



Cand.merc.jur.
Kandidatafhandling

Udbudslovens fleksible udbudsprocedurer - Skabelsen af effektive kontrakter

*Flexible procedures in the Danish procurement law
- The creation of efficient contracts*

Kristina Møller
Sigrid Winther Rasmussen

Vejledere:
Kalle Rose
Sarah Maria Denta

Antal anslag:
270.623

Antal sider:
118

Copenhagen Business School
17. maj 2016

Abstract

From January 2016 Denmark had their first procurement law. The law is building on the Procurement Directive from 2014 that is a part of EU's 2020 strategy. The main purposes are to create more simple and flexible procedures by giving the contracting authorities a better opportunity to choose procedures including negotiation and dialogue. This master thesis is analyzing whether or not the increasing flexibility in the procurement law gives higher valuable contracts.

To analyze the flexibility in the rules this thesis uses Law & Economics to analyze the purposes of the Danish procurement law with the creation of efficient contracts. This thesis also includes the legal dogmatic analysis to identify and analyze the flexible procedures in the Danish procurement law. Furthermore, the legal dogmatic analysis discusses how it is possible to comply with the fundamental EU law principles. The economic analysis consists of neo classic economics and neo-institutional economics to assess how the most efficient procurement is created. This includes a micro economic construction of the equilibrium in a perfectly competitive market and an analysis of whether there are transaction costs connected with flexible procurement.

The legal analysis shows that it is difficult to be compliant with the fundamental EU law principles when increasing the flexibility in the procurement procedure. The economic analysis shows that to create the most efficient contracts within procurement the possibility of renegotiation is necessary. This concludes that it is difficult to abide the law and still get the most efficient contracts. Furthermore, it is difficult and expensive using flexibility in the procedure when the contracts are too complex and transaction costs are too high. Conversely, if the complexity is too low then flexible procedures are not recommended. The efficient contract is hard to achieve due to the existence of economic and non-economic considerations.

Kapitel 1 – Introduktion	4
1.1. Indledning	4
1.2. Problemstilling	5
1.2.1. Problemformulering	5
1.3 Afgrænsning	6
1.4. Synsvinkel	6
1.5. Metode	7
1.5.1. Juridisk metode	7
1.5.1.1. Retskildelæren	7
1.5.1.2. Retsdogmatisk analyse	8
1.5.1.3. EU-retten	9
1.5.2. Økonomisk metode	11
1.5.3. Retsøkonomisk metode	13
1.6. Afhandlingens struktur	14
 Kapitel 2 – Juridisk analyse	 16
2.1. Europa 2020 strategien og udbudsreglerne	16
2.1.1. Europa 2020 og akt om det indre marked	16
2.1.2. Grønbogen og udbudsdirektivet	17
2.1.3. Udbudsloven	18
2.2. EU rettens formål og de grundlæggende principper	19
2.2.1. Den historiske udvikling af EU rettens formål	19
2.2.2. De grundlæggende EU-retlige principper og udbudsreglerne	21
2.2.2.1. Proportionalitetsprincippet	21
2.2.2.2. Ligebehandlingsprincippet	21
2.2.2.3. Gennemsigtighedsprincippet	22
2.3. Formålet med udbudsreglerne	22
2.3.1. Udbudsdirektivet fra 1976	23
2.3.2. Udbudsdirektivet fra 1988	23
2.3.3. Udbudsdirektivet fra 1993	24
2.3.4. Udbudsdirektivet fra 2004	24
2.3.5. Udbudsdirektivet fra 2014	25
2.3.6. Udbudsloven fra 2016	27
2.4. Udbudsprocedurerne	27
2.4.1. Betingelser for alle udbud	28
2.4.1.1. Generelt før et udbud	28
2.4.1.1.1. Markedsundersøgelse	28
2.4.1.1.2. Køberprofil og vejledende forhåndsmeddelelse	29
2.4.1.2. Generelle betingelser under alle udbud	30
2.4.2. Offentligt udbud	31
2.4.3. Udbud med forhandling	32
2.4.4. Konkurrencepræget dialog	34
2.4.5. Forskellen på udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog	35
2.5. De fleksible udbudsprocedurer	36
2.5.1. Udbud med forhandling	36
2.5.1.1. Anvendelse af udbudsprocedurerne	36
2.5.1.1.1. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra a og § 67 stk. 1 nr. 1 litra a.	37
2.5.1.1.2. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra b og § 67 stk. 1 nr. 1 litra b	39
2.5.1.1.3. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra c og § 67 stk. 1 nr. 1 litra c	40

2.5.1.1.4. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra d og § 67 stk. 1 nr. 1 litra d	40
2.5.1.1.5. Ikke-forskriftsmæssige og uacceptable tilbud	40
2.5.1.1.6. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven	42
2.5.1.2. Hvad må parterne forhandle om?	45
2.5.1.2.1. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven	47
2.5.2. Konkurrencepræget dialog	48
2.5.2.1. Anvendelse af konkurrencepræget dialog	48
2.5.2.1.1. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven	49
2.5.2.2. Hvad kan parterne føre dialog om?	51
2.5.2.2.1. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven	54
2.6. Stemmer den øgede fleksibilitet overens med reglernes formål?	55
2.6.1. Overholdelsen af de grundlæggende principper	55
2.6.1.1 Proportionalitetsprincippet	56
2.6.1.2 Ligebehandlingsprincippet	56
2.6.1.3 Gennemsigtighedsprincippet	58
2.6.2. Grundlaget for effektive udbudskontrakter	60
2.7. Delkonklusion	63

Kapitel 3 – Økonomisk analyse 64

3.1. Hvorfor sendes offentlige opgaver i udbud?	64
3.1.1. Fuldkommen konkurrence på et marked	64
3.1.1.1. Ligevægt på et marked	65
3.1.1.2. Profitmaksimering for en virksomhed på kort sigt	66
3.1.1.3. Ligevægt i et marked på kort sigt	67
3.1.1.4. Samfundsøkonomisk overskud under fuldkommen konkurrence	67
3.1.2. Efficiens under fuldkommen konkurrence	69
3.1.3. Samfundsøkonomisk overskud ved udbud	70
3.2. Transaktionsomkostningsteorien	72
3.2.1. Transaktionsomkostningstyper	73
3.2.2. Adfærdsantagelser	74
3.2.2.1. Begrænset rationalitet	74
3.2.2.2. Opportunisme	75
3.2.3. Transaktionsdimensioner	76
3.2.3.1. Aktivspecificitet	76
3.2.3.2. Usikkerhed	77
3.2.3.3. Frekvens	77
3.2.4. Effekten af transaktionsomkostninger	77
3.2.5. Minimering af transaktionsomkostninger	77
3.2.5.1. Coase teoremet	78
3.2.5.2. Under hvilke betingelser kan det betale sig at forhandle?	79
3.2.5.3. Grænsen for effektiv forhandling	80
3.2.6. Opsamling på transaktionsomkostningsteorien	81
3.3. Transaktionsomkostninger i udbud	82
3.3.1. Transaktionsomkostninger før et udbud	82
3.3.1.1. Transaktionsomkostninger ved en markedsundersøgelse	83
3.3.1.2. Transaktionsomkostninger ved en køberprofil	83
3.3.1.3. Transaktionsomkostninger ved et udbudsmateriale	84
3.3.1.4. Transaktionsomkostninger ved et tilbud	84
3.3.2. Transaktionsomkostninger under en udbudsprocedure	85

3.3.3. Transaktionsomkostninger efter en udbudsprocedure	86
3.3.4. Transaktionsomkostninger ved et offentligt udbud	87
3.3.4.1. Under hvilke betingelser skal et offentligt udbud anvendes?	87
3.3.5. Transaktionsomkostninger ved de fleksible udbudsprocedurer	88
3.3.5.1. Udbud med forhandling	89
3.3.5.1.1. Under hvilke betingelser skal et udbud med forhandling anvendes?	90
3.3.5.2. Konkurrencepræget dialog	91
3.3.5.2.1. Under hvilke betingelser skal konkurrencepræget dialog anvendes?	92
3.4. Alternativer til udbudsprocedurerne	92
3.4.1. Make or buy	93
3.4.2. Det efficiente udbud	94
3.4.2.1. Genforhandling	94
3.4.2.1.1. Effektiviteten af genforhandling under udbud	95
3.5. Delkonklusion	97
Kapitel 4 - Integreret analyse	98
4.1. Resultater af afhandlingens juridiske analyse	98
4.2. Resultater af afhandlingens økonomiske analyse	99
4.3. Hvorfor eksisterer der regler for udbud?	100
4.4 Økonomiske og ikke-økonomiske formål	101
4.4.1 Effektueringen af formålene	103
4.5. Samspillet mellem den økonomiske analyse og udbudsreglerne	104
4.5.1. Offentligt udbud	104
4.5.2. De fleksible udbudsprocedurer	104
4.6. Genforhandling af kontrakten	106
4.6.1. Udbudsreglernes formål om at skabe effektive udbudskontrakter	106
4.6.2. Bliver de grundlæggende principper overholdt?	107
4.6.2.1 Proportionalitetsprincippet	107
4.6.2.2. Ligebehandlingsprincippet	108
4.6.2.3. Gennemsigtighedsprincippet	109
4.6.2.4. Samspillet mellem principperne	110
4.6.3. Opsamling på genforhandling	111
4.7 Udbudsreglernes mange hensyn	111
4.7.1 Effekten af udbudsreglernes hensyn	112
4.8. I hvilken grad er det muligt at skabe efficiente kontraktformer?	114
Kapitel 5 - Samlet konklusion	116
Litteraturliste	118
Bilag 1 - Muligheder og udfordringer ved fleksible udbudsformer	123
Bilag 2 - Illustration af udbud med forhandling	128
Bilag 3 – Kontrakter indgået ved konkurrencepræget dialog	129
Bilag 4 - Korruption i forbindelse med udbud	130

Kapitel 1 – Introduktion

1.1. Indledning

Siden finanskrisen ramte Europa i 2008, har den stået øverst på dagsordenen hos både EU og de enkelte medlemsstater. Krisen har sat sine spor på både væksten og beskæftigelsen i medlemsstaterne, og nogle af medlemsstater er stadigvæk den dag i dag medtaget af krisen. Den finansielle krise har været en øjenåbner for mange, og både for det offentlige og for mange borgere har krisen medført, at deres økonomi er taget op til revurdering. Det er den største finansielle krise der har været i Europa siden EU opstod. EU har været nødsaget til at bidrage med løsninger. Disse skal sikre at medlemsstaternes midler bliver brugt på den mest hensigtsmæssige måde. For at komme ud af krisen og forhindre en gentagelse af krisen har EU iværksat en række initiativer med ”Europa 2020”-strategien¹. Formålet med strategien er blandt andet at fremme en mere ressourceeffektiv økonomi.

Offentlige indkøb gennem udbud er udvalgt som et af de områder, der skulle moderniseres som en del af strategien. Udbudsreglerne skal indrettes på en måde, der skal gøre det lettere og mere effektivt for offentlige myndigheder at foretage indkøb. Målet er at skabe mere enkle regler, for at nedbringe nogle af de omkostninger, der er forbundet med at sætte en opgave i udbud. Derudover skal der indføres mere fleksibilitet, så ordregiveren har mulighed for at tilpasse indkøbene efter sine behov. Ændringerne, der er foretaget i forbindelse med moderniseringen af udbudsreglerne, har dermed et økonomisk formål. De offentlige indkøb skal bidrage til at sikre sundere og mere stabile økonomier i medlemsstaterne med det mål at undgå potentielle økonomiske kriser i fremtiden. For at modernisere udbudsreglerne er der indført et nyt udbudsdirektiv², som fra dansk side er blevet implementeret med udbudsloven³.

Da udbudsreglerne er af EU-retlig oprindelse, skal der også tages nogle ikke-økonomiske hensyn. Det skyldes blandt andet, at EU-retten har nogle helt grundlæggende principper, som altid skal overholdes, uanset hvilke formål der i øvrigt er med reglerne. De grundlæggende principper skal dermed også overholdes under udbudsreglerne. Dette betyder at udbudsreglerne både har fokus på

¹ Meddelelse fra Kommissionen ”Europa 2020 – en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst”, Bruxelles, den 3.3.1020 KOM(2010) 2020 endelig

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

³ Udbudsloven lov nr. 1564 af 15/12/2015

økonomiske og ikke-økonomiske formål, hvilket er videreført til formålsbestemmelserne i både udbudsdirektivet og udbudsloven.

I 2014 købte offentlige ordregivere i Danmark varer og tjenester hos private virksomheder for næsten 300 mia. kr⁴. Det svarer til 15 pct. af det danske bruttonationalprodukt. Det er store summer, der købes ind for, og det er derfor interessant at undersøge, om de offentlige midler bliver brugt på fornuftig og ansvarlig vis. Derudover er det interessant at undersøge, hvordan lovgiverne har håndteret at reglerne har både økonomiske og ikke-økonomiske formål.

1.2. Problemstilling

Da udbudsreglerne både har økonomiske og ikke-økonomiske formål, kan der opstå en konflikt mellem dem, fordi de ikke nødvendigvis understøtter hinanden. Et af målene i de nye udbudsregler var at indføre mere fleksibilitet i udbudsprocedurerne, hvorfor det er interessant at undersøge om dette giver bedre muligheder for at skabe efficiente udbud. Ydermere er det relevant at vurdere hvorvidt de efficiente udbud kan skabes inden for rammerne af de økonomiske og ikke-økonomiske formål. For at kunne undersøge denne problemstilling, opstilles nedenstående problemformulering, som ønskes besvaret i afhandlingens analyser.

1.2.1. Problemformulering

Problemformuleringen indeholder et overordnet spørgsmål, der er en integration mellem jura og økonomi. For at kunne besvare det overordnede spørgsmål, er der opstillet to underspørgsmål, som skal besvares i et henholdsvis det juridiske og økonomiske kapitel. Delkonklusionerne for de to analyser, bliver inddraget i den integrerede analyse, hvor det overordnede spørgsmål ønskes besvaret.

I hvilken grad er det muligt at skabe efficiente kontraktformer med udbudsprocedurerne i overensstemmelse med udbudsloven og EU rettens grundlæggende formål?

- I hvilken grad er der indført øget fleksibilitet i udbudslovens udbudsprocedurer og hvorledes stemmer dette overens med udbudsloven og EU rettens grundlæggende formål?
- Hvorledes synes udbudsprocedurerne at skabe grundlag for økonomisk efficiente kontrakter?

⁴ ”Status for offentlig konkurrence 2015”, 2015, s. 4

1.3 Afgrænsning

Den juridiske analyse i afhandlingen tager udgangspunkt i udbudsloven, og afhandlingen omhandler dermed kun de udbud, der hører under udbudslovens anvendelsesområde.

I undersøgelsen af udbudsreglernes formål undersøges udviklingen i formålene i forhold til at de grundlæggende EU-retlige principper, da de er helt elementære for EU-retten. Desuden undersøges udviklingen af formålet med at skabe effektive kontrakter, da det ønskes at undersøge, hvornår udbudsprocedurerne kan skabe effektive kontrakter. De øvrige formål med udbudsreglerne behandles ikke i denne afhandling.

Der ønskes foretaget en undersøgelse af hvilke ændringer, der er foretaget i udbudsreglerne i forhold til offentligt udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. De øvrige udbudsprocedurer, bliver ikke behandlet i denne afhandling. Afhandlingen afgrænser sig til at undersøge ændringerne i forhold til hvornår udbudsprocedurerne kan finde anvendelse. I forhold til de fleksible udbudsprocedurer, undersøges det derudover hvad parterne har mulighed for at forhandle om, da det primært er på disse områder at de fleksible udbudsprocedurer adskiller sig fra de øvrige procedurer.

1.4. Synsvinkel

Der tages udgangspunkt i udbudsloven i den juridiske analyse i kapitel 2, og problemstillingen undersøges dermed ud fra et dansk perspektiv. Afhandlingens analyser er foretaget fra statens synsvinkel. Staten er selv ordregivende myndighed samt den enhed som udarbejder reglerne. Det er relevant at kigge det fra dennes vinkel, da det også er staten som kan skabe korrekt skatteallokering. Dermed er fokus i den juridiske analyse, hvilken betydning ændringerne medfører for ordregiver myndighed.

I den økonomiske analyse i kapitel 3 er fokus på effektive kontrakter, hvilket ansues ud fra en samfundsøkonomisk synsvinkel.

Kapitel 4 er en integreret analyse som foretages på baggrund af den juridiske og økonomiske analyse. Synsviklen er dermed stadig fra staten som ordregivende myndighed, men med fokus på hvorledes reglerne kan optimere samfundet.

1.5. Metode

1.5.1. Juridisk metode

For at kunne undersøge hvilke ændringer, der er foretaget i udbudsloven sammenlignet med udbudsdirektivet fra 2004⁵, foretages der en retsdogmatisk analyse af dele af udbudsloven for at finde frem til gældende ret. De retlige rammer for aktørerne i en udbudsproces beror på et komplekst samspil mellem EU-ret og national ret⁶.

1.5.1.1. Retskildelæren

En retskilde er en kilde, der har hjemmel eller retsvirkning, og er dermed bindende⁷. En retskilde er information af normativ karakter, hvilket betyder at den ikke beskriver hvordan noget er, men derimod hvordan noget skal være i forhold til reglerne⁸. I Danmark er retskilderne inddelt i fire hovedgrupper: Regulering, retspraksis, sædvaner og forholdets natur i overensstemmelse med Ross' udgave af realistisk retsteori⁹. En retskilde står ikke alene, så alle relevante retskilder skal gennemgås, for at kunne finde frem til gældende ret¹⁰. Retskilderne danner dermed grundlaget for den juridiske argumentation. Der er ingen rangorden mellem retskilderne inden for retskildelæren¹¹, hvilket betyder, at de har samme gyldighed. Der findes dog et hierarki indenfor reguleringen grundet lex superior-princippet og hjemmelskravet opad i hierarkiet¹².

Afhandlingen behandler de retskilder, der er relevante for problemstillingen. Regulering består blandt andet af love, traktater, direktiver og bekendtgørelser¹³. I afhandlingen anvendes lov nr. 1564 af 15/12/2015 Udbudsloven (udbudsloven), da den ordregivende myndighed er underlagt denne lov, når de foretager offentlige udbud. Den øvrige regulering, der bliver anvendt i afhandlingen, er EU-retlig og bliver gennemgået i afsnit 1.5.1.3.

⁵ Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

⁶ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 35

⁷ Tvarnø og Denta, 2015, s. 36

⁸ Blume (2013, "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*") s. 26

⁹ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 49

¹⁰ Tvarnø og Denta, 2015, s. 36

¹¹ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 32

¹² Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 32. Lex superior-princippet: "*Dette betyder, at grundloven har forrang for almindelige love, og almindelige love har forrang for bekendtgørelser, anordninger og cirkulærer*".

¹³ Tvarnø og Denta, 2015, s.36

Retspraksis består hovedsagligt af danske domme/afgørelser og EU-domme¹⁴. Domme er bindende for de involverede parter. Hvis en dom tillægges præjudikatværdi, danner den mønster for fremtidige afgørelser¹⁵. Derudover kan en dom få betydning for andre end parterne, hvis den indeholder obiter dictum, som er udtalelser om retsspørgsmål, som ikke har haft afgørende betydning i den konkrete sag¹⁶. Obiter dictum fremgår oftest af EU-domme. I afhandlingen anvendes der kendelser fra klagenævnet for udbud, da spørgsmål om overtrædelse af bestemmelserne i udbudsloven skal indbringes for klagenævnet for udbud jf. § 195 i udbudsloven. Udover kendelserne fra klagenævnet for udbud anvendes både danske og EU-retlige domme¹⁷.

En sædvane er en handlemåde, der er blevet fulgt almindeligt, stadig og længe ud fra en følelse af retlig forpligtelse og kan fx være en kutyme¹⁸. Forholdets natur er en retskilde, hvor dommere og andre retsanvendere lader sig motivere af friere overvejelser ud fra den juridiske kulturtradition¹⁹. I afhandlingen bliver sædvaner og forholdets natur ikke anvendt, da det ikke har været relevant at inddrage sådanne til at besvare problemformuleringen. Dette skyldes blandt andet, at der er en detaljeret regulering på området og meget retspraksis.

1.5.1.2. Retsdogmatisk analyse

Den retsdogmatiske analyse anvendes til at finde frem til gældende ret i forhold til afhandlingens problemformulering. I den retsdogmatiske metode er der følgende rækkefølge mellem retskilderne:

1. Regulering
2. Retspraksis
3. Sædvaner
4. Forholdets natur.

Retskilderne analyseres i denne rækkefølge, for at finde frem til gældende ret. Som hjælp til den retsdogmatiske analyse, kan der anvendes fortolkningsbidrag. Fortolkningsbidragene er ikke retskilder, og har dermed ingen retskildeværdi. De anvendes udelukkende som støtte i den retsdogmatiske analyse. I denne afhandling er det primære fortolkningsbidrag lovforslaget til udbudsloven²⁰ og

¹⁴ Tvarnø og Denta, 2015, s. 36

¹⁵ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 165-166

¹⁶ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 166

¹⁷ Se afsnit 1.5.1.3. "EU-retten"

¹⁸ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 187

¹⁹ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 191

²⁰ Lovforslag nr. L 19, Forslag til udbudsloven, fremsat den 7. oktober 2015.

dets bemærkninger. Forarbejderne til en lov kan anvendes som en støtte for fortolkningen af reglerne²¹. Derudover anvendes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger til udbudsreglerne, udbudsudvalget rapport om dansk udbudslovgivning og lærebøger om udbudsreglerne. Der er forskel i værdien af disse fortolkningsbidrag, og det vurderes at bemærkningerne til lovforslaget har den højeste værdi.

Når gældende ret skal fastslås, kan der være behov for at fortolke reglerne. Her kan der anvendes en indskrænkende eller udvidende fortolkning af reglerne. Indskrænkende formålsfortolkning er anvendt, når det ikke er nødvendigt at anvende reglen i alle tilfælde, for at opnå de formål loven tilsigter²². Udvidende fortolkning er anvendt i tilfælde, hvor reglen bliver brugt i en situation, hvor det efter en naturlig sproglig forståelse falder uden for reglens anvendelsesområde²³. Formålet med reglerne kan inddrages i tolkningen, og kan være afgørende for, hvorvidt der foretages en indskrænkende eller udvidende fortolkning. I afhandlingen inddrages formålene med udbudsloven fra lovforslaget til udbudsloven samt formålsbestemmelserne i præamblen til udbudsdirektivet som redskab til at forstå bestemmelserne i udbudsloven.

1.5.1.3. EU-retten

EU retten har forrang for national ret²⁴, er opdelt i primærretten, den bindende sekundære EU-ret, praksis og soft law²⁵.

Den primære ret består af EU's traktatgrundlag Traktat om den europæiske union (TEU) og Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde (TEUF) jf. TEUF art. 1 stk. 2. Det følger af retspraksis at en traktatbestemmelse er umiddelbar anvendelig i national ret, såfremt den er klar, utvetydig og ubetinget²⁶. På linje med primærretten findes der nogle grundlæggende EU-retlige principper.

²¹ Blume (2013, "Skriftlig jura – den juridiske fremstilling") s. 41

²² Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 218

²³ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 218

²⁴ Sag 6/64 Flaminio Costa mod ENEL, "Af denne integration i hver medlemsstats retssystem af bestemmelser, som hidrører fra fællesskabsretskilden, og mere generelt af traktatens ordlyd og ånd følger det logisk, at medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, som de har accepteret på gensidig basis; en sådan foranstaltning vil således ikke kunne gøres gældende imod denne retsorden"

²⁵ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 36

²⁶ Sag 26/62 Van gend & loos mod den nederlandske finansforvaltning, "Det følger af de forudgående overvejelser, at artikel 12 ifølge traktatens ånd, opbygning og indhold skal fortolkes således, at den har umiddelbar virkning og medfører individuelle rettigheder, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte."

Retlige principper angiver ikke en endelig løsning på en enkelt sag, men udpeger hensyn eller synspunkter, der skal inddrages i retsanvendelsen²⁷. Nogle af principperne er traktatfæstede²⁸, mens andre er blevet fastslået som grundlæggende EU retlige principper af EU domstolen²⁹. Principperne udgør en væsentlig del af EU-retten, da de finder anvendelse i alle EU-retlige henseender, og der dermed altid skal tages hensyn til dem. I afhandlingen anvendes primært ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet, som alle tre defineres nærmere i afsnit 2.2.2.

Den bindende sekundære EU-ret udstedes med hjemmel i traktatgrundlaget. EU's institutioner kan for at udøve unionens beføjelser vedtage forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser jf. art. 288 TEUF. En EU-retlig regel kan være umiddelbar anvendelig i national ret, hvilket betyder, at reglen i sig selv skaber pligter og rettigheder for borgeren eller virksomheden³⁰. Som udgangspunkt er det kun forordninger, der gælder umiddelbart i hver medlemsstat jf. art. 288 TEUF. I afhandlingen anvendes kun direktiver. *"Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen."* jf. art. 288 TEUF. Tanken bag direktiver er, at EU opstiller de overordnede krav til retstilstanden, og det derefter overlades til de nationale lovgivere at konkretisere, hvordan direktivets formål skal nås³¹. Hvis der er en høj detaljeringsgrad i direktivet, er der ikke meget manøvrerum til den nationale lovgiver³². Medlemsstaterne er forpligtet til at sikre at direktivet får fuld virkning i overensstemmelse med dets formål³³. Derudover skal den nationale retsorden være i overensstemmelse med direktivet³⁴.

Unionen kan efter subsidiaritetsprincippet kun lovgive inden for de områder, den har fået kompetence til i traktaterne. På nogle områder har unionen enekompetence, mens kompetencen er delt

²⁷ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 54

²⁸ Proportionalitetsprincippet fremgår af art. 5 stk. 1 i TEU. Som en del af ligebehandlingsprincippet fremgår forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i art. 18 TEUF.

²⁹ Fremgår blandt andet af sag c-324/07 Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle, præmis 25 *"...er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og om ligebehandling samt den gennemsigtighedsforpligtelse."*

³⁰ Danielsen (2013, *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"*) s.50

³¹ Danielsen (2013, *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"*) s. 58

³² Danielsen (2013, *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"*) s. 58

³³ Sag 14/83 Von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen, præmis 15

³⁴ Sag c-340/96 Kommissionen mod Storbritannien og Nordirland, præmis 27

mellem unionen og medlemsstaterne på andre områder. Unionen har enekompetence på fastlæggelse af de konkurrenceregler, der er nødvendige for det indre markeds funktion jf. TEUF art. 3. Unionen har dermed hjemmel til at lovgive om offentlige udbud, hvilket er gjort med udbudsdirektivet. Medlemsstaterne skal fastsætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft af at efterkomme direktivet senest 18. april 2016 jf. art. 90 i udbudsdirektivet. Udbudsdirektivet er i dansk ret implementeret ved udbudsloven. Når et direktiv skal implementeres i national lovgivning kan det ske ved inkorporering eller omskrivning. Inkorporering foreligger, når loven blot henviser til direktivets regler. Omskrivning foreligger, hvor loven fastsætter regler, der materielt er lig med direktivets, men som ikklædt en anden sprogbrug.”³⁵ Fra dansk side er det valgt at implementere udbudsdirektivet gennem en omskrivning til udbudsloven. Udbudsloven skal være i overensstemmelse med udbudsdirektivet og dets formål. Derfor anvendes udbudsdirektivets formål som fortolkningsbidrag til udbudslovens bestemmelser i kapitel 2.

EU rettens praksis kommer fra EU domstolen. EU domstolens kompetence er fastlagt i art. 267 TEUF. EU-domstolen sikrer overholdelse af lov og ret ved fortolkning og anvendelse af traktaterne jf. art.19 TEU. I kapitel 2 anvendes obiter dictum fra EU domstolen som bidrag til at fastslå, hvad der er gældende ret i forhold til udbud af offentlige opgaver. Derudover anvendes EU domstolens praksis i dette afsnit til blandt andet at fastslå EU rettens forrang.

1.5.2. Økonomisk metode

Opgaven tager sit økonomiske udgangspunkt i den neoklassiske teori. Det gøres, da neoklassicismen står for teorien om ligevægt og den perfekte tilstand på et marked. I afhandlingen anvendes neoklassisk teori til at belyse, hvornår der er ligevægt i et marked med fuldkommen konkurrence. Neoklassisk teori har sine begrænsninger, da den ser mennesket som fuldt rationelt³⁶.

Til at supplere den neoklassiske teori anvendes nyinstitutionel økonomi. Det gøres fordi nyinstitutionel økonomi tager højde for den adfærdsmæssige forudsætning³⁷. Neoklassikerne anså partner for at være fuldt informeret og rationelt, hvilket stemmer overens med, at de kunne finde den perfekte ligevægt. Nyinstitutionel økonomi er en reaktion på den neoklassiske teori³⁸, fordi mennesket i ste-

³⁵ Danielsen (2013, *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"*) s. 59

³⁶ Enevoldsen (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 55

³⁷ Enevoldsen (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s 61

³⁸ Enevoldsen (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 55

det anses som begrænset rationel, hvorfor asymmetrisk information opstår³⁹. Neoklassisk og nyinstitutionel økonomi anvendes ikke som to metodiske modpoler, men som to supplerende metodiske fremgangsmåder for at kunne analysere problemstillingen i et bredere og mere realistisk omfang.

For at kunne vurdere effekten ved forhandling i de fleksible udbudsprocedurer anvendes der mikroøkonomiske modeller. Mikroøkonomien stammer fra den neoklassiske teori⁴⁰. Mikroøkonomi er relevant, da den anvendes til at analysere ligevægten i et marked med fuldkommen konkurrence. Dette er en værdifuld betragtning for at kunne belyse problemstillingen om, hvorledes udbudsprocedurerne skaber grundlag for økonomisk efficiente kontrakter.

Den grundlæggende økonomiske tilgang i analysen bygger på transaktionsomkostningsteorien. I artiklen "The Nature of the Firm" fra 1937 opstillede Ronald Coase to spørgsmål, om "*Hvorfor eksisterer der virksomheder?*" og "*Hvad bestemmer virksomhedens størrelse eller grænserne for dens størrelse?*". Coase teoremet beskrev frembringelsen af en perfekt tilstand, såfremt at virksomhedens rettigheder er veldefineret og transaktionsomkostningerne er lig nul⁴¹. Netop Coase teoremet anvendes i afhandlingen til at beskrive ligevægten i et marked uden transaktionsomkostninger. Da der ikke findes et marked, hvor der ikke eksisterer transaktioner suppleres Coase teoremet med Williamsons transaktionsomkostningsteori.

Oliver Williamson forsøgte i 1970'erne på baggrund af Coases artikler⁴² at besvare spørgsmålene. Dette gjorde han ved at anskue selve transaktionen som en analyseenhed, hvoraf han udledte transaktionsomkostningsteorien.⁴³ Transaktionsomkostningsteorien er fæstet i to grundlæggende antagelser om menneskets adfærd; begrænset rationalitet og opportuniste, som årsagen til transaktionsomkostningernes eksistens.⁴⁴ Coase og Williamson anvendes metodisk til først at finde den ideelle tilstand ved anvendelsen af fleksible udbud. Herefter vurderes dette ud fra aktørernes adfærdsforsudsætninger til at belyse, hvornår der er transaktionsomkostninger forbundet med udbud.

³⁹ Enevoldsen (2007, "*Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori*") s 61

⁴⁰ Knudsen, 1997, s. 54

⁴¹ Knudsen, 1997, s. 209

⁴² Coase, 1937 og Coase, 1960

⁴³ Knudsen, 1997, s. 209

⁴⁴ Knudsen, 1997, s. 213

Ved at analysere betydningen af transaktioner ønskes det heraf at vurdere hvilken gevinst, der kan forbindes med fleksible udbudsprocedurer. Herunder hvornår det fra et økonomisk perspektiv kan være en fordel og ulempe at anvende de fleksible udbudsprocedurer, der findes i udbudsloven.

I afhandlingen søges der efter opnåelsen af det mest efficiente udbud. Udbudsloven bygger på både økonomiske og ikke-økonomiske formål, derfor anvendes efficiens til at kunne belyse, hvad der er bedst set ud fra den samfundsøkonomiske gevinst. ”*The economic approach to law is based on the concept of efficiency. The basic definition of efficiency in economics is Pareto efficiency.*”⁴⁵. Afhandlingen analyserer, hvorvidt efficiens er muligt i de fleksible udbudsprocedurer på baggrund af de eksisterende transaktionsomkostninger.

1.5.3. Retsøkonomisk metode

Sammenspillet mellem jura og økonomi kommer til udtryk i retsøkonomien. Retsøkonomi gør det muligt at analysere og dermed forudsige konsekvenser af forskellige retsregler⁴⁶. I denne afhandling anvendes retsøkonomien til at analysere den kontraktuelle efficiens i den økonomiske analyse. Yderligere anvendes retsøkonomien til at diskutere resultaterne af vores juridiske og økonomiske analyse i den integrerede analyse i kapitel 4.

I den retsdogmatiske analyse, kan der foretages nogle overvejelser om konsekvenserne af en retsregel. Men for at besvare den integrerede problemstilling, er det nødvendigt at dykke endnu dybere ned i konsekvenserne. Retsøkonomien giver nogle redskaber, som gør det muligt at foretage en mere avanceret vurdering af regler, og dermed skabe grundlag for bedre informerede valg i retsudviklingen⁴⁷. De argumenter retsøkonomien har, er af normativ karakter, da de støtter en anbefaling til retstilstanden⁴⁸. De retsøkonomiske betragtninger kan opstille argumenter for den økonomisk set mest efficiente løsning. Argumenterne skal opvejes af ikke-økonomiske argumenter i den konkrete sag⁴⁹. Økonomien kan dermed ikke give den endelige sandhed på, hvordan juraen skal være, da juraen også tager ikke-økonomiske hensyn.

⁴⁵ Miceli, 2004, s. 4

⁴⁶ Riis (2013, ”Skriftlig jura – den juridiske fremstilling”) s. 157

⁴⁷ Riis (2013, ”Skriftlig jura – den juridiske fremstilling”) s. 157

⁴⁸ Riis (2013, ”Skriftlig jura – den juridiske fremstilling”) s. 157

⁴⁹ Riis (2013, ”Skriftlig jura – den juridiske fremstilling”) s. 158

De fleste retsregler har en økonomisk begrundelse, og der ligger dermed en økonomisk logik bag dem⁵⁰. Den økonomiske begrundelse kan være mere eller mindre bevidst fra lovgivers side, men det antages, at lovgiverne også har et ønske om at bidrage til, at ressourcer anvendes på den mest effektive måde, så den økonomiske velfærd i samfundet forøges⁵¹. På baggrund af dette vurderes det at juristerne også er interesseret i økonomiens resultater. De økonomiske argumenter vejer tungere ved nogle retsregler end ved andre. Det afhænger af reglernes formål, hvor stor indflydelse økonomiske argumenter har på reglerne. Der kan være nogle ikke-økonomiske hensyn, der bliver vægtet højere end de økonomiske⁵². Hvis en retsregel har et økonomisk formål, må det formodes at de økonomiske argumenter vægter højt under retsreglen.

Disse overvejelser og hensyn inddrages i den integrerede diskussion i afhandlingens kapitel 4, for at kunne diskutere konsekvenser af vores resultater i de juridiske og økonomiske analyser.

1.6. Afhandlingens struktur

I afhandlingens kapitel 2 gennemgås baggrund for at modernisere udbudsreglerne. Der foretages en historisk gennemgang af både EU rettens og udbudsrettens formål med fokus på de grundlæggende EU-retlige principper og effektivitet. Herefter skabes der et generelt overblik over udbudsprocedurerne. Efterfølgende foretages der en juridisk analyse af hvornår de fleksible udbudsprocedurer kan finde anvendelse, og hvad der kan forhandles samt føres dialog om efter udbudsloven. Analysen indeholder en sammenligning til reglerne i udbudsdirektivet fra 2004. Afslutningsvis foretages der en analyse af hvorvidt ændringerne udbudsreglerne lever op til reglernes formål om at overholde de grundlæggende principper og øge effektiviteten i udbudskontrakterne.

I den økonomiske analyse i kapitel 3 undersøges effektiviteten af kontrakter under fuldkommen konkurrence og derefter effektiviteten af kontrakter ved udbud. Efterfølgende gennemgås transaktionsomkostningsteorien, og der foretages en analyse af transaktionsomkostningerne i udbudsprocedurerne. Herunder foretages der en analyse af, hvornår de forskellige udbudsprocedurer skal finde anvendelse. Herefter opstilles der nogle alternativer til udbudsprocedurer, deriblandt undersøges det, hvordan det perfekte udbud kan skabes.

⁵⁰ Riis (2013, "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*") s. 158

⁵¹ Riis (2013, "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*") s. 158

⁵² Riis (2013, "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*") s. 158

I afhandlingens kapitel 4 foretages der en integreret analyse af resultaterne fra den juridiske og økonomiske analyse. Indledningsvist undersøges det, hvorfor der eksisterer regler for udbud. Herefter opstilles de forskellige hensyn, som reglerne har i sine formål. Der foretages en undersøgelse af, hvorvidt de betingelser, som økonomien opstiller for effiente kontrakter er i overensstemmelse med udbudsreglerne og de grundlæggende principper.

I afhandlingens kapitel 4 foretages der en integreret analyse af resultaterne fra den juridiske og økonomiske analyse. Indledningsvis undersøges det, hvorfor der eksisterer regler for udbud. Herefter opstilles de forskellige hensyn, som reglerne har i sine formål. Der foretages en undersøgelse af, hvorvidt de betingelser, som økonomien opstiller for effiente kontrakter er i overensstemmelse med udbudsreglerne og de grundlæggende principper. Det diskuteres, hvilket årsager der er til juraens forskelligrettede hensyn, og hvorvidt der findes en løsning, hvor hensynene kan forenes.

Kapitel 5 indeholder en samlet konklusion på afhandlingens analyser med henblik på at besvare problemformuleringen.

Kapitel 2 – Juridisk analyse

2.1. Europa 2020 strategien og udbudsreglerne

Udbudsloven der trådte i kraft den 1. januar 2016 er gældende ret i Danmark på udbudsområdet. I dette afsnit præsenteres loven kort, og de bagvedliggende politiske tiltag for de nye udbudsregler bliver gennemgået. Loven er en implementering af udbudsdirektivet. Udbudsdirektivet erstattede det tidligere udbudsdirektiv fra 2004, som i dansk ret blev implementeret direkte via implementeringsbekendtgørelsen⁵³, hvori udbudsdirektivet fra 2004 var medtaget som bilag til bekendtgørelsen.



Figur 1: Illustration af vejen fra Europa 2020-strategien til udbudsdirektivet

2.1.1. Europa 2020 og akt om det indre marked

I marts 2010 præsenterede Kommissionen ”Europa 2020”. Strategien fokuserer blandt andet på udviklingen af en økonomibaseret på viden og innovation. Det fremgår af ”Europa 2020”, at Kommissionen vil arbejde på intelligent regulering og moderniserede procedurer for offentlige indkøb⁵⁴. Derudover skal politikken for offentlige indkøb sikre en mere effektiv brug af offentlige midler⁵⁵. Det nævnes flere steder i strategien, at man ønsker at forbedre rammebetingelserne for erhvervslivets innovationsmuligheder.

I forlængelse af ”Europa 2020” kom Kommissionen med en meddelelse ”På vej mod en akt for det indre marked”⁵⁶. Meddelelsen bestod af 50 forslag med henblik på at styrke det indre marked og nå målene med ”Europa 2020”. I meddelelsen bekendtgjorde Kommissionen, at der i 2012 ville blive fremsat et lovforslag med det formål at forenkle og modernisere reglerne for offentlige indkøb ved

⁵³ Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter BEK nr. 712 af 15/06/2011

⁵⁴ Kommissionens meddelelse, 3.3.2010, s.18

⁵⁵ Kommissionens meddelelse, 3.3.2010, s. 27

⁵⁶ Meddelelse fra kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det europæiske økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget, ”På vej mod en akt for det indre marked - For en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne - 50 forslag med henblik på at blive bedre til at arbejde, iværksætte og handle sammen”, Bruxelles den 27.10.2010, KOM(2010) 608 endelig.

at gøre tildelingen af kontrakter mere smidig⁵⁷. Forslaget blev taget med i Kommissionens meddelelse om tolv løftestænger til at skabe vækst og øget tillid. Formålet med meddelelsen var at udvælge tolv forslag, som skulle føre til nye forslag til moderniserede regler i løbet af 2011.

2.1.2. Grønbogen og udbudsdirektivet

Kommissionen fremlagde ”Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb” i januar 2011⁵⁸ med henblik på at skulle udarbejde et lovforslag. Ifølge Grønbogen var offentlige indkøb et af de markedsbaseret elementer, som skulle være med til at nå målene i ”Europa 2020”⁵⁹. Der var derfor et behov for at modernisere reglerne på området for blandt andet at øge erhvervslivets innovationsmuligheder og forbedre erhvervsklimaet for små og mellemstore virksomheder ifølge Grønbogen. Der blev opstillet nogle forskellige mål, som man ønskede at opnå med de nye regler. Heriblandt en mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler. Grønbogen indeholdte en række idéer til, hvordan de forskellige mål kunne nås. Samtidig med Grønbogen gennemførte Kommissionen en undersøgelse af den daværende lovgivnings indvirkning og effektivitet på offentlige indkøb. Med henblik på at give et empirisk indblik i de områder, som burde forbedres. På baggrund af resultaterne af undersøgelsen, Grønbogen samt interessenters bidrag til Grønbogen blev der fremlagt et forslag til et nyt udbudsdirektiv⁶⁰. Forslaget til det nye udbudsdirektiv om offentlige indkøb blev fremsat i december 2011. Efter drøftelser i Rådet og udtalelser fra Det europæisk økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget blev det behandlet af Europa Parlamentet og endeligt vedtaget af Rådet og Europa Parlamentet. Udbudsdirektivet trådte i kraft 26. februar 2014. Medlemsstaterne skal sætte de nødvendige lov og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet senest 18. april 2016 jf. art. 90 i udbudsdirektivet.



Figur 2: Illustration af vejen fra udbudsudvalgets kommissorium til udbudsloven

⁵⁷ Kommissionens meddelelse, 27.10.2010, forslag nr. 17

⁵⁸ ”Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb”, Bruxelles den 27.1.2011, KOM(2011) 15 endelig

⁵⁹ Grønbog, 2011, s. 3

⁶⁰ ”Forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om offentlige indkøb”, Bruxelles, den 20.12.2011, KOM(2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD)

2.1.3. Udbudsloven

I Danmark har lovgiver valgt at implementere udbudsdirektivet igennem udbudsloven. Formålet med udbudsloven bliver gennemgået i afsnit 2.3.6. Udbudsloven er den første af sin slags i Danmark. Tidligere havde man implementeringsbekendtgørelsen hvilket betyder, at der ikke har været nogle danske lovbemærkninger tilknyttet tidligere. Udbudsdirektivet fra 2004 blev anvendt direkte i Danmark, hvilket var en usædvanlig måde at implementere et direktiv på, da direktiver ofte bliver omskrevet til en lov eller bekendtgørelse i Danmark⁶¹. Implementeringsbekendtgørelsen indeholder nogle supplerende nationale regler, som havde betydning for udbudsprocessen, men ingen særlige bestemmelser omkring fleksible udbudsprocedurer. Den eneste danske lov på området var tilbudsloven⁶². Tilbudsloven finder ikke anvendelse for udbud, der er omfattet af udbudsdirektivet jf. tilbudsloven § 1 stk. 3. Tilbudsloven bliver ikke yderligere behandlet i denne afhandling. Når man vælger at omskrive et direktiv til dansk lov, kan der opstå uoverensstemmelser i ordlyden, hvilket kan give udfordringer i forhold til fortolkningen.

Erhvervs- og Vækstministeriet nedsatte i juni 2013 et udvalg, der fik til opgave at udarbejde et forslag til en lov, der skulle implementere det nye udbudsdirektiv i dansk ret⁶³. Udbudsudvalget har offentliggjort en rapport⁶⁴, som indeholder en sammenfatning af udvalgets arbejde, udkast til et lovforslag til ny udbudslov samt deres specielle bemærkninger til forslaget. På baggrund af rapporten fremsatte Erhvervs- og Vækstministeren et forslag til udbudsloven i oktober 2015⁶⁵. Efter 1. behandling i folketinget fremlagde Erhvervs-, Vækst og Eksportudvalgets deres betænkning⁶⁶ over forslaget. Efter 2. og 3. behandling blev udbudsloven vedtaget i Folketinget i december 2015.

Det faktum at man har valgt at lave en dansk lov ændrer ikke på, at udbudsloven skal tolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet samt EU Domstolens fortolkning af reglerne. Udbudsloven er i mange dele enslydende med udbudsdirektivet for at minimere risikoen for fortolkningstvivl⁶⁷. Direktivteksten er på en række punkter forsøgt blevet forenklet fra udbudsudvalget side for at tydelig-

⁶¹ Fabricius, 2015

⁶² Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter LBK nr. 1410 af 07/12/2007

⁶³ Kommissorium, 2013, s. 2

⁶⁴ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, december 2014

⁶⁵ Lovforslag nr. L 19, Forslag til udbudsloven, fremsat den 7. oktober 2015

⁶⁶ Betænkning over forslag til udbudsloven, Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget, 12. november 2015

⁶⁷ Lovforslag nr. L 19, 2015, s. 37

gøre reglerne⁶⁸. Dette kan medføre, at der kan opstå tvivl i forbindelse med anvendelsen af udbudsloven. De danske lovbemærkninger skal gerne medvirke til at mindske risikoen for fortolknings-
tvivl, men hvis det alligevel skulle opstå, er det direktivet der har forrang⁶⁹.

2.2. EU rettens formål og de grundlæggende principper

For at kunne vurdere om ændringerne i udbudsreglerne stemmer overens med udbudsreglernes formål, startes det med at undersøge, hvad formålet med udbudsreglerne er. Der foretages en undersøgelse af, hvordan formålet med EU og EU's udbudsregler har udviklet sig for at kunne sætte udbudsreglerne i en EU-retlig kontekst. Først undersøges det, hvordan EU-rettens formål har udviklet sig løbende på baggrund af forskellige traktatgrundlag. Undersøgelsen foretages med henblik på, hvilket syn der har været på de grundlæggende EU-retlige principper og de økonomiske formål. De grundlæggende EU-retlige principper beskrives efterfølgende med fokus på deres relevans i forhold til udbudsreglerne.

2.2.1. Den historiske udvikling af EU rettens formål

Primærretten i EU består af EU's traktatgrundlag samt grundlæggende rettigheder og retsprincipper. Den første EU traktat, Paris-traktaten⁷⁰ blev indgået 18. april 1951 som grundlag for skabelsen af det Europæiske Kul- og Stålfællesskab jf. art 1 i Paris-traktaten. Formålet med traktaten var at opnå en økonomisk ekspansion, en bedre beskæftigelse og en højere levestandard på basis af et fælles kul- og stålmarked jf. art. 2 i Paris-traktaten. Med henblik på indførelsen af et fælles marked, som senere hen blev til det indre marked, havde man fastsat i traktaten, at kul og stål skulle kunne omsættes frit. Der blev blandt andet indført et forbud mod diskriminerende foranstaltninger og diskriminerende praksis og statsstøtte⁷¹. Man har dermed helt tilbage fra Unionens start indsat et forbud mod diskrimination. Det europæiske økonomiske fællesskab (EØF) blev oprettet ved Rom-traktaten⁷² der trådte i kraft 1958 med formålet om at oprette et fælles marked⁷³. Fællesskabets helt overordnede mål var på dette tidspunkt økonomisk. De første 35 år skete der ikke markante ændrin-

⁶⁸ Lovforslag nr. L 19, 2015, s. 37

⁶⁹ Se afsnit 1.5.1.3 "EU-retten"

⁷⁰ Traktaten om oprettelse af Det europæiske kul- og stålfællesskab, Paris 18. april 1951

⁷¹ EUR-lex resumé af traktaten om oprettelsen af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab

⁷² Traktaten om oprettelsen af Det Europæiske Økonomiske fællesskab, Rom 25. marts 1957

⁷³ EUR-lex resumé af traktaten om oprettelsen af Det Europæiske Økonomiske fællesskab

ger i EU's traktatgrundlag⁷⁴. Den udvikling, der skete med EU retten, kom primært fra EU-Domstolen⁷⁵. Det som i dag kendes som EU, blev oprettet ved Maastricht-traktaten⁷⁶, der trådte i kraft i 1993 jf. art. A til Maastricht-traktaten. Ifølge traktaten var unionens formål blandt andet at fremme afbalancerede og varige økonomiske og sociale fremskridt. Navnlig gennem etableringen af et område uden indre grænser, styrkelse af den økonomiske og sociale samhørighed jf. art. B i Maastricht-traktaten. En af de vigtigste ændringer der kom med traktaten var, at unionen nu også havde sociale mål og ikke længere kun økonomiske⁷⁷. Det blev blandt andet afspejlet i udvidelsen af unionens kompetenceområder til mere sociale som fx folkesundhed og uddannelse jf. art. 3 litra O og P i Maastricht-traktaten. Traktatgrundlaget blev ændret i 1999 da Amsterdam-traktaten⁷⁸ trådte i kraft og igen i 2001 ved Nice-traktaten⁷⁹. Begge ændringer af traktaten blev foretaget med det primære formål at ændre den institutionelle struktur så EU også ville fungere efter udvidelsen til 25 medlemslande i 2004⁸⁰.

Det traktatgrundlag der er gældende i dag er Lissabontraktaten⁸¹, der trådte i kraft i december 2009. Traktaten består af TEU og TEUF. Lissabontraktaten reformulerer EU's værdier og mål og løfter de grundlæggende rettigheder til traktatrang⁸². Målene med EU, udover at oprette et indre marked, er at fremme freden og give borgerne frihed, sikkerhed og retfærdighed uden indre grænser jf. art. 3 i TEU. I Præamblen til TEUF fremgår det, at fjernelse af bestående hindringer kræver en fælles indsats med henblik på at sikre en redelig konkurrence, og man ønsker at styrke enheden i sine økonomier. En fjernelse af hindringerne medfører blandt andet, at der frit kan handles med varer på tværs af grænserne inden for EU. Man er altså ikke gået væk fra de økonomiske formål, og det indre marked er fortsat et af kerneområderne i EU. Det har nu mere politiske og sociale formål fremfor snævre økonomiske.

⁷⁴ Neergaard og Nielsen, 2010, s. 31

⁷⁵ Neergaard og Nielsen, 2010, s. 45

⁷⁶ Traktat om den europæiske union samt teksten til traktaten om oprettelse af det europæiske fællesskab, 92/C 224/01, 31. august 1992

⁷⁷ Neergaard og Nielsen, 2010, s. 34

⁷⁸ Amsterdam-traktaten om ændring af traktaten om den europæiske union, traktaterne om oprettelse af de europæiske fællesskaber og visse tilknyttede akter, 1. maj 1999

⁷⁹ Traktat om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union, 1. februar 2003

⁸⁰ Den europæiske union om EU-lovgivning og beslutningstagning, www.europa.eu,

⁸¹ Traktat om den europæiske union og Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde, 1. december 2009

⁸² Neergaard og Nielsen, 2010, s. 39

2.2.2. De grundlæggende EU-retlige principper og udbudsreglerne

Der findes ingen regler i Lissabontraktaten som direkte omhandler udbud af offentlige kontrakter⁸³. Både reglerne for fri bevægelighed, konkurrencereglerne og reglerne om statsstøtte har betydning for offentlige kontrakter. Ud over disse regler i Lissabontraktaten, finder de EU-retlige principper anvendelse på udbudsområdet. I forhold til udbudsreglerne er særligt ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet vigtige, da de er helt grundlæggende retsprincipper i EU lovgivningen og dermed også i udbudsreglerne.

2.2.2.1. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet hører også til fællesskabsretten almindelige grundsætninger⁸⁴. Princippet indebærer at ”... fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke går ud over, hvad der er egnet til og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål”⁸⁵. Der må dermed ikke være et misforhold mellem formålet med handlingerne og de midler, der vælges til at realisere formålet.

Da der er tale om tre grundlæggende principper skal de overholdes inden for hele EU rettens område og dermed også inden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

2.2.2.2. Ligebehandlingsprincippet

Ifølge fast praksis ved Domstolen er det generelle lighedsprincip et grundlæggende princip i fællesskabsretten. Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt. Domstolen har sidenhen fastslået, at en sådan forskellig behandling gerne må finde sted, hvis den er objektivt begrundet⁸⁶. I forhold til udbudsretten indebærer ligebehandlingsprincippet, at offentlige ordregivere har pligt til at behandle alle tilbudsgivere lige, så de igennem hele udbudsproceduren skal sikre, at alle tilbudsgivere får mulighed for at konkurrere på lige fod⁸⁷. Ordregiveren skal være meget opmærksom på, at princippet bliver overholdt under udbudsprocedurene, så de ikke skaber fordele for nogle af tilbudsgiverne frem for andre.

⁸³ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 39

⁸⁴ Sag c-331/88, The Queen mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, Ex Parte Fedesa m.fl., præmis 13.

⁸⁵ Sag t-340/00, Comunità montana della Valnerina m. fl. mod Kommissionen, præmis 65.

⁸⁶ De forenede sager C-21/03 og C-34/03 Fabricom SA mod État blege, Præmis 27

⁸⁷ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 105

2.2.2.3. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet har en stærk tilknytning til ligebehandlingsprincippet, da ligebehandlingsprincippet indebærer en forpligtelse til gennemsommelighed. Således at det er muligt at fastslå, at princippet om ligebehandling er overholdt.⁸⁸ EU-Domstolen har udtalt sig om gennemsigtighedsprincippet i forhold til udbudsreglerne. Den gennemsigtighedsforpligtelse der påhviler den ordregivende myndighed består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver⁸⁹. I forhold til udbudsreglerne indebærer gennemsigtighedsprincippet, at der som udgangspunkt skal være offentlighed og åbenhed omkring udbudsprocessen. Den rapport, som ordregiver skal lave efter en udbudsproces⁹⁰, skal være med til at sikre overholdelsen af dette princip. Gennemsigtighedsprincippet skal være med til at sikre at ligebehandlingsprincippet bliver overholdt. Det gøres ved at beskrive udbudsprocessen klart for alle aktører, så de har mulighed for at tage stilling til, hvorvidt de er blevet behandlet lige i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

2.3. Formålet med udbudsreglerne

Der har været vedtaget direktiver for at samordne fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter siden 1970'erne. Tidligere var områderne for vareindkøb, tjenesteydelser samt bygge og anlæg reguleret ved hvert deres direktiv. De blev sammenskrevet med udbudsdirektivet fra 2004. Herunder gennemgås udviklingen i formålene med udbudsdirektiverne i forhold til de grundlæggende EU-retlige principper samt fokus på, effektive kontrakter og valg af udbudsprocedurer. Gennemgangen foretages for at kunne fastslå hvad formålet med udbudsreglerne er, og hvordan de har ændret sig. Det historiske perspektiv på udbudsreglernes formålsbestemmelser er medtaget, for at kunne anvende det i analysen af udbudsprocedurerne.

Det undersøges hvordan de grundlæggende EU-retlige principper kommer til udtryk i formålene, da de har stor betydning i EU-retten⁹¹. Fokus er på hvordan effektiviteten er en del af formålet med udbudsreglerne, da disse formål er af økonomisk karakter, og dermed adskiller sig fra de ikke-økonomiske formål som fx overholdelsen af de grundlæggende EU-retlige principper.

⁸⁸ Sag c-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien, præmis 45.

⁸⁹ Sag c-324/98, Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, præmis 62.

⁹⁰ Se afsnit 2.4.1.2. ”Generelle betingelser under alle udbud”

⁹¹ Se afsnit 2.2.2. ”De grundlæggende EU-retlige principper og udbudsreglerne”

2.3.1. Udbudsdirektivet fra 1976

Formålet med det første varekøbsdirektiv⁹² var at lave en samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, hvorved der *indføres lige vilkår* for deltagelse i indkøbsaftalerne i alle medlemslande, for at *sikre en gennemsikrelighed* jf. præamblen til direktivet fra 1976. De før omtalte grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed fremgik dermed mere eller mindre direkte af præamblen til direktivet. Ifølge præamblen var det et formål at udvikle effektive konkurrenceforhold med hensyn til offentlige indkøb. På dette tidspunkt var der kun mulighed for at vælge imellem procedurerne offentligt udbud og begrænset udbud.

2.3.2. Udbudsdirektivet fra 1988

Formålet med udbudsdirektivet fra 1988⁹³ var ligesom det tidligere udbudsdirektiv at *sikre lige vilkår* for deltagelse i offentlige indkøbsaftaler i samtlige medlemsstater jf. præamblen til direktivet fra 1988. ”Der må skabes bedre forudsætninger for en effektiv konkurrence i forbindelse med offentlige indkøb samt at øge de heraf følgende økonomiske budgetmæssige og industrielle fordele” jf. præamblen til udbudsdirektivet fra 1988. Hvor det i det tidligere direktiv var et formål at udvikle effektive konkurrenceforhold, blev det i 1988 et mål at øge de økonomiske fordele. Det fremgik ikke eksplicit i præamblen, at det skulle være for at få mest muligt ud af medlemsstaternes (skatteydernes) penge, men det formodes, at det er baggrunden for, at man ønskede at øge de omtalte fordele. Der blev indført udbud efter forhandling for første gang i udbudsdirektivet fra 1988. ”Offentlige udbud er den bedste sikring af lige vilkår for deltagelse i offentlige indkøbsaftaler” jf. præamblen til udbudsdirektivet fra 1988. Det fremgik yderligere at det burde være hovedreglen, at det var den form, der fandt anvendelse, ”Fremgangsmåden med udbud efter forhandling bør betragtes som en undtagelse, og den bør derfor kun anvendes i klart afgrænsede tilfælde” jf. præamblen til direktivet fra 1988.

⁹² Rådets direktiv af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (77/62/EØF)

⁹³ Rådets direktiv af 22. marts 1988 om ændring af direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb samt om ophævelse af visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF (88/295/EØF)

2.3.3. Udbudsdirektivet fra 1993

Udbudsreglerne blev igen ændret med udbudsdirektivet fra 1993⁹⁴. Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet blev ikke nævnt eksplicit i præamblen til udbudsdirektivet fra 1993. Men principperne som tidligere fastslået er grundlæggende EU retlige principper, var de også gældende under dette direktiv. I forhold til effektivitet gik man tilbage til den tidligere anvendte formulering om at have udvikling af effektive konkurrenceforhold som formål, og man havde dermed ikke øget sit fokus på effektiviteten i præamblen i forhold til det tidligere direktiv. Fremgangsmåden med udbud efter forhandling skulle fortsat betragtes som en undtagelse, og den burde derfor kun anvendes i et *begrænset antal tilfælde* jf. præamblen til direktivet fra 1993. Selvom der fortsat var tale om en undtagelse til hovedreglen om at anvende offentlige udbud, var formuleringen mindre restriktiv, end den der fremgik af præamblen til direktivet fra 1988.

2.3.4. Udbudsdirektivet fra 2004

I udbudsdirektivet fra 2004 blev der lavet en samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Reglerne blev omarbejdet til én tekst for klarhedens skyld jf. præamblen nr. 1 til udbudsdirektivet fra 2004.

Til forskel fra udbudsdirektivet fra 1993 fremgik de grundlæggende principper eksplicit af præamblen til udbudsdirektivet fra 2004. *"Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af Staten ... er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, ... og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed"* jf. præambel nr. 2 til udbudsdirektivet fra 2004.

Med direktivet fra 2004 ønskede man at forbedre effektiviteten af offentlige indkøb. *"Disse teknikker gør det muligt at øge konkurrencen og forbedre effektiviteten af de offentlige indkøb, navnlig fordi deres anvendelse sparer både tid og penge"* jf. præambel nr. 12 til udbudsdirektivet fra 2004. Ønsket om at øge effektiviteten må kunne tolkes som et ønske om at få mest muligt for medlemsstaternes penge. For at nå dette mål vil man garantere en effektiv konkurrence. *".. indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkning og garantere en effektiv*

⁹⁴ Rådets direktiv af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (93/36/EØF)

konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter.” jf. præamblen nr. 2 i udbudsdirektivet fra 2004. Man ønskede dermed at stille en garanti for den effektive konkurrence. Der kan her gøres paralleller til, at EU var på vej til at optage flere medlemslande i unionen⁹⁵, hvorfor det var vigtigt fortsat at holde konkurrencen i gang og ikke mindst skabe effektivitet. Dette var reelt, fordi med øgning af antallet af medlemsstater, kræver det tilpasning. Da det i en større eller mindre grad alt efter antallet, kan påvirke unionens konkurrenceforhold, når der bliver optaget nye medlemmer⁹⁶. Udviklingen inden for udbudsreglerne afspejlede dermed også udviklingen inden for EU’s traktatgrundlag, hvor man også tilpassede reguleringen efter, at der skulle komme nye medlemsstater⁹⁷.

Konkurrencepræget dialog blev indført med udbudsdirektivet fra 2004 for at tage hensyn til de forskellige forhold i medlemsstaterne jf. præamblen nr. 16. Det blev oprettet, da udbud med forhandling ikke passer ind i alle medlemsstaterne, og man derfor vurderede, at der var behov for en ny procedure. Konkurrencepræget dialog var en hybrid mellem udbud efter forhandling og et begrænset udbud⁹⁸. Det blev indført for bedre at kunne håndtere komplekse kontrakter, som der var kommet flere og flere af, blandt andet pga. udviklingen inden for IT⁹⁹. Konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling blev ikke længere omtalt som undtagelser i præamblerne. Som det vil blive gennemgået i afhandlingen, kunne procedurerne dog kun anvendes i begrænset tilfælde¹⁰⁰.

2.3.5. Udbudsdirektivet fra 2014

Hovedtemaet for udbudsdirektivet er at forenkle reglerne, og øge fleksibiliteten¹⁰¹, hvilket også er gennemgående temaer i præamblen for direktivet¹⁰². Sammenholdt med tidligere udbudsdirektiver fremgår de grundlæggende principper mere eksplicit i præamblen til udbudsdirektivet. *”Tildeling af offentlige kontrakter ... skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) ... , samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehand-*

⁹⁵ Den 1. maj 2004 blev, Cypern, Estland, Letland, Litauen, Malta, Slovakiet, Slovenien, Tjekkiet, Ungarn og Polen optaget som medlemsstater EU. www.eu.dk, Fakta om medlemslande,

⁹⁶ ”Indblik i EU-politik Konkurrence”, 2014, s. 4

⁹⁷ ”Indblik i EU-politik Konkurrence”, 2014, s. 3

⁹⁸ ”Udbudsdirektiverne vejledning 2006”, 2006, s. 65

⁹⁹ Arrowsmith og Treumer, 2012, s. 16

¹⁰⁰ Se afsnit 2.5.1.1.6 ”Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven” og afsnit 2.5.2.1.1. ”Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven”

¹⁰¹ Lovforslag nr. L 19, 2015, bemærkningerne til § 1

¹⁰² Rådets direktiv 2014/24/EU, præambel nr. 42, 68 og 109

ling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.” jf. præambel nr. 1.

Som ved de tidligere udbudsdirektiver har man bevaret et fokus på en effektiv udnyttelse af de offentlige midler. *”I denne forbindelse bør reglerne om offentlige indkøb ... revideres og moderniseres for at gøre anvendelsen af de offentlige midler mere effektiv, navnlig ved at fremme små og mellemstore virksomheders (SMV'ers) deltagelse i offentlige udbud og for at gøre det muligt for indkøbere at udnytte offentlige udbud bedre til støtte for fælles samfundsmål.*” jf. præambelen nr. 2 til udbudsdirektivet. Til forskel fra tidligere er formålene og begrundelserne herfor mere konkrete. Her er formålene fra ”Europa 2020”¹⁰³ implementeret direkte i præambelen som argumentere for, hvorfor det er vigtigt at anvende de offentlige midler mere effektivt. Man har ønsket at øge adgangen til de fleksible udbudsprocedurer. *”Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger*” jf. præambel nr. 42 til udbudsdirektivet. Det er ingen tvivl om, at for at dette kunne sættes i værk, måtte der ske en lempelse af reglerne.

Anvendelsesområdet for direktiverne er de samme, men der ses en tydelig forandring i, hvor man har valgt at fokusere. Forklaringen ligger muligvis i, at man gerne vil tilpasse sig markedet og dets behov, men største del af forklaringen må ligge i Europa 2020-strategien med ønsket om en modernisering af udbudsreglerne.

Der er foretaget en modernisering af reglerne med udbudsdirektivet, og selvom målet med at overholde de grundlæggende principper og skabe effektivitet er det samme, er fokus i formålet ændret. Det fremgår blandt andet ved, at brugen af de fleksible udbudsprocedurer er gået fra tidligere at være en undtagelse¹⁰⁴, til i udbudsdirektivet at være alternativer, som der bliver opfordret til at anvende¹⁰⁵. Derudover er de grundlæggende principper blevet gjort mere eksplicitte, hvilket understreger vigtigheden af, at de bliver overholdt.

¹⁰³ Kommissionens meddelelse, 3.3.2010, s. 5

¹⁰⁴ Se afsnit 2.3.4. ”Udbudsdirektivet fra 2004”

¹⁰⁵ Se afsnit 2.3.5. ”Udbudsdirektivet fra 2014”

2.3.6. Udbudsloven fra 2016

Udbudsloven er som tidligere fastslået en implementering af udbudsdirektivet. Derfor har udbudsudvalget også i lovforslaget, taget udgangspunkt i formålet med udbudsdirektivet¹⁰⁶.

Udvalget tog i sit arbejde med lovforslaget til udbudsloven afsæt i den konkrete danske kontekst, og de udfordringer både de danske ordregivere og tilbudsgivere oplevede ved de forudgående regler¹⁰⁷. Formålet med at lave en dansk udbudslov var, at forenkle direktivteksten for at tydeliggøre reglerne og skabe klarhed på området¹⁰⁸. Det skulle gøre det lettere for ordregiverne at anvende reglerne i praksis. For at understrege vigtigheden i overholdelsen af de grundlæggende principper er de indskrevet i udbudsloven § 2 stk. 1.

Tidligere har anvendelsen af fleksible udbudsprocedurer ikke været en udbredt udbudsprocedure i Danmark, men dog med en stigning i antallet¹⁰⁹. Man har med udbudsloven ønsket at skabe mulighed for mere dialog og samarbejde mellem det offentlige og det private¹¹⁰. Det bliver understreget i forslaget til udbudsloven ved *"Derudover vil proceduren udbud med forhandling kunne anvendes i høj grad"*¹¹¹. Denne formulering afskiller sig væsentligt fra de tidligere udbudsdirektivets præambler, hvoraf det som ovenfor gennemgået fremgik, at proceduren var en undtagelse. De danske myndigheder herunder Bygningsstyrelsen ønskede, at man i langt større omfang kommer til at se en stigning af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog¹¹².

2.4. Udbudsprocedurerne

Dette kapitel om udbudsprocedurerne skal skabe et grundlæggende overblik over udbudsprocedurerne offentlige udbud, konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Gennemgangen foretages med henblik på at bevare det fulde overblik i opgavens analyse både i den juridiske og økonomisk del. Kapitlet vil fremhæve ex ante perspektivet i processen, da det er den del af processen, der er reguleret. I den juridiske analyse af udbudsprocedurerne, vil vores fokus være på enkelte dele

¹⁰⁶ Lovforslag nr. L19, 2015, s. 36

¹⁰⁷ Lovforslag nr. L19, 2015, s. 37

¹⁰⁸ Lovforslag nr. L19, 2015, s. 37

¹⁰⁹ Se bilag 1 *"Muligheder og udfordringer ved fleksible udbudsformer"*, slide 3 samt Arrowsmith og Treumer, 2012, s. 343

¹¹⁰ Lovforslag nr. L19, 2015, s. 42

¹¹¹ Lovforslag nr. L19, 2015, s. 42

¹¹² Se bilag 1 *"Muligheder og udfordringer ved fleksible udbudsformer"*, slide 9 samt *"Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne"*, 2016, s. 12

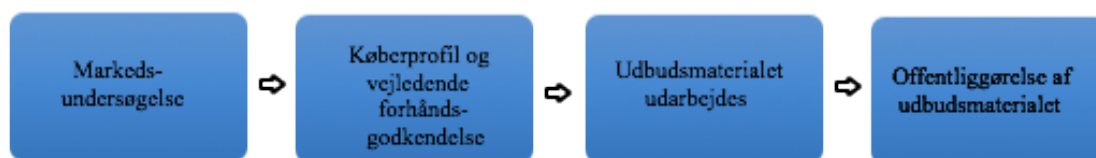
af de fleksible udbudsprocedurer. I den økonomiske analyse i kapitel 3, vil alle tre udbudsprocedurer blive taget i betragtning. Først bliver de dele af procedurerne, som er ens for alle udbudsformerne gennemgået, og herefter de særlige betingelser for de enkelte procedurer.

2.4.1. Betingelser for alle udbud

Udbudsloven finder anvendelse ved indgåelse af offentlige kontrakter med en værdi over tærskelværdierne i udbudsloven § 6. Ordregiver som den offentlige part, skal indgå kontrakt og føre udbud efter en af de procedurer, der fremgår af udbudsloven § 55. I en udbudsprocedure indgår derudover ordregiveren de økonomiske aktører, som ønsker at deltage i udbuddet. Der vil blive gennemgået en række betingelser, der er gældende for alle tre udbudsprocedurer.

2.4.1.1. Generelt før et udbud

Når en ordregivende myndighed ønsker at gennemføre et udbud, er der nogle generelle overvejelser og tiltag den kan foretage, for at forberede markedet på et kommende udbud. Alle udbud udspringer af et behov hos ordregiveren. Selve udbudsprocessen påbegyndes først, når ordregiver offentliggør sin udbudsbekendtgørelse og sit udbudsmateriale. Inden dette offentliggøres kan ordregiver gennemføre nogle tiltag. Dette kan være tiltag i form af en indledende markedsundersøgelse, en køberprofil, og offentliggørelse af vejledende forhåndsmeddelelse¹¹³. Alle metoder er muligheder og dermed ikke noget, der bliver stillet krav til¹¹⁴. Det afhænger af, hvilken type vare eller tjenesteydelse der skal i udbud samt hvilke tiltag der vil være relevante for ordregiveren.



Figur 3: Overblik over opstartsperioden i en udbudsproces

2.4.1.1.1. Markedsundersøgelse

En markedsundersøgelse er relevant i sammenhængen med udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Den kan ske før eller sideløbende med, at ordregiver former udbudsmaterialet. ”Ordregiveren kan i den forbindelse have dialog med og modtage rådgivning fra økonomiske aktører. Rådgivningen kan

¹¹³ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 197

¹¹⁴ En forhåndsmeddelelse er frivillig jf. udbudsloven § 127. En markedsundersøgelse er frivillig jf. udbudsloven § 39.

anvendes i planlægningen og gennemførelsen af udbuddet” jf. udbudsloven § 39 stk. 1. Derudover giver den ordregiver mulighed for at undersøge, hvad markedet har at tilbyde. Det kan give ordregiver en idé om, hvad der findes af eksisterende løsninger på deres behov. Det kan have afgørende indflydelse på, hvilken udbudsprocedure ordregiveren efterfølgende vælger at anvende til sit udbud. Hvis der skal indkøbes en standardvare fx opvaskemiddel til skolekøkkener, vil der ikke være behov for en markedsundersøgelse. Det er dermed kompleksiteten i ordregivers behov, der er afgørende for, hvorvidt der bør foretages en markedsundersøgelse.

Undersøgelsen kan føre til en dialog mellem ordregiveren og eventuelt kommende tilbudsgivere. Denne dialog er tilladt så længe det ikke skaber konkurrencefordele ved at lempe på gennemsigtigheden og ligebehandlingen.¹¹⁵ Dialog kan skabe bedre forhold for en effektiv konkurrence når ordregiver ved, hvordan markedsforholdene er, og dermed også har mulighed for at opnå kendskab til alternative løsninger¹¹⁶. Det kan også give kommende tilbudsgivere et bedre indblik i ordregiverens behov.

2.4.1.1.2. Køberprofil og vejledende forhåndsmeddelelse

Inden et udbud skal ordregiveren ud over en markedsundersøgelse overveje, om der skal offentliggøres en køberprofil og en vejledende forhåndsmeddelelse. Køberprofilen kan indeholde en vejledende forhåndsmeddelelse, hvor markedet orienteres om ordregivers igangværende og planlagte udbud samt herunder indgåede kontrakter og annullerede udbudsprocesser mm¹¹⁷. Formålet med en køberprofil og en forhåndsmeddelelse er at informere og tiltrække virksomheders opmærksomhed, særligt dem man ønsker, skal give tilbud på opgaven. En forhåndsmeddelelse er modsat køberprofilen udelukkende til at afgive information og orientere markedet om det kommende udbud, hvor en køberprofil mere målrettet går efter fx mere lokale virksomheder i kommuner eller regioner¹¹⁸. Forhåndsmeddelelsen indeholder typisk information om hvem ordregiver er, kontaktoplysninger, hvordan interesserede kan få adgang til udbudsmaterialet samt en beskrivelse af kontraktens værdi og dens genstand mm. jf. udbudsloven § 127. Ofte er forhåndsmeddelelsen en del af ordregiverens køberprofil, men fravælges køberprofilen kan en forhåndsmeddelelse offentliggøres alene¹¹⁹.

¹¹⁵ Begreberne er gennemgået i afsnit 2.2.2. ”De grundlæggende EU-retlige principper og udbudsreglerne”

¹¹⁶ ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”, 2016, s. 128.

¹¹⁷ Udbudsloven § 39, stk. 1

¹¹⁸ Ølykke og Nielsen, 2015, s 197-198

¹¹⁹ Udbudsloven § 127

2.4.1.2. Generelle betingelser under alle udbud

Alle udbud starter med, at en ordregiver offentliggør et udbudsmateriale og en udbudsbekendtgørelse. Der findes en række formalia til, hvad det skal indeholde i bilag V del C i udbudsdirektivet jf. udbudsloven § 56, § 62 og § 68, som ikke bliver gennemgået i detaljer i denne afhandling. Udbudsbekendtgørelsen skal blandt andet indeholde en beskrivelse af kontrakten (ordregivers behov), de kriterier der skal anvendes for tildeling af kontrakten (tildelingskriterier) og minimumskriterier, som en tilbudsgiver skal opfylde. Derudover skal en ordregiver beskrive sin evalueringsmetode i udbudsmaterialet jf. udbudsloven § 160. Tidligere havde en ordregiver ikke pligt til at offentliggøre evalueringsmetoder¹²⁰. Bestemmelsen er ikke en implementering af en artikel fra udbudsdirektivet, men er opstået på baggrund af Udbudsudvalgets anbefalinger¹²¹. Formålet med bestemmelsen er at sikre overholdelse af ligebehandling og gennemsigtighed¹²².

”En ordregiver skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud” jf. udbudsloven § 161. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres på baggrund af et af følgende tildelingskriterier: pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet jf. udbudsloven § 162 stk. 1. Tildelingskriterierne er det samme for alle typer af udbud, dog skal det bedste forhold mellem pris og kvalitet anvendes ved konkurrencepræget dialog jf. udbudsloven § 72 stk. 1.

Gældende for alle udbud er der en standstill periode på 10-15 dage fra ordregiveren har truffet beslutning om, hvilken tilbudsgiver der vinder udbuddet, til kontrakten kan indgås. Kontrakten må ikke indgås mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver før standstill perioden er ovre jf. udbudsloven § 173. Baggrunden for standstill perioden er, at eventuelle klagere skal have mulighed for at klage, inden kontrakten er indgået¹²³.

Det er vigtigt, at ordregiver har dokumentation for de valg og beslutninger, som der bliver truffet i udbudsprocessen under alle udbudsformerne¹²⁴. Det skal ske med særligt henblik på at sikre gennemsigtighed i processen og ligebehandlingen af tilbudsgiverne. Ordregiver har efter alle udbud

¹²⁰ Lovforslag nr. L19, 2015, s. 52

¹²¹ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 160

¹²² Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 160

¹²³ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 731

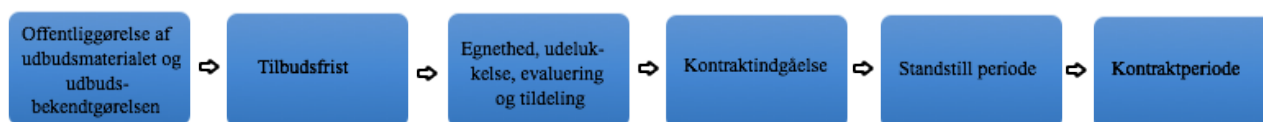
¹²⁴ Udbudsloven § 65 stk. 5 og §70 stk. 6.

pligt til at til føre rapport og dokumentation for hele udbudsprocessen jf. udbudsloven § 174. Rapporten skal udarbejdes uanset om udbuddet fører til en kontraktindgåelse eller ej¹²⁵. Formålet med rapporten er, at ordregiver skal kunne dokumentere alle beslutningerne, der er taget gennem processen for at sikre gennemsigtigheden¹²⁶. Yderligere har ordregiver også pligt til at kontrollere, at den vindende tilbudsgiver opfylder minimumskraverne til egnethed og ikke burde være udelukket fra udbuddet¹²⁷.

2.4.2. Offentligt udbud

Proceduren for offentligt udbud kan antages for at være den "traditionelle" måde at føre udbud på. Der er fri adgang for dens anvendelse og et ubegrænset antal for bydende tilbudsgivere, derfor kan alle med interesse afgive tilbud jf. udbudsloven § 56.

Selve proceduren er her opstillet:



Figur 4: Illustration af offentligt udbud

Offentligt udbud er til sammenligning med de øvrige udbudsformer ikke opdelt i faser. Proceduren har nærmere, som vist overfor i modellen, en rækkefølge for, hvordan udbuddet håndteres. Ordregiver udarbejder et udbudsmateriale, som skal være så detaljeret, at tilbudsgiverne har mulighed for at lave et endeligt tilbud på denne baggrund. En typisk tilbudsfrist skal som hovedregel være 35 dage efter offentliggørelsen af udbudsmaterialet jf. udbudsloven § 57 stk. 2. Fristen kan forkortes, hvis der er lavet forarbejde ved fx at udsende en forhåndsmeddelelse jf. udbudsloven § 57 stk. 3.

Der har på baggrund af blandt andet en fælleserklæring fra Rådet og Kommissionen¹²⁸ udviklet sig et forhandlingsforbud inden for proceduren¹²⁹. Der må kun finde drøftelser sted med henblik på at

¹²⁵ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 174

¹²⁶ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 174

¹²⁷ Udbudsloven kapitel 11

¹²⁸ Erklæring fra Rådet og Kommissionen i forbindelse med direktiv 93/37/EØF (EFT nr. L 111/114 af 30/4 1994)

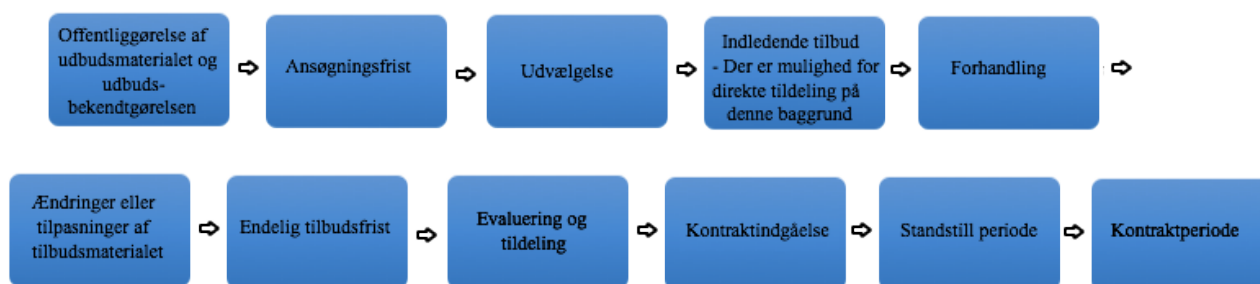
¹²⁹ Fabricius, 2015

præcisere eller supplere indholdet af et tilbud eller en ordregivers krav¹³⁰. Forhandlingsforbuddet har været et af de mest kritiserede punkter i udbudsreglerne¹³¹. Når tilbudsfristen er nået, er det ordregiver som vurderer de indkomne tilbud. Herfra vurderes tilbuddets egnethed, der laves evaluering og på baggrund heraf, tildeler ordregiver kontrakten til den bedst egnede tilbudsgiver.

I udbudsdirektivet fra 2004 kunne offentligt udbud også anvendes frit¹³², og forhandlingsforbuddet var også gældende dengang. Der er dermed ikke indført en øget fleksibilitet i anvendelsen af offentligt udbud, og proceduren bliver dermed ikke behandlet yderligere i afhandlingens juridiske analyse.

2.4.3. Udbud med forhandling

Udbud med forhandling adskiller sig fra offentligt udbud, da det er en af de fleksible udbudsprocedurer. Proceduren for udbud med forhandling fremgår af figuren herunder: (For nærmere detaljeret figur se bilag 2 ”Illustration af udbud med forhandling”.)



Figur 5: Illustration af udbud med forhandling

Økonomiske aktører har mulighed for at indsende en ansøgning på baggrund af udbudsbekendtgørelsen. Herefter skal ordregiver udvælge mindst tre ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive et indledende tilbud, som skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling jf. udbudsloven § 64. Herefter skal tilbudsgivere og ordregiver forhandle om det indledende tilbud og de eventuelle efterfølgende tilbud. Ordregiver kan forbeholde sig retten til at tildele en kontrakt på grundlag af det indledende tilbud i udbudsbekendtgørelsen jf. § 62 stk. 2 nr.1. Dette stiller nogle krav til tilbudsgiverne, da de dermed er nødt til at give et gennemarbejdet tilbud, som kan blive potentielt vindende

¹³⁰ Erklæring fra Rådet og Kommissionen 30.04.1994

¹³¹ Lichère m. fl., 2014, s. 12

¹³² Der findes ingen begrænsning for hvornår offentligt udbud kan anvendes efter art. 28 i udbudsdirektivet fra 2004.

uden yderligere forhandling, da de ikke kan være sikre på, at der kommer til at ske forhandlinger på baggrund af det indledende tilbud.

Hvis ordregiveren ønsker at forhandle, vil ordregiver efter ansøgningsfristen udvælge de tilbudsgivere, som det ønskes at indgå i forhandling med jf. udbudsloven § 66 stk. 1. Det kan være angivet i udbudsbekendtgørelsen, hvor mange forhandlingsrunder ordregiver har i sinde at afholde. Efter hver forhandlingsrunde kan ordregiver justere eller tilpasse udbudsmaterialet jf. udbudsloven § 66 stk. 5. Dette gøres med forbehold for, at mindstekravene ikke ændres¹³³. Ordregiver kan vælge at frasortere nogle af tilbudsgiverne, og kun føre flere forhandlingsrunder med de bedst kvalificerede. *”Begrænsningen skal ske på grundlag af de kriterier for tildeling, der er fastlagt i udbudsbekendtgørelsen”* jf. udbudsloven § 66 stk. 3. Dog er det ikke et krav, at der føres mere end én forhandlingsrunde, men en mulighed.

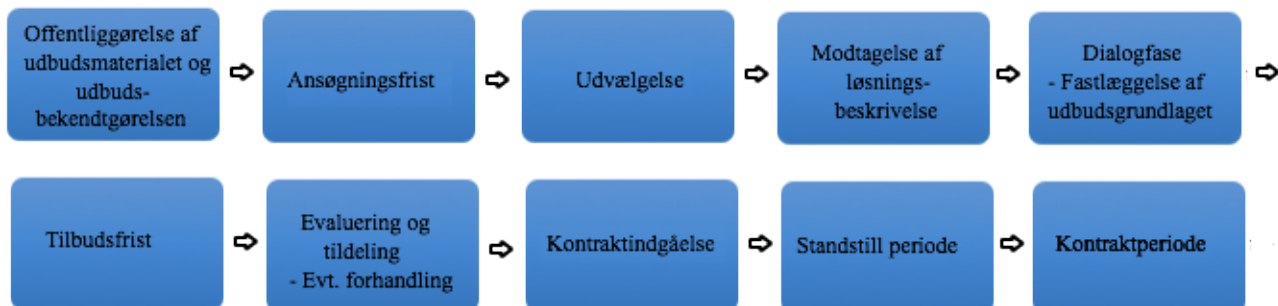
Efter sidste forhandling udarbejder ordregiver det endelige udbudsmateriale. Det er med dette udgangspunkt de endelige tilbud indhentes, hvorfra ordregiver skal evaluere og tildele kontrakten på baggrund af tildelingskriterierne¹³⁴.

¹³³ Dette diskuteres yderligere i afsnit 2.5.1.2. *”Hvad må parterne forhandle om”*

¹³⁴ Se afsnit 2.4.1.2. *”Generelle betingelser under alle udbud”*

2.4.4. Konkurrencepræget dialog

Konkurrencepræget dialog er en af de andre fleksible udbudsprocedurer. Figuren herunder illustrerer processen:



Figur 6: Illustration af konkurrencepræget dialog

Som ved udbud med forhandling kan enhver økonomisk aktør ansøge om at kunne deltage i udbuddet som svar på udbudsbekendtgørelsen jf. udbudsloven § 68. Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen oplyse, hvor mange ansøgere der kan deltage i dialogen. Udbudsbekendtgørelsen kan ændres under dialogen jf. udbudsloven § 70 stk. 5, så der er ikke behov for, at den er ligeså uddybende som under offentligt udbud. Når udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort starter ansøgningsfasen, hvor det er ordregivers opgave at finde de ansøgere, som der ønskes en løsningsbeskrivelse fra til dialogfasen. Ansøgerne udvælges på baggrund af tildelingskriterierne i udbudsbekendtgørelsen

Herefter udvælger ordregiveren mindst tre deltagere, som får mulighed for at deltage i dialogen jf. udbudsloven § 69 stk. 1. Hvis der ikke er tre egnede, som har ansøgt om deltagelse, kan ordregiver selv opfordre egnede aktører til at deltage i dialogen jf. udbudsloven § 69 stk. 1. Det er ikke en forudsætning, at tre til fem deltagere vil være nok til at sikre konkurrencen eller være opfyldende for det kommende resultat af dialogen. Derfor kan der godt opstå en undtagelse jf. 69, stk.1, så længe det er begrundet, hvorfor der deltager færre eller flere i dialogen.

Der føres derefter dialog på baggrund af tilbudsgivernes løsningsbeskrivelse med henblik på at fastlægge, hvorledes ordregiverens behov bedst kan opfyldes jf. udbudsloven § 70 stk. 1. Dialogen skal hjælpe ordregiver til at kunne danne sig en klarhed over, hvordan både tekniske, juridiske og finansielle løsninger i udbuddet kan fuldføres. ”En ordregiver kan fortsætte dialogen, indtil ordregiveren har indkredset den eller de løsninger, der bedst kan opfylde ordregiverens behov” jf. udbudsloven § 69 stk. 4. Når dialogen er afsluttet, skal tilbudsgiverne afgive deres endelige tilbud. De endelige

tilbud kan afklares, præciseres og optimeres jf. udbudsloven § 71 stk. 3. Herefter tildeler ordregiver kontrakten til den vindende tilbudsgiver, og standstill perioden påbegyndes.

Ved standstill periodens afslutning vil der i nogle tilfælde af konkurrencepræget dialog være behov for, at forhandle den afsluttende kontrakt. Dette er en mulighed, men kun ud fra den betragtning, at der ikke sker væsentlige ændringer af mindstekravene. Således at andre tilbudsgivere eller ansøgere kunne have været i betragtning jf. udbudsloven § 72, stk. 2 og 3¹³⁵. Herefter påbegyndes kontraktperioden.

2.4.5. Forskellen på udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog

Som det fremgår af ovenstående gennemgang minder de to fleksible udbudsprocedurer meget om hinanden. Som det vil blive gennemgået senere i opgaven, kan procedurerne anvendes under de samme betingelser, og det er derfor op til ordregiver, hvilken af de fleksible procedurer de synes passer bedst til deres behov. Hvorfor så overhovedet have to forskellige udbudsprocedurer, hvis de kan anvendes på samme vilkår? Den mest synlige forskel på procedurerne omhandler, hvornår tilbudsgiver skal afgive deres tilbud. Ved udbud med forhandling giver tilbudsgiver et tilbud, som kan danne grundlag for forhandling, eller kontrakten kan tildeles direkte på baggrund af det indledende tilbud. Denne mulighed er der ikke ved konkurrencepræget dialog, da tilbuddet først kommer efter den indledende dialog.

Hvis ordregiveren har svært ved at definere deres egentlige behov, kan det være en fordel at vælge konkurrencepræget dialog. Herved kan de få hjælp til at afdække deres behov i dialogen med tilbudsgiverne. Hvis ordregiveren derimod har en idé om, hvad deres behov er, kan udbud med forhandling være et bedre valg, da kontraktens kan tildeles på baggrund af tilbuddet inden forhandlingen påbegyndes, hvis de synes det er godt. Dermed behøver de ikke at bruge ressourcer på forhandlingen. Modsætningsvis er den store fordel ved konkurrencepræget dialog, at ordregiveren sikrer sig en større fleksibilitet, da der er mulighed for at forhandle, efter det endelige tilbud er modtaget og valgt.¹³⁶ Det kan man ikke under udbud med forhandling¹³⁷. Det er altså op til ordregiver at vælge udbudsprocedure i den konkrete situation, og der bør både inddrages økonomiske overvejelser samt

¹³⁵ Se mere om væsentlige ændringer i afsnit 2.5.1.2. ”Hvad kan parterne forhandle om?”

¹³⁶ Hagel-Sørensen, 2016, s. 170

¹³⁷ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 66

overvejelser omkring hvilke muligheder, man ønsker at have under udbudsprocessen, hvilket vil være forskelligt fra udbud til udbud¹³⁸. De fleksible udbudsprocedurer er ikke førhen blevet anvendt i særlig høj grad i Danmark¹³⁹, hvorfor der kan være en del uforudsigelighed forbundet med brugen af dem.

2.5. De fleksible udbudsprocedurer

I dette afsnit undersøges, hvilke ændringer der er foretaget i udbudsloven sammenlignet med udbudsdirektivet fra 2004 for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Analysen foretages med fokus på, under hvilke betingelser udbudsprocedurerne kan finde anvendelse, og hvad parterne har mulighed for at forhandle og føre dialog om. Analysen foretages med det formål at undersøge hvorvidt ændringerne af regler fra udbudsdirektivet i 2004 til udbudsloven har medført en øget fleksibilitet i reglerne.

2.5.1. Udbud med forhandling

De overordnede rammer for udbud med forhandling blev gennemgået i afsnit 2.4.3. og bliver derfor ikke uddybet i dette afsnit, da rammerne ikke er ændret fra udbudsdirektivet i 2004 til udbudsloven. Fokus vil i dette afsnit være på at undersøge, under hvilke betingelser udbud med forhandling kan finde anvendelse, og hvad der må forhandles om.

2.5.1.1. Anvendelse af udbudsprocedurerne

En ordregiver kan anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog i de tilfælde, der fremgår af udbudsloven § 61 stk. 1-2 samt § 67 stk. 1-2. Da betingelserne for hvornår procedurerne kan anvendes er ens, gennemgås de sammen i dette afsnit. Det er ikke et krav, at procedurerne anvendes, men en mulighed. Ordregiverene er frit stillet ift. hvilken af de to procedurer, de ønsker at anvende. Nedenstående er en udtømmende liste over, betingelserne for hvornår procedurerne kan anvendes, hvilket betyder, at udbudsformerne ikke frit kan anvendes. En ordregivende myndighed kan anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog ved bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, hvis et eller flere af nedenfor gennemgåede kriterier er opfyldt.

¹³⁸ I kapitel 3 foretages der en mere dybdegående undersøgelse af, hvornår de forskellige udbudsprocedurer skal anvendes.

¹³⁹ Arrowsmidt og Treumer, 2012, s. 51

2.5.1.1.1. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra a og § 67 stk. 1 nr. 1 litra a.

”Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger” jf. udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra a og § 67 stk. 1 nr. 1 litra a. Ifølge lovbemærkningerne til udbudsloven omfatter bestemmelsen eksempelvis it-løsninger eller avanceret teknisk udstyr, der skal tilpasses ordregiverens særlige behov, eller hvis ordregiveren har behov for nogle nye funktioner til allerede eksisterende løsninger. Det kan også være i forbindelse med avancerede produkter eller intellektuelle tjenesteydelser¹⁴⁰. Proceduren kan ikke anvendes, hvis ordregiveren i udbudsmaterialet præcist har defineret det påtænkte indkøb¹⁴¹. Det skyldes, at der dermed ikke vil være grundlag for forhandling eller dialog. Det anføres i præamblen nr. 43 til udbudsdirektivet at *”I forbindelse med standardtjenesteydelser eller -varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet, bør udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog ikke anvendes.”* Det vurderes på baggrund af dette, at procedurerne ikke kan anvendes ved indkøb af hyldevarer, hvilket også fremgår af vejledningen til udbudsloven¹⁴².

Det fremgår af lovteksten, at der er et krav om, at ordregiverens behov ikke kan imødekommes. Det vurderes, at der ikke bør være tale om en objektiv umulighed, for at behovet ikke kan imødekommes, men at ordregiverens manglende vilje ikke er tilstrækkelig til at opfylde betingelsen. Ifølge lovforslaget til udbudsloven vil der være en udvidet adgang til at anvende procedurerne¹⁴³, og bestemmelsen skal dermed ikke fortolkes indskrænkende. Den brede fortolkning kan laves ud fra en formålsfortolkning med udgangspunkt i præambel nr. 42 til udbudsdirektivet. *”Medlemsstaterne bør kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat”*. Dog skal proportionalitetsprincippet være overholdt, hvilket også bliver fremhævet i lovbemærkningerne hvoraf, det fremgår at *”Den øgede mulighed for forhandling skal stå i rimeligt forhold til det ønskede indkøb og de tilhørende udbudsomkostninger”*¹⁴⁴. Den udvidede adgang kan fortolkes ind i muligheden for tilpasning af allerede tilgængelige løsninger. *”Allerede tilgængelige løsninger”* defineres som en løsning, som allerede findes på markedet, og som ikke kræver tilpasning for at opfylde ordregivers behov jf. udbudsloven § 24 stk. 1 nr. 2. Det er

¹⁴⁰ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

¹⁴¹ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

¹⁴² *”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”*, 2016, s. 55

¹⁴³ Lovforslag nr. L19, 2015 s. 42

¹⁴⁴ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

efterhånden mere reglen end undtagelsen, at tilgængelige løsninger vil skulle tilpasses en ordregivers specifikke behov¹⁴⁵, og det er i denne del af bestemmelsen, at der er sket en vidtgående udvidelse af anvendelsesområdet. ”En løsning som allerede findes på markedet” må fortolkes med udgangspunkt i proportionalitetsprincippet, da det ikke kan forventes, at en ordregiver har fuldstændig kendskab til markedet. Det fremgår af lovbemærkningerne, at ordregiveren ikke forudsættes at have en viden om markedets allerede tilgængelige løsninger, der ligger ud over, hvad der med rimelighed kan forventes¹⁴⁶. Det beror altså ikke på en objektiv vurdering, hvorvidt en løsning findes i forvejen.

Det anføres i vejledningen til udbudsloven, at det ikke er en forudsætning, at ordregiver ikke kan lave en detaljeret beskrivelse af en løsning, men at det afgørende er, om ordregiver vurderer, at der er behov for at forhandle om forskellige løsninger til samme behov¹⁴⁷. Dette er en meget udvidende fortolkning af loven. Konkurrence og Forbrugerstyrelsen ønsker at udvide adgangen til at anvende udbud med forhandling og mener, at udbudsloven gør valget af procedureform mere fleksibel. Man ønsker mere dialog og samarbejde mellem parterne med det formål at opnå de bedste og mest effektive løsninger¹⁴⁸. Dette bliver afspejlet i deres tolkning af denne bestemmelse.

Konkurrence og Forbrugerstyrelsens tolkning af betingelsen åbner op for, at man stort set altid vil kunne anvende udbudsprocedurerne, hvis man ønsker at se, hvad markedet kan tilbyde. Der er enighed i, at bestemmelsen kan tolkes bredt og øger muligheden for anvendelsen af procedurerne, men det vurderes, at vejledningens tolkning af bestemmelse går for bredt, da det fremgår af i loven, at ordregiverens behov ikke skal kunne imødekommes. Det vurderes, at det ikke er tilstrækkeligt at ordregiver føler et behov for at forhandle om forskellige løsninger, men at der skal være brug for en tilpasning af allerede eksisterende løsninger, som det fremgår af lovteksten.

Det vurderes, at ordregiveren skal argumentere for, at de har brug for en tilpasning af en eksisterende løsning, for at anvende bestemmelsen, fremfor at bruge vejledningens tolkning. Da det som ovenfor anført vurderes, at denne tolkning ikke er i overensstemmelse med loven. Da det afgørende er ordregivers behov, giver dette ordregiverne en stor mulighed for at anvende bestemmelsen, da de selv definerer deres behov. Det vurderes, at det er ordregiver der har bevisbyrden for, at udbudspro-

¹⁴⁵ Treumer, 2016, s. 205

¹⁴⁶ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

¹⁴⁷ ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”, 2016, s. 55

¹⁴⁸ ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”, 2016, s. 12

cedurerne kan finde anvendelse. Da det som tidligere nævnt, er ordregivers behov, der er afgørende. Hvis en tilbudsgiver klager over at udbudsprocedurene er anvendt fejlagtigt, er det ordregiveren, der skal kunne bevise, at deres behov ikke har kunne imødekommes uden tilpasning af allerede eksisterende løsninger.

2.5.1.1.2. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra b og § 67 stk. 1 nr. 1 litra b

"Kontrakten omfatter design eller innovative løsninger" jf. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra b og § 67 stk. 1 nr. 1 litra b. Innovation er defineret som indførslen af en ny eller betydeligt forandret vare, tjenesteydelse eller proces jf. udbudsloven § 24 stk. 1 nr. 17. Bestemmelsen adskiller sig dermed fra litra a, da det som ovenfor anført er tilstrækkeligt, at en løsning skal tilpasses. Det formodes, at det i mange tilfælde vil være oplagt for ordregiver at henvise til litra a frem for litra b i bestemmelsen, da ordregiver dermed undgår, at skulle bevise, at der er tale om en betydeligt forandret vare. De kan dermed nøjes med at argumentere for, at der er behov for en tilpasning af en tilgængelig løsning.

Designløsninger kan f.eks. vedrøre æstetiske og funktionelle egenskaber. I dette tilfælde er det afgørende, at det er tilbudsgiveren der kommer med løsningsforslag, og ikke ordregiveren der selv fremlægger et løsningsforslag¹⁴⁹. Det vil sige, at det er tilbudsgiverne, der skal være innovative i deres løsningsforslag. At kontrakten skal omfatte design eller innovative løsninger vurderes at betyde, at det ikke er hele løsningsforslag, der skal være innovativt. Denne tolkning understøttes af lov-bemærkningerne, hvoraf det fremgår, at det er tilstrækkeligt, at et væsentligt element er omfattet af design eller en innovativ løsning, det behøver ikke være hele ydelsen¹⁵⁰. Der skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt der er tale om et væsentligt element af ydelsen eller varen.

Bestemmelsen underbygger et af de vigtigste formål med de nye udbudsregler. *"Forskning af innovation ... er blandt de vigtigste drivkræfter for fremtidig vækst og er blevet sat i centrum for Europa 2020- strategien. ... De offentlige myndigheder opfordres til bedst muligt at gøre strategisk brug af offentlige udbud til at fremme innovation"* jf. præambel nr. 47 til udbudsdirektivet. Det vurderes på denne baggrund, at bestemmelsen ikke bør fortolkes indskrænkende, da dette vil være imod formålet med udbudsdirektivet.

¹⁴⁹ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

¹⁵⁰ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

2.5.1.1.3. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra c og § 67 stk. 1 nr. 1 litra c

”Kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke tildeles uden forudgående forhandling.” jf. udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra c og § 67 stk. 1 nr. 1 litra c.

At kontrakten ikke kan tildeles uden forudgående forhandling tolkes ligesom ovenfor ikke som om, at det er objektivt umuligt at tildele kontrakten. Bestemmelsen bør tolkes lempeligere og i overensstemmelse med formålet med udbudsdirektivet, hvoraf det fremgår at *”Medlemsstaterne bør kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat.”* jf. præambel nr. 42 til udbudsdirektivet. Der findes ingen klar definition af, hvornår der er tale om særlige omstændigheder ved en kontrakt. Da det vurderes at det er ordregiveren der har bevisbyrden for, at sådanne særlige omstændigheder er tilstede, formodes det, at denne bestemmelse vil få begrænset anvendelse, da det er nemmere for ordregiveren at argumentere for, at en kontrakt falder ind under tilpasningerne i § 61 stk. 1 nr. 1 litra a.

2.5.1.1.4. Udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra d og § 67 stk. 1 nr. 1 litra d

”Ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference jf. pkt. 2-5 i bilag VII til udbudsdirektivet.” jf. udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra d og § 67 stk. 1 nr. 1 litra d. Tekniske specifikationer er defineret i bilag VII som angivet og bliver ikke behandlet yderligere i denne afhandling. At ordregiveren ikke kan fastlægge specifikationerne må også her fortolkes som om, at deres manglende vilje ikke er tilstrækkelig. Det vurderes, at hvis ordregiveren har mulighed for at fastlægge specifikationerne med hjælp andetsteds fra, skal de gøre det. Dog inden for hvad man med rimelighed kan forvente jf. proportionalitetsprincippet. Hvis ordregiveren er i stand til at fastlægge de tekniske specifikationer, udelukker det ikke, at kontrakten kan være omfattet af et af ovenstående tilfælde, og at der dermed alligevel kan anvendes en af de fleksible udbudsprocedurer.

2.5.1.1.5. Ikke-forskriftsmæssige og uacceptable tilbud

Udbudsprocedurerne kan udover ovenstående tilfælde anvendes, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud jf. udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 2 og § 67 stk. 1 nr. 2. Der fremgår en ikke udtømmende liste over ikke-

forskriftmæssige og uacceptable tilbud i § 61 stk. 2-3 og § 67. stk. 2-3 i udbudsloven.

Nedenfor gennemgås eksempler på ikke-forskriftmæssige tilbud:

- ”Tilbud der ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet”. Det kan fx være tilbud der ikke lever op til mindstekravene. En forhandling vil kunne medføre at forholdet fra tilbudsgivers side frafaldes, og udbuddet dermed kan gennemføres alligevel.
- ”Ulovlig samordning eller bestikkelse”. Det er en frivillig udelukkelsesgrund jf. § 137 stk. 1 nr. 3 og 4¹⁵¹, og en tilbudsgiver skal derfor ikke udelukkes, med mindre ordregiveren har valgt at gøre disse udelukkelsesgrunde for gældende i udbudsbekendtgørelsen. Hvis en tilbudsgiver er udelukket efter de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135 i udbudsloven, kan der ikke forhandles med tilbudsgiveren. Denne skal udelukkes¹⁵².
- ”Unormalt lave tilbud”. Det kræves at ordregiveren har konstateret, at et tilbud er unormalt lavt efter § 169, førend det kan betragtes som et ikkeforskriftmæssigt tilbud. Ordregiveren kan ikke afgøre, at der er tale om et unormalt lavt tilbud, før tilbudsgiveren har haft mulighed for at redegøre for sit tilbud. I § 169 stk. 2 er der oplistet en række punkter, som tilbudsgiverens redegørelse kan omhandle.

”Et uacceptabelt tilbud” kan blandt andet være tilbud, der overstiger det fastsatte budget jf. Udbudsloven § 61 stk. 3 nr. 2. Denne betingelse sætter krav til, at ordregiver har fremlagt et overskueligt budget inden der afgives tilbud.

Der har tidligere været usikkerhed omkring, hvorvidt samtlige tilbud skulle opfylde en af betingelserne, før denne bestemmelse kunne tages i brug. Men Klagenævnet for Udbud har sin kendelse fra 2009 fastslået, at dette skal være tilfældet¹⁵³. Denne holdning er videreført til udbudsloven. Ifølge lovbemærkningerne til udbudsloven er det en betingelse, at samtlige tilbud i den forudgående udbudsproces er ikkeforskriftmæssige eller uacceptable¹⁵⁴. Man har dermed videreført den tidligere retspraksis på dette område, hvilket også er afspejlet i de nyeste sager fra Klagenævnet¹⁵⁵. Det er

¹⁵¹ Treumer, 2016, s. 212

¹⁵² ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”, 2016, s. 57

¹⁵³ Klagenævnets kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen ad påstand 13

¹⁵⁴ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

¹⁵⁵ Klagenævnets kendelse af 21. januar 2016, Holmriss + Flexform A/S mod Holbæk Kommune, ad påstand

ikke et krav, at udbuddet overgår til en af udbudsprocedurerne, hvis ingen af de modtagne tilbud er forskriftsmæssige. Ordregiver kan også vælge at annullere udbuddet og starte nyt udbud.

2.5.1.1.6. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven

I dette afsnit gennemgås betingelserne for, hvornår udbud med forhandling kunne anvendes efter de tidligere udbudsregler i udbudsdirektivet fra 2004. Undervejs foretages en sammenligning af reglerne med udbudslovens bestemmelser for at vurdere, hvorvidt der er indført en øget adgang til at anvende udbud med forhandling og dermed mere fleksibilitet i reglerne.

Efter udbudsdirektivet fra 2004 kunne udbud med forhandling kun anvendes i de tilfælde, der var oplistet i art. 30 stk. 1. Bestemmelsen gennemgås kort herunder:

”Når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud eller en konkurrencepræget dialog er afgivet tilbud, som ikke er forskriftsmæssige eller er afgivet tilbud, som er uantagelige efter nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med artikel 4, 24, 25 og 27 samt bestemmelserne i kapitel VII, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt” jf. art. 30 stk. 1 litra a i udbudsdirektivet fra 2004. Det var ikke defineret i direktivet, hvad der blev ment med ikke-forskriftsmæssige og uantagelig tilbud. Ifølge betingelsen måtte de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentlig. Der var ingen definition af, hvad der skulle forstås med væsentlige ændringer, og det skulle dermed bero på en konkret vurdering. Kommissionen kom i deres vejledning med nogle eksempler på, hvad der kunne betragtes som væsentlige ændringer i vilkårene f.eks. finansieringen, leveringsfristen og de tekniske specifikationer¹⁵⁶. Hvis der var tale om sådanne ændringer i udbudsbetingelserne, kunne udbudsformen dermed ikke anvendes.

Bestemmelsen minder om udbudsloven § 61 stk. 2. Udover at uantagelige tilbud er blevet ændret til uacceptable tilbud, er der ikke sket de store ændringer, og det vurderes dermed at udbudsloven § 61 stk. 2, ikke har udvidet adgangen til at anvende udbud med forhandling.

” I undtagelsestilfælde, når bygge- og anlægsarbejdernes, vareindkøbenes eller tjenesteydelsernes art eller de hermed forbundne risici ikke muliggør en forudgående samlet prisfastsættelse” jf. art. 30 stk. 1 litra b i udbudsdirektivet fra 2004. Denne bestemmelse kunne kun anvendes i undtagelses-

¹⁵⁶ ”Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af tjenesteydelser direktiv 92/50/EØF”, 1993, afsnit 3.3.1.1.

tilfælde, hvilket må tolkes som, at der skulle være tale om en ekstraordinær situation. Det betyder også, at det ikke måtte skyldes ordregiverens manglende kompetencer, at en prisfastsættelse ikke kunne lade sig gøre. Forholdet, der umuliggjorde prisfastsættelsen, skulle være af mere generel karakter¹⁵⁷. Kommissionen angav reparationsydelser som eksempel i deres vejledning, hvor omfanget af det nødvendige arbejde først kunne vise sig, efter arbejdet var påbegyndt¹⁵⁸.

”I det omfang, hvor den tjenesteydelse, der skal præsteres, især hvis det drejer sig om tjenesteydelser i kategori 6 i bilag II A og intellektuelle tjenesteydelser, som for eksempel tjenesteydelser vedrørende projektering af arbejder, er af en sådan art, at kontrakten ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt til, at den kan indgås ved at vælge det bedste tilbud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud” jf. art. 30 stk. 1 litra c i udbudsdirektivet fra 2004. Tjenesteydelserne i kategori 6 i bilag II A var finansielle tjenesteydelser, forsikring og bank- og investeringsydelser. Da bestemmelsen fremhævede denne type tjenesteydelser samt intellektuelle tjenesteydelser må det formodes, at der var lettere adgang til at anvende reglen end ved øvrige tjenesteydelser, som også var omfattet. Bestemmelsen skulle kunne overvinde de hindringer der gjorde, at bestemmelsen fandt anvendelse¹⁵⁹. Hvilket må betyde, at udbud med forhandling ikke kunne finde anvendelse, hvis forhandling ikke hjalp til med at få kontrakten specificeret.

”Når der er tale om offentlige bygge- og anlægskontrakter, der udelukkende udføres med henblik på forsøg, forskning eller videreudvikling, og som ikke skal sikre rentabiliteten af forsknings- og udviklingsomkostningerne eller dækning af disse” jf. art. 30 stk. 1 litra d i udbudsdirektivet fra 2004. ”Udelukkende” understregede, at der kun måtte være tale om kontrakter med forskning og videreudvikling som formål. Det er vigtigt at bemærke, at denne bestemmelse kun var gældende for bygge- og anlægskontrakter. Direktivet fra 2004 fandt dermed ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling. Med mindre udbyttet udelukkende tilhørte den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed jf. art. 16 litra f i udbudsdirektivet fra 2004. Udover at anvendelsesområdet for bestemmelsen er omfattet til at omfatte vare- og tjenesteydelseskontrakter, er mulighederne øget fra forskning og videreudvikling til design og innovation i udbudsloven § 61 stk. 1 nr. 1 litra b. Da vurderes det på baggrund af, at ordre-

¹⁵⁷ Fabricius og Offersen, 2006, s. 155

¹⁵⁸ ”Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af tjenesteydelser direktiv 92/50/EØF”, 1993, afsnit 3.3.1.2.

¹⁵⁹ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, 2014, s. 572

giver har fået en udvidet adgang til at benytte udbud med forhandling på dette område.

Den vigtigste forskel på udbudsreglerne fra 2004 til i dag, omhandler hvornår de fleksible udbudsprocedurer kan anvendes. Udbudsloven § 61 og § 67 indeholder nye og relativt brede kriterier, som væsentligt øger adgangen til at bruge udbud med forhandling i forhold til udbudsdirektivet fra 2004¹⁶⁰. Udbudsprocedurerne er gået fra at være en undtagelse, der kun kunne anvendes i særlige tilfælde til nu at være et reelt alternativ til de almindelige udbudsprocedurer¹⁶¹. Det er lettere at argumentere for, man skal have lov til at anvende de fleksible udbudsprocedurer i dag, end man kunne med reglerne fra 2004. Dette skyldes blandt andet, at ordlyden i bestemmelserne har udviklet sig fra at lægge op til en indskrænkende fortolkning af bestemmelserne i udbudsdirektivet fra 2004 til en mere udvidet fortolkning i udbudsloven.

Det har udvidet adgangen til brugen af udbud med forhandling, at der ikke længere bliver skelnet mellem hvilken type kontrakt, der er tale om, da bestemmelserne i udbudsloven § 61 gælder for både bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser. Dette var som ovenfor gennemgået ikke tilfældet i udbudsdirektivet fra 2004. Det vurderes, at det er udbudsloven § 61 stk. 1 nr. litra a, som har udvidet adgangen til brugen af udbud med forhandling mest. Som det blev fastslået oven for, skal bestemmelsen fortolkes udvidende, hvilket øger fleksibiliteten i reglerne. Derudover vurderer vi, at det er den bestemmelse, hvor ordregiver får nemmest ved at argumentere for, at de må anvende, da det er nemmere at argumentere for, at man har behov for en tilpasning af en løsning end, at man fx har behov for en innovativ løsning. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget vil udbudsproceduren udbud med forhandling kunne anvendes i højere grad end tidligere¹⁶². Udbudsudvalget mener, at den udvidede adgang til de fleksible udbudsprocedurer er til gavn for både ordregivere og tilbudsgivere. Den udvikling, der er sket i formålene med udbudsreglerne¹⁶³, bliver her afspejlet i at der indført mindre restriktive betingelser for, hvornår udbudsprocedureren kan anvendes. Denne åbning i reglerne afspejler den fleksibilitet, lovgiver har haft til formål at skabe med reglerne.

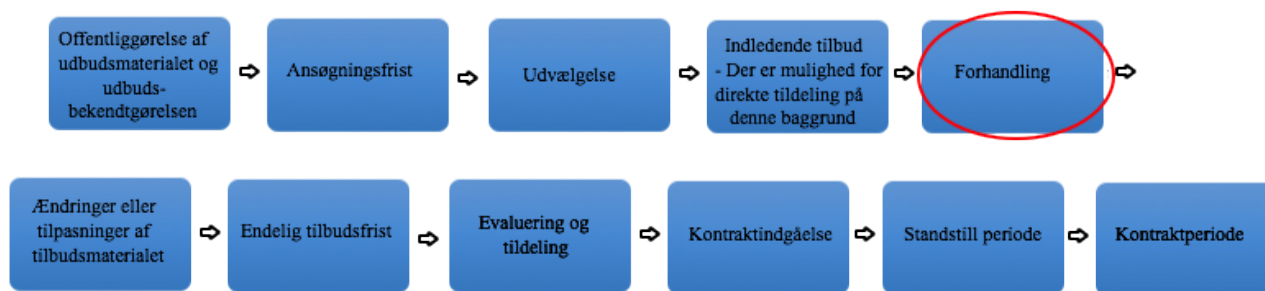
¹⁶⁰ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 208

¹⁶¹ Treumer, 2016, s. 27

¹⁶² Lovforslag nr. L19, 2015, s. 42

¹⁶³ Se afsnit 2.3. ”Formålet med udbudsreglerne”

2.5.1.2. Hvad må parterne forhandle om?



Figur 7: Forhandlingsfasen i udbud med forhandling

Den vigtige fase i udbud med forhandling er den, hvor forhandlingen foregår. Formålet med forhandlingerne er at forbedre tilbuddene og tilpasse dem til ordregiverens krav og behov¹⁶⁴. Dette er i overensstemmelse med præambelen til udbudsdirektivet. *”Forhandlingerne bør sigte mod at forbedre tilbuddene, så de ordregivende myndigheder får mulighed for at indkøbe bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser, der er fuldstændigt tilpasset deres særlige behov.”* jf. præambel nr. 45 i udbudsdirektivet. Ordregiveren fører individuelle forhandlinger med de enkelte tilbudsgivere på grundlag af deres indledende tilbud. Særligt i denne proces er det vigtigt, at ordregiveren overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, som fremgår af udbudsloven § 2 stk. 1.

”Der kan ikke forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling” jf. udbudsloven § 66 stk. 2. Der foretages dermed en negativ afgrænsning af forhandlingsrummet. Mindstekravene skal fastsættes som en sikkerhedsforanstaltning, for at sikre at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet bliver overholdt¹⁶⁵. Udover denne afgrænsning kan der forhandles om alt¹⁶⁶. Domstolen har tidligere slået fast, at selv om den ordregivende myndighed har mulighed for at forhandle, er den forpligtet til at overholde de krav, som de har givet en bindende karakter¹⁶⁷. Mindstekrav er ikke defineret i udbudsloven, men de skal som tidligere nævnt fremgå af udbudsbekendtgørelsen. *”Det bør præciseres, at de minimumskrav, der skal fastsættes af den ordregivende myndighed, er de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have, for at den ordregivende myndighed kan tildele kontrakten i overensstemmelse med det valgte tildelingskriterium.”* jf. præambel nr.

¹⁶⁴ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 66

¹⁶⁵ Rådets direktiv 2014/24/EU, præambelen nr. 45

¹⁶⁶ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 66

¹⁶⁷ C-561/12 Nordrecon mod AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, præmis 37

45 til udbudsdirektivet. Der kan godt indledes forhandlinger med en tilbudsgiver, som har taget forbehold for et mindstekrav¹⁶⁸. Men da kravene ikke må ændres, og tilbudsgiveren skal leve op til dem, skal forhandlingerne føre til, at forbeholdet over for mindstekravene frafaldes, førend tilbudsgiveren kan få tildelt kontrakten.

Ordregiveren har selv mulighed for at påvirke, hvad der kan forhandles om, da de selv begrænser forhandlingsrummet ud fra de grundlæggende elementer, de opstiller i deres udbudsbetingelser. Men hvorfor så overhovedet have sådanne krav, hvis det mindsker mulighederne for forhandling og dialog? Det skyldes, at ordregiveren er nødt til at have eksplicitte krav i sit udbudsmateriale, da der ikke kan tillægges implicitte og ukendte krav betydning ved tildelingen¹⁶⁹.

”Ordregiveren må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale” jf. § 66 stk. 5 i udbudsloven hvilket betyder, at ordregiver hverken må forhandle om eller foretage ændringer i de grundlæggende elementer i udbudsbekendtgørelsen. Parterne må gerne drøfte de grundlæggende elementer, så tilbudsgiverne ikke er i tvivl om, hvad ordregiveren mener med dem¹⁷⁰. Dette kan medvirke til at sikre gennemsigtigheden i udbudsproceduren. I henhold til ligebehandlingsprincippet skal ordregiver være sikker på, at alle tilbudsgiverne får denne gennemsigtighed og dermed har mulighed for at deltage i forhandlingerne på lige vilkår.

”En ændring af grundlæggende elementer” defineres som *”En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.”* jf. udbudsloven § 24 nr. 37. Det beror på en konkret vurdering fra udbud til udbud, hvorvidt der er tale om en ændring af de grundlæggende elementer. Ifølge retspraksis, må der kun være tale om en vis begrænset tilpasning, for at det ikke er en væsentlig ændring¹⁷¹. Det medfører, at det primært vil være den økonomiske aktørs tilbud, der bliver forhandlet om og ikke udbudsbekendtgørelsen.

¹⁶⁸ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 66

¹⁶⁹ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 213

¹⁷⁰ Treumer, 2006, s. 225

¹⁷¹ Vestre landsrets dom af 16. marts 2004 Århus amt mod Judex, ad påstand 1

Der må gerne foretages andre ændringer i det oprindelige udbudsmateriale, men alle tilbudsgivere, der fortsat er en del af forhandlingerne, skal have besked herom jf. udbudsloven §66 stk. 5. Det er for at sikre, at gennemsigtighedsprincippet bliver overholdt. Tilbuddene fra tilbudsgiverne vil ikke være ens, hvilket medfører, at forhandlinger heller ikke vil være ens. Det strider som udgangspunkt ikke imod ligebehandlingsprincippet så længe, at ordregiver ikke videre giver oplysninger, som kan være fordelagtige for en enkelt af tilbudsgiverne eller på anden vis stiller en tilbudsgiver bedre end andre.

Da der hverken må forhandles eller ændres på mindstekravene, er det vigtigt, at ordregiver er bevidst om hvilke krav, de gør til mindstekrav i deres udbudsbekendtgørelse. Samtidig er ordregiveren nødt til at have nogle mindstekrav, så tilbudsgiveren har en idé om, hvad det er, at ordregiveren ønsker og for at skabe gennemsigtighed. Det handler om for ordregiveren at sikre en balance mellem gennemsigtighed i deres udbudsbekendtgørelse og mulighed for at være fleksibel i den efterfølgende forhandling, så de kan få deres særlige behov opfyldt på den mest effektive måde.

2.5.1.2.1. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven

I dette afsnit gennemgås betingelserne for, hvad der kunne forhandles om ved udbud med forhandling i udbudsdirektivet fra 2004. Efterfølgende foretages en sammenligning af reglerne med udbudsdirektivets bestemmelser.

I art. 30 i udbudsdirektivet fra 2004 fremgik der ikke eksplicit en begrænsning for, hvad der kunne forhandles om. Men den ordregivende myndighed skulle under forhandlinger sørge for, at alle tilbudsgiverne blev behandlet ens jf. art. 30 stk. 2 i udbudsdirektivet fra 2004. Det blev ikke udelukket, at der kunne forhandles om udbudsmaterialet, så der kunne godt foretages tilpasninger og ændringer i det. Udbudsmaterialet måtte dog ikke ændres så væsentligt at aktører, som ikke havde vist interesse for udbuddet, kunne have været interesseret i at deltage i udbuddet efter ændringerne. Dette følger af ligebehandlingsprincippet som også medfører, at der ikke måtte ændres på krav, som ordregiver tidligere havde angivet som ufravigelige. Hvis der blev foretaget væsentlige ændringer, skulle der foretages et nyt udbud.

Det fremgik ikke af direktivet, at der ikke måtte forhandles om andet end det punkt der var årsag til at udbudsproceduren kunne anvendes. Hvis proceduren fx var valgt fordi, der ikke var mulighed for forudgående prisfastsættelse, måtte der gerne forhandles om andet end prisen. I forhold til de oprin-

delige tildelingskriterier i udbudsbekendtgørelsen måtte de gerne præciseres, men de måtte ikke ændres¹⁷². Heller ikke vægtningen af dem¹⁷³.

Direktivet faslagde de overordnede rammer for, hvordan forløbet omkring forhandlingen skulle foregå. ”Under forhandlingerne sikrer de ordregivende myndigheder, at alle tilbudsgivere behandles ens. De udøver især ikke forskelsbehandling ved at give oplysninger, som kan stille nogle tilbudsgivere bedre end andre.” jf. art. 30 stk. 3 i udbudsdirektivet fra 2004. Dette fremgik direkte af ligebehandlingsprincippet, men man havde valgt at tydeliggøre det direkte i reglerne, hvilket understreger hvor vigtig overholdelsen af princippet er. Der var ikke noget i reglerne, der begrænsede parterne i at begynde at forhandle inden tilbuddet var afgivet, da dette ville være en begrænsning i adgangen til at forhandle¹⁷⁴. Adgangen til at indlede forhandlingen inden tilbuddet blev afgivet skulle være ens for alle i henhold til ligebehandlingsprincippet.

Den væsentligste forskel på de tidligere og nuværende regler er, at regler for hvad parterne må forhandle om fremgår direkte af betingelserne for udbud med forhandling, fremfor de tidligere skulle udledes af de grundlæggende principper. Det vurderes på baggrund af ovenstående, at der ikke er sket en ændring i forhold til, hvad parterne har mulighed for at forhandle om, hvilket samtidig betyder, at fleksibiliteten i reglerne ikke er blevet øget på dette område.

2.5.2. Konkurrencepræget dialog

De overordnede rammer for konkurrencepræget dialog blev gennemgået i afsnit 2.4.4. De bliver ikke uddybet i dette afsnit, da de er uændret i forhold til udbudsdirektivet fra 2004. Fokus i dette afsnit er at undersøge, hvornår proceduren kan finde anvendelse, og hvad der må føres dialog om.

2.5.2.1. Anvendelse af konkurrencepræget dialog

En ordregiver kan anvende konkurrencepræget dialog i de tilfælde, der fremgår af udbudsloven § 67 stk. 1-2. Betingelserne blev gennemgået i afsnit 2.5.1.1. og gentages derfor ikke her.

¹⁷² Klagenævnet for udbuds kendelse af 16. marts 2011, Ove Kristensen mod EnergiMidt A/S, ad påstand 1.

¹⁷³ C-226/09, Kommission mod Irland, præmis 62

¹⁷⁴ ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, s. 583

2.5.2.1.1. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven

I dette afsnit gennemgås betingelserne for, hvornår konkurrencepræget dialog kunne anvendes efter de tidligere udbudsregler i udbudsdirektivet fra 2004. Efterfølgende foretages en sammenligning af reglerne med udbudslovens bestemmelser.

”I tilfælde af særligt komplekse kontrakter kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder, i den udstrækning de mener, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, kan gøre brug af konkurrencepræget dialog” jf. art. 29 stk. 1 i udbudsdirektivet fra 2004. En kontrakt blev anset for særligt kompleks, når den ordregivende myndighed ikke var i stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kunne opfylde deres behov og formål og/eller ikke var i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt jf. art. 1 stk. 11 litra c i udbudsdirektivet fra 2004. Der var ikke en tydelig definition af, hvad der skulle forstås med begrebet ”objektivt”. Det var ikke nok, at det var ordregiverens manglende viden, der var skyld i, at de tekniske vilkår ikke kunne præciseres. Hvis ordregiver nemt kunne skaffe sig hjælp til dette hos professionelle, skulle de gøre det.

”Ordregivende myndigheder, som udfører særligt komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde 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. præambel nr. 31 til udbudsdirektivet fra 2004. Den ordregivende myndighed skulle dermed være uden egen skyld i, at det ikke var muligt at anvende reglerne for offentligt udbud eller begrænset udbud.

Der fremgik nogle eksempler på, hvornår der kan være tale om særligt komplekse kontrakter i præamblen¹⁷⁵. Da der ikke fandtes en positivliste over de situationer, hvor anvendelsen af konkurrencepræget dialog var berettiget, skulle det bero på en konkret vurdering¹⁷⁶. Det vurderes, at den begrænsede adgang til brugen af konkurrencepræget dialog skyldes, at det netop ikke var mere klar-

¹⁷⁵ Rådets direktiv 2004/18/EF, præambel nr. 31, *”Ordregivende myndigheder, så udfører særligt komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde 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... Denne situation kan navnlig opstå i forbindelse med udførelsen af vigtige integrerede transportinfrastrukturprojekter, store edb-net og projekter der indebærer en kompleks, struktureret finansiering....”*

¹⁷⁶ *”Udbudsdirektiverne vejledning 2006”*, 2006, s. 66

gjort på hvilket grundlag, proceduren kunne finde anvendelse. Komplexiteten beror på, hvorledes det vælges at tolke objektiviteten.

Der kan skelnes mellem, hvornår ordregiver besidder evnen til at ”objektivt at præcisere de tekniske vilkår, retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt”¹⁷⁷ og hvornår ordregiver kan lade sig rådgive, fordi kompleksiteten ikke nødvendiggør udbuddet af konkurrencepræget dialog. Når ordregiver vælger at bruge konkurrencepræget dialog, er det ud fra den betragtning, at der ønskes dialog med potentielle tilbudsgivere. Men uvisheden for hvornår kompleksiteten støttes af mangel på objektiv præcisering¹⁷⁸, er der ikke fastlagt rammer for. Det var derfor en konkret vurdering, hvornår ordregiver ikke selv var i stand til at udforme udbudsmaterialets grundlag og måtte søge specialister hertil eller helt undlade at sætte det i udbud, sammenholdt med at optage konkurrencepræget dialog¹⁷⁹. Direktivet fra 2004 gjorde det ikke muligt, at optage konkurrencepræget dialog uden at have en reel kompleksitet.

Konkurrencepræget dialog er gået fra at være frivilligt for medlemsstaterne om de ønskede at implementere bestemmelserne udbudsdirektivet fra 2004 jf. art. 29 stk. 1¹⁸⁰ til, at det nu er obligatorisk efter udbudsdirektivet art. 26 stk. 4. Det er sket til trods for, at man i forslaget til udbudsdirektivet foreslog at medlemsstaterne selv kunne bestemme, om de ville omsætte bestemmelserne om konkurrencepræget dialog til national lovgivning¹⁸¹. Det betyder, at man fra Europa-Parlamentets og Rådets side har ønsket, at proceduren blev mere anvendt generelt i EU¹⁸².

At konkurrencepræget dialog med de nye udbudsregler kan anvendes i fire tilfælde og ikke blot ved særligt komplekse kontrakter viser, at der er indført en øget fleksibilitet i reglerne. Til trods for at der også med de nye regler kan opstå fortolkningsproblemer. Det er særligt ved udbudsloven § 67 stk. 1 nr. 1 litra a, at der er sket en øget adgang for ordregiver til brugen af konkurrencepræget dialog.¹⁸³

¹⁷⁷ Rådets direktiv 2004/18/EF, art. 1, stk. 11, litra c

¹⁷⁸ Rådets direktiv 2004/18/EF, art. 1, stk. 11, litra c

¹⁷⁹ Ølykke og Nielsen, 2015, s. 208

¹⁸⁰ Bestemmelserne fandt anvendelse i dansk ret jf. implementeringsbekendtgørelsen § 3 stk. 1.

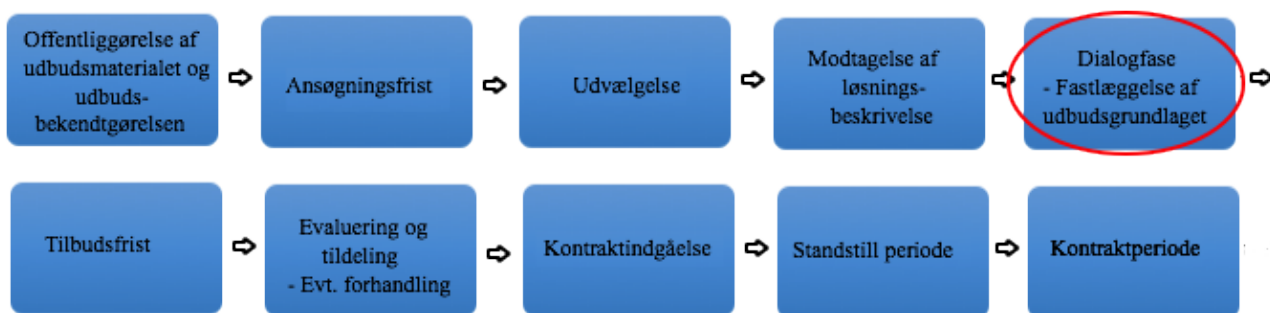
¹⁸¹ Forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om offentlige indkøb, 2011, art. 24 stk. 1

¹⁸² Se afsnit 2.3.5. ”Udbudsdirektivet fra 2014”

¹⁸³ Se afsnit 2.5.1.1.6. ”Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 af udbudsloven”

Der er sket en øget fleksibilitet i reglerne med ændringerne omkring, hvornår de fleksible udbudsprocedurer kan anvendes. Hvis den øgede fleksibilitet skal kunne ses i praksis i Danmark, er det ikke nok, at reglerne er blevet ændret. Der er fra dansk side tidligere anlagt en meget restriktiv fortolkning af reglerne i forhold til andre medlemsstater, og der har været flere sager, hvor anvendelse af konkurrencepræget dialog er blevet erklæret for uberettigede¹⁸⁴. Der er flere aktører der skal på banen, hvis det skal lykkes at udnytte den øgede fleksibilitet i reglerne. Ordregiverne skal turde anvende procedurerne, hvor det er relevant, selvom det på kort sigt bliver en udfordring for dem at vænne sig til det¹⁸⁵. Bygningsstyrelsen ønsker at se mulighederne i de nye regler, og anvende procedurerne i meget større udstrækning¹⁸⁶. Derudover kræver det også at klagenævnet for udbud anlægger en mindre restriktiv fortolkning af reglerne, hvilket Konkurrence og Forbrugerstyrelsen også lægger op til i deres vejledning til udbudsloven.

2.5.2.2. Hvad kan parterne føre dialog om?



Figur 8: Dialogfasen i konkurrencepræget dialog

Den vigtigste fase i konkurrencepræget dialog er den, hvor dialogen mellem parterne foregår. ”En ordregiver indleder en dialog med de relevante ansøgere med henblik på at fastlægge, hvorledes ordregiverens behov bedst kan opfyldes.” jf. udbudsloven § 70 stk. 1. Formålet med dialogen er at fastslå, hvorledes ordregivers behov bedst kan opfyldes¹⁸⁷. Udgangspunktet for dialogfasen er at give ordregiver det nødvendige indblik i de tekniske, økonomiske og juridiske løsningsmuligheder

¹⁸⁴ Treumer, 2016, s. 28. Se fx Højesterets dom af 11. februar 2015 Hans Damm Research mod Erhvervsstyrelsen og Forsvarsministeriet. Heri mente anklageren, at der var sket uberettiget anvendelse af konkurrencepræget dialog. (Højesteret mente ikke der var handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og de øvrige regler for udbudsformen konkurrencepræget dialog)

¹⁸⁵ Treumer, 2016, s. 57-58

¹⁸⁶ Se bilag 1 ”Muligheder og udfordringer ved fleksible udbudsformer”

¹⁸⁷ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 70

ved at få indblik i, hvad markedet kan tilbyde. For dermed at kunne arbejde hen mod det tilbud, som er det økonomisk mest fordelagtige¹⁸⁸. Da dette er tildelingskriteriet, kan det være udfordrende at drøfte alle aspekter ved udbuddet og meget ressourcekrævende for parterne. Proceduren stiller dermed høje krav til begge parter, da tilbudsgiver har en udfordring i at fremstille et attraktivt tilbud, hvor omvendt ordregiver skal finde en balance i, hvordan denne ikke forskelsbehandler eller lader sig udnytte af ulige konkurrencevilkår, men fortsat kan bevare gennemsigtighed i processen. Det er ordregivers pligt at danne rammerne og fokusere på de dele af kontrakten, som har størst betydning for selve udførelsen og processen for udbuddet¹⁸⁹.

”Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling” jf. udbudsloven § 70 stk. 2. Ændringer af grundlæggende elementer blev gennemgået i afsnit 2.5.1.2. Som ved udbud med forhandling bliver det ”rum”, der kan føres dialog i afgrænset af dette. I forbindelse med konkurrencepræget dialog vil de endelige krav først blive fastlagt efter dialogfasen, hvorfor ordregiveren alene i udbudsbekendtgørelsen bør anføre mindstekrav, der er et udtryk for grundlæggende behov. Idet disse ikke kan ændres i løbet af den konkurrenceprægede dialog¹⁹⁰. Ordregiver skal derfor grundigt overveje, hvilke mindstekrav de angiver i udbudsbekendtgørelsen for ikke at komme til at begrænse sig selv i dialogen. *”Ordregiveren er berettiget til at udforme krav og behov på den måde, der bedst tilgodeser ordregiverens egne behov. Dette gælder også, selvom visse tilbudsgivere vil have lettere ved at opfylde ordregiverens behov end andre tilbudsgivere”*¹⁹¹. Af hensyn til ligebehandlingsprincippet skal ordregiveren dog kunne redegøre for, at forskellen skyldes ordregiverens behov og ikke en favorisering af en bestemt tilbudsgiver. Ordregiveren må dermed godt stille nogle krav, som de tror, at der kun er en enkelt eller to ordregiver, der kan leve op til. Så længe de kan begrunde, at det reelt set er deres behov.

”Ordregiveren må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale” jf. udbudsloven § 70 stk. 5. Dialogen må derudover omhandle alle aspekter i udbuddet, hvorfor det også kan medføre ændringer af udbudsmaterialet¹⁹². Ordregiver må

¹⁸⁸ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 61

¹⁸⁹ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 67

¹⁹⁰ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 70

¹⁹¹ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 70

¹⁹² Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 70, stk. 2

derfor godt i et sagligt omfang ændre i udbudsmaterialet, såfremt det ikke er i de grundlæggende elementer¹⁹³. Ydermere skal ordregiver orientere alle deltagere, hvis der sker ændringer i udbudsmaterialet¹⁹⁴. Baggrunden for det er, at der gennem dialogen kan forekomme ændringer i krav og behov på baggrund af den information, ordregiver har indhentet gennem dialogen. I praksis betyder det, at der kommer nogle klare retningslinjer for, hvad tilbudsgiveren kan afgive tilbud med¹⁹⁵. Ændringerne må dog ikke fordreje konkurrence mellem tilbudsgiverne, hvorfor ordregiveren skal overholde sin fortroligheds- og gennemsigtighedsforpligtelse¹⁹⁶, og ikke ændre i mindstekravene eller give en tilbudsgiver en direkte ubegrundet fordel¹⁹⁷.

Procedurene er omfattende for både ordre- og tilbudsgiver, hvorfor der kan være mange omkostninger hertil. Ordregiver har mulighed for at yde vederlag til deltagerne i dialogforløbet jf. udbudsloven § 68 stk. 2 nr. 2. Dette kan skabe incitamenter hos tilbudsgiveren, så de vil deltage i udbuddet på trods af eventuelle omkostninger.

Ofte er det fortrolig viden som deltagerne i dialogen fremlægger. Der stilles strenge krav til fortroligheden, så konkurrencen ikke forvrides eller der gives fordel til nogle af deltagerne¹⁹⁸. Det er vigtigt, at ordregiverne har de grundlæggende principper for øje og udviser eftertænksomhed for den forpligtelse de har om fortrolighed under og efter, dialogen har fundet sted¹⁹⁹.

Der er krav til, hvad ordregivere må videregive af oplysninger mellem de økonomiske aktører. ”.. *må en ordregiver ikke udlevere fortrolige oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med en udbudsprocedure har fremsendt*” jf. udbudsloven § 5. Dette er også gældende for udbud med forhandling.

Ordregiveren må gerne føre forhandling med den tilbudsgiver, der har afgivet det vindende tilbud jf. udbudsloven § 72 stk. 2. ”*Forhandlinger i henhold til stk. 2 må ikke medføre, at der foretages ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.*” jf. udbuds-

¹⁹³ Udbudsloven § 70, stk. 5

¹⁹⁴ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 70, stk. 5

¹⁹⁵ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 71

¹⁹⁶ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 70, stk. 6

¹⁹⁷ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 70

¹⁹⁸ Se afsnit 2.5.2.2. ”Hvad kan parterne føre dialog om”

¹⁹⁹ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 2

loven § 72 stk. 3. Her gælder definitionen fra afsnit 2.5.1.2. på en ændring i grundlæggende elementer også.

2.5.2.2.1. Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven

I dette afsnit gennemgås betingelserne for dialogen for konkurrencepræget dialog i udbudsdirektivet fra 2004. Undervejs foretages en sammenligning med udbudslovens bestemmelser.

I modsætningen til udbud med forhandling var der mere eksplicitte regler for, hvad der måtte føres dialog om i udbudsdirektivet fra 2004. *"... Under denne dialog kan de drøfte alle aspekter ved kontrakten med de udvalgte ansøgere."* jf. art. 29 stk. 3 i udbudsdirektivet fra 2004. Der var dog også dengang nogle begrænsninger. Efter dialogen skulle de økonomiske aktører afgive deres endelig tilbud jf. art. 29 stk. 6 i udbudsdirektivet fra 2004. Tilbuddene kunne efterfølgende præciseres, men det måtte *"... ikke medføre, at der ændres ved grundlæggende elementer i tilbuddet eller i indkaldelsen af tilbud, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling."* jf. art. 29 stk. 6 i udbudsdirektivet fra 2004. Til sammenligning med de nuværende regler i udbudsloven er der dermed ikke sket en øget fleksibilitet i, hvad parterne har mulighed for at føre dialog om, da de grundlæggende elementer heller ikke tidligere måtte ændres.

Det var ordregiverens opgave at sørge for, at de ikke videregav oplysninger, der kunne stille nogle tilbudsgivere bedre end andre jf. ligebehandlingsprincippet. Derudover var der også krav til fortrolighed. *"De ordregivende myndigheder må ikke over for de andre deltagere afsløre de løsninger, som en anden deltager, har foreslået, eller andre fortrolige oplysninger, som en deltager i dialogen har meddelt, uden dennes samtykke."* jf. art. 29 stk. 3 i udbudsdirektivet fra 2004.

Det kan diskuteres, om der er ændret i hvilke oplysninger fra tilbudsgiverne, som ordregiveren har mulighed for at videregive til de øvrige tilbudsgivere. Formuleringen omkring dette i de tidligere regler var ikke klar. Det tolkes som, at der i udbudsdirektivet fra 2004 antog, at en tilbudsgivers løsning var en fortrolig oplysning og dermed ikke måtte videregives uden dennes samtykke. Denne formulering er ikke medtaget i udbudsloven. Her fremgår det kun, at ordregiver ikke må videregive fortrolige oplysninger mellem tilbudsgiverne. Det må betyde, at tilbudsgiveren skal angive, hvis de ønsker at gøre deres tilbud/forslag fortroligt. Hvis dette ikke er tilfældet, har ordregiver mulighed for at videregive oplysninger til de øvrige tilbudsgivere. Denne ændring i reglerne kan føre til, at ordregiver får øget muligheder i dialogen, da det giver ordregiver muligheden for at dele "de gode" løsninger mellem de økonomiske aktører og videreudvikle på dem gennem dialogen. For dermed at

kunne optimere de gode løsninger. Ændringen har medført mere fleksibilitet for ordregiveren, men det vurderes, at dette kun er i begrænset grad, da tilbudsgiveren kan vælge at lade sit tilbud være fortroligt, og dermed fratage ordregiveren muligheden for at udnytte det.

Der kunne tidligere føres dialog om det vindende tilbud jf. art. 29 stk. 7 i udbudsdirektivet fra 2004. ” ... *forudsat at dette ikke bevirker, at væsentlige aspekter af tilbuddet eller udbuddet ændres, og at det ikke fører til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.* ” jf. art. 29 stk. 7 i udbudsdirektivet fra 2004. Ud fra denne ordlyd og ordlyden i udbudsloven, er der her indført en stramning af reglerne, hvilket vil mindske fleksibiliteten i reglerne. I udbudsdirektivet fra 2004 fremgik det, at der ikke måtte ændres væsentligt ved grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale, mens det af udbudsloven fremgår at der ikke må foretages ændringer i grundlæggende elementer. Der var dermed ikke lukket fuldstændig for ændringer i de grundlæggende elementer i udbudsdirektivet fra 2004 ifølge ordlyden, da ordet væsentligt optrådte. Denne stramning af ordlyden bliver blødt op i definitionen på ”ændringer i grundlæggende principper” i udbudsloven § 24 nr. 37. Det vurderes dermed, at retstillingen på området er det samme, og der dermed hverken er sket en stramning eller lempelse af reglerne, og fleksibiliteten dermed ikke er øget i forhold til, hvad der må forhandles om.

2.6. Stemmer den øgede fleksibilitet overens med reglernes formål?

For at besvare den sidste del af afhandlingens juridiske problemstilling undersøges det, hvorvidt den øgede fleksibilitet der er indført i udbudsreglerne lever op til reglernes formål om, at overholde de grundlæggende EU-retlige principper og skabe effektive udbudskontrakter.

2.6.1. Overholdelsen af de grundlæggende principper

De grundlæggende principper er med til at skabe forventninger hos tilbudsgiverne, som de går ind i udbudsprocessen med. Det er tilbudsgiveren, der er den ”følsomme” part i udbuddet, og det er ordregiverens opgave at sørge for at beskytte tilbudsgiveren ved at overholde de grundlæggende principper. Derfor undersøges det, om den øgede fleksibilitet i anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer lever op til formålet om at overholde principperne.

2.6.1.1 Proportionalitetsprincippet

I forhold til proportionalitetsprincippet er ordregiveren forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde²⁰⁰. Det er ikke muligt at sige noget generelt om, hvorvidt proportionalitetsprincippet er overholdt med de fleksible udbudsprocedurer. Det vil afhænge af de enkelte udbud, og de krav ordregiveren stiller til tilbudsgiveren under udbuddet. Ordregiveren må kun stille rimelige krav til tilbudsgiverne, og de må ikke gå videre i deres krav, end hvad der er nødvendigt for at opfylde ordregiverens konkrete behov²⁰¹. Særlig ved meget komplekse kontrakter, hvor ordregiveren har svært ved at definere sit behov, skal ordregiveren være opmærksom på, at der ikke bliver stillet for store krav til tilbudsgiveren, som kun er begrundet i ordregiverens egen uvidenhed og ikke er nødvendige for at udarbejde et tilbud.

Ordregiveren skal have proportionalitetsprincippet for øje, når der igangsættes forhandling og dialog med tilbudsgiverne. Da der er omkostninger forbundet med at forhandle fx i løntimer for både ordregiver og tilbudsgiver, skal ordregiveren have disse omkostninger i betragtning, så der ikke bliver forhandlet om unødige elementer. Det følger af proportionalitetsprincippet, at den merpris, der skal betales for forhandlingerne, skal stå i rimeligt forhold til formål med forhandlingerne²⁰². De fleksible udbudsprocedurer kan dermed udfordre overholdelsen af proportionalitetsprincippet, hvis ordregiveren ikke har dette for øje.

2.6.1.2 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet er altafgørende i forhold til anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer. Det er et klart formål med udbudslovens regler for disse procedurer, at de grundlæggende principper bliver overholdt²⁰³. Ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser i udbudsprocessen²⁰⁴, hvilket understreger vigtigheden af, at ordregiveren hele tiden har fokus på at overholde princippet. Den øgede fleksibilitet, der er blevet indført med de nye udbudsregler, fremgår særligt af bestemmelserne for, hvornår de fleksible udbudsprocedurer kan finde anvendelse²⁰⁵.

²⁰⁰ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 2

²⁰¹ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 2

²⁰² Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 2

²⁰³ Se afsnit 2.3.5 ”Udbudsdirektivet fra 2004” og 2.3.6. ”Udbudsdirektivet fra 2014”

²⁰⁴ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 2

²⁰⁵ Se afsnit 2.5.1.1.6. ”Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven”

Den øgede fleksibilitet i udbudsreglerne kan være en udfordring for ordregiver, når de samtidig skal sørge for at overholde ligebehandlingsprincippet.

Ved at øge adgangen til anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer øges muligheden for, at ordregiver i et større omfang kan forhandle med tilbudsgiverne. Ordregiver besidder her forhandlingsmagten, da det er ordregiveren, der skal tildele kontrakten. Men omvendt må ordregiver ikke forhandle ud fra strategien om at udspille tilbuddene mod hinanden²⁰⁶. Ordregiveren skal forholde sig objektivt til de forslag og tilbud der kommer fra tilbudsgiverne under hele processen, hvis ligebehandlingsprincippet skal overholdes. Det vurderes på baggrund af dette, at der kan opstå situationer, hvor ordregiveren ikke overfylder betingelsen om at forholde sig objektivt til tilbudsgiverne. Det skyldes, at der undervejs i en forhandlingsproces kan opstå en favorit hos ordregiveren, der ikke nødvendigvis skyldes, at tilbuddet fra denne tilbudsgiver er bedst. Det kan blandt andet skyldes en god kemi mellem parterne, eller et særligt tilhørsforhold, hvis tilbudsgiveren fx er lokal. I sådanne tilfælde kan ordregiveren komme til at favorisere en tilbudsgiver bevidst eller ubevidst på en måde, så ligebehandlingsprincippet ikke bliver opfyldt. Denne favorisering af en tilbudsgiver er der ikke ligeså stor risiko for at opstå under et offentligt udbud, da parterne ikke forhandler og fører dialog. Det kan dog ikke udelukkes, at der opstår en favorisering eller subjektiv fravælgelse af en tidligere kontraktspart, som ordregiveren har kendskab til og erfaringer med i forvejen. Denne problematik forsøger lovgiver at komme til livs med bestemmelserne om, at ordregiveren skal angive hvilke tildelingskriterier, som tilbuddet bliver tildelt ud fra. Men da tildelingskriteriet kan være bedste forhold mellem pris og kvalitet,²⁰⁷ øger det risikoen for, at der foretages en subjektiv vurdering, da forholdet mellem pris og kvalitet ikke altid kan defineres objektivt.

Ligebehandlingsprincippet medfører ikke kun forpligtelser for ordregiveren over for de tilbudsgivere, som er en del af udbudsprocessen. Ordregiveren har også forpligtelser over for de økonomiske deltagere, som ikke deltager i udbudsprocessen, men som potentielt ville have deltaget hvis fx udbudsmaterialet havde været anderledes²⁰⁸. Formålet med de fleksible udbudsprocedurer, og særligt med konkurrencepræget dialog, er, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at påvirke udbuddet gennem samarbejdet med ordregiveren, end de har mulighed for under et offentligt udbud. Det er

²⁰⁶ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 5

²⁰⁷ Dette tildelingskriterie skal anvendes under konkurrencepræget dialog

²⁰⁸ Lovforslag nr. L19, 2015, bemærkninger til § 2

særligt i forhold til det samarbejde, og de ændringer, der kan opstå undervejs i ordregiverens behov, at det kan blive rigtig svært for ordregiver at overholde ligebehandlingsprincippet over for de økonomiske aktører, der ikke er en del af udbuddet. Her henvises der ikke til ændringer af de grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, da de ikke må ændres væsentligt.. Der kan godt opstå et behov hos ordregiveren efter at have været i dialog med tilbudsgiverne, som ordregiver ikke vidste, da udbudsmaterialet blev udarbejdet. Det nye behov vil økonomiske aktører, som ikke er en del af dialogfasen, ikke få mulighed for at komme med en løsning på. Hvis sådan en situation skulle opstå, vil ordregiveren ikke have overholdt ligebehandlingsprincippet over for de økonomiske aktører, som ikke er en del af udbudsprocessen. Hvis ordregiveren alligevel ikke altid har mulighed for at lade sig påvirke af tilbuddene og forslagene fra tilbudsgiverne, da der er risiko for, at de overtræder principperne i forhold til potentielle tilbudsgivere, giver det ikke mening at forhandle og føre dialog i disse tilfælde.

2.6.1.3 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet skal være med til at sikre, at de økonomiske aktører, deltagende eller ej, har mulighed for at få indsigt i, om ligebehandlingsprincippet er overholdt gennem hele udbudsprocessen. Forhandling og dialog er med til at skabe et samarbejde hvor der videregives information mellem parterne under en udbudsprocedure. Det er ordregiverens opgave at sørge for, at tilbudsgiverne får den samme information undervejs i forhandlingerne. Desto længere og mere komplekse forhandlinger og dialogen mellem parterne bliver, desto mere krævende bliver det for ordregiveren at sørge for gennemsigtigheden og en ligelig fordeling af information mellem de konkurrerende tilbudsgivere. Det er ikke umuligt, at ordregiveren er i stand til at opfylde princippet i lange og komplekse dialoger, men der vil kunne opstå nogle situationer, hvor ordregiveren ikke er i stand til at overholde den grundet kompleksiteten og omfanget af informationer.

Der er en årsag til, at sikringen af ligebehandlingsprincippet og dermed også gennemsigtighedsprincippet er så indarbejdet i udbudsreglerne. Det er ikke kun fordi, principperne er en del af de grundlæggende EU-retlige regler, at de er relevante i forhold til udbudsreglerne. Gennemsigtighed i beslutningstagningen i forbindelse med udbudsprocedurer skal bidrage til effektivt at bekæmpe korruption²⁰⁹. Moderniseringen af udbudsreglerne mødes med en kritik, da den øgede fleksibilitet kan øge risikoen for korruption²¹⁰.

²⁰⁹ Rådets direktiv 2014/24/EU, præambel nr. 126

²¹⁰ Treumer, (2012, “*EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation*”), s. 142

Spørgsmålet om samspillet mellem den øgede adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer og de grundlæggende principper bliver interessant at følge i den kommende retspraksis. Det skal tages i betragtning, at udbudslovens regler endnu ikke er efterprøvet, hvorfor denne analyse dækker over de udfordringer, som fleksibiliteten kan medføre. Det vurderes derfor, at de nye udbudsregler er et kompromis, som er blevet indgået, da Kommissionen selv er opmærksom på den ubalance, der kan være i fleksibiliteten og principperne²¹¹. Da reglerne kun lige er trådt i kraft, forligger der endnu ingen sager herfor, men det må antages at antallet af brud på gennemsigtighed- og ligebehandlingsprincippet ikke vil være en faldende faktor med en øget adgang til at anvende mere fleksible udbudsregler. Danmark har tidligere haft ry for at implementere EU reglerne meget restriktivt²¹² med det formål at holde sig på den rigtige side af reglernes anvendelse for at undgå sager ved EU domstolen. Men dette menes også at være en forklaring på, hvorfor Danmark er et af de lande, som tidligere har anvendt konkurrencepræget dialog i begrænset omfang²¹³. Det er også begrundet i, at udbudsprocedurerne tidligere kun skulle anvendes i undtagelsestilfælde.

Mange af de ovenstående udfordringer, som kan opstå under de fleksible udbudsprocedurer, kunne også opstå under reglerne for udbudsdirektivet fra 2004, da reglerne for hvad der må forhandles om, ikke er ændret med de nye udbudsregler²¹⁴. Den øgede fleksibilitet i reglerne er primært synlig i adgangen til at benytte de fleksible udbudsprocedurer²¹⁵. Problematikken omkring overholdelsen af de grundlæggende principper er derfor endnu mere relevant i de nye regler, da målet er, at de fleksible udbudsprocedurer skal anvendes i langt højere grad²¹⁶. Kommissionen har gjort opmærksom på, at en øget fleksibilitet vil gøre det nemmere for ordregivere at diskriminere mellem de økonomiske aktører, og det vil kunne medføre en del flere sager på området.²¹⁷ Omvendt ønsker Kommissionen en stigning i antallet af fleksible procedurer. Der skal uden tvivl findes en balancegang mellem fleksibiliteten og overholdelsen af de grundlæggende principper, men man kan undre sig over, hvorfor dette ikke er en tilgang man allerede har foretaget eller gjort mere klar i udarbejdelsen af udbudsreglerne. Ydermere kan man også undre sig over, hvorfor Kommissionen har lavet regler,

²¹¹ Treumer, (2012, “*EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation*”), s. 139

²¹² ”*Guide til ministerier vedrørende arbejdet i regeringens EU- implementeringsudvalg og Implementeringsrådet*”, 2015, s. 1

²¹³ Se bilag 3 ”*Kontrakter indgået ved konkurrencepræget dialog*”

²¹⁴ Se afsnit 2.5.1.2.1. ”*Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven*”

²¹⁵ Se afsnit 2.5.1.1.6. ”*Sammenligning af udbudsdirektivet fra 2004 og udbudsloven*”

²¹⁶ Se afsnit 2.4.5. ”*Udbudsdirektivet fra 2014*”

²¹⁷ Treumer, (2012, “*EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation*”), s. 138

der gør det vanskeligt at overholde de grundlæggende principper. Det er ikke umuligt for ordregiveren at overholde principperne, men det vurderes, på baggrund af ovenstående problematikker, at der en forholdsvis stor risiko for, at ordregiver ikke altid overholder de grundlæggende EU-retlige principper, når de anvender de fleksible udbudsprocedurer.

2.6.2. Grundlaget for effektive udbudskontrakter

Den estimerede værdi af de totale offentlige udbud i Danmark har været stigende²¹⁸. Selvom værdien for offentlige udbud er stigende, er det vigtigt at sørge for at udbuddene også er effektive. Effektivitet er ikke en målbar enhed inden for den juridiske disciplin, men reglerne kan godt anses som et fundament til at kunne opnå større effektivitet på længere sigt. Da udbudsreglerne også indebærer et økonomisk formål²¹⁹, er dette for at kunne effektuere reglerne. For at skabe mere effektivitet kræver det, at incitamenterne herfor er til stede. Formålet med dette afsnit er dermed at vurdere, hvorledes der er skabt muligheder eller incitamenter i udbudsloven for at øge effektiviteten.

Udbudsreglerne er løbende blevet ændret, men det grundlæggende værktøj for reglerne er at skabe effektive kontrakter og ligeværdig konkurrence i indkøbsprocesserne.²²⁰ Med et ønske i ”Europa 2020” strategien om at skabe enkelt og intelligent regulering, samt at modernisere procedurer for offentlige indkøb²²¹, sætter det store forventninger til markedets modtagelse af reglerne. Nærmere betyder det, at hvis kravet om at reglerne skal være en succes skal opfyldes, kræver det, at erhvervslivet anvender dem. Og anvender dem korrekt.

Helt tilbage fra Paris-traktaten har den frie konkurrence været en mærkesag for EU²²². Heraf er udbud ikke en undtagelse. At forbedre erhvervsklimaet, bruge hele markedet og ikke kun føre forretning med de største virksomheder, skaber mere konkurrence og mere effektivitet²²³. Med det nye udbudsdirektiv er forudsætningen, at man gerne vil give mere plads til de små og mellemstore virksomheder²²⁴, hvilket sender et budskab omkring effektiv konkurrence. Ifølge præamblen til udbudsdirektivet vil den øgede adgang til at anvende fleksible udbudsprocedurer ”formentlig også øge den

²¹⁸ ”Public Procurement Indicators 2014”, 2016, s. 7

²¹⁹ Se afsnit 2.3.5. ”Udbudsdirektivet fra 2014”

²²⁰ Se afsnit 2.3. ”Formålet med udbudsreglerne”

²²¹ Kommissionens meddelelse, 3.3.2010, s.18

²²² Se afsnit 2.2.1 ”Den historiske udvikling af EU rettens formål”

²²³ Grønbog, 2011, s. 3

²²⁴ Rådets direktiv 2014/24/EU, præambel nr. 2

grænseoverskridende handel, eftersom evalueringen har vist, at kontrakter indgået ved udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse er særligt succesfulde i forbindelse med grænseoverskridende tilbud."²²⁵ hvilket kan medføre effektivitet i udbud²²⁶. Som modsvar dertil mener Sus Arrowsmidt, at det vil kunne skade det indre marked, hvis medlemsstaterne vil føle sig tvunget til at implementere og anvende de fleksible udbudsprocedurer i situationer, hvor det ikke er hensigtsmæssigt²²⁷. Det er ikke givet, at procedurerne giver mest value for money i den enkelte situation, og der kan i nogle lande være stor risiko for korruption.

Man kan lokkes til den overbevisning, at øget fleksibilitet kan påvirke effektiviteten positivt i dens "første levetid". Den åbner både op for konkurrence, hvor der nu er en meget bredere adgang til procedurernes anvendelse, og dette giver et større råderum for ordregiver til at kunne føre forhandlinger om omfattende samt komplekse opgaver. Omvendt er der stadig en del vilkår at tage hensyn til²²⁸, samtidig med at der skal være en samfundsmæssig gevinst at opnå gennem udbud. Effektivitet handler dermed ikke kun om konkurrencevilkårene på et marked, men i ligeså høj grad om effekten og de forhold udbuddet har før og efter kontraktindgåelsen.

Siden Unionens start har det grundlæggende formål været økonomisk, hvor konkurrencen har været et konkret middel til at kunne løfte dette²²⁹. Det har siden det første udbudsdirektiv i 1976 været en af grundstenene i udbud at danne rammerne for den effektive konkurrence. Selvom den effektive konkurrence har ændret indfaldsvinkel fra et EU, der ville skabe²³⁰ og garantere²³¹ for til i dag at ville åbne²³² den, vurderes det overordnet set, at handle om den værdi udbud har i markedet og heraf udledes effektiviteten.

²²⁵ Rådets direktiv 2014/24/EU, præambel nr. 42

²²⁶ Grønbog, 2011, s. 25, "Navnlig grænseoverskridende samarbejde mellem ordregivende myndigheder fra forskellige medlemsstater kan bidrage til yderligere integration af indkøbsmarkederne og dermed fremme opsplittningen af europæiske markeder på tværs af nationale grænser og skabe et bæredygtigt, internationalt konkurrencedygtigt industrielt grundlag."

²²⁷ Arrowsmidt, 2014, s. 869 og s. 877-878

²²⁸ Se afsnit 2.2.2. "De grundlæggende EU-retlige principper og udbudsreglerne"

²²⁹ Neergaard og Nielsen, 2010, s. 45-46 og afsnit 2.1.1. "Den historiske udvikling af EU rettens formål"

²³⁰ Rådets direktiv 88/295/EØF, præambel nr. 2

²³¹ Rådets direktiv 2004/18/EF, præambel nr. 2

²³² Rådets direktiv 2014/24/EU, præambel nr. 2

De tidligere udbudsregler har, som tidligere omtalt, mødt kritik fra erhvervslivet ved at have for faste administrative rammer. Der er ingen tvivl om at ønsket om at have mere lempelige udbudsregler er imødekommet, hvilket alene anvendelsen for de fleksible udbud er et eksempel på. Erhvervslivet har modtaget de mere fleksible udbudsregler positivt²³³. Men igen kan og skal det påpeges at en ting er, hvordan man italesætter reglerne, noget andet er, hvordan de vil fungere i praksis. Det er endnu uvist om de vil effektivisere markedet, og om udbuddenes samfundsmæssige værdi vil stige. Dette kan flere offentlige og private samarbejder blandt andet bidrage til²³⁴.

Udbudsloven viser en udvidet adgang til, at ordregiveren kan anvende de fleksible udbudsprocedurer. Reglerne skal dog, for at have en målbar effektivitet, sættes i forhold til, hvilke betingelser der skal være opfyldt, førend det kan betale sig at anvende fleksible udbud. Hvis disse betingelser med garanti kan indarbejdes, vil det kunne garanteres, at reglerne har en målbar effektivitet. Men det antages at være utrolig vanskeligt at indarbejde økonomiske foranstaltninger i love, da der også skal tages andre hensyn end økonomiske. Det er derfor svært både at *skabe, garantere og åbne* for den effektive konkurrence. Juraen er ikke i stand til enestående at vurdere, hvor grænsen ligger for dens effektivitet, eller i hvilken grad målet om at skabe effektive kontrakter overholdes. Selvom incitamenterne foreligger for øget effektivitet, vurderes det også, at grænsen for samspillet med de øvrige EU-retlige principper kan være vanskeligt at overholde²³⁵. Dette er først noget som kan måles, efter reglerne er trådt i kraft og blevet afprøvet. På baggrund af ovenstående kan det ikke fastslås, hvorvidt reglerne lever op til sit formål om at øge effektiviteten, men det kan fastslås, at reglerne uden tvivl skaber rammer for en øget effektivitet.

²³³ Se bilag 1 ”Muligheder og udfordringer ved fleksible udbudsformer”

²³⁴ Se bilag 1 ”Muligheder og udfordringer ved fleksible udbudsformer”

²³⁵ Se afsnit 2.6.1. ”Overholdelse af de grundlæggende principper”

2.7. Delkonklusion

De nye udbudsregler, som i Danmark er implementeret gennem udbudsloven, er en konsekvens af Kommissionens ”Europa 2020-strategi. Begrundelsen for at indføre de nye udbudsregler var et ønske om indføre mere fleksibilitet i udbudsreglerne. Da der er tale om EU-retlige regler er de grundlæggende principper om blandt andet ligebehandling og gennemsigtighed altafgørende. Overholdelsen af principperne er indskrevet i formålsbestemmelserne i udbudsloven. Desuden har udbudsreglerne til formål at skabe effektive udbudskontrakter for at sikre en effektiv brug af de offentlige midler. Dette formål og de grundlæggende principper har altid været en del af udbudsreglerne. I forhold til anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer, er det et mål, at procedurerne skal anvendes i flere tilfælde end tidligere.

I forhold til udbudsproceduren offentligt udbud er der ikke indført mere fleksibilitet med udbudsloven. Dette skyldes, at betingelserne for at anvende proceduren er uændret. I forhold til de fleksible udbudsprocedurer er der derimod indført mere fleksibilitet. Ordregiverne har fået langt bedre muligheder for at kunne anvende procedurerne. Den øgede fleksibilitet i reglerne skal primært findes i bestemmelserne omkring, under hvilke betingelser udbudsprocedurerne kan anvendes. Særligt bestemmelserne i udbudsloven § 61 stk. 1 nr. litra a og § 67 stk. 1 nr. 1 litra a åbner op for, at ordregiverne langt oftere kan argumentere for, at de ønsker at anvende en af de fleksible udbudsprocedurer. Formålet med reglerne medfører en mere udvidende fortolkning af procedurerne, da det er en del af formålene, at procedurerne skal anvendes oftere.

Den øgede fleksibilitet i adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer, skærper kravene til, at ordregiveren overholder de grundlæggende principper. Principperne skal overholdes i alle delene af udbuddet og særligt adgangen til at forhandle og føre dialog medfører risiko for, at principperne ikke bliver overholdt. Det kan ikke udelukkes, at det er muligt for ordregiveren at overholde principperne, men det kan konkluderes, at det er vanskeligt, og der kan opstå mange situationer, hvor ordregiveren ikke er i stand til det. Det er ikke muligt at fastslå, om de nye regler har skabt grundlag for mere effektive kontrakter ud fra den juridiske analyse, men det kan konkluderes, at reglerne har skabt nogle rammer for at indgå effektive kontrakter.

Kapitel 3 – Økonomisk analyse

Ud fra den juridiske analyse i afhandlingens kapitel 1, kunne det ikke konkluderes, hvorvidt udbudsreglerne skaber grundlag for efficiente udbudskontrakter. Problemstillingen ansues derfor ud fra et økonomisk perspektiv i dette kapitel.

3.1. Hvorfor sendes offentlige opgaver i udbud?

Når det offentlige foretager indkøb, er det skatteydernes penge, de betaler med. For at sikre den mest optimale allokering af skatteydernes penge bestræber det offentlige sig på, at indgå bedst mulige udbudskontrakter. Konkurrence og Forbrugerstyrelsen er af den opfattelse, at konkurrence om de offentlige opgaver er med til at sikre fortsat effektivisering, kvalitetsudvikling og innovation i opgaveløsningen²³⁶. Med henblik på at undersøge afhandlingens problemstilling er der i denne analyse fokus på sikringen af effektiviseringen. Når det offentlige udbyder en opgave, skaber det konkurrence på markedet, det ønskes derfor undersøgt, om det sikrer effektiviseringen at have konkurrence på et generelt marked.

3.1.1. Fuldkommen konkurrence på et marked

Forholdene på et marked bestående af virksomheder og forbrugere med fuldkommen konkurrence undersøges for at kunne fastslå, om konkurrence på et marked kan medføre efficiens. I forhold til udbud er de økonomiske aktører virksomheden, mens det offentlige er forbrugeren, da det er dem, der ønsker at købe en ydelse.

Der er en række betingelser, der skal være opfyldt førend et marked har fuldkommen konkurrence²³⁷.

1. Virksomhederne sælger standardiserede produkter som er substituerbare med hinanden.
2. Virksomhederne er pristagere. Det betyder, at de ikke har mulighed for at påvirke markedsprisen med størrelsen af deres produktion.
3. Der er perfekt mobilitet og dermed fri adgang til og udgang fra markedet på lang sigt.
4. Virksomhederne og forbrugerne har perfekt information omkring markedet og alternativer til det. Derudover har begge parter samme information om produkterne.
5. Der er kontraktfrihed mellem parterne
6. Der er ingen risiko for, at aftalerne, som parterne har indgået, ikke bliver overholdt.
7. Der er ikke transaktionsomkostninger forbundet med, at handlen bliver indgået.

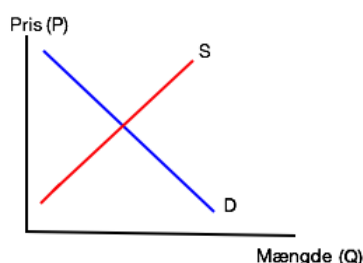
²³⁶ ”Status for offentlig konkurrence”, 2015, s. 4

²³⁷ Frank, 2010, s. 337-338 og Eide og Stavang, 2013, s. 76-77

Fuldkommen konkurrence opstår, når hverken køber eller sælger har mulighed for at afvige fra de almindelige markedsbetingelser²³⁸. Det er urealistisk, at alle betingelser er opfyldt helt på et marked²³⁹, men modellen anvendes ofte i teoretiske sammenhænge, og anvendes i afhandlingen for at belyse effekten af konkurrence på et marked.

3.1.1.1. Ligevægt på et marked

Et marked består af købere og sælgere af en vare eller en tjenesteydelse²⁴⁰. Et marked kan beskrives ud fra figur 9 med prisen for varen på y-aksen og den mængde, der produceres på x-aksen. Når der bliver handlet med varer eller tjenesteydelser mellem parterne, er det rettighederne til produktet, der handles om. Efterspørgselskurven (D) angiver køberens betalingsvillighed²⁴¹, dvs. hvilken mængde af varen, køberen er villig til at købe til en given pris. Når prisen på varen falder, stiger den mængde, som køberen er villig til at købe, hvilket er årsagen til, at kurven er faldende. Udbudskurven (S) er stigende, da sælgeren er villig til at sælge mere, når prisen på varen stiger. Kurven angiver hvilken mængde, sælgeren er villig til at afsætte afhængig af prisen. Kurven er en funktion af de omkostninger, sælgeren har til at producere varen. Det er ikke en forudsætning, at kurverne er lineære, som de er angivet i figuren. Kurverne bliver påvirket af nogle forskellige faktorer, som kan flytte dem i markedet. Der kan ske både positive og negative skift, som afhænger af omstændighederne samt typen af varen²⁴².



Figur 9: Udbud og efterspørgsel

²³⁸ Eide og Stavang, 2013, s. 65

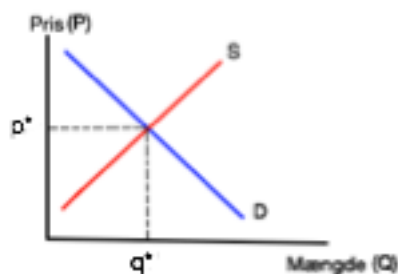
²³⁹ Frank, 2010, s. 334

²⁴⁰ Frank, 2010, s. 26

²⁴¹ Eide og Stavang, 2013, s. 64

²⁴² Eide og Stavang, 2013, s. 67

Når udbud og efterspørgsel samles på et marked, kan ligevægten findes. Ligevægtsprisen er den pris, hvor både køber og sælger er tilfredse med handlen²⁴³. Ligevægten findes ud fra det punkt, hvor kurverne krydser hinanden. På figur 10 fremgår ligevægten af punktet (q^*, p^*)



Figur 10: Ligevægt på et marked

Køberen er villig til at købe q^* til p^* og sælgeren er villig til at producere q^* til p^* . Hvis prisen ikke er p^* , vil der hele tiden være én af parterne, der er utilfreds²⁴⁴. Hvis prisen er lavere end p^* , vil sælgeren opdage, at køberen er villig til at betale mere for varen, og prisen vil dermed stige indtil den når p^* ²⁴⁵. Hvis q er forskellige fra q^* , vil den ligeledes nærme sig den.

3.1.1.2. Profitmaksimering for en virksomhed på kort sigt

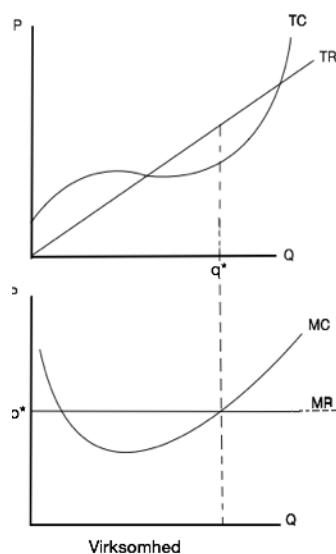
Virksomheder ønsker at profitmaksimere og vil dermed producere den mængde, der maksimerer virksomhedens profit. En virksomheds profit er forskellen på virksomhedens totale omsætning (TR) og totale omkostninger (TC). TC består af faste og variable omkostninger. $TR = p \times q$ og TC er en funktion af q .

Profitmaksimeringen opstår på det sted på den øverste del af figur 11 hvor forskellen på de to kurver er størst og $TR > TC$ (den stiplede linje). Profitten er dermed maksimeret i q^* , hvor hældningen på de to kurver er ens. Hældningen på TR kurven er ændringen i omsætningen, når der produceres og sælges en enhed mere, marginalomsætningen (MR). De marginale omkostninger (MC) er ændringen i de totale omkostninger, når der produceres en ekstra enhed og er dermed hældningen på TC. Det vil sige, at der profitmaksimeres når $MR = MC$. På den nederste del af figur 11 ses MR og MC kurverne. $MR = p^*$ ved fuldkommen konkurrence hvilket må betyde, at $MC = p^*$, når der profitmaksimeres. Når der profitmaksimeres angiver p^* prisen.

²⁴³ Frank, 2010, s. 29

²⁴⁴ Frank, 2010, s. 30

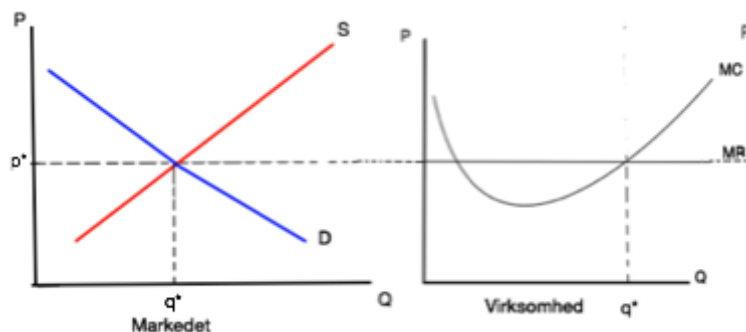
²⁴⁵ Frank, 2010, s. 31



Figur 11: Profitmaksimering for en virksomhed

3.1.1.3. Ligevægt i et marked på kort sigt

Som det er angivet ovenfor, er prisen givet for den enkelte virksomhed. Det betyder, at virksomheden producerer q^* fordi her er $p^* = MC$, som var betingelsen for at en virksomhed profitmaksimerer.



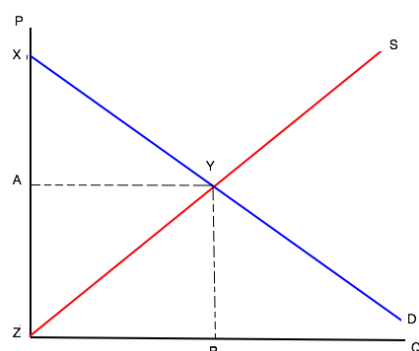
Figur 12: Illustration af ligevægt i et marked

3.1.1.4. Samfundsøkonomisk overskud under fuldkommen konkurrence

Det skal nu undersøges, om der er et samfundsøkonomisk overskud på et marked med fuldkommen konkurrence. Det gøres med henblik på at undersøge, om der bliver skabt efficiente kontrakter under fuldkommen konkurrence. Der tages igen udgangspunkt i et marked bestående af to kurver. S er et udtryk for de marginale alternativomkostninger, dvs. de samfundsøkonomiske omkostninger ved

produktionen. D repræsenterer købernes marginale betalingsvillighed²⁴⁶. Skæringspunktet Y mellem kurverne er en pareto-optimal løsning²⁴⁷.

Kurverne på figur 9 kan også fortolkes på anden vis, hvilket er illustreret på figur 13 herunder. D kurven er også et udtryk for en efterspørgselskurve. Da der er tale om et marked med fuldkommen konkurrence vil de privatøkonomiske omkostninger, og dermed den mængde sælgerne er villige til at udbyde, være lig samfundets omkostninger ved produktionen²⁴⁸. S kurven er dermed også udtryk for en udbudskurve, hvilket betyder, at ligevægtsprisen, som ovenfor beskrevet, kan findes i skæringspunktet mellem kurverne. A angiver ligevægtsprisen, og B angiver ligevægtsmængden.



Figur 13: Samfundsøkonomisk overskud under fuldkommen konkurrence

”Det samfundsøkonomiske overskudd er lik differansen mellom marginal betalingsvillighet og marginal alternativkostnas, summert over alle enheter som produseres”²⁴⁹. På figur 13 vil det samfundsøkonomiske overskud dermed være arealet af XYZ. Det samfundsøkonomiske overskud består af forbrugeroverskuddet, som er forskellen mellem den pris en forbruger er villig til at betale for et gode (reservationsprisen) og ligevægtsprisen. Forbrugeroverskuddet i ligevægten er arealet af AXY, det er et udtryk for den fordel forbrugerne får ved at handle på markedet. Den anden del af det samfundsøkonomiske overskud er producentoverskuddet, der er forskellen mellem den pris producenten er villig til at sælge for og ligevægtsprisen. Producentoverskuddet er arealet af AZY, og angiver den fordel, som virksomhederne får ved at sælge på markedet. Under fuldkommen konkurrence vil ligevægtsløsningen give den mængde, som gør det samfundsøkonomiske overskud størst muligt²⁵⁰.

²⁴⁶ Eide og Stavang, 2013, s. 104

²⁴⁷ Eide og Stavang, 2013 s. 105

²⁴⁸ Eide og Stavang, 2013 s. 106

²⁴⁹ Eide og Stavang, 2013 s. 105

²⁵⁰ Eide og Stavang, 2013 s. 107

3.1.2. Efficiens under fuldkommen konkurrence

Efter at have påvist at det samfundsøkonomiske overskud er størst muligt under fuldkommen konkurrence, skal det undersøges, hvilken betydning det har for effektiviteten under fuldkommen konkurrence. Der tages udgangspunkt i definitionen på efficiens, for derefter at kunne fastslå om der opstår en efficient løsning under fuldkommen konkurrence.

*”Den økonomiske velfærdsteori, omhandler mulighetene for å effektivisere produksjonen og skape en ønsket fordeling av goder under hensyntagen til effektivitetstapet ved omfordelingen”*²⁵¹. Hvis en fordeling af ressourcer er efficient, kan begrebet pareto-optimal anvendes. Pareto-optimale situationer er defineret ved, at det ikke er muligt at forbedre forholdene for mindst én part, uden at mindst én anden part bliver dårligere stillet²⁵². En pareto-optimal situation er både produktionseffektiv og allokeringseffektiv²⁵³. Når to parter indgår en aftale, som fx ved et udbud, skal de stræbe efter at opnå en pareto-optimal situation, da de dermed har opnået den perfekte fordeling af både ressourcer og rettigheder.

Velfærdsteorien der beskæftiger sig med, hvordan allokeringen af ressourcer påvirker den samlede velfærd, har to fundamentale teoremer omkring pareto-optimalitet og fuldkommen konkurrence. *”Enhver likevektsløsning i en frikonkurrancemodell for et økonomisk system er Pareto-effektiv”*²⁵⁴. Det vil dermed sige, at hvis betingelser for fuldkommen konkurrence, som nævnt ovenfor, er opfyldt, er situationen pareto-optimal. *”Hvis inntekt kan omfordeles kosnadsfritt, kan en hvilken som helst pareto-effektiv løsning oppnås ved frikonkurranse som økonomisk system.”*²⁵⁵. (Der henvises her til samfundsøkonomiske omkostninger) Problemet med teoremet er, at det er svært at opfylde betingelsen om at kunne omfordele ressourcer uden omkostninger. Hvis alle betingelserne for fuldkommen konkurrence er opfyldt, viser modellen en pareto-optimal situation, som er det der altid stræbes efter, når parter indgår en kontrakt²⁵⁶.

²⁵¹ Eide og Stavang, 2013 s. 95

²⁵² Eide og Stavang, 2013 s. 97

²⁵³ Eide og Stavang, 2013 s. 97

²⁵⁴ Eide og Stavang, 2013 s. 97

²⁵⁵ Eide og Stavang, 2013, s. 98

²⁵⁶ Eide og Stavang, 2013 s. 99

3.1.3. Samfundsøkonomisk overskud ved udbud

Forudsætningerne for fuldkommen konkurrence har aldrig været opfyldt²⁵⁷, og er det dermed heller ikke under et udbud. Nogle eksempler på hvorfor fuldkommen konkurrence på et marked aldrig kan lade sig gøre omhandler arbejdsløshed, asymmetrisk information og eksternaliteter. Fælles for dem alle er det overordnede problem, at private aktører ikke tager fuldt ud hensyn til samfundsøkonomiske omkostninger og gevinster, når de træffer beslutninger²⁵⁸.

Når en opgave konkurrenceudsættes af det offentlige, skaber det konkurrence på markedet, da det giver forskellige økonomiske aktører mulighed for at byde på opgaven. Som de ovenstående modeller viser, er det en pareto-optimal løsning af have fuldkommen konkurrence på et marked. Offentlige opgaver konkurrenceudsættes for at opnå så effeciente kontrakter som muligt. Det afhænger af de forskellige udbudsprocedurer, hvor tæt betingelserne for fuldkommen konkurrence i afsnit 3.1.1. er på at være opfyldt. Den af de syv betingelser der er sværest at opfylde under udbud er nr. 7, der angiver, at der ikke må være transaktionsomkostninger til stede. Dette skyldes, at der under alle udbud vil være transaktionsomkostninger²⁵⁹. Det er relevant at undersøge transaktionsomkostningerne i forhold til udbud, da afhandlingens fokus er på de fleksible udbudsprocedurer, som indebærer forhandling, der i sig selv udgør en transaktionsomkostning²⁶⁰. I afsnit 3.3. bliver transaktionsomkostningerne ved de forskellige udbudsprocedurer gennemgået.

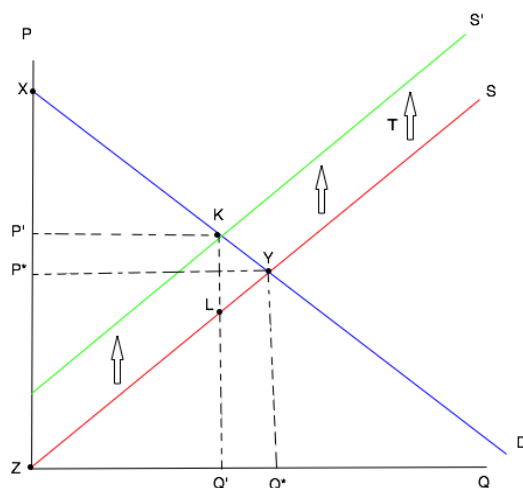
Der tages udgangspunkt i figur 13, hvor S er et udtryk for de samfundsøkonomiske omkostninger, og D repræsenterer køberens marginale betalingsvillighed. Med udgangspunkt heri er figur 14 skabt, hvori der er inddraget transaktionsomkostninger. Når der er transaktionsomkostninger (T) til stede, vil det forskyde S til S', da det antages at transaktionsomkostninger vil hæve de samfundsøkonomiske omkostninger. Forskydningen af kurven er angivet i figur 14 herunder.

²⁵⁷ Eide og Stavang, 2013, s. 99

²⁵⁸ Eide og Stavang, 2013, s. 100

²⁵⁹ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, 2011, s. 5

²⁶⁰ Se afsnit 3.2.1. ”Transaktionsomkostningstyper”



Figur 14: Samfundsøkonomisk overskud under udbud

Der skabes en ny ligevægt på markedet i Q', P' , når der er transaktionsomkostninger til stede, som er forskellige fra den optimale ligevægt i Q^*, P^* . I den nye ligevægt vil det samfundsøkonomiske overskud være arealet af ZXKL, hvilket medfører, at samfundet mister en gevinst på LKY sammenlignet med ligevægten under fuldkommen konkurrence. Tabet kaldes også et dødvægtstab, som er et resultat af det potentielle samfundsøkonomiske overskud ikke bliver realiseret pga. ineffektiv brug af ressourcer²⁶¹. Jo mindre T er, jo tættere vil S' og S kurverne ligge på hinanden. Desto tættere S og S' er på hinanden, desto mindre bliver dødvægtstabet. Desto lavere dødvægtstabet er, jo tættere er situationen på den efficiente løsning.

Hvis der er transaktionsomkostninger forbundet med et udbud, vil det på baggrund af figur 14 medføre, at der ikke er tale om en efficient situation, som er formålet ved kontraktindgåelse. For at kunne nærme sig den efficiente tilstand, skal transaktionsomkostningerne i et udbud minimeres mest muligt. For at undersøge, hvordan transaktionsomkostningerne kan minimeres, tages der udgangspunkt i definitionen på transaktionsomkostninger og de bagvedliggende årsager hertil.

²⁶¹ Eide og Stavang, 2013 s. 107

3.2. Transaktionsomkostningsteorien

I dette afsnit gennemgås Williamsons transaktionsomkostningsteori heriblandt de bagvedliggende adfærdsantagelser og transaktionens dimensioner.

Williamsons definition på transaktionsomkostninger er den mest anvendte i økonomisk teori. Williamsons definition bygger på R. Coases tanker fra artiklen *"The Nature of the Firm"* fra 1937, som er forløberen til transaktionsomkostningsteorien²⁶². Heri stiller Coase spørgsmål ved, hvorfor der overhovedet eksisterer virksomheder²⁶³. Coase definerer ikke transaktionsomkostninger direkte, men han omtaler, at der er omkostninger forbundet med, fx at skulle finde en pris og forhandle kontrakter ved hver eneste transaktion på et marked²⁶⁴. *".. The operation of a market costs something and by forming an organization and allowing some authority to direct the resources, certain marketing costs are saved"*²⁶⁵. Coase mener altså, at virksomheder kan være med til at mindske disse omkostninger.

Williamson tager udgangspunkt i selve transaktionen, som han definerer som: *"A transaction occurs when a good or service is transferred across a technologically separable interface"*²⁶⁶. Herefter definerer han transaktionsomkostninger som værende *"... comparative costs of planning, adapting and monitoring task completion under alternative governance structures"*²⁶⁷. Han definerer senere transaktionsomkostninger i en kortere version som *"Costs of running the economic system"*²⁶⁸. Transaktionsomkostninger er økonomiens svar på friktioner og er dermed nogle gnidninger der opstår i en transaktion.²⁶⁹

Transaktionsomkostningsteorien forsøger at forklare hvilken styringsstruktur, der regulerer en bestemt transaktion. Carsten Koch definerer en styringsstruktur som *"the broader institutional structure under which the legitimate interests of each part is sought protected against opportunistic behavior"*²⁷⁰.

²⁶² Koch (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 86

²⁶³ Coase, 1937, s. 388

²⁶⁴ Coase, 1937, s. 390-391

²⁶⁵ Coase, 1937, s. 392

²⁶⁶ Williamson, 1985, s. 1

²⁶⁷ Williamson, 1985, s. 2

²⁶⁸ Williamson, 1991, s. 169

²⁶⁹ Williamson, 1981, s. 552

²⁷⁰ Koch (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 88

3.2.1. Transaktionsomkostningstyper

Transaktionsomkostninger opdeles ofte i tre typer af omkostninger²⁷¹.

- *Søgeomkostninger*: De omkostninger som er før forhandling, som opstår i arbejdet med at definere og fordele rettigheder.
- *Forhandlingsomkostninger*: De omkostninger der er forbundet med at undersøge, alle de forhold som kontrakten omhandler samt udformningen af en kontrakt.
- *Kontrolomkostninger*: De omkostninger som bliver medført af at kontrollere, at den anden part lever op til kontrakten. Det kan også være udgifter i forbindelse med en eventuel tvist.

I sammenhæng med de tre ovenstående omkostningstyper findes omkostninger til at indhente information. Mangel på information er årsagen til, at de tre ovenstående transaktionsomkostninger opstår²⁷². Information opdeles i *offentligt information* som er tilgængeligt for alle og *privat information*, som ikke er tilgængeligt for alle. Den private information kan være information, som kun den ene part er i besiddelse af under en transaktion. Hvis der er mangel på offentlig information mellem parterne vil transaktionsomkostningerne være højere, da det fx vil medføre søgeomkostningerne til at undersøge rettighederne og kontrolomkostninger, hvis der er mangel på viden om modpartens adfærd eller lignende. Hvis der er meget offentligt information, vil det nedsætte transaktionsomkostningerne, da der ikke vil være samme behov for at søge, forhandle eller kontrollere modparten. Hvis der er fuld offentligt information, vil der ikke være nogen transaktionsomkostninger, hvilket medfører, at parterne befinder sig i en efficient tilstand.²⁷³

Der er en lang række faktorer der har betydning for hvorvidt transaktionsomkostningerne er høje eller lave i en transaktion²⁷⁴. Hvis der er tale om få parter, der skal indgå en aftale om standardvarer med klart definerede rettigheder, vil det medføre lave transaktionsomkostninger. Hvis der derimod er tale om en mere kompleks situation med mere specielle varer, der kræver forhandlinger, vil transaktionsomkostningerne være højere. Der er mange omkostninger forbundet med at forhandle komplekse kontrakter²⁷⁵.

²⁷¹ Eide og Stavang, 2013, s. 129-130

²⁷² Eide og Stavang, 2013, s. 131

²⁷³ Se afsnit 3.1.2. ”*Efficiens under fuldkommen konkurrence*”

²⁷⁴ Cooter og Ulen, 2007, s. 94

²⁷⁵ Williamson, 1981, s. 553

Transaktionsomkostninger adskiller sig fra de almindelige omkostninger, der er forbundet med produktionen af et produkt som fx transportomkostninger eller produktionsomkostninger. Williamson opdeler transaktionsomkostninger i ex ante og ex post omkostninger og skelner dermed mellem omkostningerne, der er forbundet med et forhold, der foregår inden og efter kontraktindgåelsen²⁷⁶. Coase fastslog, at det var urealistisk, at der ikke var transaktionsomkostninger til stede²⁷⁷. Han angav eksempler på transaktionsomkostninger, som kan opdeles i ex ante og ex post. *"In order to carry out market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract."*²⁷⁸. Det er et eksempel på transaktionsomkostninger der kan forekomme ex ante. *"In order to carry out market transaction it is necessary to ... undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on"*²⁷⁹. Dette er et eksempel på transaktionsomkostninger, der kan opstå ex post.

3.2.2. Adfærdsantagelser

Mange tager det for givet, at der er mange omkostninger forbundet med at forhandle komplekse kontrakter²⁸⁰. Williamson ønsker at undersøge, hvorfor dette er tilfældet. Hans teori bygger på en række antagelser om adfærden mellem aktørerne i en transaktion, som han mener, er en af årsagerne til, at der eksisterer transaktionsomkostninger. Han henviser til den menneskelige natur kendt ved begrænset rationalitet og opportunisme til at beskrive, hvorfor der er transaktionsomkostninger²⁸¹.

3.2.2.1. Begrænset rationalitet

Den stærkeste form for rationalitet, som kendes fra neoklassisk økonomi, er kendetegnet ved, at individet profitmaksimerer²⁸². For at kunne agere fuldstændig rationelt, kræver det, at aktøren har fuld information, så den rationelle beslutning kan tages. Williamson laver en blødere version af rationalitet, som han kalder begrænset rationalitet, hvori han definerer aktørerne som værende *"Intendedly rational, but only limitedly so."*²⁸³. Det betyder, at aktørerne stræber efter at agere fuldstæn-

²⁷⁶ Williamson, 1985, s. 20

²⁷⁷ Coase, 1960, s. 15

²⁷⁸ Coase, 1960, s. 15

²⁷⁹ Coase, 1960, s. 15

²⁸⁰ Williamson, 1981, s. 553

²⁸¹ Williamson, 1985, s. 44

²⁸² Williamson, 1985, s. 45

²⁸³ Williamson, 1985, s. 45

digt rationelt i transaktionen, men at de ikke har mulighed for det. Han adskiller begrænset rationalitet fra irrationalitet²⁸⁴, hvilket betyder, at der stadigvæk er rationalitet til stede. Årsagen til at aktørerne ikke har mulighed for at agere fuldt rationelt er, at de ikke kan opnå fuld information²⁸⁵. Den manglende information vil medføre, at aktørerne ikke har mulighed for at træffe en beslutning på et fuldt oplyst grundlag og dermed ikke har mulighed for at træffe den rationelle beslutning. De har kun mulighed for at træffe den beslutning, de vurderer, er mest optimal ud fra den information, de har adgang til. ”Given bounded rationality, however, it is impossible to deal with complexity in all contractually relevant respects. As a consequence, incomplete contracting is the best that can be achieved”²⁸⁶. In-komplette kontrakter er dermed den bedste løsning, der er mulighed for at opnå.

Begrænset rationalitet optræder i to former hos Williamson og betegnes som forudsigelsesrelateret og formuleringsrelateret²⁸⁷. Forudsigelsesrelateret knytter sig til begrænsninger i evnen til at forudsige begivenheder af interesse for gennemførslen af en transaktion. Den formuleringsrelateret henviser til begrænsningen i at kunne formulere, hvad der ønskes at modparten i en transaktion skal gøre. Da aktørerne ikke har fuld information, men forsøger at agere rationelle, er der forbundet en række omkostninger i forbindelse med indsamling af information, hvilket kan medføre søgeomkostninger.

3.2.2.2. Opportunisme

Williamsons anden antagelse om aktørernes adfærd definerer han som ”.. self-interest seeking with guile”²⁸⁸. Han omtaler opportunisme som værende ”... the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate or otherwise confuse. It is responsible for real or contrived conditions of information asymmetry, which vastly complicate problems and economic organization”²⁸⁹. Hvis der er mulighed for en konstant overvågning af modparten, så der ikke kan foretages skjult adfærd, og der er fuld information mellem parterne, og der vil dermed ikke være opportunisme til stede. Opportunistisk adfærd kan opstå både

²⁸⁴ Williamson, 1981, s. 553

²⁸⁵ Williamson, 1981, s. 553

²⁸⁶ Williamson, 1981, s. 553

²⁸⁷ Koch (2007, ”Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori”) s. 88

²⁸⁸ Williamson, 1985, s. 47

²⁸⁹ Williamson, 1985, s. 47

ex ante og ex post i en transaktion. I et ex ante perspektiv kan det fx være en part, der giver falske oplysninger inden kontraktindgåelsen for egen vindings skyld.

Fra et økonomisk synspunkt handler det om at skabe stærke incitamenter og reducere opportunisten i transaktionen²⁹⁰. Williamson antager, at det ikke nødvendigvis er alle aktører der handler opportunistisk²⁹¹. En opportunistisk motiveret aktør vil kun handle opportunistisk, hvis det gavner hans egen interesse²⁹². Risikoen for, at modparten gør det, vil altid være til stede i en transaktion. Det medfører, at parterne vil bruge ressourcer på at mindske risikoen. Det kan medføre både søgeomkostninger ex ante til at undersøge modpartens incitamenter og forhandlings-omkostninger til fx at forhandle sanktioner og vilkår for disse på plads for at forebygge opportunistisk adfærd ex post. Derudover kan det medføre kontrolomkostninger ex post til at sikre, at modparten lever op til kontrakten.

3.2.3. Transaktionsdimensioner

Alle transaktioner er forskellige og det afhænger af deres karakteristika, hvordan de bedst håndteres. Ifølge Williamson er der tre dimensioner, som er med til at afgøre, hvilken transaktion der er tale om: Aktivspecifitet, usikkerhed og frekvens²⁹³.

3.2.3.1. Aktivspecifitet

En aktivspecifik investering er en investering, som en af parterne har foretaget, for at kunne indgå i kontrakten²⁹⁴. Den er karakteriseret ved, at den er specialiseret, og kan ikke blive brugt i andre sammenhænge uden at miste værdi²⁹⁵. Den adskiller sig fra investeringer, som ikke er specialiseret, som parten let kan bruge i en anden sammenhæng²⁹⁶. Hvis der er en stor aktivspecificeret investering i forbindelse med en kontrakt, er det vigtigt, at kontrakten bliver overholdt, da ellers vil opstå et værdispild.

²⁹⁰ Williamson, 1991, s. 273

²⁹¹ Williamson, 1981, s. 554

²⁹² Koch (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 89

²⁹³ Williamson, 1985, s. 52

²⁹⁴ Koch (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 92

²⁹⁵ Williamson, 1985, s. 54

²⁹⁶ Williamson, 1981, s. 555

3.2.3.2. Usikkerhed

Denne dimension angiver graden af usikkerhed, der er forbundet med en given transaktion²⁹⁷. Usikkerhed kan blandt andet tilskrives opportunistisk adfærd og begrænset rationalitet, som blev gennemgået ovenfor²⁹⁸. Disse adfærdsantagelser kan medføre usikkerhed for parterne. Derudover kan der være nogle eksogene faktorer, som medfører usikkerhed i kontrakten.

3.2.3.3. Frekvens

Frekvens omhandler hvor ofte, den samme transaktion bliver gennemført²⁹⁹. Hvis en transaktion ofte bliver gennemført, er det lettere at fordele transaktionsomkostningerne mellem transaktionerne. Hvorimod hvis frekvensen er lav, vil transaktionsomkostningerne blive højere ved den enkelte transaktion³⁰⁰.

3.2.4. Effekten af transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostningerne gør den værdi, en transaktion kan skabe, mindre end den ellers ville have været³⁰¹. På figur 14 blev det påvist, at transaktionsomkostninger medfører, at der opstår en situation som ikke er efficient. Det er et klart mål i et samfund at forsøge at reducere transaktionsomkostninger, da de ikke kan undgås. Nogle gange bliver transaktionsomkostninger så høje at aftaler, der ellers var fordelagtige ikke bliver indgået³⁰². Det søges derfor undersøgt, hvilke muligheder der eksisterer, for at minimere transaktionsomkostninger.

3.2.5. Minimering af transaktionsomkostninger

Tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger medfører, at det ikke er muligt at opnå den efficiente løsning, men det betyder ikke, at det ikke er muligt at opnå en god løsning, som skaber gevinst for parterne³⁰³. Det skal derfor undersøges, om der er muligheder for at skabe effektive værdiskabende løsninger, selvom der er transaktionsomkostninger til stede. Som det blev defineret ovenfor, er der søgeomkostninger forbundet med at skulle definere og fordele rettigheder mellem to parter. Coase udgav i 1960 artiklen *"The problem of social cost"* hvor han undersøgte, hvordan virksomheders

²⁹⁷ Koch (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 92

²⁹⁸ Williamson, 1985, s. 58-59

²⁹⁹ Koch (2007, *"Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori"*) s. 93

³⁰⁰ Williamson, 1985, s. 60

³⁰¹ Eide og Stavang, 2013, s. 133

³⁰² Eide og Stavang, 2013, s. 147

³⁰³ Eide og Stavang, 2013, s. 133

handlinger kan have en effekt på andre³⁰⁴. Denne effekt er den, der sidenhen er blevet defineret som eksternaliteter³⁰⁵. Formålet med hans artikel var at kritisere den måde eksterne virkninger blev behandlet i den økonomiske litteratur³⁰⁶. I hans behandling af dette, omtalte han også ejerrettigheder. Hans behandling af rettigheder er sidenhen blevet fremsat som Coase teoremet, som bliver gennemgået herunder.

3.2.5.1. Coase teoremet

I sin artikel tager Coase udgangspunkt i en kornproducent og en kødproducent, som er naboer. De har ikke et hegn mellem deres marker, og kødproducentens dyr har dermed fri adgang til kornproducentens marker, som de skader. Jo større kødproducentens bestand bliver, jo større bliver den skade de forårsager på kornproducentens afgrøder³⁰⁷. Skaderne kan afhjælpes, hvis der bliver bygget et hegn mellem markerne. Det antages, at de to parter ikke har samme omkostningerne til at lave et hegn, da kornproducenten selv kan lave hegnet og kødproducenten skal bruge hjælp. Spørgsmålet er, hvem der bør bære omkostningerne til at bygge hegnet, afhængig af, hvem der bærer ansvaret.

Forholdet ansues ud fra et simpelt taleksempel med følgende udgangspunkt³⁰⁸:

- Kornproducentens tab uden et hegn: 100 kr. pr år.
- Kornproducentens tab med et hegn: 0 kr. pr. år
- Kornproducentens omkostninger til et hegn: 50 kr.
- Kødproducentens omkostninger til et hegn: 65 kr.

Hvis kødproducenten ikke har ansvaret for den skade, som hans dyr laver på kornproducentens afgrøder, og dermed ikke skal betale erstatning til kornproducenten, vil kornproducenten selv sætte hegnet op. Det vil give ham et overskud på $100 - 50 = 50$. Det samfundsøkonomiske overskud vil være 50 kr.. Hvis kødproducenten har det fulde ansvar for skaden, skal han betale fuld erstatning til kornproducenten, hvis skaden sker. Det medvirker, at han vil sætte et hegn op, hvilket vil give ham et overskud på $100 - 65 = 35$, da han kan spare 100 kr. i erstatning ved at bygge et hegn til 65 kr.. Det

³⁰⁴ Coase, 1960, s. 1

³⁰⁵ Shavell, 2004, s. 77

³⁰⁶ Eide og Stavang, 2013 s. 134

³⁰⁷ Coase, 1960, s. 2-3

³⁰⁸ Eksemplet er lavet ud fra Eide og Stavang, 2013 s. 134-135

samfundsøkonomiske overskud bliver i denne situation 35 kr. Som udgangspunkt, vil det give det bedste samfundsøkonomiske resultat at lade kødproducenten være uden ansvar.

Det anskues nu, hvordan resultatet vil blive, hvis kødproducenten har det fulde ansvar, men parterne får lov til at forhandle/samarbejde. I et sådan tilfælde vil kødproducenten give kornproducenten 50 kr. for at bygge hegnet. Det vil medføre at Kødproducenten sparer 15 kr., som han kan dele med kornproducenten. Dette vil være en pareto-forbedring sammenlignet med resultatet ovenfor, og parterne kan dermed selv finde frem til et pareto-optimalt resultat gennem samarbejde. Coase viser dermed, at fordelingen af rettigheder er uden betydning for, hvordan ressourcerne anvendes. Rettighederne vil altid ende med at være hos den, som værdsætter dem højest³⁰⁹. Dette er betinget af at hans antagelser er opfyldt.

Coase teoremet er blevet udviklet på baggrund af Coase's artikel. Teoremet bliver defineret som *"Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordeling av rådheter, gjennom samarbeide frembringe et Pareto-effektivt resultat."*³¹⁰. Det vil altså sige, at hvis betingelserne for Coase teoremet er opfyldt, vil det føre til et pareto-efficient resultat at lade to parter forhandle. Som tidligere er det urealistisk, at der ikke er transaktionsomkostninger til stede, når ressourcer skal fordeles mellem to parter. Coase er selv opmærksom på, at det er en urealistisk antagelse, at der ikke er transaktionsomkostninger til stede³¹¹. Det undersøges derfor, om det kan betale sig at forhandle, når der er transaktionsomkostninger til stede.

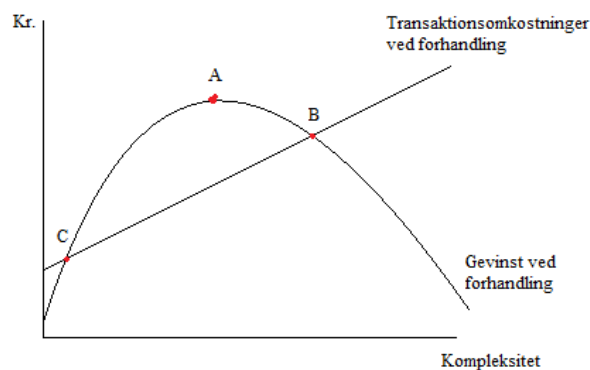
2.2.5.2. Under hvilke betingelser kan det betale sig at forhandle?

Ifølge Coase teoremet kan forhandling nedsætte transaktionsomkostningerne. Den gevinst, der opnås gennem forhandling, er den værdi, som transaktionsomkostningerne bliver nedsat med på baggrund af forhandlingerne. Da forhandling i sig selv også medfører transaktionsomkostninger, undersøges det, hvornår det kan betale sig at forhandle. Som ovenfor beskrevet er der kun et forhandlingsgrundlag, når der ikke er fuld offentlig information mellem parterne. Det antages, at jo større mangel der er på offentligt information, jo mere kompleksitet er der forbundet med transaktionen. Ud fra dette kan modellen i figur 15 opstilles.

³⁰⁹ Eide og Stavang, 2013, s. 129

³¹⁰ Eide og Stavang, 2013, s. 137

³¹¹ Coase, 1960, s. 15



Figur 15: *Gevinst ved forhandling afhængig af kompleksitet*

Kurven ”gevinst ved forhandling” illustrerer værdien af forhandling som en funktion af kompleksiteten i transaktionen. Det antages, at gevinsten ved at forhandle er stigende til et vist punkt, da forhandlingen nedsætter transaktionsomkostningerne. Det antages også, at den på et tidspunkt vil begynde at aftage, når kompleksiteten i transaktionen bliver så stor, at forhandlingerne går i tomgang, og det ikke længere er muligt at nedsætte transaktionsomkostningerne.

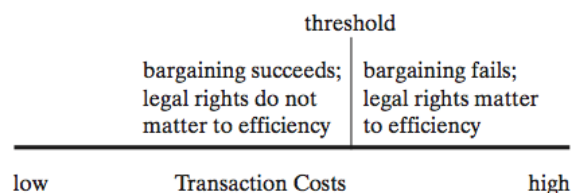
Den anden kurve illustrerer transaktionsomkostninger ved forhandling som en funktion af kompleksiteten i kontrakten. Som beskrevet tidligere er der transaktionsomkostninger forbundet med at forhandle. Det antages, at disse omkostninger er stigende, når kompleksiteten i transaktionen stiger. Det antages, at kurven altid vil være stigende, så længe forhandlingerne fortsætter. Punktet B angiver, hvornår det ikke længere kan betale sig at forhandle. Punktet A angiver, hvornår gevinsten ved at forhandle er højest, og effektiviteten dermed er størst. Formålet med at indgå i en forhandling er, at kunne indgå en kontrakt med den mængde af forhandling, der medfører gevinsten i punkt A. Hvis kompleksiteten i kontrakter er så stor, at gevinsten ved at forhandle er til højre for B, skal der ikke længere forhandles.

Forhandling kan føre til effektive kontrakter, men der findes en grænse for, hvornår det ikke længere kan betales sig at forhandle. Det skal derfor undersøges, hvilken betydning denne grænse har.

3.2.5.3. *Grænsen for effektiv forhandling*

Da det er urealistisk, at Coase teoremet kan være opfyldt, opstiller Eide og Stavang en svag version af teoremet. ”Hvis transaktionskostnadene er så høje at de forhindrer forhandlinger, vil ressursutnyttelsen bli Pareto-effektiv hvis den rettslige allokering av rådigheter initialt er slik som forhand-

linger uden transaktionskostnader ville ha ledet til, men ikke ellers”³¹². Det betyder, at når forhandlingerne er nået til punkt B, skal der retlige indgreb til, for at kunne opnå en efficient løsning. Dette bliver understøttet af Cooter og Ulen's model.



Figur 16: Grænsen for effektiv forhandling (Cooter og Ulen, 2007 s. 95)

Modellen illustrer antagelsen om, at der må være en grænse for, hvornår transaktionsomkostninger er så høje, at de overstiger den gevinst som forhandling medfører. Den lodrette streg (threshold) angiver grænsen for, hvornår forhandling ikke længere kan betale sig, og der skal et alternativ til for at opnå gevinst³¹³. Grænsen svarer til punkt B i figur 15. Modellen i figur 16's grænse viser, at forhandling godt kan være en fordelagtig løsning, men det skal vurderes om resultatet af forhandlinger har en værdi for begge parter til, at der er incitamenter for at udføre forhandlingen. Transaktionsomkostninger kan dermed blive så høje, at aftaler, der ellers var fordelagtige, ikke bliver indgået, fordi det er for dyrt³¹⁴. Ifølge Cooter og Ulen har ejendomsrettigheder ingen betydning for, hvorvidt der kan opnås effektivitet i kontrakterne, fordi forhandling kan betale sig. Efter grænsen har fordelingen af rettigheder betydning for, hvorvidt der kan opnås effektivitet i kontrakterne, hvilket stemmer overens med det svage Coase teorem.

3.2.6. Opsamling på transaktionsomkostningsteorien

Når der er transaktionsomkostninger til stede, er det ikke muligt at opnå en pareto-optimal løsning, som er det, parterne altid ønsker at opnå. Jo lavere transaktionsomkostningerne er, jo tættere kan parterne dog komme på en pareto-optimal løsning. Hvis parterne har mulighed for at forhandle, kan det medføre, at transaktionsomkostningerne bliver lavere, og der dermed kan opnås mere effektive kontrakter. Da der også er omkostninger forbundet med at forhandle, findes der en grænse for, hvornår det ikke længere kan betale sig at forhandle. Hvis den grænse nås, skal der foretages en retlig fordeling af rettigheder for at kunne opnå et effektivt resultat.

³¹² Eide og Stavang, 2013, s. 143

³¹³ Cooter og Ulen, 2007, s. 95

³¹⁴ Eide og Stavang, 2013, s. 147

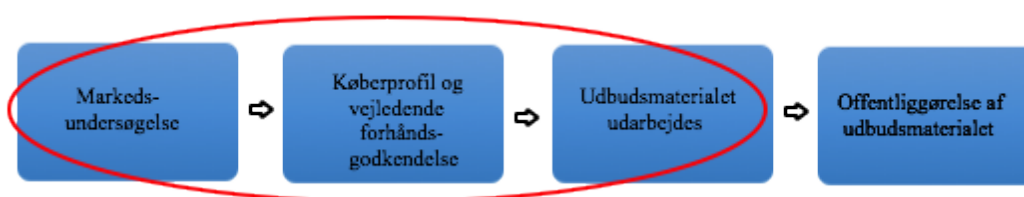
3.3. Transaktionsomkostninger i udbud

Transaktionsomkostninger er en væsentlig barriere for parterne ved udbud og udgør en barriere for udbredelse af det offentlige-private samarbejde³¹⁵. Transaktionsomkostningerne i udbud kan i yderste konsekvens overstige den forventede gevinst ved et udbud³¹⁶. Det kan betyde, at en ordregiver vælger at opgive/undgå udbud, eller udbud ikke medfører den økonomiske gevinst, som parterne havde forventet at opnå ved udbuddet. Der er nogle transaktionsomkostninger, som er uundgåelige i en udbudsproce, mens andre er et resultat af en udbudsproce, der ikke er gennemført optimalt³¹⁷.

På baggrund af transaktionsomkostningsteorien undersøges hvilke transaktions-omkostninger der er til stede under et offentligt udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Som det blev gennemgået i afsnit 2.4.1., er der nogle af elementerne i udbudsprocedurerne, der er ens for alle tre procedurer. Derfor gennemgås først de transaktionsomkostninger, som kan opstå uafhængigt af den valgte udbudsprocedure. Herefter gennemgås transaktionsomkostninger ved de tre udbudsprocedurer hver for sig med henblik på at undersøge, under hvilke forudsætninger udbudsformerne skal anvendes, hvis der skal indgås effektive kontrakter.

3.3.1. Transaktionsomkostninger før et udbud

Som beskrevet er der nogle forberedende initiativer, der kan foretages uanset hvilken udbudsprocedure, ordregiveren ønsker at anvende.³¹⁸ Herunder gennemgås de transaktionsomkostninger, der kan være forbundet med disse.



Figur 17: Transaktionsomkostninger før et udbud

³¹⁵ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, 2011, s. 5

³¹⁶ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, 2011, s. 5

³¹⁷ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, 2011, s. 5

³¹⁸ Se afsnit 2.4.1.1. ”Generelt før et udbud”

3.3.1.1. Transaktionsomkostninger ved en markedsundersøgelse

En markedsundersøgelse kan foretages af en ordregiver, forinden udbuddet offentliggøres³¹⁹. Der er søgeomkostninger forbundet med en markedsundersøgelsen for ordregiver, og den bør derfor kun foretages, når ordregiveren ikke har fuld information. Markedsundersøgelse kan have en effektiv værdi, da den supplerer udformningen af udbudsmaterialet samt informerer ordregiver om konkrete markedsforhold, hvilket kan være med til at mindske at senere behov for forhandling, hvis ordregiver er bedre oplyst fra starten.

Markedsundersøgelsen foretages ex ante i forhold til kontraktindgåelsen. Denne har derfor ingen direkte virkning på forholdene i selve kontraktperioden ex post. Af frygten for at opportuniste finder sted hos modparten, vil der både ex post og ex ante forekomme kontrolomkostninger. Markedsundersøgelsen kan bidrage til mindskningen heraf, ved at ordregiver har været ude og gøre sig bekendt med eventuelle ansøgere forinden.

Fra EU's side er det forsøgt at mindske søgeomkostningerne for ordregiver ved kontrakttildelingen. De nye regler foreskriver, at ordregiver kan kræve tilbudsgiveren at bruge Det Fælles Europæiske Udbudsdokument (efterfølgende kaldet ESPD). Dette er en form for egen erklæring, som tilbudsgiveren udfylder som et bevis på, at denne opfylder alle kriterierne for udelukkelse, egnethed og udvælgelse³²⁰. Derved kan nogle af de søgeomkostninger, der er forbundet med en markedsundersøgelse spares, da disse vil blive be- eller afkræftet ved en eventuel tildeling.

3.3.1.2. Transaktionsomkostninger ved en køberprofil

Den ordregivende myndighed kan gennem en køberprofil offentliggøre information om dem selv. Formålet er at give tilbudsgiver et billede af, hvilke myndighed de ansøger til, herunder hvilke udbudsaktiviteter de tidligere har foretaget. Det skaber mere offentlig information mellem parterne, hvilket kan sænke transaktionsomkostningerne i andre dele af udbuddet. Det kan give ordregiver en mulighed for at tiltrække de økonomiske aktører, som ser et potentiale i kontrakten og samarbejdet. Derudover giver det tilbudsgiverne en mulighed for at få kendskab til ordregiveren, hvilket kan gavne begge parter senere i processen. Hvis der er udgangspunkt for et godt samarbejde fra begyndelsen, kan det formindske risikoen for opportunistisk adfærd i den kommende transaktion.

³¹⁹ Se afsnit 2.4.1.1.1. ”Markedsundersøgelse”

³²⁰ ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”, 2016, s. 203.

Det vurderes, at der ikke er transaktionsomkostningerne forbundet med at udarbejde en køberprofil for ordregiver, da de må formodes at have fuld information om dem selv. Køberprofilen kan have en positiv effekt ved potentielt at kunne nedsætte andre transaktionsomkostninger.

3.3.1.3. Transaktionsomkostninger ved et udbudsmateriale

Inden udarbejdelsen af et udbudsmateriale påbegyndes, skal ordregiveren tage stilling til, hvilken udbudsprocedure der ønskes anvendt. Der foreligger nogle søgeomkostninger forbundet med at finde et beslutningsgrundlag for dette. Hertil kan omkostningerne ved en markedsundersøgelse sættes i relation, da disse ofte hjælper til udarbejdelsen af materialet. Ordregiver skal være bevidst om, hvilken form for løsning de gerne vil have, ellers har udbuddet ingen formål, og de vil ende ud i lange søgeprocesser og forhandlinger for at kunne klarlægge hvilken form for udbudsprocedure, der bedst kan opfylde det behov, der skal dækkes. Jo mere detaljeret udbudsmaterialet er, jo færre søgeomkostninger skal tilbudsgiveren bruge til at opnå information om ordregiverens behov.

De søgeomkostninger, der er forbundet med udarbejdelsen af et udbudsmateriale, er forskellige alt efter, hvilken form for udbudsprocedure ordregiver vælger, og de bliver derfor gennemgået mere detaljeret nedenfor.

3.3.1.4. Transaktionsomkostninger ved et tilbud

Der er søgeomkostninger forbundet med udarbejdelsen af et tilbud for tilbudsgiveren. Der skal medregnes søgeomkostninger til udarbejdelsen af et tilbud fra alle tilbudsgivere, der har deltaget i udbudsprocessen. Mængden af søgeomkostningerne vil afhænge af, hvilken udbudsprocedure ordregiven har valgt at køre udbuddet efter. Den mængde af information, som tilbudsgiveren skal søge efter afhænger af hvor detaljeret et udbudsmateriale der er udarbejdet fra ordregivers side, og om parterne har ført forhandlinger under processen. Jo flere forhandlinger der har været mellem parterne, jo mere information har tilbudsgiveren fået om ordregiverens behov, hvilket nedsætter søgeomkostningerne for tilbudsgiveren.

Der kan være nogle økonomiske aktører, som har vist interesse for udbuddet, og har brugt nogle omkostninger til at søge informationer omkring udbuddet, men efterfølgende vælger ikke at afgive tilbud eller ikke får mulighed herfor. Disse aktørers transaktionsomkostninger er også en del af de samlede transaktionsomkostninger ved udbuddet.

3.3.2. Transaktionsomkostninger under en udbudsprocedure

En analyse af transaktionsomkostninger ved udbud viser, at ordregiverne i udpræget grad frygter efterfølgende klagesager og aktindsigt³²¹. Ordregiverene bruger derfor fx ressourcer på at få deres udbudsmateriale dobbelttjekket hos en advokat³²². Dette medfører, at transaktionsomkostningerne stiger ex ante for at undgå uforudsete transaktionsomkostninger ex post. Det vurderes, at dette også kan være tilfældet for tilbudsgiveren. Da parterne ikke har mulighed for at genforhandle udbuds-kontrakten ex post³²³, vil der skulle tages en masse forbehold under udbudsproceduren. Dette skyldes, at parterne vil være nødt til at forbedrede sig på, at modparten kan foretage opportunistisk adfærd ex post. Det vil medføre både søge- og kontrolomkostninger for parterne at forsøge at tage forbehold for dette, da de grundet mangel på offentlig information ikke har mulighed for at vide, hvad fremtiden bringer. Da parterne ikke har fuld information, kan det medføre, at de aldrig finder ud af, om omkostningerne til forbeholdene var nødvendige.

Kontraktsformen udbud medfører, som tidligere nævnt, konkurrence mellem parterne, hvilket betyder, at det ikke nødvendigvis er den samme økonomiske aktør, som en ordregiver indgår kontrakt med hver gang, den givne opgave skal løses. Dette medfører, at kontrakterne kan have en lav frekvens og er dermed med til at øge transaktionsomkostningerne generelt ved udbud. Det skyldes, at hver eneste gang den ordregivende myndighed skal indgå en kontrakt med en aktør, de ikke tidligere har handlet med, skal der opbygges en relation mellem parterne, hvilket medfører søgeomkostninger, da ordregiver gerne vil have indblik i en del af de økonomiske aktørers private information og omvendt. Hvis frekvensen af kontrakter mellem parterne er høj, har parterne et kendskab til hinanden, hvilket alt andet lige må medføre at risikoen for opportunistisk adfærd er lavere, da der vil være mere offentligt information mellem parterne, hvilket vil mindske usikkerheden.

De transaktionsomkostninger der er forbundet med, at en ordregiver forsøger at opnå information om en tilbudsgiver, kan betegnes som en aktivspecificeret investering. Det skyldes, at de ikke kan bruge informationen i kontraktindgåelse med andre tilbudsgivere. Dette betyder, at jo flere tilbudsgivere der er i udbudsprocessen, jo flere transaktionsomkostninger vil der være forbundet med de

³²¹ ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, 2011, s. 8

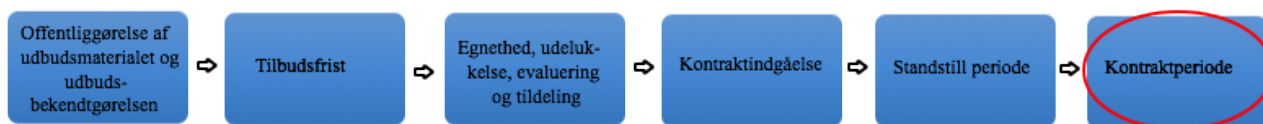
³²² ”Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud”, 2011, s. 8

³²³ ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”, 2016, s. 246 ”Ordregiver er forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis der er tale om en ændring af et grundlæggende element i kontrakten”

aktivt specifikke investeringer/omkostninger. Jo flere tilbudsgivere der er med i en udbudsproces, jo højere transaktionsomkostninger vil der være for ordregiveren i alt og de deltagende tilbudsgivere.

Der skal under alle udbudsprocedurer træffes en beslutning om, hvilken økonomisk aktør der har vundet udbuddet. Ordregiveren har ikke mulighed for at træffe et fuldt rationelt valg, når den vindende tilbudsgiver skal vælges. Det skyldes de forudsigelighedsrelaterede begrænsninger, der altid vil være til stede i et kontraktforhold. Det skaber usikkerhed, som blandt andet øger omkostningerne til kontrol ex post. Derudover øger det søgeomkostningerne ex ante, da ordregiverne vil forsøge at træffe den mest rationelle beslutning, når vinderen af udbuddet skal findes.

3.3.3. Transaktionsomkostninger efter en udbudsprocedure



Figur 18: Transaktionsomkostninger i kontraktperioden

Under alle udbudsformerne vil der være nogle kontrolomkostninger i kontraktperioden (se figur 18 som eksempel). Da parterne, pga. muligheden for opportunistisk adfærd fra kontraktpartens side, skal sikre, at modparten lever op til de forpligtelser, der er indgået kontrakt om. Det vil blandt andet afhænge af kontraktens type og længde, hvor omfattende parternes kontrol af hinanden vil være.

Hvis der af kontrakten fremgår klare bestemmelser om sanktioner og opsigelse, vil det medføre lavere kontrolomkostninger ex post³²⁴. Disse bestemmelser kan være medført af enten udbudsbekendtgørelsen og dermed være betinget af søgeomkostninger, eller de kan være udformet på baggrund af forhandling, og der vil dermed være forhandlingsomkostninger forbundet med udarbejdelsen af dem. Der vil dermed være tale om en flytning af transaktionsomkostningerne. Dette viser, at det kan være vanskeligt for parterne at minimere transaktionsomkostninger ex ante uden risiko for, de stiger ex post og omvendt.

Herefter gennemgås transaktionsomkostningerne og deres placering ved offentligt udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog for at kunne vurdere de forudsætninger, der skal være opfyldt, førend udbudsproceduren kan føre til en effektiv kontrakt.

³²⁴ "Fra få til mange leverandører – øget konkurrence mellem leverandører af offentlig service", 2003, s. 58

3.3.4. Transaktionsomkostninger ved et offentligt udbud

Der er som gennemgået transaktionsomkostninger forbundet med udarbejdelsen af et udbudsmateriale. Hvis en ordregiver klart kan definere sit behov, som det ofte er tilfældet under offentlige udbud, er søgeomkostningerne til dette meget begrænset, da meget af den information som ordregiver har brug for er offentligt. Det afhænger selvsagt af, hvor meget information ordregiveren har omkring sit eget behov, hvor store søgeomkostningerne vil blive i denne sammenhæng. Det er vigtigt, at ordregiveren er opmærksom på at få hele sit behov afdækket i udbudsbekendtgørelsen, da denne ikke efterfølgende kan ændres, og der er heller ikke mulighed for at forhandle senere i proceduren. Forhandlingsforbuddet ved et offentligt udbud medfører derudover, at der ikke vil være forhandlingsomkostninger for parterne til stede under offentlige udbud.



Figur 19: Transaktionsomkostninger ved et offentligt udbud

Under et offentligt udbud vil der også være transaktionsomkostninger forbundet med evaluerings- og tildelingsprocessen. Som det blev fastslået ovenfor, har antallet af ansøgere betydning for, hvor mange søge- og kontrolomkostninger der er forbundet med udbuddet. Det vil særligt være i denne del af et offentligt udbud, at transaktionsomkostninger vil være til stede. Da der som udgangspunkt ikke er nogle begrænsninger for, hvor mange tilbudsgivere der kan deltage i et offentligt udbud³²⁵, vil antallet af tilbudsgivere have en afgørende betydning for den samlede mængde af transaktionsomkostninger.

Der er transaktionsomkostninger forbundet med at gennemføre et offentligt udbud, men det er begrænset, hvor omfattende de kan blive, da der fx ikke er forhandlingsomkostninger til stede.

3.3.4.1. Under hvilke betingelser skal et offentligt udbud anvendes?

Et offentligt udbud giver anledning til bred konkurrence om opgaven, og formålet med at vælge det klassiske udbud er rettet mod at udnytte priskonkurrencen på markedet³²⁶. Som tidligere fastslået i afsnit 3.1.2. fører fuldkommen konkurrence på et marked til efficiente kontrakter. Målet er derfor at

³²⁵ Se afsnit 2.4.2 ”Offentligt udbud”

³²⁶ ”Fra få til mange leverandører – øget konkurrence mellem leverandører af offentlig service”, 2003, s. 52

være så tæt på at opfylde betingelserne for fuldkommen konkurrence som muligt for at skabe de mest effektive kontrakter. Det vurderes, at følgende betingelser skal være opfyldt eller tilnærmelsesvis opfyldt, førend de samlet transaktionsomkostninger kan formindskes under et offentligt udbud:

- Ordregiveren skal kunne definere sit eget behov præcist i udbudsbekendtgørelsen, så der er høj andel af offentligt information mellem parterne.
- Udbuddet skal omhandle en standardvare.
- Der skal være et begrænset antal parter, der byder på opgaven for at mindske risikoen for opportunisme og dermed kontrolomkostninger.

Hvis disse betingelser er opfyldt, kan der blive indgået effeciente kontrakter ved anvendelse af et offentligt udbud.

3.3.5. Transaktionsomkostninger ved de fleksible udbudsprocedurer

Som tidligere omtalt anvendes de fleksible udbudsprocedurer, når ordregiveren ikke har mulighed for klart at definere sit behov. Det er en af konsekvenserne af den formuleringsrelateret begrænsning, der forhindrer dem i at være fuldt rationelle, som ordregiver oplever, når de ikke er helt klar over, hvad deres egentlige behov er. Når de ikke ved, hvad de skal købe, medfører det kompleksitet til kontrakten og øger dermed søgeomkostningerne til at få mere information. Et eksempel på konsekvenser af komplekse behov fra ordregivers side kan være: *”Ved komplekse og bløde velfærdsydelser, som kun tilnærmelsesvis kan specificeres i kontrakten, er der betydelig risiko for opportunistisk leverandøradfærd, som det er svært at modvirke med sanktioner”*³²⁷. Jo mindre information ordregiveren har, jo mere begrænset vil ordregiveren være i sin rationalitet, da beslutningsgrundlaget vil være svagt. Det må alt andet lige medføre højere transaktionsomkostninger for ordregiveren. Desto sværere en ordregiver har ved at definere sit eget behov, desto mere usikkerhed er der forbundet med kontrakten. Hvis ordregiveren har svært ved at definere sit eget behov, besværliggør det samtidig den økonomiske aktøres mulighed for at opfylde behovet. Det er dyrt at have høj usikkerhed i en kontrakt, da det medfører kompleksitet og dermed højere transaktionsomkostninger.

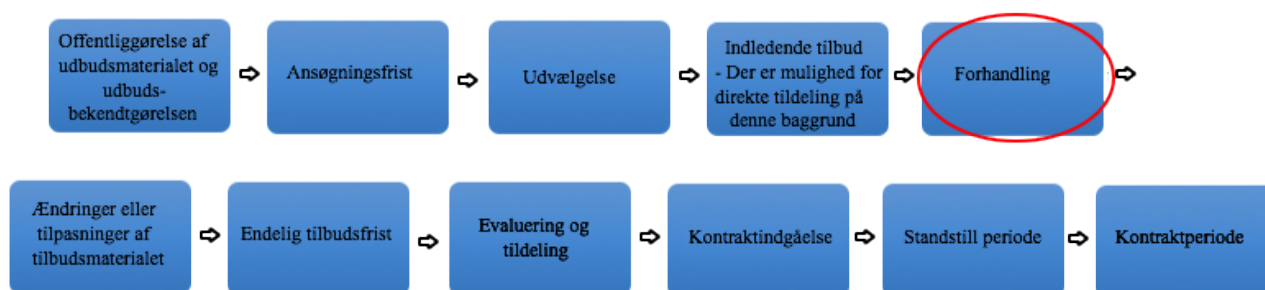
Fælles for de fleksible udbudsprocedurer er, at parterne har mulighed for at kommunikere med hinanden undervejs. Forhandlingen og dialogen under procedurerne medfører, at der er forhandlingsomkostninger til stede i modsætning til et offentligt udbud. Det antages, at den kommunikation, der

³²⁷ *”Fra få til mange leverandører – øget konkurrence mellem leverandører af offentlig service”*, 2003, s. 59

foregår mellem ordregiver og de økonomiske aktører, er forhandling både under udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Jo flere tilbudsgivere ordregiveren vælger at forhandle med, jo højere vil de samlede forhandlingsomkostninger være. De samlede forhandlingsomkostninger ved et udbud omfatter både ordregiverens omkostninger samt de tabende og den vindende tilbudsgivers omkostninger til forhandling. Gennem forhandlingerne ønsker parterne at opnå indsigt i den viden og de private informationer, som modparten er i besiddelse af. Informationen skal gavne ordregiveren i sin søgen på at definere sit behov og tilbudsgiveren i at finde den bedste løsning på ordregiverens behov. Den ordregivende myndighed indgår ikke kun i forhandlingerne, fordi de ikke kender sit behov. De gør det også for at udnytte tilbudsgivernes viden og ressourcer,³²⁸ så de sammen kan udnytte det i en dynamisk udvikling med mulighed for at skabe synergier med det formål at finde den optimale løsning for ordregiveren.

Forhandlingen/dialogen foregår på forskellige tidspunkter ved de fleksible udbudsprocedurer, hvilket også påvirker transaktionsomkostningernes placering. Derfor gennemgås procedurerne hver for sig herunder for at vise forskellen i fordelingen af transaktionsomkostninger.

3.3.5.1. Udbud med forhandling



Figur 20: Transaktionsomkostninger i forhandlingsfasen

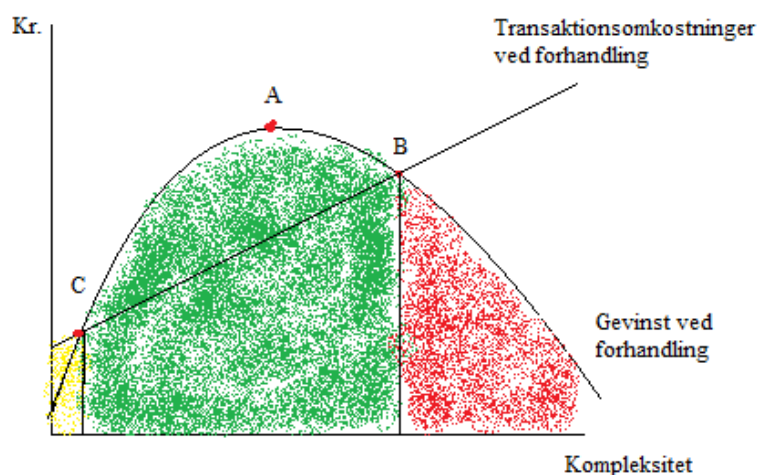
Ved udbud med forhandling foregår forhandlingen efter, der er blevet afgivet et tilbud. Som det fremgår af figur 20, er der mulighed for at tildele kontrakten direkte på baggrund af det indledende tilbud. At denne mulighed er til stede medvirker til, at der er flere søgeomkostninger forbundet med udarbejdelsen af udbudsmaterialet, hvis ordregiver har åbnet op for denne mulighed. Hvis ordregiveren har fravalgt denne mulighed, er det sikret, at der vil komme en forhandlingsproces, og de kan dermed mindske søgeomkostningerne til udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Dette giver ordregive-

³²⁸ "Fra få til mange leverandører – øget konkurrence mellem leverandører af offentlig service", 2003, s. 59

ren mulighed for at have indflydelse på, hvordan transaktionsomkostningerne bliver fordelt. Tilbudsgivernes søgeomkostninger til udarbejdelsen af deres tilbud afhænger af det valg, ordregiveren træffer. Det vurderes, at jo færre søgeomkostninger parterne har brugt på udarbejdelsen af udbudsmaterialet og tilbuddet, jo mere forhandling vil der være brug for under forhandlingsrunderne. Desto flere runder der forhandles, desto længere og mere omkostningsfuldt vil processen blive. Det afhænger af det enkelte udbud og kompleksiteten heri, hvor omfattende forhandlinger der er behov for.

3.3.5.1.1. Under hvilke betingelser skal et udbud med forhandling anvendes?

I afsnit 3.2.5.3 fremgik det, at det godt kan betales sig at forhandle til en vis grænse. Gevinsten ved at forhandle svarer til den mængde som søge- og kontrolomkostningerne bliver nedsat med, på baggrund af den øget information ordregiveren opnår gennem forhandlingen. Så længe kompleksiteten i kontrakten ligger inden for det grønne område på figur 21, har forhandling positiv indflydelse på effektiviteten i kontrakten. Empiriske undersøgelser af udbudskontrakter har også vist, at forhandling kan have en positiv indflydelse på effektiviteten i kontrakten, hvis der er tale om et køb af komplekse varer³²⁹. Så snart kompleksiteten bliver så høj, at transaktionen befinder sig i det røde felt, begynder forhandling at få en negativ påvirkning på effektiviteten i kontrakten, og det kan dermed ikke længere betale sig at forhandle.



Figur 21: Illustration af gevinsten ved forhandling under fleksible udbudsprocedurer

Ordregiveren skal stræbe efter at bruge udbud med forhandling, når kompleksiteten i kontrakten medfører, at parterne befinder sig i punkt A. Da det er umuligt for ordregiveren at vurdere, hvornår

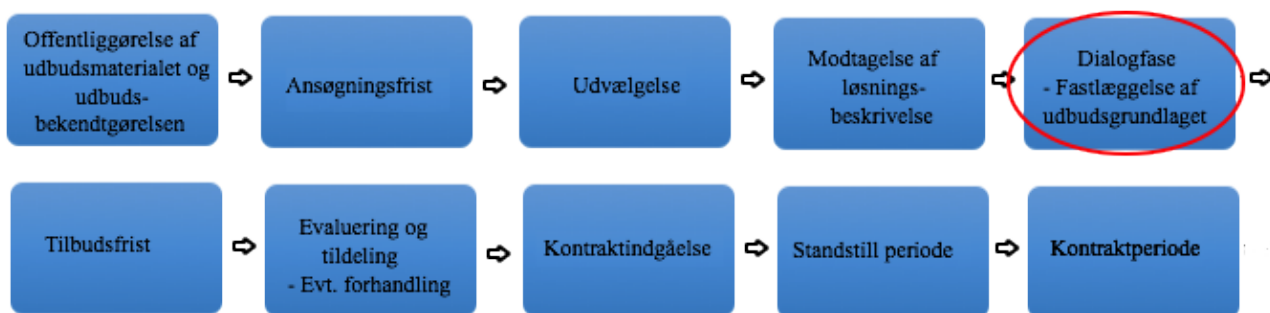
³²⁹ Piga og Thai, 2007, s. 154 og Bajari m. fl., 2008, s. 386

dette vil være tilfældet, skal ordregiveren kun anvende udbud med forhandling, når kompleksiteten er inden for det grønne område på figur 21. Jo lavere transaktionsomkostningerne ved forhandling er, jo større vil det grønne område være. Ordregiveren skal derfor forsøge at formindske transaktionsomkostningerne til forhandling.

På baggrund af dette, opstilles der nogle betingelser, som skal være opfyldt, før udbud med forhandling skal anvendes for at skabe efficiente kontrakter

- Ordregiveren skal have nok information omkring sit eget behov til at kunne udarbejde et udbudsmateriale, så tilbudsgiverene har mulighed for at udarbejde et tilbud, som kontrakten kan blive tildelt direkte på baggrund af, hvis denne mulighed er valgt.
- Der skal være kompleksitet i kontrakten for at skabe et forhandlingsgrundlag. Hvis ordregiveren har en høj grad af offentligt information og selv kan definere sit behov, og der dermed ikke er kompleksitet i kontrakten, bør proceduren ikke anvendes, da det vil medføre unødige forhandlinger. Det er illustreret i det gule felt på figur 21. Hvis kompleksiteten er så høj, at parterne befinder sig i det røde område på figur 21, skal udbud med forhandling ikke anvendes.
- Der skal være et begrænset antal parter, der byder på opgaven for at mindske omfanget af forhandlingerne samt for opportuniste og dermed kontrolomkostninger.

3.3.5.2. Konkurrencepræget dialog



Figur 22: Transaktionsomkostninger i dialogfasen

Ved konkurrencepræget dialog foregår dialogen mellem parterne inden tilbudsgiveren afgiver sit tilbud. Når dialogen starter, har den ordregivende myndighed brugt færre søgeomkostninger på at definere sit behov. Der er dermed mange af de søgeomkostninger, der kan være forbundet med udarbejdelsen af udbudsmaterialet og tilbuddet under de to andre procedurer, der bliver til forhand-

lingsomkostninger under konkurrencepræget dialog. Det betyder også, at hvis dialogen ikke kan føre til en aftale, er der ikke spildt helt så mange transaktionsomkostninger i starten af udbuddet. Forhandlingsomkostningerne kan i modsætning til udbud med forhandling også forekomme efter kontraktens tildeling (dog inden kontraktsindgåelsen), hvilket kan øge dem, hvis det medfører flere forhandlinger.

3.3.5.2.1. Under hvilke betingelser skal konkurrencepræget dialog anvendes?

Som under udbud med forhandling skal konkurrencepræget dialog kun indgås, når der er kompleksitet i kontrakten, og ordregiver ikke kan definere sit eget behov. Komplexiteten i kontrakten må ikke være så høj, at gevinsten ved forhandling bliver lavere end transaktionsomkostningerne ved at forhandle. Derudover bør proceduren også kun anvendes, når der er et begrænset antal tilbudsgivere. Der opstilles nogle betingelser, som derudover skal være opfyldt, for at konkurrencepræget dialog skal vælges frem for de to øvrige udbudsprocedurer for at kunne skabe effektive kontrakter.

- Ordregiveren har meget svært ved at kunne definere sit eget behov og har derfor brug for at føre dialog med tilbudsgiverne, inden det endelige udbudsmateriale udarbejdes, og ordregiveren indsender deres tilbud.
- Ordregiveren vil gerne have mulighed for at føre dialog omkring det vindende tilbud. Denne dialog må dog ikke blive så omfattende, at parterne ender i det røde felt på figur 21.

3.4. Alternativer til udbudsprocedurerne

Som det blev gennemgået ovenfor, skaber det ikke altid effektive resultater at anvende én af de tre udbudsprocedurer. Der vil være nogle situationer, hvor kompleksiteten i udbuddet vil være så høj, at ingen af de ovenstående udbudsprocedurer kan medføre, at der skabes effektive kontrakter. Det undersøges derfor, hvilke andre muligheder ordregiveren har, når denne skal have løst en opgave. Det gøres ved at opstille et alternativ til at sende en opgave i udbud. Derudover opstilles en alternativ udbudsprocedure, som kan anvendes, når de ovenstående udbudsprocedurer ikke kan medføre effektive udbud.

3.4.1. Make or buy

Det mest oplagte alternativ til at sende en opgave i udbud er at løse opgaven in-house. Williamson opstiller ordregivernes muligheder som *make or buy*.³³⁰ Dette skal tolkes som, at ordregiver kan vælge at ”lave” løsningen internt i virksomheden eller gå i markedet og købe ressourcen. *Make or buy* er lavet ud fra betragtningen for 2 private virksomheder³³¹. Dog danner Williamsons argumentation for, hvornår private skal *make or buy* overordnet den samme ramme, som er gældende for offentlige institutioner. Med dette menes, at alle virksomheder i nogen grad bør overveje mulighederne for at løse en opgave internt, forinden de vælger at investere i en ekstern løsning.

Make or buy, kan anses som et alternativ til udbudsprocedurerne, da ordregiver bør have for øje i hvilke situationer og ved hvilke opgaver, det bliver for dyrt at foretage udbud. Som vurderet ovenfor kan dette særligt afhænge af, hvor kompleks opgaven er. Der er flere måder, hvorpå ordregiverne kan løse komplekse opgaver internt, de kan eksempelvis forsøge at finde frem til løsninger gennem de nuværende ressourcer, de har til rådighed eller ansætte den nødvendige arbejdskraft dertil (make)³³². Der kan argumenteres for, at buy kan være et udbud, men omvendt kan der også være situationer, hvor indkøbet ligger under tærskelværdierne for udbudspligten. Et eksempel på en relevant situation er IT-udstyr eller systemer. I det innovative marked der eksisterer i dag, er IT for mange virksomheder et felt bestående af kompleksitet. Det er mere eller mindre blevet et krav for at kunne være konkurrencedygtig, at virksomhederne har et velfungerende og avanceret IT system. Der er hele tiden nye, bedre og optimerende løsninger at kunne beskæftige sig med, hvorfor det for mange virksomheder er svært på forhånd at kunne definere, hvilken IT-løsning der vil være optimalt for dem. Muligheden er her at sende opgaven i udbud og vurdere det på baggrund af de indkommende tilbud. Alternativet er i stedet at ansætte IT kompetent arbejdskraft, for derigennem at få en længerevarende intern løsning. In-house løsninger har også sine begrænsninger og der kan i mange tilfælde argumenter for de risici, der kan være forbundet med at løse opgaven in-house. For eksempel at udgifter overstiger den potentielle gevinst. Med dette menes, at det i situationer, hvor det kræver store investeringer i maskiner og robotter at producere en vare, langt fra altid vil kunne betale sig at foretage disse investeringer. Så er det bedre for ordregiveren at sætte opgaven i udbud.

³³⁰ Williamson, 1981, s. 557

³³¹ Williamson, 1981, s. 557

³³² Det erkendes, at eksempelvis kommuner er begrænset i at drive erhvervsvirksomhed efterkommunalfuldmagtsreglerne. Grænsen herfor diskuteres dog ikke yderligere.

Fordi der er omkostninger ved købet af maskiner, skal der ansættes eller uddannes personale til at udføre arbejdet.

Williamson argumentere for, at antagelsen om *make or buy* hele tiden bygger på formålet om at opnå den største gevinst. Er der for mange transaktionsomkostninger forbundet med at udføre et udbud sammenholdt med gevinsten ordregiver får ved kontrakten, så mener han, det er bedre at *make it self*³³³. Ved at udføre opgaven in-house fjernes risikoen, herunder transaktionsomkostningerne, for opportunistisk adfærd mellem parterne.

3.4.2. Det effiente udbud

Der opstilles en model, der kan anvendes i de situationer, hvor kompleksiteten er så høj, at ordregiver ikke skal anvende en af de eksisterende udbudsprocedurer. Problemet med de fleksible udbudsprocedurer er, at parterne ikke har mulighed for at forhandle ex post. Det medvirker, som tidligere omtalt, at transaktionsomkostningerne stiger ex ante. Det undersøges nu, hvordan det påvirker effektiviteten i kontrakten, hvis parterne har mulighed for at forhandle ex post.

3.4.2.1. Genforhandling

Hvis parterne har mulighed for at forhandle ex post, svarer det til, at parterne har mulighed for at genforhandle kontrakten. Dette kan være anvendeligt, hvis der er nogle vilkår, der ændrer sig ex post, som påvirker kontraktvilkårene på en måde, så parterne ønsker dem ændret. Hvis parterne får mulighed for genforhandling ex post, kan det have både positive og negative konsekvenser for effektiviteten. Genforhandling er ikke altid en god ting og kan ende med at blive dyrt. ”... *when difficulties are experienced, one party might benefit from acting quickly but not be in contact with the other, and arranging immediate renegotiation might be costly.*”³³⁴.

Der kan være mange fordele forbundet med genforhandling. “*Renegotiation reduces the need for complete contracts and serves as an implicit substitute for them.*”³³⁵ Der bliver dermed stillet mindre krav til udformningen af parternes kontrakt, når der er mulighed for at genforhandle den.

³³³ Williamson, 1981, s. 557

³³⁴ Shavell, 2004, s. 315

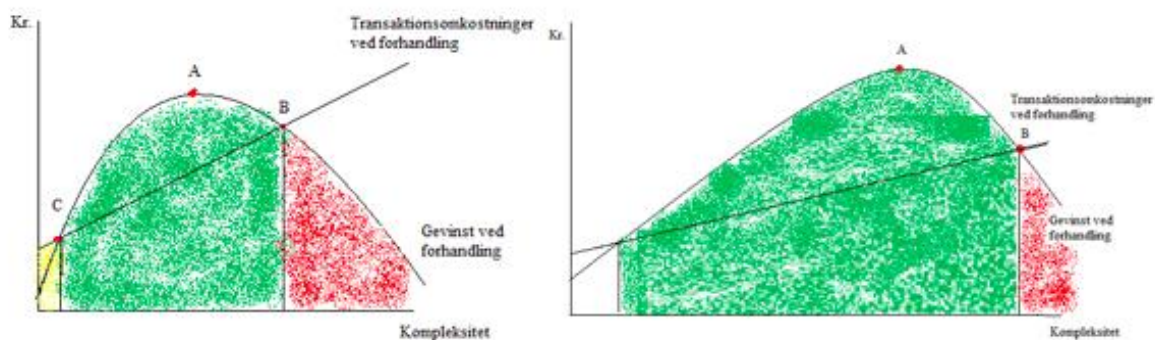
³³⁵ Shavell, 2004, s. 316-317

3.4.2.1.1. Effektiviteten af genforhandling under udbud

Hvis en ordregiver har mulighed for at genforhandle kontrakten med den økonomiske aktør, vil behovet for en komplet kontrakt være formindsket. Det betyder, at ordregiveren kan nedsætte transaktionsomkostningerne betydeligt ex ante. Ordregiveren vil blandt andet have mulighed for at fjerne/nedsætte følgende transaktionsomkostninger:

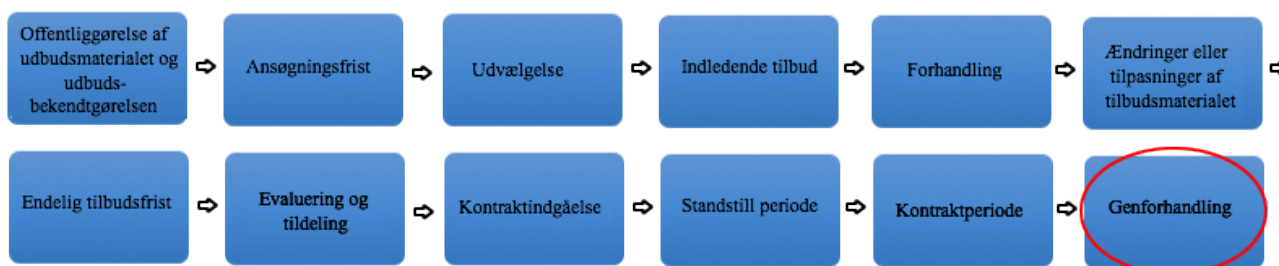
- Søgeomkostninger i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet, da ordregiveren vil har mulighed for at tilpasse kontrakten til sit behov under kontraktperioden, hvis de kan genforhandle.
- Kontrolomkostninger forbundet med risikoen for opportunistisk adfærd fra den økonomiske aktør eller udefrakommende faktorer. Kontrolomkostningerne kan ikke undgås, men ordregiveren behøver ikke at tage så mange forbehold, hvis denne har mulighed for at genforhandle, hvis der skulle opstå en tvist mellem parterne ex post.
- Forhandlingsomkostningerne ex ante da parterne ikke behøver forhandle løsninger på alle usikre og uforudsigelige "hvad nu hvis" situationer. Hvis der er mulighed for genforhandling, kan parterne tage forhandlingen i situationen, og hvis situationen aldrig opstår, bruges der ikke unødige omkostninger på forhandlingen.

Hvis der er mulighed for genforhandling i en udbudsprocedure, vil den gevinst, der kan opnås gennem forhandling, blive endnu større, da de øvrige transaktionsomkostninger kan nedsættes yderligere. Hvis det antages, at forhandling altid vil medføre en gevinst, da der kun forhandles når behovet for forhandling opstår, vil kurven for gevinst ved forhandling i figur 23 altid være stigende. Dette er dog ikke realistisk. Det vurderes derimod, at gevinsten ved forhandling er større og mere vedvarende, hvis parterne har mulighed for at genforhandle. Dette skyldes, at parterne kun forhandler om det nødvendige og undgår at forhandle om for mange formodninger og usikkerheder. Derfor skal der være mere kompleksitet til stede i kontrakten, inden gevinsten ved forhandling begynder at aftage, hvilket kan ses på figuren til højre i figur 23. Transaktionsomkostningerne vil fortsat være stigende, jo mere der forhandles, ligesom figuren til venstre i figur 23 viser. Grænsen, for hvornår forhandling kan betale sig, er dermed rykket, hvilket betyder, at det øger muligheden for at skabe en efficient udbudskontrakt, når parterne kan genforhandle kontrakten ex post.



Figur 23: Effektiviteten af genforhandling under udbud

Det vurderes på baggrund af dette, at der vil gå længere tid før transaktionsomkostningerne ved forhandling vil overstige gevinsten ved forhandling, hvis parterne har mulighed for genforhandling. Hvis en udbudsprocedure skal skabe mere effektive kontrakter end de fleksible udbudsprocedurer, vurderes det på baggrund af dette, at genforhandling skal være en mulighed. Den udbudsprocedure, der kan skabe mere effektive kontrakter, vil kunne se således ud:



Figur 24: En fleksibel udbudsprocedure med genforhandling

3.5. Delkonklusion

Når betingelserne for fuldkommen konkurrence er opfyldt er markedet i ligevægt, og der kan skabes pareto-optimale kontrakter. Forudsætningerne for fuld konkurrence er ikke opfyldt for udbud, da der er transaktionsomkostninger til stede. Tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger under et udbud medfører, at der opstår et dødvægtstab, som nedsætter det samfundsøkonomiske overskud. For at skabe efficiente kontrakter under udbud, skal transaktionsomkostningerne minimeres, så det samfundsøkonomiske overskud bliver maksimeret.

Ifølge Coase teoremet kan forhandlinger medføre, at transaktionsomkostningerne til fx at søge informationer kan blive nedsat, og forhandlinger kan dermed skabe gevinst. Da der også er transaktionsomkostninger forbundet med at forhandle, findes der både en nedre og en øvre grænse for, hvornår parterne skal forhandle. Hvis der er en meget lav grad af kompleksitet i en kontrakt, skaber det ingen genvinst at forhandle, da der ikke er noget at forhandle om. Hvis der modsætningsvis er en meget høj grad af kompleksitet i kontrakten, er der en øvre grænse for, hvor længe det kan betale sig at forhandle, da transaktionsomkostningerne ved forhandling på et tidspunkt vil overstige den genvinst, der opnås med forhandlingerne.

Offentligt udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan skabe grundlag for økonomisk efficiente kontrakter under visse betingelser. Hvis ordregiveren ved præcist, hvad denne ønsker at få leveret og er i stand til at formulere dette krav klart og kontrollerbart, vil offentligt udbud kunne skabe grundlag for efficiente kontrakter, da der dermed ikke er transaktionsomkostninger til stede. Hvis der er kompleksitet til stede og ordregiveren ikke er i stand til at definere sit eget behov, kan det medføre efficiente kontrakter at anvende de fleksible udbudsprocedurer. Dette kræver, at graden af kompleksitet i kontrakten er på et niveau, hvor forhandlingerne skaber den største gevinst.

Hvis kompleksiteten i en kontrakt er så stor, at de fleksible udbudsprocedurer ikke kan skabe en efficient kontrakt, kan ordregiveren i visse tilfælde vælge at løse opgaven in-house. En anden alternativ løsning er at lave en ny udbudsprocedure, hvor parterne har mulighed for at genforhandle kontrakten ex post. Hvis parterne har mulighed for at forhandle ex-post, nedsætter det blandt andet søgeomkostningerne ex ante, da forhandlingerne kun finder sted, hvis de er nødvendige. Denne udbudsform kan skabe efficiente kontrakter i langt flere tilfælde, end de fleksible udbudsprocedurer er i stand til.

Kapitel 4 - Integreret analyse

I dette kapitel foretages der en analyse af i hvilken grad, det er muligt at skabe efficiente kontrakter med udbudsprocedurerne i overensstemmelse med EU-retten og udbudsreglernes formål. Indledningsvist bliver de centrale resultater og konklusioner fra henholdsvis den juridiske og økonomiske analyse opridset, da det er resultaterne heraf, der anvendes til at besvare den integrerede problemstilling.

4.1. Resultater af afhandlingens juridiske analyse

I den juridiske analyse i afhandlingens kapitel 2 blev formålet med EU retten og udbudsretten fastlagt. EU-rettens grundlæggende principper skal overholdes, når der afholdes et udbud, og principperne er indskrevet direkte i udbudsreglernes formål. EU-retten har desuden økonomiske formål, som også kommer til udtryk i udbudsreglerne, da det er et formål at skabe effektive udbudskontrakter. Formålene om at overholde de grundlæggende principper og skabe effektive kontrakter har været gennemgående, siden de første udbudsregler blev indført. I forhold til anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer har formålet med udbudsreglerne ændret sig løbende. Tidligere skulle procedurerne kun anvendes i undtagelsestilfælde, hvor det med udbudsloven er en del af formålet, at procedurerne i langt højere grad skal anvendes.

I de nye udbudsregler i udbudsloven er der indført en øget adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer. Procedurerne kan anvendes, så snart ordregiverens behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger. Den øgede adgang til at anvende procedurerne medfører mere fleksibilitet i reglerne. Den øgede fleksibilitet i reglerne står i kontrast til formålet om at sikre ligebehandling og gennemsigtighed gennem hele udbudsprocessen. Ordregiveren skal både overholde principperne overfor de tilbudsgivere de samarbejder med, men også overfor de økonomiske aktører, som ikke er en del af udbuddet, men som potentielt kunne være interesseret. Sammen med yderligere en række faktorer skærper dette kravene til ordregiveren, og risikoen for at ordregiveren ikke overholder principperne er til stede. Det kan ikke med sikkerhed siges, at den øgede fleksibilitet i reglerne altid vil føre til, at principperne ikke bliver overholdt. Men det modsætningsforhold, der eksisterer mellem fleksibilitet og gennemsigtighedsprincippet, bevirker, at der vil opstå nogle fleksible udbud, hvor de grundlæggende principper ikke er overholdt.

4.2. Resultater af afhandlingens økonomiske analyse

I den økonomiske analyse i afhandlingens kapitel 3 blev det undersøgt, hvorvidt offentligt udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan skabe grundlag for økonomisk efficiente kontrakter. Der bliver skabt efficiente kontrakter på et marked for fuldkommen konkurrence, da der er fuld information og ingen transaktionsomkostninger til stede. Udbud som kontraktsform opfylder ikke betingelserne for fuldkommen konkurrence, da der er transaktionsomkostninger forbundet med at lave et udbud. For at udbudsprocedurerne kan medføre efficiente kontrakter, skal transaktionsomkostningerne minimeres. Hvis ordregiveren har fuld information om sit eget behov og er i stand til at definere det, er transaktionsomkostningerne ved at foretage et offentligt udbud meget lave. Det vil dermed være muligt at skabe efficiente kontrakter ved anvendelsen af et offentligt udbud. Under et offentligt udbud har parterne ikke mulighed for at forhandle, hvilket heller ikke er nødvendigt, hvis ordregiveren har information nok til at kunne definere sit eget behov.

Når ordregiveren ikke er i stand til at definere sit eget behov og blandt andet har brug for at samarbejde med de økonomiske aktører og søge efter informationer, opstår der transaktionsomkostninger. Disse transaktionsomkostninger kan nedsættes, hvis parterne har mulighed for at forhandle med hinanden, som det er tilfældet under de fleksible udbudsprocedurer. De fleksible udbudsprocedurer kan dermed føre til efficiente kontrakter, hvis gevinsten ved at indgå i forhandling/dialog med modparten kan minimere transaktionsomkostningerne. Da der er transaktionsomkostninger forbundet med at forhandle, er der dog en grænse for, hvor længe forhandlinger medfører en gevinst og dermed også, hvor længe parterne skal forhandle. Hvis der er så meget kompleksitet i en kontrakt fx pga. stor usikkerhed, at lange og svære forhandlinger er nødvendige, skaber de fleksible udbudsprocedurer ikke længere efficiente kontrakter, da forhandlingerne bliver for dyre. Forhandlingerne bliver for dyre, fordi parterne kun har mulighed for at forhandle alle forhold ex ante. Der vil dermed skulle bruges en masse ressourcer på at forhandle om nogle usikre elementer, som parterne på forhandlingstidspunktet ikke ved, er nødvendige.

I de situationer, hvor de fleksible udbudsprocedurer ikke kan medføre efficiente kontrakter, er der behov for en alternativ løsning. Hvis der skabes en udbudsprocedure, hvor parterne har mulighed for at forhandle både ex ante og ex post, kan parterne nøjes med at forhandle, når det er nødvendigt. Denne mulighed for genforhandling ex post vil medføre, at der oftere kan skabes efficiente udbud end under de fleksible udbudsprocedurer.

4.3. Hvorfor eksisterer der regler for udbud?

For at kunne foretage en integreret juridisk og økonomisk analyse undersøges problemstillingen ud fra et retsøkonomisk synspunkt. Retsøkonomiens formål er at give svar på, hvorfor regler på et område eksisterer³³⁶. Retsøkonomien er en skæringsflade mellem jura og økonomi, hvor formålet er at få større indsigt i juraen ved at betragte den ud fra et økonomisk synspunkt for at kunne forklare virkningerne af juraen³³⁷. Formålet med dette afsnit er at fastslå, hvorvidt det ud fra en retsøkonomisk synsvinkel er en fordel af have regler for udbud.

Hvis betingelserne for fuldkommen konkurrence er opfyldt, bliver der skabt en pareto-optimal situation, og ressourcerne er dermed fordelt derhen, hvor de bliver tillagt den største værdi.³³⁸ Under en pareto-optimal situation, skal retten ikke gribe ind, da markedet selv regulerer sig frem til en efficient tilstand uden brug af regler. Markedet og parterne skal dermed være overladt til sig selv.³³⁹ Da betingelserne for fuldkommen konkurrence ikke er opfyldt under udbud³⁴⁰, sker der et markedssvigt, da parterne ikke længere selv er i stand til at skabe efficiente kontrakter. Det er det dødvægtstab³⁴¹, som opstår, når markedet ikke er i den efficiente ligevægt, der medfører et markedssvigt. Når markedet ikke er i ligevægt, kan der fra en retsøkonomisk synsvinkel argumenteres for, at der skal laves retsregler på området.³⁴² Det skyldes at parterne ikke længere selv er i stand til at skabe en efficient ligevægt, og dermed har brug for et indgribende element i form af regulering, for at kunne skabe en efficient ligevægt. Fra en retsøkonomisk synsvinkel er der dermed skabt forbedringer på et marked, når der findes retsregler for udbud. Retsreglerne for udbud skal udformes, så tilstanden på markedet og mellem parterne kommer så tæt på den pareto-optimale løsning som muligt, da den samfundsøkonomiske gevinst dermed vil være størst.

Formålet med retsregler er at skabe incitamenter, der kan påvirke aktørers adfærd i den retning, der skaber økonomisk efficiente løsninger. Det må derfor forventes, at en aktør ændrer sin adfærd, hvis en regel ændres. Når en aktør ændrer adfærd, har det en samfundsøkonomisk betydning³⁴³. Da det

³³⁶ Eide og Stavang, 2013, s. 24

³³⁷ Eide og Stavang, 2013, s. 23-24

³³⁸ Se afsnit 3.1.2. "*Efficiens under fuldkommen konkurrence*"

³³⁹ Riis (2013, "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*") s. 160

³⁴⁰ Se afsnit 3.1.3. "*Samfundsøkonomisk overskud ved udbud*"

³⁴¹ Se afsnit 3.1.3. "*Samfundsøkonomisk overskud ved udbud*"

³⁴² Riis (2013, "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*") s. 160

³⁴³ Riis (2013, "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*") s. 155

økonomiske formål altid er at skabe så stort et samfundsøkonomisk overskud som muligt, kan regulering anvendes til at opnå dette formål. Udbudsreglerne har derfor mulighed for at skabe incitamenter hos ordregivere og tilbudsgivere og kan dermed påvirke dem til at indgå så efficiente kontrakter som muligt. Det afgørende er, at reglerne bliver indrettet på en måde, der skaber korrekte incitamenter hos parterne, så udbudsreglerne medfører efficiente udbudskontrakter.

Da udbudsreglerne har det økonomiske formål at skabe effektive kontrakter, så der opnås en perfekt skatteallokering, formodes det, at reglerne er forsøgt indrettet, så de skaber incitamenter hos parterne for at indgå efficiente kontrakter. Reglerne for anvendelsen af udbudsprocedurerne, skal derfor medvirke til at mindske dødvægtstabet mest muligt. Da transaktionsomkostninger er årsagen til, at der opstår et dødvægtstab under et udbud³⁴⁴, er formålet med reglerne at skabe incitamenter, som minimerer transaktionsomkostningerne mest muligt.

Fra et økonomisk synspunkt har vi regler for udbud for at påvirke parterne til at indgå så effektive kontrakter som muligt, da de ikke selv er i stand til det, da der er transaktionsomkostninger til stede. Der kan dermed skabes efficiente udbudskontrakter ved at have udbudsregler ud fra et økonomisk synspunkt. Økonomiens betragtninger understøtter dermed juraen i forhold til, at der eksisterer regulering for udbud. Det er derfor interessant at undersøge samspillet mellem resultaterne fra vores juridiske og økonomiske analyse for at kunne vurdere, om juraen inden for sine rammer er i stand til at skabe de incitamenter, der medfører efficiente kontrakter.

4.4 Økonomiske og ikke-økonomiske formål

Udbudsloven har både økonomiske og ikke-økonomiske formål at skulle efterleve. Der ønskes at skabe nogle juridiske retningslinjer for udførelsen af udbuddene med det formål at kunne åbne op for den effektive konkurrence, hvilket anses for værende et økonomisk formål. Det ikke-økonomiske formål omhandler overholdelse af de grundlæggende EU-retlige principper. Det ønskes at belyse, hvorledes udbudsreglernes formål går hånd i hånd herunder mulighederne for at skabe det efficiente udbud. Når loven omfatter formål af både økonomiske og ikke-økonomisk karakter, kan det undersøges, om en kompromisløsning er uundgåelig for, at det efficiente udbud kan lykkes.

Der hersker ingen tvivl om, at udbudsreglerne bygger på grundlæggende juridiske principper, men i særlig grad også indebærer økonomiske formål. De økonomiske formål spiller en stor rolle, da disse

³⁴⁴ Se afsnit 3.1.3. ”Samfundsøkonomisk overskud ved udbud”

skal gavne den effektive konkurrence både nationalt, men særligt også på EU plan. Det er ydermere også reelt at have økonomiske formål, da dette er målbart og samtidig bygger på teoretiske antagelser for bedre markedsvilkår – hvilket er gavnligt for alle. Udbudslovens økonomiske formål skal have den funktion, at de formår at overholde de grundlæggende EU-retlige principper, hvis også de ikke-økonomiske formål skal opfyldes. Det blev berørt i kapitel 2, at udbudsdirektivet fra 2014 er en del af EU's 2020 strategi, som skal lede EU ud af den finansielle krise. Strategien med mere moderniseret lovgivning og en mere ressourceeffektiv økonomi er de nye udbudsregler blandt andet et resultat af. Der kan dog stilles spørgsmål ved, hvorledes strategien vil blive efterlevet, da det kan synes problematisk, at udbudsreglerne har en del hensyn at tage af både økonomisk og ikke-økonomisk karakter.

Med ønsket om at opnå den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, jf. udbudsloven § 1, har en af metoderne været at give rum til mere fleksibilitet. Dette betyder, at man fra lovgivers side tror på at aktørerne i udbud stadig holder sig inden for de grundlæggende principper og samtidig også kan skabe rammerne for mere offentlig information og fællesoptimering for en mere effektiv konkurrence. Det er blevet vurderet, at ordregiver kan møde udfordringer i overholdelsen af de grundlæggende principper, om ligebehandling og gennemsigtighed. Disse opstår, fordi der ikke er en klar sammenhæng i det ønskede formål for udbudsreglerne kontra hvilke muligheder og incitamenter, som er opstillet gennem fleksibiliteten. Der kan derfor vækkes tvivl om, i hvilken grad det overholdet er muligt, at udbudsreglerne overholder alle de hensyn og formål, som reglerne reelt opstiller.

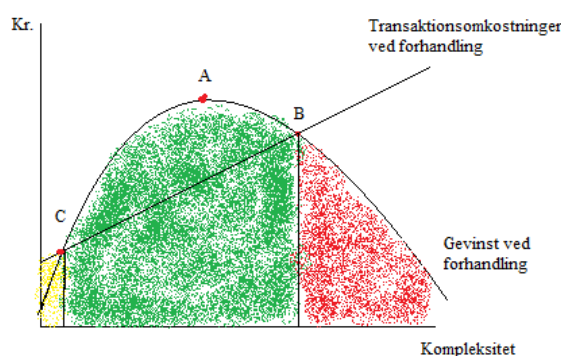
Det er ikke nyt at udbudsreglerne indeholder både økonomiske og ikke-økonomiske hensyn. Det har altid været formålet med reglerne og med Unionens tilstedeværelse at skabe rammerne for et fællesskab og herunder mere effektivitet³⁴⁵. Udbudsreglerne har som i afsnittet ovenfor en del flere begrundelser for, hvorfor det er relevant at have regler for indkøbsprocesser i form af udbud. Dog er det en forudsætning for at kunne opnå denne ønskede effektivitet, at der ikke forekommer grundlæggende og helt generelle juridiske principper, som kan stå i vejen for at kunne efterleve de faktiske formål. Med indførslen af den øgede fleksibilitet i udbudsreglerne er det mere relevant end tidligere at foretage en diskussion af, hvorvidt udbudsreglerne lever op til dine egne formål.

³⁴⁵ Se afsnit 2.2. ”EU rettens formål og de grundlæggende principper” og afsnit 2.3. ”Formålet med udbudsreglerne”

Det kan overvejes, hvorvidt de økonomiske og ikke-økonomiske formål spiller en lige stor rolle, eller hvad lovgiver, herunder særligt EU ønsker, at der vægtes højest. Der kan i større eller mindre grad argumenteres for, at det samspil, som der ønskes med reglernes økonomiske og ikke-økonomiske formål, er svært at kunne forene, da det ene formål kan modarbejde det andet. Med dette menes, at for at kunne skabe en effektiv konkurrence på et marked og for at kunne leve op til forudsætningen om en større samfundsmæssig genvist er det blevet tilladt, at der kan forhandles og føres dialog i meget større og mere fleksibelt omfang end set tidligere. Selvom der skabes incitamenter mellem de offentlige og private aktører, skal det stadig holdes op mod den reelle gevinst, der i sidste ende er resultatet af udbuddet.

4.4.1 Effektueringen af formålene

Ingen af formålene, hverken økonomiske eller de ikke-økonomiske, vil kunne fuldendes, hvis de ikke anvendes effektivt. Som kapitel 3 belyste, er der en grænse for, hvornår økonomien mener, det kan svare sig at forhandle.



Figur 25: Samfundsøkonomisk gevinst under fleksible udbudsprocedurer

Figur 25 illustrerer grænserne for, under hvilke betingelser der er en gevinst forbundet med anvendelsen af fleksible udbud. Dette belyser, at udbudslovens formål skal anvendes inden for dens effektive grænser for at kunne opnå en større samfundsmæssig gevinst end de omkostninger, der ellers er forbundet med udbuddets udførelse.

Hvis reglerne skal understøtte de økonomiske formål, skal de indrettes på en måde, så man sikrer, at parterne ikke ender i det røde felt. Juraen skal dermed sætte en grænse for forhandling ligesom økonomien gør. Disse grænser skal forenes for at kunne lykkes både juridisk, men særligt også økonomisk. Med dette menes, at for at opnå et efficient udbud skal samspillet mellem juraen og økonomien have et fælles formål. Dette formål antages at være effektivitet og perfekt skatteallokering –

hvilket understøtter, at der laves regler for områder, hvor økonomien dominerer. Effektivitet og skatteallokering er økonomiske betragtninger, som lovene skal indramme, så den største effekt/gevinst opnås. Heraf forekommer samspillet mellem det økonomiske og ikke-økonomiske formål. Det er ideelt at have økonomiske og ikke-økonomiske formål, såfremt at effekten af dem er effektive.

4.5. Samspillet mellem den økonomiske analyse og udbudsreglerne

I den økonomiske analyse af effektiviteten i udbud blev det fastslået at, offentlige udbud og de fleksible udbudsprocedurer kan medvirke til, der bliver skabt effektive kontrakter under visse betingelser³⁴⁶. Det skal undersøges, hvorvidt juraen tillader at økonomiens betingelser for at skabe effektive kontrakter er opfyldt under offentligt udbud og de fleksible udbudsprocedurer.

4.5.1. Offentligt udbud

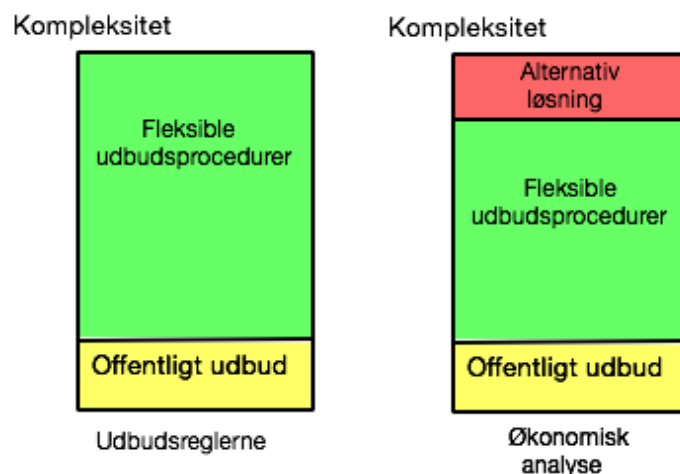
Ordregiveren skal have mulighed for at anvende et offentligt udbud, når udbuddet omhandler en standardvare, som ordregiveren kan definere sit behov for. Udbudsloven understøtter disse betingelser, og særligt det forhandlingsforbud, der eksisterer under et offentligt udbud, sørger for, at ordregiveren ikke vælger dette udbud, hvis det ikke er muligt at definere behovet. Udbudsloven skaber dermed de rigtige incitamenter under udbudsproceduren, for at der kan indgås efficiente kontrakter. Det vurderes dog, at der kan være en udfordring i forhold til antallet af deltagere i udbuddet. Reglerne sætter ingen grænser for antallet af deltagere i et offentligt udbud. Hvis reglerne skal sikre, at der kan opnås efficiente kontrakter, skal der være en grænse for antallet af deltagere, så de samlede transaktionsomkostninger til blandt andet at udarbejde tilbud ikke bliver for høje.

4.5.2. De fleksible udbudsprocedurer

De fleksible udbudsprocedurer behandles samlet i dette afsnit, da reglerne for, hvornår de kan finde anvendelse, er de samme. Udbudsreglerne understøtter økonomiens krav til, at der kun skal være et begrænset antal deltagere i udbuddet. De fleksible udbudsprocedurer skal ifølge den økonomiske

³⁴⁶ Se afsnit 3.3.4.1. ”Under hvilke betingelser skal et offentligt udbud anvendes?”, afsnit 3.3.5.1.1. ”Under hvilke betingelser skal et udbud med forhandling anvendes?” og afsnit 3.3.5.2.1. ”Under hvilke betingelser skal konkurrencepræget dialog anvendes?”

analyse kun anvendes, når gevinsten ved at forhandle overstiger de transaktionsomkostninger, der er forbundet med forhandlinger. Når der er for meget kompleksitet forbundet med udbuddet, fx fordi at ordgiver har meget svært ved at definere i sit eget behov, findes der en grænse for, hvor længe forhandling skaber gevinst i en kontrakt. Denne grænse, som fremgik af figur 25, tager udbudsreglerne ikke hensyn til, da der ikke sættes en ”øvre” grænse for, hvornår de fleksible udbudsprocedurer kan anvendes.



Figur 26: Illustration af forskellen mellem udbudsreglerne og resultaterne af den økonomiske analyse

På figur 26 er forskellen på udbudsreglerne og den økonomiske analyse illustreret. Den lodrette linje i boksene angiver en stigende grad af kompleksitet i kontrakten. Den økonomiske analyse understøtter udbudsreglerne i forhold til, at de fleksible udbudsprocedurer ikke skal anvendes, når der er en meget lav grad af kompleksitet i kontrakten fx ved indkøb af standardvarer. Den økonomiske analyse understøtter også anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer, når der er kompleksitet i kontrakten. Når den rigtige grad af kompleksitet er til stede, understøtter udbudsreglerne og den økonomiske analyse hinanden, og det er dermed muligt at skabe effektive kontrakter. Som figur 26 illustrerer, tager udbudsreglerne ikke hensyn til den situation, hvor kompleksiteten er for høj til, at de fleksible udbudsprocedurer kan skabe effektive kontrakter. I denne situation, hvor kompleksiteten i kontrakterne er så høj, at transaktionsomkostningerne bliver for store, vurderes det, at regler ikke skaber de rigtige incitamenter hos parterne. Reglerne for de fleksible udbudsprocedurer tager ikke hensyn til, at der kan opstå for meget forhandling, hvilket medfører, at der ikke altid kan opnås effektive kontrakter under de fleksible udbudsprocedurer.

Det vurderes, at juraen understøtter de økonomiske resultater til en vis grænse, da udbudsreglerne under visse betingelser skaber de rette incitament hos parterne og dermed et grundlag for skabelsen af efficiente udbudskontrakter. Da udbudsreglerne ikke tager fuldt hensyn til de økonomiske resultater, søges det undersøgt, hvorvidt juraen tillader økonomiens løsning om genforhandling.

4.6. Genforhandling af kontrakten

Udbudsprocedurerne i udbudsloven kan kun skabe efficiente kontrakter under nogle bestemte betingelser. Når transaktionsomkostningerne til at forhandle under de fleksible udbudsprocedurer overstiger gevinsten ved forhandling, bliver der ikke skabt efficiente kontrakter. Ifølge den økonomiske analyse kan dette problem løses ved, at give parterne mulighed for at genforhandle kontrakten efter kontrakten er indgået.³⁴⁷ Det skal understreges, at der er her tale om genforhandling i det eksisterende kontraktforhold og ikke forhandling af en ny kontrakt. Det vil blive undersøgt, om økonomiens løsning til at skabe mere efficiente kontrakter er i overensstemmelse med formålet med udbudsreglerne.

4.6.1. Udbudsreglernes formål om at skabe effektive udbudskontrakter

Hvis parterne i en udbudskontrakt får mulighed for at samarbejde gennem genforhandling ex post, vil det have en positiv effekt ex ante. Det skyldes, at parternes transaktionsomkostninger til at søge og forhandle om en masse usikre parametre, som parterne endnu ikke har information omkring, men som de ved, der er den risiko for, bliver nedsat. Da parterne ikke har fuld information, har de ikke mulighed for at kunne forudsige hvilke hændelser, der kan forekomme ex post, og de er dermed nødt til at tage nogle forbehold, hvis de ikke har mulighed for at ændre i kontrakten. Hvis parterne derimod har mulighed for at genforhandle kontrakten, kan de spare omkostningerne til dette ex ante. Det er ikke en forudsætning at parterne skal gøre brug af muligheden for at genforhandle ex post, men det faktum, at de ved muligheden eksisterer, vil påvirke effektiviteten i kontrakten positivt. Dermed kan transaktionsomkostningerne ex ante blive nedsat, uden at det nødvendigvis medfører, at transaktionsomkostninger stiger ex post. Hvis parterne får brug for at forhandle ex post, vurderes det, at transaktionsomkostningerne til denne forhandling vil være lavere, end hvis parterne skulle have taget forbehold for situationen ex ante. Det skyldes, at parterne har mere information om tvisten eller ændringen i forholdene, når de er opstået. Jo mindre usikkerhed der er til stede, jo færre transaktionsomkostninger er der forbundet med at foretage en forhandling. Muligheden for

³⁴⁷ Se afsnit 3.4.2.1.1. ”Effektiviteten af genforhandling under udbud”

genforhandling i en kontrakt ex post, flytter dermed grænsen for, hvornår forhandling skaber gevinst i en positiv retning³⁴⁸.

Hvis udbudsreglerne tillod genforhandling efter kontraktens indgåelse, vil det dermed altid gavne effektiviteten i kontrakten, uanset om parterne får brug for muligheden for at genforhandle. Det er uafhængigt af hvor høj grad af kompleksitet, der er til stede i kontrakten. Det vurderes dermed, at formålet om at skabe effektive udbudskontrakter altid vil være opfyldt, hvis parterne har mulighed for genforhandling efter kontraktens indgåelse.

4.6.2. Bliver de grundlæggende principper overholdt?

Hvis der skal indføres en udbudsprocedure i udbudsreglerne, hvor parterne har mulighed for at genforhandle, er det ikke tilstrækkeligt, at formålet om at skabe effektive kontrakter er opfyldt. Det vil derfor blive undersøgt, om EU rettens grundlæggende principper bliver overholdt, hvis parterne har mulighed for at genforhandle udbudskontrakten. Da det ikke er tilstrækkeligt kun at overholde et af principperne, bliver de principper, som blev gennemgået i afsnit 2.2.2. inddraget.

4.6.2.1 Proportionalitetsprincippet

Ordregiveren er forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde.³⁴⁹ I følge proportionalitetsprincippet må udbudsreglerne ikke indeholde foranstaltninger, der går videre end, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet med reglerne.³⁵⁰ Det er dermed ikke kun ordregiveren der skal overholde proportionalitetsprincippet under udbudsprocessen, men også lovgiver, der skal overholde princippet, når udbudsreglerne laves.

En øget adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer kan udfordre proportionalitetsprincippet, hvis omkostningerne til at forhandle og føre dialog ikke står i rimelig forhold til formålet med samarbejdet.³⁵¹ Hvis udbudsreglerne tillader, at parterne kan genforhandle efter kontraktens indgåelse, kan det nedsætte omkostningerne til at forhandle ex ante, og parterne vil kun forhandle, når der

³⁴⁸ Se figur 23 ”Effektiviteten af genforhandling under udbud”

³⁴⁹ Lovforslag nr. L 19, 2015, bemærkning til § 2.

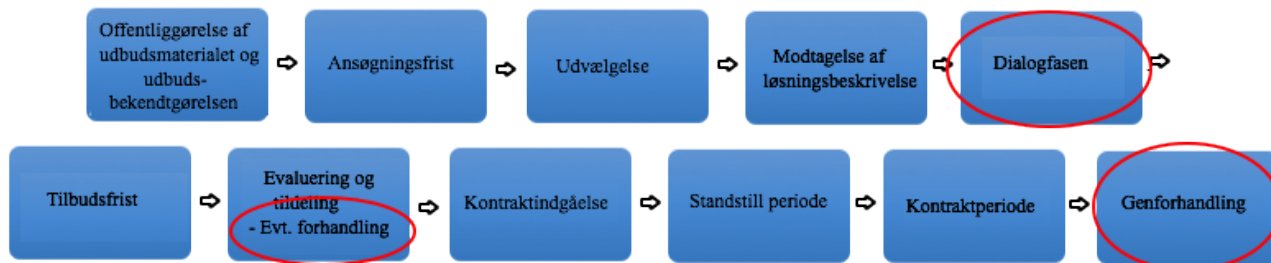
³⁵⁰ Dette følger direkte af proportionalitetsprincippet og fremgår også af præambel nr. 136 til udbudsdirektivet.

³⁵¹ Se afsnit 2.6.1.1 ”Proportionalitetsprincippet”

er behov for det.³⁵² Dette sikrer, at der ikke foretages unødvendige lange forhandlinger, hvilket er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Nogle af de udfordringer, som udbudslovens fleksible udbudsprocedurer, kan have med overholdelsen af proportionalitetsprincippet, kan dermed blive løst, hvis der bliver indført en udbudsprocedure med mulighed for at genforhandle ex post. Det vurderes på baggrund af ovenstående, at proportionalitetsprincippet vil blive overholdt, hvis reglerne tillader at parterne kan forhandle, når der er behov for det.

4.6.2.2. Ligebehandlingsprincippet

Da ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser i udbudsprocessen, skal princippet som udgangspunkt overholdes, hvis der skal indføres mulighed for forhandling efter kontraktens indgåelse. Det vurderes, at de udfordringer, der er til stede under de fleksible udbudsprocedurer³⁵³ fortsat vil være gældende. Hvis der indføres mulighed for genforhandling, vil der selvsagt være endnu flere steder i udbudsprocessen, hvor forhandling kan finde sted og dermed også, hvor ligebehandlingsprincippet bliver udfordret. På figuren herunder er de steder i processen, hvor der er mulighed for forhandling og dialog under konkurrencepræget udbud markeret, hvis genforhandling også var tilladt under proceduren.



Figur 27: Illustration af forhandlingsfaserne i det efficiente udbud

Hvis parterne har mulighed for at forhandle efter kontrakten er indgået, vil der være nogle kontraktforhold, som kan ændre sig i kontraktperioden. Parterne vil have mulighed for at tilpasse kontrakten efterfølgende, hvis det fx viser sig, at ordregiverens behov er anderledes end først antaget. Der kan også opstå nogle udefrakommende faktorer, som ændrer grundlaget fra kontraktforholdet. Det kan fx være ny teknologisk viden på området. Der vil kunne opstå nogle situationer, hvor kontrakten skifter så meget karakter, at de økonomiske aktører, som ikke har vundet udbuddet, vil føle sig

³⁵² Se afsnit 3.4.2.1.1. "Effektiviteten af genforhandling under udbud"

³⁵³ Se afsnit 2.6.1. "Overholdelsen af de grundlæggende principper"

forskelsbehandlet, da de ikke vil få mulighed for at komme med et tilbud, der er tilpasset de nye forhold. Det vil dermed først blive opdaget sent i forløbet, hvis ligebehandlingsprincippet ikke bliver opfyldt. Da kontrakten er indgået, vil de økonomiske aktører ikke kunne klage inden kontraktens ikrafttrædelse, hvilket de ellers ville have haft mulighed for i standstill perioden, hvis problemet var opstået, inden kontrakten blev indgået. Det vurderes på baggrund af ovenstående argumenter, at det vil svække muligheden yderligere for at overholde ligebehandlingsprincippet, hvis der indføres en mulighed for, at parterne kan genforhandle kontrakten.

4.6.2.3. Gennemsigtighedsprincippet

Som det blev anført i afsnit 2.6.1.3. medfører de fleksible udbudsprocedurer, at det kan være svært for ordregiver at overholde gennemsigtighedsprincippet, hvis der bliver ført lange og omfattende forhandlinger med flere tilbudsgivere. Det er en omfattende opgave for ordregiver at føre rapport over alt, og risikoen for at ordregiveren ikke er i stand til at sikre gennemsigtigheden, er til stede. Hvis der bliver indført en mulighed for, at parterne kan forhandle ex post, vil en risiko om forudsigeligheden i udbuddet opstå. Ordregiveren har ikke mulighed for at rapportere præcist hvordan processen er foregået, da der som ovenfor gennemgået kan opstå ændringer i kontrakten efter den er indgået.

Hvis ordregiveren har sikret at både gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet er overholdt under den del af udbudsprocessen, der foregår inden kontrakten bliver indgået, vil det så have betydning for de øvrige økonomiske aktører, hvordan kontraktforholdet udvikler sig mellem parterne? Det er ikke sikkert at de økonomiske aktører, der ikke deltager eller vinder udbuddet, vil få kendskab til, at udbudskontrakten ændrer karakter, efter den er indgået, og de vil dermed heller ikke klage. Hvis parterne har mulighed for at genforhandle, kan de udnytte denne uvidenhed hos de øvrige økonomiske aktører, og dermed vente med at tilpasse kontraktforholdet til efter kontrakten er indgået med det formål at skjule forskelsbehandlingen for de øvrige aktører. Dette vil være i strid med både ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet.

Hvis der bliver indført en mulighed for genforhandling, vurderes det, at fleksibiliteten i udbudsreglerne bliver øget endnu mere, end hvad der er tilfældet under udbudslovens regler. Årsagen er, at forhandling medfører fleksibilitet, da det giver mulighed for, at parterne kan foretage ændringer.

Hvis der opstår endnu en mulighed for forhandling, øger det dermed også risikoen for, at det der kan opstå mere korruption ved anvendelse af udbudsreglerne, hvilket vil stride mod udbudsreglernes formål om bekæmpelse af korruption og dermed også gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.

Når gennemsigtigheden ikke kan sikres, er der stor risiko for, at der sker et brud på ligebehandlingsprincippet som ikke må ske. Der vurderes dermed, at risikoen for at gennemsigtighedsprincippet ikke bliver overholdt er endnu større, hvis der indføres en mulighed for at genforhandle under en udbudskontrakt.

4.6.2.4. Samspillet mellem principperne

Der er et samspil mellem de grundlæggende principper. Proportionalitetsprincippet indebærer, at anvendelsen af offentlige midler skal ske på forsvarlig vis og stå i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges. Det vurderes, at proportionalitetsprincippet dermed blandt andet sætter en grænse for de øvrige principper. Hvis prisen for at overholde ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ikke er proportionel med formålet med principperne, skal der foretages en konkret vurdering af, hvor langt man skal gå for at overholde dem. Hvis en tabende tilbudsgiver føler sig forskelsbehandlet pga. en ændring, der er foretaget på baggrund af genforhandling midt i en kontraktperiode, og får medhold i sin klage, kan der opstå et problem. Kontrakten vil efter al sandsynlighed være i gang med at blive opfyldt af parterne, og det vil dermed kunne få meget store konsekvenser for parterne, hvis processen skal afbrydes. Hvis kontrakten fx omhandler udviklingen af et IT system, vil der ud over et investeringstab opstå et tab af viden. Hvis en sådan kontrakt skal afbrydes, fordi ligebehandlingsprincippet er blevet overtrådt efter kontraktens indgåelse, vil det ikke nødvendigvis stemme overens med proportionalitetsprincippet at afbryde kontrakten. Omkostningerne ved at afbryde kontrakten på det tidspunkt skal tages i betragtning og opvejes mod hensynet om at overholde de øvrige grundlæggende principper.

Selvom parterne ikke har mulighed for at genforhandle under de gældende udbudsregler, kan der opstå klagesager og annullering af udbudskontrakter efter, de er indgået. Ifølge udbudsloven kan en udbudskontrakt, der ved endelig afgørelse skal bringes til ophør videreføres, hvis der er særlige forhold, der gør sig gældende jf. udbudsloven § 185 stk. 2. I lovbemærkningerne hertil fremgår det, at særlige forhold kan opstå, hvis det vil stride imod væsentlige samfundsinteresser fx, hvis ophøret

af kontrakten vil medføre et helt ekstraordinært værdispild³⁵⁴. Det vurderes, at denne afvejning er foretaget med udgangspunkt i proportionalitetsprincippet. Det uddybes ikke nærmere, hvor stort et værdispild, der skal være tale om, men ud fra ordlyden vurderes det, at det skal være omfattende, og at dette argument langt fra altid vil kunne bruges, hvis en kontrakt er indgået på ulovlig vis. Dette er et eksempel på, at der allerede i de nuværende udbudsregler er inddraget en afvejning for, hvor langt man vil gå for at sikre overholdelse af udbudsreglerne. Da der skal være tale om ekstraordinære situationer, førend et ulovligt udbud kan blive gennemført, vurderes det, at denne mulighed ikke ændrer på ovenstående konklusioner om de udfordringer, der vil opstå i forhold at overholde de grundlæggende principper, hvis der indføres mulighed for genforhandling.

4.6.3. Opsamling på genforhandling

Hvis der indføres en udbudsprocedure med mulighed for genforhandling, vil det føre til mere efficiente kontrakter. Udbudsreglerne formål om at sikre en effektiv allokering af de offentlige midler vil dermed være opfyldt. I forhold til proportionalitetsprincippet vil det styrke muligheden for, at princippet bliver overholdt, hvis parterne kan genforhandle en udbudskontrakt. Problemet med indførslen af genforhandling opstår i forhold til ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet, da der er stor risiko for, at disse ikke vil kunne overholdes under en genforhandling. Der skal dermed foretages en afvejning af, hvorvidt den økonomiske gevinst, det vil medføre at muliggøre genforhandling, overstiger vigtigheden af at overholde ligebehandlings- og gennemsigtigheden princippet. Proportionalitetsprincippet skal inddrages, når en sådan vurdering skal foretages.

4.7 Udbudsreglernes mange hensyn

Reglerne i udbudsloven er som fastslået ovenfor ikke indrettet, så det altid sikres, at der skabes efficiente løsninger. Økonomiens løsning på at skabe effektive kontrakter ved brug af genforhandling medfører stor risiko for, at de grundlæggende juridiske principper skal overholdes. Da juraen ikke altid tillader økonomiens løsning på, hvordan efficiente kontrakter bedst skabes, foretages en undersøgelse af de bagvedliggende årsager hertil. Udbudsloven har både de grundlæggende principper og markedshensynene at skulle tage stilling til. Det belyses, hvilke hensyn der kan opvejes, og hvilke hensyn der vil kunne betragtes som en forhindring for at skabe efficiente kontrakter.

³⁵⁴ Lovforslag nr. L 19, 2015, bemærkning til § 185

4.7.1 Effekten af udbudsreglernes hensyn

Udbudsloven har i 2016 givet de danske ordregivere og økonomiske aktører flere muligheder for at kunne indgå effektive kontakter med udvidelse af adgangen til de fleksible udbudsprocedurer. De offentlige myndigheder har herunder også fået rigere mulighed for, at kunne danne rammerne for udbuddene i samarbejde med tilbudsgiverne ved, at de fleksible procedurer er blevet en fast integreret del af udbudsreglerne og ikke blot er en undtagelse. Alt andet lige åbner loven op for flere offentlige og private samarbejder end det gamle direktiv gjorde. Lovgiver har dermed lyttet til markedet og analyseret sig frem til konkrete forbedringer.

Udbudsreglerne har mange hensyn i forhold til deres anvendelse, men særligt må det også vurderes, at der i udarbejdelsen af reglerne er flere modstridende interesser, som der ønskes en samlet løsning på. Dette kan anses som en umulig opgave eller nærmere en udfordring. Udbudsreglerne og indkøbsprocedurerne er ikke nye opfindelser for offentlige myndigheder. Dette er en del af hverdagen i driften af både offentlige og private sektorer. Reglerne i 2016 bærer dermed også præg af at det blev efterspurgt af erhvervslivet, men også fra EU, at der blev indført en mere opdateret og moderniseret tilgang til regelsættene, herunder udbudsreglerne.

Udbudsreglerne har ikke kun de formålsbestemte hensyn at tage. Disse har også til opgave at varetage markedets samt det overordnede samfunds interesse. Ved statslig interesse menes den strategi, Unionen forudsætter, herunder deres 2020 strategi. Dette er en strategi, alle EU medlemslandene vil blive en del af i større eller mindre omfang, hvorfor det også er en del af de hensyn, lovgiver skal tage stilling til i udarbejdelsen og indførelsen af nye love. Udbudsloven er en implementering af Udbudsdirektivet, hvorfor grundstenene og de grundlæggende hensyn allerede er indarbejdet i reglerne.

Som det fremføres i denne afhandling, vurderes det, at der er en del flere hensyn end kun juridiske at forholde sig til ved reglernes tilblivelse. Yderligere er det belyst, at de økonomiske hensyn vægter en stor del af udbudslovens formålsbestemmelser³⁵⁵. Det kan fristes at sige, at udbudsreglerne skal overholde flere hensyn, end hvad der er muligt. Kigges der på præamblen fra det første udbudsdirektiv i 1976³⁵⁶ og sammenligner det med udbudsdirektiv fra 2014³⁵⁷, ses der langt flere be-

³⁵⁵ Se afsnit 4.4. ”Økonomiske og ikke-økonomiske formål”

³⁵⁶ Udbudsdirektivet fra 1976 indeholder 16 betragtninger

tragtninger i de nyeste regler. Det kan selvfølgelig ikke opgøres i antallet af betragtninger, hvorledes der er kommet flere hensyn, udbudsreglerne skal forholde sig til. Men det kan alt andet lige belyse iagttagelsen af, at udbudsreglerne favner noget bredere i dag.

Udbud er et område, som både selv udvikler sig teknologisk fx ved indførelsen af internetbaserede databaser. Men udbudsreglerne omhandler også opgaver om udvikling af innovative projekter. Innovation har stor betydning både økonomisk, men også på et langt mere lavpraktisk niveau i beskyttelsen af borgere. Derfor skal udbudsreglerne også være tilpasset markedets og tidens udvikling, hvilket der blandt er givet rummelighed for med de fleksible udbudsprocedurer.

Innovation og modernisering går lidt hånd i hånd, hvilket også stemmer overens med 2020 Strategien. Men dette stemmer ikke overens, hvis hensynene både i de indarbejdede formål og de eksterne faktorer modarbejder hinanden. Der ønskes ikke kun en modernisering af reglerne, der ønskes også en optimering, således at det efficiente udbud kan opfyldes. Dog er spørgsmålet om dette er en mulighed, eftersom udbudsreglerne har en del hensyn at arbejde med.

Det efficiente udbud, som er fremført i denne afhandling, tager sit standpunkt i de regler, som eksisterer i dag. Herunder tager løsningen udgangspunkt i, hvordan der ville kunne muliggøres mere effektive udbud, da afhandlingens økonomiske analyse har påvist at de eksisterende udbudsprocedurer ikke altid medfører efficiente kontrakter. Udbudsreglernes formål løfter både økonomiske og ikke-økonomiske hensyn, og det er med udgangspunkt i disse det efficiente udbud er udarbejdet. Det vanskelige er blot realiteten i, hvorledes det efficiente udbud kan tillades og hvilke formål, økonomiske eller ikke-økonomiske, som bør vægtes højest. Det er ikke urealistisk at modernisere regler og love, men det er en vanskelig opgave, såfremt det ønskes at få flere modstridende hensyn til at samarbejde, hvis det mest efficiente ønskes fuldendt. Som fremvist i afsnit 4.6.2 modarbejder de elementære EU-retlige principper i større eller mindre grad den effektivitet, der ville være mulig at opnå. Men betyder dette, at det efficiente udbud er uopnåeligt?

³⁵⁷ Udbudsdirektivet fra 2014 indeholder 138 betragtninger

4.8. I hvilken grad er det muligt at skabe efficiente kontraktformer?

Udbudsreglerne har både økonomiske og ikke-økonomiske formål. Som det er blevet gennemgået ovenfor, kan begge formål ikke sikres på samme tid uden at gå på kompromis med hinanden. Det skal derfor undersøges og diskuteres, hvad der kan gøres, når udbudsreglerne ikke lever op til sine egne formål.

Det kan ikke sikres, at der altid skabes effektive kontrakter, så længe de grundlæggende principper også skal overholdes, da de ikke altid tillader genforhandling, efter kontrakten er indgået. Skal staten acceptere at dette er tilfældet? Hvis der ikke kan skabes efficiente kontrakter, sker der en forkert allokering af skatte kroner, da skattekroneerne ikke bliver brugt der, hvor de gavner mest. Dette har betydning for hele samfundsøkonomien og er dermed ikke nemt at forsvare overfor de skattepligtige borgere. Der skal foretages en afvejning mellem, hvor stor den økonomiske genvist ved at bryde reglerne er i forhold til, hvor stor gevinsten er ved at overholde de grundlæggende principper er. Kampen mellem de økonomiske og ikke-økonomiske principper handler om afvejningen mellem, hvorvidt man skal bryde reglerne kontra, hvor stor en gevinst det skaber ikke at overholde de grundlæggende principper. Det er muligheden for ex post forhandlinger i en udbudskontrakt, der vil skabe mest efficiente kontrakter, så spørgsmålet er, om det er værd at gå på kompromis med de grundlæggende principper af hensyn til dette.

Da det kan medføre en stor økonomisk genvist at indføre mere fleksibilitet ex post i udbudsprocessen, kan det overvejes, om man skal flytte noget af den fleksibilitet, der er indført ex ante, til efter kontrakten er indgået. Hvis dette kan gøres på en måde, så det ikke skader overtrædelsen af de grundlæggende principper mere, end der allerede er risiko for, vil ske med de nuværende fleksible udbudsprocedurer, vil det skabe mere efficiente kontrakter, uden at forværre risikoen for at de grundlæggende principper bliver overtrådt. Det er tidligere i afhandlingen fastslået, at udbudslovens regler for de fleksible udbudsprocedurer ikke sikrer hverken overholdelse af de grundlæggende principper eller skabelsen af efficiente kontrakter. Der er dermed i forvejen risiko for, at de grundlæggende principper bliver brudt. Når denne risiko allerede er til stede, er det bedre ud fra en samfundsøkonomisk synsvinkel at gå på kompromis med de grundlæggende principper på en måde, der skaber mere efficiente kontrakter.

Som tidligere gennemgået er et af formålene med at sikre ligebehandling og gennemsigtighed at bekæmpe korruption, som også er et samfundsmæssigt problem. Den generelle problematik om-

kring korruption er langt mindre omfattende i Danmark end i andre EU lande³⁵⁸. I en undersøgelse omkring korruption var det kun 6 % af de adspurgte danske virksomheder, der svarede ja til, at de troede at korruption havde været årsag til, de ikke vandt et udbud. Helt anderledes så det dog ud i fx Bulgarien, hvor 58 % af virksomheden svarede ja³⁵⁹. Problematikken med korruption er dermed ikke så relevant i forhold til de danske udbudsregler, som udbudsreglerne på europæisk plan. Hvis der er korruption i forbindelse med tildelingen af en udbudskontrakt, skader det konkurrencen om udbuddet, og der er dermed også risiko for en formindskelse af muligheden for at skabe efficiente kontrakter. Dette skyldes, at parterne kan indgå kontrakten til en kunstig høj pris, hvis der ikke er konkurrence om prisen. De økonomiske og ikke-økonomiske formål med udbudsreglerne står dermed ikke kun i kontrast til hinanden, men kan også være med til at styrke hinanden blandt andet i bekæmpelsen af korruption. Dette samarbejde mellem hensynene skal inddrages, når det skal overvejes, hvilke hensyn der skal vægtes højest og understøtter tilstedeværelsen af både økonomiske og ikke-økonomiske hensyn i reglerne.

Det er ikke muligt ud fra afhandlingens analyser og diskussion at frembringe en konkret løsning på konflikten mellem de økonomiske og ikke-økonomiske hensyn i udbudsreglerne, hvor begge hensyn kan sikres fuldt ud. Resultaterne fra den juridiske og økonomiske analyse viser, at denne konflikt allerede fra politisk side er anerkendt, da udbudslovens regler ikke løser konflikten. Lovgiverne har valgt at indføre mere fleksibilitet med udbudsreglerne med det formål at skabe mere effektive kontrakter, men har ikke formået at indrette reglerne på en måde, hvor dette er muligt, samtidig med at de grundlæggende principper altid bliver overholdt. Når der ikke findes en løsning, hvor begge formål kan sikres, viser resultaterne af denne afhandling, at der skabes mere efficiente kontrakter ved at gå på kompromis med de grundlæggende principper ved at indføre mere fleksibilitet i reglerne ex post. Det kan være en løsning at flytte noget af fleksibiliteten fra ex ante, hvor parterne ikke har nok information, som det er tilfældet med udbudslovens regler, da det vil være en mere efficient måde at gå på kompromis med de grundlæggende principper.

³⁵⁸ Se bilag 4 "*Korruption i forbindelse med udbud*"

³⁵⁹ Se bilag 4 "*Korruption i forbindelse med udbud*"

Kapitel 5 - Samlet konklusion

Proportionalitet-, Ligebehandlings- og Gennemsigtighedsprincippet er helt grundlæggende EU-retlige principper. Principperne skal dermed også overholdes, når der afholdes offentlige udbud. Principperne er indskrevet som en del af formålet med udbudsreglerne, hvilket understreger vigtigheden af, at de bliver overholdt. Andre centrale formål med udbudsreglerne er at skabe effektive udbudskontrakter og udvide adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer.

Der er indført øget fleksibilitet i udbudslovens fleksible udbudsprocedurer. Den øgede fleksibilitet er primært indført i bestemmelserne om, hvilke betingelser der skal være opfyldt førend, ordregiveren kan anvende de fleksible udbudsprocedurer. Bestemmelserne herfor er mere åbne og skal fortolkes mere udvidende end tidligere, hvilket er i overensstemmelse med formålet om at udvide adgangen til at anvende procedurerne. Den øgede fleksibilitet i adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer har gjort det vanskeligere for ordregiveren at overholde de grundlæggende EU-retlige principper. Der opstår særligt en udfordring for ordregiveren under forhandlings- og dialogfaserne i forhold til at overholde ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

For at skabe efficiente udbudskontrakter skal transaktionsomkostningerne i et udbud minimeres mest muligt. Forhandling mellem parterne kan være et redskab til at nedsætte transaktionsomkostningerne. Offentlig udbud kan skabe grundlag for efficiente kontrakter, hvis ordregiveren har fuld information om sit eget behov, og dermed kan definere det. De fleksible udbudsprocedurer kan føre til efficiente kontrakter, hvis der er kompleksitet til stede i kontrakten. Det er dermed muligt at skabe efficiente kontrakter med udbudslovens udbudsprocedurer under visse betingelser. Der vil opstå nogle situationer, hvor betingelserne ikke er opfyldt, da der er både en nedre og øvre grænse for, hvor meget kompleksitet, der må være til stede førend, der kan skabes efficiente kontrakter. Der vil opstå nogle situationer, hvor ingen af udbudsprocedurerne i udbudsloven kan medføre efficiente kontrakter, da transaktionsomkostninger kan blive for høje, og forhandling mellem parterne dermed bliver for dyrt. Den økonomiske løsning på problemet er at lade parterne genforhandle kontrakten ex post. Hvis parterne har mulighed for at genforhandle kontrakten ex post, kan det nedsætte transaktionsomkostningerne ex ante, og dermed skabe et bedre grundlag for efficiente kontrakter.

Udbudsreglerne skaber kun delvist mulighed for at udbudsprocedurerne kan føre til efficiente udbudskontrakter. Årsagen til at reglerne ikke altid lever op til økonomiens betingelser for at skabe efficiente kontrakter er, at udbudsreglerne ikke opstiller en øvre grænse for, hvor længe parterne må forhandle under de fleksible udbud. Økonomiens løsning på problematikken er, at indføre genforhandling. Hvis der bliver indført en mulighed for genforhandling af kontrakten ex post under de fleksible udbudsprocedurer, vil risikoen for, at de grundlæggende EU-retlige principper ikke bliver overholdt stige. Det er dermed ikke muligt at indføre en udbudsprocedure, hvor både formålet om at sikre effektiviteten og de grundlæggende principper er opfyldt. Udbudsreglerne har dermed hensyn af både økonomisk og ikke-økonomisk karakter, som ikke kan forenes. Afhandlingen giver ikke en entydig løsning på dette problem, da der skal foretages en vurdering af, hvilke hensyn der vægtes højest. Det afgørende er, hvorvidt en efficient kontrakts værdi kan veje tungere end hensynet til at sikre de grundlæggende EU-retlige principper eller omvendt.

Litteraturliste

Bøger:

Arrowsmidt, Sue, (2014), *“The law of public and utilities procurement – Regulation in the EU and UK Volume 1”*, Thomson Reuters, 3. udgave

Arrowsmith, Sue og Steen Treumer, (2012) *“Competitive dialouge in EU procurement”*, Cambridge University Press

Cooter, Robert og Thomas Ulen, (2007), *“Introduction to law and economics”*, Pearson, 5. udgave

Eide, Erling og Endre Stavang, (2013) *”Rettsøkonomi”*, Cappelen damm, 5. udgave

Fabricius, Jesper og René Offersen (2006), *”EU’s udbudsregler i praksis”*, Forlaget Thomson, 2. udgave

Frank, Robert H. (2010), *“Microeconomics and behavior”*, McGraw-Hill, 8. udgave

Hagel-Sørensen, Karsten (red.), (2016) *”Aktuel udbudsret II”*, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 1. udgave

Hansen, Anders Christian (red). (2007), *”Uden for hovedstrømmen – alternative strømninger i økonomisk teori”*, Roskilde universitetsforlag, 1. udgave

Knudsen, Christian, (1997), *”Økonomisk Metodologi – bind 2”*, Jurist- og økonomiforbundet Forlag, 2. udgave

Lichére , Francois, Roberto Caranta & Steen Truemer (eds.) (2014), *“Modernising public procurement: The New directive”*, Djøf publishing, 1. udgave

Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen (2010), *”EU Ret”*, Karnov Group, 6. udgave

Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø (2011), *”Retskilder og retsteorier”*, Jurist- og økonomiforbundet Forlag, 3. udgave

Piga, Gustavo og Khi V. Thai, (2007), *“The Economics of Public Procurement”*, Palgrave Macmillan, 1. udgave

Riis, Thomas og Jan Traskowski (red.), (2013), *”Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing, 1. udgave

Shavell, Steven, (2004), *“Foundations of economic analysis of law”*, Harvard university press, 1. udgave

Treumer, Steen (red.), (2016), *”Udbudsloven”*, Ex Tuto, 1. udgave

Tvarnø, Christina D. og Sarah Maria Denta, (2015), ”Få styr på metoden”, Ex Tuto Publishing, 1. udgave

Williamson, Oliver E., (1985), ”*The economic institution of capitalism*”, The Free Press, 1. Udgave

Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen (2015), ”*EU’s udbudsregler – i dansk kontekst*”, jurist- og økonomforbundets forlag, 1. udgave

Ølykke, Grith Skovgaard, Carina Risvig Hansen og Christina D. Tvarnø (eds.), (2012), ”*EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation*”, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1. udgave

Artikler:

Bajari, Patrick, Robert McMillan og Steven Tadelis (2008), ”*Auctions versus negotiations in procurement: An empirical Analysis*”, The Journal of Law, economics & organization, vol. 25, no. 2

Coase, R. H., (1937) ”*The nature of the firm*”, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16

Coase, R. H., (1960), ”*The problem of social cost*”, The Journal of law and economics, Volume III

Fabricius, Jesper, (2015), ”*Den nye udbudslov*”, *Erhvervsjuridisk tidsskrift* 2015.57

Miceli, Thomas J., (2004), ”*The economic approach to law*”, *Stanford economics and finance*

Williamson, Oliver E., (1981), ”*The economics of Organization: The transaction Cost Approach*”, *American Journal of Sociology*, Volume 87, Issue 3 pp. 548-577

Williamson, Oliver E., (1991), ”*Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*”, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2, pp. 269-296

Regulering:

Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter BEK nr. 712 af 15/06/2011

Europa-Parlamentet og rådets direktiv af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (2014/24/EU)

Europa-Parlamentet og rådets direktiv af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18/EF)

Rådets direktiv af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (93/36/EØF)

Rådets direktiv af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (77/62/EØF)

Rådets direktiv af 22. marts 1988 om ændring af direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb samt om ophævelse af visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF (88/295/EØF)

Traktat om den europæiske union og Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde, 1. december 2009

Traktat om den europæiske union samt teksten til traktaten om oprettelse af det europæiske fællesskab, 92/C 224/01, 31. august 1992

Traktaten om oprettelse af Det europæiske kul- og stålfællesskab, Paris 18. april 1951 (Engelsk version)

Udbudsloven lov nr. 1564 af 15/12/2015

Domme og afgørelser

De forende sager C-21 og 34/03, Fabricom SA mod État belge, ECLI:EU:C:2005:127.

Højesterets dom af 11. februar 2015 Hans Damm Research mod Erhvervsstyrelsen og Forsvarsministeriet

Klagenævnet for udbuds kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen

Klagenævnet for udbuds kendelse af 16. marts 2011, Ove Kristensen mod EnergiMidt A/S

Klagenævnet for udbuds kendelse af 21. januar 2016, Holmris + Flexform A/S mod Holbæk Kommune

Sag 14/83 Von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen, saml. 1984 s. 1891

Sag 26/62 Van gend & loos mod den nederlandske finansforvaltning ECLI:EU:C:1963:1

Sag 331/88, The Queen mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food og Secretary of State for Health, Ex Parte Fedesa m.fl., ECLI:EU:C:1990:391

Sag 6/64 Flaminio Costa mod ENEL ECLI:EU:C:1964:66

Sag C-226/09 kommission mod Irland, ECLI:EU:C:2010:697

Sag c-324/07, Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle sam. 2008 I-8457

Sag C-324/98, Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, ECLI:EU:C:2000:669

Sag c-340/96 Kommissionen mod Storbritannien og Nordirland

Sag C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, ECLI:EU:C:2013:793.

Sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien, ECLI:EU:C:2002:379

Sag T-340/00, Comunità montana della Valnerina m. fl. mod Kommissionen

Vestre landsrets dom af 16. marts 2004 Århus amt mod Judex, Thomson Reuters, VL2004.B.1979.02.B.2567.01

Andet:

"Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud", (2011), Udbudsrådet

Betænkning over forslag til udbudsloven, Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget, 12. november 2015

Den europæiske union om EU-lovgivning og beslutningstagning, www.europa.eu, (Besøgt 12. maj 2016)

Erklæring fra Rådet og Kommissionen i forbindelse med direktiv 93/37/EØF (EFT nr. L 111/114 af 30/4 1994)

EUR-lex resumé af traktaten om oprettelsen af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=URISERV:xy0022> (Besøgt 12. maj 2016)

EUR-lex resumé af traktaten om oprettelsen af Det Europæiske Økonomiske fællesskab <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=URISERV%3Axy0023> (Besøgt 12. maj 2016)

Fakta om medlemslande, www.eu.dk, (Besøgt 12. maj 2016)

"Flash Eurobarometer 374 report - Business attitudes towards corruption in the EU", (2014), Europa kommissionen

Forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktivet om offentlige indkøb, Bruxelles den 20.12.2011, KOM(2011) 896 endelig

"Fra få til mange leverandører – øget konkurrence mellem leverandører af offentlig service", (2003), Finansministeriet m. fl.

Grønbog, 2011: *"Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb"*, Bruxelles den 27.1.2011, KOM(2011) 15 endelig

"Guide til ministerier vedrørende arbejdet i regeringens EU- implementeringsudvalg og Implementeringsrådet", Erhvervs- og vækstministeriets notat, 29. oktober 2015

"Indblik i EU-politik Konkurrence", (2014), Europa-Kommissionen

Kommissionens meddelelse, 13.4.2011: Meddelelse fra kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det europæiske økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget *"Akten for det indre marked, Tolv løftestænger til at skabe vækst og øget tillid "Sammen om fornyet vækst"*", Bruxelles, den 13.4.2011 KOM(2011) 206 endelig

Kommissionens meddelelse, 27.10.2010: Meddelelse fra kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det europæiske økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget, *"På vej mod en akt for det indre marked - For en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne - 50 forslag med henblik på at blive bedre til at arbejde, iværksætte og handle sammen"*, Bruxelles den 27.10.2010, KOM(2010) 608 endelig.

Kommissionens meddelelse, 3.3.2010: Meddelelse fra Kommission *"Europa 2020 – en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst"*, Bruxelles, den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 endelig

Kommissorium, 2013: Erhvervs- og Vækstministeriet, *"Kommissorium for udvalg om dansk udbudslovgivning"*, 26. Juni 2013

Lovforslag nr. L 19, Forslag til Udbudsloven, fremsat 7. oktober 2015,

"Muligheder og udfordring ved fleksible udbudsformer", slides fra bygningsstyrelsens oplæg ved dialogmøde og fleksible udbudsformer hos konkurrence og forbrugerstyrelsen d. 23. februar 2016

"Public Procurement Indicators 2014", (2016), Kommissionen

"Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning", (2014), udbudsudvalget

"Status for offentlig konkurrence 2015", (2015), Konkurrence- og forbrugerstyrelsen

"Status for offentlig konkurrence", (2015), Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

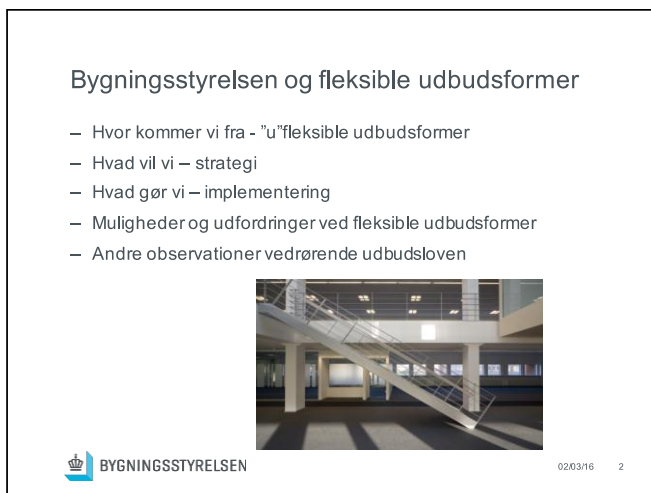
"Udbudsdirektiverne vejledning 2006", (2006), Konkurrence- og forbrugerstyrelsen

"Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne", (2016), Konkurrence- og forbrugerstyrelsen

"Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af tjenesteydelser direktiv 92/50/EØF", (1993), Europa-Kommissionen

Bilag 1 - Muligheder og udfordringer ved fleksible udbudsformer

02/03/16



Hvor kommer vi fra - "u" fleksible udbudsformer

Før 1. januar 2016 – meget begrænset mulighed for dialog (under udbud)

- Næstved politistation
 - Omvendt licitation
 - Tilbudsgiver tror, at et prisafslag vil resultere i en bedre tilbudsvurdering
 - Dialog forud for tilbudsgivning – kunne have rettet misforståelsen



Hvor kommer vi fra - "u" fleksible udbudsformer

Før 1. januar 2016 – skrappe betingelser for at anvende konkurrencepræget dialog

- Vestre Landsret (OPP)
 - Komplex aftale, men alligevel næppe hjemmel til at anvende konkurrencepræget dialog, da Bygningstilsynet tidligere havde været i stand til at definere tekniske, finansielle og retlige krav



Hvad vil vi - Bygningsstyrelsen's strategi

MISSION

- Vi skaber de rigtige rammer for arbejde og læring

VISION

- Vi er vidende og kompetente i vores rådgivning, samt effektive og konsekvente i vores leverancer

STRATEGISKE INDSATSOMRÅDER

- 1. Klare beslutningsgrundlag – *bl.a. via dialog*
- 2. Stærk gennemførelse – *bl.a. via effektive udbud og klare aftaler baseret på dialog ml. projekterende og udførende*
- 3. Vidensbaseret optimering – *bl.a. via videndeling*

De fleksible udbudsformer giver os mulighed for at gentænke vores forretningsmodel (organisering af byggesager)



BYGNINGSSTYRELSEN

02/03/16 5

Hvad gør vi - implementering

- Opdatering af koncepter og vejledninger i dialog med branche, søsterorganisationer og myndigheder
- Undervisning af projektledere og samarbejdspartnere
- I første omgang fokus på udbud med forhandling – senere konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber
- Trækker på erfaringer med forhandling fra tilbudslov og sikkerhedsdirektiv
- Bidrag til Bygherreforeningens drejebog og KFST/TBST-vejledning



BYGNINGSSTYRELSEN

02/03/16 6

Muligheder og udfordringer med fleksible udbudsformer

- Markedsdialog

Mere i fokus, men ligebehandling skal selvsagt sikres

- Videre rammer for dialog under udbud

Muliggør bedre forventningsafstemning og dialog mellem projekterende og udførende

Risiko for, at udbyder og rådgivere/entreprenører bruger for mange ressourcer på forhandling set i forhold til den værdi forhandlingen skaber

Alle parter skal lære (der skal være noget at forhandle om!)

- Meget er uændret

Grundlæggende principper, rammeaftaler, tærskelværdier, delkontrakter, mm

Andre foreløbige observationer vedrørende udbudsloven

- Lettere udbud af mindre rådgiveropgaver under 1 mio. kr.

Forenklet procedure – men med fortsat fokus på konkurrenceudsættelse

- Offentliggørelse af udbudsmateriale samtidigt med udbudsbekendtgørelse

En tilvænningsag

- Europæisk udbudspas (ESPD'en)

Endnu ikke helt enkelt at anvende for udbydere og leverandører

- Offentliggørelse af evalueringsmetode

Man skal finde den rigtige balance ml. gennemsigtighed og skøn

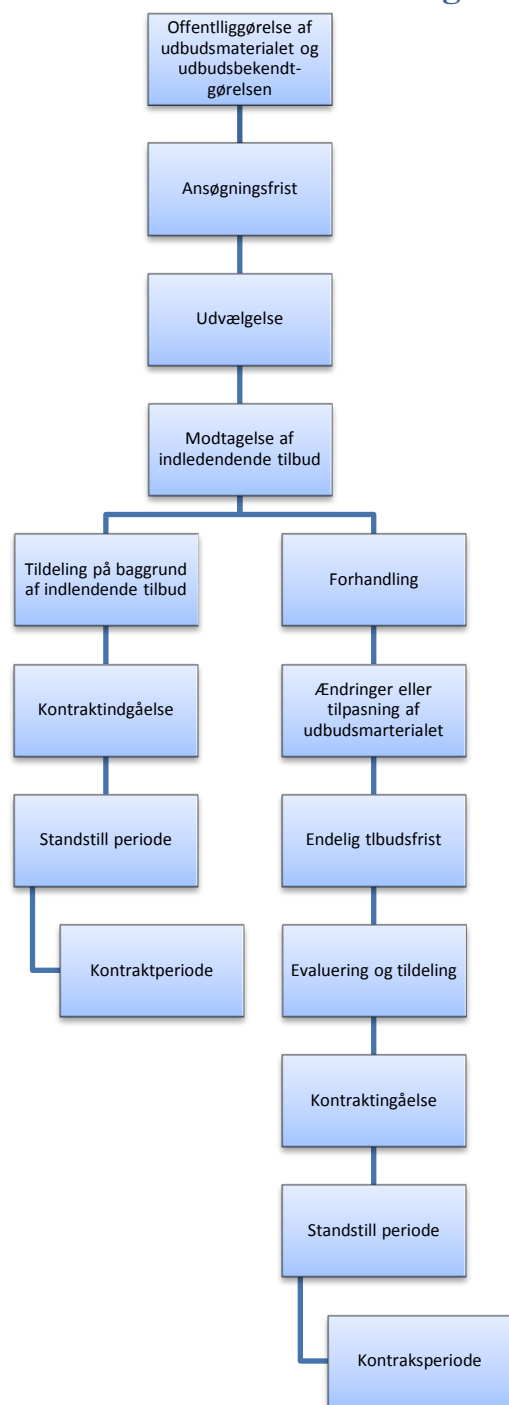
- Klarere regler om mulighed for ændring af kontrakter og konsekvens af annullation

Bygningsstyrelsen og fleksible udbudsformer

- Vi har sendt de første bekendtgørelser afsted (samtidigt med offentliggørelse af udbudsmaterialet)
- Og ser med forventning frem til det videre arbejde med fleksible udbudsformer



Bilag 2 - Illustration af udbud med forhandling



Kilde: Egen tilblivelse

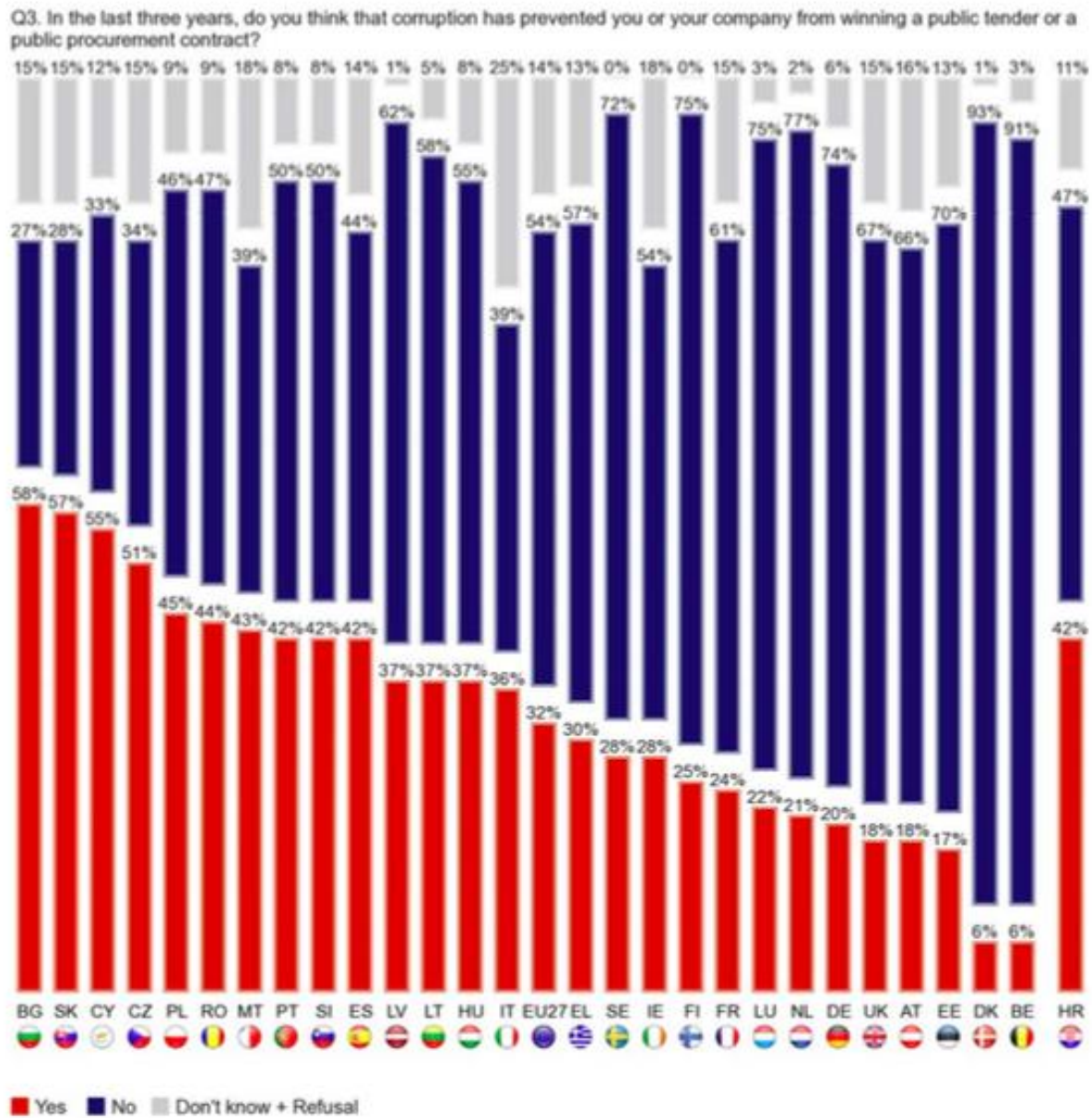
Bilag 3 – Kontrakter indgået ved konkurrencepræget dialog

Table 1.2 *Contract notices in the OJEU relating to competitive dialogue:
1 April 2010 to 31 March 2011*

Member State	Number of contract notices
France	452
United Kingdom	356
Poland	48
Finland	25
Germany	19
Netherlands	19
Estonia	17
Spain	16
Sweden	16
Ireland	15
Slovenia	13
Denmark	8
Czech Rep	7
Italy	6
Romania	5
Greece	4
Hungary	2
Luxembourg	2
Slovakia	2
Austria	1
Lithuania	1
Belgium	0
Bulgaria	0
Cyprus	0
Latvia	0
Malta	0
Portugal	0
Total	1,034

Kilde: Arrowsmidt og Treumer, 2012, s. 51

Bilag 4 - Korruption i forbindelse med udbud



Base: Companies that took part in a public tender or a public procurement procedure / Base (n=2816)

Kilde: "Flash Eurobarometer 374 report - Business attitudes towards corruption in the EU", 2014, s. 54