

Copenhagen Business School

Cand.Merc.Jur

Kandidatafhandling

Afleveret d. 01-06-2016

Forhandling i de fleksible udbudsprocedurer

Negotiation within the flexible procurement procedures

Vejledere:

Juridisk: Grith Skovgaard Ølykke

Økonomisk: Lasse Holt

Forfattere:

Jakob Riberholt Andersen

Tobias Elis Aaskov

Antal anslag: 272.580

Antal sider: 113

Abstract

The thesis is about the flexible procurement procedures in the Procurement Directive 2014/24/EU including the impact of the increased access to negotiation within these procedures. The thesis is divided into an economic perspective as well as a legal perspective. Arguments from both these perspectives will be combined and subject to an integrated analysis in the last chapter.

The legal chapter of the thesis is about whether the increased access to negotiation is due to a codification of the EU case law. Relevant provisions in the Procurement Directive in 2004/18/EF will be compared to Procurement Directive 2014/24/EU to identify and examine the changes that have been made in relation to the increased access to negotiate. These changes will subsequently be interpreted to derive if the interpretation is a codification of EU case law from the EU court. Whether the changes is derived from case law or not affects how the parties adapt to a new legal situation if there continuously have been made changes to the interpretation of existing law by the EU Court.

The economic perspective will focus on the factors that may affect the efficiency of the negotiation. There are established respectively a neoclassical and behavioural theoretical game to illustrate the effect of the negotiation based on different theoretical assumptions. The consequences of the players' strategic choices will be deduced and analysed to identify how the various options affect efficiency.

In the final chapter it will be analysed how the law should be adjusted to achieve an increased efficiency of negotiation within the flexible procurement procedures on the basis of economic arguments. This analysis is based on two adjustments and one proposal for alternative law in order to reduce negative economic implications and thus promote positive economic implications.

By combining both legal and economic arguments the conclusion of the thesis is that there is potential for creating a more efficient regulation of the negotiation. The final section of the this chapter provides with a legal recommendation to the suggested adjustments and argue why these adjustments increases the efficiency.

1 Indholdsfortegnelse

2	INDLEDNING	6
2.1	PROBLEMFELT	7
2.2	PROBLEMFORMULERINGER	7
2.3	BEGREBSDEFINITIONER	8
2.4	AFHANDLINGENS STRUKTUR	8
2.5	SYNSVINKEL	9
2.6	JURIDISK METODE	10
2.6.1	RETSKILDELÆRE	14
2.6.2	JURIDISK ANALYSESTRUKTUR	15
2.7	ØKONOMISK METODE	16
2.7.1	ØKONOMISK TEORI	17
2.7.2	TRANSAKTIONSOMKOSTNINGSTEORI	17
2.7.3	NEOKLASSISK TEORI	18
2.7.4	SPILTEORI	18
2.7.5	DRAMATEORI	18
2.7.6	ADFÆRDSTEORI	19
2.8	EFFICIENSTEORI	19
2.8.1	COASE	19
2.8.2	KALDOR-HICKS	20
2.9	INTEGRERET METODE	20
2.9.1	BEHOVET FOR INTEGRERET ANALYSE	20
2.9.2	INDDRAGELSE AF ØKONOMISK TEORI I EN RETSPOLITISK ANALYSE	20
2.9.3	METODEVALG	21
2.9.4	VALG AF EFFICIENSKRITERIUM	22
2.9.5	ANALYSESTRUKTUR	22
2.10	AFGRÆNSNING	24
3	JURIDISK ANALYSE	25
3.1	FORHANDLING I EN UDBUDSRETSLIG KONTEKST	25
3.1.1	FORHANDLINGSFORBUDET	25
3.2	EU-RETLIGE PRINCIPPER	28
3.2.1	LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET	28
3.2.2	GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET	30
3.3	DE FLEKSIBLE UDBUDSPROCEDURER	31
3.3.1	UDBUD MED FORHANDLING - UDBUDSDIREKTIVET 2004	31
3.3.2	UDBUD MED FORHANDLING - UDBUDSDIREKTIVET 2014	32
3.3.3	KONKURRENCEPRÆGET DIALOG - UDBUDSDIREKTIVET 2004	33
3.3.4	KONKURRENCEPRÆGET DIALOG - UDBUDSDIREKTIVET 2014	34
3.4	ÆNDRINGER SOM FØLGE AF UDBUDSDIREKTIVET 2014	35
3.4.1	UDBUD MED FORHANDLING	35
3.4.2	KONKURRENCEPRÆGET DIALOG	36
3.5	FORTOLKNING AF ÆNDRINGERNE	37
3.5.1	ANVENDELSESOMRÅDET FOR DE FLEKSIBLE UDBUDSPROCEDURER	38
3.5.2	ANVENDELSESOMRÅDET FOR KONKURRENCEPRÆGET DIALOG – 2004	38
3.5.3	ANVENDELSESOMRÅDET FOR DE FLEKSIBLE PROCEDURER – UDBUDSDIREKTIV 2014	39
3.5.4	FORHANDLINGS- OG DIALOGFASEN	44
3.5.5	UDBUD MED FORHANDLING	44
3.5.6	FORHANDLING AF MINIMUMSKRAV OG TILDELINGSKRITERIER	44
3.5.7	OVERHOLDELSE AF LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET I FORHANDLINGSFASEN	46
3.5.8	KONKURRENCEPRÆGET DIALOG	48

3.5.9	DEN SIDSTE ADGANG TIL FORHANDLING	48
3.6	DELKONKLUSION	50
4	ØKONOMISK ANALYSE	51
4.1	TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER	52
4.1.1	ADFÆRDSBETINGEDE AKTØRFORUDSÆTNINGER	52
4.1.2	VARIABLE TRANSAKTIONSDIMENSIONER	53
4.1.3	TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER I UDBUDSRETSLIG KONTEKST	54
4.1.4	TILBUDSGIVERS TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER	55
4.1.5	TILBUDSGIVERS AKTØRFORUDSÆTNINGER	55
4.1.6	TRANSAKTIONSDIMENSIONER	56
4.2	NEOKLASSISK TEORI	56
4.2.1	DET NEOKLASSISKE SPIL	58
4.2.2	DRAMATEORIEN – SUPPLERENDE ASPEKTER	60
4.2.3	DET EMOTIONELLE ASPEKT	61
4.2.4	RISIKOVILLIGHED	62
4.3	ADFÆRDSTEORI	63
4.3.1	DET ADFÆRDSTEORETISKE SPIL	65
4.3.2	ASYMMETRISK INFORMATION OG LOYALITET	67
4.3.3	MORAL HAZARD	70
4.4	KONSEKVENSER AF NEOKLASSISK- OG ADFÆRDSTEORETISK FORHANDLINGSSPIL	71
4.5	DEFINITION AF EFFICIENSBEGREBER	73
4.6	VURDERING AF EFFICIENS PÅVIRKNING	74
4.7	DELKONKLUSION	77
5	INTEGRERET ANALYSE	78
5.1	ER GÆLDENDE RET EFFICIENT?	78
5.1.1	EFFICIENSEN AF REGULERING AF FORHANDLINGS- OG DIALOGFASEN	79
5.1.2	DET UDVIDEDE ANVENDELSESOMRÅDE	83
5.2	OPTIMERING AF EFFICIENS UNDER GÆLDENDE RET	84
5.2.1	ALLOKERING AF TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER	85
5.2.2	REDUCERING AF DE SAMLEDE TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER	85
5.2.3	ORDREGIVERS EX-ANTE OMKOSTNINGER	86
5.2.4	REDUCERING AF TILBUDSGIVERS OMKOSTNINGER	87
5.2.5	UDARBEJDELSE AF UDBUDSMATERIALE	88
5.2.6	KONSEKVENSER AF TILBUDSGIVERS REDUCEREDE OMKOSTNINGER	89
5.2.7	FASEOPDELING AF FORHANDLINGEN	91
5.2.8	IMPERFEKT INFORMATION	92
5.3	RETSPOLITISK BETRAGTNINGER	93
5.3.1	JUSTERING AF GÆLDENDE RET	93
5.3.2	PÅKRÆVET FASEOPDELING AF FORHANDLING- OG DIALOGFASEN	93
5.3.3	KONSEKVENSANALYSE AF EN PÅKRÆVET FASEOPDELING	94
5.3.4	KØB AF OPLYSNINGER	95
5.3.5	KONSEKVENSER AF KØB AF OPLYSNINGER	96
5.3.6	TILFØRELSE AF ALTERNATIV RET – VURDERING AF TILBUDSGIVERS LOYALITET	99
5.3.7	FORMÅLET MED LOYALITETSMODELLEN	100
5.3.8	GENNEMGANG AF LOYALITETSMODELLEN	100
5.3.9	KONSEKVENSER AF LOYALITETSMODELLEN	104
5.3.10	ASYMMETRISK INFORMATION	104
5.3.11	VIDENDELING	105
5.3.12	OPPORTUNISTISK ADFÆRD	106
5.3.13	LOYALITETSMODELLEN – LIGEBEHANDLINGS- OG GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET	106

5.3.14	SAMMENLIGNING AF EFFICIENS	108
5.3.15	PÅKRÆVET FASEOPDELING	109
5.3.16	KØB AF OPLYSNINGER	109
5.3.17	LOYALITETSMODELLEN OG LOYALITET SOM FRIVILLIG UDELUKKELSESGRUND	110
5.4	RETSPOLITISK ANBEFALING	112
6	KONKLUSION	113
7	LITTERATURLISTE	114

2 Indledning

Udbudsretten har den seneste årrække oplevet stor bevågenhed og opnået stigende praktisk betydning for det indre europæiske marked¹. Offentlige indkøb nævnes som ét af midlerne til at indfri de samfundsmæssige mål i den europæiske 2020 vækststrategi², som er den europæiske strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst. Offentlige indkøb skal fremme den økonomiske udvikling samt bidrage til en åben konkurrence på det indre marked. Det fremgår af *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb*³, at der ifølge interessenter er behov for øget fleksibilitet og flere forhandlingsmuligheder. De ordregivende myndigheder har ved det tidligere udbudsdirektiv 2004/18/EF oplevet begrænsninger i forhold til brugen af de fleksible udbudsprocedurer, herunder udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Baggrunden for dette er, at de fleksible udbudsprocedurer tidligere blev betragtet som undtagelsesprocedurer og kun blev brugt såfremt udbud ikke kunne gennemføres ved at benytte udbudsformerne offentligt- eller begrænset udbud. Yderligere bidrog uklarheder i reguleringens ordlyd til at begrænse brugen af de fleksible udbudsprocedurer. Dette medførte, at der ofte var forbundet en vis usikkerhed ved at anvende udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog i udbudsdirektivet 2004, hvilket resulterede i, at de fleksible udbudsprocedurer i mange medlemsstater ikke blev benyttet i den grad, som var tiltænkt af EU-Kommissionen.

Ovenstående bidrog til, at EU fremlagde forslag til udbudsdirektiv 2014/24/EU, som i 2014 trådte i kraft. Dette udbudsdirektiv giver de ordregivende myndigheder mere fleksibilitet og en øget adgang til forhandling gennem de fleksible udbudsprocedurer.

Det er tiltænkt, at medlemsstaternes implementering af udbudsdirektiv 2014/24/EU skal bidrage til opfyldelse af målsætningen i 2020 strategien⁴ og ligeledes sikre en bedre udnyttelse af de offentlige midler, blandt andet ved at udvide anvendelsesområdet for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog⁵. Den øgede adgang til forhandling i forhold til det tidligere udbudsdirektiv 2004/18/EF medfører visse samfundsmæssige konsekvenser som er tiltænkt, at gøre

¹ Kammeradvokaten, *Aktuel udbudsret II*, 2016, s. 23

² Europa Kommissionen, KOM(2010) 2020, meddelelse fra Kommissionen, Europa 2020 – En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst, 2010.

³ KOM(2011) 0015, Kommissionens Grønbog, 2011, s. 15

⁴ Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler - dansk kontekst*, 2015, s. 28

⁵ Kammeradvokaten, *Aktuel udbudsret II*, 2016, s. 123

det indre marked mere effektivt og konkurrencedygtigt, uden at gå på kompromis med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.

2.1 Problemfelt

Brugen af de fleksible udbudsprocedurer medfører givetvis flere transaktionsomkostninger for både ordregiver og tilbudsgiver, end brugen af de mere almene udbudsprocedurer gør. Det skyldes blandt andet, at parterne skal bruge ressourcer og omkostninger på at deltage i forhandlings- og dialogfasen.

Ved at udvide anvendelsesområdet for brugen af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, må det være formålet at give ordregivende myndigheder større mulighed for at forhandle/føre dialog med tilbudsgivere i udbudsprocessen. Dette kan især være nødvendigt ved komplekse og avancerede indkøb. Med forhandling kræves det, at ordregiver og tilbudsgiver har de nødvendige kompetencer og ressourcer til at få det optimale udbytte ud af forhandlingsfasen. Herunder er der ligeledes forbundet en problemstilling som vedrører, om markedet er gearret til at imødekomme den øgede adgang til forhandling, det vil sige om de aktører som deltager i forhandlingen har kompetencerne til at optimere den endelige kontrakts værdi ved forhandling, eller om der eksempelvis sker en favorisering af bestemte tilbudsgivere. I forlængelse heraf, er det relevant at undersøge, om den øgede adgang til forhandling er en kodificering af EU-domstolens retspraksis eller hvor udvidelsen af anvendelsesområdet i givet fald ellers stammer fra. Ligeledes omfatter afhandlingens problemfelt udnyttelsen af den allerede gældende regulering i forhold til efficiensen af forhandling og om efficiensen kan optimeres ved at justere den gældende retsstilling.

Afhandlingens problemfelt leder frem til de problemstillinger, som det i selve afhandlingen forsøges at afdække og svare på. Der er valgt tre separate problemformuleringer; henholdsvis en juridisk, en økonomisk og en integreret.

2.2 Problemformuleringer

Juridisk: Er den øgede adgang til forhandling i udbudsdirektivet 2014 en kodificering af EU-domstolens retspraksis?

Økonomisk: Hvordan kan samfundsefficiensen af forhandling påvirkes?

Integreret: Hvordan bør gældende ret justeres for at øge samfundsefficiensen af forhandling i de fleksible udbudsprocedurer?

2.3 Begrebsdefinitioner

I dette afsnit afklares og defineres en række af afhandlingens væsentlige og hyppigt brugte begreber. I sammenhæng med afklaring af begreberne nævnes, hvordan det pågældende begreb omtales i den resterende del af afhandlingen, hvis det er relevant af hensyn til sammenhæng og plads.

Udbudsdirektivet 2004/18/EF: Dette direktiv bliver i analysen omtalt som ‘udbudsdirektivet 2004’ eller ‘det tidligere udbudsdirektiv’.

Udbudsdirektivet 2014/24/EU: Dette direktiv bliver i analysen omtalt som ‘udbudsdirektivet 2014’ eller ‘det gældende udbudsdirektiv’.

Ordregivende myndighed: Den ordregivende myndighed er den offentlige aktør, som udbyder en opgave og vil i analysen blive omtalt som ‘ordregiver’.

Tilbudsgiver: Tilbudsgiveren er den private aktør som byder på ordregiverens udbud. Det er tilbudsgiveren som deltager i forhandlingerne med ordregiveren.

Udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse: Når analysen omtaler denne udbudsprocedure vil den blive omtalt ‘udbud med forhandling’

2.4 Afhandlingens struktur

Afhandlingens kapitel 3 udgør den retsdogmatiske analyse. I dette kapitel vil gældende ret i forhold til reguleringen af anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer samt reguleringen af forhandlings- og dialogfasen, blive udledt. På baggrund af denne analyse udledes det, om adgangen til forhandling i udbudsdirektiv 2014 er en kodificering af retspraksis.

Kapitel 4 udgør den økonomiske analyse. I denne del vil det blive analyseret, hvilke faktorer som kan påvirke efficiensen af forhandling og hvordan.

I kapitel 5 foretages den integrerede analyse. I denne del analyseres det først om gældende ret, udledt i kapitel 3, er efficient. Herefter diskuteres det, hvordan efficiensen af forhandling kan optimeres. Denne diskussion benyttes efterfølgende til at foreslå og gennemgå justeringer og tilføjelser til den regulering som udgør gældende ret.

Dernæst sammenlignes og vurderes det, om de foreslåede justeringer og tilføjelser til reguleringen af gældende ret, gør gældende ret mere efficient. På denne baggrund udfærdiges en retspolitisk anbefaling til, hvilke dele af reguleringen som bør ændres samt hvorfor.

2.5 Synsvinkel

Afhandlingens juridiske synsvinkel er EU-retlig. Baggrunden for dette valg er, at udbudsretlig regulering er forankret i den EU-retlige primær- og sekundærregulering. EU-retlige retsakter og principper, afledt af primærreguleringen, implementeres efterfølgende i national ret og udgør den nationale udbudsregulering. Det giver, i en analyse omhandlede udbudsregulering, den største retlige værdi, at bearbejde reguleringen på det højest mulige niveau, hvilket er argument for at vælge en EU-retlig synsvinkel. Yderligere er den juridiske synsvinkel præget af et samfundsperspektiv. Dette er ligeledes et argument for at beskue udbudsretten på EU niveau, da formålet med udbudsretten er et skabe samfundsmæssig værdi og konkurrence på det indre europæiske marked, gennem udbud. Den juridiske synsvinkel vil være afgrænset til at omfatte ordregivende myndigheder, da det primært er dem der skal overholde og anvende det udbudsretlige regulering.

Afhandlingens økonomiske synsvinkel er samfundsmæssig. Baggrunden for dette er, at formålet med den økonomiske analyse er, at påvise hvilke faktorer under forhandlingen, som kan præge den samfundsmæssige efficiens af forhandlingen. Til at analysere dette, anskues forhandlingen ud fra tilbudsgivers perspektiv. Dette perspektiv vælges, fordi forhandlingens- og dermed samfundets værdi af forhandling, i høj grad er en variabel af tilbudsgivers adfærd og de incitamenter som præger tilbudsgiver. Tilbudsgiverens adfærd i en forhandling bliver illustreret ved at anskue to tilbudsgivere i konkurrence med hinanden i en opstillet forhandling. Tilbudsgiverens synspunkt er anlagt med det formål at undersøge den samfundsmæssige efficiens af forhandlingen mellem

tilbudsgivere og ordregiver. Der vil i enkelte tilfælde blive taget stilling til ordregivers perspektiv, når dette giver mening i forhold til samfundsefficiensen.

Afhandlingens integrerede synsvinkel er ligeledes samfundsmæssig. Det er den, fordi formålet med analysen i denne del er, hvordan den samfundsmæssige efficiens af forhandling kan optimeres ved at foreslå, hvordan gældende ret bør være. Til dette kobles ordregiver- og tilbudsgiver perspektiverne, da samfundsefficiensen af forhandling i sidste ende afhænger af samspillet mellem ordregivers adfærd (afledt af den EU-retlige regulering) samt hvordan tilbudsgivers adfærd kan påvirkes gennem reguleringen.

2.6 Juridisk metode

Den juridiske analyse vil til enhver tid følge den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode benyttes til at systematisere, beskrive og fortolke relevante retskilder for dermed at kunne udlede gældende ret – *de lege lata*⁶. Den retsdogmatiske metode består af to hoveddele, nemlig retskilde- og fortolkningslæren. Indenfor disse to grene er det nødvendigt at foretage en række sondringer og valg. Disse kommer i sidste ende til at afspejle, hvordan metoden benyttes og hvordan analysen udføres og er derfor essentielle.

Nærværende metode har sit udgangspunkt i EU-retten. Begrundelsen for dette er, at både national- samt fælles europæisk regulering af udbudsretten udspringer af de af EU udstedte Udbudsdirektiver med hjemmel i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde⁷ (TEUF) artikel 288 . I Costa/ENEL sagen⁸ blev det bestemt, at EU-retten er en principielt anden form for ret end national ret. Ulla Neergaard og Ruth Nielsen⁹ argumenterer i denne sammenhæng for, at EU-retten adskiller sig fra national ret ved at være én ret og ved ikke at være identisk med den samlede sum af medlemsstaternes varianter af national ret, hvorfor EU-retten anses som en selvstændig ret. Om EU-retten udtalte domstolen i Costa/ENEL sagen, at retsregler som EU institutioner udsteder skal integreres med medlemsstaternes retssystemer og medlemsstaterne forpligtes til at overholde dem.

⁶ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, 2011, s. 28

⁷ Folketingets EU-oplysning, Lissabontraktaten – sammenskrevet med det gældende traktatgrundlag, 2011

⁸ Flaminio Costa mod ENEL, Sag 6/64, Domstolens Dom af 15. juli 1964

⁹ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, EU Ret, 2011, s.

Med denne udtalelse blev EU-rettens forrang for national ret defineret. Yderligere udtalte EU-domstolen i samme sag, at baggrunden for forrangen er, at medlemsstaterne ikke skal kunne hæve sig over det system som de har besluttet at være en del af.

Det overordnede formål med den retsdogmatiske metode er at beskrive og fortolke retten¹⁰. For at være i stand til dette, er det først nødvendigt at slå fast, hvad *retsdogmatikken* er. Kort beskrevet er retsdogmatikken læren om, hvordan man finder frem til gældende ret *de lege lata*. Dette gøres ved først at identificere for derefter at beskrive, analysere og fortolke relevante retskilder¹¹.

Som værktøj til at bearbejde de relevante retskilder vælges en retsfilosofisk teori. Det er væsentligt at foretage valg af dette, fordi man herigennem kan anskue retsdogmatikken og de enkelte retskilder på flere forskellige måder afhængig af, hvilken retsfilosofisk teori som benyttes. Valget bliver foretaget på baggrund af en afvejning af formålet med retsteorien, de retlige rammer og den retlige kontekst som retskilderne er blevet til og anvendes under.

Alf Ross' realistiske retsteori vælges som denne afhandlings retsfilosofiske teori. Ross' realistiske retsteori har sit fundament i retspositivismen¹². Teorien er en *deskriptiv* retskildeteori, hvor retskilderne fastsættes ud fra, hvordan retten anvendes og hvordan retten fungerer ved domstolene – gældende ret. Ross definerer gældende ret som den ret, som i dette sekund gælder i samfundet og som bestemmes som "*den normative ideologi der faktisk er virksom, eller må tænkes virksom, i dommerens sind*"¹³. Dermed adskiller den realistiske retsteori sig fra tidligere tiders flittigt brugte *normative* retsteorier, som blev brugt til at finde frem til hvad der *burde* være retskilder og dermed hvad gældende ret burde være.

I den realistiske retsteori fungerer retskilderne som vejledninger til, hvordan man identificerer de normer, som i sidste ende afgør en retstvist. Meget simplificeret antages retskilder, i Ross' teori, at være læren om normer¹⁴ - normer som fastsætter gældende ret. Der eksisterer ifølge Ross, ingen rangorden blandt retskilderne. Dette begrundes med, at en dommer ikke vil være forpligtet til at følge kun én retskilde, men er nødt til at tage alle retskilder i betragtning. I fraværet af en

¹⁰ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, 2011, s. 28

¹¹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, 2011, s. 28

¹² Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, 2011, s. 355-358

¹³ Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed – en indførsel i den analytiske retsfilosofi, 1971, s. 47

¹⁴ Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed – en indførsel i den analytiske retsfilosofi, 1971, s. 91

rangorden, eksisterer der i stedet en rækkefølge indenfor den retsdogmatiske metode¹⁵. Rækkefølgen er opstået for at kunne opnå en ens tilgang i brugen af den juridiske metode. Der findes dog et hierarki indenfor retskilden regulering (lovgivning) på grund af lex-superior princippet¹⁶. Netop lex superior princippet betyder, at EU-retten går forud for dansk ret jf. ovenfor om forrang. Ydermere betyder det, at udbudsdirektiverne 2004 og 2014, er lex specialis¹⁷ i forhold til national lovgivning indenfor udbudsretten.

Den retsdogmatiske analyse i nærværende afhandling søger udelukkende at anvende retskilder, som har relevans for besvarelsen af den juridiske problemformulering. Resultatet af fortolkningen af retskilderne afhænger af, hvilken fortolkningsform som benyttes. Overordnet eksisterer der to hovedgrupper af fortolkningsformer, nemlig subjektiv- og objektiv fortolkning. De to fortolkningsformer adskiller sig ved, at den subjektive fortolkning inddrager forarbejder til love og andre retsakter, som fortolkningsbidrag. Indenfor den objektive fortolkning spiller forarbejder ikke en rolle, men i stedet lægges der stor vægt på bestemmelsens formål, som Centros-sagen¹⁸ er et eksempel på. EU-domstolens fortrukne fortolkningsmetode er objektiv fortolkning – også kaldet *teleologisk fortolkning*¹⁹. Om brugen af denne fortolkningsform var domstolens budskab i CILFIT-sagen²⁰, at man skal fortolke ud fra ordlyd, den rette kontekst, EU-retten som helhed, formål og rettens udviklingstrin, altså at fortolkningen foretages ud fra den retlige sammenhæng.

De relevante retskilder for problemformuleringen i denne afhandling er først og fremmest de EU-retlige grundprincipper om gennemsigtighed og ligebehandling, som er afledt af traktaterne. Principperne er en del af primærretten og fortolkningen af principperne indenfor EU-udbudsretten har dermed stor betydning for udformningen samt fortolkningen af sekundærretten, da denne skal have hjemmel i primærretten. Dernæst fokuseres der på udbudsdirektiverne fra 2004 og 2014. Her vil det primære fokus være på selve ordlyden af bestemmelserne, sammenholdt med

¹⁵ Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed – en indførsel i den analytiske retsfilosofi, 1971, s. 53

¹⁶ Princippet betyder, at en norm/lov på et bestemt niveau går forud for en norm/lov på et lavere niveau etc.

¹⁷ Dette princip forudsætter, at en speciel regel går forud for en generel regel.

¹⁸ Centros Ltd., Sag C-212/97, Centros Ltd. Mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Domstolens Dom af 9. marts 1999, Saml. 1999 I-1459 præmis 15

¹⁹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retsskilder og Retsteorier, 2011, s. 241

²⁰ Srl. CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA, Sag 283/81, Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Ministry of Health, Domstolens Dom af 6. oktober 1982, Saml. 1982 s. 3415. Domstolens citerede udtalelse i præmis 20: ”Endelig skal de enkelte EF-regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse.”

præambelbetragtningerne i direktiverne. I disse fremgår de enkelte bestemmelsers formål, hvilket gør dem meget relevante. Der er ved implementeringen af EU's direktiver en "frihed" for medlemsstaterne i forhold til selve implementering af direktivet. Denne frihed betyder, at resultatet af implementeringen af direktiverne i medlemslandene kan differentiere på detaljeniveau. Det er i tvivlstilfælde relevant, at sammenholde udbudsdirektiverne på dansk med direktiverne affattet på engelsk for at belyse, om der er afvigelser i relevante bestemmelser. I CILFIT dommen understøttes muligheden for at hente fortolkningsbidrag i EU retskilder affattet på andre sprog, ved fortolkningen af EU-retlige bestemmelser²¹.

Herefter fortolkes direktiverne med afsæt i EU-domstolens retspraksis. Det forsøges udledt, om den udvidede adgang til forhandling i udbudsdirektiv 2014, er en kodificering af retspraksis. Til at understøtte og tydeliggøre argumenter fra retspraksis bruges fortolkningsbidrag fra kommissionens- og generaladvokatens udtalelser. Disse retskilder falder under kategorien soft-law, men teoretisk set er der i dag flere som anerkender soft-law som betydningsfuld, end der var tidligere. Som eksempel på dette kan nævnes, at domstolen udtalte i præmis 18 i Grimaldi-sagen²², at ikke-bindende retsakter har retsvirkning. Dette taler for en obligatorisk hensynstagen til anvendelsen af soft-law²³. Næsten på samme måde forholder det sig med den juridiske litteratur. Litteraturen har ingen retlig værdi, men inddrages i sammenhænge, hvor fraværet af ovenfor anførte retskilder, nødvendiggør fortolkningsbidrag af denne karakter. Litteraturen er med til at præge lovgivnings processen samt EU-domstolens domspraksis. Som eksempel kan generaladvokatens udtalelser nævnes. Heraf fremgår der ofte teoretiske diskussioner på baggrund af juridisk litteratur, hvorfor det må sluttes, at litteraturen ikke er blottet for betydning.

Soft-law og juridisk litteratur inddrages i denne afhandling i det omfang det er nødvendigt. Med nødvendigt menes der, at fraværet af retskilder fra primær- og sekundærretten kan betyde, at der lægges større vægt på soft-law samt den juridiske litteratur. Det tillades at drage slutninger på baggrund af både juridisk litteratur såvel som soft-law, hvis ræsonnementet bag sådanne slutninger er rimeligt og hvis der kan redegøres for det.

²¹ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, EU Ret, 2011, s. 114.

²² Salvatore Grimaldi, Sag 322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des Maladies Professionnelles, Domstolens dom (Anden Afdeling) af 13. december 1989, Saml. 1989 s. 4407

²³ Se tilmed Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver, 2008, s. 357

2.6.1 Retskildelære

Indenfor EU-retten opdeles retskilderne i den primære og sekundære EU-ret. Primærretten består af EU's traktatgrundlag, hvor den vigtigste traktat i nærværende sammenhæng er Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) samt de traktatfæstede principper, herunder ligebehandling og gennemsigtighed²⁴. Sekundærretten er defineret i TEUF art. 288 og udstedes med hjemmel i den primære ret. Artikel 288 definerer ikke selvstændig hjemmel til de retsakter som er nævnt i bestemmelsen, men definerer nogle retsakttyper og deres tilhørende retsvirkninger. Sekundærretten består af forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser. Forordninger, direktiver og afgørelse er bindende retsakter, mens henstillinger og udtalelser ikke er bindende og kaldes soft-law. Soft-law omfatter den ikke-bindende del af sekundærretten samt juridisk litteratur. EU-domstolens praksis er hverken oplistet under primærretten eller sekundærretten. Forfatterne til bogen EU Ret argumenterer for, at den hierakiske placering af EU-domstolens praksis afhænger af karakteren af de specifikke retssætninger, som opstilles i forbindelse med den specifikke sag. EU-domstolen betragtes dog i de fleste tilfælde på lige fod med den bindende sekundærret.

EU-retten er bygget op om *legalitetsprincippet*. Princippet foreskriver, at EU ikke kan udstede retsakter helt uden hjemmel eller med anden hjemmel end den hjemmel der fremgår af traktaterne. I TEUF artikel 3, stk. 1, litra b bestemmes det, at unionen har enekompetence til "*fastsættelse af de konkurrenceregler, der er nødvendige for det indre markedsfunktion*". Herudaf ledes det, at unionen har enekompetence til at fastsætte udbudsreguleringen, da formålet med EU-udbudsretten er, at sikre konkurrence på det indre marked. En konkurrence hvor der ikke forskelsbehandles jf. TEUF art. 18. De grundlæggende principper indenfor EU-retten er afledte grundsætninger, som ikke står defineret ved ord, men som er en del af primærretten, hvorfor alle al udbudsregulering er reguleret af dem. De væsentligste principper i nærværende afhandling er gennemsigtighedsprincippet samt ligebehandlingsprincippet.

Retspraksis har ikke fået defineret en plads i sekundær- eller primærretten, som det er anført ovenfor. Alligevel antages EU-domstolens praksis at være ligestillet med bindende sekundærret. EU-domstolens hovedopgave er at sikre "*overholdelse af lov og ret ved fortolkningen og*

²⁴ Betragtning 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014

anvendelsen af traktaterne”, jf. TEU²⁵ art. 19, stk. 1. Yderligere fastsættes EU-domstolens kompetence i TEUF art. 258-273 i traktaten. Den vigtigste, og i denne sammenhæng, mest centrale kompetencebestemmelse er art. 267. Denne bestemmelse giver domstolen kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkning og gyldighed af traktaterne, samt fortolkning af retsakter som er udstedt af Unionens institutioner. Det må antages, at praksis fra EU-domstolen derfor har en retlig værdi på niveau med resten af den bindende sekundærret. Af ovenstående citat kan det udledes, at EU-domstolen skal sikre en ensartet fortolkning af fællesskabsretten og udtaler sig i denne forbindelse ofte om retsakters retskildeværdi. For at muliggøre dette er det nødvendigt, at EU-domstolens domme anerkendes som værende præjudikater i medlemslandene.

Indenfor sekundærretten anvendes retskilderne direktiver og udtalelser. EU's direktiver har hjemmel i TEUF art. 288. Direktiver udstedes som sagt med hjemmel i traktaten, men kan også udstedes af Kommissionen efter at Rådet har givet bemyndigelse hertil. EU's Udbudsdirektiver er den udbudsregulering som besidder den højeste retlige værdi, hvis man ser bort fra de EU retlige principper, som ikke specifikt er opstået til at regulere udbudsretten. Indholdet i direktiverne er bindende, men det overlades til de nationale myndigheder at bestemme, hvordan direktivet gennemføres.

Kommissionens udtalelser er en del af den sekundærretlige regulering, men betegnes som soft-law. Jf. art. 288 betyder det, at udtalelser ikke har en bindende karakter og dermed ikke en retlig værdi. Udtalelser fra Kommissionen bærer præg af at være fortolkningsbidrag, som kan inddrages i fortolkningen af bindende retsakter.

Generaladvokatens udtalelser hører ligeledes under soft-law. Funktionen af generaladvokatens udtalelser er, at give et forslag til EU-domstolens afgørelse. Udtalelserne inddrager ofte juridisk litteratur og lægger op til teoretiske diskussioner. Udtalelser fra generaladvokaten besidder ikke en definerbar retlig værdi, men i højre grad en retsaktskabende værdi.

2.6.2 Juridisk analysestruktur

Første skridt i den juridiske analyse er en gennemgang af de udvalgte fleksible udbudsprocedurer *konkurrencepræget dialog* og *udbud med forhandling*, som de står beskrevet i de to direktiver 2004/18/EF og 2014/24/EU. Fokus vil her være på adgangen til at anvende udbudsprocedurerne samt selve forhandlings- og dialogfasen. Procedurerne er reguleret i henholdsvis artikel 28 og 30 i

²⁵ Traktaten om den Europæiske Union

det tidligere direktiv og i artikel 29 og 30 i det gældende direktiv. Gennemgangen skal fungere som et første øjekast på betingelserne for at anvende de fleksible udbudsprocedurer, samt reguleringen af forhandlings- og dialogfasen.

Det efterfølgende afsnit benyttes til at sammenligne de relevante bestemmelser og identificere de steder, hvor der på baggrund af ordlyden er sket en ændring, som kan have betydning for fortolkningen af reguleringen. Disse ændringer beskrives og fremhæves som fokuspunkter for den videre analyse.

Med udgangspunkt i ordlydens ændringer analyseres betydningen, mere bestemt, hvordan ændringen skal fortolkes. Dette gøres ved at identificere alle relevante retskilder som, ud fra de angivne ændringer, kan bidrage til at belyse hvordan de pågældende bestemmelser fortolkes i dag og sammenligne dette med, hvordan man ud fra det tidligere direktiv fortolkede de bestemmelser som regulerer det samme indhold.

Analysens formål er at identificere, hvor der er sket en fortolkningsmæssig ændring af bestemmelserne og dernæst betydningen af disse ændringer. På baggrund af denne analyse vurderes det hvorvidt ændringerne er en kodificering af EU-domstolens retspraksis.

2.7 Økonomisk metode

Formålet med den økonomiske analyse er at påvise, hvordan den samfundsmæssige efficiens af forhandling under de fleksible udbudsprocedurer kan påvirkes.

Dette gøres ved at opstille et neoklassisk- og et adfærdsteoretisk forhandlingsspil, som er opbygget efter spilteoriens regler og som udgør hovedstrukturen i den økonomiske analyse. De to forhandlingsspil bidrager med en simuleret forhandlingssituation, hvor der udelukkende fokuseres på to tilbudsgivere og deres strategivalg om enten at forbedre- eller ikke at forbedre deres tilbud under forhandlingen.

Indledningsvis introduceres og gennemgås transaktionsomkostningsteorien. Denne teori skaber en grundlæggende forståelse for transaktionsomkostninger forbundet med de fleksible udbudsprocedurer. Transaktionsomkostningsteorien bidrager med, hvilke transaktionsomkostninger tilbudsgiver har i forbindelse med udbud.

Herefter introduceres neoklassisk teori og teoriens kerneantagelser. I det første forhandlingsspil er tilbudsgiverne underlagt neoklassiske kerneantagelser, når de træffer deres strategivalg. Den neoklassiske teori giver et meget teoretisk og idealiseret billede af tilbudsgiverne og forhandlingssituationen. I denne sammenhæng introduceres og anvendes dramateorien, som er en videreudvikling af spilteorien. Dramateorien inddrager hvordan parternes præferencer kan ændres samt risikoen forbundet herved. Dramateorien tilfører det neoklassiske forhandlingsspil et mere virkelighedsnært og nuancerede aspekt, hvilket giver et mere anvendeligt billede på, hvordan tilbudsgiverne forventes at handle og hvilke faktorer, som præger deres handlinger.

Til det adfærdsteoretiske forhandlingsspil introduceres adfærdsteorien og de kerneantagelser, som tilbudsgiverne er underlagt under denne teori. Teorien inddrages for at udlede de begrænsninger, som tilbudsgiverne under forhandlingen, i praksis er underlagt. Forhandlingsspillet gennemgås, ligesom det foregående, med fokus på at udlede og diskutere tilbudsgivernes handlingsalternativer ud fra de valgte antagelser, samt konsekvenserne af handlingerne.

Når begge forhandlingsspil er gennemgået, foretages der en analyse af konsekvenserne af tilbudsgivernes handlinger i de to forhandlingsspil. Formålet med denne analyse er at undersøge, hvilke faktorer som påvirker tilbudsgiverne i en forhandlingssituation, samt hvordan den pågældende tilbudsgiver under forhandlingen kan forudses at handle. På denne måde er det muligt at identificere, hvilke antagelser der kan justeres på i praksis, for at optimere samfundsefficiensen af forhandling.

På baggrund af de afledte konsekvenser af de neoklassiske- og adfærdsteoretiske forhandlingsspil introduceres afhandlingens valgte efficiensbegreber. Disse begreber anvendes til at analysere hvilke antagelser som præger tilbudsgiver og hvordan tilbudsgiver på baggrund af dette, kan påvirke efficiensen af forhandlingen.

2.7.1 Økonomisk teori

2.7.2 Transaktionsomkostningsteori

Transaktionsomkostningsteorien benyttes som forståelsesskabende baggrundsteori for begge de to forhandlingsspil. Transaktionsomkostninger er et bærende element for efficiensen af udbud generelt og ligeledes for forhandling. Teorien bidrager med, hvilke omkostninger som er forbundet med

forhandling, hvordan disse påvirker forhandlingen, hvilke incitamenter de forskellige omkostninger skaber og hvordan omkostningerne kan allokeres eller justeres, for at påvirke efficiensen af forhandling.

2.7.3 Neoklassisk teori

Den neoklassiske teori indfører forudsætningerne; perfekt information, ubegrænset rationalitet, profitmaksimerende adfærd samt, at der ikke eksisterer transaktionsomkostninger. Den neoklassiske teori benyttes i denne afhandling på baggrund af de antagelser som teorien indeholder. Som fastslået ovenfor, danner den neoklassiske teori og antagelserne heri, rammerne for det første forhandlingsspil, som løses med respekt for teoriens antagelser.

Den neoklassiske teori er af hypotetisk karakter og skitserer dermed en idealistisk situation. I denne situation vil virksomheder, bevidst eller ubevidst, forsøge at efterleve på bedst mulig vis. At den neoklassiske teori må kendetegnes som en hypotetisk teori betyder, at den aldrig vil fungere i praksis og, at en virksomhed dermed aldrig vil kunne efterleve teorien og dens idealer fuldstændigt. Ikke desto mindre vil et forhandlingsspil tilpasset den neoklassiske teori i sidste ende kunne fungere som en sammenligningsfaktor for, hvordan efficiensen af forhandling under adfærdsteoretiske antagelser kan justeres. Dermed bidrager teorien til at kunne give en mere fyldestgørende indikation på, hvordan den samfundsmæssige efficiens af forhandling kan påvirkes.

2.7.4 Spilteori

Spilteoriens antagelser bliver ikke benyttet i nærværende afhandling. Dog er spilteorien i stand til at undersøge direkte former for interaktion, f.eks. under en forhandlingssituation, hvorfor teoriens formål i afhandlingen er, at bidrage til forklaring af de to tilbudsgiveres adfærd i forhandlingsspillet. Dette gøres ved at analysen, som nævnt, tager udgangspunkt i et neoklassisk- og adfærdsteoretisk forhandlingsspil som er bygget efter de spilteoretiske regler, men ikke teoriens antagelser. Med regler skal forstås, at spillene grafisk opstilles som teorien foreskriver samt løses i overensstemmelse med hvad teorien foreskriver.

2.7.5 Dramateori

Dramateorien inddrages i forbindelse med det neoklassiske forhandlingsspil. Teorien bidrager med aspekter som risikovillighed, emotionel påvirkning og irrationalitet. Yderligere forudsætter teorien, at spillet redefineres indtil det kan løses. Disse faktorer afviger fra den neoklassiske kontekst, som de anvendes i, men gør det neoklassiske forhandlingsspil, og det afledte konsekvenser af spillet,

mere anvendelige, mindre hypotetiske og dermed mere sammenlignelige i forhold til forhandlingsspil nummer to.

2.7.6 Adfærdsteori

Adfærdsteorien og dens antagelserne bliver anvendt på forhandlingsspil nummer to. Teorien bidrager til en forståelse af tilbudsgivernes adfærd, herunder begrænsninger, under de antagelser som teorien indeholder. Antagelserne som anvendes i forbindelse med forhandlingsspillet er; ufuldstændig information, satisfieringsbegrebet, transaktionsomkostninger og begrænset rationalitet. Disse antagelser vurderes, alt andet lige at give et mere virkelighedsnært billede af, hvilke ræsonnementer som præger tilbudsgiveren i beslutningsprocessen, end den neoklassiske teori kan. Dette bidrager til den praktiske anvendelighed som i høj grad adskiller adfærdsteorien fra den neoklassiske teori.

Formålet med at vælge adfærdsteori som supplement til den neoklassiske teori er, at skabe en sammenligningsfaktor, som kun opstår ved at benytte begge teorier. Sammenligningsfaktoren bidrager til et mere fyldestgørende billede af hvilke faktorer der kan påvirke efficiensen. Yderligere giver den neoklassiske teori en indikation af, hvordan adfærdsmæssige begrænsninger i praksis bør præges, for at skabe større samfundsmæssig efficiens af forhandlingen. Det er kun muligt at bearbejde dette, ved først at have bearbejdet adfærdsteoriens påvirkning på forhandlingen.

2.8 Efficiensteori

2.8.1 Coase

Det stærke Coase-teorem²⁶ bygger på, at efficiente løsninger vil formes uden indblanding, hvis der er et fravær af transaktionsomkostninger, forskellig forhandlingsstyrke og nytte allokering.

Parterne vil kunne omfordele den samlede værdi omkostningsfrit og netop derfor vil de altid nå frem til den mest efficiente løsning. Denne udgave af Coase teoremet idealiserer forhandlinger ved netop at forudsætte, at man kan forhandle omkostningsfrit. Den svage version af Coase teoremet tager derimod stilling til efficiensen af forhandling under forudsætning af, at der eksisterer transaktionsomkostninger, asymmetrisk information og dermed forskellig forhandlingsstyrke.

Coase teoremet, både den stærke og den svage version, benyttes i denne afhandling som et efficiens-begreb til at vurdere, hvordan efficiensen af forhandlingen mellem parterne, kan påvirkes.

²⁶ Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost. 1960, mere herom i Eide og Stavang, Retsøkonomi, 2008, s. 142

2.8.2 Kaldor-Hicks

Kaldor-Hicks begrebet bruges som skala for samfundsefficiensen afledt af forhandling - samfundets nytte af forhandlingen. Kaldor-Hicks begrebet benyttes dermed som velfærdsteori, til at vurdere hvordan den samfundsmæssige efficiens af forhandlingen kan påvirkes, ved at anvende teori og afledte konsekvenser af forhandlingsspillene.

Efter Kaldor-Hicks kriteriet er en given situation ønskelig, hvis den skaber nok værdi for den der vinder ved den pågældende situation, til at vedkommende i teorien vil kunne kompensere for det tab, som andre måtte have lidt af samme situation²⁷. Dette er kun teoretisk da en sådan kompensation aldrig vil finde sted i praksis, men udelukkende kun tjener til formålet at illustrere, hvor stor den samlede værdiskabelse skal være.

2.9 Integreret metode

2.9.1 Behovet for integreret analyse

Afhandlingens integrerede analyse er af retspolitisk karakter. Behovet for den integrerede analyse udspringer af, at afhandlingens retsdogmatiske analyse har fundament i Alf Ross' realistiske retsfilosofi, som forudsætter at økonomiske overvejelser, analyser og teorier ikke må indgå i den retsdogmatiske analyse. Dette medfører, at den retsdogmatiske analyse ikke bidrager til at vurdere økonomiske implikationer af gældende ret og dermed bidrager den retsdogmatiske analyse ikke til vurderingen af, om gældende ret er efficient. Der er dermed behov for en analyse, som inddrager både juridiske og økonomiske argumenter, for at kunne besvare en problemformulering som ikke er afgrænset til at være af juridisk eller økonomisk karakter, da efficiensen af en given retsregel, som nævnt ovenfor, kræver en analyse af de økonomiske implikationer afledt af gældende ret.

I den integrerede analyse diskuteres det, hvordan gældende ret i forhold til forhandling i de fleksible udbudsprocedurer bør være for i videst muligt omfang, at fjerne negative økonomiske implikationer af reguleringen og i stedet optimere efficiensen af forhandling.

2.9.2 Inddragelse af økonomisk teori i en retspolitisk analyse

²⁷ Eide og Stavang, Retsøkonomi, 2008, s. 36

Som udgangspunkt anvendes økonomisk teori i retspolitiske analyser fordi inddragelsen af netop den økonomiske teori giver den retspolitiske analyse og anbefaling, en højere grad af videnskabelig dokumentation. Netop den videnskabelige dokumentation og de videnskabelige argumenter er ifølge Alf Ross essentiel for den retspolitiske analyse²⁸.

Til den integrerede analyse benyttes derfor Ross' definition af retspolitik som videnskab indenfor den realistiske retsfilosofi. Ross definerer retspolitikken som en videnskab, som *"må være betinget af et særegent kundskabsstof der er af relevans så snart man til løsning af sociale opgaver, uanset med hvilke mål, betjener sig af rettens teknik. Dette særegne kundskabsstof kan, ..., ikke søges andet sted end i den retssociologiske kundskab om årsagssammenhængen mellem retlig normering og menneskelig adfærd... Retspolitik er anvendt retssociologi eller retsteknik"*²⁹. Subjektive tolkninger og slutninger tilskriver Ross ingen videnskabelig værdi, men udelukkende normativ værdi, hvorfor disse ikke hører hjemme i retspolitikken. Af ovenstående citat udledes det, at retspolitikken eksistensberettigelse hviler på, at denne anvendes til at forklare relationen mellem regler og menneskelig adfærd samt hvordan adfærd kan påvirkes gennem retlige sanktioner. Ross anfører, at retspolitikken udspringer af retssociologi og dermed, at en retspolitisk analyse kun er relevant, hvis den er forankret i retssociologien. Christina Tvarnø og Ruth Nielsen argumenterer dog i denne sammenhæng for, at en retspolitisk analyse og efterfølgende anbefaling er videnskabelig holdbar i henhold til Ross' definition af retspolitik, så længe denne bliver til på baggrund af juridiske og økonomiske videnskabelige argumenter som udplukkes af tilhørende analyser³⁰. Den retspolitiske analyse i nærværende afhandling kan ikke siges at have fundament i retssociologien, men anses alligevel som teoretisk legal da den bygger på videnskabelige argumenter og resultater fra de to tidligere analyser.

2.9.3 Metodevalg

Det overordnede formål med den integrerede analyse er at udlede, hvordan gældende ret *bør* være. Dette formål støttes af Bo von Eyben, som definerer en retspolitisk analyse, som der hvor en jurist

²⁸ Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, 2011, s. 448.

²⁹ Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed, 1953, s. 418. For yderligere læsning se: Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø Retskilder og Retsteorier, 2011, s. 448-449

³⁰ Ruth Nielsen og Christina Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, 2011, s. 454

”fremkommer med anbefalinger navnlig til lovgivningsmagten om at gennemføre ændringer i den bestående retstilstand”³¹.

Der er to metodiske alternativer til at finde frem til hvordan gældende ret bør være. I denne sammenhæng er det derfor nødvendigt at foretage en metodisk sondring mellem disse to måder som er *de sententia ferenda* og *de lege ferenda*. De *sententia ferenda* fungerer som et pejlemærke for *retsanvenderen* i forhold til hvordan en given retsregel skal anvendes og i hvilken grad, mens de *lege ferenda* rettes til *lovgiver* og angiver, hvordan og i hvilken grad den givne retsregel skal ændres/justeres. Sondringen mellem de to begreber og dermed, hvilken metode som anvendes er vigtig, fordi der ikke altid er konsensus mellem formålet med en retsregel (lovgiver) og hvordan den samme retsregel anvendes og fortolkes (*retsanvenderen*).

På baggrund afhandlingens integrerede problemformulering samt resultaterne af henholdsvis den juridiske- og økonomiske analyse er valget af den retspolitiske metode, at udlede *de lege ferenda*. Dette søges gjort ved, at anvende resultaterne fra den økonomiske analyse til at analysere effciensen af gældende ret samt, hvordan gældende ret bør være, for at effciensen af forhandling indenfor de fleksible udbudsprocedurer i praksis kan optimeres.

2.9.4 Valg af effcienskriterium

Det bemærkes, at Kaldor-Hicks kriteriet i den integrerede analyse benyttes som effcienskriterium. Baggrunden for dette er, at Kaldor-Hicks benyttes til at vurdere, om en ændring i retstilstanden giver en samlet velfærdsforøgelse og dermed om ændringen er effcient jf. den økonomiske metode. Der tages i denne sammenhæng ikke stilling til de fordelingsmæssige konsekvenser som Kaldor-Hicks kriteriet medfører, altså om der kan være en underliggende præferencer for, hvor der vinder ved ændringen i retstilstanden.

2.9.5 Analysestruktur

³¹ Bo von Eyben, Om politik og retspolitik, Retsvidenskabelige afhandlinger ved Københavns Universitet 1991, s. 3

Først vurderes efficiensen af forhandling under gældende ret. Dette gøres ved at inddrage resultater fra afhandlingens juridiske- og økonomiske analyse og på denne baggrund vurdere, om retsstillingen vedrørende reguleringen af forhandlings- og dialogfasen samt reguleringen af anvendelsesområdet for de fleksible udbudsprocedurer er efficient. I denne sammenhæng tillades det at inddrage bestemmelserne art. 65, stk. 2, art. 66, art. 57, stk. 4 og art. 59 som ikke har været inddraget i den juridiske analyse. Baggrunden for dette er, at disse bestemmelser antages at påvirke gældende ret, uden at være en del af lige præcis den regulering som ligger til grund for gældende ret i denne afhandling.

Herefter vil det blive diskuteret, hvordan efficiensen kan optimeres med fokus på økonomiske argumenter, incitamenter og ræsonnementer. Bestemmelser under gældende ret vil blive inddraget i denne diskussion.

På denne baggrund vil der blive foreslået en justering af gældende ret i forhold til bestemmelserne art. 30, stk. 4 og 29, stk. 6 om faseopdeling af forhandlings- og dialogfasen. Ligeledes foreslås en justering i forhold til art. 29, stk. 5 og 30, stk. 3, som vedrører ordregivers mulighed for at videregive en tilbudsgivers oplysninger. Justeringerne i forhold til de nævnte bestemmelser vil blive beskrevet og de økonomiske implikationer af de foreslåede justeringer vil blive diskuteret for at vurdere om justeringerne kan bidrage til at optimere efficiensen af forhandlingen/dialog.

Yderligere foreslås en ny regel på baggrund af den viden som den juridiske og økonomiske analyse har medført. Disse indikerer, at efficiensen yderligere kan øges ved at tilføre alternativ ret. Reglen omhandler en mulighed for, at tilbudsgivers loyale adfærd, i forbindelse med både forhandling og efterfølgende kontraktperiode, kan aflæses og vurderes. Yderligere foreslås det, at denne vurdering ligges til grund for, at adfærd i forhold til loyalitet bruges som frivillig udelukkelsesgrund og dermed, at nogle tilbudsgivere i fremtidige udbud frasorteres, på baggrund af illoyal adfærd. Til sidst foretages en sammenligning af efficiensen af forhandling under gældende ret og efficiensen af forhandling efter de foreslåede justeringer og tilførsel af den nye regel er tilført gældende ret. På denne baggrund udarbejdes en retspolitisk anbefaling til, hvordan gældende ret bør ændres/justeres for at optimere efficiensen af forhandling i praksis. Den retspolitiske anbefaling udgør afsnittets delkonklusion.

2.10 Afgrænsning

I den juridiske analyse afgrænses der fra at bearbejde offentlige- og begrænsede udbud, da der i disse udbudsprocedurer foreligger komplet forhandlingsforbud. Ligeledes afgrænses der fra udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, eftersom denne procedure betragtes som værende udelukkende en undtagelsesprocedure til offentlige- og begrænsede udbud.

Indenfor de valgte udbudsprocedurer afgrænses der fra at inddrage andre faser³² end adgangen til at benytte udbudsproducenterne samt forhandling- og dialogfasen i udbudsdirektiv 2004 og 2014. I forhold til konkurrencepræget dialog inddrages en del af tildelingsfasen, hvilket i selve opgaven bliver specificeret nærmere, da der i denne fase er indlagt en ekstra adgang til forhandle, på trods af dialogfasen egentlig er afsluttet. Afgrænsningen af faserne er foretaget på baggrund af afhandlingens problemstillinger. Da afhandlingens omfang og problemstilling omfatter, hvorvidt adgangen til forhandling i udbudsdirektivet 2014 er en kodificering af EU-Domstolen retspraksis, afgrænses der fra at inddrage GPA'en³³ samt alle andre direktiver end udbudsdirektiverne fra 2004 og 2014.

Med hensyn til den økonomiske analyse afgrænses der fra at inddrage andre teorier end dem som nævnes i det økonomiske metodeafsnit. Ligeledes afgrænses der fra at inddrage ordregivers perspektiv. Dette perspektiv vil dog blive nævnt såfremt det giver mening i forhold til den økonomiske problemstilling og indholdet af analysen. Yderligere afgrænses der fra at inddrage omkostninger, som ikke afholdes ex-ante. Det betyder, at omkostninger afholdt efter forhandlingsfasen f.eks. kontraktuelle omkostninger, ikke vil blive inddraget.

Afhandlingen inddrager ikke definitioner af markeder og markedsstrukturer. I transaktionsomkostningsteorien afgrænses der fra at behandle ”dimension 3” da indholdet af denne falder uden for afhandlingens fokus.

I den integrerede analyse afgrænses der fra at inddrage konkurrenceretlige regler.

Yderligere afgrænsninger vil blive foretaget i afhandlingen, såfremt det findes hensigtsmæssigt.

³² Prækvalificeringsfasen og tildelingsfasen

³³ Government Procurement Agreement. Aftalen blev indgået i 1994 mellem samtlige medlemmer af WTO (World Trade Organization). Formålet med aftalen var at sikre imod diskriminerende udbud i WTO-medlemslandene samt at sikre efterlevelse af procedureregler.

3 Juridisk analyse

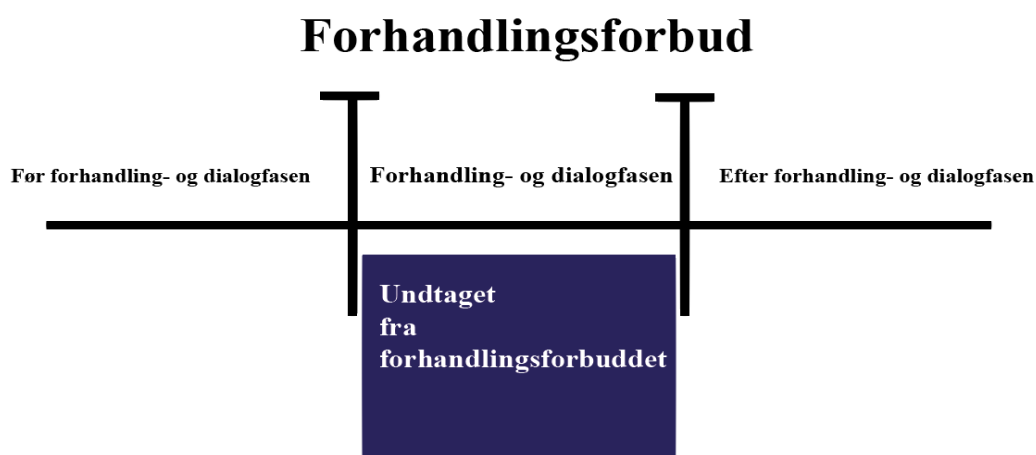
3.1 Forhandling i en udbudsretlig kontekst

Der foretages en analyse af forhandlingsforbuddet som begrænser forhandlingsmulighederne i udbud. Det er vigtigt at skabe en forståelse for forhandling som begreb og instrument i udbud, for senere specifikt at kunne behandle forhandling under de fleksible udbudsprocedurer.

3.1.1 Forhandlingsforbuddet

Forhandlingsforbuddet nævnes eller defineres ikke eksplicit i hverken udbudsdirektivet fra 2004 eller 2014. Ligeledes finder der heller ingen argumentation på direktivniveau for begrundelsen af forhandlingsforbuddet. Grundet dette, vil følgende fortolkning af begrebet blive foretaget med udgangspunkt i retspraksis og soft-law. Se mere om disses retskildeværdi i metodeafsnittet.

I forbindelse med udbudsdirektivet 2004 omtales forhandlingsforbuddet i den juridiske litteratur ofte i forhold til offentlige og begrænsede udbud, men det antages at forhandlingsforbuddet ligeledes er gældende analogt på de fleksible udbudsprocedurer. Som hovedregel er det acceptabelt at antage, at forhandlingsforbuddet gælder generelt, hvilket betyder at der som udgangspunkt ikke må forhandles i forbindelse med udbud. Hertil kommer de fleksible udbudsprocedurer, hvis forhandlings- og dialogfase er undtaget fra forhandlingsforbuddet, dog stadig med overholdelse af almindelige EU-principper. Det er derfor antageligt, at forhandlingsforbuddet omfatter de fleksible udbudsprocedurer før og efter forhandling- og dialogfasen, som illustreret ved nedenstående figur.



Forhandlingsforbuddet er afledt af ligebehandlingsprincippet som i et udbudsretlig henseende skitseres i udbudsdirektivet 2014 art. 18. I forlængelse heraf, vurderes det, at det forhandlingsforbuddets klare formål er at sikre ligebehandling af de tilbudsgivere, som deltager i et udbud. Denne beskyttelse af tilbudsgiverne skyldes, ifølge Steen Treumer, at en ordregiver har en særdeles stærk forhandlingsposition som ordregiveren naturlig vil søge at udnytte til egen fordel ved kontraheringen, hvorfor der er behov for at begrænse ordregiverens muligheder for at udnytte tilbudsgiveren underlegne forhandlingsposition³⁴. Ofte bliver Storebælt-sagen³⁵ brugt som et eksempel på det forhandlingsforbud, som blev afledt af ligebehandlingsprincippet. I Storebælt-sagen fremhævede EU-domstolen at der var ført forhandlinger på baggrund af et tilbud, som indeholdte forbehold for punkter i udbudsbekendtgørelsen, hvilket var i strid med ligebehandlingsprincippet. Michael Steinicke og Lise Groesmeyer anfører i denne sammenhæng, at *“baggrunden for forhandlingsforbuddet må være, at det er vanskeligt at kontrollere, at konkurrence betingelserne overholdes, såfremt proceduren ikke er gennemsigtig, hvilket den ofte ikke vil være hvis forhandling tillades”*³⁶.

Det antages, at forhandlingsforbuddet fungerer som et slags reguleringsværktøj med det formål at sørge for, at tilbudsgiverne blandt andet bliver behandlet ens og at der ikke sker en konkurrencefordrejning. Det er et vigtigt værktøj som skal bidrage til at indfri EU's mål i 2020-strategien, ved eksempelvis at fremme konkurrence på det indre markedet da forhandling må antages at kompromittere gennemsigtigheden og ligebehandlingen, hvis det tillades i for høj grad. På den anden side er der økonomisk teori og økonomiske argumenter som taler for, at forhandling fremmer grænseoverskridende handel og generelt medvirker til et tilfredsstillende resultat af udbud³⁷. Dette er antageligt grunden til at forhandlingsforbuddet af praktikere og i den juridiske litteratur, er blevet kritiseret for at bidrage til uhensigtsmæssige begrænsninger og resultater³⁸.

Eftersom der hersker en vis tvivl om forhandlingsforbuddets rækkevidde udsendte Rådet og Kommissionen en fælleserklæring³⁹ om fortolkning af forhandlingsforbuddet i bygge- og anlægs-

³⁴ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 142

³⁵ Storebælt, sag C-243/89, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, Domstolens dom af 22. juni 1993

³⁶ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver, 2008, s. 357

³⁷ Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, EU's udbudsregler - dansk kontekst, 2015, s. 206

³⁸ Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 142

³⁹ EF-tidende nr. L111/114, 30. april 1994

samt forsyningsdirektivet. Det er væsentligt at påpege, at nærværende afhandling ikke inddrager andre direktiver end udbudsdirektiv 2004 og 2014, hvorfor argumenter som lægges til grund for en fortolkning af forhandlingsforbuddet fra et andet direktiv, udelukkende kan anvendes analogt. I fælleserklæringen blev det slået fast, at *“enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakten, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning”* forbydes. Denne fortolkning vurderes, at være analogt gældende for Udbudsdirektiverne. Siden fælleserklæringen i 1994 er fortolkningen vedrørende forhandling om grundlæggende elementer blevet bekræftet i retspraksis. Her kan eksempelvis nævnes Scan Office Design-sagen⁴⁰ og NordeCon-sagen⁴¹. Yderligere fremhæver Steen Treumer, at alene risikoen for, at kontraktgrundlaget kunne være blevet ændret som følge af forhandling er tilstrækkeligt til at være en overtrædelse af forhandlingsbuddet⁴². Det fremgår ligeledes af fælleserklæringen, at forhandlingsforbuddet ikke er til hinder for, at ordregiver anmoder om supplerende og præcisering af tilbuddenes indhold. Denne ret til at supplere og præcisere er senere hen blevet indskrevet i udbudsdirektiverne og bekræftet gennem retspraksis såsom i Manova-sagen, hvor EU-domstolen fastslog, at det var tilladt at indhente supplerende oplysninger når fire betingelser var opfyldt⁴³.

På baggrund af ovennævnte fortolkning må det derfor antages, at forhandlingsforbuddets formål er at sikre ligebehandling og at forhandlingsforbuddet i praksis anvendes som et reguleringsværktøj til at sørge for overholdelse af både gennemsigthed- og ligebehandlingsprincippet. Dog er forbuddet, som det er illustreret ovenfor, ikke gældende for forhandlings- og dialogfasen indenfor de fleksible udbudsprocedurer. Det er derfor nødvendigt at foretage en analyse af de væsentligste udbudsretlige principper, da disse udgør primærreguleringen af disse faser.

⁴⁰ Scan Office Design, Sag T-40/01, Scan Office Design SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, DOM AF 28.11.2002 - Domstolen fastslog at en ordregiver ved et udbud med forhandling skal sikre at de udbudsbetingelser som ordregiveren selv har fastsat som ufravigelige, altid respekteres

⁴¹ Nordecon AS, sag-C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, Domstolens Dom (Fjerde Afdeling) af 5. december 2013 - Ordregiver har ikke mulighed ikke føre forhandlinger med et tilbud som ikke opfylder udbudsbekendtgørelsens tekniske krav., da dette vil umuliggøre gennemsigthed og ligebehandling

⁴² Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 144

⁴³ Manova, C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, Domstolens Dom (Tiende Afdeling) af 10. oktober 2013 - betingelserne 1) Først når ordregiver har fået kendskab til alle tilbud. 2) Anmodningen skal vedrører alle punkter som skal præciseres, 3) anmodningen må ikke medføre at tilbudsgiver fremsender nyt tilbud , 4) Alle tilbudsgivere skal behandle ens.

3.2 EU-retlige principper

Som det er forklaret i ovenstående afsnit bidrager forhandlingsforbuddet til overholdelse af gennemsigthed- og ligebehandlingsprincippet i udbudsretten generelt. I det følgende vil der blive foretaget en analyse og gennemgang af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Disse EU-retlige principper er traktatfæstede principper og er afledt af princippet om varens frie bevægelighed⁴⁴. Principperne er af yderst vigtig karakter for hele EU-retten. Det fremgår af udbudsdirektivet 2014 art. 18, at de ordregivende myndigheder skal behandle økonomiske aktører ens uden at forskelsbehandle og, at ordregivende myndigheder skal handle på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde for blandt andet at overholde gennemsigthed- og ligebehandlingsprincippet. Ligeledes fastslås det i betragtning 31 til Udbudsdirektivet 2014, at tildeling af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med de almindelige EU-retlige principper⁴⁵.

3.2.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet vil først blive bearbejdet ud fra et overordnet EU-retligt perspektiv. Begrundelsen for dette er, at det er essentielt at fastslå det grundlæggende formål og betydningen af princippet. Dernæst vil princippet blive bearbejdet ud fra en udbudsretlig synsvinkel, hvor princippets betydning for forhandlingssituationer i en udbudsretlig kontekst vil blive inddraget.

Ligebehandlingsprincippet er afledt af det generelle forbud mod nationalitetsdiskrimination i TEUF art. 18. Det generelle ligebehandlingsprincip er efterfølgende blevet videreudviklet gennem EU-domstolens retspraksis. I sagerne Portugal mod Rådet⁴⁶ samt Fabricom-sagen⁴⁷ slog EU-domstolen fast, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt og vice versa. Endvidere blev det slået fast i sagen Sotgiu mod Deutsche Bundespost⁴⁸, at enhver form for direkte samt indirekte forskelsbehandling er i strid med reglerne om ligestilling og ligebehandling. Siden år 2000 er der opstået yderligere regulering i form af TEUF art. 19. Denne regulering tilførte anvendelsesområdet

⁴⁴ Princippet er stadfæstet i TEUF' artikel 34

⁴⁵ Eksempelvis gennemsigtighedsprincippet, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet

⁴⁶ Portugal, Sag C-149/96, Den Portugisiske Republik mod Rådet for Den Europæiske Union, Domstolens dom af 23. november 1999, Saml. 1999 I-8395

⁴⁷ Peter Überschär, Sag 810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Domstolens Dom af 8. oktober 1980

⁴⁸ Giovanni Maria Sotgiu, Sag C-152/73, Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, Domstolens dom af 12. februar 1974, præmis 11. Domstolen forbød her forskelsbehandling

for ligebehandlingsprincippet en række elementer. Art. 19 omfatter blandt andet forbud mod at forskelsbehandle på baggrund af køn nationalitet, etnicitet, religion, alder og seksuel orientering. Ovenstående udvikling indenfor retspraksis samt lovgivning, er med til at forme det generelle ligebehandlingsprincip i en retning som betyder, at princippet er gældende for hele EU-retten og finder anvendelse på al diskriminerende- samt forskelsbehandlende adfærd. I litteraturen antages det, at begrebet ligebehandling er en *”positiv manifestation af forbuddet mod forskelsbehandling, således at der begrebsmæssigt ikke er nogen reel forskel på at behandle tilbudsgivere lige og ikke at forskelsbehandle tilbudsgivere”*⁴⁹

Spørgsmålet om ligebehandlingsprincippets anvendelse indenfor udbudsretten blev der første gang taget stilling til i Storebælt-sagen⁵⁰. Sagen omhandlede, at den ordregivende myndighed indledte forhandlinger med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke var i overensstemmelse med udbudsmaterialet. Hertil argumenterede Danmark for, at ligebehandlingsprincippet ikke var omfattet af udbudsdirektivet men EU-domstolen udtalte, at på trods af at udbudsretten på daværende udviklingstrin ikke eksplicit nævnte ligebehandlingsprincippet, så var ordregiverende myndigheder forpligtet til at overholde dette princip som følge af selve hovedformålet med udbudsdirektiverne. Derudover var det også i Storebælt-sagen at man afledte forhandlingsforbuddet som principielt er gældende for al udbudsforretning. De fleksible udbudsprocedurers forhandling- og dialogfase er undtagelser til forhandlingsforbuddet, hvorfor princippet om ligebehandling er nødvendigt for at sikre en fair konkurrence samt regulere grænserne for forhandlingen, på trods af at forhandlings- og dialogfasen er undtaget.

Ligebehandlingsprincippet medfører, at ordregivende myndigheder er forpligtet til at behandle alle tilbudsgivere lige og ens for at sikre en fair konkurrence for tilbudsgiverne som deltager i udbud. EU-domstolen udtalte blandt andet i Kommissionen mod Grækenland⁵¹, at ligebehandlingsprincippet omfatter princippet om gennemsigtighed og at principperne betyder, at tilbudsgivere skal have identiske muligheder når de indgår i konkurrencen om en kontrakt. På

⁴⁹ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver, 2008, s. 353

⁵⁰ Storebælt, sag C-243/89, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, Domstolens dom af 22. juni 1993

⁵¹ Kommissionen mod Grækenland, sag C-199/07, Kommissionen mod Grækenland, Domstolens dom af 12. november 2009

baggrund af denne sag må det antages, at gennemsigtighedsprincippet er afledt af ligebehandlingsprincippet.

I modsætning til tidligere nævnes ligebehandlingsprincippet eksplicit i Udbudsdirektivet 2014 blandt andet i betragtning 1, 37, 45, 58 og 68 samt art. 76. Den eksplicite indskrivelse af princippet i udbudsdirektivet 2014, udspringer antageligt af udbudsdirektivets øgede fleksibilitet og forhandlingsgrad, da forhandling og fleksibilitet kræver, at der i højere grad end tidligere tages hensyn til princippet om ligebehandling for at sikre konkurrencen. Forhandling og fleksibilitet må antages at gøre håndhævelsen og overholdelsen af princippet om ligebehandling mere vanskelig. Øget adgang til forhandling er derfor en balancegang, da man er nødt til at sikre, at det stadig er muligt at opretholde en stor gennemsigtighed i udbudsprocessen, da princippet om ligebehandling ellers vil være meget svært at overholde.

3.2.2 Gennemsigtighedsprincippet

Princippet om gennemsigtighed er et generelt primærretligt princip som er gældende for hele EU-retten. Det medfører blandt andet, at princippet skal overholdes uafhængigt af, om offentlige indkøb er under tærskelværdien eller ej. Dette har EU-domstolen slået fast i flere domme, herunder Bent Moustén Vestergaard⁵². I denne sag havde den ordregivende myndighed indskrevet en betingelse om, at den efterspurgte vare skulle være fra en bestemt dansk fabrikat, hvilket det danske klagenævn for udbud ikke tog til følge da udbuddet var under tærskelværdien. Spørgsmålet blev senere stillet til EU-domstolen som konkluderede, at selvom et udbud er under tærskelværdien skal den ordregivende myndighed stadig overholde de EU-retlige principper. EU-domstolen har ligeledes anvendt gennemsigtighedsprincippet i forhold til reguleringen af forhandlingsmulighederne. I NordeCon-sagen⁵³ tog man stilling til proceduren udbud med forhandling, hvor EU-domstolen slog fast, at ordregivende myndigheder ikke må igangsætte forhandlinger med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke er i overensstemmelse med udbudsmaterialet da dette vil umuliggøre gennemsigtighed og ligebehandling.

⁵² Bent Moustén Vestergaard, sag C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, afsagt af Domstolens Anden Afdeling den 3. december 2001

⁵³ Nordecon AS, sag-C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, Domstolens Dom (Fjerde Afdeling) af 5. december 2013

Gennemsigtigheden er blandt andet det værktøj som EU kan justere for at indfri målene i 2020-strategien. Det skønnes, at den bagvedliggende tanke er, at øges gennemsigtigheden bliver der åbnet yderligere for konkurrencen på det indre marked og tilbudsgivere vil som resultat af den øgede gennemsigtighed konkurrere på mere lige vilkår. Et af de nye tiltag for at øge gennemsigtigheden i udbudsdirektivet 2014 er, at den ordregivende myndighed nu skal give *vederlagsfrit, ubegrænset og fuld direkte elektronisk adgang til udbudsdokumenterne fra datoen for en bekendtgørelses eller meddelelses offentliggørelse* jf. udbudsdirektivet 2014's art. 53, som også er gældende for de fleksible udbudsprocedurer. Gennemsigtigheden i forhandling skal dog balanceres fordi man vil nå et punkt, hvor kravet om gennemsigtigheden vil obstruere muligheden for at forhandle da forhandling alt andet lige må gøre det sværere at efterleve gennemsigtighedsprincippet.

3.3 De fleksible udbudsprocedurer

Indledningsvist vil der kort blive redegjort for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog efter henholdsvis udbudsdirektivet 2004 og udbudsdirektivet 2014. Formålet med redegørelsen er at skabe en indikation af reguleringen af udbudsprocedurerne og deres udvikling. Denne redegørelse er fundamentet for at kunne foretage en analyse af ændringerne som udbudsdirektivet 2014 har medført.

3.3.1 Udbud med forhandling - udbudsdirektivet 2004

Art. 30, stk. 1 oplister en udtømmende liste over situationer, hvor en ordregivende myndighed kan benytte udbud med forhandling. De specifikke situationer er oplistet i art. 30, stk. 1, litra a-d. En kort gennemgang af litra a-d viser, at ordregiver kan anvende udbud med forhandling jf. litra a, når der i forbindelse med offentlig eller begrænset udbud kun er modtaget tilbud, som ikke er forskriftsmæssige eller som er uantagelige. Litra b omhandler undtagelsestilfælde, hvor bygge- og anlægsarbejdernes, vareindkøbenes eller tjenesteydelsernes art ikke kan prisfastsættelse. I udbud af tjenesteydelser, kan der være tilfælde, hvor kontrakten ikke kan specificeres på tilstrækkelig vis. Til sidst muliggør litra b anvendelse af udbud med forhandling når offentlige bygge- og anlægskontrakter udelukkende udføres med henblik på forsøg, forskning eller videreudvikling. Ved disse situationer i litra a-d fremgår det af art. 30, stk. 2, at ordregiveren forhandler med *“...tilbudsgiverne om de tilbud, de har afgivet, med henblik på at tilpasse dem til de krav, de har stillet i udbudsbekendtgørelsen”*. Under forhandlingen skal ordregiver sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet og dermed behandle alle tilbudsgivere ens jf. artikel 30, stk. 3.

Den ordregivende myndighed har mulighed *“for at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles, på grundlag af de tildelingskriterier, der er indeholdt i udbudsbekendtgørelsen”*. Muligheden for at begrænse antallet af deltagere er betinget af at, ordregiver i udbudsbekendtgørelsen har angivet denne fremgangsmåde jf. art. 30, stk. 4. Betragtning 40 anfører yderligere at *“en sådan begrænsning af antallet af ansøgere skal foretages på basis af objektive kriterier, der angives i udbudsbekendtgørelsen”*. Det fremhæves i betragtning 41, at en opdeling i flere faser derudover kan være med til at formindske omkostningerne, som forventes ved denne procedure da man dermed kan begrænse antallet af tilbud som skal forhandles.

3.3.2 Udbud med forhandling - udbudsdirektivet 2014

Art. 29 regulerer udbud med forhandling. Art. 26, stk. 4, litra a, oplister betingelserne for hvornår ordregiver kan anvende udbud med forhandling. Det fremgår af nr. i-iv at der kan anvendes udbud med forhandling når:

- i) den ordregivende myndigheds behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger*
- ii) de omfatter design eller innovative løsninger*
- iii) hvis kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling*
- iv) hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed.*

Betragtning 43 bidrager til forståelsen af nr i-ii, hvoraf det fremgår, at når en ordregiver ønsker at indkøbe varer eller tjenesteydelser som kræver en tilpasning- eller designindsats anses nr. i og ii for at være opfyldt. Som eksempel på sådanne varer og ydelser kan nævnes avancerede produkter, konsulent- eller arkitektydelser. Betragtning 43 anfører endvidere *“I disse tilfælde kan det være nødvendigt med forhandlinger for at sikre, at den pågældende vare eller tjenesteydelse svarer til behovene hos den ordregivende myndighed”*. I samme forbindelse lyder et uddrag af betragtning 42 *“Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge*

en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger". Dette uddrag indikerer at der er kommet større fokus på de fleksible udbudsprocedurer og derved adgangen til forhandling.

Forhandlingsfasen er reguleret ved art. 29, stk. 3 som foreskriver, at forhandlinger igangsættes og tager udgangspunkt i tilbudsgivers indledende tilbud. Derudover fremgår det at tildelingskriterier og minimumskrav ikke må være genstand for forhandling. Dette er blandt andet begrundet i betragtning 45, hvori det fremhæves at ordregiver er forpligtet til at *"...sikre overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed"*. Det forlyder endvidere i betragtning 45, at *"Forhandlingerne bør sigte mod at forbedre tilbuddene"* og med det formål at tilpasse vareindkøbet eller ydelserne bedst muligt til ordregiver. Ordregiver har mulighed for tildele kontrakten på baggrund af det indledende tilbud, såfremt *"de i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interesselikviditeten har anført, at de forbeholder sig mulighed herfor"* jf. art. 29, stk. 4. Under forhandlingen må ordregiver ikke, overfor de andre tilbudsgivere, afsløre fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden dennes samtykke jf. art. 29, stk. 5. Det følger yderligere af ordlyden i art. 29, stk. 5, at ordregiver skal sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet ved skriftligt at meddele alle tilbageværende tilbudsgivere om de ændringer som er foretaget i de tekniske specifikationer eller andre udbudsdokumenter, hvor det er tilladt at foretage ændringer afledt af forhandlingen. Herefter har tilbudsgivere mulighed for at redigere i sine indledende tilbud, på baggrund af forhandlingen og derefter afgive sine endelige og bindende tilbud.

Den ordregivende myndighed kan bestemme *"at udbud med forhandling skal forløbe i flere faser for at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles, på grundlag af de tildelingskriterier, der er indeholdt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne"*. Muligheden for at begrænse antallet af deltagere er betinget af at, ordregiver i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne har angivet denne fremgangsmåde jf. art. 30, stk. 4

3.3.3 Konkurrencepræget dialog - udbudsdirektivet 2004

Betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog samt regulering af fremgangsmåden er angivet i artikel 29. Medlemsstaterne kan fastsætte, at ordregiver kan anvende konkurrencepræget dialog, når der er tale om særligt komplekse kontrakter og når *"de mener, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt"*. Definitionen af en særligt kompleks kontrakt fremgår af artikel 1, stk. 11, litra c.

Reguleringen af konkurrencepræget dialog angiver ikke en udtømmende liste over hvornår udbudsformen kan anvendes, som det i øvrigt er tilfældet med udbud med forhandling.

Anvendelsen kan finde sted, når ordregiver *“uden egen skyld befinder sig i en situation, hvor det er umuligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger”* jf. betragtning 31.

Ordregiver indleder en dialog, som har til formål at bestemme, hvordan ordregivers behov bedst kan imødekommes. I denne dialog er det tilladt at drøfte udbuddets aspekter. Yderligere skal ordregiveren under dialogen sikre, at alle involverede tilbudsgivere behandles lige, jf. art. 29, stk. 3. Under dialogen må ordregiver ikke over for andre tilbudsgivere afsløre fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden dennes samtykke jf. art. 29, stk. 3. Ordregiver kan opdele dialogen i flere faser for at begrænse antallet af løsninger, som skal diskuteres under selve dialogen. Dog er det en betingelse at *“denne fremgangsmåde skal være anført i udbudsbekendtgørelsen”* jf. art. 29, stk. 4. Herefter fremgår det af art. 29, stk. 6, at ordregiver fortsætter dialogen *“indtil den har indkredset den eller de løsninger, der kan opfylde dens behov”*.

Herefter erklærer ordregiver dialogfasen for afsluttet og anmoder tilbudsgiverne om at afgive deres endelige tilbud baseret på de løsninger, som er blevet behandlet undervejs i dialogfasen. Tilbuddene skal indeholde alle de elementer som er vigtige for opgavens udførelse. Ordregiveren kan efterfølgende anmode om, at *“disse tilbud afklares, præciseres og tilpasses”* medmindre dette medfører ændringer i tilbuddets grundlæggende elementer jf. art. 29, stk. 6. Herefter vurderes tilbuddene efter kriteriet *det økonomisk mest fordelagtige tilbud* jf. art. 29, stk. 7. Den vindende tilbudsgiver kan blive bedt om at præcisere aspekter i tilbuddet, så længe det ikke forudsætter væsentlige ændringer, konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

3.3.4 Konkurrencepræget dialog - udbudsdirektivet 2014

Udbudsdirektivet 2014's art. 30 regulerer konkurrencepræget dialog. Betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er oplistet i art. 26, stk. 4, litra a, nr. i-iv og dermed er ordlyden identisk med betingelserne for anvendelse af udbud med forhandling, som er gennemgået ovenfor.

Dialogfasen er reguleret ved art. 30, stk. 3 som tilsigter, at ordregiver med tilbudsgiverne indleder en dialog og på baggrund af denne dialog fastslår, hvordan ordregivers behov bedst kan imødekommes. Alle udbuddets aspekter kan drøftes under dialogen, dog skal ordregiveren *“under dialogen sikrer de ordregivende myndigheder ligebehandling af alle deltagere”*. Svarende til reguleringen i udbudsdirektivet 2004, må ordregiver ikke over for de andre tilbudsgivere afsløre fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden dennes samtykke jf. art. 30, stk. 3. Derudover fremgår det af art. 30, stk. 4, at konkurrencepræget dialog kan finde sted i flere successive faser. Det er dog en betingelse at ordregiveren har indskrevet dette i udbudsbekendtgørelsen fra begyndelsen. Herefter fortsætter ordregiver dialogen *“indtil den har indkredset den eller de løsninger, der kan opfylde dens behov”* jf. art. 30, stk. 5.

Derefter erklærer ordregiver dialogfasen for afsluttet og anmoder tilbudsgiverne, om at afgive deres endelige tilbud baseret på de løsninger, som er blevet behandlet undervejs i dialogfasen. Tilbuddene skal indeholde alle de elementer som er essentielle for opgavens udførelse. Disse tilbud vil, efter afgivelse kunne afklares, præciseres og optimeres dog uden at der ændres væsentligt i tilbuddet eller det forudgående udbud jf. art. 30, stk. 6.

3.4 Ændringer som følge af udbudsdirektivet 2014

Til at belyse ændringerne som udbudsdirektivet 2014 har medført, benyttes sammenligningstabellen i *Bilag XV* i udbudsdirektivet 2014. Denne tabel viser konkrete ændringer, tilføjelser og tilpasninger i de relevante artikler i udbudsdirektiv 2014 i forhold til udbudsdirektivet 2004. Formålet med dette er, at den efterfølgende analyse kan fokusere skarpere på de specifikke ændringer. Der forekommer en ændring, når indholdet i aktuelle bestemmelser er ændret i forhold til tidligere udbudsdirektiv. Der er tale om en tilpasning, når teksten er justeret men indholdet er intakt. Tilpasninger vil som udgangspunkt ikke blive behandlet yderligere i analysen. I det følgende afsnit udledes de ændringer som vil være genstand for den efterfølgende fortolkning og analyse.

3.4.1 Udbud med forhandling

Ved at sammenligne anvendelsesområdet i udbudsdirektivet 2004 art. 30 med udbudsdirektivet 2014 art. 26 fremgår det, at art. 26, stk. 4, litra a, nr. i-ii er reelle nyskabelser og dermed har karakter af ændringer. Derimod er nr. iii ikke en nyskabelse, men må tilskrives at indeholde en delvis ny formulering. Nr. iii kan derfor ikke udelukkende siges at have været genstand for en omskrivning eller tilpasning. Den delvist nye formulering medfører uklarhed om betydningen, som

nødvendiggør en efterprøvelse af fortolkningen og derfor kategoriseres denne også som en ændring. I henhold til nr. iv, gør de samme argumenter sig gældende. Nr. iv har ligheder med udbudsdirektivet 2004 art. 30, stk. 1, litra c, men ligheden er langt fra stor nok til konkludere at indholdet er identisk, hvorfor senere vil blive bearbejdet.

Udbudsdirektivet 2014 art. 29, stk. 5 regulerer overholdelse af ligebehandlingsprincippet i forhandlingsfasen. Tidligere fandtes denne regulering i udbudsdirektivet 2004's art. 30, stk. 3. Selvom det tidligere indhold er inddraget i den gældende bestemmelse, så er ordlyden udvidet. Det er ud fra ordlyden ikke muligt at fastslå, om udvidelsen har betydet en ændring. På den baggrund er det nødvendigt at efterprøve indholdet for at kunne konkludere om der er sket en fortolkningsmæssig ændring. Reguleringen af de elementer som ikke må være genstand i forhandlingen foretages i udbudsdirektivet 2014 art. 29, stk. 3. Denne regulering stammer fra udbudsdirektivet 2004 art. 30, stk. 2. Der er umiddelbart tale om tilpasning og præcisering af ordlyden. Begrundelsen for dette findes ved at sammenligne de to formuleringer *”minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling”* og *”forhandler de ordregivende myndigheder med tilbudsgiverne om de tilbud, de har afgivet, med henblik på at tilpasse dem til de krav, de har stillet i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter”*. Ovenstående antagelse begrundes i, at formuleringen *”tilpasse dem til de krav der er stillet i udbudsbekendtgørelsen”* refererer til de minimumskrav og tildelingskriterier som udbudsbekendtgørelsen indeholder. Dermed peger indholdet af begge formuleringer på, at minimumskrav og tildelingskriterier hverken i det tidligere udbudsdirektiv eller i det gældende udbudsdirektiv må være genstand for forhandling. Det må dog alligevel behandles i analysen, hvorfor man har tilpasset ordlyden og om bestemmelserne i praksis skal fortolkes på tilsvarende måde.

3.4.2 Konkurrencepræget dialog

Adgangen til at benytte konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling er i udbudsdirektivet 2014 blevet ensrettet. Med ensrettet menes der, at den udtømmende liste over situationer, hvor udbud med forhandling kan benyttes, er den samme listen som regulerer anvendelse af konkurrencepræget dialog, modsat tidligere. Denne liste findes som nævnt i art. 26, stk. 4 og er gennemgået ovenfor. Dette er i sig selv en væsentlig ændring i forhold til udbudsdirektivet 2004, hvor anvendelsen af konkurrencepræget dialog udelukkende blev vurderet på baggrund af ordlyden

“i tilfælde af særligt komplekse kontrakter” jf. art. 29, stk. 1. Anvendelsen under udbudsdirektivet 2004 var yderligere betinget af ordregivers vurdering af, at offentlige- eller begrænsede udbud ikke muliggjorde en kontraktindgåelse. I udbudsdirektivet 2014 art. 26, stk. 4 fremgår det ydermere, at medlemsstaterne *”sørger for”*, at ordregivende myndigheder kan anvende konkurrencepræget dialog. Dette er en ændring i forhold til ordlyden i udbudsdirektivet 2004 art. 29, stk. 1, hvoraf det fremgår, at medlemsstaterne *kan* fastsætte, at de ordregivende myndigheder kan benytte proceduren.

Dialogfasen reguleres i udbudsdirektivet 2014 art. 30 og udbudsdirektivet 2004 art. 29. Reguleringen af overholdelse af ligebehandlingsprincippet er reguleret i henholdsvis art. 30, stk. 3 i gældende udbudsdirektiv og art. 29, stk. 3 i det tidligere udbudsdirektiv. Fortolkningen er identisk på trods af, at ordlyden er tilpasset en anelse. Afslutningen på dialogfasen samt opfordring til at præcisere tilbud reguleres i udbudsdirektivet 2014 art. 30, stk. 6 og udbudsdirektivet 2004’ art. 29, stk. 6. Ved at sammenligne ordlyden vurderes det, at der er foretaget en tilpasning af ordlyden. Det vurderes dog, at denne tilpasning ikke betyder ændring af fortolkningen af disse bestemmelser, hvorfor bestemmelsen ikke behandles yderligere.

Ordlyden i Udbudsdirektivs 2014 art. 30, stk. 7 indikerer en forhandlingsmulighed, på trods af dialogfasen egentlig er lukket ved ordlyden *“”På anmodning af den ordregivende myndighed kan der føres forhandlinger med den tilbudsgiver, der har afgivet det tilbud, der afspejler det bedste forhold mellem pris og kvalitet”*. I forhold til udbudsdirektivet 2004 art. 29, stk. 7 kunne ordregiver anmode den vindende tilbudsgiver om en præcisering af tilbuddet. Ved at foretage en sammenligning af de to bestemmelser, kan det konkluderes, at der her er foretaget en ændring. Tidsmæssigt ligger denne sidste forhandlingsmulighed principielt udenfor afhandlingens afgrænsede område, da dialogfasen på dette stadie er lukket. Det er dog relevant alligevel at bearbejde denne fase, da der åbnes op for yderligere forhandling.

Ovenstående udledte ændringer vil i det følgende være genstand for en juridisk analyse, for at afdække på hvilken baggrund ændringerne er foretaget, samt virkningen og fortolkningen af disse ændringer.

3.5 Fortolkning af ændringerne

Udbudsdirektivet 2014 har medført ændringer som er belyst ovenfor. I det følgende kommenteres og fortolkes ændringerne med fokus på betydningen af dem og baggrunden for dem. Analysens struktur er rækkefølgen som ændringerne forekommer i.

3.5.1 Anvendelsesområdet for de fleksible udbudsprocedurer

En væsentlig ændring er, at anvendelsesområdet for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er blevet ensrettet, hvorfor nedenstående både omhandler udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Det følgende indledes med en fortolkning af anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog ud fra udbudsdirektivet 2004, hvorefter det gældende udbudsdirektivs fælles anvendelsesområde for begge udbudsprocedurer, bliver fortolket.

3.5.2 Anvendelsesområdet for konkurrencepræget dialog – 2004

Som det fremgår af udbudsdirektivet 2004 art. 29, var anvendelsen forbeholdt kontrakter af særlig kompleks karakter. En særlig kompleks kontrakt er defineret ved at ordregiver ikke er i stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, som kan opfylde de behov som udførelsen forudsætter. Ordregiver skal i denne sammenhæng vurdere, at det er umuligt at indgå kontrakten ved offentligt eller begrænset udbud. Til fortolkning af betingelsen for anvendelsen efter 2004 direktivet, er betragtning 31 i samme direktiv et væsentligt fortolkningsbidrag. Betragtning 31 foreskriver, at særlig komplekse kontrakter kan opstå i forbindelse med udførelsen af vigtige integrerede transportinfrastrukturprojekter, store edb-net, og komplekse projekter. Med henblik på en sammenligning af anvendelsesområdet for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog ud fra det tidligere udbudsdirektiv anfører René Offersen og Morten Frank⁵⁴ *“Betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog kan læses som mere restriktive end for fremgangsmåden udbud med forhandling”*, hvilket forekommer korrekt. I forhold til brugen af konkurrencepræget dialog efter udbudsdirektivet 2004 anfører Kommissionen⁵⁵, at en kontrakt skal fortolkes som særlig kompleks, hvis ordregiver ikke objektivt kan specificere de tekniske vilkår, som kan opfylde de eksisterende behov og hvis det ikke objektivt er muligt specificere de juridiske og/eller finansielle rammer for projektet. Sue Arrowsmith argumenterer i denne sammenhæng for, at ordregivers skøn, ikke udelukkende skal baseres på om det er *objektivt muligt*. Arrowsmith

⁵⁴ René Offersen og Morten Frank, Konkurrencepræget dialog ved indgåelse af særligt komplekse IT-kontrakter, 2009, s. 5.

⁵⁵ Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive (2004), s. 2.

argumenterer for, at hvis det er objektivt muligt, men omkostningerne, som skal afholdes for at etablere den tekniske, finansielle og juridiske formåen, er uforholdsvist store så vil dette tale for at tillade brugen af konkurrencepræget dialog. Yderligere argumenterer Arrowsmith for, at det er svært at fortage en generel fortolkning af hvad der må anses som tilstrækkelig kompleksitet til at konkurrencepræget dialog kan anvendes⁵⁶. Begrundelsen for dette er, at kompleksiteten ved en kontrakt er meget tæt forbundet med den pågældende kontrakts elementer og unikke fakta. EU-domstolen har ikke taget stilling til denne fortolkning, hvorfor den manglende retspraksis bidrager til, at der ikke foreligger en fuldstændig ensartet fortolkning.

Yderligere var det i udbudsdirektivet 2004 op til de enkelte medlemsstater at beslutte, om de ville tillade anvendelse af konkurrencepræget dialog. Denne frivillighed er med det gældende udbudsdirektiv ophævet, og det er dermed obligatorisk at tillade konkurrencepræget dialog, når betingelserne er opfyldt. Dette må antages at være en indikation på, at brugen af konkurrencepræget dialog ønskes forøget. Det er dog uvist, hvilken betydning det i praksis vil få, idet alle medlemsstaterne inden udbudsdirektiv 2014 havde muliggjort anvendelsen af konkurrencepræget dialog, selvom dette ikke var påkrævet.

3.5.3 Anvendelsesområdet for de fleksible procedurer – udbudsdirektiv 2014

Det er særdeles relevant at fortolke nyskabelserne i udbudsdirektivet 2014 art. 26, stk. 6, nr. i-ii, for at klargøre, hvad ændringen af anvendelsesområdet betyder i praksis. Som følge af, at nr. i-ii er nyskabelser foreligger der i skrivende stund ingen retspraksis, hvor EU-domstolen har fortolket på nr. i-ii. På dette grundlag benyttes primært juridisk litteratur og betragtningerne i udbudsdirektivet 2014 i afhandlingens fortolkning af disse nye betingelser for anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer.

Med henblik på nr. i er det ganske klart, jf. artiklens ordlyd⁵⁷, at anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer er tilladt, når ordregiver har behov for tilpasning i forhold til eksisterende produkter på markedet. Til gengæld er det ikke helt klart, grundet den manglende retspraksis, hvor meget tilpasning der kræves og om artiklen skal fortolkes snævert eller bredt. Foretages en negativ afgrænsning af artiklens rækkevide, bør det være forholdsvis klart, at nr. i medfører, at ordregiver ikke kan anvende de fleksible udbudsprocedurer, når udbuddet omhandler "hyldevarer" eller

⁵⁶ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 876

⁵⁷ Med vægt på: "*kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger*"

“standardydelse”. Deraf skønnes det, at ordregiver har en bred adgang til at benytte nr. i, når der foreligger et behov for tilpasning af allerede eksisterende produkter. Denne relative brede adgang støttes af betragtning 42 som lyder; *“Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger”*. Ligeledes fremhæves det, at en større anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer formentlig vil øge den grænseoverskridende handel. Dette er i overensstemmelse med målsætningen i 2020 vækststrategien samt EU-retten generelle ønske om at åbne det indre europæiske marked for konkurrence. Det som taler imod den brede adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer er, at det vil mindske gennemsigtigheden under et udbud samt risikoen for at der sker en kompromittering af ligebehandlingsprincippet. EU-domstolen fastslog i sagen Kommissionen mod Tyskland⁵⁸, at undtagelser fra udbudspligten skal fortolkes snævert. Det er værd at bemærke, at sagen omhandlede udbud med forhandling uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. Det betyder, at sagens argumenter blot kan bruges til en analog fortolkning idet det i nærværende afhandling er afgrænset fra at inddrage udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.

Der har i den juridiske litteratur⁵⁹ hersket tvivl om, hvorvidt konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling skal betragtes som undtagelsesprocedurer ligesom udbud med forhandling *uden* offentliggørelse. Det må bemærkes, at udbud med forhandling uden offentliggørelse antages at blive mindre tilgængelig for ordregivere i takt med at udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog gøres mere tilgængelige. Dette taler for, at denne procedure må betragtes som værende en undtagelsesprocedure i højere grad end udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. I forhold til de mere almindelige udbudsprocedurer⁶⁰ må udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog forsat betragtes som undtagelsesprocedurer, hvilket Ruth Nielsen og Grith Skovgaard Ølykke tilslutter sig *“... fortsat tale om at anvendelsen af disse producerer er en undtagelse i forhold til brugen af offentlig eller begrænset udbud”*⁶¹. Dette støttes yderligere af betragtning 42, hvori det forlyder *“Medlemsstaterne bør kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller*

⁵⁸ Tyskland mod Kommissionen, sag C-275/08, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland, Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 15. oktober 2009

⁵⁹ Anna Stamhus Nielsen, Betingelserne for anvendelsen af konkurrencepræget dialog i dansk udbudsret, U.2012B.237, note 20 - I noten gengives forfatteres forskellige holdninger vedr. undtagelsesprocedurer. (forfatterne omfatter: Steen Treumer, Sue Arrowsmith etc.)

⁶⁰ Offentlige- og begrænsede udbud

⁶¹ Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 207

begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat". Dog må det antages, at udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er undtagelsesprocedurer i ringere grad end hvad var tilfældet under det tidligere udbudsdirektiv. Ifølge Sue Arrowsmith er dette udsprunget af det udvidede anvendelsesområde, den mere veldefinerede og tydelige regulering samt muligheden for at anvende konkurrencepræget dialog er gjort obligatorisk⁶².

Betingelsen i art. 26, stk. 6, nr. ii omfatter udbud, som kræver design eller innovative løsninger. Betragtning 43 oplister ikke-udtømmende eksempler, hvor brugen af de fleksible udbudsprocedurer er anerkendt. Her kan nævnes *"komplekse indkøb såsom avancerede produkter, intellektuelle tjenesteydelser, f.eks. visse former for konsulent-, arkitekt- eller ingeniørvirksomhed"*. Sue Arrowsmith anfører i denne sammenhæng, at nr. ii som minimum dækker over alle udbud som indeholder et væsentligt design element⁶³. Arrowsmith anfører yderligere, at indførslen af nr. ii højst sandsynligt kommer til at finde anvendelse på især anlægsbyggerier, da store konstruktioner i mange tilfælde indeholder betydelige designelementer. Dog bemærkes det ligeledes, at det er tvivlsomt, hvor stor betydning design elementet skal have for at falde ind under nr. ii. I forhold til *innovative løsninger* er det nødvendigt at tage art. 2, stk. 22 i betragtning. Denne bestemmelse indeholder definitionen på "innovation" i udbudsdirektivet 2014. Essensen af art. 2, stk. 22 i denne sammenhæng er ordene *"indførelse af en ny eller betydelig forbedret vare, tjenesteydelser eller proces"*. Ordlyden indikerer, at der ikke alene skal være tale om en forbedring, men en betydelig forbedring som skal kunne ligestilles med en "ny" vare, tjenesteydelse eller proces. Som det fremgår af betragtning 43, vil ydelser og produkter som kan sidestilles med at være ny eller betydelig forbedret, retfærdiggøre ordregiverens brug af de fleksible udbudsprocedurer jf. nr. i-ii. I den juridiske litteratur⁶⁴ er der forbundet en vis tvivl omkring fortolkningen af nr. ii, da det rent ordlydsmæssigt kræves, at der er tale om innovative løsninger. Tvivlen vedrører definitionen af innovation jf. art. 2, stk. 22. Hvis nr. i kan finde anvendelse, skal der blot være tale om en tilpasning. Det fremgår nemlig ikke af nr. i, at det er nødvendigt at der sker en *betydeligt* tilpasning af allerede tilgængelige varer men blot at der skal ske en tilpasning. I forlængelse heraf kan man,

⁶² Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 2004, s. 879

⁶³ Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 2004, s. 880

⁶⁴ Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 2004, s. 880 Se tilmed Aktuell udbudsret II, kammeradvokaten s. 124

som Sue Arrowsmith⁶⁵ beskriver det, derfor overveje betydningen af, at der stilles krav om at der skal være tale om en *betydeligt* forbedret vare eller ydelse.

I forhold til nr. iii ses det, at indholdet har visse ligheder med betingelserne i det tidligere udbudsdirektivs betingelser for anvendelse af konkurrencepræget dialog. Ligheden består i, at ordregiver kan benytte konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling efter udbudsdirektivet 2014, hvis forhold ved kontrakten gør, at den ikke kan tildeles uden forudgående forhandling. Sue Arrowsmith argumenterer for, at fortolkningen af denne bestemmelse skal tillægges et *best value for money* element, som betyder, at der i nr. iii refereres til situationer, hvor forhandlinger er nødvendige for at opnå den bedst mulige løsning for færrest mulige ressourcer og altså ikke kun i situationer, hvor kontrakten slet ikke kan tildeles uden forhandling⁶⁶. Ligesom det er behandlet ved nr. ii bidrager betragtning 43 til fortolkningen af nr. iii ved at anføre eksempler på, hvornår det kan være aktuelt at benytte de fleksible procedurer⁶⁷.

Med henblik på nr. iv argumenterer Sue Arrowsmith for, at anvendelsesområdet for denne bestemmelse skal fortolkes bredt. Hun diskuterer i denne sammenhæng om ordene ”ikke kan fastlægges tilstrækkeligt” skal fortolkes som at ordregiver skal påvise, at det er umuligt at fastlægge, eller om ”tilstrækkeligt” indikerer, at ordregiver blot skal påvise, at de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges i høj nok grad til at sikre den bedste løsning altså *best value for money*⁶⁸. Betragtning 42 til Udbudsdirektiv 2014 fremhæver, at brugen af især konkurrencepræget dialog har været nyttig, når ordregiver ikke har kunnet fastlægge de vilkår der kan opfylde behovet eller vurdere hvad markedet kan tilbyde af løsninger. Betragtningen, som har en del til fælles med betragtning 31 i udbudsdirektivet 2004, eksemplificer, at sådanne tilfælde kan opstå i forbindelse med udbud omhandlende ”*innovative projekter, gennemførelsen af store integrerede transportinfrastrukturprojekter, store edb-net eller projekter, der indebærer kompleks, struktureret finansiering*”. I disse tilfælde må betingelsen i nr. iv anses for at være opfyldt. Eksemplerne er ikke udtømmende, hvorfor fortolkningen af hvilke projekter der falder ind under bestemmelsen derfor er

⁶⁵ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 880. Se tilmed *Aktuel udbudsret II*, kammeradvokaten s. 126

⁶⁶ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 882

⁶⁷ Udbudsdirektiv 2014, betragtning 43: ”*ved komplekse indkøb såsom avancerede produkter, intellektuelle tjenesteydelser*”

⁶⁸ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 879-880

uklar. Dog må det på, baggrund af Sue Arrowsmith's diskussion af bestemmelsen og selve ordlyden antages, at anvendelsesområdet for nr. iv er forholdsvis bredt jf. følgende citat "*allowing use of the procedure even for simple purchases when there is no formal available standard for describing the purchase*"⁶⁹.

På baggrund af ovenstående analyse fremgår det, at især nyskabelserne i nr. i-ii bidrager til en væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet. Årsagen til at foretage udvidelse af anvendelsesområdet skyldes blandt andet, at interessenter ofte har tilkendegivet behovet for mere fleksibilitet og ligeledes efterspurgt bedre forhandlingsmuligheder⁷⁰, blandt andet efter inspiration fra GPA, hvor forhandlinger har været tilladt i højere grad. Dette ønske om mere fleksibilitet og bedre forhandlingsmuligheder anerkender Kommissionen potentielt kan resultere i en kompromittering af ligebehandling og gennemsigtighed. Herunder er der i den juridiske litteratur tale om, at den øgede fleksibilitet kan øge risikoen for korruption⁷¹. Nr. iii-iv må antages, med den delvist nye formulering, at skulle fjerne den juridiske usikkerhed der herskede ved udbudsdirektivet 2004, hvor det kunne være vanskeligt for ordregiveren at beslutte, om de fleksible udbudsprocedurer var tilladt i en given situation. Dermed har man antageligt forsøgt at eliminere ordregivers tvivl ved brug af de fleksible udbudsprocedurer, som kan have en indirekte betydning på udvidelse af anvendelsesområdet. Sue Arrowsmith fremfører det samme argument, nemlig at ændringer som er foretaget specifikt vedrørende konkurrencepræget dialog har karakter af afklarende bestemmelser, hvis formål er at give ordregivere en større tryghed ved at benytte konkurrencepræget dialog, og dermed få opskaleret brugen af netop denne procedure⁷². Hertil kommer anvendelsen af konkurrencepræget dialog i særdeleshed er blevet udvidet, hvilket nærmer sig Kommissionens oprindelige hensigt med konkurrencepræget dialog, nemlig at der skulle være fri adgang til anvendelsen⁷³. Ligeledes vurderes det, at baggrunden for det udvidede anvendelsesområde, herunder de nye bestemmelser, er indsat med inspiration fra f.eks. GPA og forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor man har haft større succes med at benytte de fleksible udbudsprocedurer.

⁶⁹ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 879

⁷⁰ Kommissionens Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, 2011

⁷¹ Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2015, s. 206

⁷² Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 870

⁷³ Anna Stamhus Nielsen, *Betingelserne for anvendelsen af konkurrencepræget dialog i dansk udbudsret*, U.2012B.237, s. 1

Fortolkningen af ændringer i anvendelsesområdet for brugen af de fleksible udbudsprocedurer, vurderes på baggrund af ovenstående analyse ikke at være sket på baggrund af retspraksis. Det skønnes i denne forbindelse, at ændringerne har en afklarende karakter, som forventes at medføre, at procedurerne i højere grad end tidligere anvendes. Det antages, at udvidelsen af anvendelsesområdet er sket på baggrund af andre faktorer, såsom det generelt stigende behov for fleksibilitet i udbud.

3.5.4 Forhandlings- og dialogfasen

Dialog- og forhandlingsfasen er ikke blevet ensrettet, til forskel for ovenstående analyse af anvendelsesområdet. Først fortolkes udbudsdirektivet 2004 derefter udbudsdirektivet 2014 for til sidst at kunne sammenligne i hvilken grad fortolkningen har ændret sig og hvad der eventuelt har præget denne udvikling. Fortolkningen af bestemmelserne i dette afsnit sker primært på baggrund af fortolkningsbidrag i den juridiske litteratur, da der ikke meget retspraksis på området.

3.5.5 Udbud med forhandling

I det følgende foretages en fortolkning af forhandlingsfasen i udbud med forhandling på baggrund af de ændringer som er blevet belyst tidligere.

3.5.6 Forhandling af minimumskrav og tildelingskriterier

Udbudsdirektivet 2004 art. 29, stk. 3 indikerer, at formålet er at forhandle de modtagne tilbud for at tilpasse dem til fastsatte krav i udbudsbekendtgørelsen.

I retspraksis bidrog EU-domstolen i sagen Scan Office⁷⁴ til fortolkningen af, at ufravigelige udbudsbetingelser ikke må være grundlag for forhandling. Denne fortolkning støttes af Klagenævnet for Udbud som tog stilling til samme spørgsmål i sagen Technicomm A/S⁷⁵. Denne afgørelse er ikke afsagt i EU regi, hvorfor den ikke tillægges EU-retlig værdi. Sagen tager sit

⁷⁴ Scan Office Design, Sag T-40/01, Scan Office Design SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, DOM AF 28.11.2002

⁷⁵ Technicomm A/S mod DSB, 9. Marts 1999 - Selvom den er afsagt i nationalt regi og i 1999, så er det den samme fortolkning af forhandlingsbeføjelserne som man senere anlægger i udbudsdirektivet 2004. Klagenævnet fastslog at DSB handlede i strid med de fastsatte udbudsbetingelser ved at tage et revideret tilbud, som blev fremsendt af en virksomhed som havde deltaget i forhandlingerne men var blevet ekskluderet, i betragtning. Dermed blev det slået fast, at det art. 30, stk. 2 forhindrer, at der kan indgås forhandling om de fastsatte udbudsbetingelser

udgangspunkt i udbudsdirektivet fra 1998, men fortolkningen bruges analogt til fortolkningen af nærværende bestemmelse, da man benytter identiske argumenter. Med henblik på retspraksis er det ganske klart, at ordregiver ikke må foretage forhandlinger om minimumskrav og tildelingskriterier. Forfatterne Simon Evers Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen og Sune Troels Poulsen støtter fortolkningen i retspraksis og anfører yderligere, at der som udgangspunkt må forhandles om alt vedrørende kontrakten, men at man for at sikre konkurrence er nødt til at have visse grænser i forhandlingsbeføjelsen⁷⁶. I denne forbindelse udtrykker Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, at tilpasningen af tilbuddene til minimumskravene, burde kunne tillades med det formål, at ordregiver udelukkende tilpasser sine krav ud fra løsningerne som forhandles og gennemgås i forhandlingsprocessen. Forfatterne argumenterer for, at en sådan tilpasning burde kunne foregå så længe der sikres overholdelse af gennemsigtighed- og ligebehandlingsprincippet⁷⁷.

Dermed synes praksis at tale for en snæver fortolkning af art. 29, stk. 3, som peger på, at ufravigelige udbudsbetingelser samt mindstekrav ikke må være genstand for forhandling, på trods af at udbudsdirektivet 2004 art. 29, stk. 3 ikke er entydig omkring dette. Sue Arrowsmith anfører i denne forbindelse at ordlyden i udbudsdirektivet 2004's art. 29, stk. 3 pålægger ordregiver kun at anføre mindstekrav og ufravigelige udbudsbetingelser, som er absolut essentielle for udbuddet og som ordregiver ved ikke skal ændres⁷⁸. Det må derfor antages at Sue Arrowsmith er af den overbevisning at mindstekrav og ufravigelige udbudsbetingelser ikke må være genstand for forhandling og at ordregiver derfor kun skal fastsætte et minimum af mindstekrav og ufravigelige betingelser.

I forhold til udbudsdirektivet 2014 art. 29, stk. 2 har man foretaget en modificering og præcisering af ordlyden. Man har indført sætningen ”*minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling*”. Den klare og veldefinerede ordlyd har øjensynligt til formål at eliminere alle tvivl ved brugen af denne procedure. Denne nye ordlyd er i overensstemmelse med EU-domstolens tidligere fortolkning i to sager. EU-domstolen udtalte i Storebælts-dommen⁷⁹ at der er tale om

⁷⁶ Simon Evers Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen og Sune Troels Poulsen, EU Udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder”, 2005, s. 250

⁷⁷ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver, 2008, s. 830.

⁷⁸ Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 2004, s. 892

⁷⁹ Storebælt, Sag C-243/89 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, Domstolens dom af 22. juni 1993

traktatbrud og brud på ligebehandlingsprincippet, hvis man gennemfører forhandlinger på baggrund af tilbud som ikke er i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsens mindstekrav. Heraf kan det udledes, at Storebælts-sagen var første gang domstolen indikerede, at mindstekrav er ufravigelige og at der ikke må igangsættes forhandlinger om mindstekrav. I Nordecon-sagen⁸⁰ udtalte EU-domstolen, at ordregiver er nødt til at respektere og drage omsorg for udbudsbekendtgørelsens fastsatte minimumskrav, da en tilsidesættelse af dette vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet. Yderligere tilføjede EU-domstolen, at ordregiver ikke må indlede forhandlinger med tilbudsgivere, som ikke opfylder mindstekravene, da man ellers vil tilsidesætte ligebehandlingsprincippet. Dette bakkes op af direktivets betragtning 45, hvor det meget præcist anføres, at mindstekrav som karakteriserer udbuddets art ikke bør være genstand for forhandling. Ligeledes nævnes tildelingskriterier og vægtning som elementer, som ikke må undergå forhandling. Der er i den juridiske litteratur i forhold til forhandlingsbeføjelserne ikke tvivl om, at der ikke må ske forhandling om minimumskrav og tildelingskriterier. Det faktum, at den juridiske litteratur ikke længere stiller spørgsmålstegn ved hverken ordlyden eller fortolkningen bakker op om det argument som går på, at den præcise og snævre ordlyd, som til dels stammer fra Nordecon-sagen, eliminerer tvivl i forhold til bestemmelsens betydning i praksis. Dette er muligvis set som en nødvendighed, idet man gerne vil have ordregivere til at benytte proceduren i større omfang end tidligere.

Reguleringen af hvad der ikke må være genstand for forhandling er den samme, da dette skal sikre overholdelse af gennemsigtighed- og ligebehandlingsprincippet. Forskellen er at man har skrevet den tidligere fortolkning ind i udbudsdirektivet 2014 for at præcisere og afklare bestemmelsens indhold.

3.5.7 Overholdelse af ligebehandlingsprincippet i forhandlingsfasen

Udbudsdirektivet 2004 art. 30, stk. 3 slår fast, at ligebehandlingsprincippet regulerer forhandlingsfasen. Det antages, at princippet har til formål at definere rammerne for forhandlingen, sikre konkurrencen, øge gennemsigtigheden og sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Art. 30, stk. 3 bidrager ikke med fortolkning til, hvordan ligebehandlingsprincippet, i forhandlingsfasen, skal eller kan efterleves. Denne bestemmelses vage karakter, må siges at give

⁸⁰ Nordecon AS, sag-C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, Domstolens Dom (Fjerde Afdeling) af 5. december 2013

den en grad af overflødighed. Dette begrundes ved, at pligten til at overholde ligebehandlingsprincippet under forhandlingen gælder uden udtrykkeligt at være nævnt i art. 30, stk. 3, da det som nævnt er et grundlæggende EU-retligt princip og desuden nævnes i art. 2.

Til sammenligning er betydningen af udbudsdirektivet 2014 art. 29, stk. 5 anderledes. I denne bestemmelse er der indskrevet en række eksempler på, hvad ordregiver kan gøre for handle i strid med ligebehandlingsprincippet⁸¹. Det må antages, at art. 29, stk. 5's oplyste eksempler ikke er en udtømmende liste, da ordregiver er forpligtet til, til enhver tid at overholde ligebehandlingsprincippet under forhandlingsfasen og i forbindelse med alle tænkelige situationer. Betragtning 45 bidrager til fortolkningen af, hvordan ligebehandling søges overholdt. Denne betragtning angiver, at alle tilbud skal være skriftlige, ligesom art. 29, stk. 5, 3. punktum angiver, at ordregiver skal underrette tilbudsgivere skriftligt om ændringer på baggrund af forhandlingen. Disse skriftlighedskrav er en nyskabelse, hvis funktion er at fungere som dokumentation for, at ligebehandlingsprincippet i forhandlingsfasen er blevet overholdt⁸². Som bidrag til forståelsen af vigtigheden af skriftlighed i forhandlingsfasen kan nævnes, at man i forslaget til den danske Udbudslov i § 66, stk. 4 og § 69, stk. 6 i selve bestemmelserne indskrev, at hele forhandlingsfasen skal dokumenteres skriftligt. Dette bidrag besidder ingen retskildeværdi, men kan bidrage til fortolkningen af, at nyskabelsen i denne bestemmelse er skriftlighed inden for forhandlingsfasen og til at forstå baggrunden for denne nyskabelse.

De anførte eksempler i art. 29, stk. 5 må fortolkes som en "rettesnor" for, hvilke elementer der skal tages hensyn til, for at opnå et tilstrækkeligt niveau af ligebehandling i forhandlingsfasen. Man kan på baggrund af ovenstående argumentere for, at fortolkningen af udbudsdirektivet 2014 art. 29, stk. 5 påkræver, at ordregiver benytter skriftlighed og dertilhørende dokumentation af forhandlingsfasen for at imødekommet princippet om ligebehandling. Det overordnede formål, både i udbudsdirektivet 2004's art. 30, stk. 3 og udbudsdirektivet 2014's art. 29, stk. 5, er at sikre en reel konkurrence ved at overholde ligebehandlingsprincippet. I det gældende direktiv har man blot tilføjet retningslinjer til, hvordan ligebehandlingsprincippet overholdes, antageligt for at gøre det mere tydeligt. Yderligere kan det tænkes, at denne rettesnor har den påvirkning på ordregivere, at de ikke afskrækkes ved at bruge procedurerne og ikke afholder uforholdsmæssige omkostninger i

⁸¹ Direktiv 2014/24/EU, artikel 29, stk. 5, 2-3. Punktum og stk. 5, afsnit 2, 1. punktum

⁸² Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 206

forbindelse med at afholde princippet om ligebehandling.

3.5.8 Konkurrencepræget dialog

Indledningsvis vil der blive foretaget en fortolkning af den sidste adgang til forhandling under konkurrencepræget dialog, som er en ændring jf. tidligere analyse.

3.5.9 Den sidste adgang til forhandling

Det fremgår af Udbudsdirektivet 2004 art. 29, stk. 7, at ordregiver kun kunne anmode den vindende tilbudsgiver om at præcisere og bekræfte visse aspekter af tilbuddet. I ordene *præcisere* og *bekræfte* lægges der ikke op til en dialog eller forhandling, men nærmere at ordregiver kan anmode om at få afklaret aspekter ved tilbuddet. Ydermere er dette kun muligt i det omfang væsentlige aspekter af tilbuddet eller udbuddet ikke ændres. Derudover skal ligebehandlingsprincippet til enhver tid overholdes. Endvidere bidrager Arrowsmith til fortolkningen af hvad der tillades at ”forhandle” om efter art. 29, stk. 7. Dette anfører Arrowsmith som værende elementer, som ikke er væsentlige eller bærende for selve udbuddet⁸³. I forhold til art. 29, stk. 7’s formål mener Arrowsmith, at forhandlingen i denne fase er tiltænkt at skulle centreres om planlægnings spørgsmål, spørgsmål som er blevet negligeret under selve dialogen, ændringer i ordregivers krav som følge af nye omstændigheder på baggrund af politiske ændringer, budget nedskæringer hos ordregiver og fejl i tilbuddet⁸⁴.

Dermed var det jf. udbudsdirektivet 2004 ikke muligt, at føre dialog om selve tilbuddet på dette stadie i processen, da dialogfasen principielt er lukket. Denne fortolkning bakkes op af Kommissionens fortolkningsmeddelelse vedrørende konkurrencepræget dialog⁸⁵. Det anføres i meddelelsen, at bestemmelsens ordlyd og fortolkningen af bestemmelsen blev til på baggrund af udtalelse fra det Europæiske råd⁸⁶.

⁸³ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 938

⁸⁴ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 938

⁸⁵ Explanatory note – Competitive Dialogue – Classic Directive, afsnit 3.3, note 35 - Her argumenteres der for, at ”præcisere” og ”bekræfte” adskiller sig fra reel dialog, hvorfor denne del ikke ansås for værende en del af dialog fasen.

⁸⁶ Kommissionen: EXPLANATORY NOTE – COMPETITIVE DIALOGUE – CLASSIC DIRECTIVE, s. 9 afsnit 3.3.

Med henblik på udbudsdirektivet 2014 art. 30, stk. 7 indikerer ordlyden, at der er sket én betydelig ændring ved at lyde: ”*på anmodning af den ordregivende myndighed kan der føres forhandlinger med den tilbudsgiver, der har givet det tilbud som afspejler det bedste forhold mellem pris og kvalitet.. Med henblik på at bekræfte de økonomiske forpligtelser....*”. Ordregiver har altså tilladelse til at ”forhandle” med den vindende tilbudsgiver for at kunne bekræfte økonomiske forpligtelser m.m. Den ekstra adgang til at føre dialog/forhandle udspringer af, at man har accepteret, at konkurrencepræget dialog er en meget dyr procedure at gennemføre, samt en procedure som har et meget uklart udgangspunkt – i de fleste tilfælde⁸⁷. Sue Arrowsmith anfører, at den ekstra forhandlingsmulighed skal bruges til, at man kan afholde sig fra at føre dialog om visse aspekter under selve dialogfasen velvidende, at man senere kan føre dialog om disse⁸⁸. Ligeledes antages det, at det også begrundes i, at man er velvidende om, at man kan nøjes med at føre dialog om nogle aspekter ved løsningen, med den vindende tilbudsgiver. Dette er dog kun muligt, så længe disse aspekter ikke påvirker ordregivers skøn af, hvilken tilbudsgiver der er den vindende. Dermed kan dialogfasen i et vist omfang afkortes, da det nu er muligt at udskyde forhandling om nogle elementer til denne fase. Yderligere anfører Sue Arrowsmith⁸⁹, vedrørende den sidste adgang til forhandling, at betydningen af ordet *forhandling* indikerer, at det på dette stadie tillades af foretage ændringer på baggrund af denne sidste forhandling. Ændringerne skal være proportionelle og må ikke bevirke, at grundlæggende elementer ændres og ej heller føre til konkurrencefordrejning.

Såfremt ordregiver ikke opnår en tilfredsstillende løsning som resultat af denne sidste forhandling med den vindende tilbudsgiver medfører artiklen, at ordregiver kan gå videre til den tilbudsgiver med det næstbedste tilbud. Dermed indeholder den ekstra adgang til forhandling et incitament til, at tilbudsgiveren altid præsterer optimalt, da det end ikke på dette sene stadie, er givet at vedkommende vil få kontrakten, hvis løsningen ikke er optimal.

Det må på baggrund af fortolkningen af udbudsdirektivet 2014 art. 30, stk. 7 antages, at denne ekstra adgang til forhandling er et udtryk for, at det gældende direktiv udvider muligheden for forhandling og fortolker mere lempeligt angående, hvad der må forhandles om og hvilke ændringer som må foretages i denne periode. Ydermere betragtes denne sidste forhandling som en konkret udvidelse af dialogfasen med henblik på at bruge forhandling til at forbedre ordregivers muligheder

⁸⁷ Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 206

⁸⁸ Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 2004, s. 943

⁸⁹ Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 2004, s. 943

for at opnå den bedst mulige løsning. Altså har indførslen af denne fase indbygget et incitament for tilbudsgiverne i den primære forhandlingsfase, hvor de er nødt til at præstere, da ordregiver kan gå videre til den næstbedste tilbudsgiver.

Sue Arrowsmith fremfører dog et kritikpunkt i forhold til udvidelsen af dialogfasen. Kritikken tager udgangspunkt i den tid og de omkostninger, som er forbundet med selve dialogen, herunder forhandlingsmøderne mellem parterne i løbet af dialogen⁹⁰. Ligeledes anfører Sue Arrowsmith, at ordregiver anvender uforholdsmæssige høje omkostninger i forbindelse med dialogfasen, af frygt for overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Dermed kan en udvidelse af dialogfasen, på trods af det tiltænkte formål, muligvis betyde, at nogle ordregivere skønner at denne procedure er forbundet med for mange omkostninger, og derfor afholder sig fra at benytte den. Omvendt har ordregiver mulighed for, at udskyde forhandling om nogle ”ikke-væsentlige” elementer, til efter man har identificeret det mest favorable tilbud. Det betyder som nævnt, at ordregiver ikke er forpligtet til at føre dialog om disse elementer med alle tilbudsgivere, men blot med én og dermed sparer man antageligt både tid og penge, hvilket taler for at tilførslen af denne fase gør proceduren mere fleksibel og mindre omkostningsfuld.

På baggrund af ovenstående analyser vurderes det, at den øgede adgang til at forhandle, værende den udvidede mulighed for at anvende de fleksible udbudsprocedurer, ikke er en kodificering af retspraksis.

3.6 Delkonklusion

Den øgede adgang til forhandling skyldes hovedsageligt en udvidelse af anvendelsesområdet, mere end en egentlig yderligere regulering af selve forhandling- og dialogfasen. Reguleringen af anvendelsesområdet er til dels foretaget ved at indskrive nye situationer, som retfærdiggør brugen af de fleksible udbudsprocedurer og til dels har EU forsøgt at gøre bestemmelserne mere anvendelige ved en mere tydelige definition i udbudsdirektivet 2014. Det forventes, at denne præcision medfører, at ordregiver i større omfang benytter de fleksible udbudsprocedurer, da mere tydelige bestemmelser betyder, at ordregivere ikke i ligeså høj grad som ved tidligere udbudsdirektiv, afskrækkes af frygt for ikke at overholde ligebehandlingsprincippet.

⁹⁰ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 914

På den måde har EU både direkte og indirekte påvirket anvendelsesområdet. Den direkte påvirkning er sket ved at indsætte nye situationer som muliggør ordregivers brug af de fleksible udbudsprocedurer. Indirekte er anvendelsesområdet blevet påvirket idet EU i udbudsdirektiv 2014 har forsøgt at eliminere ordregivers usikkerhed omkring valg af udbudsprocedure i forbindelse med planlægning af udbuddet. Dette tyder på, at formålet til dels er at få flere ordregivere til at benytte de fleksible udbudsprocedurer for at opnå de positive økonomiske konsekvenser som brugen af de fleksible udbudsprocedurer, herunder forhandlingen, skønnes at medføre.

Der er ikke fundet belæg for, at den øgede adgang til forhandle er foretaget på baggrund af en kodificering af retspraksis. Det vurderes, at den øgede adgang til at benytte de fleksible udbudsprocedurer og dermed til at forhandle og føre dialog skyldes et generelt stigende behov for mere forhandling og fleksibilitet så man i højere grad kan tilpasse sine udbud i forhold til tilbudsgiverens løsninger og da det de fleksible udbudsprocedurer i mange tilfælde, vurderes at skabe større værdi end brugen af de almene udbudsprocedurer.

4 Økonomisk analyse

Analysen indledes med en redegørelse af transaktionsomkostningsteorien, som derefter vil blive benyttet til at belyse tilbudsgivers omkostninger i en udbudsretlig forhandling. Til at supplere til forståelsen af omkostningsallokeringen i et udbud, inddrages udbudsrådets *analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*⁹¹. Ved at anvende resultaterne fra Udbudsrådets analyse belyses tilbudsgivers omkostninger i et udbud ud fra en mere virkelighedsnær fremstilling af omkostningerne da Udbudsrådets analyse er bygget op af empiri. Det skal bemærkes, at Udbudsrådets analyse er interview baseret⁹². Det betyder, at analysens resultater ikke skal anskues som facit, da interviews kan indeholde et subjektivt præg. I stedet skal analysens bruges som indikation på transaktionsomkostningers betydning i udbud. Resultaterne vil blive inddraget og sammenholdt med transaktionsomkostningsteorien for at kunne lave foretage en fyldestgørende fremstilling af transaktionsomkostningerne forbundet med forhandling.

⁹¹ Udbudsrådets Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, december 2011

⁹² Udbudsrådets Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, december 2011, s. 6.

4.1 Transaktionsomkostninger

Teorien vedrører de omkostninger, som er forbundet med virksomheders interaktion med andre aktører. Det kan være transaktionsomkostningerne som en part oplever, når denne forsøger at indgå en aftale med en modpart. Teorien sonder ifølge Oliver Eaton Williamson⁹³, mellem ex-ante og ex-post omkostninger. Der er tale om ex-ante omkostninger, når en virksomhed eksempelvis skal foretage en markedsafdækning for at klargøre, hvem de potentielle samarbejdspartnere er for senere at indgå i forhandlinger. Med andre ord, kendetegnes ex-ante i nærværende afhandling som omkostninger forbundet med virksomheders og ordregiveres søge- og forhandlingsomkostninger. Ex-post omkostninger omfatter de omkostninger, som opstår efter virksomhederne har indgået kontrakten. Ex-post omkostninger kan i mange tilfælde betegnes som kontrolomkostninger. Det kan være kontrol af at kontrakten bliver overholdt, genforhandling eller sanktioner ved kontraktbrud.

Disse to former for omkostninger, som omfatter hver deres periode, anfører Williamson som værende afhængige af hinanden. På denne baggrund vurderes det, at stigning i ex-ante omkostningerne kan betyde et fald i ex-post omkostningerne og vice versa. Dermed kan omkostningerne allokeres mellem de to perioder, som det findes hensigtsmæssigt.

I det følgende vil transaktionsomkostningsteoriens adfærdsmæssige betingelser for teoriens eksistens samt de tre væsentligste dimensioner for transaktionsomkostninger, blive gennemgået.

4.1.1 Adfærdsbetingede aktørforudsætninger

Teorien arbejder med to grundlæggende antagelser, som ifølge Williamson er adfærdsmæssige betingelser for eksistensen af transaktionsomkostninger. Disse to antagelser er konstante, hvilket betyder at de ikke kan justeres eller ændres⁹⁴. De to kerneantagelser er:

Antagelse 1: Økonomiske agenter er begrænset rationelle

⁹³ Amerikansk økonom, født d. 27. September 1932. Præsenterede i 1975 bogen ”Markets and Hierarchies”, hvor transaktionsomkostningsteorien for første gang blev præsenteret som et sammenhængende forskningsprogram.

⁹⁴ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 213

Antagelse 2: Økonomiske agenter er opportunistiske

I forhold til den første antagelse, anfører Williamson, at aktøren vil forfølge sine selviske mål på en logisk og konsistent måde, men samtidig opleves der begrænsninger i behandlingen af den information som er nødvendig i forhold til at indfri målet. I situationer hvor der er flere aktører og hvor der dermed hersker usikkerhed i forhold til, hvad andre aktører beslutter eksisterer der adfærdsmæssig usikkerhed⁹⁵.

Den anden antagelse beskrives af Williamson med begrebet *self-interest-seeking with guile*⁹⁶. Williamson argumenter for, at dette begreb er udtryk for, at agenterne handler opportunistisk, hvilket betyder at agenten vil udnytte en given situation ved eksempelvis at tilbageholde vigtig information eller yde en lavere arbejdsindsats end der er forventet af ham for i sidste ende at optimere sin egen vundne nytte. Transaktionsomkostningsteorien forudsætter ligeledes, at agenter som befinder sig i situationer med asymmetrisk information vil forsøge at udnytte dette til egen fordel.

4.1.2 Variable transaktionsdimensioner

De variable transaktionsdimensioner er, som navnet indikerer, ikke konstante. Det betyder, at der kan justeres på disse tre dimensioner for at styre transaktionsomkostningerne.

Ved at afdække de oplistede transaktionsdimensioner og behandle deres hyppighed er det muligt at specificere en række forskellige beslutningssituationer, som agenterne skal løse⁹⁷.

Dimension 1: Frekvensen hvormed en transaktion gentages

Dimension 2: Graden af usikkerhed, hvorunder en transaktion udføres

Dimension 3: Graden af aktivspecifitet, herunder graden af know-how i en transaktion

4.1.2.1 Dimension 1

⁹⁵ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 215

⁹⁶ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 213

⁹⁷ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 215

Frekvensen af hvor hyppigt en transaktion gentages, har betydning for allokeringen af omkostningerne. Betydningen forekommer f.eks. ved, at en lav frekvens af en transaktion betyder at transaktionen sjældent gentages og på denne baggrund vil der ikke ske læringsprocesser mellem parterne, hvor information om den afholdte transaktionsomkostning kan lagres og bruges. Ligeledes vil det i denne situation ikke kunne betale sig at udarbejde standardiserede processer for ex-ante omkostningerne, herunder f.eks. overvågning af transaktionen⁹⁸. Dette skyldes, at omkostningerne ved at indgå i læringsprocesserne og ved at udarbejde standardiserede arbejdsprocesser ville skulle fordeles på få transaktioner. Omvendt, når frekvensen er høj, har parterne mulighed for at fordele omkostningerne på flere transaktioner og dermed opnå større læring og lagring.

4.1.2.2 Dimension 2

Usikkerhedselementet som udgør dimension to, refererer til flere forskellige typer af usikkerhed under en transaktion. Det kan være situationsbetinget usikkerhed, som betyder at i tilfælde, hvor der er mange handlingsalternativer eller at alternativerne er ukendte, da vil beslutningstageren have svært ved at planlægge pga. agentens begrænsede rationalitet og usikkerheden omkring konsekvensen af den afholdte transaktion⁹⁹. Usikkerheden omfatter yderligere den adfærdsmæssige usikkerhed som inddrager uvidenhed om hvilke beslutninger andre aktører træffer.

4.1.3 Transaktionsomkostninger i udbudsretlig kontekst

I det følgende vil tilbudsgivers transaktionsomkostninger blive gennemgået og forklaret med udgangspunkt i Udbudsrådets analyse af transaktionsomkostninger ved udbud. Ifølge denne analyse kan omkostningerne kategoriseres ved tre faser¹⁰⁰. Første fase er før udbuddets offentliggørelse, anden fase spænder fra offentliggørelsen til kontraktindgåelse og sidste fase er efter kontraktindgåelsen. Disse faser kan benævnes som henholdsvis søge-, forhandlings- og kontrolomkostninger i henhold til transaktionsomkostningsteorien. Det anføres Udbudsrådets analyse, at omkostninger afholdt i én af de tre faser kan påvirke volumen af omkostningerne i de resterende to faser. Det vurderes, at det især ved store og omfangsrige udbud kan vise sig yderst hensigtsmæssigt at være i stand til at allokere transaktionsomkostningerne imellem de tre faser i forhold til hvad der ved den individuelle opgave, er mest hensigtsmæssigt.

⁹⁸ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 215

⁹⁹ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 215

¹⁰⁰ Udbudsrådets Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, december 2011, s. 7

4.1.4 Tilbudsgivers transaktionsomkostninger

Det fremgår af Udbudsrådets analyse, at tilbudsgivers transaktionsomkostninger er størst i anden fase, hvori der skal tages stilling til udbudsmaterialet og hvor det afklares om der skal afgives tilbud¹⁰¹. Yderligere benyttes der som regel store ressourcer i forbindelse med forhandlingsfasen, som er placeret i fase to, i de fleksible udbudsprocedurer. Der er her tale om ex-ante omkostninger. Ex-ante omkostninger må formodes, især for mindre virksomheder som overvejer at afgive tilbud, at være afgørende, da disse virksomheder ofte ikke har in-house ressourcer eller kompetencer til at afgive korrekt og fyldestgørende tilbud, eller til at indgå optimalt i en forhandlingsproces. Det fremgår yderligere af udbudsrådets analyse, at det er ekstra omkostningstungt for virksomheder at forholde sig til meget tung juridisk materiale, hvis de ikke har erfaring med udbud¹⁰². Dette må antages at være særligt relevant, når sagen omhandler de mindre tilbudsgivere. Derudover er det også i anden fase, at tilbudsgiveren beslutter sig for at indgive klage eller anmode om aktindsigt. I disse tilfælde vil omkostningerne øges væsentligt.

4.1.5 Tilbudsgivers aktørforudsætninger

Det må formodes at de faste regler for udbudsprocessen medvirker til, at tilbudsgivere har svært ved at handle irrationelt eller opportunistisk. Det skyldes at de meget faste og ufravigelige juridiske regler medfører, at nogle tilbudsgivere enten bevidst handler opportunistisk eller ubevidst kommer til at agere irrationelt og opportunistisk. Irrationaliteten er ofte ikke bevidst, men bunder i manglende viden og kompetencer. Eksempelvis kan man forestille sig, at tilbudsgivere som er uerfarne i forhold til udbud handler irrationelt ved at anvende ressourcer på udbud, som de reelt ikke har mulighed for at vinde. Det kan både komme til udtryk ved, at uerfarne tilbudsgivere ikke har evnerne til at udføre opgaven, eller som nævnt ovenfor, at tilbudsgiveren ikke har den tilstrækkelig viden til at udarbejde tilbuddet korrekt. I tilfælde hvor tilbuddet er udarbejdet forkert er ordregiver som hovedregel tvunget til at se bort fra tilbuddet. Dog skal det bemærkes, at tilbudsgiveren ved afgivelse af tilbud i forhandlingsfasen kan have incitament til at handle opportunistisk ved at byde aggressivt på opgaven for at få tildelt kontrakten. Det antages at konsekvensen heraf kan være, at tilbudsgiverens profit nærmer sig de marginale omkostninger og derfor er nødsaget til at sænke kvaliteten af arbejdet. Derudover kan der som yderste konsekvens af

¹⁰¹ Udbudsrådets Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, december 2011, s. 59

¹⁰² Udbudsrådets Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, december 2011, 35

opportunistisk adfærd ske karteldannelser, hvori tilbudsgivere indbyrdes korrigerer deres tilbud og eksempelvis deler den aktuelle profit mellem sig.

4.1.6 Transaktionsdimensioner

Problemstillingen for tilbudsgivere er, at de som udgangspunkt, hvis en forlængelsesmulighed ikke er indskrevet, ikke kan få fornyet kontrakten efter den er udløbet, på grund af de udbudsretlige regler om udbudspligt. Dermed har tilbudsgiver afholdt alle sine transaktionsomkostninger på én transaktion og ikke haft mulighed for at fordele omkostningerne på flere transaktioner, som det ellers er at foretrække. Der kan altså ikke opnås forhandlingssædvaner mellem parterne, som kan bidrage til færre transaktionsomkostninger. Den lave transaktionsfrekvens kan betyde, at tilbudsgiveren sænker sit loyalitetsniveau eller ikke tillægger sin loyalitetspligt¹⁰³ samme værdi som man ofte vil gøre i et almindeligt kontraktretlig samarbejde. Netop loyalitetsbegrebet gennemgås senere i analysen.

Udover at tilbudsgiveren ikke blot automatisk kan få fornyet kontrakten efter den er udløbet, handler tilbudsgiveren under usikkerheden om, hvorvidt han får tildelt kontrakten i første omgang. Usikkerheden medvirker til, at tilbudsgiveren må formodes at foretage en afvejning og vurdering af, om omkostningerne ved at afgive tilbuddet er større end sandsynligheden for at vinde/ikke vinde kontrakten. Det må antages at erfarne og store tilbudsgivere er i besiddelse af in-house kompetencer og dermed har bedre muligheder for at foretage en korrekt og præcis afvejning af, om kontrakten kan vindes. I denne forbindelse vurderes det, at uerfarne og mindre tilbudsgivere ikke har samme ressourcer til rådighed, hvorfor disse tilbudsgivere kan blive tvunget til at hyre eksterne konsulenter, hvilket vil øge tilbudsgivers samlede transaktionsomkostninger betragteligt, eller blot undlade at byde på opgaven. Som følge heraf er usikkerheden forholdsvis stor for tilbudsgiverne, i særdeleshed de uerfarne tilbudsgivere.

I det følgende vil neoklassisk teori blive introduceret og gennemgået for at muliggøre en anvendelse af den neoklassiske teoris antagelser på forhandlingsspillet.

4.2 Neoklassisk teori

¹⁰³ Christina D. Tvarnø, Loyalitetspligt og partneringsaftaler, s. 8-9. Findes i I62 Kompendium Kontraktforhandling – strategi og konciperings, 2014, kapitel 6.

De væsentligste neoklassiske antagelser er oplistet i tilfældig rækkefølge nedenfor og vil i det følgende blive gennemgået. Antagelserne har stor betydning for, hvordan virksomheder forventes at agere under en forhandling.

- Profitmaksimerende adfærd
- Fuld rationalitet
- Perfekt information

Den første kerneantagelse er, at virksomheder betragtes som værende profitmaksimerende¹⁰⁴. Som følge heraf vil virksomheders eneste mål være, at øge profitten. Herunder er virksomhederne i teorien både villige og i stand til at følge og indfri denne målsætning på optimal vis. Virksomheder i den pågældende branche besidder ikke unikke træk, men anses for værende fundamentalt ensartede og homogene, da de alle har adgang til samme information og viden. Dette medfører, at virksomhedernes omkostnings- og efterspørgselskurver er identiske.

Den anden kerneantagelse er, at der hersker fuld rationalitet¹⁰⁵. For at kunne handle rationelt er aktørerne nødt til at være fuldt informeret om alle alternativer samt det komplette handlingsmiljø. Det forudsættes, at al information om markedet og samtlige aktører er fuldstændig tilgængelig og gratis – altså at der er perfekt information, som ligeledes er en neoklassisk antagelse¹⁰⁶.

Den perfekte information betyder, at aktørerne ikke afholder transaktionsomkostninger i forbindelse med at tilegne sig information og ej heller når der forhandles eller foretages transaktioner aktørerne imellem. Det betyder dog også, at alle aktører besidder den samme information. Hvilken beslutning der anses som det rette handlingsalternativ afhænger af konsekvenserne af samtlige alternativer og hvilke nytteværdier disse tillægges. Den perfekte information og fulde rationalitet betyder tilsammen, at aktører er i stand til at gennemskue alle konsekvenserne af alle handlingsalternativer og hvilken nytte disse medfører.

¹⁰⁴ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 54

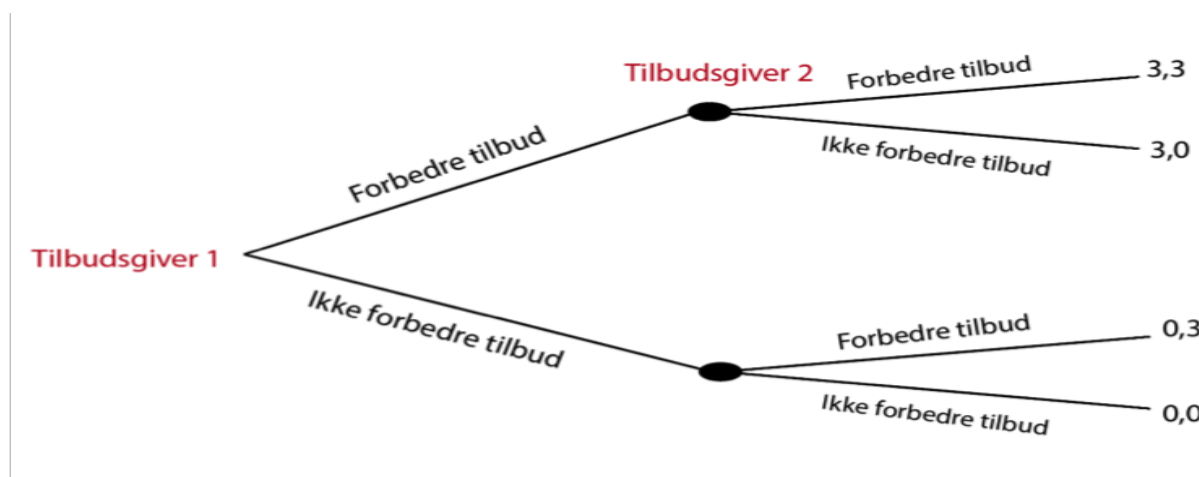
¹⁰⁵ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 54

¹⁰⁶ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 54

De ikke eksisterende transaktionsomkostninger betyder, at transaktioner mellem aktører på markedet foretages uden omkostninger, samt at der ikke indgår omkostninger ved at forhandle eller søge efter information og ej heller ved at anvende informationen.

4.2.1 Det neoklassiske spil

I det følgende er opstillet et spil i ekstensiv form¹⁰⁷, hvor en forhandlingssituation forsøges simuleret. Formålet er i første omgang at se, hvordan to tilbudsgivere vil gribe forhandlingen an, hvis de er påvirket og underlagt de neoklassiske antagelser. Spillet ansues fra tilbudsgivers synspunkt og har fokus på, om de i en forhandlingssituation vælger at forbedre deres tilbud eller ej, samt hvilke konsekvenser der er forbundet herved.



Spillet gennemføres med henblik på at foretage en analyse af tilbudsgivernes adfærd og valg af strategi i en forhandlingssituation. Således bliver to tilbudsgivere betragtet i forhold til deres valg af strategi under forhandlingen med ordregiveren. Som det fremgår af spillet deltager to spillere, tilbudsgiver 1 og tilbudsgiver 2. De træffer deres strategivalg ved sekventiel beslutningstagen som betyder, at tilbudsgiver 1 træffer sit valg, hvorefter tilbudsgiver 2 træffer sit valg. Når tilbudsgiver 1 har foretaget sit valg, har tilbudsgiver 2 fuld viden herom. Det er antagelsen om perfekt information som betyder, at begge spillere er vidende om alle handlingsalternativer – både for sig selv og for

¹⁰⁷ Forhandlingsspillet dynamiske natur illustreres bedst ved den ekstensive form. Se tilmed Robert Gibbons, A primer in Game Theory, 1992 s. 4

den konkurrerende tilbudsgiver. Begge tilbudsgivere kan vælge imellem to strategier; at forbedre deres tilbud eller ikke forbedre deres tilbud. Derudover har de kendskab til hinandens pay-off ved hvert strategivalg.

Den fulde rationalitet betyder, at tilbudsgiverne ikke oplever begrænsninger i forhold til at lagre og bearbejde den nødvendige information for at kunne forbedre løsningen. Yderligere betyder den fulde rationalitet, at tilbudsgiverne altid vil være profitmaksimerende, som den neoklassiske teori foreskriver. Tilbudsgiverne vil dermed altid forsøge at optimere profitten og dermed forbedre sit tilbud.

Da spillet som omtalt indeholder perfekt information identificeres Nash-ligevægten typisk ved at benytte baglæns-induktion-metoden¹⁰⁸. Denne metode er kendetegnet ved, at spillet begynder ved det afsluttende knudepunkt. Herfra kan man forudse hvad tilbudsgiver 2 vil vælge, baseret på hvad tilbudsgiver 1 har valgt, da det forudsættes at tilbudsgiveren vil foretage det valg, som medfører størst mulig pay-off. Denne forudsigelse hører ligeledes sammen med den neoklassiske antagelse om at virksomhederne til enhver tid vil stræbe efter størst mulig profit. I spillet betyder det, hvis der tages udgangspunkt i beslutningstræets øverste knudepunkt, at tilbudsgiver 2 altid vælger at forbedre tilbuddet, da dette resulterer et pay-off på 3. Tilbudsgiver 2 vil aldrig, under disse antagelser, vælge ikke at forbedre tilbuddet velvidende, at hans tilbud i sidste ende vil være præcis lige så godt som tilbudsgiver 1's tilbud, da de har ens kompetencer. Det medfører, at der er præcis 50% chance for at vinde kontrakten i sidste ende. Tilbudsgiver 2 vil i beslutningstræets nederste knudepunkt ligeledes altid vælge at forbedre sit tilbud. Det er i denne sammenhæng vigtigt at påpege, at tilbudsgiver 1 reelt aldrig vil vælge ikke at forbedre løsningen, da han har fuld viden om at tilbudsgiver 2's valg, pay-off ved at vinde kontrakten og at man udelukkende kan vinde ved at forbedre løsningen.

Det betyder, at begge tilbudsgivere altid vil vælge at forbedre deres løsning og dette strategivalg bliver i spilteoriens terminologi benævnt som værende spillernes dominerende strategi¹⁰⁹. Det betyder endvidere, at spillets Nash ligevægt er (3,3). Det fremgår derfor også af spillet, at forhandlingen blot vil forsætte til næste runde efter begge tilbudsgivere har forbedret deres tilbud,

¹⁰⁸ Prajit K. Dutta, *Strategies and Games – Theory and Practice*, 1999 s. 157

¹⁰⁹ Prajit K. Dutta, *Strategies and Games – Theory and Practice*, 1999 s. 41

da forhandlingen kræver én vinder. I næste forhandlingsrunde, vil pay-off forblive det samme som i den foregående runde, da der ingen omkostninger er forbundet med forhandlingen. Til at forklare, hvorfor forhandlingen blot forsætter og ingen af tilbudsgiverne reelt vinder, er det værd at nævne den neoklassiske antagelse om at alle virksomheder (tilbudsgivere) har samme viden og identiske kompetencer. Der eksisterer derfor fuldkommen vidensdeling, hvorfor der aldrig vil opstå en situation hvor den ene tilbudsgivers tilbud er bedre end den andens. Til sidst er det vigtigt at fremhæve, at tilbudsgiverne ikke har omkostninger ved at deltage i forhandlinger over en længere periode som følge af, at forhandlingen forsætter og at begge tilbudsgivere er vidende om, at der er nøjagtig lige stor sandsynlighed for at vinde.

Det neoklassiske spil er bestemt af flere situationsbetingede antagelser, som ikke giver et særlig nuanceret bidrag til forståelse af virkelighedens forhandlingssituation. I denne sammenhæng fremhæves det dog af Milton Friedman¹¹⁰, at teorier dybest set aldrig kan forklare en observerbar virkelighed, men derimod kan anvendes til udlede en række forudsigelser af en situation¹¹¹. Det antages, at et dette synspunkt er særdeles gældende for en teori som den neoklassiske, som har mange situationsbetingede antagelser.

4.2.2 Dramateorien – supplerende aspekter

I det følgende inddrages ræsonnementer fra dramateorien, som er en videreudvikling af spilteorien¹¹². Dramateorien tilføjer en ekstra dimension til den neoklassiske fremstilling af forhandling. Det gør den fordi teorien anerkender, at menneskelig interaktion ikke sker under konstante forhold¹¹³, hvorfor der under konstante forhold ikke kan findes en tilfredsstillende løsning på f.eks. en forhandlingssituation¹¹⁴. Hertil betragter dramateorien spillernes præferencer og muligheder som variable og påvirkelige af spillerne, hvorfor teorien forudsætter, at spillet blot vil ændres indtil alle konflikter er løst og en løsning er fundet.

For at teorien kan finde anvendelse, er det nødvendigt at inddrage ordregiver som den ene forhandlingspart. Baggrunden for dette er, at dramateorien forudsætter, at de to forhandlingsparter

¹¹⁰ Milton Friedman 31. Juli 1912 – 16. November 2006. Amerikansk fremtrædende liberal økonom.

¹¹¹ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 1 – Videnskabsteori og forklaringstyper 1994, s. 72-73

¹¹² Drama Theory blev udviklet af Nigel Howard og er en videreudvikling af spilteorien. Teorien inddrager følelser, risikovillighed og irrationalitet.

¹¹³ Nigel Howard, Resolving Conflicts In a Tree: Drama theory in the extensive form, s. 2

¹¹⁴ Nigel Howard, Resolving Conflicts In a Tree: Drama Theory In The Extensive form, s 3.

kan interagere med hinanden, da emotionalitet ellers ikke vil kunne inddrages. Dermed afviger det følgende afsnit fra det neoklassiske spil i den forstand, at der tidligere udelukkende var fokus på tilbudsgiveres adfærd i forhandlingen, hvorimod fokus i det følgende afsnit er en forhandling hvor ordregiver forhandler med tilbudsgiver.

4.2.3 Det emotionelle aspekt

Dramateorien inddrager, at præferencer og valg i en vis grad er variable af aktørernes følelser¹¹⁵. Præferencer og de bagvedliggende følelser er i praksis vigtige faktorer under en forhandling, da disse udgør en essentiel del af spillerens motivation, som påvirkningsfaktor af spillerens strategivalg.

Ifølge dramateorien handler parterne som udgangspunkt rationelt idet de søger at opfylde deres givne præferencer, som eksempelvis kan være profitmaksimering. Disse præferencer kan undervejs ændres, både ubevidst af parten selv men også ved, at modparten bevidst forsøger at påvirke dem¹¹⁶. Teorien foreskriver, at ændringer i præferencer er forbundet med en vis grad af irrationalitet og at disse ændringer skyldes følelsesmæssig påvirkning. Handlinger foretaget på baggrund af følelser fremprovokerer irrationaliteten hos spillerne og denne irrationalitet kan være med til at ændre eller redefinere spillet. Spillet vil på denne vis, ifølge teorien, ændres indtil alle konflikter er løst eller til en af parterne skrider til handling. Det kan dermed udledes af dramateorien, at teorien forudsætter, at spillet ikke vil fortsætte uendeligt, da spillerne undervejs vil redefinere spillet og det medfører i sidste ende, at spillet løses.

Der sondres i teorien mellem positive følelser, som eksempelvis er forståelse og goodwill og negative følelser som kan være had og vrede. De positive og negative følelser afstedkommer henholdsvis positive og negative handlinger.

I det tilfælde, hvor part A har positive følelser overfor part B, kan det resultere i at part A ændrer sin præference for at nærme sig part B's præference og dermed kommer parterne tættere på en aftale. Ved denne type ændring foreligger der en grad af irrationalitet, da part A tilsidesætter sin

¹¹⁵ Nigel Howard, Drama Theory and Its Relation to Game Theory. Part 1: Dramatic Resolution vs. Rational Solution, 1994, s. 199

¹¹⁶ Nigel Howard, Drama Theory and Its Relation to Game Theory. Part 2: Formal Model of the Resolution Process, 1994, s. 215

egen præference til fordel for part B's præference¹¹⁷. Ved at tilsidesætte egne præferencer signaleres det, at ens påstande er troværdige og at man ønsker en fælles løsning.

I forhold til de negative følelser ændrer part A sin præference for at distancere sig yderligere fra part B's præference, hvorfor det irrationelle bliver udtrykt ved, at man samtidig distancerer sig fra aftaleindgåelse. Ved denne type af ændring signaleres det, eksempelvis ved trusler, at man ikke er villig til at gå på kompromis med egne præferencer og samtidig agter at fastholde sit forhandlingsudgangspunkt, herunder den situation som dramateorien benævner som konfliktpunktet¹¹⁸.

Parternes præferencer har stor indflydelse på parternes adfærd under forhandlingen og kan påvirke deres strategivalg, og derved, modsat neoklassiske antagelser, betyde at strategivalget ikke udelukkende træffes på baggrund af muligheden for at optimere sin profit. Som det er illustreret ovenfor, forsøger parterne at signalere, at deres påstande er sande, eller at potentielle trusler, er noget de agter at stå ved.

4.2.4 Risikovillighed

Et aspekt afledt af ovenstående er, at det må antages, at der ved fremførelse af sådanne påstande opstår et spørgsmål om parternes risikovillighed. Det skal forstås, at der vil være forbundet en risiko ved at tro på A's påstande, da disse kan være løgne som han bevidst anvender til at manipulere B. Det må formodes at både A og B ønsker den bedst mulige aftale de hver især kan opnå. På den baggrund må B være af den overbevisning, at A fremlægger de nødvendige påstande, som han ønsker B skal tro på - så A selv opnår den bedst mulige aftale. Derfor må B alt andet lige foretage en risikovurdering af, hvorvidt han tror, at A eksempelvis ikke længere kan forbedre løsningen yderligere. Antages sandsynligheden for at være 50% for, at sådan en påstand er sand eller falsk, da betyder det at der er 50% chance for at B opnår en bedre aftale. I tilfældet af, at B er risikoavers vil han ikke påtage sig den risiko som er forbundet med at tro/ikke tro på A's påstand, da det kan resultere i en dårligere aftale med ligeså stor sandsynlighed. Ændres A til at være risikoneutral, vil

¹¹⁷ Nigel Howard, Drama Theory and Its Relation to Game Theory. Part 1: Dramatic Resolution vs. Rational Solution, 1994, s. 199

¹¹⁸ Nigel Howard, Drama Theory and Its Relation to Game Theory. Part 1: Dramatic Resolution vs. Rational Solution, 1994, s. 194

han være indifferent i forhold til at påtage sig en risiko, så længe sandsynligheden er 50% for begge udfald. Hvis A er risikosøgende, påtager han sig altid risikoen og satser på at opnå en bedre aftale.

På den baggrund antages det, at tilbudsgiverens- og ordregiverens risikoprofil er en afgørende faktor for hvilken aftale der indgås. Det er ikke sådan, at man i praksis kan påføre hvilken risikoprofil den enkelte har. Det afhænger eksempelvis af situationen og de nærmere omstændigheder¹¹⁹. Risikoprofilen kan være skiftende, det vil sige at man kan handle risikoneutralt i en forhandling, men risikosøgende i en anden forhandling. Man kan antageligt argumentere for, at erfarne og ressourcestærke tilbudsgivere har en mindre grad af risikoaversion sammenlignet med uerfarne og små tilbudsgivere. Tankerne bag sådan et argument er, at de erfarne tilbudsgivere til dels bør have bedre kompetencer til at foretage en korrekt risikovurdering samt at de, såfremt at de træffer en forkert risikoafvejning, vil have de økonomiske ressourcer til dække et eventuelt tab på baggrund af afvejningen. På denne baggrund kan man argumentere for, at mindre tilbudsgivere under forhandlingen kan have større incitament til at være risikoavers end store og ressourcestærke tilbudsgivere. Villigheden, eller manglen på samme, til at påtage sig risiko er en medvirkende faktor i forhold til tilbudsgiverens værdi af forhandlingen.

4.3 Adfærdsteori

Adfærdsteorien udspringer af den neoklassiske teori og er blevet pendanten til netop neoklassicismen. Adfærdsteorien gør op med, at alle interessenter handler rationelt og er fuldt informerede. Udvalgte adfærdsteoretiske antagelser er oplistet nedenfor og vil i det følgende blive gennemgået¹²⁰.

- Begrænset rationalitet
- Transaktionsomkostninger
- Ufuldstændig information
- Satisfiering-som-maksimering-hypotesen

¹¹⁹ Robert H. Frank, Microeconomics and behavior, 8. udgave, s. 183

¹²⁰ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 130

Udviklingen af adfærdsteorien er opdelt i tre faser. I første fase af teorien betragtes virksomheder som et system af enkeltagenter med forskellige præferencer, i stedet for at anskue virksomheden som én enhed med ét sæt præferencer og ét mål, hvilket medfører at virksomheder anses for begrænset rationelle¹²¹.

Teorien forudsætter, at den begrænsede rationalitet er en forudsætning, da der ikke eksisterer en nøjagtig præferenceordning, hvor samtlige handlingsalternativer kan rangordnes og hvor det kan vurderes, om den trufne beslutning udgør det bedste alternativ indenfor et givent mulighedsområde. Dette kommer til udtryk ved, at virksomheder tilfredsfer i stedet for at optimere, hvilket vil sige at der findes en løsning som er tilstrækkelig eller blot brugbar, frem for at identificere den optimale løsning¹²². Om dette udtalte Georg Stigler¹²³, at det ikke altid er rationelt at vælge det optimale alternativ, hvis informationsomkostningerne ved at identificere dette alternativ er for store – han kaldte denne hypotese for tilfredsfering-som-maksimering-hypotesen¹²⁴.

Fase to i teorien har fokus på, at virksomheder skal opfattes som adaptive rationelle systemer frem for komplet rationelle systemer¹²⁵, som det modsætningsvis antages i den neoklassisk teori.

Elementet af adaption består i, at virksomhederne ved at tage beslutninger tilegner sig erfaring og information som man forsøger at bruge næste gang der skal træffes en beslutning. Virksomheden og beslutningstagerne i virksomheden ændrer dermed adfærd som resultat af omgivelsernes adfærd og på baggrund af de informationer og erfaringer som det er muligt at indsamle, lagre og anvende¹²⁶.

Fase tre forudsætter, at virksomheden er en adaptiv enhed fordi den ændrer sin adfærd på baggrund af tidligere erfaringer, men også fordi den træffer beslutninger under usikkerhed og uvidenhed¹²⁷.

Usikkerheden består i, at virksomheder ikke har fuld og tilstrækkelig information om, hvilke handlingsmuligheder der eksisterer og hvilke konsekvenser de forskellige muligheder medfører. Den manglende information er et resultat af, at der er forbundet transaktionsomkostninger ved

¹²¹ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 119-120

¹²² Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 119

¹²³ 7. Januar 1911 – 1. December 1991. Amerikansk økonom og en del af ”Chicago skolen”. Stigler arbejdede hovedsageligt med informationsøkonomi og ”public choice”.

¹²⁴ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 130.

¹²⁵ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 124

¹²⁶ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 124

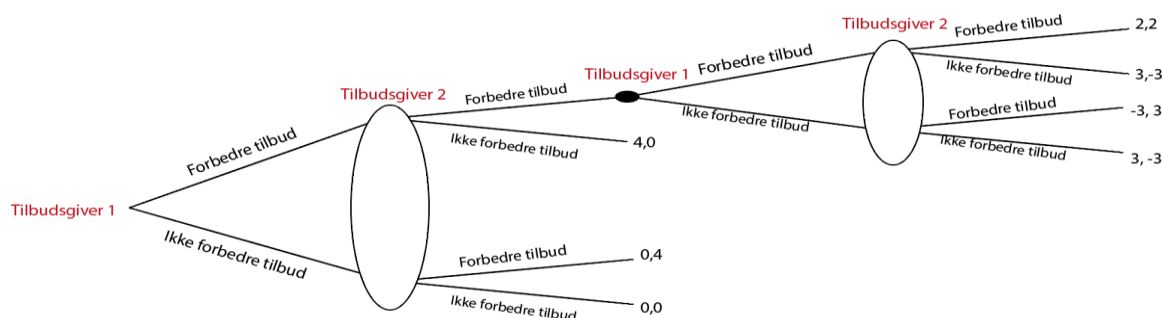
¹²⁷ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 2 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 126-127

eksempelvis at søge efter information og ved at forhandle. Optimalt set vil virksomheden, grundet dens adaptive natur, forsøge at lære af de erfaringer som udspringer af beslutninger som foretages under usikkerhed, for senere at kunne handle mere rationelt.

I adfærdsteorien spiller antagelsen om, at der eksisterer transaktions- og informationsomkostninger en stor rolle. Omkostninger af denne art har betydning for enhver beslutningsproces, da vurderingen af om en given handling giver forøget nytte baseres på, om den vundne nytte overstiger omkostningerne forbundet med at opnå nytten. Yderligere er transaktionsomkostninger den eneste af adfærdsteoriens antagelser, som aktørerne selv kan justere på efter behov jf. afsnit om transaktionsomkostninger.

4.3.1 Det adfærdsteoretiske spil

I det følgende rettes fokus mod nedenstående ekstensive spiltræ, som er tilpasset de adfærdsteoretiske antagelser. Som følge af, at adfærdsteorien inkluderer transaktionsomkostninger, vil resultaterne fra transaktionsomkostningsanalysen blive inddraget.



Ved gennemgangen af spillet ses det, at spillet stadig tager udgangspunkt i to tilbudsgivere.

Tilbudsgiverne træffer sine strategivalg ved sekventiel beslutningstagen. Modsat det neoklassiske spil, har tilbudsgiverne i dette spil forskellige informationssæt som illustreres ved cirklerne rundt om knudepunkterne. I praksis betyder det, at tilbudsgiver 2 ikke har viden om tidligere truffede beslutninger. Det skyldes at tilbudsgiverne ikke længere har perfekt information. Begge tilbudsgivere kan stadig vælge imellem to strategier 1) at forbedre sin løsning eller 2) ikke forbedre sin løsning.

Inden spillet løses og gennemgås er det relevant at forklare ræsonnementet ved at udvide spillet med flere knudepunkter i forhold til det neoklassiske spil. Baggrunden for dette er, at tilbudsgiverne oplever forhandlingsomkostninger. Ligeledes er der søgeomkostninger forbundet med at indsamle information og forbundet med at forbedre sit tilbud. Hvis spillet udelukkende løses ved samme metode som det neoklassiske spil (rent spilteoretisk), vil resultatet blive 2,2, da begge tilbudsgivere vil forbedre løsningen og spillet vil derfor fortsætte til næste forhandlingsrunde. Dette kan være misvisende, men skyldes, at beslutningstræet spilteoretisk ikke tager hensyn til transaktionsomkostninger, den begrænsede rationalitet og satisfieringshypotesen. Det er nødvendigt at analysere og forklare spillet for at illustrere, hvilke yderligere faktorer der kan påvirke spillet så det ikke blot forsætter.

Parternes transaktionsomkostninger betyder, at tilbudsgivernes pay-offs er proportionelt faldende med den tid forhandlingen tager. Dette giver tilbudsgiverne incitament til at præstere så godt som muligt tidligt i forhandlingen. I spillet er det belyst ved, at tilbudsgivernes pay-off ved at vinde i første runde er 4, hvorefter det er 3 i anden runde. Endvidere vil tilbudsgiveren nå til et vist punkt, hvor omkostningerne overskrider den sandsynlige profit, og derfor vil det ikke længere være at foretrække at forbedre tilbuddet. Det betyder, at tilbudsgiver 2 kan ende med til sidst ikke at forbedre, hvorfor spillet ender med pay-off 3,-3. Tallet -3 illustrerer, at tilbudsgiver 2 har haft omkostninger ved at nå hertil i forhandlingen og da forhandlingen ikke vindes, vil tilbudsgiver 2 kun stå tilbage med de afholdte omkostninger. Dertil hører også, at tilbudsgiverne er begrænsede rationelle, hvorfor det ikke er givet, at information som er nødvendig for at kunne forbedre tilbuddet, kan bearbejdes og anvendes.

Den begrænsede rationalitet eksisterer i sammenhæng med satisfierings-teorien. Denne hypotese betyder, at tilbudsgivere ikke udelukkende vil agere ud fra forudsætningen om, at optimere profitten. Risiko er i forhold til satisfiering en faktor, da det i forhandlingen kan være for omkostningstungt at blive ved med at optimere sin målsætning i forhold til, at der altid vil være en risiko for, at man ikke vinder forhandlingen og dermed kontrakten. Tilfældet kan også være, at en tilbudsgiver efter at have deltaget i forhandlingsfasen i et stykke tid ikke længere forventer at vinde kontrakten, hvorfor tilbudsgiver ifølge satisfieringshypotesen vil trække sig ud af forhandlingen med et pay-off på -3, da det vurderes at sandsynligheden for at vinde ikke overskrider afholdte omkostninger. Det vil sige, at vurderingen skal baseres på en afvejning af risikoen for at afholde

omkostningerne uden mulighed for at afskrive over en følgende driftsperiode kontra det forventede pay-off, som kan opnås ved at vinde.

Det er værd at fremhæve, at tilbudsgiverne under adfærdsteorien som sagt kan have forskellig baggrundsviden, forskellige ressourcer, kompetencer og forskellig forhandlingsstyrke. Disse faktorer kan påvirke tilbudsgivers mulighed for at vinde udbuddet. Det er tænkeligt, at spillet vil nå et punkt, hvor kun tilbudsgiveren med de bedste kompetencer vil være i stand til at forbedre tilbuddet uden omkostningerne overskrider den forventede profit ved at vinde. Dette taler for at store og erfarne tilbudsgivere bliver favoriseret under forhandlingssituationer i de fleksible udbudsprocedurer.

Forskellen i kompetencer og ressourcer kommer til udtryk ved, at hvis ingen af tilbudsgiverne i anden runde forbedrer tilbuddet, vil tilbudsgiver 1's tilbud være det mest fordelagtige for ordregiver, hvorfor tilbudsgiver 1 derfor vinder kontrakten. Dette er illustreret ved pay-off 3,-3 i nederste knudepunkt. Der kan dog argumenteres for, at forhandlingen muliggør at mindre tilbudsgivere, som er specialiseret indenfor et felt, via forhandlingen kan bevise overfor ordregiver, at netop deres tilbud opfylder ordregiverens behov på bedst mulig vis - såfremt de har kompetencer og ressourcer til at indgå i forhandlingen.

4.3.2 Asymmetrisk information og loyalitet

I det følgende vil faktorerne loyalitet og asymmetrisk information blive gennemgået i forhold til forhandling. Det bemærkes i denne sammenhæng, at en tilbudsgivers tidligere loyale adfærd ikke må spille en rolle i vurderingen af tilbud, da ordregiver har pligt til at vurdere tilbuddet ud fra fastsatte objektive kriterier og på en måde, som lever op til både ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. I nærværende afhandling antages det dog, at ordregiver ligesom tilbudsgiver er begrænset rationel og at dennes beslutninger derfor præges af erfaringer og kendskab. På denne baggrund kan tilbudsgiver strategisk anvende loyalitetsbegrebet under forhandlingen, hvorfor det må anerkendes som et vigtigt parameter i forbindelse med forhandlingen.

Det er ikke muligt, at tildele kontrakten på ny til samme tilbudsgiver, på baggrund af, at tilbudsgiveren har færdiggjort arbejdet på tilfredsstillende vis - medmindre der er indsat mulighed

for forlængelse i selve udbuddet. Det er let at forestille sig, at hvis tilbudsgiveren objektivt kunne bedømmes på loyalitet og tidligere erfaringer ville dette fremme tilbudsgivers incitament i at handle loyalt. Ordregiveren ville, som følge af tidligere erfaringer, kunne aflæse om tilbudsgiveren er prædisponeret til at agere loyalt. Hvis det er tilfældet, må det antages at tilbudsgiveren vil få en fordel under forhandlingen.

Tilbudsgiverens manglende incitament til at agere loyalt kan komme til udtryk ved opportunistisk adfærd. Opportunistisk adfærd udtrykkes ved, at tilbudsgiveren tilbageholder privat og væsentlig viden på baggrund af asymmetrisk information i forhandlingen. Graden af asymmetrisk information i forhandlingen har betydning for efficiensen af den efterfølgende kontrakt og illustreres ved nedenstående spilteoretiske matrix. Dette matrix har til formål, at anskue det samfundsmæssige tab ved graden af asymmetrisk information i en forhandlingssituation, samt at belyse efficiensen af forhandling hvis tilbudsgiver vælger henholdsvis høj eller lav asymmetrisk information. Ordregivers niveau af asymmetrisk information er i denne fremstilling en variabel, som er med til at bestemme efficiensen af forhandling . Spillet er opbygges således, at det udtrykker de to parter valg af asymmetrisk informationsgrad i forhandlingen. Angivelse af pay-off har ikke relation til en økonomisk prissætning, men anvendes blot som symbolik til gennemgangen af matrixen.

		Tilbudsgiver	
Ordregiver	Grad af Asymmetrisk information	HØJ	LAV
	HØJ	-5,-5	0,-8
	LAV	-8,0	-1,-1

Det er ofte tilfældet, at tilbudsgiver har ekspertviden og information som ikke er til ordregiverens umiddelbare rådighed, hvorfor tilbudsgiver kan handle opportunistisk ved at enten skjule eller lyve om aspekter i sit tilbud. Dette er illustreret ved pay-off (0,-8). Tilbudsgiveren kan i sådan en situation forsøge at udnytte den asymmetriske information via opportunistisk adfærd til sin egen

fordel, da det i denne rubrik forudsættes at ordregivers asymmetriske information er lav. Tilbudsgiver er i højere grad til i stand til at optimere sin egen værdi af forhandlingen, hvis ordregiver samtidig ikke i høj grad er i besiddelse af asymmetrisk information.

I de situationer, hvor differencen mellem parternes niveau af asymmetrisk information er størst, det vil sige i $(0,-8)$ og $(-8,0)$, vil der være en øget risiko for moral hazard adfærd til skade for den part, som har den lave grad af asymmetrisk information. Niveauet af asymmetrisk information i disse punkter er betinget af, at den ene part vælger ikke at delagtiggøre den anden part i den information som parten har til rådighed. Moral hazard gennemgås i det følgende afsnit.

Tilbudsgiver vil givet vis være klar over, at tilbudsgivers høje asymmetriske information kan bidrage til at maksimere egen nytte under forhandlingen. Yderligere kan den høje asymmetriske information være med til at forbedre sandsynligheden for at vinde, men med det kendskab følger samtidig også en frygt for, at andre tilbudsgivere under deres forhandling med ordregiver, udnytter den asymmetriske information som de har til rådighed til deres fordel. Hvis tilbudsgiver og ordregiver begge vælger at tilbageholde information og dermed begge har en høj grad af asymmetrisk information, da vil begge have mulighed for efterfølgende at agere opportunistisk – dette udtrykkes ved $(-5,-5)$. Resultatet heraf minimerer den samlede efficiens af forhandlingen og den efterfølgende kontrakt. Den samfundsmæssige værdi er i denne situation på -10 , som er det samfundsmæssigt dårligste udfald. Når spillet ender på $(-5,5)$ vil der ikke opstå vidensdeling mellem tilbudsgiver og ordregiver. Dette medfører, at ordregiver ikke får den optimale værdi ud af forhandlingen, fordi det ikke gøres klart at tilbudsgiver er i stand til at præstere bedre, på baggrund af den asymmetriske information, end hvad ordregiver i kravspecifikationen har tilkendegivet et ønske om. Yderligere kan ordregivers høje niveau af asymmetrisk information være udtryk for at kravspecifikationen, hvori det gøres klart hvilke krav ordregiver stiller til tilbudsgiver, er uambitiøs og, at ordregiver havde mulighed for at optimere kravene og dermed tilbudsgivers indsats, hvilket kunne medvirke til at øge den samlede efficiens af forhandlingen.

Partenes valg af strategi kan præges ved at tilføre tilbudsgiveren incitamenter til ikke at udnytte den asymmetriske information, som det eksempelvis gøres via regulering. Desuden er tilbudsgiveren velvidende om, at forhandling er en udbudsretlig konkurrence. På denne baggrund kan det være nødvendigt at dele information i håb om at opnå større sandsynlighed for at vinde. Dog kan

konkurrencen ligeledes fungere som incitament til at udnytte den asymmetriske information, hvis tilbudsgiver frygter, at andre tilbudsgivere vil gøre det samme.

Punktet (-1,-1) indikerer det niveau af asymmetrisk information, som fra et samfundsmæssigt perspektiv er mest eftertragtet. Her vælger både ordregiver og tilbudsgiver et lavt niveau af asymmetrisk information i forhandlingen. Dette muliggør, at parterne under forhandlingen når frem til et mere efficient resultat og ligeledes er sandsynligheden for, at en part efterfølgende udviser opportunistisk adfærd, meget lille.

4.3.3 Moral hazard

Den asymmetriske information kan endvidere resultere i, at tilbudsgiveren under eller efter forhandlingen, ændrer sin adfærd. Sådan et tilfælde bliver i den økonomiske teori defineret ved moral hazard begrebet¹²⁸. For bedst muligt at illustrere moral hazard's indflydelse i en udbudsretlig forhandlingssituation, vil moral hazard først blive forklaret i et udbud, hvor forhandling ikke er tilladt. Ved offentlige og begrænsede udbud må der, pga. forhandlingsforbuddet, ikke forhandles. Den manglende dialog fører til asymmetrisk information, idet tilbudsgiveren har kendskab til anden information end ordregiveren. Dette muliggør, at tilbudsgiveren får incitament til at lyve om f.eks. kvaliteten eller timeforbruget, som er nødvendigt for at vinde kontakten.

En konsekvens heraf kan antageligt være, at ordregiver er nødt til at anvende ressourcer på monitoring af tilbudsgiveren og dennes arbejde, for at sikre at tilbudsgiver holder aftalen og gør præcist som lovet. Dette bevirker, at de samlede transaktionsomkostninger øges, som resultat af moral hazard.

Forhandling kan i nogle tilfælde være med til at reducere den asymmetriske information i og med, at ordregiver kan stille uddybende og afklarende spørgsmål til tilbudsgiveren. Med det sagt skal det dog bemærkes, at man ikke heraf kan konkludere at den asymmetriske information og moral hazard helt forsvinder som resultat af forhandlingen da tilbudsgiver stadig kan vælge at udelade information, hvilket reducerer vidensdeling og er medvirkende til, at efficiensen af forhandling ikke når den potentielle værdi. Jo større asymmetrisk information der er tilstede under forhandlingen, jo større er muligheden derfor for moral hazard, hvilket reducerer den samlede værdi af både forhandlingen og efterfølgende af kontrakten.

¹²⁸ Prajit K. Dutta, Strategies And Games – Theory And Practice, 1999, s. 293-294

Loyalitet og udnyttelsen af asymmetrisk information er derfor, fra tilbudsgiverens synspunkt, en afvejning af, om det vil være marginalt mere profitabelt i længden at udvise loyal adfærd, frem for på kort sigt at handle illoyalt og opportunistisk, men samtidig maksimere sin profit ved moral hazard, hvis det viser sig muligt.

4.4 Konsekvenser af neoklassisk- og adfærdsteoretisk forhandlingsspil

Formålet med dette afsnit er, at afdække konsekvenserne af forhandlingen udledt af det neoklassiske- og adfærdsteoretiske spil. Ved det adfærdsteoretiske forhandlingsspil er skitseringen af forhandlingssituationen alt andet lige mere realistisk. Det er muligt at belyse hvilke negative konsekvenser adfærdsteoriens antagelser kan tilføre en forhandlingssituation, da antagelserne opsætter begrænsninger i forhold til tilbudsgivers handlingsmuligheder. Dette muliggør også en forståelse af, hvilke antagelser der i adfærdsteorien kan justeres på for at opnå et større efficiens af forhandlingen.

I forhold til det neoklassiske forhandlingsspil udledes det, at tilbudsgiverne altid vil forsøge at deltage i forhandlinger med ordregiveren samt at forbedre sit tilbud, når det er nødvendigt for at vinde. Som konsekvens af antagelserne er det i denne forbindelse værd at bemærke, at spillet under disse antagelser *teoretisk* vil fortsætte i det uendelige da tilbudsgiverne har samme ressourcer og kompetencer og ligeledes begge jagter den optimale profit. Der vil med andre ord derfor ikke opstå en situation, hvor det giver mening for ordregiveren at vælge et tilbud på bekostning af et andet tilbud.

Dramateorien bidrager i denne forbindelse med, at spillet ikke vil fortsætte i det uendelige, da spillerne løbende præges af irrationalitet på grund af emotionalitet. Yderligere præger emotionaliteten spillernes ellers faste præferencer, hvilket har stor betydning for deres risikovillighed. Teorien foreskriver, at spillet på denne baggrund vil nå et punkt, hvor spillerne har redefineret spillet tilstrækkeligt til at det kan løses, og til at alle konflikter mellem de forhandlende parter løses.

Det faktum, at tilbudsgiverne er identiske betyder, at alle involverede tilbudsgivere vil forsøge at vinde kontrakten og som konsekvens heraf øges efterspørgselen på de udbudte kontrakter i teorien. I takt med at efterspørgselen øges, vil markedets konkurrence øges proportionelt, hvilket resulterer i

lavere priser og et større udbytte for samfundet. Netop virksomheder som eksisterer på markeder med høj konkurrence, har et øget incitament til at følge en omkostningsstram strategi for at reducere ressourcesplid og omkostninger generelt, da der ellers er risiko for blive presset ud af markedet. Dermed antages forhandlingskonsekvenserne, under neoklassiske antagelser, at være værd at stræbe efter. Denne, tæt på optimale tilstand antages at betyde, at tilbudsgivere i praksis bevidst eller ubevidst, vil forsøge agere på en given måde for at nærme sig antagelserne under den neoklassiske teori for at blive så profitmaksimerende som muligt, på trods af at de aldrig fuldstændig vil kunne opnå dette, da de undervejs præges af de begrænsende faktorer som adfærdsteorien bidrager med.

Det adfærdsteoretiske spil vil for det første ikke fortsætte i uendelighed, da det inkluderer transaktionsomkostninger. I praksis såvel som i spillet er konsekvensen heraf, at når omkostningerne bliver for store i forhold til den sandsynlige profit, så vil tilbudsgiver ikke længere forbedre sit tilbud og dermed ikke forhandle længere. Man kan forestille sig, at for store ex-ante omkostninger oftest vil ramme mindre og uerfarne tilbudsgivere, da disse har mindre ressourcer og ikke besidder den nødvendige know-how. Yderligere vil en konsekvens være, at efterspørgslen efter at indgå i udbud, blandt mindre tilbudsgivere falder og der kan på denne baggrund være tale om en slags favorisering af erfarne og store tilbudsgivere.

I forhold til tilbudsgiverens begrænsede rationalitet og den imperfekte information så medfører disse faktorer en vis usikkerhed om sandsynligheden for at vinde kontrakten, som i praksis kan betyde, at tilbudsgiveren indgår i forhandlinger om en kontrakt, som han reelt ingen mulighed har for at vinde. I disse tilfælde vil tilbudsgiveren helt tabe de afholdte transaktionsomkostninger, da der ikke er mulighed for at tjene omkostningerne hjem via en kontraktperiode. Usikkerheden kan yderligere resultere i, at tilbudsgiveren fravælger et udbud, som han rent faktisk har mulighed for at vinde da han ikke kan lagre og behandle den information som forhandlingen kræver. I denne sammenhæng kan der perspektiveres til Friedmans teori om markedsseleksion¹²⁹. Ifølge markedsseleksionsteorien resulterer den imperfekte information samt den begrænsede rationalitet i, at tilbudsgiverne ikke er i stand til at følge en profitmaksimeringsstrategi. Derimod vil det være tilbudsgiveren som tilfældigt følger en strategi, som ligger tættest på profitmaksimeringsstrategien,

¹²⁹ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi Bind 1 – Virksomhedsteori og Industriøkonomi 1997, s. 73-74

som opnår på den største profit. På længere sigt vil markedsselektionen gøre, at det er disse tilbudsgivere som overlever på markedet, da de handler *som om* de er profitmaksimerende.

Netop den begrænsede rationalitet og den ufuldstændige information betyder ligeledes, at tilbudsgivere ikke vil være i stand til under forhandlingen, at optimere på sådan vis, at den optimale nytte opnås. Tilbudsgiveren er ikke i stand til at kende samtlige handlingsalternativer, hvorfor tilbudsgiverne vil handle tilfredsstillende for i det mindste at sikre marginalt større nytte efter omkostningerne er fratrukket. Baggrunden for dette er, at tilbudsgiverne i forhandlingen ikke har fuld viden om hinandens kompetencer, valg og information. Omvendt kan tilfredsstillende adfærd også komme til udtryk i tabs-begrænsende henseender. Det udtrykkes ved, at tilbudsgivere forlader igangværende forhandlinger, på trods af afholdte omkostninger. Sådan et tilfælde vil foreligge når tilbudsgiveren under forhandlingerne oplever indikationer på, at de forventede omkostningerne er større end den sandsynlige nytte. Dette scenarie vil især være plausibelt, hvis tilbudsgiver vurderer, at det forventede pay-off ved at vinde forhandlingen er mindre end det forventede tab ved at tabe forhandlingen. Hertil skal ligges en risikovurdering af, hvor sandsynligt det er, at tilbudsgiveren vinder eller taber.

Konsekvensen af tilbudsgivers høje niveau af asymmetrisk information er, at muligheden for at samme tilbudsgiver efterfølgende handler opportunistisk og at moral hazard opstår, er stor. Det omvendte er tilfældet, hvis tilbudsgiver er i besiddelse af et lavt niveau af asymmetrisk information. Dette vil ligeledes være medvirkende til øge den samfundsmæssige værdi af forhandlingen.

For store transaktionsomkostninger sammenholdt med det usikre handlingsmiljø, som eksisterer pga. asymmetrisk information og manglende vidensdeling, kan altså påvirke efterspørgsel og konkurrence negativt. Det bidrager til en forståelse af, at netop disse faktorer kan justeres for at ændre outputtet ved forhandling og dermed præge konkurrencen på markedet.

4.5 Definition af efficiensbegreber

En forhandling er samfundsefficient når to parter forhandler sig frem til en aftale, hvis nytteværdi overskrider nytteværdien af de omkostninger som parterne har afholdt i forbindelse med

forhandlingen¹³⁰. Man kan sige at aftalen er efficient, hvis parternes samlede input ved indgåelse af aftalen er mindre end aftalens samlede output. Det kan ligeledes være i en situation, hvor lovgivningen bidrager til, at ressourcerne bliver allokeret mere effektivt. Dette kan være i forbindelse med en ændring af gældende ret, hvoraf samfundet oplever en mere effektiv ressourceudnyttelse. Det som potentielt kan forhindre et efficient resultat kan være, at der er forbundet store transaktionsomkostninger med forhandlingen. Dette bevirker, at parterne og samfundet ikke opnår det efficiente resultat, som de ellers ville have gjort såfremt der ingen eller færre transaktionsomkostninger var. Indenfor efficiensteorien arbejdes der med forskellige efficiensbegreber, hvoraf valget af disse kan afhænge af analysens formål og synsvinkel. I nærværende afhandling anvendes primært Kaldor-Hicks og Coase til at vurdere efficiensen af forhandling. Yderligere vil Pareto begrebet blive inddraget, hvor forhandlingssituationen vil blive anskuet fra tilbudsgivers perspektiv.

Et eksempel på en Kaldor-Hicks efficient ændring kan være en situation, hvor en ændring af en retsregel medfører at part A's nytte er steget så meget, at han kan kompensere B for det tab han måtte have lidt som følge af ændringen. I dette tilfælde vil situationen, med samfundsmæssige briller, være efficient idet den samlede nytte for samfundet er steget. Kaldor-Hicks beskæftiger sig dermed med den samlede vundne værdiskabelse for samfundet, hvortil begrebet opstiller selve kriteriet som skal være opfyldt, for at den pågældende retsregel eller situation er efficient.

I en situationen uden transaktionsomkostninger, hvor partnerne har fuld information vil parterne indgå en frivillig aftale som både er Pareto-optimal og opfylder Kaldor-Hicks kriteriet. Denne aftale vil være efficient. Denne teoretiske og stærkt idealistiske version af teoremet kaldes den stærke version af Coase teoremet.¹³¹

I tilfælde, hvor transaktionsomkostningerne er for høje kan disse forhindre, at ellers fordelagtige aftaler indgås. Det kan skyldes at transaktionsomkostningerne ved eksempelvis forhandling overstiger den samlede nytte ved indgåelse af kontrakten. Tilsvarende kan strategisk adfærd hos partnerne forhindre aftaleindgåelse. Denne version, hvor der er høje eller moderate transaktionsomkostninger, kaldes de svage version af Coase teorem.

4.6 Vurdering af efficiens påvirkning

¹³⁰ Erling Eide og Endre Stavang, Retsøkonomi, 2008, s. 110-111

¹³¹ Erling Eide og Endre Stavang, Retsøkonomi, 2008 s. 142

I dette afsnit vil der blive foretaget en vurdering af, hvilke faktorer fra ovenstående to forhandlingsspil og dertilhørende analyser, som kan påvirke den samfundsmæssige efficiens af forhandling ud fra de opstillede efficientskriterier.

Indledningsvis vil implikationerne af det neoklassiske forhandlingsspil blive vurderet i henhold til efficientsbegreberne Kaldor-Hicks og Coase' stærke teorem.

Efterfølgende vil implikationerne af det adfærdsteoretiske forhandlingsspil blive vurderet ud fra efficientsbegreberne Coase' svage teorem, Pareto og Kaldor-Hicks. Pareto anvendes på tilbudsgiverens interesser, da Pareto arbejder med et individuelt aspekt, som inddrager, at tilbudsgiveren har egne interesser og behov, som resultat af deres begrænsede rationalitet. På denne baggrund er Pareto anvendelig på det adfærdsteoretiske forhandlingsspil. Det er værd at påpege, at formålet med dette afsnit ikke er belyse selve fordelingen af overskuddet mellem parterne, men blot at vurdere, hvilke faktorer som præger samfundsefficiensen af forhandlingen.

I forhold til det neoklassiske forhandlingsspil er det bevist, at tilbudsgivers adfærd er medvirkende til øget efterspørgsel for udbud og dermed større konkurrence om det respektive udbud. Coase' stærke teorem betyder, at forhandling altid vil ende med en efficient aftale mellem parterne, hvis der ikke eksisterer transaktionsomkostninger. Under forhandlingen betyder eksklusion af transaktionsomkostninger, den perfekte information og den fulde rationalitet, at enhver forhandling vil ende med et efficient output. Dette er dog forudsat, at dramateorien ikke inddrages i efficients betragtningen, da denne inddrager det følelsesmæssige aspekt samt irrationalitet.

Parterne afholder ikke transaktionsomkostninger under neoklassicismen og der eksisterer ligeledes ikke asymmetrisk information. Hvis det antages, at en vinder af forhandlingen findes, da vil vinderen af forhandlingen, under neoklassiske antagelser, altid være i stand til at kompensere taberen, da der ikke er afholdt omkostninger i forbindelse med forhandlingen. Dette medfører, at forhandling, under neoklassiske antagelser altid vil ende med et efficient resultat og dermed opfylde Kaldor-Hicks kriteriet.

Det er vigtigt at fremhæve, at neoklassicismen skitserer en idealiseret situation og, at der i denne forbindelse er tale om en teoretisk fremstilling. Fremstillingen er dog vigtig, fordi den er med til at indikere i hvilken retning de mere virkelighedsnære adfærdsbetingede antagelser skal præges, for at opnå et mere efficient resultat af forhandlingen.

I forhold til det adfærdsteoretiske forhandlingsspil er det især tilbudsgivers omkostninger ved at deltage i en forhandlingsfasen som medvirker til, at ordregiveren og tilbudsgiver i nogle tilfælde ikke opnår en efficient aftale. Coase' svage teorem inkluderer eksistensen af transaktionsomkostninger, imperfekt information og udefinerede aftalerettigheder. Det svage teorem er i denne sammenhæng nyttigt, fordi det bidrager med, hvilke slags omkostninger som betinger efficiensen af en retsregel og hvordan disse kan justeres, for at justere efficiensen¹³². Ifølge det svage teorem afhænger efficiensen af en optimal ressourcefordeling samt omkostningsallokering mellem parterne. Det medfører, at det er vigtigt for forhandlingen, hvordan transaktionsomkostningerne allokeres ordregiver og tilbudsgiver. Efficiensen af forhandlingen afhænger af, om de samlede transaktionsomkostninger er mindre eller større end det forventede pay-off ved at vinde kontrakten. Jo lavere transaktionsomkostninger, jo mere effektivt kan parterne udnytte forhandlingen - som det blev fastslået under det neoklassiske spil. I tilfælde af, at gældende ret er udformet således, at den reducerer tilbudsgivers transaktionsomkostninger kan den begrænsede rationalitet og ufuldkommene information fortsat være afgørende faktorer som kan betyde, at forhandlingen ikke bliver efficient.

Ifølge Coase's svage teorem¹³³ kan den ufuldstændige information samt uenighed om fordelingen af samarbejdsoverskuddet resultere i, at forhandlingen ender uden en aftale. Uenigheden om fordelingen udspringer af den begrænsede rationalitet som inkluderer et individuelt aspekt, hvilket betyder at tilbudsgiveren ikke vil gå kompromis med sin egen nytte for at opnå et samfundsefficient resultat. Yderligere præger den asymmetriske information forhandlingens efficiens. Jo lavere tilbudsgivers niveau af asymmetrisk information er, jo bedre forudsætninger har parterne for at øge efficiensen af forhandlingen. Ligeledes vil tilbudsgivers incitament og mulighed for at udøve opportunistisk adfærd, herunder moral hazard reduceres. Derfor vil forhandlingens efficiens, præget af adfærdsteoretiske antagelser i henhold til Coase' svage teorem, kunne påvirkes ved, at transaktionsomkostningerne, som er forbundet med forhandlingen allokeres på en hensigtsmæssig måde.

I tilfælde, hvor tilbudsgiver ubevidst eller bevidst agerer rationelt, da vil der opstå en Pareto-optimal tilstand, da det ikke er muligt at stille hverken tilbudsgiver eller ordregiver bedre uden at

¹³² A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 2011, s. 15-16.

¹³³ Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 143

stille den anden værre. Den Pareto-optimale tilstand er betinget af, at der ikke kan foretages en Pareto-forbedring, hvor ordregiver eller tilbudsgiver bliver stillet bedre, uden at den anden bliver stillet værre.

I praksis vil forhandlingssituationen dog aldrig blive Pareto-optimal, da tilbudsgiver altid vil acceptere, at ordregiver stilles værre, hvis han selv stilles bedre. Yderligere vil tilbudsgiver handle begrænset rationelt og i den forbindelse strategisk, hvilket vil tilføre transaktionsomkostninger til forhandlingen idet det kræver flere ressourcer at forhandle, hvis man handler strategisk, end hvis man ikke gør.

Parterne opfattes efter Kaldor-Hicks begrebet som én samlet enhed. Dette medfører, at det er irrelevant hvem af parterne der afholder henholdsvis et nytтетab eller en nyttegevinst, da effciensen vurderet ud fra om den samlede nyttegevinst er større end det samlede nytтетab. På denne baggrund kan Kaldor-Hicks effciensen øges ved en hensigtsmæssig allokering af transaktionsomkostninger, som mindsker de samlede omkostninger som parterne afholder i forbindelse med forhandlingen. I praksis er dette dog umuligt, grundet tilbudsgivers begrænsede rationalitet og forskelligartede præferencer. Dermed er der et potentiale til at optimere effciensen ved, via regulering, at justere på de adfærdsbetingede begrænsninger, som tilfører forhandlingen negative incitamenter.

4.7 Delkonklusion

Ved at have behandlet den samme forhandlingssituation ud fra både neoklassiske- og adfærdsteoretiske antagelser opnås en forståelse for, hvilke faktorer som påvirker effciensen af forhandling.

Det er ganske tydeligt, at foretages en forhandling under de neoklassiske antagelser, vil resultatet ofte være yderst effcient på baggrund af teoriens forudsætninger. I denne forbindelse skal det fremhæves at denne skitsering er urealistisk og tilmed en ideal og ultimativ situation.

Med henblik på adfærdsteoriens inkludering af transaktionsomkostninger og imperfekt information skitseres, alt andet lige, en mere realistisk situation. Det står klart af netop disse to faktorer spiller væsentlige roller, når der skal opnås et effcient resultat. Effciensen af forhandling påvirkes af graden af både transaktionsomkostninger og den imperfekte information. I en situationer, hvor der er en høj grad af imperfekt information og høje transaktionsomkostninger vil det, alt andet lige,

reducere efficiensen af forhandlingen. Omvendt vil det være lettere at opnå en efficient aftale og at udnytte potentialet af forhandlingen, hvis der foreligger en lav grad af imperfekt information og transaktionsomkostninger. Derudover kan tilbudsgiverens manglende incitament til at agere loyalt betyde, at den optimale kontrakt på baggrund af forhandlingen ikke indgås, da tilbudsgiveren tilbageholder og skjuler information om f.eks. evner eller kvalitet af løsningen. Den illoyale adfærd kan ligeledes betyde, at tilbudsgiveren i kontraktperioden handler opportunistisk ved at sænke arbejdskvaliteten, hvilket resulterer i en reducere af den aftalte værdi, der blev udledt i forhandlingen. Dette manglende incitament til at handle loyalt er en begrænsende faktor for forhandlingens efficiens.

Tilbudsgivers begrænsede rationalitet under forhandlingen kan være medvirkende til, at den samlede efficiens af forhandlingen ikke opnås. Den begrænsede rationalitet er en konstant faktor, som eksisterer på baggrund af, at tilbudsgiver består af mange sammensatte præferencer. I fraværet af rationalitet har tilbudsgiver ikke incitament til at søge det optimale output af forhandlingen fordi der er usikkerhed og risici forbundet herved. I stedet vil tilbudsgiver handle tilfredsstillende, hvilket begrænser efficiensen af forhandlingen, da tilbudsgiver dermed ikke præsterer efter bedste evne, hvilket påfører samfundet et dødsvægtstab.

Afslutningsvis kan det, ved at supplere resultaterne fra det neoklassiske- og adfærdsteoretiske forhandlingsspil, bidrage til forståelse af, hvilke faktorer som kan justeres for at mod- eller medvirke til et efficient resultat. Disse justerbare faktorer vil være genstanden for en integrerede analyse.

5 Integreret analyse

5.1 Er gældende ret efficient?

I det følgende vil der blive foretaget en vurdering af, om gældende ret er efficient. Hertil tages der udgangspunkt i den del af gældende ret som omfatter forhandlings- og dialogfasen sammenholdt med de økonomiske konsekvenser som kan afledes heraf. På baggrund af denne vurdering vil det blive diskuteret, om den del af gældende ret som omhandler udvidelsen af anvendelsesområdet for de fleksible udbudsprocedurer, er efficient.

Efficiensen vurderes efter Kaldor-Hicks begrebet, hvorved gældende ret er efficient såfremt differencen mellem værdien af de positive og negative konsekvenser er positiv. På den måde, kan det vundne ved de positive konsekvenser kompensere for det tabte ved de negative konsekvenser.

5.1.1 Efficiensen af regulering af forhandlings- og dialogfasen

Som det er blevet fastslået i den juridiske analyse må ordregivers fastsatte minimumskrav og tildelingskriterier jf. art. 29, stk. 3, ikke være genstand for forhandling. Denne begrænsning af forhandlingsbeføjelsen bidrager til, at tilbudsgiveren bedre kan vurdere udbuddets omfang og samtidig være sikker på, at der ikke sker en væsentlig ændring af udbuddet, som potentielt kan resultere i at tilbudsgiveren ikke længere finder udbuddet aktuelt. I sådan et tilfælde ville tilbudsgiveren givet vis ende med at skulle afholde unødvendige transaktionsomkostninger, enten på grund af det forberedende arbejde i forbindelse med, at tilbudsafgivelse ikke længere er aktuelt eller fordi tilbudsgivere på ny skal revurdere udbuddet. Endvidere sikrer forbuddet mod, at minimumskrav og tildelingskriterier må være genstand for forhandling, at udbuddet ikke tilpasses én bestemt tilbudsgiver og at der derved sker en favorisering af tilbudsgiveren, som ville være i strid med ligebehandlingsprincippet. I forhold til negative konsekvenser af art. 29, stk. 3, er det diskutabelt om et total forhandlingsforbud af disse elementer er hensigtsmæssigt, da det er tænkeligt at kontraktens værdi kunne optimeres, hvis de fastsatte minimumskrav og tildelingskriterier til en vis grad kunne tilpasses til ordregiverens eventuelle nye viden, som han har fået kendskab til på baggrund af forhandlingen.

Det faktum, at de positive konsekvenser bidrager til overholdelse af ligebehandlingsprincippet samt at tilbudsgiverne ikke risikerer at skulle afholde uforholdsmæssige store omkostninger forgæves som følge af, at et udbud ændres væsentligt må dog formodes at bidrage med en større værdi end hvad ordregiveren potentielt kunne optimere kontraktens værdi med, såfremt det i et vist omfang var tilladt at forhandle om minimumskrav og tildelingskriterier. Det skyldes især vigtigheden af, at ligebehandlingsprincippet skal overholdes for at sikre fair konkurrence mellem tilbudsgiverne. På et samfundsmæssigt niveau kan denne potentielle mulighed for en optimering af kontraktens værdi tænkes at blive udlignet eller reduceret som følge af de tilbudsgivere som ikke finder udbuddet aktuelt. På længere sigt ville tilbudsgiverne foretage en prissætning af den risiko som er forbundet med, at væsentlige elementer ved udbuddet kan ændres. Denne risiko ville ordregiver, og i sidste ende samfundet, betale tilbudsgiver for at bære. Det betyder, at det vundne ved en denne

”optimering” vil blive udlignet eller reduceret af tilbudsgivernes højere priser pga. den risiko som følger med.

Overholdelse af ligebehandlingsprincippet under forhandlings- og dialogfasen anføres i udbudsdirektivet 2014 art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3. Herunder kan ordregiver ikke, uden samtykke, benytte den viden som en tilbudsgiver har lagt på bordet i forhandlingerne med en anden tilbudsgiver. En positiv konsekvens af ligebehandlingsprincippet er, at der ikke må ske forskelsbehandling af tilbudsgiverne. Der er tale om forskelsbehandling når en eller flere tilbudsgivere undervejs i forhandlingen får kendskab til anden eller mere information end de resterende tilbudsgivere. Ligebehandlingsprincippet modvirker derfor i en vis grad, at der opstår asymmetrisk information, hvilket ville give en fordel til den favoriserende tilbudsgiver, da den yderligere information foranlediger, at tilbudsgiveren til dels kan afdække sine handlingsalternativer og til dels vurdere kontraktens pay-off på bedre vis end resten af tilbudsgiverne. Heraf mindskes den usikkerhed som tilbudsgiverne handler under, og dette kan være med til at øge tilbudsgiverens profit på længere sigt, som følge af, at risikoen ved at træffe forkerte beslutninger reduceres. Hvis tilbudsgiveren er velvidende om, at vedkommende har mere eller information til rådighed, da giver det incitament til at handle opportunistisk, hvorfor ordregivers værdi af forhandlingen risikerer at blive reduceret. Dermed er ligebehandlingsprincippet, og måden som ligebehandlingsprincippet skal efterleves på under de fleksible udbudsprocedurer, essentiel for eksistensen af en fair og åben konkurrence på det indre marked. Princippet bidrager derfor til at øge efficiensen af forhandling.

I overvejelserne om ligebehandlingsprincippet kan det diskuteres om det er hensigtsmæssigt, at princippet indenfor forhandlingsfasen i de fleksible udbudsprocedurer ikke fortolkes mindre restriktivt i forhold til videregivelse af oplysninger på tværs af forhandlinger inden for samme udbud. Princippet har især stor betydning for den vidensdeling som forekommer mellem tilbudsgiver og ordregiver under forhandlingen.

Det som der umiddelbart taler for en lempelse af fortolkningen er, at et totalforbud mod at videregive information, som ligebehandlingsprincippet medfører, forhindrer at der i forhandlingen foretages optimal vidensdeling. Det er begrundet i, at det ikke tillades, at ordregiver i forhandlingen lagrer information fra vidensdelingen med én tilbudsgiver og anvender informationen til at optimere en andens tilbudsgivers tilbud som ville øge kontraktens samfundsmæssige værdi. Det som taler

imod en lempelse af fortolkningen, er at tilbudsgiveren mister incitament til at vidensdele, da vedkommende ikke er interesseret i at optimere en konkurrerende tilbudsgiveres forhandling med ordregiver.

Yderligere argumenterer Arrowsmith i forbindelse med ligebehandlingsprincippet for, at ordregivere ofte overfortolke princippet¹³⁴. Dette kommer f.eks. til udtryk ved, at ordregivere giver alle tilbudsgivere det samme antal møder og af præcis den samme varighed, i løbet af dialogen/forhandlingen. Arrowsmith argumenterer for, at dette er en overfortolkning af princippet, hvilket medfører uproportionelt store omkostninger for ordregiver, i forsøget på at overholde princippet.

Det antages på denne baggrund, at forbuddet mod videregivelse af oplysninger er en balancegang, da der ved en indskrænkende fortolkningen risikeres en forhindring af optimal udnyttelse af vidensdeling, mens man ved en lempelse i fortolkningen fjerner tilbudsgiverens nuværende incitament til dele information med ordregiver. Ydermere er dette ligeledes en indikation af, at vidensdeling og fortolkningen af ligebehandlingsprincippet er nogle af de største drivere for, at optimere efficiensen af forhandling i praksis. Dermed er der i praksis optimeringspotentialer i forhold til art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3.

Spørgsmålet er herefter, om der ved at fjerne forbuddet mod at ordregiver kan videregive og benytte oplysninger, i henhold til art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3, vil blive skabt større værdi i forhold til nuværende forbud mod, at ordregiver anvender tilbudsgivers oplysninger i parallelle forhandlingsforløb. Dette ville, *isoleret set* øge samfundsefficiensen, da det er tænkeligt at den vindende løsning ville være bedre end det i praksis er muligt, fordi ordregiver ville have mulighed for at lagre og anvende viden fra en forhandling i en anden forhandling.

Det er vigtigt at understrege at dette kun er isoleret set, da denne påstand ikke tager hensyn til andre faktorer. Det må formodes, at tilbudsgiver ved nuværende retstilstand i et vist omfang har incitament til vidensdele, da tilbudsgivere til dels er bekendt med at de skal præstere i forhandlingen for at øge sandsynligheden for at vinde, og til dels er klar over, at vidensdelingen ikke hjælper ordregiverens forhandling med en konkurrerende tilbudsgiver. En ophævelse af

¹³⁴ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 2004, s. 914

forbuddet antages, at have en negativ implikation på tilbudsgivernes incitament til at vidensdele og dermed vil tilbudsgiver være mere tilbageholdende med at fremlægge skjult information, hvorfor det vurderes, at en ophævelse ikke vil medvirke til optimal vidensdeling som ordregiveren vil kunne anvende til optimering af forhandlingen. Sagt med andre ord, selvom ordregiveren fik mulighed for at videregive oplysninger uden samtykke, vil tilbudsgivere i stedet blot tilbageholde skjult information og dermed ville ordregiver ikke få tilstrækkelig værdi ud af muligheden. Ordregivers tab ved ikke at kunne videregive information kompenseres af tilbudsgiverens nuværende incitamenter til at vidensdele og dermed selv være i stand til at optimere værdi af forhandlingen.

Som det er udledt af den juridiske analyse kan ordregiver ved brugen af de fleksible udbudsprocedurer opdele forhandling- og dialogfasen i successive faser for at begrænse antallet af tilbud eller løsninger, som skal forhandles jf. art. 29, stk. 6. og art. 30, stk. 4. Heraf er det ganske klart, at en positiv konsekvens af dette er, at ordregivers forhandlingsomkostninger reduceres ved at undgå at forhandle forgæves med tilbudsgivere, som ordregiveren alligevel ikke finder kvalificerede. Hermed minimeres samfundets dødvægtstab, da der ikke skal spildes ressourcer og omkostninger på unødvendige forhandlinger. Ligeledes bidrager ordregiveren i sin udskillelse af tilbudsgiverne samtidig til, at begrænse de tabende tilbudsgiveres omkostninger. Omvendt kan en negativ konsekvens i særligt få tilfælde være, at en tilbudsgiver fravælges, på trods af denne rent faktisk havde potentiale til at optimere forhandlingen og kontraktens værdi. Da dette ikke antages at ske særlig ofte, kan redueringen af både ordregiveren og tilbudsgiverens transaktionsomkostninger kompensere for tabet af den potentielle optimering fra en fravalgt tilbudsgiver.

Et argument som taler for, at det er efficient at faseopdeling under gældende ret er frivilligt er, at faseopdelingen kan have en negativ konsekvens på konkurrencen. Under gældende ret kan faseopdeling kun foretages, hvis art. 65, stk. 2 og art. 66 overholdes. Art. 65, stk. 2 bestemmer, at antallet af tilbudsgivere som deltager i konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling skal være tilstrækkeligt højt til at sikre en reel konkurrence – dette antal er i bestemmelsen fastsat til at være minimum tre. Hermed indikerer EU, at konkurrencen som udgangspunkt sikres, såfremt minimum tre tilbudsgivere deltager. Art. 66 bestemmer i forlængelse heraf, at begrænsningen af antallet af løsninger/tilbud som skal forhandles, skal foretages på grundlag af de fastsatte tildelingskriterier og at begrænsningen skal foretages under hensyn til, at der i den afsluttende fase af forhandlingen, ligesom i art. 65, stk. 2, sikres en reel konkurrence. På denne baggrund antages

det, at opdeling i flere successive faser under gældende ret ikke er obligatorisk for at sikre at konkurrencen ikke kompromitteres. Der vurderes på denne baggrund at der, i tilfælde hvor antallet af tilbudsgivere er tilstrækkeligt til at sikre en reel konkurrence, potentielt afholdes et tab ved ikke at foretage en faseopdeling af forhandlingen.

Til sidst har Udbudsdirektivet 2014 art. 30, stk. 7 om konkurrencepræget dialog medført en sidste adgang til forhandling. Hermed kan ordregiver udskyde forhandling om ikke grundlæggende elementer under den ordinære dialog til det bedste tilbud er identificeret, hvorefter der forhandles om disse elementer. Som følge af denne mulighed kan ordregiveren reducere både sine egne og tilbudsgiverne transaktionsomkostninger, da dialogfasen generelt forkortes og samtidig skal alle tilbudsgiverne ikke bruge ressourcer på at forhandle om disse elementer, da det udskydes til den vindende tilbudsgiver er identificeret. En negativ konsekvens forbundet med, at ordregiveren udskyder forhandlingen kan være, at den opportunistiske tilbudsgiver forsøger at udnytte sin nye forhandlingsposition, da han ikke længere er i direkte konkurrence med andre tilbudsgivere samt er bekendt med, at ordregiveren har afholdt transaktionsomkostninger undervejs i forhandlingsfasen. Derfor må ordregiveren formodes at være mere tilbøjelig til at acceptere tilbudsgiverens krav.

Sammenfattes ovenstående analyse vurderes det, at den del af gældende ret som omfatter forhandlings- og dialogfasen skønnes at være Kaldor-Hicks efficient. Baggrunden for denne vurdering er, at reguleringen samlet tilfører forhandlingen en øget værdi, som overstiger den negative værdi af de negative implikationer, som den pågældende regulering medfører. Det skal påpeges, at denne vurdering er foretaget med en vis usikkerhed, da udbudsdirektivet 2014 stadig er forholdsvist nyt, hvilket betyder at der kun foreligger begrænset retspraksis, som kan bidrage til at belyse konsekvenserne ved af de ændringer som direktivet medfører.

5.1.2 Det udvidede anvendelsesområde

Som det blev udledt af den juridiske analyse har udbudsdirektivet 2014 medført en væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet for de fleksible udbudsprocedurer. Hvorvidt denne ændring er hensigtsmæssig og skaber yderligere samfundsmæssigt værdi afhænger af efficiensen af selve forhandlings- og dialogfasen. Såfremt reguleringen af disse faser ikke findes efficient, da vil det på denne baggrund ikke være hensigtsmæssigt at bidrage til mere forhandling da det vil betyde et større og unødigt samfundsmæssigt værditab. Omvendt, hvis gældende ret vurderes at være

efficient, da vil det være værdiskabende at udvide adgangen til at bruge de fleksible udbudsprocedurer, da forhandlingen bidrager til en optimering af den endelige kontrakt.

Udvidelsen af anvendelsesområdet tilfører en udtømmende liste over situationer, hvor ordregiver kan anvende de fleksible udbudsprocedurer. Listens udtømmende og forklarende karakter, sammenholdt med fortolkningen anvendelsesområdet for de enkelte situationer, vurderes at fungere som sikkerhed for, at ordregiver kan foretage en korrekt og præcis vurdering af, hvornår de fleksible procedurer skal benyttes. Dette vurderes alt andet lige, at øge antallet af udbud indenfor de fleksible procedurer.

I og med reguleringen af selve forhandlings- og dialogfasen ovenfor vurderes efficient, da vurderes det, at det ligeledes efficient at udvide anvendelsesområdet for anvendelsen af procedurerne. Dette er tilfældet, da man igennem forhandlingen opnår en positiv værdi som overstiger omkostningerne ved forhandling, hvorfor det er efficient gennem regulering at tillade at forhandle mere, da den samlede velfærd på denne baggrund øges. Yderligere kan det diskuteres om udvidelsen af anvendelsesområdet i højere grad kan berettiges, hvis det påvises hvordan reguleringen vedrørende selve forhandlings- og dialogfasen kan optimeres, altså hvordan værdien af forhandlingen og dermed efficiens-niveauet, øges yderligere

På trods af gældende ret skønnes at være efficient, er det dog stadig relevant at foretage en analyse af hvorvidt det er muligt at optimere efficiensen af gældende ret. Det skyldes, at der vurderes at være reguleringspotentiale for eksempelvis at optimere vidensdelingen og allokering af omkostninger mellem parterne.

5.2 Optimering af efficiens under gældende ret

I ovenstående afsnit blev det udledt, at gældende ret vurderes at være efficient. Det blev dog yderligere konkluderet, at der er uforløst potentiale til at optimere efficiensen af de fleksible udbudsprocedurer. I det følgende diskuteres positive økonomiske incitamenter og deraf afledte konsekvenser, som kan bidrage til at optimere efficiensen af forhandling, hvortil eksempler fra gældende ret fremhæves og inddrages i diskussionen. Det blev konkluderet i den økonomiske analyse, at faktorerne transaktionsomkostninger og imperfekt information er begrænsende i forhold til forhandlingens efficiens. I praksis er netop disse faktorer dog justerbare, hvorfor fokus i det

kommende afsnit vil være på disse faktorer og især, hvad ordregiver og tilbudsgiver bør gøre for at optimere efficiensen af forhandling.

5.2.1 Allokering af transaktionsomkostninger

Indførelse af forskellige incitamentter til, hvem der skal afholde hvilke transaktionsomkostninger i forbindelse med en udbudsretlig forhandling og i udbudsretten generelt, er en balancegang. På den ene side ønsker man at skabe gunstige økonomiske incitamentter ved at indgå i forhandlingen, for at tiltrække et optimalt antal tilbudsgivere således, at der skabes en sund og åben konkurrence på det indre marked. På den anden side er det ikke ønskeligt at pålægge ordregiver for mange omkostninger i forbindelse med forhandlingen, da der dermed kan skabes et incitament til, at ordregiver omgår udbudsreglerne og eventuelt undgår at konkurrenceudsætte.

5.2.2 Reducering af de samlede transaktionsomkostninger

Det er fordelagtigt, via regulering, at søge at reducere de samlede transaktionsomkostninger ved forhandlingen da det selvsagt ikke er muligt for parterne at fjerne alle transaktionsomkostninger. Dette kan i et vist omfang lade sig gøre ved individuelle adfærdsændringer, men der kommer en grænse, hvor parterne hver især ikke kan påvirke de samlede omkostninger forbundet med forhandlingen ved at sænke egne omkostninger yderligere. Især tilbudsgiver vil nå denne grænse tidligt, da tilbudsgiver må antages på forhånd at have sænket sine omkostninger mest muligt, for som udgangspunkt at opnå den største profit. Når parterne når denne grænse er det derfor nødvendigt, ud fra forhandlingens samlede værdi, at diskutere hvem der *bør* påtage sig hvilke omkostninger, da spørgsmålet ikke længere er, hvor man kan reducere egne omkostninger og dermed de samlede omkostninger, men i højere grad hvem der afgiver den laveste nytteværdi ved at afholde en given omkostning, da der skabes mest værdi ved, at den part pålægges omkostningen.

Ovenstående spørgsmål er til dels af hypotetisk karakter fordi tilbudsgiver aldrig frivilligt vil afholde transaktionsomkostninger, som øger tilbudsgivers egne omkostninger, selvom de samlede omkostninger som resultat deraf, reduceres. Yderligere er tilbudsgivers omkostninger en variabel af ordregivers afholdte omkostninger og indsats¹³⁵. Derfor er det i det følgende mest relevant at diskutere, hvordan værdien af forhandlingen kan optimeres ved at de samlede omkostninger

¹³⁵ Udbudsrådets analyse, Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, 2011, s. 75.

forbundet med forhandlingen reduceres, som resultat af, at omkostninger allokeres til den ordregivende myndighed da den største værdi kan skabes her.

Under gældende ret bliver det ikke særskilt reguleret, hvem der skal afholde hvilke omkostninger i forbindelse med forhandlingen for at nå den optimale værdi af forhandlingen. Det må i denne forbindelse nævnes, at der er indført omkostningsstyrende bestemmelser i forhold til de fleksible udbudsprocedurer. Ofte er disse frivillige at bruge og har ikke til formål sørge for en optimal omkostningsallokering, men blot en reducere af de samlede omkostninger.

5.2.3 Ordregivers ex-ante omkostninger

Ordregivers allokering af transaktionsomkostninger, eller manglen på samme, er essentiel for tilbudsgivers mulighed for at nedbringe sine transaktionsomkostninger. Netop tilbudsgivers muligheder for at nedbringe sine transaktionsomkostninger afhænger af ordregivers udarbejdelse af udbudsmaterialet, den generelle struktur for forhandlingen og om ordregiver har tilegnet sig tilstrækkelig viden om markedet og dets aktører inden forhandlingen igangsættes. Det er derfor nødvendigt at diskutere, hvordan tilbudsgivers transaktionsomkostninger forbundet med forhandlingen kan nedsættes, ved at ordregiver afholder og allokerer sine transaktionsomkostninger på den mest hensigtsmæssige måde.

Ordregiver kan, i henhold til transaktionsomkostningsanalysen, afholde flere ex-ante omkostninger i forhold til strukturering af udbuddet, herunder planlægning af forhandlingsfasen, og på denne baggrund reducere tilbudsgivers omkostninger ved at deltage i forhandlingen. Som eksempel på, at man i praksis forsøger dette kan udbudsdirektivet 2014 art. 53 nævnes. Denne bestemmelse har funktion af en bestemmelse, som allokerer omkostninger forbundet med planlægningen af et udbud til ordregiver ex-ante. I denne bestemmelse anføres følgende ”*vederlagsfrit ubegrænset og fuld direkte elektronisk adgang til udbudsdokumenterne*”, hvilket betyder, at ordregiver skal gøre alle dokumenter som vedrører udbuddet, herunder planlægning og strukturering, tilgængeligt den dag udbudsbekendtgørelsen offentliggøres. Ligeledes bidrager bestemmelsen til, at tilbudsgivere har lettere ved at bedømme udbuddet og dets omfang og dermed lettere ved at vurdere, om det vil være sandsynligt at udbuddet kan vindes og dermed om man ønsker at deltage i udbuddet og forhandlingen. Bestemmelsen antages at være omkostningsstyrende ved at nedbringe tilbudsgivers

omkostninger i forbindelse med udbud. Dette er en indikation på, at man fra EU's side ligeledes har fokus på denne form for omkostningsstyring.

Udbud som foretages efter reglerne for de fleksible udbudsprocedurer er ofte af så kompleks karakter, at det ikke vil være muligt for ordregiver at afholde alle potentielle omkostninger ex-ante, selvom der foreligger økonomiske argumenter for, at det vil være at foretrække. Baggrunden for dette er, at ordregiver ikke er i stand til, inden forhandlingen, at identificere den optimale løsning netop på grund af udbuddets komplekse karakter. I praksis afhænger en optimal allokering af omkostningerne derfor af omfanget og gennemsigtigheden af det pågældende udbud. Dette kan eksempelvis opnås ved, at ordregiver inden forhandlingen indleder en markedsdialog med relevante tilbudsgivere. En allokering af omkostningerne til ordregiver ex-ante kan ses som en god investering for samfundet, da dette kan resultere i, at forhandlingen bibringer en større værdi som resultat af, at ordregiver inden forhandlingen har afholdt omkostningerne i forbindelse med at tilegne sig information og med strukturering af udbuddet. Derudover bidrager dette også til at reducere risikoen for en stigning i ex-post omkostningerne, som i mange tilfælde er omkostninger forbundet med kontraktuelle problemstillinger, som kunne være undgået, hvis de var behandlet ex-ante eller under forhandlingen.

5.2.4 Reducering af tilbudsgivers omkostninger

Udbudsrådets analyse viser, at tilbudsgivers omkostninger er størst fra offentliggørelse, til kontrakten tildeles og indgås¹³⁶. Det er her, at tilbudsgiver tager stilling til, om det kan være profitabelt at deltage i udbuddet og herefter deltager i forhandlingen. Det er derfor i denne fase, hvor behovet for at sænke tilbudsgivers transaktionsomkostninger er størst.

Ordregiver kan, udover at påtage sig flere ex-ante omkostninger, i flere tilfælde have indflydelse på, at tilbudsgivers omkostninger reduceres. I praksis er et eksempel på dette, at ordregiver *kan* fastsætte betaling til tilbudsgivere, som deltager i dialog i forbindelse med konkurrencepræget dialog jf. udbudsdirektivet 2014 art. 30, stk. 8. Denne del af art. 30 er ikke behandlet i afhandlingen, hvorfor der ikke er taget stilling til størrelsen af betalingen, som dog må antages at variere fra gang til gang og som blandt andet må være afhængig af, hvilke tilbudsgivere som deltager, omfanget af

¹³⁶ Udbudsrådets Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud s. 59 figur 7.

opgaven og forhandlingen m.m. Bestemmelsen må dog tolkes som en indikation af, at EU ønsker at kompensere tilbudsgivere for at indgå i forhandlingerne ved at nedsætte tilbudsgivers omkostninger. På den baggrund anses art. 30, stk. 8 som en indikation af, at EU er bevidst om, at man ved at reducere tilbudsgivers omkostninger i forbindelse med forhandlingen, kan øge den samlede værdi af forhandlingen mere end den tilsvarende stigning i ordregivers omkostninger, direkte afledt af tilbudsgivers reducerede omkostninger.

Yderligere kan tilbudsgivers forhandlingsomkostninger nedsættes ved, at ordregiver bruger flere ressourcer når der skal foretages markedsafdækning, markedsdialog og på at udarbejde udbudsmaterialet.

5.2.5 Udarbejdelse af udbudsmateriale

Udarbejdes udbudsmaterialet grundigt og fyldestgørende reduceres tilbudsgivers omkostninger, da karakteristika ved pågældende udbud mere tydelige og på denne baggrund skal tilbudsgiver anvende færre ressourcer på at bedømme om det er værd at afholde omkostninger i forbindelse med tilbudsafgivelse og dermed i forbindelse med forhandlingen. Det er dog væsentlig at bemærke at udbudsmaterialet kan blive for juridisk tungt, hvilket vil antageligt kan ende med at blive en omkostning for mindre og uerfarne tilbudsgivere. I udbudsdirektivet 2014 har man forsøgt at imødekomme en lignende problemstilling ved at indføre den elektroniske ESPD¹³⁷, for netop at reducere tilbudsgivers omkostninger ved at deltage i et udbud¹³⁸. Tilbudsgiver skal udfylde ESPD'en fremfor et stort antal certifikater og dokumenter. I denne situation fjernes tilbudsgivers omkostning ved at finde, udfylde og fremsende certifikater og dokumenter til ordregivers brug. I stedet har man allokeret dele af omkostningen til ordregiver, da denne står for at udarbejde ESPD'en inden hvert udbud. Ordregiver kan i denne forbindelse kræve at få forelagt dokumentation, som verificerer de oplysninger som tilbudsgiver i ESPD'en har indskrevet, hvis der foreligger tvivl om de angivne oplysninger¹³⁹. Dermed afskæres tilbudsgivere fra at skulle afholde ovenfornævnte omkostninger i forbindelse med dokumentation, hvis ikke der foreligger tvivlstilfælde om oplysningerne i ESPD'en.

¹³⁷ Udbudsdirektivet 2014, artikel 59. ESPD'en fungerer som et foreløbigt bevis, som erstatter certifikater, dokumentation etc.

¹³⁸ EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, Grith Skovgaaard Ølykke & Ruth Nielsen, 2015, s. 504

¹³⁹ Udbudsdirektivet 2014, artikel 60. Omhandlende tilbudsgivers dokumentation.

Yderligere må det antages, at den samlede reduktion af tilbudsgivernes omkostninger medfører, at den enkelte tilbudsgiver skal konkurrere mod flere tilbudsgivere under forhandlingen. Dette forringer alt andet lige den enkelte tilbudsgivers sandsynlighed for at vinde. Den lavere sandsynlighed for at vinde resulterer i større risiko for, at tilbudsgiveren skal straksafholde omkostningerne idet der ikke vil forekomme en driftsperiode, hvor tilbudsgiveren afskriver omkostningerne – hvis kontrakten ikke vindes. Den øgede konkurrence betyder, at tilbudsgiverne under forhandlingen vil være nødsaget til at presse deres pris ned, hvilket i sidste ende betyder, at det samlede output ved at vinde kontrakten falder for tilbudsgiver, men at den samlede værdi af forhandlingen optimeres.

På baggrund af ovenstående sammenfattes det, at det kan være fordelagtig for både ordregiver og tilbudsgiver, og dermed for forhandlingen som helhed, at reducere tilbudsgivers omkostninger.

5.2.6 Konsekvenser af tilbudsgivers reducerede omkostninger

Tilbudsgivernes reducerede omkostninger ved deltagelse i forhandlingen antages at skabe større efterspørgsel, hvilket vil føre til en mere intensiveret og øget konkurrence og dermed større værdi i den samlede velfærd. På baggrund af dette vil der blive foretaget en analyse af de økonomiske implikationer af øget konkurrence samt hvordan konkurrencen kan bidrage til en optimering af forhandlingsværdien.



140

¹⁴⁰ Inspiration fra: Konkurrencestyrelsen, *Konkurrence - vækst og velstand*, 2009, s. 5

Netop konkurrencen medvirker til, at tilbudsgiverne skal yde deres bedste for at øge sandsynligheden for at vinde udbuddet via forhandlingen. Det kan ske ved at tilbudsgiveren effektiviserer deres interne strukturering ved eksempelvis at følge en omkostningsstram strategi, så de derigennem kan tilbyde en løsning, som er billigere end hvad de konkurrerende tilbudsgivere kan. Det kan også komme til udtryk ved, at tilbudsgiveren fokuserer på at forbedre kvaliteten og dermed kan tilbyde en høj-kvalitets løsning. På den måde kan de effektiviserede tilbudsgivere bidrage med optimale løsninger i forhandlingen, som enten matcher eller overstiger ordregiverens behov og dermed opnår ordregiveren et optimeret output i forbindelse med forhandlingen. På et marked med høj konkurrence er det afgørende, om tilbudsgiverne formår at udnytte eksisterende ressourcer på bedst mulig måde for at holde omkostningerne nede. Det er dog vigtigt at fremhæve, at man ikke kan tale om et decideret marked for al udbudsforretning, hvorfor markedets konkurrence afhænger af hvilket marked det respektive udbud omfatter. Dog kan man i generelle vendinger udlede konkurrencens økonomiske implikationers påvirkning på udbud alt efter, hvilken markedsstruktur der udbydes på. Nødvendigheden for at holde sine omkostninger nede giver samtidig et incitament til at reducere og undgå resourcesplid¹⁴¹. På den baggrund er det også essentielt, at tilbudsgiver foretager en korrekt vurdering af sandsynligheden for, at dennes løsning udvælges som den bedste i forhandlingen, da tilbudsgiveren ved forkert vurdering skal afholde omkostningerne uden at kunne modregne med profitten ved at vinde. Omvendt, når tilbudsgiver ikke formår at effektivisere sine processer, vil tilbudsgiveren ikke skabe størst mulig output for det input han har ved deltagelse i forhandlingen. Som følge af det, er der tale om at tilbudsgiveren opererer med for høj grad af inefficiens, og derfor på længere sigt bliver frasortet af markedet¹⁴². Markedets frasortering resulterer i hyppigere udskiftning af virksomheder på markedet. Fra sorteringen har yderligere betydning for tilgangen af virksomheder på netop det marked. Netop tilgangen af nye virksomheder er medvirkende til, at de eksisterende virksomheder agerer *som om* der er konkurrence for at hæve adgangsbarriererne til markedet¹⁴³. Udskiftningen på markedet åbner op for indtrængen af tilbudsgivere med ny teknologi eller ny viden, som er bedre end det, der allerede er på markedet. Indtrængen af innovative tilbudsgivere som kan tilbyde innovative løsninger, tvinger eksisterende tilbudsgiver til at følge med udviklingen, og til at tænke innovativt

¹⁴¹ Konkurrencestyrelsen, Konkurrence - vækst og velstand, 2009, s. 16

¹⁴² Konkurrencestyrelsen, Konkurrence - vækst og velstand, 2009, s. 19

¹⁴³ Konkurrencestyrelsen, Konkurrence - vækst og velstand, 2009, s. 16

for at kunne konkurrere med de mest innovative tilbudsgivere¹⁴⁴. Det antages derfor, at konkurrencen¹⁴⁵ kan dermed være medvirkende til, at tilbudsgiverne pro-eller reaktivt følger en strategi om at være innovative Proaktivt forstået på den måde, at tilbudsgiverne på eget initiativ følger strategien for at differentiere sig fra konkurrenterne. Omvendt reaktiv, når tilbudsgiveren bliver tvunget til at tænke innovativt for at følge med konkurrenterne. Eftersom virksomhederne er mere innovative på markeder med stor konkurrence¹⁴⁶, kan det betyde at ordregiveren oplever optimeret og mere innovative løsninger undervejs i forhandlingen. Yderligere kan innovative løsninger være en faktor, som bibringer forhandlingen større værdi end ordregiver igennem udbudsmaterialet havde forventet. Netop innovative løsninger er en af betingelserne som retfærdiggør anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer jf. udbudsdirektivet 2014's art. 26, stk. 6, nr. ii. En stigning i antallet af innovative tilbudsgivere, som følge af konkurrencen, må alt andet lige betyde, at ordregiveren oftere kan anvende de fleksible udbudsprocedurer, da der vil være flere innovative løsninger tilgængelige på markedet. Det stemmer overens med, at der er sket væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet for de fleksible udbudsprocedurer, samt et generelt ønske om hyppigere anvendelse af procedurerne.

Som det er vist ved ovenstående figur og argumentation er de økonomiske implikationer af den øgede konkurrence med til øge den samfundsmæssige nytteværdi af efficiensen af forhandling, som resultat af tilbudsgiveres reducerede omkostninger i forbindelse med forhandling.

5.2.7 Faseopdeling af forhandlingen

Det blev i den juridiske analyse udledt, at ordregiveren ved brug af de fleksible udbudsprocedurer har mulighed for afholde forhandlingen i flere faser for at begrænse antallet af tilbud, som skal forhandles jf. art 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6. Ved at udskille tilbudsgiverene løbende, da reduceres også tilbudsgivers risiko for at ende i en situation, hvor vedkommende har deltaget i en langvarig forhandlingsproces forgæves og derfor skal straksafholde alle forbundne omkostninger. Det er væsentligt at bemærke, at ordregiver *kan* afholde forhandlingen i flere successive faser. Dermed er der ikke via reguleringen indskrevet en forpligtelse til at ordregiver *skal* foretage en faseopdeling af

¹⁴⁴ Konkurrencestyrelsen, Konkurrence - vækst og velstand, 2009, s. 24

¹⁴⁵ Dette er dog begrænset af konkurrencen ikke er for høj, da virksomhederne her ikke vil have tid og overskud til at være innovative.

¹⁴⁶ Geroski, P. A. (1990), "Innovation, Technological Opportunity, and Market Structure", Oxford Economic Papers, Vol. 42(3), s. 586-602 - se tilmeld Konkurrencestyrelsen, Konkurrence - Vækst og velstand.

forhandlingen, selv hvis det er muligt. Yderligere skal en potentiel faseopdeling foretages under hensynstagen til art. 65 og 66, hvis formål er, at sikre at konkurrencen ikke fordrejes på baggrund af faseopdelingen. Optimeringspotentialer er derfor et spørgsmål om, om det er hensigtsmæssigt blot at bruge faseopdeling som en tilvalgsmulighed i de udbud som har en tilstrækkelig størrelse og et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere involveret, til at sikre en reel konkurrence.

5.2.8 Imperfekt information

Det er ikke i praksis muligt at ændre det faktum, at parterne handler ud fra imperfekt og asymmetrisk information. Den asymmetriske information resulterer i praksis i, hvad principal-agent teorien benævner som adverse selektion og moral hazard¹⁴⁷. Adverse selektion bliver defineret ved, at agenten (tilbudsgiver) tilegner sig information og at der efterfølgende opstår incitament til at skjule denne information for principalen (ordregiver) eksempelvis i en forhandling. Dette fænomen kan i en udbudsretlig kontekst vises ved, at tilbudsgiver har ekspertviden og generelt har mere kendskab til sit arbejde og evner, end hvad ordregiver forudsætter. Særligt ved de fleksible udbudsprocedurer er det en væsentlig problemstilling, da det netop er kendetegnende for disse udbudsprocedurer at ordregiveren hverken har fuld viden eller er sikker på de nærmere specifikationer ved den efterspurgte tjenesteydelse eller vare. En betydningsfuld følgevirkning af den asymmetriske information kan være, at tilbudsgiveren udelukkende forholder sig til ordregiverens kravspecifikation, og derved tilbageholder information om, at han rent faktisk har mulighed for at gøre det bedre end hvad ordregiverens kravspecifikation indikerer og dermed optimere forhandlingsværdien. Det lave niveau af vidensdeling i praksis er medvirkende til, at anledning til, adverse selektion opstår. Aktørerne afskæres, i art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3 fra at *”afsløre forslåede løsninger eller andre fortrolige oplysninger, som en deltagende ansøger eller tilbudsgiver, der deltager i dialogen, har meddelt, uden dennes samtykke”*. Dermed har man igennem disse artikler i en vis grad umuliggjort vidensdeling på tværs af en forhandling, hvis tilbudsgiver ikke giver samtykke til det.

Adverse selektion og vidensdelingen kan i praksis betyde, at selvom tilbudsgiver eksempelvis har mulighed for at øge løsningens/tilbuddets kvalitet med 20% eller på anden vis forbedre ordregiverens udgangspunkt, vil tilbudsgiver nødvendigvis ikke handle derefter. Dette benævnes

¹⁴⁷ Erling Eide & Endre Stavang, Retsøkonomi, 2008, s. 121-122

som et præ-kontraktuelt problem, da det forekommer under forhandlingen inden kontraktindgåelse. I praksis kan adverse selektion reduceres ved overvågning af tilbudsgiveren med hensigten at få kendskab til tilbudsgiverens skjulte information. Det er dog værd at fremhæve, at overvågning er meget omkostningstungt, hvorfor denne model ikke vil være hensigtsmæssig.

5.3 Retspolitisk betragtninger

Nedenstående afsnit om justering af gældende ret tager udgangspunkt i diskussionen og de udledte konsekvenser under ovenstående optimeringsafsnit.

5.3.1 Justering af gældende ret

I det følgende vil der blive foretaget en analyse af, hvordan gældende ret bør være. Det vi sige hvilke dele af reguleringen som bør justeres for at optimere efficiensen af forhandlingen. Fokus vil især være på udformningen af gældende ret i forhold til omkostninger og vidensdeling i forbindelse med forhandling under de fleksible udbudsprocedurer, da disse faktorer i den økonomiske analyse og i ovenstående er identificeret som drivere for en potentiel optimering.

5.3.2 Påkrævet faseopdeling af forhandling- og dialogfasen

Som indikeret i ovenstående analyse regulerer art 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6, at den ordregivende myndighed *kan* vælge at opdele både forhandlings- og dialogfasen i successive faser. Art. 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6 er nogle af de få omkostningsstyrende redskaber, som er en del af gældende ret. Det er formendeligt tiltænkt, at disse bestemmelser har til formål, at begrænse både ordregiver- og tilbudsgivers forhandlingsomkostninger, da der kan foreligge et stort ressourcespild ved at forhandle med for mange, velvidende at kun én vælges, og at man ikke kan bruge informationer fra den ene forhandling i forhandlingen med en anden tilbudsgiver grundet den manglede vidensdeling i forhandlingsfasen.

Formålet med denne mulighed er formodentlig at begrænse det antal tilbud, som skal forhandles under udbud med forhandling og at begrænse antallet af løsninger, som skal diskuteres under dialogen i konkurrencepræget dialog. Ligeledes angives det i betragtning 16 til direktivet, at faseopdelingen finder sted: *”for efterhånden at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles, eller løsninger, der skal drøftes”*. Fælles for bestemmelser er, at formålet synes at være at begrænse den tid og de ressourcer, som inddrages under forhandlingen. Det betyder, at bestemmelserne er omkostningsstyrende. Det antydes implicit i bestemmelserne, at en faseopdeling vil reducere

udbuddets forhandling og dermed de samlede omkostninger forbundet med at forhandle. Hvis denne tolkning står til troende, hvilket ordlyden indikerer, da synes det mærkværdigt, at EU blot har formuleret faseopdelingen som en mulighed, da det indlagte økonomiske incitament ved at pålægge ordregivere altid at søge en faseopdeling, synes klart.

I det følgende vil der på denne baggrund blive foretaget en konsekvensanalyse af påvirkningen på forhandlingens værdi, hvis frivilligheden ophæves og opdelingen af forhandlings- og dialog fasen som udgangspunkt gøres obligatorisk. Konsekvensanalysen er nødvendig for at kunne vurdere, om en justering af disse bestemmelser bør foretages ud fra om reglen vil være mere efficient på denne måde.

5.3.3 Konsekvensanalyse af en påkrævet faseopdeling

Justeringen i de to bestemmelser ville i praksis kunne foretages ved at erstatte *kan* med *skal*¹⁴⁸. Det er en minimal ændring i ordlyden, men fortolkningen ændres markant.

Der er flere aspekter som afføder forskellige konsekvenser i forhold til den foreslåede ændring. Det overvejende økonomiske argument, som taler for denne ændring er som sagt, at der ville være færre omkostninger forbundet med forhandlingen som helhed. Omkostningerne forbundet med at forhandle med alle involverede parter er uforholdsmæssigt store, da alle aktører er klar over at kun et tilbud i sidste ende kan vinde. Det må dog i denne sammenhæng bemærkes, at en vigtig variabel faktor er antallet af tilbudsgivere, som deltager i forhandlingen.

Omkostninger afholdt i forbindelse med forhandlinger mellem ordregiver og de tilbudsgivere som ikke vinder går dermed tabt, da den ordregivende myndighed ikke må bruge en løsning foreslået af en tilbudsgiver, til at forhandle på baggrund af med en anden tilbudsgiver. Dermed eksisterer der ikke et element af vidensdeling ved at beholde samtlige tilbudsgivere i forhandlingen fra start til slut. Yderligere vil tilbudsgiverne, hvis de er vidende om at forhandlingen opdeles i flere faser og at der dermed løbende sorteres fra, have større incitament til at skabe værdi i begyndelsen af

¹⁴⁸ Udbudsdirektiv 2014: Art. 30, stk. 4 (konkurrencepræget dialog) ”En konkurrencepræget dialog kan finde sted i flere successive faser” og art. 30, stk. 6 (udbud med forhandling) ”udbud med forhandling kan forløbe i flere faser”

forhandlingsforløbet, da de vil være vidende om, at de ellers blive sorteret fra. Det betyder, at forhandlingen, som konsekvens af en påkrævet faseopdeling, vil forkortes væsentligt og spare både de involverede aktører og samfundet for et dødvægtstab. I forhold til forhandlingens omkostninger er der dog en faldgrube ved en påkrævet faseopdeling.

En påkrævet faseopdeling forudsætter, at ordregiver afholder flere ex ante omkostninger i forbindelse med informationssøgning, udarbejdelse af udbudsmateriale samt markedsafdækninger. Dette er nødvendigt fordi ordregiver på denne baggrund vil være bedre i stand til at udnytte de respektive faser af forhandlingen/dialogen, og fordi det ikke vil være muligt at forhandle med samtlige tilbudsgivere helt frem til vinderen skal findes. Dermed er den tidsperiode, som ordregiver kan afholde sine omkostninger over forkortet væsentligt.

Reglen medfører en allokering af omkostninger, som under gældende ret primært afholdes løbende under forhandlingen, men som under den givne ændring primært vil skulle afholdes af ordregiver ex ante. Der vil på denne baggrund blive skabt en større efficiens af forhandlingen, hvis ordregiver påtager sig de fleste omkostninger, både fordi denne har den største forhandlingsstyrke og fordi tilbudsgiver dermed vil levere større output, som resultat af forhandlingen. Det er vigtigt at bemærke, at ordregiver undtagelsesvist bør have mulighed for at undlade at foretage en faseopdeling. Dette er nødvendigt, for at efterleve art. 65 + 66, hvis formål tidligere blev beskrevet som at sikre, at der på trods af en faseopdeling, stadig eksisterer en reel konkurrence i forhandlingens/dialogens sidste fase.

5.3.4 Køb af oplysninger

Som det tidligere blev beskrevet eksisterer der potentiale for at gøre dele af art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3 mere værdiskabende. Potentialet foreligger især i forhold til den absolutte overholdelse af ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod at afsløre oplysninger uden samtykke, som begge artikler regulerer. I praksis forhindrer artiklerne ordregiver i at benytte den vidensdeling som forekommer mellem ordregiver og tilbudsgiver til at optimere værdien af forhandling mellem ordregiver og andre tilbudsgivere i samme udbud. Artiklerne betyder dog, at tilbudsgivers nuværende incitament til at vidensdele opretholdes på det niveau som i dag er eksisterende, da tilbudsgiver er vidende om, at ordregiveren ikke kan udnytte vidensdelingen i en anden forhandling og dermed ikke kan bruge oplysningerne til at stille andre tilbudsgivere bedre i konkurrencen.

På denne baggrund foretages der i det følgende en retspolitisk diskussion af, om en justering af art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3, kan muliggøre at ordregiveren i et vist omfang kan anvende vidensdelingen i en forhandling med tilbudsgiver 1 til at forhandle med tilbudsgiver 2, og samtidig bibeholde tilbudsgiver 1's incitament til vidensdele med ordregiver, da en optimeret vidensdeling vil være med til at forøge forhandlingens værdi, hvis de negative implikationer herved ikke er uforholdsmæssigt store.

Justeringen vil komme til udtryk ved, at ordregiver gives mulighed for at købe oplysninger af tilbudsgiver og dermed benytte disse oplysninger i forhandlingen med andre tilbudsgivere i samme udbud.

5.3.5 Konsekvenser af køb af oplysninger

Det er relevant at foretage en diskussion af konsekvenserne ved at indsætte muligheden for, at ordregiver under forhandlingen kan købe den know-how og oplysninger som videndelingen med en tilbudsgiver har medført, med henblik på at benytte dette i forhandlinger med andre tilbudsgivere i samme udbudsproces. Det skal i denne forbindelse understreges, at udbudsdirektivet 2014 hverken implicit eller eksplicit regulerer et forbud mod, at almindelige handelstransaktioner af immaterielle rettigheder såsom know-how, kan foretages i forbindelse med en udbudsretlig forhandling.

Rationalet bag denne diskussion er, om en eksplicit indsættelse af en købsmulighed og dermed en fremhævelse og orientering af denne mulighed vil resultere i, at ordregiver i højere grad end hvad det under gældende retsstilling er muligt, kan anvende den øgede grad af vidensdeling for at opnå forøgelse af forhandlingens værdi og dermed en stigning af samfundsværdien ved den efterfølgende kontakt, uden at tilbudsgiver helt mister incitamentet til at vidensdele.

Det økonomiske ræsonnement bag denne diskussion er, at ved at gøre muligheden for at købe oplysninger til en naturlig proces og transaktion i de udbudsretlige forhandlinger øges antallet af situationer, hvor tilbudsgiveren giver samtykke til at ordregiveren må benytte oplysningerne fra vidensdelingen i andre forhandlinger. Det bagvedliggende argument for ræsonnementet er, at tilbudsgiver har afholdt transaktionsomkostninger i forbindelse med informations- og forhandlingsomkostninger. På baggrund af disse afholdte omkostninger er argumentet, at give

tilbudsgiveren et økonomisk incitament til at tillade ordregiverens at bruge af de oplysninger som fremlægges af tilbudsgiver, til at optimere forhandlingen med andre tilbudsgivere.

Yderligere fungerer købsmuligheden som en allokering af omkostninger, da tilbudsgiver med købssummen vil få dækket nogle af de allerede afholdte omkostninger, som i stedet flyttes til ordregiver. Derfor kan købsmuligheden fungere som et omkostningsstyrende redskab. Som det tidligere er bevist, kan det være med til at optimere efficiensen af forhandling, når forhandlingsomkostninger allokeres til ordregiver fra tilbudsgiver.

Denne argumentation har dog visse begrænsninger, da der vil være forbundet yderligere transaktionsomkostninger ved at nå til enighed omkring prisfastsættelse af oplysningerne, hvilket kan være en vanskelig proces. Derudover kan der stilles spørgsmålstejn ved, om ordregiver og tilbudsgiver overhovedet har kompetencer og ressourcer til at foretage en prissætning af oplysninger. I tilfælde af at parterne skal hyre eksterne konsulenter til prissætningen, da vil det medføre en markant stigning i de samlede transaktionsomkostninger. Sådant en stigning i omkostningerne kan antageligt kun blive rationaliseret ved dyre og omfangsrige udbud. Det skyldes, at i dyre og omfangsrige udbud vil stigningen i omkostningerne være procentvis lille i forhold i et mindre udbud. I forlængelse heraf, er det relevant at bemærke, at de fleksible udbudsprocedurer kendetegnes ved at være komplekse og avancerede, hvilket indikerer at udbud under de fleksible udbudsprocedurer ofte vil være omfangsrige.

Ovenstående diskussion af justeringens forskelligartede betydning for små og store udbud indikerer, at reglen potentielt kræver, at der tages stilling til en tærskelværdi i forhold til reglens anvendelse. Begrundelsen for dette er, at det antages, at der i udbud af mindre værdi er større chance for, at små virksomheder deltager i konkurrencen med store virksomheder, hvorimod små virksomheder antages sjældent at deltage i meget store, dyre og omfangsrige udbud. Uden en tærskelværdi vil reglen fordreje konkurrencen i de mindre udbud, da den vil favoriseres store tilbudsgivere, som har ressourcer til at afvise at sælge oplysninger, hvis ikke prisen på i oplysningerne tvinges meget højt op. Dette er problematisk, hvis ordregiver vurderer, at det vil være mest hensigtsmæssigt at købe oplysningen af den store tilbudsgiver, til at forhandle med den lille tilbudsgiver. Ligeledes kan reglen i samme situation medføre at store tilbudsgivere favoriseres, da små tilbudsgivere må antages at være mere tilbøjelige til at sælge deres ekspertviden for en lavere pris. Forklaringen hertil

er, at mindre tilbudsgivere har større behov for at få dækket deres afholdte omkostninger, f.eks. gennem salg af oplysningerne, end store tilbudsgivere har. Det kan tænkes, at det medfører, at ordregiver ofte vil ende med at købe oplysningerne af de mindre tilbudsgivere og anvende det i forhandlingen med større tilbudsgivere.

En anden potentiel begrænsning findes i situationer, hvor tilbudsgivers forelagte oplysninger er af så afgørende karakter for forhandlingen og den efterfølgende kontrakt, at ordregiver er villig til at betale for rettighederne til oplysningerne. I denne situation er det tænkeligt, at oplysningerne omhandler tilbudsgiverens kernekompetencer da andre tilbudsgivere ikke på eget initiativ kan bidrage med samme oplysninger. Når det drejer sig om tilbudsgiverens kernekompetencer er det forventeligt at tilbudsgiveren ikke vil være villig til at sælge rettighederne til den know-how som er forbundet med oplysningerne. På denne baggrund er det derfor tvivlsomt, hvilken betydning købsmuligheden vil få i praksis, da tilbudsgiver skønnes at udvise uvildighed i forhold til at give samtykke til oplysninger, som omhandler kernekompetencer. Dette vil i praksis medføre en problematik, da det netop er oplysninger omkring kernekompetencer som kan gøre størst forskel.

Det vurderes på baggrund af ovenstående, at købsmuligheden medfører positive konsekvenser i form af incitamenterne, det øgede niveau af vidensdeling, reglens omkostningsstyrende karakter. Reglen har dog visse begrænsninger. Den første og største er, at det kan vise sig problematisk at prisfastsætte de oplysninger som ordregiver kan købe. Dette medfører, at reglen udelukkende skal finde anvendelse i udbud som er over en fastsat tærskelværdi, da store tilbudsgivere ellers ville blive favoriseret i konkurrencen med mindre tilbudsgivere, da de har større ressourcer til rådighed. Ligeledes er dette et argument for, at reglen kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis der ikke foretages nødvendige foranstaltninger herfor.

Det skønnes at købsmuligheden vil øge antallet af situationer, hvor der bliver givet samtykke til at ordregiveren må anvende oplysninger til at optimere den samlede kontrakt. Den ekstra værdi, som skabes ved at ordregiveren kan optimere den samlede kontrakt, ved at optimere flere forhandlinger indenfor samme udbud, samt de negative implikationer som købsmuligheden har potentiale for at eliminere, forventes at overstige værdien af de begrænsninger som købsmuligheden medfører. Yderligere kan det nævnes, at begrænsningerne kan afdækkes og imødekommes ved eksempelvis empirisk undersøgelser om parternes adfærd i forbindelse med køb af oplysninger.

På den baggrund vurderes det, at købsmuligheden og de situationer, hvor ordregiver kan øge efficiensen af den forhandlingen og den efterfølgende kontrakt er Kaldor-Hicks efficient, da differencen af henholdsvis samfundsmæssige nyttegevinst og nytte tab ved indførslen af reglen er positiv.

5.3.6 Tilførelse af alternativ ret – vurdering af tilbudsgivers loyalitet

I en almindelig kontraktretlig henseende er virksomhedernes loyalitetsniveau en væsentlig og afgørende faktor i forhandlinger og når der skal findes samarbejdspartnere. Et eksempel på dette er, at virksomhed A kan frasortere virksomhed B på baggrund af tidligere erfaringer med virksomhed B eller på baggrund af at virksomhed B har et omdømme som tilsiger at virksomhed B ofte handler illoyalt. Dette er naturlige overvejelser i forbindelse med at finde og udvælge samarbejdspartnere udenfor udbudsretten.

Samme mulighed foreligger ikke i en udbudsretlig kontekst. Udbudsdirektivet 2014 har ikke, medført en mulighed for at aflæse en tilbudsgivers loyalitetsniveau og dermed har udbudsdirektivet selvsagt heller ikke givet mulighed for, at ordregiver kan benytte en eventuel aflæsning i sin vurdering af tilbudsgiver. Det betyder, at der i dag ikke findes en model som muliggør en aflæsning og vurdering af tilbudsgivers loyalitet. Det medvirker til, at tilbudsgiver intet incitament har til, under og efter forhandlingen, at handle loyalt da der ikke findes en udbudsretlig regulering af loyal og illoyal adfærd. I praksis forsøger tilbudsgiver antageligt at signalere loyalitet for at forbedre indtryk og sin konkurrenceposition, på trods af at ordregiver ikke må vægte denne adfærd i tildelingen af kontrakten. Den manglende regulering af loyalitet i udbudsretlig kontekst medfører en begrænsning af forhandlingens efficiens, da der opstår incitamenter til, at tilbudsgiver udnytter den asymmetriske- og skjulte information til at handle opportunistisk og strategisk, hvilket i mange tilfælde er med til at reducere efficiensen af forhandlingen og af den efterfølgende kontrakt.

Denne manglende mulighed for aflæsning af tilbudsgiverens loyalitet betyder samtidig, at der kan være behov for at tilføje en alternativ regel, som bidrager med en model som muliggør aflæsning af loyalitet og muliggør, at ordregiver kan anvende denne aflæsning som led i en sanktionering eller frasortering af tilbudsgivere, som udviser meget illoyal adfærd. En sådan model forventes at reducere de negative økonomiske implikationer som illoyal adfærd medfører. Derudover forventes

modellen at animere tilbudsgivere til i højere grad at vidensdele med ordregiver under forhandlingen.

Til at udfærdige en regel om aflæsning af loyalitet tages der udgangspunkt i loyalitetsbegrebet, som blev diskuteret i den økonomiske analyse. Loyalitet spiller blandt tilbudsgiver og ordregiver antageligt en rolle, men det er forskelligt hvilken og hvor stor en rolle. Det skyldes, at det er forskelligt, hvordan loyal eller illoyal adfærd betragtes, bedømmes og hvad de afledte konsekvenser kan være. Derfor er det nærliggende at skabe ensartede rammer for, hvordan loyalitet aflæses og anvendes for at mindske de negative økonomiske implikationer som udspringer af illoyal adfærd. I det følgende vil der blive gennemgået et bud på, hvordan en loyalitetsmodel kan se ud og fungere samt, hvordan den kan være med til at optimere efficiensen af forhandling.

Reglen tænkes at blive udformet som en loyalitetsmodel der skal muliggøre, at illoyal adfærd bliver en del af de eksisterende frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivet 2014 art. 57, stk. 4. Der er to aspekter ved modellen. Det første aspekt giver, via modellen, ordregiver redskaberne til at aflæse og bedømme tilbudsgivers loyalitet. Det andet aspekt foreskriver, hvordan ordregivers vurdering af tilbudsgivers loyale adfærd i praksis skal anvendes som en af de frivillige udelukkelsesgrunde. Når ordregiver vil anvende tilbudsgivers loyalitet som en frivillig udelukkelsesgrund, skal ordregiver følge gældende rets regulering af frivillige udelukkelsesgrunde.

5.3.7 Formålet med loyalitetsmodellen

Loyalitetsmodellen skal fungere som en indikator for, hvordan der i reguleringen inddrages et incitament, som påvirker tilbudsgivers loyale adfærd positivt og som dermed skaber potentiale for optimering af forhandlings- og dialogfasen samt øget kvalitet i den efterfølgende kontraktperiode på baggrund af, at tilbudsgiver betragter sig selv underlagt en loyalitetsforpligtelse. Skabes der i reguleringen et incitament til, at tilbudsgiver bevidst handler loyalt, herunder incitament til at tilbudsgiver reducerer den asymmetriske information og opportunistiske adfærd, vil der være gode muligheder for at tilføre udbud en større samfundsnytte.

5.3.8 Gennemgang af loyalitetsmodellen

Vurdering af tilbudsgivers loyalitet skal i praksis foretages på baggrund af et hertil udarbejdet, dokument som indeholder specifikke og objektive kriterier, som fastsættes af EU. Ordregiver

benytter dette dokument til at vurdere tilbudsgiveren ud fra hvert kriterium og der gives på baggrund af hvert kriterium point mellem 0-6, hvor 6 er bedst og 0 dårligst.

Skalaen skal være anvendelig til at belyse den spredning, som i praksis er forventelig i vurderingen af tilbudsgivernes loyalitetsniveau, hvorfor det anbefales at skalaen har et spænd på minimum 0-5¹⁴⁹. På baggrund af dette skal der kunne gives maksimum point for den mest loyale adfærd og ligeledes kunne gives minimum point for den mindst loyale adfærd. Derudover er det vigtigt at skalaen ikke har vilkårlige spring mellem pointene¹⁵⁰.

Pointskala for loyalitetspoint

Point	Gives for
6	Rigtig god
5	God
4	Tilfredstillende
3	Mindre tilfredstillende
2	Ikke tilfredstillende
1	Uacceptabel (Ophævelse eller annulation af kontrakten)

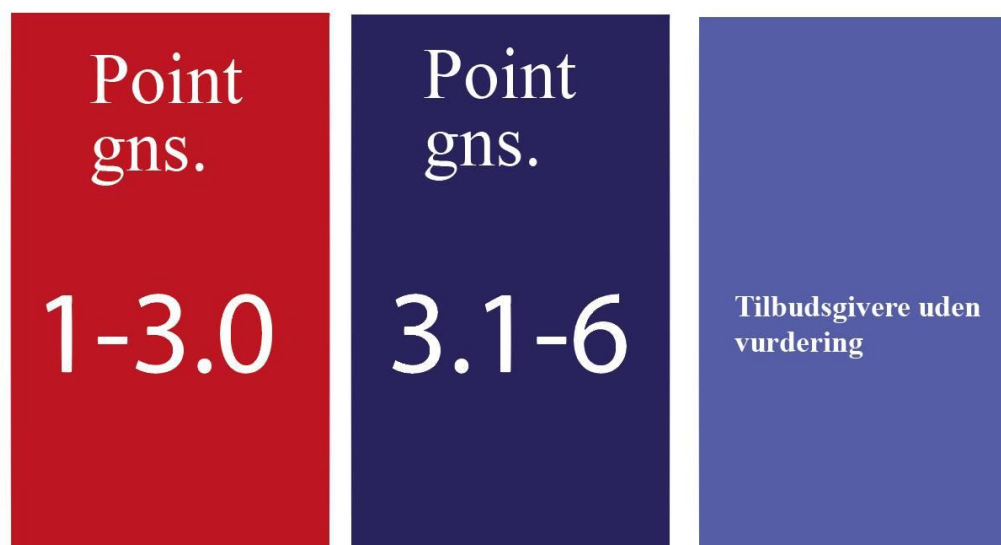
Det skal bemærkes, at karakteren 1 er et udtryk for at tilbudsgivers adfærd har forårsaget en kontraktretlig ophævelse af samarbejdet. Det er umiddelbart klart, at der med pointskalaen bør følge en nærmere, af EU fastsat, beskrivelse af hver pointsats, så det sikres at alle ordregivere har samme forståelse af pointtildelingen. Ordregiver bør i dette henseende skriftligt kunne dokumentere enhver begrundelse som ligger til grund for vurderingen for at validere det samlede resultat i tilfælde af tvister. På baggrund af pointtildelingen findes gennemsnittet af vurderingen kaldet tilbudsgivers loyalitetsscore. I praksis foretages vurderingen når tilbudsgiver har fuldført og afsluttet en

¹⁴⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Evalueringsmodeller – vejledning, 2013, s. 15

¹⁵⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Evalueringsmodeller – vejledning, 2013, s. 15 (model)

udbudsretlig kontraktperiode og den samlede loyalitetsscore justeres. Der vil på denne vis ende med at være tre kategorier af tilbudsgivere; lavest rangerede tilbudsgivere med mellem 1,0 – 3,0 point, højest rangerede tilbudsgivere med en loyalitetsscore på mellem 3,1 – 6,0 og til sidst de tilbudsgivere som endnu ikke er blevet vurderet. Figuren nedenfor illustrer denne rangering,

Tilbudsgivers rangorden efter loyalitetsscore



Når tilbudsgiveren rangeres i gruppen med 1-0 - 3.0 point, bliver tilbudsgiverens adfærd omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde, hvorfor ordregiver kan frasortere tilbudsgiveren på det grundlag. Ordregiver kan derved i udbuddet udelukke de tilbudsgivere, som befinder sig i den røde rubrik. Det betyder, at loyal adfærd som vurderes med en loyalitetsscore på 3,0 eller derunder bliver omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ordregiver ikke kan udelukke tilbudsgivere som endnu ikke er blevet bedømt, da der vil være et risikoelement forbundet med dette, da det ikke kan aflæses hvorvidt disse tilbudsgivere er præ-disponenter for loyal adfærd. Dette ville resultere i en tendens, hvor nye tilbudsgivere, som ønsker at deltage i forhandlingen/dialogen vil opleve uproportionelle store adgangsbarrierer for at være i stand til dette. Denne gruppe af tilbudsgivere er udtrykt ved den lyseblå rubrik. Tilbudsgivere som befinder sig i denne rubrik er ligestillet med de tilbudsgivere som har en loyalitetsscore på mellem 3,1-6,0, indtil efter første vurdering.

Baggrunden for fastsættelsen af denne rangering er, at det er ønskværdigt at skabe en bred gruppe af de højt rangerende tilbudsgivere for at sikre konkurrencen. Hvis man derimod gjorde den højt rangerende gruppe lille er det tænkeligt, at der ville ske en u hensigtsmæssig favorisering, da det ville være vanskeligt for en stor gruppe lavt rangerende tilbudsgivere at konkurrere på lige vilkår med de højest rangerede.

I denne sammenhæng er det nødvendigt at foretage en foranstaltning for at undgå, at der bliver skabt en tendens til at de lavt rangerende tilbudsgivere vil have svært ved at bevæge sig ud af den røde rubrik og som konsekvens heraf vil blive ved med at blive frasorteret og dermed ikke få mulighed for at blive inddraget i forhandlings- og dialogfasen igen.

For at modvirke denne tendens skal det være muligt at anmode om self-cleaning, som i gældende ret i forvejen benyttes i forbindelse med obligatoriske- og frivillige udelukkelsesgrunde. Self-cleaning, som er indskrevet i udbudsdirektivet 2014 art. 57, stk. 6, skal i dette henseende give tilbudsgivere mulighed for at dokumentere, at der er truffet passende og nødvendige foranstaltninger, hvis funktion er at modvirke den illoyale adfærd, som den lave rangering udtrykker, at de tidligere har udvist. Efter en potentiel self-cleaning bliver tilbudsgiverens samlede loyalitetsscore nulstillet, så det ikke muligt at se den tidligere dårlige loyalitetsscore og tilbudsgiveren bliver efterfølgende rangeret i gruppen bestående af tilbudsgiver som ikke før er vurderet. Dette medfører, at kun tilbudsgivere som kontinuerligt bliver vurderet dårligt forsat ligger i den lavt rangerende gruppe og kan frasorteres.

Kriterierne som tilbudsgiverne bliver vurderet på baggrund af er som nævnt ufravigelige, hvilket er af hensyn til de EU-retlige grundprincipper, herunder gennemsigtighed- og ligebehandlingsprincippet, som skal sikre ligebehandling i processen og gennemsigtighed i vurderingen af tilbudsgiver. Som følge af principperne er det ikke hensigtsmæssigt, at ordregiver selv kan fastsætte kriterierne og dermed at kriterierne ændres fra udbud til udbud, da det vil umuliggøre en gennemsigtig sammenligningsfaktor af tilbudsgivernes optjente loyalitetsscore, hvis kriterierne hvorpå tilbudsgiver bliver vurderet er forskellige. Der opnås et objektive og retvisende billede af tilbudsgiverens loyalitet ved, at kriterierne hvorpå tilbudsgiver bedømmes, altid er identiske. Det er først efter kontraktperioden, at det er muligt for ordregiver at give en korrekt vurdering af, om tilbudsgiver har handlet loyalt under kontraktperioden, på baggrund af løsningen og oplysningerne som blev fremlagt under forhandlingen/dialogen. Ordregivere kan bruge

tilbudsgivers loyalitetsscore til at vurdere, om en given tilbudsgiver er prædisponeret for loyal adfærd eller om en udelukkelse af tilbudsgiveren er at foretrække. Det er essentielt, at vurderingen af tilbudsgivere er offentlig tilgængelig for andre ordregiveres brug i fremtidige udbud, da loyalitetsmodellen ellers ville miste sin præventive virkning. I forlængelse heraf forventes tilbudsgivere at agere loyal velvidende, at fremtidige ordregivere kan udelukke tilbudsgiveren som tidligere har handlet illoyalt hvilket betyder at tilbudsgiver ved illoyal adfærd potentielt går glip af fremtidig profit.

Yderligere vil ordregiver under forhandlingen antageligt være uvillig til at påtage sig store risici i forbindelse med forhandling med lavt-rangerende tilbudsgivere. Det blev i den økonomiske udledt, at ordregiver ved at påtage sig flere ex-ante omkostninger kan bidrage til en optimering af forhandlings- og dialogfasen. På dette grundlag er det ikke hensigtsmæssigt, at tilbudsgivers adfærd medvirker, at ordregiveren ikke vil påtage sig yderligere risici, da derved opnås et lavere output af forhandlingen end hvad der er potentiale til. Ligeledes er det sandsynligt at ordregiver vil bruge flere ressourcer på at få klargjort tilbudsgiverens forslag til løsning for at sikre sig, at den vindende tilbudsgiver kan overholde specifikke forpligtelser, som den foreslåede løsning indeholder. Denne kontrol er direkte afledt af tilbudsgivers illoyale adfærd og kan som det tidligere er udledt reducere efficiensen af forhandlingen og den efterfølgende kontraktperiode.

5.3.9 Konsekvenser af loyalitetsmodellen

Loyalitetsmodellen medfører en række implikationer på især vidensdelingen under forhandlingen/dialogen og tilbudsgivers heraf afledte incitament til at agere opportunistisk. De incitamenter som modellen medfører samt implikationerne heraf vil i det følgende blive analyseret. Ligeledes vil loyalitetsmodellen blive diskuteret i forhold til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

5.3.10 Asymmetrisk information

Loyalitetsmodellen forventes at medføre et incitament til at reducere niveauet af asymmetrisk information under forhandlingen og under kontraktperioden. Baggrunden for dette er, at tilbudsgivere forventes at forsøge at præstere optimalt, til dels får at opnå en god vurdering, da fremtidige ordregivere vil få kendskab hertil, og til dels for at undgå en dårlig vurdering, som kan betyde udelukkelse fra fremtidige forhandlinger. Ved en reducere af den asymmetriske information er det muligt for parterne at optimere deres input i forhandlingen og dermed øge

forhandlingens værdi, da tilbudsgiver i højere grad forventes at delagtiggøre ordregiver i dele af den information som ellers tilbageholdes. Det betyder, at parterne i fælleskab vil forhandle på et mere veloplyst grundlag. Værdien af den asymmetriske information for tilbudsgiver, består i den forhandlingsstyrke som det giver at have information, som ordregiver ikke har. Det medfører, at tilbudsgiver ved at reducere niveauet af den asymmetriske information afgiver reel værdi, som til gengæld bidrager til øge den samlede værdi for forhandlingen. Yderligere må det antages, at den værdi som tilbudsgiver taber ved at afsløre den skjulte information, er lavere end værdien af at opnå en god bedømmelse da en god bedømmelse potentielt kan fungere som værdidriver i flere fremtidige udbud og forhandlinger.

5.3.11 Vidensdeling

En afledt effekt af dette incitament er, at der mellem ordregiver og tilbudsgiver opnås en større vidensdeling. Denne vidensdeling medfører, at parterne vil være mere villige til at påtage sig risici, fordi vidensdeling reducerer usikkerhed og fremavler tillid i det fælles handlingsmiljø. Dette kan danne grundlag for at søge en mere optimal løsning mellem parterne og dermed en optimeret efficiens af forhandlingen. Teoretisk betyder den reducerede usikkerhed, at parterne i lavere grad skal kompensere hinanden for at påtage sig risici fordi der foreligger mere information om de forskellige risici og fordi den øgede vidensdeling resulterer i et øget informationsniveau som reducerer usikkerheden ved respektive handlemuligheder samt aflæsningen af nytteværdien af de forskellige handlemuligheder. Netop aflæsningen af de respektive nytteværdier er et direkte aflæseligt resultat af det øgede informationsniveau og det bevirker at parterne bliver mere risikovillige fremfor risikoavers, som ellers er udgangspunktet ved et lavt informations- samt vidensdelingsniveau.

Det skønnes ligeledes, at den løsning/det tilbud, som tilbudsgiver i sidste ende foreslår, vil være af højere kvalitet som resultat af den øgede vidensdeling¹⁵¹. Dette er tilfældet, fordi parterne har et bedre grundlag for at udnytte forhandlingen med den større mængde delte information. Dette betyder i praksis, at ordregiver har større viden om tilbudsgivers evner og viden og på denne baggrund kan der stilles større krav til tilbudsgiverens endelige tilbud/løsning i forhold til ordregivers kravspecifikation inden forhandlingen blev indledt. Det antages på dette grundlag, at

¹⁵¹ Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 216

forhandlingen giver den efterfølgende kontrakt større efficiens og dermed øges den samlede samfundsnytte.

5.3.12 Opportunistisk adfærd

En anden vigtig funktion af loyalitetsmodellen er, at tilbudsgivers mulighed for og incitament til at agere opportunistisk under forhandlingen bliver reduceret som følge af den lavere grad af asymmetrisk information. Ligeledes mindskes tilbudsgiverens incitamentet til at handle strategisk og opportunistisk i kontraktperioden, da tilbudsgiver, hvis der ikke leves op til det der i forhandlingen blev aftalt, risikeres en dårlig vurdering og dermed et forholdsvis stort tab på langt sigt. Dette er vigtige følgevirkninger af loyalitet – både som udelukkelsesgrund og som model, da den øgede værdi af kontrakten kun vil være efficient, hvis tilbudsgiver efterfølgende animeres til ikke at handle opportunistisk i kontraktperioden ved eksempelvis at sænke arbejdskvaliteten. Tilbudsgiveren vil dermed ikke have incitament til at handle afvigende og opportunistisk grundet den fremtidige omkostning ved en dårlig vurdering som denne adfærd må påregnes at medføre. Det reducerede incitament for tilbudsgiver til at handle opportunistisk kan endvidere resultere i, at der skabes en højere værdi i forhandlingen og selve kontraktperioden. Det skyldes at tilbudsgiver oplever flere negative implikationer, hvis den opportunistiske adfærd bliver opdaget af ordregiveren, da det kan få konsekvenser for fremtidig deltagelse i udbud. På den baggrund kan man tale om, at tilbudsgivernes risikoprofil bliver ændret, da sandsynligheden for ikke at blive opdaget bliver opvejet af konsekvenserne ved at blive opdaget.

5.3.13 Loyalitetsmodellen – ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet

Det er nødvendigt at vurdere, om indførelsen af en loyalitetsmodel, herunder illoyal adfærd som en frivillig udelukkelsesgrund, er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet da princippet fungerer som den grundlæggende regulering af forhandling- og dialogfasen.

Det er med hensyn til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet afgørende at loyalitetsmodellens kriterier og deres vægtning er objektive og fastsatte. Det fastslås i Udbudsdirektivet 2014 betragtning 45, at tildelingskriterier og vægtning bør forblive stabile under hele proceduren. Selvom loyalitetsmodellen ikke kan bruges til tildeling, så efterleves princippet betydning udtrykt ved betragtning 45 analogt, da kriterierne har indflydelse på udelukkelse af tilbudsgivere i fremtidige udbud. Det medfører, at de kriterier og vægtningen af kriterierne, som loyaliteten vurderes på baggrund af skal være identiske fra vurdering til vurdering. Dette er

nødvendigt for at sikre, at forskellige ordregivere ikke vurderer på forskellig basis, hvilket ville stille nogle tilbudsgivere bedre og give dem en konkurrencefordel, hvilket vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. Ligeledes er offentliggørelsen af ordregivers vurderinger vigtig for gennemsigtigheden, så der ikke kan manipuleres med resultaterne. I denne sammenhæng er dokumentationskravet for begrundelsen af vurderingen væsentlig, da det tvisttilfælde kan konstateres om ordregiver har vurderet tilbudsgiver på en fair og objektiv måde. På grund af ovenstående anbefales det, at EU foretager en fastsættelse af kriterierne. Der er i afhandlingen ikke ressourcer til at fortage de nødvendige analyser i forhold til at afdække hvilke og hvor mange kriterier tilbudsgiverne skal bedømmes på og hvorfor. Ikke desto mindre vil kriterierne sikre, at loyalitetsmodellen og illoyalt adfærd som frivillig udelukkelsesgrund, i praksis vil være brugbar og ikke vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvorfor udarbejdelsen af kriterierne er essentiel for selve modellen.

En problemstilling forbundet med loyalitetsmodellen kan være, at det er svært at monitorere om ordregivere bedømmer tilbudsgivere med fuldstændig objektivitet. Det skyldes at det er antageligt, at ordregivere, grundet begrænset rationalitet og faktorer som personlige relationer etc. i praksis har vanskeligt ved at agere fuldstændig objektivt og se bort fra subjektive meninger og følelser. Det kan komme til udtryk ved, at ordregiver har interesse i at en bestemt tilbudsgiver vurderes positivt, f.eks. en tilbudsgiver som man har stor kendskab til og derfor ønsker at samarbejde med i fremtiden. En vurdering, som ikke foregår komplet objektivt og veldokumenteret kan på denne baggrund give nogle tilbudsgivere en konkurrencefordel og det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. Det er derfor essentielt for modellen, at ordregiver ikke i praksis vil have incitament til forvrænge konkurrencen. Sådan en problemstilling udspringer dog ikke eksplicit af loyalitetsmodellen men er ved nuværende gældende ret en udfordring i forbindelse med prækvalifikationsfasen eller tilbudsevaluering

En anden problemstilling er, at loyalitetsmodellen er med til at forstærke ordregivers forhandlingsposition, som i forvejen er den stærkeste i forhandlingen da det er tilbudsgiverne som konkurrerer om at opfylde ordregivers behov bedst muligt. Det kan, undtagelsesvist, komme til udtryk ved, at tilbudsgiveren i kontraktperioden oplever uforholdsvis høje omkostninger ved at opretholde kvalitetsniveauet. Hertil kan ordregive påkræve, at tilbudsgiver opretholder kvalitetsniveauet, og såfremt der ikke sker en opretholdelse, fremføre trusler om dårlig

loyalitetsvurdering. I sådan en situation, kan det fra tilbudsgivers perspektiv være optimalt at sænke kvalitetsniveauet, men på grund af ordregivers trussel om en dårlig vurdering, kan tilbudsgiver blive tvunget til at opretholde kvalitetsniveauet selvom den marginale omkostning overskrider den marginale nytte. Det skal bemærkes, at dette kun vil være tilfældet, hvis tilbudsgiver har fejlvurderet udbuddet og derfor ikke været bevidst om, at omkostningerne potentielt kunne overskride pay-off. Dette er et tænkt eksempel og forventes ikke at forekomme i praksis.

Loyalitetsmodellen medfører som udgangspunkt ikke, at tilbudsgiverne som indgår i udbudsprocesser ikke har identiske muligheder når de indgår i konkurrencen om en kontrakt, hvilket er et af ligebehandlingsprincippet formål er sikre. Loyalitetsmodellen tilfører blot en konkurrencefaktor, som alle tilbudsgivere har mulighed for at tilpasse sig og efterleve på lige vilkår.

Det vurderes på baggrund af ovenstående, at loyalitetsmodellen vil være i overensstemmelse med ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet. Det er dog meget vigtigt, at man fra EU's side indfører præcise og objektive kriterier, hvorpå tilbudsgivers loyalitet kan vurderes så der sikres en overholdelse af ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet. Ligeledes er det vigtigt, at man fastsætter specifikke krav til ordregivers dokumentationskrav med henblik på vurdering af tilbudsgiveres loyalitet. Dette sikrer, at vurderingen sker med et tilstrækkeligt niveau af gennemsigtighed.

5.3.14 Sammenligning af efficiens

I det følgende vil der blive foretaget en vurdering af, om gældende ret kan gøres mere efficient ved at indføre de foreslåede justeringer samt afhandlingens foreslåede regel. Formålet med denne vurdering er at skabe et sammenligningsgrundlag for, om de foreslåede ændringer tilfører gældende ret værdi og dermed om gældende ret bliver mere efficient. På baggrund af dette vurderingsgrundlag vil der blive udfærdiget en retspolitisk anbefaling til ændringer af gældende ret.

Det blev i analysen af om gældende ret er efficient konstateret, at der flere steder via regulering er potentiale til at optimere efficiensen af gældende ret. Især i forhold til at optimere vidensdeling i forhandlingen, herunder hvordan man kan skabe et større incitament til at tilbudsgiver accepterer, at information og viden bruges mellem flere forhandlinger i samme udbud. Ligeledes blev det påvist,

at transaktionsomkostninger forbundet med forhandlingen kan allokeres på bedre vis mellem ordregiver og tilbudsgiver for at øge efficiensen af forhandlingen.

5.3.15 Påkrævet faseopdeling

Den foreslåede justering af udbudsdirektivet 2014's art 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6, som indfører en påkrævet faseopdeling af forhandlings- og dialogfasen vil have en omkostningsstyrende effekt. Justeringen tilfører en reduktion af de samlede omkostninger forbundet med forhandlingen – både før og under da færre tilbud/løsninger skal forhandles og det ressourcespild som forekommer ved at forhandle med for mange tilbudsgivere reduceres væsentligt. Forhandlingsfasen vil på denne baggrund blive periodisk forkortet, hvilket giver tilbudsgiver et incitament til tidligt i forhandlingen at præstere optimalt, for at undgå at blive frasortet. Ordregiver er fritaget fra at foretage en faseopdeling, hvis antallet af tilbudsgivere betyder, at konkurrencen forringes. Justeringen af art 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6 vil på baggrund af de positive økonomiske implikationer være at foretrække, da justeringen tilfører den gældende retsstilling et omkostningsstyrende element som er med til at øge efficiensen af forhandlingen.

5.3.16 Køb af oplysninger

Den foreslåede justering af art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3 giver tilbudsgiver et incitament til at give ordregiver samtykke til at benytte oplysninger til at optimere forhandlingen med andre tilbudsgivere under samme udbud. Dette incitament skabes ved, at ordregiver har mulighed for at kompensere tilbudsgiver for oplysningerne. Gældende retsstilling er, som nævnt tidligere, at tilbudsgiver kan give samtykke til, at ordregiver benytter oplysninger, som er udsprunget af forhandlinger med en tilbudsgiver i forhandlinger med andre tilbudsgivere. Tilbudsgiver har dog i praksis intet økonomisk incitament til at give samtykke hertil, da det svarer til at afgive en konkurrencefordel og da det vil stille andre tilbudsgivere mere fordelagtigt fordi ordregiver med købte oplysninger, potentielt kan pointere eller indikere, hvad andre tilbudsgivere konkurrer imod eller hvad der forventes.

Justeringen forventes at medføre, at der opstår flere tilfælde, hvor tilbudsgiver giver samtykke til at ordregiver benytter og videregiver oplysninger, da tilbudsgiver kompenseres herfor. Det betyder, at der i justeringen er indlagt et omkostningsstyrende aspekt i form af compensationen. Ordregiver kan på denne baggrund udnytte oplysningerne til potentielt at optimere forhandlingen og den endelige kontrakt, hvilket bidrager til at øge samfundsefficiensen. I praksis ligestilles denne compensation med, at en del af tilbudsgivers omkostninger i forbindelse med vidensdelingen flyttes

til ordregiver. Den store værdidriver ved justeringen, er den forventede stigning i vidensdelingen på tværs af de respektive forhandlinger i udbuddet. Den øgede vidensdeling medfører mulighed for, at efficiensen af forhandlingen stiger til dels som resultat af en forventet reducere af den asymmetriske information mellem parterne og til dels som resultat af en optimeret udnyttelse af den allerede eksisterende information under forhandlingen.

Det er dog værd at bemærke at de påkrævede ressourcer og kompetencer som er nødvendige for at prissætte oplysninger må formodes at være væsentlige, hvilket er en potentiel risiko ved justeringen. Ved empirisk undersøgelser, kan der sandsynligvis gives et kvalificeret estimat på graden af de omkostninger, som ordregiver og tilbudsgiver i prissætningen af oplysningerne og forhandlingerne om købet skal afholde. Det er en forudsætning for reglens efficiens, at disse ekstra omkostninger ikke må overskride den værdi, som der tillægges det endelige resultat. På den baggrund kan det ydermere vise sig nødvendigt at indsætte en tærskelværdi for, hvornår reglen kan anvendes, da det ikke vil være hensigtsmæssigt at prissætte oplysninger i udbud, hvor sandsynligheden for at de ekstra omkostninger forbundet med prissættelsen og selve betalingen for oplysninger, overskrider den ekstra værdi som vidensdelingen giver den endelige kontrakt.

Netop nemmere adgang til at anvende vidensdeling er et springende punkt i forhandling under gældende ret, hvilket ligeledes betyder, at det er et område hvor der er stort potentiale for optimering. Reglen skønnes, at tilføre gældende ret en nødvendig mulighed for i højere grad at kunne anvende vidensdeling samtidig med, at omkostninger allokeres på måde, som fremmer efficiensen. Det må dog bemærkes, at efficiensen af reglen forudsætter at der i praksis findes en metode, hvorpå omkostningerne i forbindelse med købet ikke bliver uforholdsvist store.

5.3.17 Loyalitetsmodellen og loyalitet som frivillig udelukkelsesgrund

Den foreslåede regel, som indeholder loyalitetsmodellen og en frivillig udelukkelsesgrund på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers illoyale adfærd, vedrører asymmetrisk information og opportunistisk adfærd. Dette er i praksis faktorer, som har en negativ påvirkning på forhandling og udbud generelt. Reglen giver ordregiver et redskab til at foretage en objektiv vurdering af tilbudsgiveres loyale eller illoyale adfærd på baggrund af forhandling og efterfølgende kontraktperiode. Ligeledes medfører reglen, at det blandt de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4 indskrives, at ordregiver skal have mulighed for at anvende tilbudsgivernes loyalitetsscore som udelukkelsesgrund, såfremt scoren er under 3,0.

Under gældende ret er der ikke foretaget regulering vedrørende loyalitet og der finder ligeledes ikke model, som tillader ordregivere at aflæse og benytte tilbudsgiveres loyalitet eller manglen på samme.

Loyalitetsmodellen fungerer som et værktøj til at reducere negative økonomiske implikationer, som er forbundet med de fleksible udbudsprocedurer. Loyalitetsmodellen har potentiale til at modvirke tilbudsgivers muligheder og dertilhørende incitament til at handle opportunistisk - både i forbindelse med forhandlingen og den efterfølgende kontraktperiode. Tilbudsgivers incitament til at udøve opportunistisk adfærd er en væsentlig begrænsende faktor for værdien af forhandlingsfasen og kontraktperioden, hvorfor der ved via regulering bør indsættes et incitament, som har til formål at reducere denne adfærd væsentligt. Loyalitetsmodellen og indsættelsen af illoyal adfærd som frivillig udelukkelsesgrund, formindsker tilbudsgiverens incitament til opportunistisk adfærd, ved eksempelvis at tilbageholde værdifuld information under forhandlingen og ved at sænke arbejdskvalitet i kontraktperioden, så kontraktperiodens værdi ikke er faldende forårsaget af tilbudsgiveren opportunistiske adfærd. Indførelsen af loyalitetsmodellen kan dermed bidrage til en større vidensdeling under forhandlingen, da tilbudsgiver ikke har incitament til at udnytte den asymmetriske information i samme grad, som under gældende ret. Dette tilfører den endelige kontrakt ekstra værdi, og kan yderligere betyde at ordregiver opnår en bedre kontrakt end forventet. Modellen forventes at bibringe forhandlingen en øget efficiens som resultat af tilbudsgivers incitament til at agere loyalt og optimerende på kort sigt, altså under forhandlingen og den efterfølgende kontrakt, for at kunne optimere egen værdi på langt sigt ved ikke at blive udelukket af fremtidige udbud på grund af en for lav loyalitetsscore.

Det vurderes på baggrund af ovenstående, at potentialet for at optimere efficiensen af forhandling og de kontrakter som indgås på baggrund af forhandlingen er så betydeligt, at loyalitetsmodellen på trods af nødvendige analyser og foranstaltninger som er påkrævet før modellen kan implementeres, bør indsættes i reguleringen. Loyalitetsmodellen og de incitamenter samt positive implikationer som modellen medfører, vurderes at tilføre den gældende retsstilling yderligere værdi. Det skal dog i denne sammenhæng bemærkes, at det er essentielt for modellens virke og for brugen af loyalitet som frivillig udelukkelsesgrund, at EU udfører grundige empiriske analyser med henblik på at udfærdige en liste med objektive kriterier, som vurderingen af tilbudsgivers loyalitet foretages på baggrund af.

5.4 Retspolitisk anbefaling

Afhandlingens retspolitiske anbefaling udgør en implementering af loyalitetsmodellen, forslag til justering af udbudsdirektivet 2014's art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3 vedrørende tilbudsgivers samtykke til at ordregiver kan anvende og videregive oplysninger samt et forslag til justering af art. 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6 om en påkrævet faseopdeling af forhandlingen/dialogen.

Det anbefales, at loyalitetsmodellen bør implementeres i gældende ret. På denne baggrund kan loyalitet bidrage som et reguleringsværktøj til at reducere negative økonomiske implikationer i forbindelse med tilbudsgivers asymmetriske information og opportunistiske adfærd. Hertil skal de frivillige udelukkelsesgrunde i art. 57, stk. 4 justeres, så ordregiver kan vælge at udelukke tilbudsgivere som generelt udviser illoyal adfærd

Yderligere bør art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3 tilpasses således, at ordregiver tilskyndes at købe oplysninger fra vidensdeling med en tilbudsgiver, med henblik på at anvende oplysningerne til optimering af forhandlingen med andre tilbudsgivere i samme udbud. Det er frivilligt at benytte denne købsmulighed – justeringens formål er at fremhæve muligheden, så tilbudsgivere oftere giver samtykke til ordregivers brug af oplysningerne. Det anbefales i denne sammenhæng, at der fastsættes en tærskelværdi for, hvornår denne mulighed skal finde anvendelse, da det ikke er hensigtsmæssigt, at der foretages transaktioner i forbindelse med erhvervelse af information i udbud som repræsenterer en lav værdi. Yderligere bør der i denne forbindelse træffes foranstaltninger med henblik på at kunne foretage en forholdsvis nøjagtig prisfastsættelse af informationen, for at sikre en fair konkurrence mellem tilbudsgivere af forskellig størrelse, og for at efterleve ligebehandlingsprincippet, under den ændrede retsstilling.

Afslutningsvis anbefales en justering af ordlyden i udbudsdirektivet 2014 art. 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6, således at ordregiver som hovedregel *skal* foretage en faseopdeling af forhandlingen/dialogen under henholdsvis konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Ordregiver *kan* undtagelsesvis undlade at opdele forhandlingen i flere faser, såfremt det i et nødvendigt omfang kan dokumenteres, at en opdeling, jf. udbudsdirektivets art. 65, stk. 2 og art. 66, vil betyde at der ikke opnås reel konkurrence under forhandlingen/dialogen om udbuddet.

6 Konklusion

Den øgede adgang til at forhandle i udbudsdirektivet 2014 er ikke en kodificering af retspraksis. Det konkluderes, at den øgede adgang til at benytte de fleksible udbudsprocedurer og dermed til at forhandle, skyldes et generelt stigende behov for øget forhandling og fleksibilitet. De bestemmelser, som udgør den øgede adgang til at forhandle fungerer som afklarende og præcisende bestemmelser i fortolkningen af, hvornår de fleksible udbudsprocedurer kan anvendes.

Samfundsefficiensen af forhandling kan i væsentligt omfang påvirkes af tilbudsgivers grad af asymmetrisk information. Tilbudsgivers asymmetriske information repræsenterer en potentiel forøgelse af forhandlingens efficiens som ikke aktualiseres, hvis informationen tilbageholdes. Derudover skaber den asymmetriske information mulighed for og incitament til, at tilbudsgiver efterfølgende agerer opportunistisk og at det optimale niveau af vidensdeling mellem de forhandlende parter ikke opnås.

Yderligere afhænger samfundsefficiensen af forhandling af, at de samlede transaktionsomkostninger forbundet med forhandlingen søges reduceret ved en hensigtsmæssig allokering mellem parterne.

For at øge samfundsefficiensen af forhandling under de fleksible udbudsprocedurer bør art. 29, stk. 5 og art. 30, stk. 3 justeres. Justeringen medfører, at ordregiver kan kompensere tilbudsgiver for at få retten til at benytte oplysninger i andre forhandlingsforløb under samme udbud. Formålet med justeringen er, at der skabes en optimeret vidensdeling mellem de forskellige forhandlingsforløb. Vidensdelingen vil bidrage til at øge værdien af både forhandlingen og den efterfølgende kontrakt, hvilket forventes at øge samfundsefficiensen. Yderligere foreslås det, at art. 30, stk. 4 og art. 29, stk. 6 justeres. Justeringen gør det obligatorisk at foretage en faseopdeling af forhandlingen, såfremt konkurrencen kan sikres. Formålet med justeringen er, at reducere de samlede omkostninger forbundet med forhandlingsfasen.

Yderligere foreslås det, at der i art. 57, stk. 4 indføres en udelukkelsesgrund, som medfører at tilbudsgivere kan udelukkes fra fremtidige forhandlinger på baggrund af tidligere illoyal adfærd. Loyalitetsmodellen indføres til at vurdere tilbudsgivers adfærd. Formålet med denne regel er at reducere tilbudsgivers opportunistiske adfærd og øge tilbudsgivers incitament til at bidrage til at øge efficiensen af forhandling.

7 Litteraturliste

Bøger

Ølykke Skovgaard, Grith og Nielsen, Ruth. 2015. EU's udbudsregler - i dansk kontekst. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave

Polinsky, Mitchell, A. 2011. An introduction to Law and Economics. New York: Wolters Kluwer, 4. udgave

Nielsen, Ruth og Tvarnø D, Christina. 2011. Retskilder & Retsteorier. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave

Eide Erling, og Stavang, Endre. 2013. Rettsøkonomi. Oslo: Cappelen Akademisk forlag, 5. udgave

Kammeradvokaten, 2016. Aktuel udbudsret II. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave

Dutta, K., Prajit. 1999. Strategies and Games. London: The MIT Pres, 1 udgave.

Frank, H. Robert. 2010. Microeconomics and Behavior. Cornell: Mcgraw-Hill International Edition, 8. udgave

Treumer, Steen. 2002. Ligebehandlingsprincippet i EU udbudsregler. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1 udgave

Juridisk Institut. 2014. I62 Kompendium Kontraktforhandling - strategi og koncipering .Academic books.

Arrowsmith, Sue. 2014. The Law of Public and Utilities Procurement Volume 1. England: Sweet & Maxwell.

Evers Hjelmberg, Simon. Stig Jakobsen, Peter. Troels Poulsen, Sune. 2005. EU-udbudsretten – Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. Udgave.

Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth. 2011. EU Ret. København: Karnov Group Denmark, 6. Reviderede udgave.

Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise. 2008. EU's Udbudsdirektiver med kommentarer. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. Udgave

Knudsen, Christian. 2011. Økonomisk Psykologi – adfærdsøkonomiske perspektiver på virksomheders organisering, økonomiske grænser og identitet. København: Samfundslitteratur

Gibbons, Robert. 1992. A Primer in Game Theory. Essex: Pearson Education Limited.

Knudsen, Christian. 1997. Økonomisk metodologi bind 2: Virksomhedsteori og industriøkonomi. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. Udgave.

Knudsen, Christian. 1994. Økonomisk metodologi bind 1: Videnskabsteori og forklaringstyper. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. Udgave.

Artikler

Coase, Ronald H. The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics Volume III, oktober 1960.

Howard, Nigel. Resolving Conflicts in a Tree: Drama Theory in the Exstensive form, Nigel Howard (dramatic ltd) abstract

Howard Nigel. Drama Theory and Its Relation to Game Theory. Part 1: Dramatic Resolution vs. Rational Solution, 1994 Kluwer Academic Publishers

Howard, Nigel. Drama Theory and Its Relation to Game Theory. Part 2: Formal Model of the Resolution Process, 1994 Kluwer Academic Publishers

Stamhus, Anna. Betingelser for anvendelsen af konkurrencepræget dialog i dansk udbudsret. U.2012B.237

Geroski, P. A. (1990), "Innovation, Technological Opportunity, and Market Structure", Oxford Economic Papers, Vol. 42(3), s. 586-602 -

Domsregister

Costa mod ENEL, sag C-6/64, Flaminio Costa mod Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, Domstolens dom af 15. juli 1964

Centros, sag C-212/97, Centros Ltd. Mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Domstolens dom af 9. marts 1999

CILFIT, sag 283/81, Srl. CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod "Ministry og Health" Domstolens dom af 6. oktober 1982

Grimaldi , Sag 322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des Maladies Professionnelles, Domstolens dom af 13. december 1989

Storebælt, sag C-243/89, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, Domstolens dom af 22. juni 1993

Scan Office Design, sag T-40/01, Scan Office Design SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Domstolens dom af 28. november 2002

Nordecon AS, sag-C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, Domstolens dom af 5. december 2013

Manova, C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, Domstolens dom af 10. oktober 2013

Portugal, Sag C-149/96, Den Portugisiske Republik mod Rådet for Den Europæiske Union, Domstolens dom af 23. november 1999

Peter Überschar, Sag 810/79, Peter Überschar mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Domstolens dom af 8. oktober 1980

Giovanni Maria Sotgiu, Sag C-152/73, Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, Domstolens dom af 12. februar 1974

Kommissionen mod Grækenland, sag C-199/07, Kommissionen mod Grækenland, Domstolens dom af 12. november 2009

Bent Moustén Vestergaard, sag C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, Domstolens dom af 3. december 2001

Tyskland mod Kommissionen, sag C-275/08, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland, Domstolens dom af 15. oktober 2009

Klagenævnet for udbud

Technicomm A/S mod DSB, J.nr.: 98–179.173 af 9. Marts 1999

Andet

Meddelelse fra Kommissionen – Europa 2020. KOM(2010) 2020. En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst.

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

Udbudsrådets Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, december 2011

Konkurrencestyrelsens analyse, Konkurrence - vækst og velstand, 2009