere ($a = b = 1$).



Vi kommer også til at arbejde med fordelingen af den næstlaveste omkostning. Der er to tilfælde, hvor den næstlaveste omkostning er højere end en given værdi c : Hvis alle bydere har en omkostning højere

end c , og hvis kun én byder har en omkostning lavere end c . Vi kender allerede sandsynligheden for, at alle bydere har en omkostning højere end c . Sandsynligheden for at Byder i har en omkostning lavere end c mens alle andre bydere har en omkostning højere end c er $F(c)(1 - F(c))^{N-1} = \frac{c-a}{b-a} \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^{N-1}$. Der er N bydere, der kan være den eneste byder med en omkostning lavere end c , så den samlede sandsynlighed for at kun én byder har en omkostning lavere end c er derfor $N \frac{c-a}{b-a} \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^{N-1}$. Sandsynligheden for, at den næstlaveste omkostning er lavere end c er givet ved:

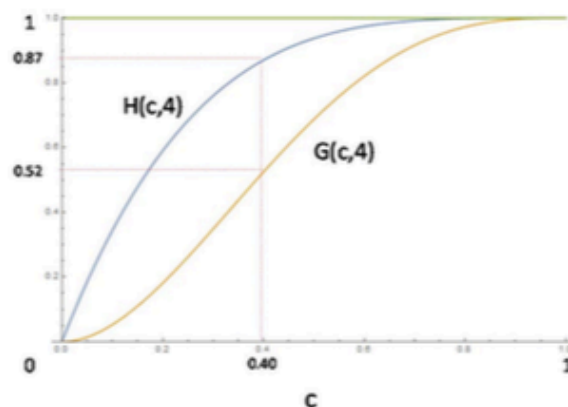
$$G(c, N) = 1 - \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^N - N \frac{c-a}{b-a} \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^{N-1}.$$

Ved at differentiere $G(c, N)$ med hensyn til c finder vi tæthedsfunktionen:

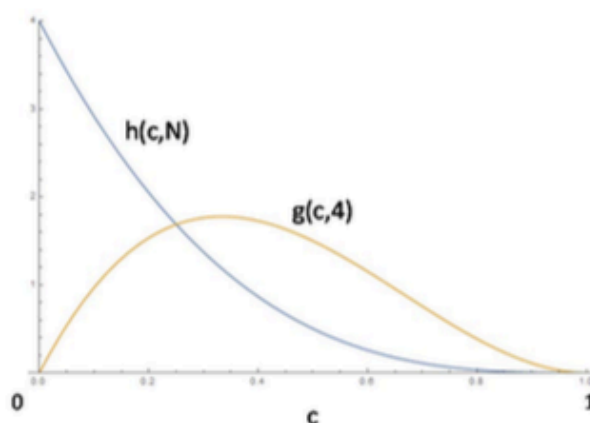
$$g(c, N) = \frac{N(N-1)}{(b-a)^2} \left(1 - \frac{c-a}{b-a}\right)^{(N-2)}.$$

Figur 4 og 5 viser fordelingsfunktionerne og tæthedsfunktionerne for den laveste og den næstlaveste omkostning. Figur 4 viser, at $H(c, N) > G(c, N)$, som vi ville forvente. Der er f.eks. en sandsynlighed på 0.87 for, at den laveste omkostning er lavere end 0.4, mens der kun er en sandsynlighed på 0.52 for at den næstlaveste omkostning er lavere end 0.4. Figur 5 illustrerer tæthedsfunktionerne med 4 bydere. Fordelingen af den laveste omkostning har største sandsynlighedsmasse (dvs. areal under tæthedsfunktionen) for lave omkostninger, mens fordelingen af den næstlaveste omkostning har størst sandsynlighedsmasse for omkring $c = 1/3$.

Figur 4: Fordelingsfunktionen for den laveste og den næstlaveste omkostning med 4 bydere ($a = b = 1$).



Figur 5: Tæthedsfunktionen for den laveste og den næstlaveste omkostning med 4 bydere ($a = b = 1$).



IV. Andenpris udbud

I et andenpris udbud vinder den byder, der har budt den laveste pris. Vinderen får en pris svarende til det næstlaveste bud. Da omkostningerne er uniformt fordelte mellem 0 og 1, gælder $a = b = 1$, når vi anvender de formler udledt i afsnit III.

Proposition 1: *I et andenpris udbud er det en svagt dominerende strategi at byde sin omkostning. Det er derfor en Nash-ligevægt, at alle bydere byder deres omkostning.*

Sketch af et bevis: Antag at byder i har en omkostning på c_i . Sammenlign to bud, c_i og c' hvor $c' > c_i$. De to bud giver det samme profit til byder i (i) hvis der er et andet bud under c_i (Byder i taber, og profitten er lig med nul), og (ii) hvis det laveste bud blandt de øvrige bud er højere end c' (Byder i vinder, og profitten er lig med det næstlaveste bud minus c_i). Hvis det laveste andet bud ligger mellem c_i og c' , vinder Byder i kun med budet c_i . Da Byder i vinder til en pris, der sikrer en positiv profit, er det i denne situation strengt bedre at byde c_i end c' . Da det aldrig er værre for Byder i at byde c_i end c' , og det i nogle situationer er strengt bedre, er c' svagt domineret af c_i . Det kan på samme måde vises, at budet c_i svagt dominerer lavere bud. ♦

Udbuddet er *efficient* ud fra en velfærdsbetragtning, da virksomheden med den laveste omkostning vinder udbuddet og leverer varen. Vi er nu i stand til at udregne spillernes payoffs. Den forventede næstlaveste omkostning svarer til den forventede pris, som den offentlige indkøber kommer til at betale:

$$E(Pris) = \int_0^1 c g(c, N) dc \Leftrightarrow$$

$$E(Pris) = \frac{2}{N+1}. \quad (1)$$

Den forventede laveste omkostning er:

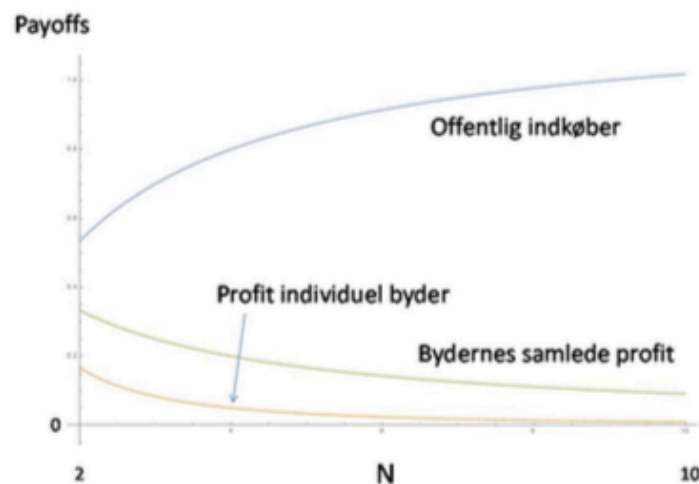
$$E(\text{Laveste omkostning}) = \int_0^1 ch(c, N) dx \Leftrightarrow$$

$$E(\text{Laveste omkostning}) = \frac{1}{N+1}. \quad (2)$$

Bydernes samlede profit er derfor $E(\text{pris}) - E(\text{Laveste omkostning})$. Da byderne er symmetriske, er deres individuelle forventede profit $1/N$ af den samlede forventede profit:

$$E(\pi) = \left(\frac{2}{N+1} - \frac{1}{N+1} \right) \frac{1}{N} = \frac{1}{N(N+1)}. \quad (3)$$

Figur 6: Payoffs som en funktion af antallet af bydere.



Figur 6 viser spillernes payoffs som en funktion af antallet af bydere. Vi ser, at bydernes profit er faldende og indkøberens payoff stigende i antallet af bydere. Betydningen af en ekstra byder er dog faldende i antallet af bydere. Det svarer til resultater, som vi kender fra industriøkonomi, hvor prisen i et marked er faldende i antallet af konkurrenter, og pris-effekten af en yderligere konkurrent er aftagende i antallet af konkurrenter.

V. Førstepris udbud

I et førstepris udbud vinder den byder, som har budt den laveste pris. Vinderen får det, som er budt.

Proposition 2: *Der eksisterer en symmetrisk, Bayesiansk Nash ligevægt, hvor alle N bydere følger denne strategi, når de byder:*

$$b(c_i) = \frac{(N-1)c_i + 1}{N}. \quad (4)$$

Bevis: Betragt Byder i , og antag, at alle andre bydere følger strategien beskrevet i Proposition 2. Vi skal vise, at det så også er optimalt for Byder i at følge strategien. Antag Byder i byder et beløb z . Byder i vinder så, hvis alle andre bydere byder højere, dvs. $z \leq b(c_j)$ for all $j \neq i$. Der gælder, at $z \leq b(c_j) \Leftrightarrow c_j \geq \frac{zN-1}{N-1}$. Sandsynligheden for, at de andre $N-1$ bydere alle har en omkostning højere end $\frac{zN-1}{N-1}$ er $\left(1 - \frac{zN-1}{N-1}\right)^{N-1}$. Den forventede profit ved at byde z er derfor $\pi_i(z) = (z - c_i) \left(1 - \frac{zN-1}{N-1}\right)^{N-1}$. Vi maksimerer nu $\pi_i(z)$ med hensyn til z for at finde det optimale bud. Første-ordens betingelsen er:

$$\partial \pi_i(z) / \partial z = \left(1 - \frac{zN-1}{N-1}\right)^{N-2} \left[1 - \frac{zN-1}{N-1} - N(z - c_i)\right] = 0 \Leftrightarrow$$

$$z = \frac{(N-1)c_i + 1}{N} = b(c_i).$$

Det er derfor optimalt for byder i at spille strategien $b(c_i)$ givet, at de andre spillere følger denne strategi.

Det er derfor en symmetrisk, Bayesiansk Nash ligevægt, at alle bydere følger strategien $b(c_i)$. ♣

Vi kan nu udregne spillernes payoffs. Da alle bydere følger strategien $b(c_i) = \frac{(N-1)c_i + 1}{N}$, ender indkøberen med at betale følgende forventede pris:

$$E(Pris) = \frac{(N-1)E(\text{Lavest omkostning}) + 1}{N}.$$

Den forventede laveste omkostning er $1/(N+1)$, se ligning (2). Det følger derfor, at $E(Pris) = \frac{2}{N+1}$. Den forventede pris er den samme som i et andenpris udbud, og det følger, at *alle spillere har den samme forventede payoff i et førstepris og i et andet-pris udbud*. Dette resultat er kendt som indtægts-ækvivalens ("revenue equivalence") og gælder for en bred klasse af udbudsauktioner, se næste afsnit.

Corollary 1: *Byderne byder den forventede næstlaveste omkostning betinget af deres egen omkostning er den laveste omkostning.*

Bevis: Betragt byder i med omkostning c_i . Hvis c_i er den laveste omkostning, forventer byder i , at de andre byderes omkostninger er uniform fordelt mellem $[c_i, 1]$. Den forventede laveste omkostning blandt de andre $N-1$ bydere (givet c_i er den laveste omkostning) har tæthedsfunktionen $h(c, N-1)$ med $b = 1$ og $a = c_i$:

$$h(c, N-1) = \frac{(N-1)}{1-c_i} \left(1 - \frac{c-c_i}{1-c_i}\right)^{(N-2)}.$$

Den forventede næstlaveste omkostning er derfor $\int_{c_i}^1 h(c, N-1)c \, dc = b(c_i)$. ♥

VI. Indkomst-ækvivalens

Der gælder følgende generelle resultat.¹ Betragt en "standard" udbudsauktion, der er karakteriseret ved følgende:

- Byderne giver bud
- Den byder der byder lavest vinder udbuddet
- Byder i 's betaling T_i er en funktion af et eller flere af de afgivne bud, $T(b_1, \dots, b_i, \dots, b_N)$.

Både førstepris og andenpris udbud er standard udbudsauktioner. I et førstepris udbud afhænger betalingen af, hvorvidt Byder i har det laveste bud, og prisen er Byder i 's eget bud. I et andenpris udbud afhænger betalingen ligeledes af, hvorvidt Byder i har det laveste bud, og prisen er det næstlaveste bud. Der er dog mange andre udbudsauktioner, der standard auktioner efter denne definition. Det gælder f.eks. et tredjepris udbud, hvor vinderen modtager en pris svarende til det tredje-laveste bud.

Teorem: *Antag der er N risiko-neutrale bydere, hvis omkostninger er uafhængigt trukket fra den samme kontinuerte fordeling. Enhver standard udbudsauktion resulterer i samme forventede betaling for køberen og samme forventede profit for byderne som et andenpris udbud.*

Betydning af risiko-aversion kan forstås ved at sammenligne et første- og andenpris udbud. I begge udbud vinder Byder i , hvis den har den laveste omkostning. I et førstepris udbud kender Byder i prisen, nemlig sit eget bud. I et andenpris udbud afhænger budet af det næstlaveste bud, der kan variere mellem c_i og 1. Det er derfor mindre værdifuldt for en risikoavers byder at vinde i et andenpris udbud, da prisen varierer. Maskin og Riley (1985) viser, at det betyder, at risikoaverse bydere byder mere aggressivt i et førstepris udbud – da det giver større nytte at vinde – til købers fordel.

¹ Fremstillingen følger her noter af Jonathan Levin: <https://www.economics.utoronto.ca/damiano/ps426/RET-Levin-Notes.pdf>

Referencer:

Krishna, V. (2010): *Auction Theory*, 2nd Edition, Elsevier.

Maskin, E. and J. Riley (1985): Auction Theory with Private Values, *American Economic Review*, 75, 150-155.