

Forhandling under udbudsloven

- en mulighed for efficiens for offentlige IT-udviklingskontrakter

*Negotiation in the Danish procurement act
– an opportunity for efficiency for public IT development contracts*

Kandidatafhandling

Cand.merc.jur, 2016

Udarbejdet af:

Christine Hincheli Nielsen

Elena Yalovenko

Juridisk vejleder: Michael Lund Nørgaard

Økonomisk vejleder: Kalle Johannes Rose

Afleveringsdato: 17.05.2016

Antal anslag: 253.828 = 111,6 normalsider

Abstract

This thesis examines whether the new Danish procurement act promotes efficient contracting of public IT development contracts.

In the economic chapter Coase's theories on efficiency are supplemented by Williamson's assumptions on transaction cost and are used to analyze whether an efficient outcome is possible for public IT procurement contracts with high transaction cost. The extend of transaction cost for this type of contracts is analyzed by using Cooter and Ulen's factors which affect transaction costs, where it is held that transaction costs are high due to the private information, which affects the other factors. Private information can be dealt with by bargaining, which implies a cost itself. The economic analysis declares that a Kaldor-Hicks efficiency is possible as long as the public party gains more from bargaining than the cost of bargaining.

By analyzing the Danish procurement act, the thesis examines the possibility of using negotiation in the flexible procedures of the act. The requirements for accessing the procedures with bargaining possibilities are examined and compared to the requirements in the procurement directive for 2004. It is held that the requirements are less restrict and it is now easier for public IT development contracts to access negotiation ex ante in the Danish procurement act. It is found that the procedure competitive dialog allows negotiation of all aspects of the procurement, as long as the negotiation does not resolve in a change of the primary element in the original procurement documents. The access to negotiation ex post is broad for all procurement procedures and negotiation are possible, as long as they don't resolve in a change of primary element of the contract.

The results of the economic and legal analyses are combined and analyzed in an integrated law and economic perspective. The importance of bargaining access is discussed in the perspective of the primary principles of the procurement directive. Based on the less restricted access to the flexible procedures it is stated, that the Danish procurement act can lead to a Kaldor-Hicks efficiency improvement.

It is concluded that the Danish procurement act promotes efficient contracting of public IT development contracts.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1	5
1.1 Indledning	5
1.2 Problemformulering	6
1.3 Synsvinkel	7
1.4 Teori og metode	7
1.4.1 Juridisk metode	7
1.4.2 Økonomisk metode.....	10
1.4.3 Integreret metode	12
1.5 Afgrænsning.....	13
1.6 Struktur	14
1.6.1 Økonomisk struktur	14
1.6.2 Juridisk struktur	14
1.6.3 Integreret struktur	15
 Kapitel 2	 16
2.1 Partsautonomi	16
2.2 Kontraktindgåelse.....	17
2.2.1 Indgåelse af traditionelle kontrakter.....	17
2.2.2 Indgåelse af udbudspligtige IT-udviklingskontrakter	17
2.3 Udviklingskontrakter.....	18
2.4 Faseopdeling i et IT-udviklingsprojekt	19
2.4.1 Idé- og analysefasen.....	19
2.4.2 Anskaffelsesfasen	20
2.4.3 Gennemførelsesfasen	20
2.5 Opsummering.....	20
 Kapitel 3	 22
3.1 Markedsligevægt.....	23
3.1.1 Velfærdsmaksimerende ligevægt under fuldkommen konkurrence	24
3.1.2 Mulighed for fuldkommen konkurrence.....	26
3.1.3 Indskrænkninger	27
3.2 Coase-teoremet og efficiens	28
3.3 Transaktionsomkostninger	30
3.3.1 Aktørforudsætninger.....	31
3.3.2 Transaktionsdimensioner	31
3.3.3 Transaktionsomkostningers størrelse.....	32
3.3.4 Parternes transaktionsomkostninger	38
3.4 Efficiens ved reduktion af transaktionsomkostninger	47
3.4.1 Reduktion af omkostningsfaktorer	47
3.4.3 Diskussion vedrørende reduktion af omkostninger og efficiens	49
3.5 Efficiens ved høje transaktionsomkostninger	50
3.5.1 Risiko i forbindelse med IT-udviklingskontrakter	51
3.5.2 Efficiensbetragtning	52
3.6 Økonomisk delkonklusion	54

Kapitel 4	55
4.1 Udbud	55
4.1.1 Formålet med udbudsreglerne	55
4.1.2 De grundlæggende principper.....	56
4.1.3 Udbudsloven og implementering i dansk ret.....	62
4.2 Offentlige IT-udviklingskontrakter og de fleksible udbudsprocedurer.....	63
4.2.1 Betingelser for de fleksible udbudsformer	63
4.2.2 Lempelse i betingelserne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog	69
4.3 Forhandling ex ante under udbudsloven.....	74
4.3.1 Forhandling ex ante under de fleksible udbudsformer.....	74
4.4 Forhandling ex post under udbudsloven	82
4.4.1 Ændringshåndtering af en indgået kontrakt.....	84
4.4.2 Undtagelser i §§ 179-183.....	87
4.4.3 Opsummering af forhandling ex post.....	91
4.5 Juridisk delkonklusion	92
 Kapitel 5	 93
5.1 Økonomiens begrænsninger	94
5.2 Forhandling om alle dele af udbuddet.....	95
5.2.1 De grundlæggende principper.....	95
5.2.2 Formålet med principperne	96
5.2.3 Tilsidesættelsen af de grundlæggende principper ved mulighed for forhandling.....	98
5.3 Proportionalitet mellem efficiens og udbudsrettens bagvedliggende hensyn	99
5.4 Behov for forhandling af det grundlæggende element i praksis.....	100
5.5 Efficiens gennem en bredere adgang til de fleksible procedurer	102
 Samlet konklusion	 104
 Perspektivering.....	 105
 Litteraturliste.....	 106

Kapitel 1

1.1 Indledning

I de seneste år har der været en række sager knyttet til uhensigtsmæssig udnyttelse og sågar spild af offentlige midler forbundet med indkøb og udvikling af IT-systemer i offentligt regi¹. Dette kan skyldes IT-systemernes vitale betydning for de offentlige ordregivere og samtidigt indirekte for borgerne, i form af mangelfuld efterlevelse af det offentliges forpligtelser². Ydermere kan udvikling af IT-systemer være en kompleks proces forbundet både med store omkostninger og risici ved udvikling af disse³, som lægger endnu større pres på de offentlige ordregivere til at opfylde forpligtelsen om optimal udnyttelse af offentlige midler.

Offentlige IT-kontrakter kan være vanskelige at udarbejde og da ydelsen ikke eksisterer på aftaletidspunktet, kan det være vanskeligt at konstatere, om systemet vil kunne efterleve det offentliges krav⁴. Udfordringen problematiseres yderligere, eftersom udbudsretten forpligter de ordregivende myndigheder til at følge særlige regler ved indgåelse af offentlige kontrakter.

Udbudsreglerne, som gælder for offentlige indkøb af en vis økonomisk størrelse, er reguleret på et europæisk plan ved en række direktiver. Idet offentlige udbud af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejdere udgør en markant del af EU's budget, er udbud et egnet værktøj til at støtte fælles samfundsmål og strategier⁵.

Udbudsreglerne danner bl.a. rammen for en retsbeskyttelse af aktuelle og potentielle tilbudsgivere, skabelse af effektiv konkurrence, bedst mulig udnyttelse af offentlige midler⁶ og sikring mod inhabilitet og korruption. Den EU-retlige dimension i reglerne afspejles i sikring af den frie bevægelighed, samt sikring af en ufordrejet konkurrence på EU's markeder for offentlige indkøb⁷.

I januar 2011 blev der af Kommissionen offentliggjort en "Grønbog"⁸, hvis formål var at igangsætte en offentlig høring om mulighederne for ændring af dagældende udbudsregler. Reglerne skulle moderniseres og være med til at skabe mere enkle og fleksible udbudsprocedurer⁹. Disse ønsker

¹ Skat skrotter IT-system: Gældsinddrivelse lagt på is, Regeringen lukker omstridt POLSAG-projekt, Arbejdsskadsstyrelsens IT-system PROASK lukkes ned.

² Udsen, 2014, s. 29.

³ Udsen, 2014, s. 533

⁴ Udsen, 2014, s. 75

⁵ Eksempelvis 2020-strategien, som er EU's vækststrategi.

⁶ Udbudsloven, LOV nr. 1564 af 15/12/2015, § 1.

⁷ Sag C-26/03 Stadt Halle og Lochau, præmis 44.

⁸ Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb.

⁹ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 41.

resulterede i vedtagelsen af det nye udbudsdirektiv¹⁰ (herefter udbudsdirektivet) i 2014, som blev implementeret i den danske udbudslov, lov nr. 1564 af 15/12/2015 (herefter udbudsloven).

De nye udbudsregler imødekommer medlemsstaternes ønske om endnu større forøgelse af fleksibiliteten og adgang til forhandling i forbindelse med lempelse af reglerne for konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling¹¹.

Udbudsloven indeholder en række nye regler og en ny procedure, som åbner op for et større samarbejde mellem de ordregivende myndigheder og tilbudsgiverne. Inddragelse af tilbudsgiverne i rådgivningen og tilrettelæggelsen af udbuddet, nemmere adgang til brug af de fleksible udbudsformer – udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, samt den nye udbudsprocedure innovationspartnerskab var nogle af de tiltag, som blev indført i direktivet og derefter implementeret i dansk ret¹². Disse tiltag peger i retning af et ønske, om at gøre det nemmere for ordregiverne at bruge tilbudsgivernes kompetencer i de tilfælde ordregiverne finder nødvendigt.

I denne sammenhæng synes det at være nærliggende at undersøge, om en videre udnyttelse af tilbudsgivernes kompetencer giver mulighed for at skabe efficiens på området for udbud, hvor det hidtil har været problematisk på baggrund af de ufleksible udbudsregler. Da vil det være relevant at undersøge om indførelsen af udbudsloven vil være med til at løse problematikkerne vedrørende mislykkede offentlige IT-udviklingsprojekter og dermed være med til at opnå maksimal udnyttelse af offentlige midler.

1.2 Problemformulering

Problemformuleringen indeholder et overordnet integreret spørgsmål, samt to underspørgsmål. Disse underspørgsmål vil besvares først i afhandlingen, i henholdsvis et økonomisk og juridisk kapitel for at kunne besvare det overordnede spørgsmål. Delkonklusionerne fra disse to kapitler, sammenholdt med analysen i det integrerede kapitel, lægger grundlaget for besvarelsen af det overordnede spørgsmål.

Integreret:

- Hvorvidt er udbudslovens regler om forhandling af kontrakter økonomisk efficiente for offentlige IT-udviklingskontrakter?

¹⁰ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

¹¹ Udsen, 2014, s. 206-207.

¹² Ølykke & Nielsen, 2015, s. 42.

Økonomisk:

- I hvilken grad kan det være effektivt for offentlige IT-udviklingskontrakter at anvende forhandling?

Juridisk:

- Hvorvidt muliggør udbudsloven forhandling af offentlige IT-udviklingskontrakter ex ante og ex post?

1.3 Synsvinkel

Denne afhandling har til formål at analysere, hvorvidt indførelsen af udbudsloven og de nye muligheder for at anvende de fleksible procedurer påvirker efficiensen i samfundet. I både den økonomiske og juridiske analyse, ses der på henholdsvis transaktionsomkostninger for alle parter ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter, og ligeledes både den offentlige og de private parteres adgang til forhandling under udbudsreglerne. Denne synsvinkel er anvendt grundet interessen i, om begge kontraktparter vinder ved indførelsen af loven. Den integrerede analyse anvender en retsøkonomisk tilgang, og undersøger dermed hvorvidt de nye regler er samfundsefficiente.

På baggrund af disse overvejelser vil det være logisk at anvende en samfundsmæssig synsvinkel til besvarelsen af problemformuleringen.

1.4 Teori og metode

1.4.1 Juridisk metode

Den juridiske problemstilling besvares ved anvendelse af en retsdogmatisk metode. Denne metode bruges til at udlede gældende ret gennem systematisering, beskrivelse, analysering og fortolkning af relevante retskilder¹³, såsom EU's udbudsdirektiver, udbudsloven¹⁴ og retspraksis. Dette foretages med henblik på at finde frem til gældende ret¹⁵. Retskilderne er regulering, retspraksis, sædvaner og forholdets natur. Der eksisterer ikke en rangorden blandt retskilderne, men rækkefølgen imellem retskilderne er helt central i retsdogmatikken¹⁶.

¹³ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 28.

¹⁴ Udbudsloven, LOV nr. 1564 af 15/12/2015.

¹⁵ Tvarnø & Denta, 2015, s. 195.

¹⁶ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 32.

1.4.1.1 Retskildelæren

Den retsdogmatiske analyse ses i sammenhæng med retskildelæren, hvor den retsdogmatiske analyse tager udgangspunkt i de kilder, der defineres af retskildelæren, og suppleres med nødvendige fortolkningsbidrag¹⁷.

Den ovennævnte opdeling af retskilderne er baseret på Alf Ross' realistiske retsteori¹⁸. Det er dog kun de retskilder der findes relevante i forhold til problemformuleringen, der bliver anvendt i denne afhandling. Kilderne under den retsdogmatiske analyse gennemgås i en bestemt rækkefølge som er: regulering, retspraksis, sædvaner samt forholdets natur.

Udgangspunktet for den juridiske analyse vil være i national regulering, men der vil også blive anvendt relevant EU-retlig regulering, da udbudsloven implementerer udbudsdirektivet fra 2014. Det fastslås i Costa mod ENEL-dommen¹⁹, at EU-retten har forrang for national ret. Her blev en italiensk lov omstødt, fordi loven var i strid med EU-retten. Det betyder i praksis, at i tilfælde af konflikt mellem national og EU-ret, vil EU-retten være overlegen, også i tilfælde, hvor den nationale regulering er lex posterior²⁰. Den nationale regulering skal derudover fortolkes EU-konformt, jf. Von Colson-dommen²¹, der giver den nationale domstol pligt til at skabe contra legen²². Derfor er det vigtigt at inddrage den EU-retlige regulering, for at se hvad de nationale regler skal tolkes i overensstemmelse med.

EU-retskilder er opdelt i primære og sekundære retskilder²³. Den primære retskilde består af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsområde²⁴. Traktaten og EU-rettens almindelige principper skal overholdes, også selv om kontrakterne falder uden for direktivernes anvendelse²⁵.

Den sekundære regulering opdeles i bindende og ikke-bindende retskilder, jf. art. 288 TEUF. De bindende sekundære retskilder i denne afhandling består af udbudsdirektivet²⁶, da direktiver er bindende for enhver medlemsstat, jf. art. 288 TEUF. De primærretlige principper som nævnt i direktivets betragtning 1 i præamblen, såsom ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet analyseres i samspil med udbudsdirektivet.

¹⁷ Tvarnø & Denta, s. 49.

¹⁸ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 49.

¹⁹ Sag 6/64, Costa mod ENEL.

²⁰ Reglen betyder at en yngre lov går forud for en ældre lov.

²¹ C-14/83, Von Colson,

²² Contra legen betyder, at de nationale regler skal strækkes så langt som muligt, for at opnå den overensstemmelse med bestemmelserne i EU-retten.

²³ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 124.

²⁴ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), C 83/47.

²⁵ Nielsen, 2010, s. 31.

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

Inden for udbudsretten er der afsagt et antal domme omhandlende offentlige udbud. Dommenes præjudikatværdi afhænger af, om afgørelserne har betydning for at *"virke ledende for fremtidige afgørelser"*²⁷. Det er oftest kun domme afsagt af domstole, der tillægges præjudikatværdi²⁸.

EU-domstolen anvender en fortolkningsstil, der forudsætter, at den i princippet ikke er bundet af sine tidligere afgørelser²⁹. Dette betyder, at EU-domstolen eksplicit ændrer eller modificerer sin tidligere praksis, hvilket dog sjældent sker³⁰.

1.4.1.1.1 Anvendt retspraksis

Dommene der vil blive brugt i denne afhandling, er afgørelser fra henholdsvis Klagenævnet for Udbud og EU-domstolen. Selvom domme fra Højesteret naturligvis har den største præjudikatværdi, bliver kendelser afsagt af Klagenævnet for Udbud inddraget, da Klagenævnet udgør den primære retshåndhævende instans i Danmark. Idet Klagenævnet afsiger et stort antal afgørelser, vil det fra en praktisk synsvinkel være vigtige kilder, da disse er med til at give et indtryk af, hvad der gælder i forskellige udbudssituationer³¹.

Til at statuere ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet betydning for udbudsretten inddrages henholdsvis Storebælt-sagen³² og Slovensko-dommen³³. Ved analysen af betingelserne for at anvende de fleksible udbudsprocedurer analyseres EU-dommen Max Havelaar³⁴, for at tydeliggøre en ændring i retstilstanden på området for tekniske specifikationer. Derudover inddrages en dansk kendelse³⁵, for at belyse bestemmelserne i § 61, stk. 1, nr. 2 og § 67, stk. 1, nr. 2, relevans for IT-udviklingskontrakter.

I afsnit 4.3 bliver de tre udbudsprocedurer, som har relevans for afhandlingen, gennemgået med ønsket om, at analysere forskellen i forhandlingsmulighederne i disse procedurer. I afsnittet om udbud med forhandling bliver Nordecon-dommen analyseret, med det formål at illustrere hvor grænserne for forhandling er, for denne procedure. Forhandlinger om mindstekrav vil ved analysen af dommen ses i forbindelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

I afsnit 4.4 vil der blive inddraget fire domme. I Per Aarsleff-kendelsen³⁶ bliver kun én af klagepåstandene i kendelsen analyseret, da det kun er den ene som har relevans for afhandlingen. Forhandlingen i kendelsen bliver inddraget for at vise, at adgangen til forhandling efter beslutningen

²⁷ Andersen, 2002, s. 155.

²⁸ Tvarnø & Denta, 2015, s. 177.

²⁹ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 180.

³⁰ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 180-181.

³¹ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 67.

³² C-243/89 Storebælt.

³³ C-599/10 Slovensko.

³⁴ C-368/10 Max Havelaar.

³⁵ J.nr.: 2011-002579, Ortos A/S mod Odense Kommune.

³⁶ J.nr.: 04-135.177, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.

om kontrakttildeling er taget, gælder for alle udbudsprocedurer. Derudover vil Pressetext-dommen³⁷ analyseres med henblik på at give en forståelse af grænserne for ændringshåndtering af en indgået kontrakt. For undtagelserne til ændring af det grundlæggende element i en indgået kontrakt angående uforudsete omstændigheder, vil Frutta-dommen og en dansk kendelse³⁸ blive analyseret for at klargøre hvad der kan ændres, grundet uforudsete omstændigheder.

1.4.1.2 Fortolkningslæren

Fortolkningslæren bruges til at sætte retningslinjer for, hvorledes gældende ret udledes på baggrund af de anvendte retskilder. Fortolkning af de enkelte retskilder kan varieres afhængigt af, om man fortager en formålsfortolkning, ordlydsfortolkning eller en tredje form for fortolkning.

I EU-regi er formålsfortolkningen typisk objektiv formålsfortolkning³⁹, da man i EU-retten fortolker en tekst ud fra dens ordlyd under hensyn til bestemmelsens formål⁴⁰, som ofte er fremsat i præambelen til f.eks. udbudsdirektivet.

I forhold til dansk ret anvendes både subjektiv og objektiv formålsfortolkning, alt afhængig af situationen⁴¹. Den subjektive formålsfortolkning bliver brugt, når der henvises til forarbejderne, hvorimod den objektive formålsfortolkning anvendes, når forarbejderne stammer fra mindre sagkyndige, som f.eks. politikere eller interesserepræsentanter⁴².

I denne afhandling anvendes den objektive formålsfortolkning i EU-regi og den subjektive formålsfortolkning i nationalt regi, idet lovbemærkningerne til udbudsloven bliver brugt som fortolkningsbidrag.

1.4.2 Økonomisk metode

I den økonomiske analyse tages der afsæt i den deduktive metode, som tager udgangspunkt i eksisterende teori⁴³. Der anvendes følgende økonomiske teorier, som findes relevante for besvarelsen af problemformuleringen.

Udgangspunktet for den økonomiske analyse er mikroøkonomisk teori, der er baseret på den neoklassiske tankegang. Neoklassisk økonomisk teori bygger videre på den klassiske økonomiske teori, som anser markedskræfterne bestemmende for prisdannelsen, og introducerer pristeorien og nyttebegrebet. Den neoklassiske teori forklarer og forudsiger virksomheders adfærd under

³⁷ C-454/06 Pressetext.

³⁸ J.nr.: 2015-95, Jens & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune.

³⁹ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 233.

⁴⁰ Nielsen, 2010, s. 23.

⁴¹ Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 241.

⁴² Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 242.

⁴³ Andersen, 2008, s. 35.

forskellige markedsstrukturer⁴⁴, idet teorien er bygget på, at agenterne er fuldt rationelle og har fuldt information, mens ressourcerne er begrænsede⁴⁵. I det neoklassiske forskningsprogram studeres den profitmaksimerende virksomhedsadfærd under forskellige markedsformer⁴⁶, hvor det udelukkende er virksomhedernes eksterne markeds-mæssige adfærd der ses på⁴⁷. Den mikroøkonomiske teori er relevant for problemstillingen, da den behandler markedsmekanismerne, som er prisdannende på et marked. Teorien vil blive anvendt til vurdering af, hvorvidt ligevægten på et marked for IT-udviklingsløsninger er velfærdsmaksimerende. Den økonomiske analyse vil gå mere i dybden med, hvorvidt markedet for IT-udviklingsløsninger opfylder grundlæggende neoklassiske antagelser om individet.

Velfærdsøkonomien er den normative del af økonomisk teori, som bedømmer hvor godt systemer fungerer ud fra forskellige værdipræmisser, og dermed belyser hvordan allokeringen af samfundets ressourcerne bør være⁴⁸. Dermed diskuteres der, hvorvidt et marked burde se ud for at være værdimaksimerende og hvorvidt dette er muligt. På baggrund af velfærdsteoriens antagelser om markedsmekanismernes optimale allokering af ressourcerne under fuldkommen konkurrence, og teoriens antagelse af mulige indskrænkninger, vurderes der om hvorvidt efficiens er mulig for indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter.

Efficiensbetragtningen vil undersøges både ved anvendelse af Pareto-efficiensen og Kaldor-Hicks efficiensen, hvor begge vil blive inddraget i analysen af problemstillingen.

Ronald Coases teoremer bruges i denne afhandling til at undersøge, hvordan transaktionsomkostninger har indflydelse på indgåelsen af effeciente kontrakter. Coases tankegang adskilte sig fra den neoklassiske teori, som har fokus på markedets funktion, frem for at analysere selve virksomheden⁴⁹. Det stærke Coase-teorem vil diskuteres for at kunne belyse forhandlingens og transaktionsomkostningernes rolle for efficiensen, og hvorvidt teoremets antagelser er realistiske. Williamsons teorier vedrørende transaktionsomkostninger, som er udarbejdet på med udgangspunkt i Coases antagelser⁵⁰ anvendes til at definere transaktionsomkostningerne. Williamson påpeger selv i *The Mechanisms of Governance*⁵¹, at transaktionsomkostningsteorien adskiller sig fra den neoklassiske teori, idet der bl.a. forekommer adfærdsantagelser om opportunisme og begrænset rationalitet.

⁴⁴ Nielsen & Tvarnø, 2014, s 486-487.

⁴⁵ Knudsen, 2014, s. 407.

⁴⁶ Knudsen, 1997, s. 56-65.

⁴⁷ Knudsen, 1997, s. 68.

⁴⁸ Andersen m.fl, 1999, s. 24.

⁴⁹ Knudsen, 1997, s. 208.

⁵⁰ Polinsky, 2011, s. 206.

⁵¹ *The Mechanisms of Governance*.

For at kunne vurdere hvorvidt omkostningerne er høje eller lave, anvendes Cooter og Ulens faktorer, som påvirker transaktionsomkostningernes størrelse. Derudover vil teorien om privat og offentlig information diskuteres med henblik på at undersøge om, hvorvidt den private information vedrørende offentlige IT-udviklingskontrakter kan anses for at være en faktor, der påvirker omkostningernes størrelse. På baggrund af bedømmelsen af størrelsen på transaktionsomkostninger vedrørende offentlige IT-udviklingskontrakter vil der undersøges hvilke omkostninger, der foreligger og hvor de opstår i forløbet.

For at kunne undersøge om efficiens er mulig for offentlige IT-udviklingskontrakter, vil resultaterne af vurderingen af transaktionsomkostninger anvendes på Coases bløde og normative teorem. Der vil desuden ved anvendelse af det normative teorem undersøges, hvorvidt der er mulighed for at minimere transaktionsomkostningerne ved kontrakttypen. Afslutningsvis vil der på baggrund af teoremerne diskuteres om efficiens, og ikke mindst hvilken form for efficiens, er mulig ved transaktionsomkostningernes tilstedeværelse for offentlige IT-udviklingskontrakter, for dermed at besvare problemformuleringen.

1.4.3 Integreret metode

Den integrerede analyse vil sætte retstilstanden og resultatet af den økonomiske analyse ind i en bredere regulatorisk og økonomisk kontekst, for at forklare resultaterne af de foregående analyser med henblik på at statuere, hvorvidt indgåelsen af efficiente IT-kontrakter er mulig i praksis under udbudsloven.

For at kunne besvare den overordnede problemformulering, sættes de kontraktøkonomiske anskuelser i relation til den juridiske analyse samt forholdet til samfundsmæssige hensyn i de grundlæggende principper.

Der bliver ved anvendelse af en retsøkonomisk tilgang analyseret, hvorvidt forhandling af alle spekter af offentlige IT-udviklingskontrakter er mulig at anvende, ved tilstedeværelsen af nuværende regulering på området. Der ses på, hvorledes forhandling er forenelig med udbudsrettens bagvedliggende formål, ved analysen af relevante betragtninger til udbudsdirektivet.

På baggrund af økonomiske teories virkelighedsfjerne antagelser og anskuelse af den perfekte verden, undersøges der, om indskrænkninger i forhandlingsmuligheder efter offentliggørelse reelt vil føre til efficienstab.

Den retsøkonomiske tilgang anvendes til slut i den integrerede analyse, hvor udvikling i retsreglerne anvendes til anskuelse af efficiens. Dermed anskues retsreglerne på et samfundsmæssigt niveau. Ved anvendelse af Coases normative teorem undersøges der, hvorvidt udbudsloven fører til en

efficiensforbedring, på baggrund af konklusionen i den juridiske analyse om lempelsen af adgangen til de fleksible procedurer. Målet for den integrerede analyse er besvarelse af den overordnede problemformulering.

1.5 Afgrænsning

Da afhandlingen omhandler udbud af IT-udviklingsaftaler, vil kontrakter, der ikke hører under udbudsloven, ikke tages med i opgaven. Dermed afgrænses der også fra forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor IT-udviklingskontrakter også falder ind under, men da udbudsloven kun implementerer den klassiske udbudsdirektiv, vil dette ikke være relevant.

IT-kontrakter omfatter både udviklingsaftaler, driftsaftaler, vedligeholdelsesaftaler etc., men der bliver kun fokuseret på udviklingsaftaler. Dette skyldes, at de andre aftaler ikke er relevante at undersøge i forhold til vores problemfeltet for afhandlingen, da det især er offentlige IT-udviklingskontrakter, grundet deres særlige kendetegn, som anses for værende mest begrænsede af reglerne for forhandling under udbud.

Dermed afgrænses der også fra offentlig udbud og begrænset udbud. De bliver dog nævnt kort, men ikke behandlet i afhandlingen, da der er et forhandlingsforbud i disse procedurer og disse dermed ikke er fleksible. Derudover afgrænses der fra udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, da ordregier ved denne procedure hverken skal offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller forhandle med et bestemt antal leverandører. Dette medfører et minimalt konkurrenceelement for tilbudsgiverne, og udbudsproceduren vil derfor ikke blive behandlet i afhandlingen.

Konkurrencerettens retsområde, som har nær tilknytning til udbudsretten, vil ikke blive inddraget, selvom reglerne overlapper hinanden, således at de i løbet af en udbudsprocedure og ved fortolkning af udbudsreglerne kan opstå spørgsmål om overtrædelsen af konkurrencereglerne⁵². Dette skyldes afhandlingens fokus på forhandling, og ikke hvorvidt parterne vil udnytte deres dominerende stilling eller danne kartel.

Ydermere afgrænses der fra de folkeretlige retskilder som kan have en effekt på udbudsretten, da denne fremstilling udelukkende ønsker at klarlægge de EU-retlige udbudsregler i et nationalt perspektiv. Derfor bliver andre medlemslandes fortolkning af EU-udbudsreglerne ikke inddraget, da afhandlingen har udgangspunktet i de offentlige danske myndigheder.

⁵² Ølykke & Nielsen, 2015, s. 782.

1.6 Struktur

Afhandlingen er opdelt i kapitel 2 om IT-kontrakter, en juridisk og økonomisk analyse i henholdsvis kapitel 3 og 4, samt en integreret analyse i kapitel 5. Disse bliver efterfulgt af den samlede konklusion. Kapitel 2 ønsker at give en forståelse for forskellen mellem almindelige kontrakter og offentlige IT-udviklingskontrakter, som kapitel 3 og 4 kan hente information fra. Desuden vil kapitel 2 give en forståelse for en særlig kontraktgenstand for den undersøgte kontrakttype. Analyserne i kapitel 3 og 4 besvarer de to underspørgsmål i problemformuleringen, hvorefter kapitel 5 sammenfatter konklusionerne fra kapitel 3 og 4, og analyserer disse, for derefter at besvare det integrerede spørgsmål i kapitel 6. Det økonomiske kapitel er før det juridiske, da det synes at være nødvendig for besvarelsen af problemformuleringen for at undersøge vigtigheden af forhandling af offentlige IT-udviklingskontrakter, for dernæst at undersøge udbudsrettens regler i forhold til dette.

1.6.1 Økonomisk struktur

Kapitel 3 begynder med et afsnit om markedsligevægt og fuldkommen konkurrence, hvor indskrænkninger i konkurrencen bliver inddraget. Efficiensbetragtningen og Coases teorier blive gennemgået, for at disse senere kan blive brugt i analysen omkring efficiens ved tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger. Herefter, bliver transaktionsomkostningerne ved udbud analyseret, hvor der først redegøres for Williamsons teori, for derefter at lægge disse teorier over på aktørerne i en udbudssituation af en IT-udviklingskontrakt. Omkostningernes størrelse og henholdsvis ordregiver og tilbudsgivers omkostninger vil blive analyseret efterfølgende. Derefter vil både Coases normative og bløde teorem blive analyseret, med henblik på at statuere, hvorvidt opnåelse af efficiens er mulig for offentlige IT-udviklingskontrakter.

1.6.2 Juridisk struktur

Kapitel 4 begynder med en redegørelse af de nugældende udbudsregler og formålet med disse. Her bliver de grundlæggende principper og relevant retspraksis inddraget, samt formålet med den nye udbudslov og implementeringen af denne. Derefter analyseres de fleksible udbudsformer og betingelserne for at anvendelsen af disse, for herefter at analysere lempelsen af betingelserne fra udbudsdirektivet 2004 til udbudsloven. Analysen sker med et ønske om at konkludere, hvorvidt det er blevet nemmere at udbyde IT-udviklingskontrakter under den nye udbudslov. Derefter analyseres der, i hvilken grad forhandling er mulig i de fleksible udbudsformer og hvad der er muligt at forhandle om ex ante under de forskellige udbudsprocedurer. Herefter foretages en analyse af hvad der kan forhandles om ex ante og hvorledes forhandling kan føre til en ændring af en indgået kontrakt.

1.6.3 Integreret struktur

Det integrerede kapitel begynder med en opsummering delkonklusionerne i kapitel 3 og 4, for derefter at undersøge hvorvidt der er overensstemmelse mellem økonomi og jura. Udgangspunktet i denne undersøgelse er, om økonomiske forudsigelser overhovedet kan efterleves i praksis. Derefter ses der på hvorvidt økonomisk efficiens er mulig at opfylde, samtidig med at de udbudsretlige principper overholdes. I afsnit 5.3 undersøges der om økonomisk efficiens er forenelig med de udbudsretlige principper og om disse principper ikke selv skaber vækst og økonomisk fremgang. Herefter undersøges hvorvidt forhandling og ændring af det grundlæggende element er nødvendigt i praksis, eller om forhandling og behovsaflaring, inden udbudsmaterialet offentliggørelse, løser problemet. Til sidst undersøges om udbudslovens bredere adgang til de fleksible udbudsprocedurer fører til en efficiensforbedring.

Kapitel 2

Kontrakten er det vigtigste retlige bindemiddel i mellem to parter⁵³, da den spiller en væsentlig rolle for at kunne planlægge, regulere og omsætte i erhvervsmæssig virksomheder⁵⁴. Virksomhedernes vilkår for erhvervelsen af den ønskede vare eller ydelse, fastlægges normalt i en kontrakt, og er derfor det vigtigste middel for at gennemføre en udveksling af varer eller ydelser mellem parter⁵⁵.

Kontraktens parter i denne afhandling er en offentlig og en privat part. De offentlige parter vil eksempelvis være statslige, regionale og kommunale myndigheder. De private parter vil være virksomheder, som beskæftiger sig med udvikling af IT-løsninger. Parterne vil i kapitel 2 og kapitel 3 blive betegnet som henholdsvis offentlige part og privat part, hvor i kapitel 4, vil der blive anvendt de juridiske betegnelser ordregiver og tilbudsgiver.

2.1 Partsautonomi

Der er som udgangspunkt aftalefrihed ved aftaleindgåelse, hvor der er frihed til at indgå kontrakter med den part man ønsker, og med det indhold, som parterne kan blive enige om⁵⁶. Aftalefriheden eller partsautonomi omfatter at kontraherende parter selv kan bestemme indholdet i kontrakten, for at parterne kan udnytte deres handlefrihed⁵⁷. Kontraktfriheden er dog i praksis ofte underlagt et betydeligt antal af retlige reguleringer, som har forskellige formål eksempelvis opretholdelse af fri konkurrence.⁵⁸

Den almindelige kontraktret er en del af privatretten, men omfatter både kontrakter indgået af private parter og de offentlige parter⁵⁹. Kontraktretten omfatter dog ikke de offentlige reguleringer, herunder de forbud, som kan være pålagt den offentlige sektor. Disse kaldes for forvaltningsakter og er ikke omfattet, da en forvaltningsakt er en ensidig afgørelse, som ikke siges at være en aftale⁶⁰.

Kontrakter indgået af det offentlige adskiller sig væsentligt fra en kontrakt baseret udelukkende på private parter, da de er bundet til særlige regelsæt. Dette skyldes, at de offentlige myndigheder har et andet værdibaseret grundlag at skulle tage hensyn til, end de private parter. Det interessante ved disse regelsæt, herunder princippet om lovmæssig forvaltning, er, at begrænsningerne i det offentliges aftalefrihed, muligvis kan være med til at forringe de kontrakter der bliver indgået.

⁵³ Dahl, 2010, s. 85.

⁵⁴ Gomard m.fl., 2015, s. 13.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Gomard m.fl., 2015, s. 18.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Gomard m.fl., 2015, s. 19.

⁵⁹ Gomard m.fl., 2015, s. 20.

⁶⁰ Gomard m.fl., 2015, s. 14.

2.2 Kontraktindgåelse

2.2.1 Indgåelse af traditionelle kontrakter

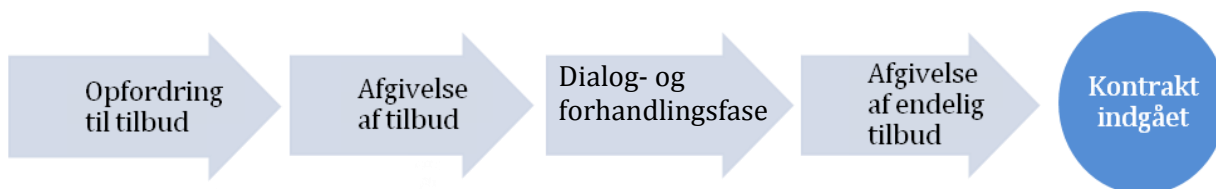
En traditionel kontrakt indgås ved, at en part afgiver et tilbud til en anden part, som accepteres af sidstnævnte part. Denne traditionelle indgåelsesmåde er forsøgt skitseret ved nedenstående model efter aftalelovens⁶¹ regler.



Ved en traditionel kontrakt afgives der et tilbud, hvori tilbudsafgiveren forpligter sig til at indgå en kontrakt på den betingelse, at modtageren af tilbuddet lover, at denne også vil indgå en kontrakt, som beskrevet i tilbuddet⁶². Det er en forudsætning for kontraktindgåelsen, at accepten er kongruent med tilbuddet, og at accepten kommer rettidigt frem til tilbudsafgiveren⁶³. Denne form for kontrakt kan indgås uden at parterne har forhandlet med hinanden.

2.2.2 Indgåelse af udbudspligtige IT-udviklingskontrakter

I modsætning til den traditionelle kontraktindgåelse, bygger en udbudspligtig IT-udviklingskontrakt på en mere kommunikativ model.



Denne model er udarbejdet med ønsket om at vise en forsimplet proces for indgåelsen af en udbudspligtig IT-udviklingskontrakt. En mere dybdegående model kan ses i næste afsnit. Det fremgår af ovenstående model, at der bliver opfordret til tilbud, hvilket kan anses for at ske, når den offentlige part offentliggør sit udbudsmateriale. Herefter skal de private parter vurdere, om det er et udbud som de vil byde ind på. De private parter skal derefter i dialog eller forhandling med den offentlige part, for derefter at afgive deres endelige tilbud. Den offentlige part gennemgår derefter de indkomne endelige tilbud, for at indgå en kontrakt.

⁶¹ Aftaleloven - LBK nr. 193 af 02/03/2016.

⁶² Gomard m.fl., 2015, s. 31.

⁶³ Gomard m.fl., 2015, s. 36.

Som beskrevet, er der flere processer ved indgåelsen af en IT-udviklingskontrakt end ved en traditionel kontrakt, som parterne skal igennem, før de indgår kontraktindgåelsen er mulig. Dette er med til at gøre processen for kontraktindgåelsen mere ressourcekrævende, end ved indgåelsen af en traditionel kontrakt. Dette vil næste afsnit med en mere detaljerede faseopdeling ved et IT-udviklingsprojekt beskrive nærmere.

2.3 Udviklingskontrakter

Hvis kundes behov for et softwareprogram eller endda et IT-system ikke kan imødekommes ved hjælp af standardløsninger, som allerede findes på markedet, må kunden overveje at indgå en aftale om udvikling af løsningen. I praksis vil der være tale om sammenspil af nyudviklede og allerede eksisterende komponenter, som skal tilpasses kundens særlige behov, hvilket er formålet med en udviklingskontrakt.

Ulemperne af denne slags aftaler er prisen for løsningen, samt usikkerheden i udviklingsforløbet. Da udviklingsaftaler fokuserer på skræddersyede løsninger, der tilpasses unikke behov, er det ikke muligt for leverandøren at sprede udgiften af udviklingen på en større gruppe kunder. Derudover kræver det også ressourcer hos kunden, da der ved udviklingsaftaler er behov for et tæt samarbejde med leverandøren. Ligeledes vil det kræves ressourcer hos leverandøren, da en løsningsbeskrivelse for en kompleks ydelse er omfangsrig. I kraft af deres karakter har udviklingsaftaler risiko for leveranceproblemer i forhold til forsinkelser og større usikkerhed i forhold til ydelsens efterlevelse af krav. Det er svært at konstatere i udviklingsfasen om udviklingen forløber som planlagt og om systemet lever op til de aftalte krav.⁶⁴

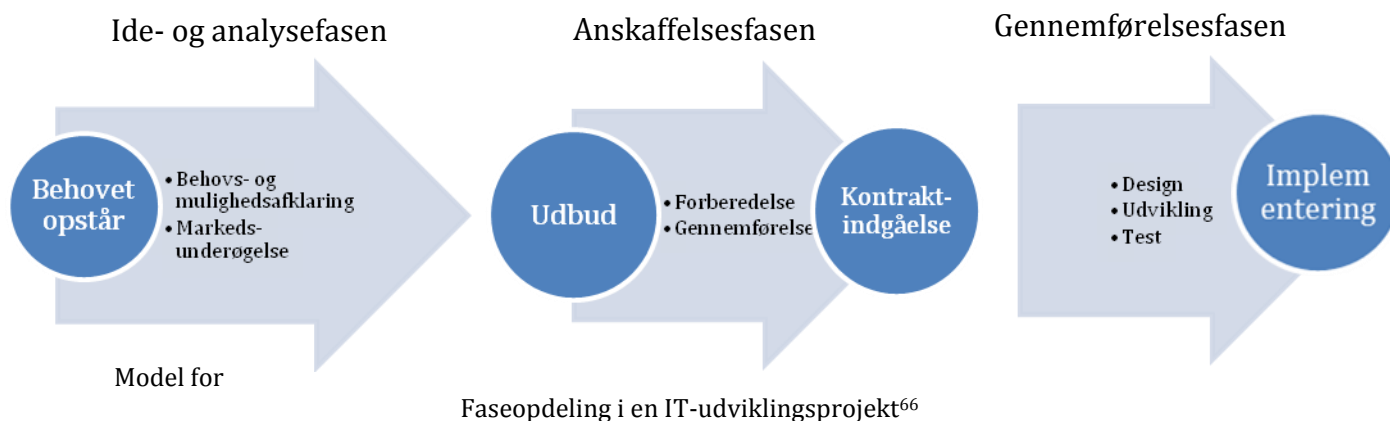
En IT-udviklingskontrakt skal kunne, i kraft af dens kompleksitet, give mulighed for fleksibilitet i både udviklingen af og ændringer i kontrakten. Kompleksiteten af IT-løsninger bidrager til, den offentlige part ikke altid er klar over sine egne behov og forståelsen af disse kan variere, alt efter hvor i udviklingsforløbet parterne befinder sig.⁶⁵ I praksis vil det betyde, at parterne er nødsaget til at indgå i en dialog, for at forventningsafstemme i forhold til kundens behov og potentielle løsninger. Derfor skal der være mulighed for at indgå sådan en dialog, før udarbejdelsen af kontrakten og under udviklingen af løsningen

⁶⁴ Udsen, 2015, s. 533.

⁶⁵ Udsen, 2015, s. 562.

2.4 Faseopdeling i et IT-udviklingsprojekt

Gennemførelse af købet af en IT-løsning, som først skal udvikles, kan opdeles i flere faser, der spænder sig fra anerkendelse af et behov hos den offentlige part, til gennemførelsen af udviklingen og implementeringen af løsningen.



2.4.1 Idé- og analysefasen

Idé- og analysefasen, er den første fase i forløbet. Fasen indledes med et opstået behov hos den offentlige, hvorefter parten skal afklare, om behovet kan imødekommes af en IT-løsning og hvilke gevinster, der forventes af implementeringen af løsningen. Jo mere kompliceret IT-løsningen forventes at være, des flere ressourcer skal der bruges på behovs- og mulighedsafklaringen og des mindre præcis bliver analysen. På baggrund af disse analyser tages der stilling til, om der skal bruges flere ressourcer på en grundig analyse af projektets omfang, kravene til ressourcer, udgifter, mulige gevinster, tidsplan, risici, kvalitet m.m.⁶⁷. I den første fase kan den offentlige part i forbindelse med analysen udarbejde en markedsundersøgelse, som kan give et overblik over de muligheder, markedet tilbyder, give information om markedets struktur, som kan være vigtig for valg af udbudsform i anskaffelsesfasen⁶⁸. Denne fase er vigtig i forbindelse med hele processen, da kvaliteten af forarbejdet hos den offentlige part er afgørende for resultatet. Hvis køberen ikke selv er klar over, hvad denne ønsker, vil det være svært for leverandøren at opfylde disse ønsker. Årsagen til mangelfulde IT-løsninger kan ofte skyldes dårlig forarbejde hos køberen⁶⁹.

⁶⁶ Modellen, med visse modifikationer, er fra *Vejledningen om den fællesstatslige it-projektmodel* s. 9.

⁶⁷ *Vejledningen om den fællesstatslige it-projektmodel*, s. 12-13.

⁶⁸ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 201.

⁶⁹ Torvund, 1997, s. 32.

2.4.2 Anskaffelsesfasen

Anskaffelsesfasen vil, for en offentlig part, udmønte sig i et udbud. Forberedelsen til gennemførelsen af et udbud omfatter valg af udbudsform, offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse samt udarbejdelse af kravspecifikation⁷⁰. Udarbejdelsen af kravspecifikationen kan være vanskeligt og tidskrævende, da den komplekse IT-løsningen ikke eksistere på tidspunktet for aftaleindgåelse⁷¹. Gennemførelsen af udbuddet indledes med en eventuel prækvalifikation af tilbudsgiverne, hvor der sammensættes en gruppe af tilbudsgivere, som kan afgive tilbud. En forhandlingsfase kan være et led i gennemførelsen af udbuddet, hvis den valgte udbudsform tillader forhandling mellem parterne. Tilbuddene skal dernæst evalueres, således at den endelige leverandør kan blive valgt. Hernæst underskrives kontrakten og udviklingen af IT-løsningen kan påbegynde i gennemførelsesfasen⁷².

2.4.3 Gennemførelsesfasen

I gennemførelsesfasen begynder arbejdet med udvikling af IT-løsningen, hvor leverandøren designer, udvikler og tester systemet⁷³. Design og udvikling af komplekse systemer kræver mange ressourcer, fordi der vil som regel foreligge præciseringer og ændringer i den oprindelige kontrakt, selv om det oprindeligt ikke var planlagt⁷⁴. For en succesfuld gennemførelse af udviklingen, må begge parter engagere sig i projektet og der skal foreligge et tæt samarbejde mellem den offentlige og private part⁷⁵. Gennemførelsesfasen afsluttes med implementering af IT-løsningen, som forudsætter både levering, test og installation⁷⁶. For store skræddersyede IT-udviklingsprojekter, som har interesse for en offentlig part, kan gennemførelsesfasen tage op til flere år⁷⁷. Dermed er gennemførelsesfasen den længste fase i et IT-udviklingsprojekt.

2.5 Opsummering

På baggrund af ovenstående kan det opsummeres, at indgåelsen af udbudspligtige IT-udviklingskontrakter er mere kompleks, og dermed krævende, end ved indgåelsen af traditionelle kontrakter. Dette er bl.a. grundet i, at der er begrænset aftalefrihed for den offentlige, idet de skal handle ud fra en række regler, når det skal indgå aftaler. Udviklingskontrakter vil ofte være omfattende både økonomisk og i forhold til tidsforbrug, da parterne skal gøre sig tanker om hvad og

⁷⁰ *Vejledningen om den fællesstatslige it-projektmodel*, s. 13.

⁷¹ Udsen, 2015, s. 547.

⁷² *Vejledningen om den fællesstatslige it-projektmodel*, s. 13.

⁷³ *Vejledningen om den fællesstatslige it-projektmodel*, s. 14.

⁷⁴ Udsen, 2015, s. 563.

⁷⁵ Torvund, 1997, s. 40.

⁷⁶ *Vejledningen om den fællesstatslige projektmodel*, s. 14.

⁷⁷ Søren Lausen fra IT Universitetet og Jan Pries-Heje fra Roskilde Universitet udtalt i artiklen "Hvorfor flopper så mange statslige IT-projekter?".

hvordan IT-løsningen skal udvikles. Endvidere er der ved udbudspligtige IT-udviklingskontrakter en krævende proces som parterne skal igennem før de kan indgå en kontrakt, som er mere omfattende, end for almindelige offentlige kontrakter, da der foreligger udvikling i anskaffelsesfasen.

Kapitel 3

Dette kapitel ønsker, på baggrund af overvejelser angående de særlig kendetegn ved kontrakttypen i kapitel 2, at klarlægge, om det vil være effektivt at anvende forhandling ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter. Dette gøres på baggrund af mikroøkonomiske samt velfærdsteoretiske antagelser og ved anvendelse af en kombination af Coase-teorien og Williamsons transaktionsomkostningsteori.

Kapitlet vil begynde med en redegørelse af mikroøkonomiske antagelser om markedsmekanismer og prisdannelse på et marked, hvorefter velfærdsteoretiske antagelser om optimal allokering og en mulig markedssvigt vil blive redegjort for. Ønsket med afsnittet er, at skabe en basis for forståelsen af, hvorvidt markedssvigt kan hindre kontrakter i at komme i en velfærdsmaksimerende ligevægt. Forståelsen af hvorvidt der opstår en velfærdsmaksimerende ligevægt skabes på baggrund af efficiensbetragtningen vedrørende Pareto- og Kaldor-Hicks-efficiensen.

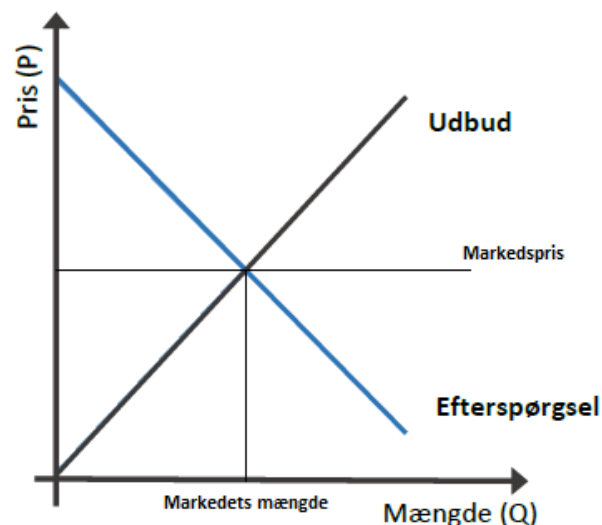
Der vil ved anvendelse af Coase-teoremet og Williamsons teori om transaktionsomkostninger blive foretaget en analyse af, hvorvidt efficient kan skabes ved anvendelse af forhandling. Herefter analyseres transaktionsomkostningernes størrelse vedrørende indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter ved anvendelse af Cooter og Ulens faktorer, for at belyse, om den særlige kontraktform ligger op til høje eller lave omkostninger ved indgåelsen. Ved anvendelse af teorien om offentlig og privat information, diskuteres der, hvorledes den private information ved indgåelsen af kontrakterne kan anses for at være en af faktorerne, som påvirker omkostningernes størrelse.

Ved anvendelse af Williamsons antagelser om transaktionsomkostningerne analyseres der på baggrund af størrelsen af disse, hvilke omkostninger, der foreligger, og hvor de foreligger i kontraktforløbet ved indgåelsen af offentlige IT-udviklingskontrakter. Dette fremføres først, for derefter, ud fra Coase-teoremets bløde og normative version, at vurdere om offentlige IT-udviklingskontrakter kan opnå efficiens. Først undersøges det ved en mulig reducere af omkostninger og derefter ved anvendelse af forhandling. Derudover diskuteres der, om hvilken form for efficiens forhandling vil kunne føre til. Afslutningsvis besvares spørgsmålet hvorvidt det vil være effektivt for offentlige IT-kontrakter at anvende forhandling.

3.1 Markedsligevægt

Ifølge mikroøkonomisk teori består markedet af sælgere og købere af en vare eller en tjenesteydelse. Markeder kan være afgrænset af et geografisk territorium eller en specifik branche, hvor denne afhandling har fokus på markedet for IT-udviklingsydelser udbudt af IT-virksomheder til offentlige danske myndigheder.

Markedskræfterne udbud og efterspørgsel udgør en mikroøkonomisk model af prisdannelse på et marked. Efterspørgslen er karakteriseret ved en mængde af en given vare, køberen vil erhverve ved en given pris på varen og hvor hældningen på kurven er negativ. Det betyder, at jo højere prisen er på varen, des mindre vil køberen forbruge af den, grundet enten køberens manglende mulighed for at købe lige så meget som før, eller køberens valg af, at substituere varen med en anden. Udbud karakteriseres ved en mængde varer udbudt på markedet af sælgere til en given pris, hvor hældningen er positiv. Jo højere prisen er, des større mængde vil sælgeren være villig til at producere⁷⁸. Markedets udbudskurve består af mængder for samtlige virksomheders udbud, mens efterspørgselskurven består af den samlede efterspørgsel fra alle købere på markedet⁷⁹.



Markedet er kun stabilt, når der opnås en særlig ligevægt, hvor udbuddet er præcis lig med efterspørgslen. Udbuds- og efterspørgselskræfterne har forskellige bagvedliggende hensyn, hvor sælgerne ønsker en så høj pris som muligt for deres varer, mens køberne ønsker at købe billigst muligt. Denne tankegang er bygget på antagelsen af rationalitet hos parterne, der ønsker at profitmaksimere. Hvis den efterspurgte mængde er mindre end den udbudte, vil der ikke være ligevægt på markedet, da markedet vil indeholde for mange varer i forhold til hvad der ønskes fra

⁷⁸ Frank, 2010, s. 28.

⁷⁹ Gaden & Jespersen, 2013, s. 151.

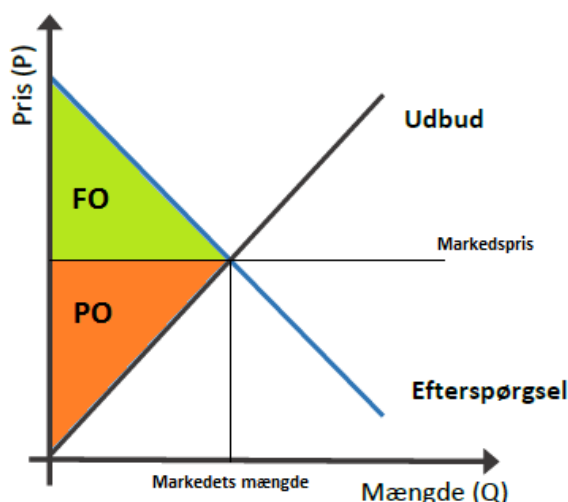
købernes side. Uligevægten vil således skabe konkurrence blandt sælgerne, som vil presse priserne ned. Som resultat vil potentielle købere, der ikke havde interesse i varen med den oprindelige høje pris, være interesseret i at købe varen. Efterspørgslen vil således stige, og når prisen vil nå ligevægtsprisen, vil der være ligevægt på markedet.

3.1.1 Velfærdsmaksimerende ligevægt under fuldkommen konkurrence

Fuldkommen konkurrence er en idealiseret markedsform, til hvilken velfærdsøkonomien har knyttet begrebet samfundsøkonomisk effektivitet, hvor allokeringer af ressourcer tilgodeser samfundet som en helhed⁸⁰. I det følgende undersøges hvilke forudsætninger der skal til for at der forekommer fuldkommen konkurrence og hvordan denne markedsform påvirker velfærden i samfundet.

I et marked med en vare, hvor der er mange virksomheder og mange forbrugere vil der være fuldkommen konkurrence. Fuldkommen konkurrence forudsætter ligeledes at der ikke forekommer adgangsbarrierer og at der er perfekt information hos sælgerne og køberne⁸¹.

Under fuldkommen konkurrence er salgsomsætningen afbilledet med en ret linje, der stiger proportionelt med mængden, grundet den konstante salgspris. Salgsprisen er ligeledes lig med virksomhedens grænseomsætning, som bevirker, at grænseomsætningskurven er en horisontal linje under fuldkommen konkurrence. Den givne og konstante markedspris vil ikke kunne påvirkes af den enkelte virksomhed. Den optimale mængde bestemmes ud fra grænseomkostningskurvens skæring med prisen og virksomheden har en såkaldt normal profit, som både forekommer på kort og lang sigt. Dette skyldes en særdeles stærk konkurrence virksomhederne imellem, hvor der ikke vil være plads til virksomheder med overnormal profit⁸².



⁸⁰ Andersen m.fl., 1999, s. 92-95.

⁸¹ Frank, 2010, s. 337-338.

⁸² Gaden & Jespersen, 2013, s. 147-151.

Fuldkommen konkurrence er den markedsform, hvor forbrugeroverskuddet er størst, da virksomhederne grundet konkurrencen ikke vil sætte prisen højere end deres grænseomkostninger. Forbrugeroverskuddet dannes, når varens pris er mindre end betalingsvilligheden hos køberen. Det betyder, at køberens nytte af varen overstiger prisen, og dermed vil der være en nytteoverskud hos de pågældende købere. Det samlede forbrugeroverskud findes som arealet under efterspørgselskurve ind til ligevægtsprisen, mens producentoverskuddet ligger under markedsprisen og inden for grænserne af udbudskurven. Producentoverskuddet opstår, idet nogle virksomheder er villige til at sælge under markedsprisen, og overskuddet består i forskellen på deres reservationspris og markedsprisen. Den samlede producent- og forbrugeroverskud udgør den samlede velfærd på markedet, og denne er maksimal i ligevægt. Velfærdsøkonomiens fundamentale antagelse ligger i, at fuldkommen konkurrence resulterer i allokeringer der er samfundsøkonomisk effektive, da disse maksimerer samfundsnyttens⁸³. Derudover vil fulkommen konkurrence resultere i økonomisk efficiens.

Overordnet økonomisk efficiens kan opstå, når det ved en tilstand ikke er muligt at forbedre situationen for et individ, uden at forringe situationen for en anden. Med andre ord, er sådan en tilstand optimal, da ressourcerne er udnyttet på den bedst mulige måde⁸⁴. Tilstanden bliver også kaldt for Pareto-efficiens, efter Vilfredo Pareto, som introducerede konceptet. En tilstandsændring, som stiller et individ bedre uden at stille de andre ringere siges at være en Pareto-forbedring⁸⁵. Det er en forudsætning, at individets nytte må stige, såfremt det anses for at blive stillet bedre. Fuldkommen konkurrence realiserer i ligevægt en Pareto-optimal tilstand⁸⁶.

Pareto-kriteriet kan være vanskeligt at anvende i praksis, når der ikke foreligger fuldkommen konkurrence, da ændringer af samfundstilstanden, hvis man kigger på hele samfundet, vil kunne medføre gevinster for nogle individer og tab for andre. Ideen om efficient samfundstilstand ved en hypotetisk compensation er udmøntet sig i et andet efficienskriterium, Kaldor-Hicks kriteriet. Dette forudsætter, at det vil være samfundsefficient, når en ændring vil føre til en større forbedring for vinderne end tabet for taberne. Kriteriet indeholder en mulighed for compensation, og anses for at være opfyldt, når vinderne hypotetisk kan kompensere taberne⁸⁷.

Ligevægten under fuldkommen konkurrence og dermed Pareto-efficiensen vil ikke kunne opnås, hvis markedskræfterne blev sat ud af spil af enten ændringerne i antagelserne om konkurrenceformen

⁸³ Andersen m.fl., 1999, s. 95.

⁸⁴ Eide & Stavang, 2013, s. 107.

⁸⁵ Andersen m.fl., 1999, s. 45.

⁸⁶ Andersen m.fl., 1999, s. 95.

⁸⁷ Andersen m.fl., 1999, s. 365.

eller eksterne faktorer, som kunne påvirke kurverne for udbud og efterspørgsel. I det følgende vil der blive undersøgt hvorvidt offentlige IT-udviklingskontrakter vil kunne være på et marked med fuldkommen konkurrence, og hvorvidt markedskræfterne vil kunne danne et Pareto-optimal ligevægt.

3.1.2 Mulighed for fuldkommen konkurrence

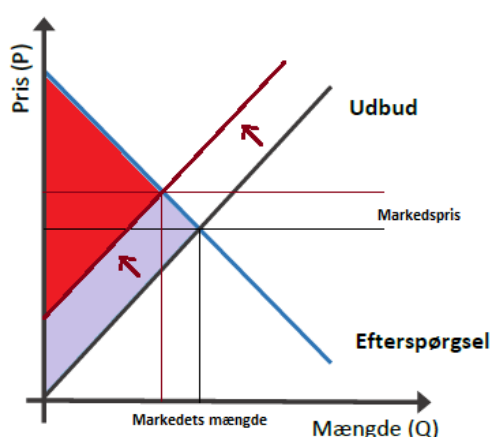
Modellen for fuldkommen konkurrence hviler på antagelser som kan være vanskelige at realisere. Den første antagelse er, at der er mange små virksomheder. Tilsvarende gælder det for købere, at de ikke skal have en sådan magt på markedet, at det kan være afgørende for prisen eller efterspørgslen. For markedet for offentlige og private parter inden for IT-løsninger, som først skal udvikles, anses det ikke for at være realistisk at der er så mange parter, at de ikke har en indflydelse på prisdannelsen. IT-udviklingskontrakter er oftest komplekse og af en sådan størrelse, at disse ikke vil kunne udbydes af alle virksomhederne på markedet. Når det gælder danske offentlige købere, vil de, der har behov for store IT-udviklingsløsninger, ligeledes ikke kunne anses for små.

Den anden betingelse for fuldkommen konkurrence indebærer én standardiseret vare på markedet. For IT-udviklingsløsninger gælder det, at behovet hos den offentlige part ikke kan imødekommes ved hjælp af allerede tilgængelige løsninger på markedet, og disse er per definition ikke standardiserede. Derudover skal der være fri adgang til markedet, som forudsætter, at der ikke forekommer adgangsbarriere. Denne betingelse vil ikke kunne opfyldes i den virkelige verden, ligesom den sidste betingelse om fuld information. Betingelsen om fuld information kan ikke realiseres grundet rammerne for menneskets evner, som ikke tillader parternes indsigt i alle forhold tilknyttet til alle markeder og priser. Dette gælder specielt ved komplekse varer som IT-løsninger, da kompleksiteten og den hurtige udvikling i markedet for IT-ydelser resulterer i en højere grad af privat information hos udbyderen end ved simple varer. Det betyder, at det vil være nemmere for den offentlige part selv at have, eller indhente viden om simple indkøb end for komplekse varer, der endnu ikke eksisterer. Derfor vil viden, som kun foreligger hos den private part alt andet lige være mere omfattende, end ved simple varer.

Selv om modellen for fuldkommen konkurrence er forsimplet i en sådan grad, at det er vanskeligt at anvende den i realiteten, er dens enkelhed med til at forsimple og håndtere virkelighedens kompleksitet. Modellen kan sætte virkelighed på spidsen og vise den ideelle verden, som man kan forsøge at stræbe efter. Man kan vælge at se begrænsningerne i antagelserne som værdiløse

forudsætninger og udtryk for malplaceret korrektion, eller vælge at se bort fra dem, så længe de fører til brugbare forudsigelser⁸⁸.

I denne afhandling anvendes modellens forudsigelser som baggrund for forståelsen af, hvorledes der kan opnås mest mulig samfundsvelfærd på markedet. Selv om modellen ikke er retvisende for et marked for IT-udviklingsydelser, kan den anvendes til at simpelgøre forståelsen af markedskræfterne og deres påvirkning af samfundsefficiensen. Derfor vil modellen kunne bruges til at vise, hvordan markedet burde udformes for at skabe en Pareto-efficient tilstand, og hvad der kunne stræbes efter, hvis man har for øje at velfærdsmaksimere.



3.1.3 Indskrænkninger

Hvis man antager, at det kan være muligt for offentlige IT-udviklingskontrakter at komme i den klassiske ligevægt, er der stadigvæk faktorer der gør det vanskeligt for opfyldelsen af dette. Selv hvis virksomhederne var villige til at fastsætte deres individuelle pris ud fra marginalomkostningerne, vil der være forhold, som vil hæve prisen ud over disse omkostninger. Disse forhold opstår i forbindelse med transaktionen mellem parterne, og fungerer som indskrænkninger for den velfærdsmaksimerende ligevægt.

De ekstra omkostninger, der skal afholdes ved køb på markedet, påvirker virksomhedernes oprindelige marginalomkostninger og fører til at udbudskurven bliver skubbet op. Dette fører til en ændring i ligevægten, som nu vil føre til en højere ligevægtspris og dermed en lavere mængde solgt på markedet. Samtidigt indskrænkes samfundsvelfærden i forhold til den oprindelige ligevægt og der opstår et velfærdstab. Derfor vil indskrænkningerne påvirke markedet negativ og ændre i både ligevægten og samfundsvelfærden.

Ved hjælp af de gennemgået mikroøkonomiske teorier og diskussion af, hvorledes offentlige IT-udviklingskontrakter falder ind under den velfærdsmaksimerende ligevægt under den fuldkomne

⁸⁸ Gaden & Jespersen, 2013, s. 154-155.

konkurrence, kan der konkluderes, at selv om udviklingskontrakterne ikke findes på et marked med fuldkommen konkurrence, burde man kunne stræbe efter denne konkurrenceform, da den er velfærdsmaksimerende.

Den oprindelige ligevægt for offentlige IT-udviklingskontrakter vil være forstyrret af indskrænkninger af udbuddet, som vedrører omkostningerne ved aftaleindgåelse. Disse omkostninger vil forhøje virksomhedernes marginalomkostninger, og dermed skubbe udbudskurven ud af den velfærdsmaksimerende ligevægt. Dermed vil markedskræfterne være forstyrret og ikke kunne resultere i en Pareto-efficient ligevægt.

I det følgende vil der blive undersøgt, hvorvidt efficiens er mulig ved kontraktindgåelse på baggrund af Coase-teoremerne, samt hvilke forhold der kan influere indskrænkningerne af markedskræfterne ved hjælp af Williamsons transaktionsomkostningsteori.

3.2 Coase-teoremet og efficiens

Ronald Coase beskæftigede sig i sin artikel *"The problem of social cost"*⁸⁹ med problematikken omkring fordeling af rettigheder mellem parter med modstridende interesser. Ud fra denne artikel er der blevet udledt en række teoremer, som er blevet navngivet efter Coase⁹⁰.

Coase-teoremet i den oprindelige og stærkeste version statuerer, at;

"Såfremt rettighederne er veldefinerede, og der ikke forekommer nogle transaktionsomkostninger, vil parterne uanset den retlige fordeling af rettigheder gennem samarbejde nå frem til et Pareto-efficient resultat."

Ifølge Coase vil veldefinerede rettigheder bevirke, at der gennem en transaktion mellem parterne vil kunne opnås en Pareto-efficient tilstand uagtet rettighedsfordelingen. Coase anfører i sine eksempler, at der gennem forhandling vil kunne opnås den mest effektive ressourcefordeling mellem parterne, hvis det ikke koster noget at forhandle. Forhandling, som kan føre til et efficiens tilstand må forstås som forhandling af alle relevante aspekter, således at alt, der har relevans for samarbejdet, skal der forhandles om.

Teoremets stærke version er blevet kritiseret på flere punkter, da den praktisk set er umulig at opfylde. Samarbejdet og indgåelse af en aftale kan aldrig blive omkostningsfrie, når der er tale om to forskellige parter. Den stærke version er vigtig for forståelsen af betydningen af forhandlingen, selv

⁸⁹ The Journal of Law and Economics.

⁹⁰ Eide & Stavang, 2008, s. 134.

om opfyldelsen af forudsætningerne til efficiens ikke er mulige i virkeligheden. Forhandlingen vil ifølge Coase føre til den bedst mulige allokering af ressourcer, da parterne er nærmest til at kunne fastsætte deres nytte ved transaktionen. Der er dog omkostninger ved forhandling. Coase-teoremets bløde version statuerer i forlængelsen af tanken om omkostninger ved transaktionen, at;

"Hvis omkostningerne er så høje, at de forhindrer forhandling, burde loven udformes således, at rettighederne bliver allokeret på samme måde, som forhandlingerne ville føre til."

Teoremets bløde version anerkender, at der vil være omkostninger ved aftaleindgåelsen, og dermed angiver en juridisk rettighedsfordeling til at være løsningen, men kun i det tilfælde hvor omkostningerne forhindrer forhandling og allokering af rettigheder i overensstemmelse med parternes løsning ved en hypotetisk forhandling. Cooter og Ulen opstiller en grafisk fortolkning af Coases bløde teorem, hvor i begrebet grænseomkostning afbildes med en rød afmærkning, som symboliserer den maksimale omkostning forhandlingen vil have, hvor forhandlingen ikke længere er mulig.



Hvis omkostningerne ved forhandling overstiger gevinsten ved forhandling, er forhandling umulig, da parterne ikke vil indgå i forhandlingen. Problematikken ligger således i, om omkostningerne ved forhandling opvejer en mulig gevinst, som opstår mellem parterne i en forhandlingssituation. Hvis gevinsten ikke overstiger omkostningen, vil forhandlingen ikke føre til en efficient rettighedsallokering, og dermed vil rettighederne skulle fordeles ved hjælp af lovgivningen.

Ud over den stærke og den svage version af Coase-teoremet, finders der også et normativ Coase-teorem, som ikke beskæftiger sig med rettighedsallokering, men med hvorvidt hindringer for aftaler kan skade efficiensen.

Det betingede normative Coase-teorem repræsenterer en mulig opnåelse af efficiens, ved hjælp af reducere af transaktionsomkostninger. Dette normative teorem statuerer, at;

"Såfremt der ønskes efficiens, bør loven udformes sådan at den reducerer eller helt fjerner hindringer for private aftaler."

Hindringer forstås som omkostninger, der forhindrer aftaleindgåelsen hos parter. Derfor bør man stræbe efter at nedbringe transaktionsomkostninger, og hvis der eksisterer retsregler, som medfører yderligere omkostninger for parterne, burde de fjernes for at opnå efficiens.

Coase-teoremerne viser hvor stor en rolle omkostninger ved indgåelse af aftaler har på et efficient udfald af forhandling. Hindringer for private aftaler i form af omkostninger er med til at sætte markedsmekanismen ud af spil, da der med disse ikke vil kunne opnås den oprindelige velfærdsmaksimerende effekt af konkurrencen. For at undersøge hvorvidt omkostningerne ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter kan hindre efficiens ved indgåelsen af disse, vil der på baggrund af Williamsons teori blive redegjort for, hvilke typer af transaktionsomkostninger, der kan foreligge ved aftaleindgåelse.

3.3 Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger består af omkostninger, der opstår i forbindelse med en transaktion mellem to eller flere virksomheder, herunder *"...planning, adapting, and monitoring task completion under alternative governance structure"*⁹¹. Ifølge Oliver E. Williamsons transaktionsomkostningsteori, skelnes der mellem ex ante og ex post transaktionsomkostninger. Ex ante omkostningerne er karakteriseret som omkostninger, der er forbundet med indgåelsen af en kontrakt, som eksempelvis markedsundersøgelser og forhandling. Ex post omkostningerne opstår på baggrund af eksempelvis genforhandling, nye søgeomkostninger og fortolkning af kontrakten. Williamson forklarer, at transaktionsomkostningerne ex ante og ex post er individuelt afhængige af hinanden, da størrelsen af ex ante omkostningerne har indflydelse på størrelsen af ex post omkostningerne og omvendt⁹². Transaktionsomkostningernes omfang og størrelse afhænger af kontraktens længde, indhold, dens type og kompleksitet. Komplekse og langvarige kontrakter, som er tilfældet med IT-udviklingskontrakter, har tendens til at have relativt høje transaktionsomkostninger, mens disse er mindre ved simple og standardiserede kontrakter.

Transaktionsomkostningerne inddeles yderligere ind i tre kategorier; søge-, forhandlings- og håndhævelsesomkostninger⁹³. Disse benævnelser vil blive overført til de tre faser i en udbudsproces,

⁹¹ Williamson, 1985, s. 2.

⁹² Williamson, 1985, s. 20-21.

⁹³ Eide & Stavang, 2013, s. 129.

der er beskrevet i kapitel 2, som værende idé- og analysefasen, anskaffelsesfasen og gennemførelsesfasen.

3.3.1 Aktørforudsætninger

Williamson antager i sin teori om transaktionsomkostninger, at mennesket er "begrænset rationel"⁹⁴, hvilket betyder, at der ikke kan udarbejdes komplette kontrakter, der regulerer alle de mulige fremtidige hændelser, da aktørerne ikke altid kan forudse fremtidige begivenheder. Ved begrænset rationalitet er tanken ved beslutningsprocessen, at individets rationalitet er begrænset af de oplysninger det har, de kognitive begrænsninger⁹⁵ i dets sind samt den mængde tid, det har til at træffe en beslutning. En aktør vil derfor vælge den mest optimale løsning, denne har kendskab til, selvom det ikke nødvendigvis er den bedste løsning. Dette skyldes aktørens begrænsninger i at modtage, lagre og behandle oplysninger, da man sjældent har kendskab til alle ens muligheder⁹⁶. Den anden centrale antagelse ifølge Williamson er, at mennesket er opportunistisk⁹⁷, hvori ligger, at aktøren vil handle amoralsk i en forhandlingssituation, hvis det tjener egen interesse⁹⁸.

3.3.2 Transaktionsdimensioner

Der er tre dimensioner, som har en effekt på omfanget af transaktionsomkostninger. Disse er aktivspecifitet, usikkerhed og frekvens⁹⁹.

Den første dimension indebærer, at som følge af en kontrakt, skal en aktør investere i aktiver for at kunne opfylde den indgåede kontrakt. Aktøren skal dermed investere i specifikke aktiver, som ikke kan bruges uden for kontraktens område i samme grad som generelle aktiver. Dette betyder, at en høj aktivspecifitet vil medføre en lav investeringsværdi, hvis de bliver brugt til alternative anvendelser. Det er derfor vigtigt, at en kontrakt med høj aktivspecifitet bliver overholdt, da disse er sværere at omplacere uden tab, end generelle aktiver¹⁰⁰.

Den anden dimension, usikkerhed, skyldes ufuldstændig kommunikation og særligt adfærdsmæssige forhold¹⁰¹, som begrænset rationalitet og opportunisme. En aktør kan på baggrund af dennes begrænsede rationalitet være i tvivl om hvilke alternativer vedkommende har, som derfor kan medføre en usikkerhed. Williamson inddeler usikkerhed i tre former; eksogen usikkerhed, usikkerhed

⁹⁴ Williamson, 1985, s. 44.

⁹⁵ Kognitive begrænsninger er begrænsninger i bl.a. tænkning og anvendelse af viden, Den store danske.

⁹⁶ Knudsen, s. 297.

⁹⁷ Dette beskriver Williamson som "self-interest seeking with guile", Williamson, 1985, s. 47.

⁹⁸ Williamson, 1985, s. 47.

⁹⁹ Williamson, 1985, s. 52.

¹⁰⁰ Williamson, 1985, s. 54.

¹⁰¹ Williamson, 1985, s. 57.

som følge af ufuldstændig kommunikation, samt adfærdsbetinget usikkerhed¹⁰². Den første form for usikkerhed relaterer sig til udefrakommende faktorer som påvirker tilstandens planmæssige udvikling. Den anden, vedrører parternes mangelfulde kommunikation og den sidste form for usikkerhed omhandler parternes adfærd, såsom en parts strategiske adfærd der forvrænger eller tilbageholder information.

Den tredje og sidste dimension, er frekvens. Denne omhandler hvor hyppigt den samme transaktion bliver gennemført. Ved en høj frekvens bliver omkostningerne fordelt udover flere transaktioner, hvilket gør, at omkostningerne pr. transaktion bliver lavere. Omvendt vil en lav frekvens resultere i, at omkostningerne pr. transaktion vil blive højere¹⁰³.

I det følgende afsnit vil der med udgangspunkt i Cooter og Ulens antagelser blive undersøgt hvorvidt transaktionsomkostningerne ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter kan anses for høje eller lave. Resultaterne af denne analyse vil danne udgangspunkt for analysen af, hvilke omkostninger der foreligger ved indgåelsen og hvor i kontraktforløbet de finder sted.

3.3.3 Transaktionsomkostningers størrelse

Flere forhold kan bevirke, at omkostningerne ved transaktionen kan blive høje. Søgeomkostninger er større ved ukendte parter og håndhævelsesomkostninger bliver højere, des mere uklare rettigheder parterne har samt jo mere kompliceret kvalitetskontrollen og sanktioner er. Derudover er der mange forhold, som påvirker transaktionsomkostningerne ved selve forhandlingen af kontrakten. Selv om forhandling mellem parterne kan medføre en efficient allokering af ressourcer og en forståelse for ydelsen, er forhandling ikke omkostningsfri. Eksempler på faktorer, som påvirker omkostningerne fremgår af nedenstående tabel, hvor relevante dele af Cooter og Ulens antagelser om omkostningernes størrelse er anvendt.

Lave transaktionsomkostninger	Høje transaktionsomkostninger
1. Standardiserede varer eller tjenester	1. Komplekse ¹⁰⁴ varer eller tjenester
2. Få parter	2. Mange parter
3. Ingen eventualiteter	3. Mange eventualiteter
4. Venligsindede parter	4. Fjendtlige parter
5. Bløde forhandlere	5. Hårde forhandlere

¹⁰² Williamson, 1985, s. 101.

¹⁰³ Williamson, 1985, s. 60.

¹⁰⁴ I Cooter og Ulens tabel er 1. punkt *Unique good og service*, hvor der i denne afhandling vil blive brugt termen *kompleks*. Denne ændring af termen er i overensstemmelse med Cooter og Ulens brug af termen i deres eksempel på side 88.

6. Enkel efterlevelseskontrol	6. Kompliceret efterlevelseskontrol
-------------------------------	-------------------------------------

3.3.3.1 Komplekse varer

Transaktionsomkostningerne er lavere for standardiserede varer end for komplekse varer, da forhandlinger er simple, når der ikke er meget at vide om varen¹⁰⁵. Ved en kompleks vare, som er tilfældet med en IT-udviklingskontrakt, skal der gøres et stort stykke forarbejde inden udarbejdelsen af kontrakten i idé- og analysefasen, hvor der skal undersøges, hvilke behov der er og hvad der skal til for at den opfylder de krævede behov. Komplexiteten af ydelsen påvirker ligeledes ex ante omkostningerne i anskaffelsesfasen, hvor der gennem dialog og forhandling findes frem til, hvordan løsningen skal opfylde behovene hos den offentlige part. Komplexiteten i løsningen anses for at være en vigtig grund for omkostningernes størrelse, da informationskløften er stor og opnåelse af en fælles forståelse for den offentlige parts behov og leverandørernes kunnen, skønnes at kræve mange ressourcer. I gennemførelsesfasen vil kompleksiteten spille ind i forhold til ændringsbehov, som for IT-udviklingsløsninger vil opstå under udviklingen af løsningen. Samme behov for ændringer vil ikke opstå ved simple standardiserede varer. Derfor vurderes transaktionsomkostningerne at være højere for IT-udviklingskontrakter end for andre kontrakter, med en mindre kompleks kontraktgenstand både ex ante og ex post i forløbet.

3.3.3.2 Flere parter ex ante

Transaktionsomkostninger vil være højere med mange parter end med få¹⁰⁶. Ved indgåelsen af en offentlig kontrakt vedrørende udvikling af en IT-løsning vil der være mellem tre og fem leverandører. Jo flere leverandører der er, som vil i dialog eller holde spørgerunde, des højere transaktionsomkostninger, da den offentlige part skal videreformidle sit svar til de andre leverandører. Omkostningerne forbundet med antallet af parter vil kun finde sted i anskaffelsesfasen og derfor være ex ante transaktionsomkostninger. Ved mange parter er der højere transaktionsomkostninger, da der vil forekomme flere forhandlinger mellem den offentlige part og de private parter, end ved få parter. I forbindelse med spørgerunder under forhandling af IT-udviklingskontrakter, vil der være mange spørgerunder grundet kompleksiteten i løsningen. Det skønnes, at såfremt antallet af parter skal anses for at være lille, skal der ikke være flere end to leverandører og én offentlig part. Derfor vurderes ex ante transaktionsomkostningerne værende høje for IT-udviklingskontrakter, da antallet af parterne i en forhandlingssituation anses for at være højt. Ex post omkostninger, som vil forekomme ved håndtering af eventualiteterne, anses på baggrund af den reducerede antal parter til at være lave, da der kun vil være to parter efter aftaleindgåelsen.

¹⁰⁵ Cooter & Ulen, 2012, s. 88.

¹⁰⁶ Eide & Stavang, 2013, s. 131.

3.3.3.3 Mange eventualiteter

Hvis man skal tage højde for mange eventualiteter, hvilket ofte er tilfældet med IT-udviklingskontrakter, opstår der høje transaktionsomkostninger¹⁰⁷. I anskaffelsesfasen kan den offentlige og den private part ved indgåelse af kontrakten udforme ændringsklausuler¹⁰⁸, som parterne skal være enige om for at kunne tage højde for disse eventualiteter. Dette kan kræve en del ex ante ressourcer i form af forhandlinger, for at parterne kan blive enige. Ændringsklausulerne i IT-udviklingskontrakter forventes at forekomme hyppigt, da parterne vil være klar over ændringsbehov uden at kunne forudsige ændringerne ved kontraktindgåelsen. Dog kan ændringsklausulerne grundet ufuldstændig information aldrig tage højde for alle mulige ændringer i forløbet og specielt ændringer i behovene hos den offentlige part. Derfor vil eventualiteterne påvirke transaktionsomkostninger i gennemførelsesfasen, hvor udviklingen af IT-løsningen finder sted. Eventualiteterne vil bevirke ex post omkostninger til afklaring og genforhandling af kontraktvilkårene og kravene til løsningen. Grundet en høj hyppighed af eventualiteter i IT-udviklingskontrakter, bedømmes transaktionsomkostningerne forbundet med disse for at være høje både ex ante og ex post. Da der kun være vil en part, som skal genforhandle kontraktvilkårene ex post, anses disse for at være lavere end ex ante omkostningerne.

3.3.3.4 Venligsindede parter

Venligsindede parter vil have lavere transaktionsomkostninger end parter, der er fjendtlige. I stedet for at arbejde mod en aftale, kan fjendtlige parter modarbejde aftalen i bestræbelsen på at sikre, at den anden part ikke får nogen fordel af samarbejdet¹⁰⁹. Disse omkostninger vil optræde under anskaffelsesfasen i forløbet, og kan også forekomme ex post ved forhandlinger om eventualiteterne. Forhandlinger under IT-udviklingsaftaler vedrører en offentlig og flere private parter, der i udgangspunktet gerne vil indgå en kontrakt. Det antages, at parterne ikke er fjendtlige, og at de private parter stræber efter at være dem, der vinder kontrakten. Begge parter har dermed incitament til at fremstå venlige, og derfor anses transaktionsomkostningerne i dette tilfælde for at være lave ex ante, grundet ønsket om kontraktindgåelse. Ex post vil der være forhandlinger om ændringer, på baggrund af eventualiteterne, hvor den private part ikke på samme måde vil have incitament til at fremstå venlig. Ex post vurderes der, at omkostningerne vedrørende parternes venlighed over for hinanden, vil være højere end ex ante.

¹⁰⁷ Eide & Stavang, 2013, s. 131.

¹⁰⁸ Udsen, 2015, s. 562.

¹⁰⁹ Eide & Stavang, 2013, s. 131.

3.3.3.5 Blød forhandlingsstil

En hård forhandlingsstil kan resultere i, at parterne holder fast i deres krav og vil presse den anden langt ned i vedkommendes mindstekrav. Hvis begge parter er hårde forhandlere, vil det resultere i at forhandlingerne trækker ud eller i værste fald bliver afbrudt ¹¹⁰. IT-virksomhedernes forhandlingsstrategi anses, grundet konkurrencen i anskaffelsesfasen, for ikke at være hård, da et stort pres på den offentlige part kan resultere i, at kontrakten bliver indgået med en anden. Den offentlige part vil stå stærkere og vil i princippet kunne føre en hård forhandlingsstil. Denne kan dog blive svækket af den offentliges manglende information og leverandørens private information, som den offentlige part gerne vil have kendskab til. Derfor anses de mulige forhandlingsstrategier for ikke at være hårde, og dermed anses transaktionsomkostningerne forbundet til forhandlingsstil for ikke at være høje. Under gennemførelsesfasen kan der dog opstå behov for tilpasning af ydelsen og kontrakten. Den private part vil ikke på samme måde være presset af konkurrencen fra andre virksomheder, og bliver ikke på samme måde nødt til at føre bløde forhandlinger med den offentlige part. Under forhandlinger ex post vil der være større risiko for en skærpet tone mellem parterne og dermed sandsynlighed for store transaktionsomkostninger efter kontraktindgåelsen.

3.3.3.6 Kompliceret efterlevels kontrol

Som en ex post transaktionsomkostning, kan der efter udbuddet være behov for, at den offentlige part foretager en opfølgning på de kontraktuelle forhold samt kvaliteten af ydelsen. Såfremt der ikke er aftalt en konkret model for opfølgning og kvalitetskontrol i udbudsmaterialet, kan der for den offentlige part godt opstå væsentlige transaktionsomkostninger. Dette kunne eksempelvis være i processen, hvor man tester IT-løsningen i forhold til kravspecifikationen. Her vil man kunne blive opmærksom på flere punkter, hvor løsningen ikke lever op til, hvad leverandøren havde anført i tilbuddet. Det ville medføre en proces for leverandøren, hvor de eventuelle fejl og mangler vil skulle blive rettet til og dermed kræve transaktionsomkostninger. Da kvalitetskontrollen anses for at være kompliceret, grundet kompleksiteten i ydelsen, vil transaktionsomkostninger forbundet med kvalitetskontrol være høje.

3.3.3.7 Information som omkostningsfaktor

I det følgende vil der diskuteres, hvorvidt høj grad af privat information, som er kendetegnet for offentlige IT-udviklingskontrakter, kan anses for en relevant faktor for transaktionsomkostningernes størrelse.

For at kunne diskutere antagelsen, vil der ses på hvad der menes med privat information i økonomisk forstand.

¹¹⁰ Eide & Stavang, 2013, s. 131.

Information kan i en forhandlingssituation være offentlig eller privat. Offentlig information vil være kendt for alle parter, mens privat information kun vil være kendt for én af parterne. Offentlig information vil kunne lette forhandlinger, da offentlig information gør det nemmere at vurdere hinandens standpunkter, således at det er enklere for parterne at nå til et tilfredsstillende resultat. Hvis informationen er tilgængelig for begge parter, vil de have en forståelse for, hvor meget der kan blive forhandlet om, og ikke bruge tiden på at afsløre hinandens trusselsværdi¹¹¹. Dog kan offentlig information resultere i, at parternes forhandlingsposition svækkes, da de ikke vil kunne anvende deres private information omkring sine alternative muligheder til deres fordel¹¹². Der foreligger nemlig et dilemma for parterne, om hvor meget af deres private information de skal åbne op for i en forhandlingssituation.

Når offentlig information anses for at lette forhandlingerne, vil den private information modsætningsvis bevirke, at forhandlingerne kan tage længere tid. Desuden vil der være større sandsynlighed for, at parterne vil være mere tilbøjelige til at anvende en hård forhandlingsstil, da parterne nemmere vil kun undervurderer hinandens mindstekrav¹¹³.

I det følgende, vil der på baggrund af antagelserne om offentlig og privat information analyseres, hvilken form for information, der foreligger ved indgåelsen af offentlige IT-udviklingskontrakter, og hvordan informationen påvirker transaktionsomkostningerne.

3.3.3.7.1 Privat information og offentlige IT-udviklingskontrakter

Der vil være en høj grad af privat information hos parterne, da der på grund af ydelsens kompleksitet og en hastig udvikling på markedet for IT vil være forskellig viden hos den offentlige og den private part. Den private part vil besidde viden om udviklingsmuligheder og om hvorvidt det ønskede kan opfyldes, hvorimod den offentlige part vil have viden om sine egne behov. Da der vil foreligge privat viden hos begge parter, vil den private part ikke have indsigt i, hvad der ønskes af det udviklede, og den offentlige part vil ikke vide, om deres opfattelse af den bedste løsning, vil harmonere med mulighederne på markedet til den fastsatte pris.

Der vil dermed foreligge en informationskløft mellem parterne ved indgåelse af IT-udviklingskontrakter, både ex ante og ex post i forløbet. Derfor vil der forekomme omkostninger forbundet med en behovsaflæring samt en forståelse for de tekniske muligheder på markedet, som ellers ikke ville foreligge, hvis der var offentlig information hos parterne. Det vil være nødvendigt for

¹¹¹ Trusselsværdi, er den værdi, som parterne vil opnå uden indgåelse af aftale.

¹¹² Eide & Stavang, 2008, s. 131- 132.

¹¹³ Eide & Stavang, 2008, s. 131.

parterne at blive enige om hvad der skal udvikles samt hvilke behov hos den offentlige part IT-løsningen skal opfylde.

Problematikken ved privat information kan løses ved forhandling mellem parterne, og denne løsning anses for den mest effektive til at skabe offentlig information¹¹⁴. Jo højere grad af privat information, der vil foreligge, jo flere ressourcer skal der bruges i forhandlingen for at skabe offentlig information. Derfor vil privat information anses for en faktor der vil kunne påvirke transaktionsomkostningernes størrelse positiv, og dermed vil høj grad af privat information kunne føre til høje transaktionsomkostninger.

3.3.3.8 Transaktionsomkostningernes størrelse for IT-udviklingskontrakter

De relevante forhold vedrørende transaktionsomkostningernes størrelse indikerer, at omkostningerne er høje for IT-udviklingskontrakter grundet omkostningerne vedrørende kompleksiteten af løsningen, flere involverede parter, mange eventualiteter, en kompliceret efterlevelseskontrol samt høj grad af privat information. Det kan statueres, at den private information foreligger i tæt forbindelse med IT-udviklingsløsningens kompleksitet, som derudover bevirker, at der vil opstå mange eventualiteter efter kontraktindgåelsen og en vanskelig efterlevelseskontrol, som yderligere fører til høje transaktionsomkostninger. Derfor kan det statueres at de høje transaktionsomkostninger i grunden udspringer sig fra kompleksiteten i løsningen, samtidig med at kontraktformen nødvendiggør høje transaktionsomkostninger ved transaktioner mellem flere parter end to ex ante i forløbet.

For den offentlige part kan høje transaktionsomkostninger i værste tilfælde overstige den forventede gevinst ved et udbud¹¹⁵. Denne konsekvens kan medføre, at den offentlige part undlader at udbyde en opgave, eller at gevinsterne ved den udbudte opgave reduceres kraftigt. For den private part kan de høje transaktionsomkostninger, betyde høje omkostninger for at løse den udbudte opgave, hvilket vil resultere i højere priser over for det offentlige. Hvis den private part har høje transaktionsomkostninger kan dette desuden betyde, at denne undlader at byde ind på udbuddet, hvilket kan medføre mangelfuld konkurrence om de udbudte opgaver. Derudover kan det også medføre, at de bedste leverandører ikke afgiver tilbud på de udbudte opgaver. Både den offentlige og private part har dermed en interesse i, at transaktionsomkostningerne i forbindelse med et udbud holdes på et minimum.

¹¹⁴ Cooter & Ulen, 2012, s. 355.

¹¹⁵ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 8.

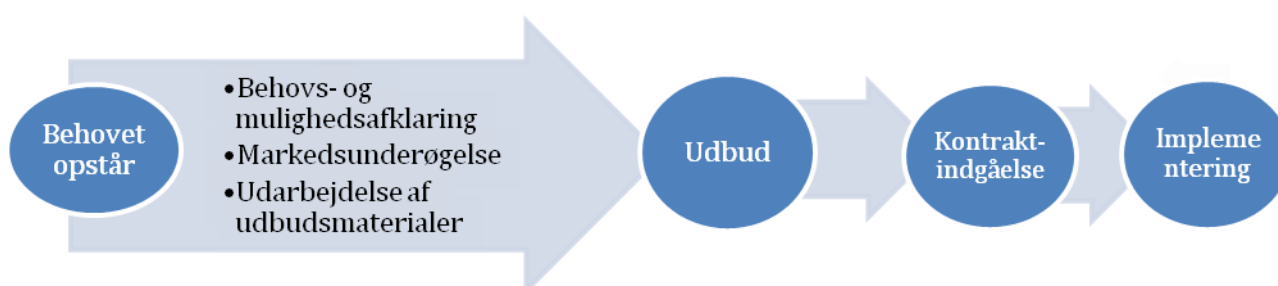
Efter nu at have statueret, at transaktionsomkostningerne for offentlige IT-udviklingskontrakter er høje, skal der kigges på hvilke omkostninger, der foreligger ved kontraktindgåelsen og hvor i processen disse finder sted. Analysen af dette vil udføres ved hjælp af Williamsons antagelser om transaktionsomkostninger. For at sikre læsevenligheden vil projektforsløbet fra kapitel 2 blive inddraget til at illustrere hvor i forløbet omkostningerne opstår.

3.3.4 Parternes transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger finder sted i idé- og analysefasen før udbuddet, under anskaffelsesfasen, som resulterer i kontraktindgåelsen, og i gennemførelsesfasen ex post. I nedenstående analyse kortlægges årsagerne til henholdsvis den offentlige og private parts transaktionsomkostninger i udbudsprocessen. I dette afsnit vil omkostningerne for parterne blive behandlet separat, da parterne vil have forskelligartede omkostninger under forløbet.

3.3.4.1 Den offentlige parts transaktionsomkostninger

3.3.4.1.1 Idé- og analysefasen



Idé- og analysefasen er, som forklaret i kapitel 2, den første fase i forløbet. I denne fase forekommer der ex ante omkostninger, hvor den offentlige part bruger ressourcer på eksempelvis markedsanalyser, som kan være relativt omkostningstungt da det kan være svært for den offentlige part at danne et overblik over, om der findes virksomheder, der vil kunne leverer den komplekse IT-løsning. I denne fase kan den offentlige benytte sig af en række dialogmøder med leverandører, inden udbudsmaterialet udarbejdes, som vil medføre transaktionsomkostninger. Dette kan være meget relevant for den offentlige, da denne kan få en indsigt i, hvad markedet kan tilbyde og en investering i at få oparbejdet en dialog omkring den kommende kravspecifikation¹¹⁶. Dette er særligt relevant ved en kompleks vare, hvilket er tilfældet ved en avanceret IT-løsning. I sådan tilfælde har den offentlige part ikke den fornødne viden til at udforme kravspecifikationen uden uklarheder, og der kan dermed opstå mange spørgsmål.

¹¹⁶ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 20.

Udarbejdelsen af indholdet i kravspecifikationen kan være vanskelig og tidskrævende, og vil derfor medføre transaktionsomkostninger. Jo flere krav den offentlige part stiller, desto højere bliver prisen¹¹⁷. Ved en kompleks IT-løsning stilles der mange krav og den offentlige part kan ofte stille unødvendige krav i udbudsmaterialet, grundet dens manglende viden. Dialogerne er derfor en mulighed for at eliminere unødvendige krav. Disse er dog omkostningsfulde grundet antallet af parter, kompleksiteten i løsningen og en høj grad af privat information, men giver mulighed for at reducere efterfølgende transaktionsomkostningerne ved at blive mere klar på omfanget og rimeligheden af de krav, som den offentlige part stiller i kravspecifikationen, samt minimere antallet af spørgsmålsrunder i næste fase. Der anvendes ressourcer hos den offentlige part til udarbejdelse af og offentliggørelse af udbudsmateriale, som er en transaktionsomkostning.

3.3.4.1.2 Anskaffelsesfasen



I denne fase, som også gælder ex ante omkostninger, er udbudsmaterialet offentliggjort og den offentlige og private part kan afholde spørgsmål/svar runder i forbindelse med udbudsmaterialet. Den løbende dialog kan være med til at mindske den private information hos parterne og give dem en bedre forståelse af den ønskede løsning, men vil medføre transaktionsomkostninger. Spørgsmålene fra leverandørerne kan være omkostningsfulde at håndtere for den offentlige part, da denne kan være i tvivl om markedets mulige løsninger. Den løbende dialog inden tilbudsafgivning er en vigtig del af processen da møderne kan være med til at eliminere uklarheder, men disse kan være omkostningstunge at håndtere for den offentlige part. Dette gælder særligt, hvis de potentielle leverandører har mange spørgsmål til udbudsmaterialet, hvilket ofte er tilfældet ved komplekse IT-løsninger. Dette kan igen reduceres ved, at man i fase 1 har foretaget en god markedsundersøgelse og været i dialog med leverandører for at udarbejde eksempelvis en så fyldestgørende kravspecifikation som muligt.

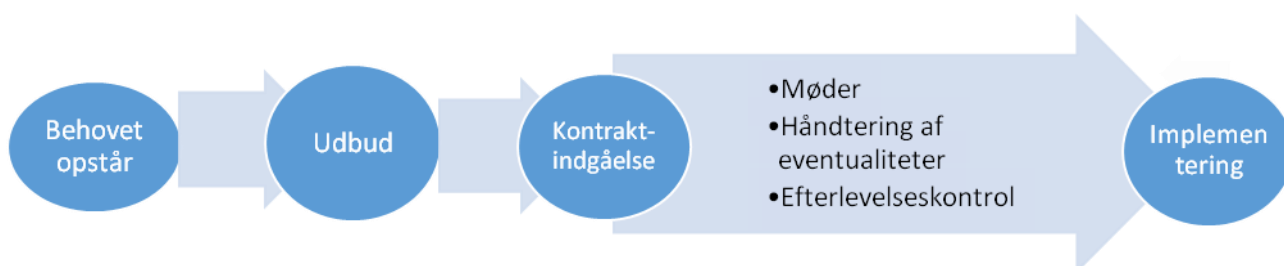
¹¹⁷ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 36.

Gennemførelsen af udbuddet kan indledes med en gruppe prækvalificerede leverandører, som afgiver deres tilbud, hvorefter der er en tilbudsevaluering af de indkommende tilbud. Dette kan ofte være forbundet med en del omkostninger, når den offentlige part skal gennemgå tilbuddene for at vurdere om disse lever op til de komplekse krav. En forhandlingsfase kan være en del af gennemførelsen af et udbud, såfremt den valgte udbudsform tillader forhandling. Efter tilbudsevalueringen er der en periode hvori ikke-valgte leverandører kan klage, hvis de mener ikke at have fået den rette begrundelse for afslaget. Dette kan medføre en del omkostninger for den offentlige part, men kan undgås ved at denne sørger for at have faste retningslinjer for, hvordan man informerer om tildelingen.

Efter udbuddet er gennemført og under konciperingen af kontrakten, kan det risikeres, at man bruger meget tid og ressourcer på at forebygge problemer, som sandsynligvis ikke vil opstå alligevel, og der derfor er opstået unødvendige transaktionsomkostninger¹¹⁸.

Efter kontraktunderskrivelse kan udviklingen af IT-løsningen påbegynde gennemførelsesfasen.

3.3.4.1.3 Gennemførelsesfasen



Denne fase indeholder, i modsætning til de andre faser, ex post omkostninger, eftersom den offentlige part har indgået en kontrakt med den valgte leverandør. Som nævnt i kapitel 2, skal der foreligge et tæt samarbejde mellem den offentlige og private part for at opnå en succesfuld gennemførelse af udviklingen¹¹⁹. Dette kan gøres ved hjælp af opstartsmøder mellem den offentlige og private part, idet den fremadrettede udvikling i høj grad bygger på dialog og tillid¹²⁰. På grund af kompleksiteten i løsningen og udviklingens omfang, vil der være behov for at holde mange møder under udviklingen af IT-løsningen. I analysen fra Udbudsrådet¹²¹ konstateres det, at den offentlige og private part har gode

¹¹⁸ Torvund, 1997, s. 46.

¹¹⁹ Afsnit 2.3.

¹²⁰ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 52.

¹²¹ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*.

erfaringer med opstartsmøder, idet ressourcerne til mødeaktiviteten er givet godt ud i forhold til at holde transaktionsomkostningerne nede længere henne i gennemførelsen af kontrakten¹²².

Derudover er der omkostninger ved håndtering af eventualiteter, da den offentlige part skal bruge ressourcer på både behovsaflære løbende og på samarbejde med den private part til håndtering af eventualiteterne. Efterlevelseskontrollen vil have omkostninger for den offentlige part, som skal foretage opfølgning på de kontraktuelle forhold samt kvaliteten af ydelsen. Disse omkostninger vil i høj grad hænge sammen med eventualiteterne, som vil opstå under udviklingen.

3.3.4.1.4 Williamsons adfærdsantagelser

Antagelsen angående forudsætningen om at aktøren er begrænset rationel, er i forhold til den offentlige part, bygget på dens manglende viden på IT-området. Den offentlige part er begrænset af dens oplysninger på området og vil derfor træffe en beslutning, på baggrund af det kendte, som denne mener er optimal. Muligheden for at udarbejde en markedsundersøgelse samt føre indledende dialogmøder med leverandører giver den offentlige part mulighed for at indhente så meget information som muligt til at udforme kontrakten. Dette er med til at mindske den offentlige parts irrationelle handling, men modsat kan denne ikke forudse alle fremtidige hændelser, hvilket ifølge Williamsons optik vil medføre, at den offentlige part handler irrationelt grundet manglende kapacitet. Dog kan den offentlige og private part forhandle om ændringsklausuler, så man på bedst mulig vis kan komme disse hændelser i forkøbet. Den offentlige part har til hensigt at indgå den mest fordelagtige kontrakt og vil forhandle med de udvalgte leverandører om ændringsklausuler. Hvis der er mange leverandører, vil disse forhandlinger kræve høje transaktionsomkostninger, da der skal afsættes mange ressourcer til at forhandle med de forskellige leverandører, jf. faktoren angående mange parter.

Angående den anden centrale antagelse, at mennesket er opportunistisk, antages det at den offentlige part ikke vil handle opportunistisk, da denne skal overholde udbudsrettens regler. Det antages at den offentlige er begrænset rationel og vil handle profitmaksimerende, men ikke opportunistisk, da denne ikke vil handle amoralsk eller i strid med lovgivningen. I så fald vil kontrakten være ugyldig.

3.3.4.1.5 Williamsons dimensioner

3.3.4.1.5.1 Aktivspecifitet

Den første dimension, aktivspecifitet, er medvirkende til, at forhøje transaktionsomkostninger, da den offentlige part ikke kan forudsige fremtidige udfordringer og kan være nødsaget til at foretage ekstra investeringer for at kontrakten kan overholdes. Dette kan eksempelvis være ex post

¹²² *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 52.

omkostninger, hvor den private part under udviklingen af løsningen bliver opmærksom på, at det aftalte indkøb af RAM/Software ikke er tilstrækkeligt og der derfor skal indkøbes yderligere af den pågældende. Der kan også være tale om ex ante omkostninger, da den offentlige part eksempelvis kan have investeret i markedsundersøgelser. Disse undersøgelser kan have en høj grad af aktivspecifitet, da de kun kan bruges til den pågældende IT-udviklingsløsning og derfor ikke vil have den samme værdi ved udviklingen af en anden IT-løsning.

3.3.4.1.5.2 Usikkerhed

Den anden dimension, usikkerhed, er som tidligere skrevet, opdelt i tre former for usikkerhed og kan også indebære ex ante og ex post transaktionsomkostninger. Den første, eksogen usikkerhed, omhandler de udefrakommende faktorer som parterne ikke kan forudse eller styre. Det kan være et pludseligt fremskridt i teknologien eller en ny lov, som kan sætte minimumsstandarder inden for miljøvenlighed eller tekniske specifikationer. Det vil betyde, at den offentlige part ikke kan være sikker på, om det udviklede vil leve op til de nye mulige teknologiske standarder eller regler, hvorefter der kan være risiko for at IT-løsningen ikke vil være aktuel eller lovlig. Usikkerheden vil dermed føre potentielle transaktionsomkostninger ved et nyt udbud.

Usikkerheden, som følger af ufuldstændig kommunikation, skyldes at parterne ikke ved, hvad hinanden har af viden. Dette sker på baggrund af den private og offentlige information, som parterne hver især har. Denne usikkerhed kan man minimere ved at den offentlige part går i dialog med leverandørerne og får en større indsigt i hvad der er muligt og så parterne får en bedre viden om hvad hinanden ved. Det vil dog medføre transaktionsomkostninger forbundet med indgåelsen i dialog. Dette hænger sammen med den sidste form for usikkerhed angående adfærdsbetinget usikkerhed. Den offentlige part kender ikke til den private parts strategiske adfærd, såsom at sidstnævnte kunne forvrænge eller tilbageholde information. Derudover er der en usikkerhed angående klagesager, hvilket den offentlige part ofte bruger mange ex ante ressourcer på at forhindre ved at dobbelttjekke udbudsmaterialet. Usikkerheden vil resultere i øgede transaktionsomkostningerne.

3.3.4.1.5.3 Frekvens

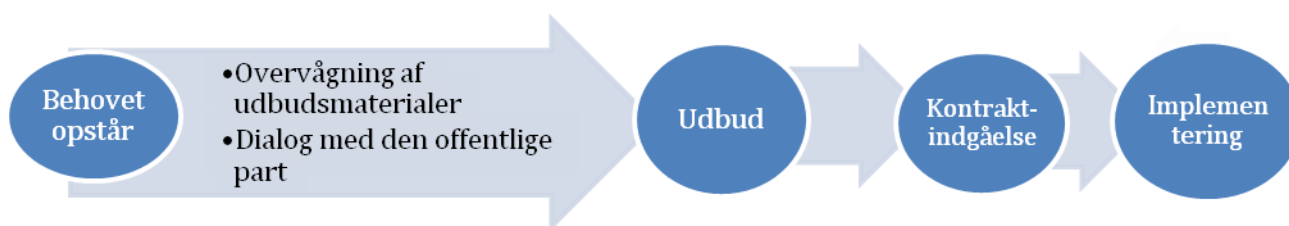
En hyppig frekvens, som er den sidste dimension, vil i en almindelig kontraktforhandlingssituation betyde, at der opstår kutymer mellem parterne og transaktionsomkostningerne vil blive mindre og mindre for hver kontraktindgåelse. Omkostningerne vil altså være størst i den første transaktion. Dette tilfælde gør sig ikke gældende i samme grad ved udbud af offentlige kontrakter. Frekvensen i forhandlingen er hyppig, da der i en forhandlingssituation foretages mange transaktioner mellem parterne. Dette er særligt tilfældet ved komplekse varer, hvor den private part ofte har behov for at

stille spørgsmål til den offentlige part over flere omgange for at finde frem til en klar kravspecifikation. Parterne skal dog stadig afsætte ressourcer til at mødes og den offentlige part skal videreformidle svarene til de andre leverandører, som kun bliver endnu mere omkostningsfuld såfremt antallet af leverandørerne er mange.

Ved en IT-udviklingskontrakt kan man ikke genanvende dele af udbudsmaterialet som ved indgåelse af almindelige udbud, da det antages at IT-udviklingen har fundet nye løsninger og den offentlige part har behov for at udvikle en ny løsning, der svarer til den teknologiske udvikling. Her skal der udformes nyt udbudsmateriale og hele udbudsprocessen skal køres igen. Havde der været tale om et udbud angående en standardvare, ville man formentlig kunne genanvende udbudsmaterialet, men udbudsprocessen skulle stadig køres igen. Angående sidstnævnte tilfælde vil der godt kunne være tale om at spare nogle omkostninger ved at anvende det allerede udformet udbudsmateriale, men der er stadig mange omkostninger med, at skulle igennem et udbud. Der vil altså ikke være de samme frekvensbesparelser, som ved en almindelig kontraktindgåelse. Derfor vil frekvens af udbud af offentlige IT-udviklingskontrakter ikke resultere i lavere transaktionsomkostninger, men derimod vil høj frekvens af udbud føre til større omkostninger samlet set.

3.3.4.2 Den private parts transaktionsomkostninger

3.3.4.2.1 Idé- og analysefasen



For den private part gælder det, at denne ofte er bekendt med det kommende udbud. Dette kan skyldes at den private part er nuværende leverandør til den offentlige part eller kendskabet opnås gennem markedsovervågning. Det er normalt at den private part bruger ressourcer på at overvåge udbudsmarkedet, så den kan være på forkant og kunne planlægge en eventuel tilbudsgivning¹²³. En sådan overvågning af udbudsmateriale vil føre til omkostninger for den private part. Derudover har den private part mulighed for at være i dialog med den offentlige part, hvilket også vil medføre

¹²³ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 56.

transaktionsomkostninger. Dette medfører dog et potentiale for at sænke omkostningerne senere i en tilbudsproces, da en potentiel leverandør er mere klar over, hvilken ydelse der efterspørges.

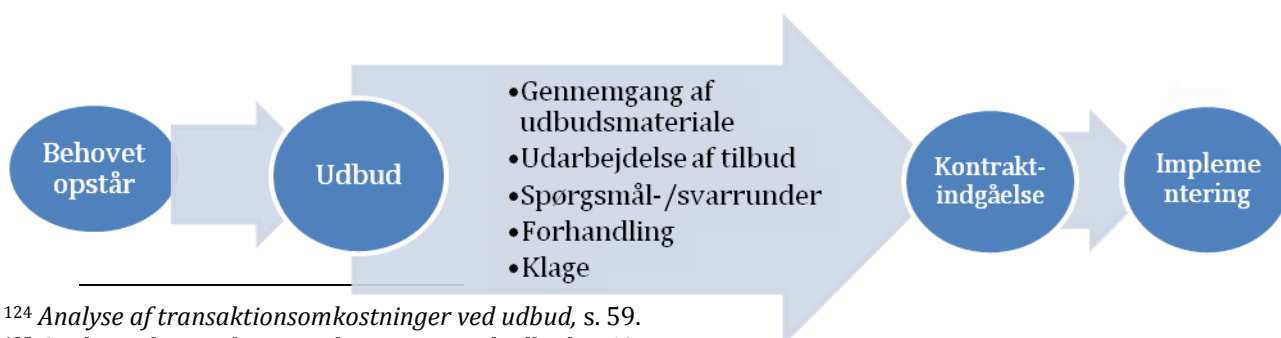
3.3.4.2.2 Anskaffelsesfasen

Denne fase er den mest omkostningstunge ifølge Udbudsrådets analyse¹²⁴. Den private part bruger i denne fase betydelige ressourcer på at gennemlæse udbudsmaterialet, for herefter at vurdere, om de ønsker at afgive tilbud. Transaktionsomkostningernes størrelse forbundet med spørgsmål-/svarrunderne afhænger af, hvor godt udbudsmaterialet og specielt kravspecifikationen er udarbejdet, idet omkostningerne stiger såfremt den private part er nødsaget til løbende at indhente information. Dette bevirker, at den private part kan vurdere om denne kan opfylde kravene. Derudover er der omkostninger forbundet med udarbejdelsen af tilbuddet, idet det er altafgørende for den private part, at tilbuddet overholder alle kravene i tilbuddet og ikke bliver klassificeret som ukonditionsmæssigt. En forhandlingsfase, såfremt udbudsformen tillader det, vil yderligere kræve ressourcer, både under forhandlingen og ved tilpasning af tilbud. Efter en eventuel tildeling, har ikke-valgte leverandører mulighed for at klage, hvilket dog vil medføre markante transaktionsomkostninger¹²⁵.

3.3.4.2.3 Gennemførelsesfasen



Ex post transaktionsomkostninger går på opstartsmøder med den offentlige part, samt møder under selve udviklingen. Design og udvikling af komplekse systemer kræver mange ressourcer, fordi der som regel vil foreligge præciseringer og ændringer i den oprindelige kontrakt. Derfor vil håndteringen af eventualiteter, som opstår i forløbet medføre transaktionsomkostninger



¹²⁴ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 59.

¹²⁵ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 69.

3.3.4.2.4 Williamsons adfærdsantagelser

Adfærdsantagelsen om begrænset rationalitet i tilfælde af offentlige IT-udviklingskontrakter betyder, at den private part agerer på baggrund af den viden som den private har. Dette kan tænkes at føre til at en privat part, uden den nødvendige erfaring, alligevel byder på en kontrakt, som den egentlig ikke har en chance for at få gennemført. Hermed bruger den private part ressourcer på et tilbud, som den i sidste ende ikke får tildelt. Som for den offentlige part gælder her også, at den private part vil have transaktionsomkostninger ved forhandling af eventuelle ændringsklausuler og omkostninger i forbindelse med eventualiteter.

Den anden antagelse om opportunistisk adfærd forudsætter, at den private part vil forhandle amoralsk i en forhandlingssituation, med henblik på at tjene egen interesse. Derudover kan den private part handle opportunistisk i form af snyd for at få tildelt kontrakten. Den private part kan, til trods for udbudsrettens omfattende regulering og krav om dokumentation, udøve en særdeles opportunistisk adfærd ved at danne et kartel ved at samordne tilbud med andre leverandører. Muligheden for dette anses dog for at være begrænset, grundet konkurrencen mellem andre leverandører samt leverandørernes dokumentationskrav. Den private part kan dog handle mere opportunistisk ex post, end ex ante, da der ikke vil foreligge konkurrence mellem de tilbudsgivende private parter.

3.3.4.2.5 Williamsons dimensioner

3.3.4.2.5.1 Aktivspecifitet

Angående den første dimension, aktivspecifitet, er denne ret så relevant for den private part, da denne skal have kapaciteten til at kunne afgive tilbud. Alt afhængig af om den private part er førstegangshyldende, en stor eller lille virksomhed, er denne måske nødsaget til at investere i medarbejdere, der har erfaring med tilbudsafgivelse, for at forøge chancen om at få kontrakten tildelt. Dette er en ex ante transaktionsomkostning, som den private part har mulighed for at afholde. Derudover kan den private part bruge ressourcer ex ante på at holde sig opdateret med, hvad de offentlige myndigheder har planer om at sætte i udbud. Disse investeringers værdi vil være høje og have en høj aktivspecifitet, såfremt den private part ikke kan bruge investeringerne ved andre udbud.

3.3.4.2.5.2 Usikkerhed

Usikkerhed kan, som tidligere skrevet, skyldes ufuldstændig kommunikation og særligt adfærdsmæssige forhold. Den anden form for usikkerhed bunder i ufuldstændig kommunikation, hvor parterne ikke har kommunikeret fyldestgørende. Her kan den private part være usikker på, om denne har udarbejdet et korrekt tilbud. Den private part vil kunne indgå en dialog med den offentlige

for at få fjernet uklarheder i udbudsmaterialet. Ved indgåelse af dialog, opstår der ex ante omkostninger, da der skal afsættes tid til dette og yderligere omkostninger, hvis den private part vælger at hyre en ekstern konsulent til at hjælpe med udarbejdelsen af tilbuddet. Igennem dialog og forhandling kan den private part træffe et væsentlig bedre og oplyst valg, da den offentlige information vil blive større og den private information mindre, men dette vil medføre transaktionsomkostninger. Den sidste form for usikkerhed, som omhandler parternes adfærd, kan i forhold til den private part komme til udtryk ved, at denne forvrænger eller tilbageholder information, ex post, når konkurrencen er mindre, da én privat part har fået tildelt kontrakten. Derudover er der usikkerheden om den private part får tildelt kontrakten. En beregning af om det kan betale sig at byde på udbuddet, vil altid være relevant for den private part, men kræve ex ante transaktionsomkostninger.

3.3.4.2.5.3 Frekvens

I forhold til frekvens har den private samme problem som den offentlige part. Der opstår ikke kutymen på samme måde som ved en almindelig kontraktsituation og den private kan derfor ikke altid anvende sit tidligere tilbudsmateriale og skal derfor udarbejde et nyt tilbud. Dette gør sig særlig gældende ved komplekse varer, da kravene sjældent er de samme. Her gælder det også at den private part vil indgå i en dialog og forhandling, som vil medføre transaktionsomkostninger.

3.3.4.3 Sammenfatning af parternes transaktionsomkostninger

Analysen af parternes transaktionsomkostninger viser, at der foreligger både omkostninger inden indgåelsen af kontrakten og også efter, hvor omkostningerne både ex ante og ex post anses for at være høje, grundet faktorerne gennemgået i afsnit 3.3.3.

Da ydelsen først skal udvikles, vil der foreligge flere omkostninger ex post, end ved en almindelig offentlig købsaftale. Der vil være flere omkostningerne ex ante end ex post, da der er flere omkostninger inden kontraktindgåelse for begge parter. Disse anses også for at være mere omfattende end ex post, da der vil være flere parter, som vil influere omkostningens størrelse positivt. Derfor anses transaktionsomkostningerne for at være omfattende for offentlige IT-udviklingskontrakter.

På baggrund af Coase-teoremets normative og bløde version vil det være muligt at opnå efficiens ved tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger. I det følgende afsnit vil der på baggrund af disse teorier blive undersøgt, om hvorvidt det vil være muligt for offentlige IT-udviklingskontrakter at opnå efficiens.

3.4 Efficiens ved reduktion af transaktionsomkostninger

For at kunne opnå efficiens, skal man ifølge Coases normative teorem mindske eller eliminere hindringer for aftaler. Hindringer for aftaler kan være transaktionsomkostninger, som i værste fald vil bevirke, at ellers nyttemaksimerende aftaler ikke vil blive indgået. Derfor vil efficiens kunne opnås ved at mindske eller eliminere transaktionsomkostningerne. For at gøre dette, kan omkostningsfaktorerne, som bevirker høje transaktionsomkostninger ændres til at have lave omkostninger og/eller skal omkostningerne i forløbet fjernes.

3.4.1 Reduktion af omkostningsfaktorer

Da IT-udviklingskontrakter er komplekse ydelser, kan det være svært at reducere transaktionsomkostningerne. Men der kan stræbes efter at reducere følgerne af kompleksiteten, som er en omkostningsfuld og ofte mangelfuld udarbejdelse af kravspecifikation, tilbud og dermed kontrakten, som samtidig skyldes den høje private information hos parterne. Kompleksiteten bevirker, at der er et stort behov for at den offentlige og private part mødes og taler om behovsafklaring og mulighederne på markedet. En grundig behovsafklaring vil næsten altid medføre, at den offentlige part vil blive skarpere på, hvilke krav der skal indgå i udbudsmaterialet og den private part vil samtidigt have mulighed for at udarbejde tilbud, som passer til det offentliges behov. Parterne skal derfor hurtigst muligt søge efter at få afklaret behovene og talt om mulighederne, for at minimere omkostningerne. Ved reduktion af denne faktor, vil der være behov for forhandling mellem parterne, som vil føre transaktionsomkostninger med sig.

Når den offentlige part har fundet gruppen af prækvalificerede leverandører, skal den offentlige hurtigst muligt finde ud af, hvilken leverandør denne vil gå videre med. På den måde ligger den offentlige parts energi og ressourcer på én privat part frem for flere, hvilket reducerer transaktionsomkostningerne ved eksempelvis dialogmøder. Der er i afsnit 3.3.3.2 vurderet, at transaktionsomkostningerne er høje for IT-udviklingskontrakter ved mange parter, da ydelsen er kompleks, hvorfor den offentlige part tidligt i forløbet bør gøre sig en idé om, hvilken leverandør denne vil indgå aftale med.

Der opstår ofte mange eventualiteter ved IT-udviklingskontrakter, som man skal tage højde for. Dette medfører høje transaktionsomkostninger¹²⁶. Den offentlige og den private part kan inden indgåelsen af kontrakten bruge mange ressourcer på at udforme ændringsklausuler, som de ikke ved om bliver aktuelle. Disse ex ante transaktionsomkostninger vil for IT-udviklingskontrakter grundet de mange eventualiteter være høje og vil muligvis være bedre udnyttet som ex post transaktionsomkostninger, da den offentlige og private part dermed ikke ligger ressourcer i at prøve at forudse hvilke

¹²⁶ Eide & Stavang, 2008, s. 131.

ændringsbehov der kan opstå, men kan håndtere problemer, der opstår. Disse omkostninger vil kunne reduceres, da det kun vil være eventualiteter, som opstår i forløbet og ikke dem der kunne tænkes at opstå, som vil blive håndteret. Dermed vil parternes delvise rationalitet ikke koste dem flere omkostninger end nødvendigt.

Det reducerer omfanget af transaktionsomkostningerne for alle parter, hvis den offentlige part har beskrevet en klar model for opfølgning og kvalitetskontrol i udbudsmaterialet. Hvis dette er tilfældet, kan behovet for småjusteringerne i IT-løsningen rettes til løbende, i stedet for en lang proces til slut i udviklingsforløbet.

Privat information, som både kan forbindes med varens kompleksitet, eventualiteterne og efterlevelseskontrollen vil kunne reduceres ved anvendelse af forhandling. Forhandling parterne imellem vil kunne åbne op for viden imellem parterne og føre til, at de andre faktorer, som påvirker transaktionsomkostningernes størrelse, vil kunne reduceres til at føre til lavere transaktionsomkostninger. Dog fører forhandling selv til omkostninger. Reduktion af omkostninger ved kontraktindgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter vil blive gennemgået i det følgende afsnit.

3.4.2 Reduktion af omkostninger

Der er flere transaktionsomkostninger hos begge parter ved indgåelsen af offentlige IT-udviklingskontrakter. Disse knytter sig til alle faser af forløbet. Nogle af dem er nødvendige og lovpligtige, mens andre er der til for at sikre at projektet forløber, som ønsket. For at gøre transaktionen så omkostningsfri som muligt, vil man skulle følge det almindelige kontraktforløb, som er anført i kapitel 2, nemlig tilbud → accept → kontraktindgåelse. Der vil stadig være søge- og håndhævelsesomkostninger, men slet ikke i samme grad som gør sig gældende for offentlige udviklingskontrakter. Forhandlingsomkostninger vil muligvis slet ikke finde sted, hvis begge parter vil være tilfredse med det indledende tilbud.

Hvis man skulle eliminere dele af forløbet, som ikke er lovpligtige for offentlige kontrakter, vil man skulle eliminere de dele, som sikrer, at den offentlige part ender med et brugbart indkøb. Disse omkostninger omhandler behovs og mulighedsafklaring, spørgsmål-/svarrunder samt forhandling både ex ante og ex post i form af møder. Selv om disse er omkostningsskabende, specielt forhandlinger om komplekse vare, skaber de forudsætninger for at kompleksiteten i varen og den private information ikke resulterer i et mislykket projekt, som har været omkostningsfuldt og ikke kan opfylde behovet hos den offentlige part. Da forhandling fører til åben information, vil kontrakter om komplekse løsninger indgået uden forhandling lide under den private information, og den nytteoptimerende kontraktindgåelse vil dermed være vanskeligere. Derfor er både omkostningen og gevinsten ved forhandling store i forbindelse med indgåelsen af offentlige IT-udviklingskontrakter.

3.4.3 Diskussion vedrørende reduktion af omkostninger og efficiens

Williamson antager i sin teori, at transaktionsomkostninger ex ante og ex post er omvendt proportionale af hinanden¹²⁷. Eksempelvis vil udformningen af en præcis kravspecifikation ex ante føre til at der bruges færre omkostninger ex post på ændringer i kontrakten. Dog er udviklingen af IT-løsninger oftest uforudsigelig og den offentlige parts opfattelse af sine egne behov kan ændres under de forskellige faser. Behovsaflæringen og udarbejdelsen af kravspecifikationen kræver mange ressourcer for den offentlige part, da den ikke har den fornødne viden i starten af gennemførelsesfasen. Den offentlige parts erkendelse af behovet for ændringen af dennes opfattelse af sine egne behov, anses for at opstå mest under gennemførelsesfasen, da det er her, at IT-løsningen udvikles og parterne bliver klogere på, hvad der er muligt.

På grund af eventualiteterne, som med stor sandsynlighed vil opstå ved større IT-udviklingsprojekter, og usikkerheden i forløbet vil de mange ressourcer ikke nødvendigvis være brugt hensigtsmæssigt. Denne opfattelse er resulteret i udviklingen af den agile udviklingsmodel, som er udarbejdet med fokus på fleksibilitet¹²⁸, så den manglende viden i startfasen kan håndteres. Under denne udviklingsmodel har den offentlige part løbende mulighed for at blive bekendt med hvilke behov denne har, og parterne ville sammen kunne udforme kravspecifikationen undervejs i udviklingen. Dette vil være bedre for parterne, hvis den offentlige part ikke er sikker på systemets udformning inden aftaleindgåelse, da der ikke skal bruges ressourcer ex ante på at udforme en kravspecifikation, som alligevel skal ændres.

Såfremt den offentlige part er sikker på udformningen af IT-løsningen vil det være mere effektivt, at have fokus på forudsigelighed gennem udarbejdelsen af en fyldestgørende kravspecifikation inden kontraktindgåelse. Ved større udviklingsprojekter er der større sandsynlighed for, grundet kompleksiteten, at den offentlige part ikke vil være klar over systemets egentlige udformning inden påbegyndelsen af gennemførelsesfasen. Derfor kan der argumenteres for at ressourcerne vil være anvendt mere effektivt til udarbejdelse af eksempelvis kravspecifikation ex post, hvor man kan forhandle løbende og dermed sikre den nødvendige fleksibilitet i forløbet. Udarbejdelsen vil kunne udføres bedst ved at begge parter har offentlig viden, både hvad der angår behov og muligheder på markedet, og dette vil kunne skabes ved forhandling.

Dermed kan der argumenteres for at omkostningerne knyttet til privat information og kompleksiteten af løsningen vil kunne blive anvendt mere hensigtsmæssigt, hvis parterne brugte størstedelen af deres kræfter på forhandling ex post end ex ante. Det vil nemlig også reducere omkostningerne ved forhandling, da der kun vil være to parter, som skulle forhandle.

¹²⁷ Williamson, 1985, s. 21.

¹²⁸ Udsen, 2014, s. 78.

Dermed kan der konkluderes, at det vil være problematisk at opnå efficiens ved reduktion af omkostninger, da reduktion af disse vil føre til en omkostningsstigning efter implementeringen. Polinsky anfører i forbindelse med betingede normative teorem, at transaktionsomkostningers negative effekter ikke kun opstår, når disse foreligger, men også når inefficente beslutninger bliver taget på baggrund af ønsket om at reducere omkostningerne¹²⁹. Den offentlige part vil lide under reduktionen i den forstand, at de vil risikere at betale for en løsning, der ikke er brugbar. Hvad der angår reduktion af omkostningsfaktorer, ses forhandling som løsningen. Da forhandling kan være med til at sænke omkostninger ved kompleksiteten, eventualiteterne og privat information, skal forhandling anvendes under alle faser af projektet.

Hvad der angår eliminering af omkostninger, anses det for at være mere hensigtsmæssigt i stedet for at eliminere omkostningerne, at omfordele dem. For omkostninger vedrørende kompleksiteten af løsninger, høj grad af privat information og eventualiteter, kan omkostningerne brugt på forhandling være lavere og bedre udnyttet ex post. Dermed vil man kunne reducere de tunge omkostninger ex ante, samtidigt med at håndtere eventualiteterne når de opstår. Ved at satse på mere forhandling ex post, vil man kunne reducere omkostninger ex ante, samtidigt med at sikre en succesfuld gennemførelse af udviklingen. Derfor anses forhandling i alle faser af projektet for at give en optimal udnyttelse af omkostningerne.

Ex post, hvor der kun er to parter, vil kompleksiteten og de mange eventualiteter bevirke, at transaktionsomkostningerne ved forhandling stadig vil være høje.

I det følgende analyseres der på baggrund af Coases bløde teorem, hvorvidt høje omkostninger ved forhandling af offentlig IT-udviklingskontrakter vil kunne føre til indgåelse af en efficient kontrakt.

3.5 Efficiens ved høje transaktionsomkostninger

Coases bløde teorem statuerer, at efficiens ved forhandling er mulig, selv om der foreligger transaktionsomkostninger. Disse skal dog ikke overstige gevinsten ved forhandling, for så vil forhandlingen ikke finde sted. I det følgende analyseres der, hvor vidt gevinsten ved forhandling overstiger omkostningerne ved denne.

Forhandling er ikke omkostningsfri, og grundet kontraktens særlige karakter vil forhandlingen af IT-udviklingsløsninger have høje transaktionsomkostninger. Forhandlingen vil kun være efficient, hvis gevinsten af denne overstiger omkostningerne og disse vil være under grænseværdien.

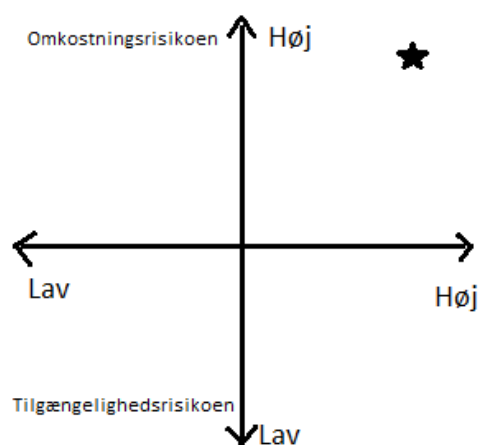
¹²⁹ Polinsky, 2011, s. 15.

Hvis man anskuer offentlige IT-udviklingskontrakter, som bliver indgået uden forhandling, vil der være meget stor sandsynlighed for at disse ikke lever op til den offentlige parts behov. Behovene som ikke bliver afklaret under forhandling og dermed gjort til offentlig information i anskaffelses- og gennemførelsesfasen vil for den private part forblive skjulte i en grad. Der kan argumenteres for at den skjulte information bliver offentlig i en spørgsmål-/svarrunde, som kan afholdes uden decideret forhandling. Dette vil dog ikke føre til en lige så god indsigt i behovene som forhandling, hvor der vil være en forståelse for behovene hos den offentlige part, som bygger oven på informationen modtaget af den private part, som dermed nuancerer og endda ændrer behovsforståelsen hos den offentlige part¹³⁰. Der vil være tale om en vekselvirkning mellem den information som den offentlige part modtager og forståelsen for sine egne behov, som kun vil kunne opnås ved gensidig forhandling.

3.5.1 Risiko i forbindelse med IT-udviklingskontrakter

Hvis et så omfattende og omkostningsfuld projekt som udvikling af IT-løsninger til en offentlig part resulterer i en leverance, som ikke lever op til behovene hos den offentlige part, vil det være yderst bekosteligt at finde andre muligheder eller udvikle på ny, grundet den store tilgængelighedsrisiko.

Der er to typer risici i forbindelse med den offentlige parts sårbarhed i forhold til en IT-leverance: tilgængeligheds- og omkostningsrisiko. Størrelsen af tilgængelighedsrisikoen afgøres af, hvorvidt leverancen nemt kan erstattes af en anden leverance, eventuelt fra en anden leverandør. Faktorerne, som påvirker tilgængelighedsrisikoen er varens type, standart eller specieludviklet, antal potentielle leverandører, leveringstid og magtforholdet mellem sælger og køber¹³¹. For komplekse IT-leverancer, som først skal udvikles, anses både antallet af leverandører, mulig leveringstid og varens type at påvirke tilgængelighedsrisikoen til at være høj.



¹³⁰ Denne opfattelse støttes i artiklen *Erfaringer med udbudsformen konkurrencepræget dialog*.

¹³¹ Torvund, 1997, s. 47.

Omkostningsrisikoen afgøres af, hvor meget køberen taber på en for sen eller mangelfuld levering. Jo større konsekvenserne af manglerne er for køberens drift og konkurrencedygtighed, des højere omkostningsrisikoen¹³².

Der vil være en stor del af offentlige indkøb af IT-udviklingsløsninger, som vil være rettet mod understøttelse af offentlig administration, som ved en uhensigtsmæssig udformning vil have stor omkostningsrisiko for den offentlige part i form af driftsforstyrrelser og en øget arbejdsbyrde. Derfor kan det konkluderes at omkostningerne ved en mangelfuld levering i forhold til behovene hos den offentlige part vil være yderst høje.

Risikoen ved et mislykket IT-projekt bliver minimeret ved omfattende forhandlinger i alle faser af projektet, da den offentlige part får bedre indsigt i hvad den private part vil foretage sig under gennemførelsesfasen. Hvis forhandling, som sikrer behovsopfyldelsen hos den offentlige part, ikke finder sted, vil den høje omkostnings- og tildelingsrisiko medfører store tab for parten. Grundet høj omkostnings- og leverancerisiko, anses gevinster af forhandling til at være høje, da forhandling vil sikre en udviklingen af en brugbar IT-løsning.

3.5.2 Efficiensbetragtning

Det vil dermed være efficient at gennemføre forhandling om alle aspekter under alle faser af projektet, så længe gevinsten ved forhandling overstiger omkostningerne. Det er vanskeligt at afgøre om denne forudsætning er opfyldt. Både omkostningerne og gevinsten ved forhandling anses for at være høje. Ved en mulig reducere af omkostningerne ved hjælp af allokering af de fleste forhandlinger ex post, anses det værende muligt for offentlige IT-udviklingskontrakter at opfylde forudsætningen. Det kan diskuteres hvorvidt en efficient tilstand ved benyttelse af forhandling vil være en Pareto-optimering. For at en ændring i tilstanden skal være en Pareto-optimering, skal den offentlige eller private part stilles bedre uden at stille den anden part stilles værre. Dette vil betyde at både den offentlige og den private parts gevinster ved forhandling skal overstige omkostningerne.

For den offentlige part gælder det, at deres omkostninger ved ændringsklausuler ex ante og ændringer i kontrakten ex post vil kunne mindskes ved forhandling, da forhandlingen vil skabe offentlig information mellem parterne, samtidigt med at reducere risikoen for systemer, som ikke lever op til behovene. Forhandling vil dermed i sidste ende føre til en IT-løsning, som vil være tilpasset specielle behov hos den offentlige part.

For den private part vil forhandling i større grad medføre omkostninger, som ikke nødvendigvis vil udmønte sig i en gevinst. Det gælder alle de private virksomheder, som indgår forhandling ex ante og

¹³² Torvund, 1997, s. 47.

ikke får tildelt kontrakten. De vil lide under større omkostninger end ved tilbudsafgivelse uden forhandling. Spørgsmålet er, om det vil afskrække potentielle tilbudsgivere. Der kan anføres, at mindre virksomheder, som vil kunne udføre udviklingen, men som ikke vil få profit, grundet de høje omkostningerne ved kontraktindgåelsen, og derfor vil trække sig fra tilbudsafgivelsen. For en virksomhed som er stærk i opfindsomme løsninger og som kan gennemskue den offentlige parts behov og udvikle innovative løsninger på disse, vil med forhandling ex ante have større mulighed for at vise, at de er den bedste leverandør af ydelsen.

Denne problematik vil i en grad kunne løses ved omfordeling af forhandling, således at forhandlingen primært vil finde sted ex post. Da vil virksomheder, som ikke får kontrakten, have brugt mindre tid på behovsaflæring gennem forhandling end hvis forhandlingen og behovsaflæringen primært fandt sted ex ante.

Hvis en Pareto-forbedring, grundet den offentlige parts store omkostninger ved forhandling, ikke er mulig, kan en anden form for efficiens stadig finde sted under forhandling. Kaldor-Hicks efficiens finder sted, når den ene parts gevinst ved forhandling er større end den anden parts tab. I princippet vil den part, som vinder på forhandlingen, kunne kompensere den tabende part, dog er det ikke et krav i realiteten¹³³.

På baggrund af analysen, kan det dermed konkluderes, at det vil være efficient at gennemføre forhandling af alle aspekter ved kontrakten i alle faser af projektet, så længe gevinsten ved forhandling overstiger omkostningerne. Dette skyldes, at forhandlingen mindsker omkostningsfaktorerne samtidigt med, at den sikrer en brugbar IT-løsning. Da det kan være problematisk at anvende forhandling, uden at de private parter samlet set vil lide under omkostningerne for disse, kan en Pareto-forbedring ikke opnås. Derfor kan det statueres at, så længe den offentlige parts gevinst ved forhandling overstiger både omkostninger ved forhandling for både dem selv og de private parter, vil det være Kaldor-Hicks efficient at anvende forhandling af alle kontraktens aspekter i alle faser af forløbet.

¹³³ Cooter & Ulen, 2012, s. 42.

3.6 Økonomisk delkonklusion

Ifølge neoklassisk økonomisk teori er markedet i ligevægt, når udbud og efterspørgslen på markedet er lig hinanden. Under fuldkommen konkurrence er forbrugeroverskuddet størst og markedsligevægten under fuldkommen konkurrence er den samlede velfærd på markedet maksimal. Indskrænkninger i udbuddet vil forstyrre markedsligevægten, og velfærden på markedet vil falde og efficiensen vil ikke nås.

Coase teoremet statuerer at en efficient løsning mellem to parter kan opnås ved forhandling af alle relevante aspekter ved kontrakten, hvis der ikke foreligger transaktionsomkostninger. Ifølge Williamson skelnes der mellem ex ante og ex post transaktionsomkostninger, samtidig med at omfanget af disse bliver påvirket af tre dimensioner.

Transaktionsomkostningernes størrelse er påvirket af flere forhold grundet IT-kontrakternes særlige genstand. De høje omkostninger skyldes kompleksiteten i kontrakten, antallet af parter, eventualiteter, kompleks efterlevels kontrol samt høj grad af privat information. Ex ante omkostninger vil for IT-udviklingskontrakter finde sted under ide- og analysefasen samt anskaffelsesfasen, mens ex post omkostninger afholdes i gennemførelsesfasen. Begge parter har transaktionsomkostninger ex ante og ex post i forbindelse med kontraktindgåelsen, dog er der flere og højere omkostninger ex ante. Ved anvendelse af Coases normative teorem, konkluderes der, at efficiens kan opnås ved reducere og eliminering af transaktionsomkostninger. Ved at reducere den private information, kan der opnås reduktion i de fleste af de nævnte faktorer. Reduktion af privat information kan opnås gennem forhandling, som vil føre til transaktionsomkostninger. Selv om forhandling i sig selv er omkostningsfuld, er den nødvendig, da der foreligger høj grad af privat information hos parterne. Omkostningerne til forhandling vurderes at være udnyttet bedre, når forhandling er mest omfattende i ex post fasen. Hvis transaktionsomkostninger skal elimineres, vil det kun være muligt for de ikke lovregulerede omkostninger. Dette anses ikke for at være værdiskabende, da disse sikrer behovsopfyldelse for den offentlige part.

Coases bløde teorem foreskriver efficiens ved forhandling, så længe gevinsten ved forhandling overstiger omkostningerne. Da der foreligger høj omkostnings- og tilgængelighedsrisiko, vurderes gevinsten ved forhandling til at være høj, da forhandling vil sikre en udvikling af en brugbar IT-løsning. Både gevinsten og omkostningen ved forhandling anses for at være høje, men der konkluderes at en mulig reducere af omkostningerne ved hjælp af allokering af de fleste forhandlinger ex post kan reducere omkostningerne.

Derfor konkluderes der, at det er efficient at anvende forhandling af alle relevante aspekter i alle faser af forløbet, så længe gevinsten ved forhandling er større end omkostningerne. En Pareto-forbedring vil ikke kunne finde sted, men så længe den offentlige parts gevinst ved forhandling overstiger både omkostninger ved forhandling for både dem selv og de private parter, vil det være Kaldor-Hicks efficient at anvende forhandling i alle faser af forløbet.

Kapitel 4

Dette kapitel ønsker på baggrund af analysen i kapitel 3, at klarlægge, hvorvidt forhandling inden og efter kontraktindgåelsen af en udbudspligtig IT-udviklingskontrakt er i overensstemmelse med den danske regler for udbud i den nye danske udbudslov, som implementerer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud.

Dette gøres ved en fremstilling af grundlaget for udbudsloven via en analyse af formålet med udbudsreglerne og de grundlæggende principper i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud, med særlig fokus på forhandlingsforbuddet.

Efter rammerne for forståelse af de grundlæggende principper for udbudsregler er analyseret, diskuteres implementeringen af disse i dansk ret og hvilke formål der finder sted bag implementeringen. Muligheden for udbud af offentlige IT-udviklingskontrakter gennem de fleksible udbudsprocedurer analyseres i forlængelse af en analyse af lempelsen af adgangen til disse procedurer.

Derefter foretages der på baggrund af gældende ret en analyse af, hvorvidt der må ske forhandling ex ante og ex post for IT-udviklingskontrakter, som vil lægge til grund for besvarelsen af problemformuleringen i den juridiske delkonklusion.

4.1 Udbud

4.1.1 Formålet med udbudsreglerne

De første udbudsdirektiver blev vedtaget i 1970'erne og har efterfølgende gennemgået flere forandringer. Dette er senest sket i 2014, hvor direktiverne fra 2004 er blevet erstattet af udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet ¹³⁴ samt et nyt koncessionsdirektiv ¹³⁵. Udbudsreglerne fungerer som et supplement til TEUF, som udspringer af Kommissionens bekymring og erkendelse af, at ordregiverne kan lade sig lede af ikke-økonomiske hensyn. Derfor mentes det at være en nødvendighed at indføre de særlige regler for indgåelse af offentlige kontrakter. De ikke-økonomiske hensyn kom til udtryk ved, at ordregiverne i de enkelte medlemsstater i væsentlig grad koncentrererede indkøb hos de nationale leverandører, der som følge heraf nød beskyttelse i forhold til de udenlandske leverandører, som kunne have det bedste og billigste tilbud¹³⁶. Dette stod til

¹³⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

¹³⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.

¹³⁶ Fabricius, 2014, s. 19.

modsætning til Kommissionens vision for offentlige indkøb, som bl.a. havde henblik på netop at undgå denne favorisering af nationale virksomheder ved offentlige indkøb¹³⁷.

Generelt har udbudsrettens regler haft til formål at skabe åbne og gennemsigtig udbudsprocedurer, der sikre at offentlige indkøb åbnes for konkurrence¹³⁸. Det er fastslået i retspraksis, at hovedformålet i udbudsreglerne er at sikre den fri bevægelighed for tjenesteydelser samt sikring af en ufordrejet konkurrence på EU's markeder for offentlige indkøb¹³⁹ og sikre den effektive konkurrence¹⁴⁰. Derudover er formålene bag direktiverne at sikre, at tildelingen af offentlige kontrakter sker i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, som er principper afledt af principperne om fri bevægelighed i TEUF. Udbudsretten har regler der indskrænker partsautonomien netop for at overholde formålene.

4.1.2 De grundlæggende principper

Der er af TEUF's bestemmelser om de frie bevægeligheder, der grundlæggende hviler på et forbud mod at forskelsbehandle på grundlag af nationalitet, udledt en række grundlæggende principper, som finder anvendelse på offentlige kontrakter, hvor der er grænseoverskridende interesse¹⁴¹.

Indenfor EU-udbudsret er det udbudsdirektivet, der regulerer indgåelsen af offentlige kontrakter. Det fremgår direkte af betragtning 1 i udbudsdirektivet, at:

"Tildeling af offentlige kontrakter på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed."

Selv om reglerne om regulering af udbudsprocesserne er yderst detaljerede, findes der centrale principper, som er vigtige for forståelsen og fortolkningen af reglerne¹⁴². I de følgende afsnit vil der blive redegjort for de mest betydningsfulde principper inden for udbudsrettens område, hvor der vil blive sat særlig fokus på det afledte forhandlingsforbud.

¹³⁷ C-360/96 BFI Holding, præmis 41-43.

¹³⁸ Udbudsdirektivets betragtning 1.

¹³⁹ C-26/03 Stadt Halle og Lochau, præmis 44.

¹⁴⁰ C-95/10 Strong Seguranca, præmis 37.

¹⁴¹ Grænseoverskridende interesse betyder overordnet set, at økonomiske aktører i andre medlemsstater kunne have interesse i at byde på kontrakten, jf. Ølykke & Nielsen, 2015, s. 97.

¹⁴² Fabricius, 2014, s. 32.

4.1.2.1 Ligebehandlingsprincippet

Lige som de andre grundlæggende principper, er ligebehandlingsprincippet afledt af princippet om fri bevægelighed i EU¹⁴³. Princippet omfatter både et forbud mod direkte diskrimination på baggrund af nationalitet og forbud mod restriktioner, som hindrer den fri bevægelighed selv om de ikke er nationalitetsdiskriminerende¹⁴⁴. Princippet anses for at være det mest fundamentale princip i EU-udbudsretten, da alle de andre principper understøtter og supplerer ligebehandlingsprincippet¹⁴⁵.

Ligebehandlingsprincippet fremgår ikke direkte af de tidligste direktiver, men blev bl.a. behandlet i forbindelse med Storebælt-sagen¹⁴⁶, hvor det primære formål med princippet inden for EU-udbudsretten også blev beskrevet¹⁴⁷. Dommen kom til at spille en væsentlig rolle i Danmark i forbindelse med fokus på udbudsrettens betydning¹⁴⁸ og sammenhængen mellem ligebehandlingsprincippet og hovedformålet med direktivets bestemmelser. Sagen omhandlede en traktatbrudssag, hvor Kommissionen anlagde sag an mod det Danske Kongerige, idet Kommissionen bl.a. påstod, at det offentlige kontrollerede aktieselskab, A/S Storebæltsforbindelsen, havde tilsidesat sine forpligtelser ved at indføre en betingelse om anvendelse af danske materialer, forbrugsgods etc. Kommissionen angav, at Danmark bl.a. havde overtrådt ligebehandlingsprincippet på baggrund af det anførte krav, mens Danmark gjorde gældende, at dette princip ikke var omfattet af direktivet. Retten anførte i præmis 33 at:

"direktivet ganske vist ikke udtrykkeligt nævner princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, men at forpligtelsen til at overholde dette princip følger af selve hovedformålet med direktivet, som ifølge niende betragtning bl.a. tager sigte på at udvikle en effektiv konkurrence..."

Derudover afgjorde EU-domstolen, at klausulen om at købe dansk krænkede ligebehandlingsprincippet og at danske retsregler kun kan finde anvendelse, jf. præmis 39:

"...såfremt det sker under fuld overholdelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, som ligger til grund for direktivet..."

Princippet er et af de bærende inden for udbudsretten og forpligtelsen til at overholde princippet følger af hovedformålet med udbudsdirektiverne, som er at sikre effektiv konkurrence¹⁴⁹. Ved

¹⁴³ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 83.

¹⁴⁴ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 87.

¹⁴⁵ Fabricius, 2014, s. 33.

¹⁴⁶ C-243/89 Storebælt.

¹⁴⁷ C-243/89 Storebælt, præmis 33. Hovedformålet som står skrevet i præmissen er udvikling af effektiv konkurrence, samt at udvælgelseskriterier og kriterier for tildeling i kontrakten skal sikre en sådan konkurrence.

¹⁴⁸ Fabricius, 2014, s. 21.

¹⁴⁹ C-513/99 Concordia Bus, præmis 81.

overholdelse af ligebehandlingsprincippet fratages den ordregivende myndighed muligheden for at favorisere et tilbud frem for et andet og tilbudsgiverne får herved lige mulighed for at konkurrere¹⁵⁰. I udbudsloven ses kravet om overholdelsen af ligebehandlingsprincippet i § 2, stk. 1.:

"En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet."

I det nyeste udbudsdirektiv, som udbudsloven implementerer, ses ligebehandlingsprincippet i art. 18:

"De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling..."

Begrebsmæssigt har EU-domstolen defineret betydningen af princippet således, at lovgiver ikke må behandle ensartede situationer forskelligt, medmindre den forskellige behandling er objektivt begrundet¹⁵¹. Det er derfor ikke for ordregiver en forpligtelse at behandle alle situationer ens, men at behandle de situationer der er ens, ens. Dermed skal forskellige situationer ikke behandles ensartet, medmindre der foreligger saglige grunde til det. Dog kan det under særlige omstændigheder være påkrævet, at tilbudsgiverne behandles forskelligt for at overholde ligebehandlings princippet og for dermed at stille dem lige i konkurrencen¹⁵². Derudover skal princippet overholde ikke kun for tilbudsgivere, som har valgt at byde på opgaven, men også potentielle tilbudsgivere, som ikke er med i udbudsprocessen¹⁵³.

EU-domstolen har i Hospital Ingenieure-sagen¹⁵⁴ præmis 45 fastslået, at ligebehandlingsprincippet hænger nært sammen med gennemsigtighedsprincippet. I denne præmis fastslår EU-domstolen, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter¹⁵⁵, indebærer en forpligtelse til gennemskuelse, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt. Derudover udspringer forhandlingsforbuddet sig fra ligebehandlingsprincippet¹⁵⁶.

¹⁵⁰ TEU, art. 3, stk. 3.

¹⁵¹ C-21/03 og C-34/03 Fabricom, præmis 27.

¹⁵² Fabricius, 2014, s. 35.

¹⁵³ Fabricius, 2014, s. 36.

¹⁵⁴ C-92/00 Hospital Ingenieure.

¹⁵⁵ Herunder Koncessionsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter) og Forsyningsvirksomhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester).

¹⁵⁶ C-599/10 Slovensko, præmis 36.

4.1.2.1.1 Forhandlingsforbuddet

Udbudsdirektivet har ikke eksplicitte bestemmelser, som forbyder forhandling i forbindelse med udbud. EU-domstolen praksis viser dog hvordan ligebehandlingsprincippet samt gennemsigtighedsforpligtelsen fører et forhandlingsforbud med sig, og er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og ansøgerne.

Slovensko-dommen ¹⁵⁷ er en af EU-domstolens nyere afsagte domme, som statuerer forhandlingsforbuddets sammenhæng med ligebehandlingsprincippet. Dommen var afsagt på baggrund af udbudsdirektivet fra 2004, men viser stadigvæk det aktuelle forholdet mellem principperne og et forhandlingsforbud for offentligt og begrænset udbud. Sagen omhandlede et slovakisk begrænset udbud på levering af tjenesteydelser vedrørende opkrævning af vejafgift, hvor to virksomhedssammenslutninger bl.a. ikke havde afgivet et fyldestgørende svar på anmodningen om en forklaring på de unormalt lave priser på deres tilbud. Angående et tilbud, der er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne statueres der i præmis 36:

"Den begrænsede udbudsprocedure indebærer efter sin art, at når først udvælgelsen af ansøgere har fundet sted, og når først ansøgerne har afgivet deres tilbud, kan sidstnævnte i princippet ikke længere ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller ansøgerens initiativ. Princippet om ligebehandling af ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er således i forbindelse med denne procedure til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og den ene eller den anden ansøger."

Dommen formulerer et forhandlingsforbud, som ikke kun vedrører grundlæggende elementer i kontrakten, men omhandler enhver form for forhandling. Selv om dommen omhandlede begrænset udbud, anses forbuddet også at være gældende tilsvarende for offentligt udbud, da ligebehandlingsprincippet for denne udbudsform vil anses for at være krænket tilsvarende ved forhandling. Dommen viser et forhandlingsforbuddet efter afgivelse af tilbud.

Forhandlingsforbuddet er gældende, når der anvendes procedurerne offentlig eller begrænset udbud, mens muligheden for at anvende fleksible udbudsformer gør det muligt at forhandle i visse præciserede tilfælde. Disse tilfælde vil blive genstand for analysen i afhandlingen. De fleksible procedurer omfatter, jf. udbudslovens § 69, stk. 1, som anvender begrebet "dialog", samt §§ 72, stk. 2, 64, stk. 1, 77, stk. 1, som anvender begrebet "forhandling", udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog samt innovationspartnerskab. De fleksible procedurer skal ses som

¹⁵⁷ C-599/10 Slovensko.

undtagelser til offentligt og begrænset udbud, og derfor er tilsidesættelsen af forhandlingsforbuddet også en undtagelse. Tilsidesættelse af forhandlingsforbuddet i de fleksible udbudsprocedurer betyder dermed ikke, at overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ikke skal finde sted. De grundlæggende udbudsretslige principper skal stadigvæk være overholdt ved forhandling.

Forhandling vil dog efter gældende ret være muligt i forskellige grader af forbuddet alt afhængigt af, hvor i forløbet forhandling vil finde sted. Før udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse, ex ante i forløbet, vil der for ordregiveren eksempelvis være mulighed for at gennemføre markedsundersøgelser hvor der i den forbindelse kan, jf. udbudslovens § 39, have dialog med og modtage rådgivning fra økonomiske aktører. Rammerne for forhandling efter tilbudsafgivelse og efter kontraktindgåelsen vil blive behandlet i analyseafsnittet.

4.1.2.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet udspringer ligesom ligebehandlingsprincippet fra TEUF og er løbende blevet udviklet af domstolene i forbindelse med det generelle diskriminationsforbud i TEUF art. 18.

I udbudsloven ses kravet om overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet sammen med de andre generelle principper i § 2, stk. 1.:

"En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet."

Princippet fremhæves også eksplicit i art. 18 i udbudsdirektivet:

"De ordregivende...handler på en gennemsigtig... måde."

Der er i udbudsreglerne opsat flere procedureregler om gennemførelsen af et udbud. Dette skal være med til at sikre en gennemsigtighed omkring indgåelse af en offentlig kontrakt. Gennemsigtighedsprincippet blev første gang nævnt i Wallonske Busser¹⁵⁸, hvor domstolen stadfæstede, at det skader procedurens gennemsigtighed, når en ordregiver tager hensyn til en ændring, som en enkelt tilbudsgiver har foretaget i sit oprindelige tilbud og dermed får en fordel i forhold til konkurrenterne¹⁵⁹.

Gennemsigtighedsforpligtigelsen, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed i udbudsproceduren til fordel for en potentiel tilbudsgiver¹⁶⁰. Kravet om gennemsigtighed er med til at åbne for konkurrence i medlemsstaterne og samtidig kontrollere, at

¹⁵⁸ C-87/94 Wallonske Busser.

¹⁵⁹ C-87/94 Wallonske Busser, præmis 56.

¹⁶⁰ C-324/98 Telaustria, præmis 62.

udbudsprocedurerne er upartiske. Gennemsigtighedsprincippet skal anvendes både om det forhold, at der indgås en offentlig kontrakt, men også i den proces der fører til kontraktindgåelsen.

Baggrunden for netop at sikre gennemsigtighed i udbudsproceduren er formodningen om, at gennemsigtighed medvirker til overholdelse af ligebehandlings- og ikke-diskriminationsprincippet¹⁶¹.

4.1.2.3 Proportionalitetsprincippet

I udbudsloven ses kravet om overholdelsen af proportionalitetsprincippet sammen med de andre generelle principper i § 2, stk. 1.:

"En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet."

Proportionalitetsprincippet er ligeledes nævnt i udbudsdirektivets betragtning 1 samt i art. 18, stk. 1, og er endnu et princip, der kan udledes af de fri bevægeligheder og er en af EU-rettens grundlæggende principper. I art. 18 foreskrives det, at:

"De ordregivende myndigheder skal handle på en...forholdsmæssig måde"

Med forholdsmæssigt menes der, at ordregiver skal overholde proportionalitetsprincippet.

I udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, er det foreskrevet, at de udvælgelseskriterier som den ordregivende myndighed vælger at bruge som krav for deltagelse i udbuddet, skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand. Dette henfører til, at enhver foranstaltning skal være egnet, nødvendig og stå i rimeligt forhold til det mål, der søges opnået med foranstaltningen. Der skal dermed være et rimeligt forhold mellem mål og midler, så sådanne foranstaltninger ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette formål¹⁶².

De centrale principper i udbudsretten udspringer sig fra TEUF-Traktatens regler om fri bevægelighed og danner grundlag for forståelse af fortolkning af bestemmelser i både udbudsdirektivet og dermed også den danske udbudslov, som implementerer direktivets bestemmelser i dansk ret. I det følgende undersøges der hvordan loven er implementeret og hvilke hensyn ligger der bag loven.

¹⁶¹ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 119.

¹⁶² C-213/07 Michaniki AE, præmis 48.

4.1.3 Udbudsloven og implementering i dansk ret

Vedtagelsen af udbudsloven¹⁶³ er sket på baggrund af implementering af det nye udbudsdirektiv. Loven blev vedtaget på baggrund af rapporten udarbejdet af udvalget om dansk udbudslovgivning, nedstat af regeringen. Selv om loven er direktivsnær, er der forskelle mellem loven og direktivet. Udbudsloven er mere omfattende, med sine 199 §'er, end udbudsdirektivets 86 artikler, men skal skabe større klarhed om, hvad reglerne indebærer. Lovbemærkningerne vil bidrage til tydeliggørelsen af reglerne ved hjælp af eksempler i overensstemmelse med den danske tradition og vil gøre det nemmere for ordregiverne at anvende loven i praksis¹⁶⁴.

3.3.3.1 Formålet med den nye lov

Formålet med den nye lov er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, som indskrænker partsautonomien, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, jf. udbudslovens § 1. Dette formål er også udtrykkeligt angivet i udbudsdirektivets betragtning 2, hvilket er i overensstemmelse med udbudslovens implementering på baggrund af direktivet. Derudover skal udbudsloven sætte rammen for, at udbud kan gennemføres så enkelt og fleksibelt som muligt¹⁶⁵. Ved at indføre udbudsloven skulle denne skabe klarhed over reglerne i deres helhed og øge klarheden på en række konkrete punkter, bl.a. med hensyn til muligheden for ændring af kontrakter.

Ved vedtagelsen af loven bliver der bl.a. en væsentlig bredere adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Derudover har vedtagelsen givet mulighed for at anvende en ny udbudsprocedure for innovationspartnerskaber.

Derudover forventes det at vedtagelsen medfører flere tiltag til at reducere de omkostninger, der er forbundet med udbud for både det offentlige og de tilbudsgivende virksomheder¹⁶⁶.

Den udvidede adgang til de fleksible udbudsprocedurer anses for at være gavnlig ved indgåelse af offentlige IT-kontrakter¹⁶⁷. I de følgende afsnit vil der ved anvendelse af den retsdogmatiske metode undersøge, hvorvidt udbudsloven muliggør forhandling ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter.

¹⁶³ Lov nr. 1564 af 15/12/2015.

¹⁶⁴ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 63.

¹⁶⁵ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 62.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Treumer, m.fl., 2016, s. 645.

4.2 Offentlige IT-udviklingskontrakter og de fleksible udbudsprocedurer

For at kunne afgøre hvorvidt forhandling er mulig for offentlige IT-udviklingskontrakter, må man analysere, hvorvidt adgangen til udbudsprocedurerne, som tillader forhandling efter tilbudsafgivelse, vil være mulig for udviklingskontrakterne. Dermed analyseres der, hvorvidt IT-udviklingskontrakter opfylder betingelserne for de fleksible udbudsprocedurer.

4.2.1 Betingelser for de fleksible udbudsformer

Betingelserne for anvendelsen af de fleksible procedurer, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, er ens og reguleret i henholdsvis § 61 og § 67 i udbudsloven. Betingelserne er helt nye, da disse ikke fremgik i det gamle udbudsdirektiv. Efter gældende ret har ordregiver fri mulighed for at vælge mellem de to udbudsprocedurer, såfremt indkøbet falder ind under én af de oplistede betingelser. Derudover bliver proceduren innovationspartnerskab gennemgået for sig selv, da denne procedure ikke har samme betingelser som de to andre procedurer.

Anvendelsen af procedurerne er stadig en undtagelse til anvendelsen af offentligt udbud og begrænset udbud, som anses for at være hovedreglen i EU-udbudsretten, da der ikke er betingelser for anvendelse af disse procedurer. Derfor skal disse undtagelser fortolkes indskrænkende.

Udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1 og § 67, stk. 1, nr. 1, indeholder de samme udtømmende lister over de forhold, som kan legitimere anvendelsen af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Kontraktens genstand skal opfylde én eller flere af nedenstående betingelser:

- a) Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,*
 - b) kontrakten omfatter design eller innovative løsninger,*
 - 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, eller*
 - 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. punkt 2-5 i bilag VII i udbudsdirektivet.*
- 2) Når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, jf. stk. 2 og 3.*

4.2.1.1 Stk. 1, nr. 1, litra a

Den første betingelse fastslår, at den ordregivende myndighed kan anvende disse udbudsprocedurer, hvis vedkommendes behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger¹⁶⁸.

Hvis udbud efter offentlig eller begrænset udbud ikke med sandsynlighed kan føre til et tilfredsstillende resultat, vil medlemsstaterne kunne anvende de fleksible udbudsprocedurer, hvilket fremgår af lovbemærkningerne til udbudsloven og udbudsdirektivets betragtning 42. Betragtningen redegør også for de situationer, hvor anvendelsen af udbudsprocedurerne anses for at kunne være nyttig, som værende når ordregiverne ikke kan fastsætte vilkårene, som kan opfylde deres behov eller vurdere, hvad markedet er i stand til at levere. Dette kan afklares ved at ordregiver, jf. udbudslovens § 39, kan have indledende markedsundersøgelser gennem ekstern rådgivning eller dialog med potentielle tilbudsgivere. Ordregiver bør kunne identificere den ydelse, som vedkommende påtænker at købe, til enten at være tilgængelig på markedet eller ej efter en markedsundersøgelse.

I lovbemærkningerne er det anvist, at udbudsprocedurerne kan anvendes i de tilfælde, hvor ordregiver eksempelvis ikke er i stand til at fastlægge de krav, der kan opfylde ordregiverens behov m.v. Dette er ofte tilfældet ved IT-udviklingsprojekter da ordregiver ikke altid har den fornødne viden på området, hvormed ordregiver ville kunne benytte sig af disse procedurer. Derudover fremhæver lovbemærkningerne IT-projekter som avancerede produkter og intellektuelle tjenesteydelser, hvor der kræves tilpasning af allerede tilgængelige løsninger. Efter bemærkningerne kan det være omfattet IT-løsninger, der skal tilpasses ordregiverens tekniske platforme, konvertering af data, integration med øvrige IT-systemer.

4.2.1.2 Stk. 1, nr. 1, litra b

Betingelsen i litra b foreskriver, at udbudsprocedurerne kan anvendes, når ydelsen omfatter design eller innovative løsninger. I udbudslovens definition af innovation i § 24, stk. 1, nr. 17, står det klart, at der skal være tale om en betydelig forbedring førend procedurerne kan benyttes. Ordet "omfatter" indikerer, at ydelserne ikke udelukkende behøver at bestå af design eller innovative løsninger, hvilket der også er præciseret i lovbemærkningerne til § 61 i udbudsloven. Her er det tydeliggjort, at det er nok, at et væsentligt element er omfattet af design eller en innovativ løsning.

Betragtning 43 i udbudsdirektivets præambel fastslår, at det er nyttigt at anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog i forbindelse med varer og tjenesteydelser som kræver en tilpasnings- eller designindsats. Større projekter vedrørende informations- og

¹⁶⁸ Allerede tilgængelige løsninger defineres som en løsning, "som allerede findes på markedet, og som ikke kræver tilpasning for at opfylde ordregivers behov", jf. udbudslovens § 24, nr. 2.

kommunikationsteknologi er anført som et af de komplekse køb, hvor forhandlinger kan spille en stor rolle for at sikre, at den pågældende vare eller tjenesteydelse svarer til behovene hos den ordregivende myndighed. Det afgørende er dog, at det er tilbudsgiver, der kommer med løsningsforslag, og at det ikke er ordregiveren, der præsenterer et færdigt løsningsforslag, jf. lovbemærkningerne til § 61, stk. 1, nr. 1, litra b og § 67, stk. 1, nr. 1, litra b.

Inden for alle fagområder, organisationer og brancher er der i dag behov for at innovere ved hjælp af IT for at kunne udnytte nye muligheder og skabe værdi. Dette kunne eksempelvis være at skabe nye eller forbedrede services, forøge produktivitet eller skabe en bedre kundeoplevelse. Disse mål kan bl.a. opnås ved innovative løsninger gennem IT-udviklingsprojekter.

4.2.1.3 Stk. 1, nr. 1, litra c

Den tredje betingelse fastslår, at ordregiver kan anvende udbudsprocedurerne, hvis kontrakten på grund af særlige omstændigheder ikke kan tildeles uden forudgående forhandling. Denne bestemmelse er anderledes i forhold til de to første, da betingelsen ikke længere har fokus på ordregivers behov eller ydelsen, men derimod fokus på selve kontrakten. Bestemmelsens betingelse indebærer, at hvis kontrakten ikke kan tildeles uden forudgående forhandling, på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed, kan ordregiver benytte sig af udbudsprocedurerne. Betingelsens ordlyd anviser, at det ikke er tilstrækkeligt, at det kun er forhandling som er nødvendig for at gennemføre udbuddet, men at det derimod også skal være grundet i særlige omstændigheder.

Ifølge betragtning 42, vil bestemmelsen ofte blive anvendt i forbindelse med bl.a. gennemførelsen af store EDB-net eller projekter, der indebærer kompleks struktureret finansiering, som projekter hvor brugen af de fleksible udbudsprocedurer har vist sig at være nyttig.

4.2.1.4 Stk. 1, nr. 1, litra d

Den sidste betingelse angiver, at udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan anvendes af ordregiveren, hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. pkt. 2-5 i udbudsdirektivets bilag VII. Tekniske specifikationer skal fastsætte de egenskaber, der kræves af kontraktens genstand, den specifikke proces eller metode for produktion eller levering af denne, jf. § 40. Derudover kan disse omfatte en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus, også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold, forudsat at de er forbundet med kontraktens genstand og svarer til kontraktens værdi og mål, eller angive hvorvidt der stilles krav til intellektuel ejendomsret. Ved enhver henvisning til opstillede standarder skal, jf. § 43, ordregiver acceptere ethvert tilbud hvor tilbudsgiver godtgør med egnede midler, herunder bevismidlerne nævnt i § 47, at de tilbudte

løsninger på tilsvarende måde opfylder de krav, der er fastsat i de pågældende tekniske specifikationer. Godtgørelsen kan bestå i fremførelsen af en testrapport eller et certifikat fra et overensstemmelsesvurderingsorgan, som fastslår overensstemmelse med kravene i de tekniske specifikationer, jf. § 47.

Lovbemærkninger foreskriver, at i henhold til bestemmelsen, kan tilbudsgivere få verificeret, at tilbudsgiverens løsning opfylder kravene til de tekniske specifikationer, kriterier for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse.

Dette kan være relevant, hvor der er tale om teknisk komplekse indkøb af IT, hvor ordregiveren ikke er i besiddelse af den fornødne ekspertise til at verificere, hvorvidt de tilbudte løsninger lever op til de i udbudsmaterialet anførte krav og kriterier. Det kan være svært for ordregiveren at fastlægge de tekniske specifikationer, da denne ikke har den nødvendige viden på området. Derfor må det skønnes ligeledes at være problematisk at angive disse med henvisning til en standard, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference.

Max Havelaar- dommen¹⁶⁹ vedrørte en sag, hvor en teknisk specifikation krævede fair trade-mærket kaffe og te. Dommen kan være med til at statuere en ændring i retstilstanden på området for tekniske specifikationer. Fair trade-mærket indebar i sagen, at tilbudsgiverne skulle indkøbe produkterne af små producenter til en mere fordelagtig pris og betingelser, end de priser og betingelser som var bestemt af markedet. I dommens præmis 74 stadfæstes der, at sådanne kriterier ikke kan være tekniske specifikationer, da de udelukkende vedrører egenskaberne ved selve produkterne, deres fremstilling, emballering eller anvendelse og ikke betingelserne, under hvilke leverandøren har købt dem fra producenten. Jævnfør præmis 75 omfatter fair trade "betingelser vedrørende kontraktens udførelse" som omhandlet i det daværende direktivs art. 26.

Udbudslovens § 42, stk. 2, ændrer retstilstanden idet det nu er muligt at henvise til en bestemt oprindelse eller produktion når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig. Dog skal henvisningen efterfølges af "eller tilsvarende".

I forhold til IT-udviklingskontrakter vil det betyde, at en ordregiver som ikke har en stor indsigt i IT-udvikling, men kan henvise til en bestemt produktion, kan henvise til den uden at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet ved at tilføje "eller tilsvarende".

De tekniske specifikationer må ikke være abstrakte i sådan en grad, hvor det i princippet kun er tilbudsgivere fra et land, der kan gennemskue dem, jf. Nord-Pas de Calais-dommens¹⁷⁰ præmis 81.

Både tekniske specifikationer, kontraktvilkår og tildelingskriterier skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. § 40, § 176 og § 162. Mens tildelingskriterier og kontraktvilkår kan inkludere

¹⁶⁹ C-368/10 Max Havelaar.

¹⁷⁰ C-225/98 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik.

flere hensyn af social og miljømæssig karakter, jf. udbudsdirektivets betragtning 97-99, er det kun tekniske specifikationer som direkte karakteriserer den pågældende vare eller tjenesteydelse, som kan indeholde sociale krav. Betragtning 99 sidste punkt anfører adgangsmuligheder for handicappede eller design for samtlige brugere, som krav, der kan udgøre tekniske specifikationer.

I praksis formodes det, at det særligt er betingelserne i litra a og litra b, der vil blive påberåbt som hjemmel for at anvende en af de to procedurer, da disse bestemmelser giver en bred adgang til at forhandle, som baseret på de nævnte lovbemærkninger og betragtningerne i udbudsdirektivet¹⁷¹. Dette gælder tilsvarende for IT-udviklingskontrakter.

4.2.1.5 Stk. 1, nr. 2

De fleksible procedurer kan anvendes, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud. Hvad der forstås i forbindelse med disse slags tilbud er beskrevet i § 61, stk. 2 og 3 og tilsvarende § 67, stk. 2 og 3.

Bestemmelserne klarlægger, at alle tilbud skal falde under kategorierne, før udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan anvendes. Bestemmelserne skal forstås i sammenhæng med kendelsen for Klagenævnet for Udbud af den 16. december 2006¹⁷², hvor Ortos A/S klagede over Odense kommunens beslutning på baggrund af en rammeaftale at overgå til *"udbud efter forhandling p.g.a. manglende konkurrence blandt de forskriftsmæssige tilbud"* efter at have afvist deres tilbud som ukonditionsmæssigt. Efter afholdte møder mellem ordregiveren og Ortos A/S, samt den anden tilbudsgiver Shava A/S, der begge vedholdte deres tilbud, afviste Odense kommune på ny Ortos A/S's tilbud som ukonditionsmæssigt. Efterfølgende indgik kommunen kontrakt med Shava A/S.

I forbindelse med afgørelse statuerede klagenævnet at:

"...indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved at anvende udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, a), uanset betingelserne herfor ikke var opfyldt, idet indklagede havde modtaget i hvert fald ét konditionsmæssigt tilbud."

Af dommen kan udledes, at såfremt der er ét konditionsmæssigt tilbud, som er blevet afgivet ved de almindelige udbudsformer, vil det være i strid med direktivet at anvende udbud med forhandling.

¹⁷¹ Treumer m.fl., 2016, s. 175.

¹⁷² J.nr.: 2011-002579, Ortos A/S mod Odense Kommune.

Således kan det forstås, at alle tilbud skal være ukonditionsmæssige eller uantagelige, hvis ordregiveren ønsker at anvende proceduren.

For IT-udviklingskontrakter anses denne betingelse for den mindst anvendelige, da disse vil kunne udbydes gennem de fleksible udbudsprocedurer på baggrund af betingelserne i § 61, stk. 1, nr. 1. samt § 67, stk. 1, nr. 1. Dermed vil der ikke være nødvendig for ordregiver at påberåbe sig bestemmelsen i stk. 2.

4.2.1.6 Innovationspartnerskab

Udbudslovens § 73 pålægger medlemsstaterne at give de ordregivende myndigheder mulighed for at anvende udbudsproceduren innovationspartnerskaber. Lige som det gælder for offentlig udbud og begrænset udbud er der ingen specifikke situationer og kriterier for hvornår det er muligt for ordregiverne at anvende proceduren. Det skal dog bemærkes, at det er en betingelse for anvendelse af innovationspartnerskab, jf. § 73, at ordregiver efterspørger en innovativ ydelse, som ikke kan opfyldes ved indkøb af ydelser, der allerede findes på markedet. Denne betingelse må medføre, at i de tilfælde, hvor en ordregiver kan anvende denne procedure, vil ordregiver også kunne anvende udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, da efterspørgslen om en innovativ ydelse vil opfylde betingelsen i § 61, stk. 1, nr. 1, litra b og § 67, stk. 1, nr. 1, litra b. Dette understøttes af udbudsdirektivets betragtning 49, der indeholder samme betingelse om at der skal være tale om en reel innovation, hvor løsningen ikke allerede findes på markedet.

Loven stadfæster de tre faser som proceduren består af, som er selve udbuddet, innovationsforløbet og et eventuelt indkøb af produktet, der udvikles under innovationsforløbet.

Hvad der falder inden for begrebet innovation er defineret i § 24, stk. 1, nr. 17:

"innovation er indførelse af en ny eller betydeligt forbedret vare, tjenesteydelse eller proces, produktions-, bygge- eller anlægsaktiviteter, en ny markedsføringsmetode eller en organisatorisk metode inden for forretningspraksis, arbejdspladsorganisation eller eksterne relationer er ikke udtømmende eksempler på innovative processer."

Det kan diskuteres om en betydelig forbedret vare, tjenesteydelse eller proces i § 24, stk. 1, nr. 17, vil opfylde betragtning 49's kriterium om fraværet af tilgængelige løsninger på markedet. Det kan diskuteres, hvorvidt at udbudsdirektivets betragtning 49 kræver mere af innovationen end § 24, stk. 1, nr. 17, og knytter sig direkte til innovationspartnerskaber, mens paragraffen kan referere til tildelingskriterier i § 188.

Det kan dermed udledes, at IT-udviklingskontrakter vil kunne udbydes gennem innovationspartnerskaber, hvis IT-løsningen er en ny eller betydelig forbedret løsning i forhold til dem, der allerede findes på markedet.

4.2.2 Lempelse i betingelserne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog

Under udbudsdirektivet fra 2004 adskilte betingelserne, for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, sig i forhold til udbudslovens regler, som implementerer udbudsdirektivet fra 2014. Dette afsnit har til formål at analysere, hvorvidt der foreligger ændringer i betingelserne for anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer. Innovationspartnerskaber vil ikke blive medtaget, da dette er en ny procedure og der derfor ikke foreligger ændringer i betingelserne for denne udbudsprocedure.

4.2.2.1 Adgang til udbud med forhandling

Udbudsdirektivet fra 2004 angav betingelserne for anvendelsen af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse i art. 30, stk. 1. Disse vil blive gennemgået i det følgende.

4.2.2.1.1 Stk. 1, litra a

Denne bestemmelse omfatter ikke forskriftsmæssige eller uantagelige bud, og har næsten samme ordlyd som i udbudsloven. Udbudsloven angiver udtrykkeligt, hvilke tilbud anses for at falde under disse kategorier, mens det gamle direktiv henviser til nationale bestemmelser.

Der er dog en forskel mellem bestemmelseernes ordlyd, hvor udbudsloven giver mulighed for at anvende udbud med forhandling, når der "kun" foreligger ikke forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud. I øvrigt anvender direktivet "uantagelige" i stedet for "uacceptable".

Den første forskel fører næppe til en ændring af retstilstanden, da, jf. argumentationen i afsnit 4.2.1.5, peger på en domsbestemt praksis, som har været fulgt inden udbudslovens tilblivelse.

Uantagelige må forstås således, at de både omfavner ikke forskriftsmæssige, uacceptable og irrelevante ansøgninger¹⁷³. Tilbud, som er irrelevante, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2, er, "*når det er åbenbart, at tilbuddet ikke kan opfylde ordregiverens behov som angivet i udbudsmaterialet. Det betyder, at et tilbud er irrelevant, hvis det alene kan accepteres, såfremt der sker omfattende ændringer af udbudsmaterialet*". Et irrelevant tilbud vil kunne falde ind under

¹⁷³ Ølykke & Nielsen, 2015, s. 580.

udbudslovens bestemmelser i stk. 3 nr. 2. Uantagelige tilbud vil kunne tolkes på samme måde som uacceptable, da udfaldet for begge vil være, at ordregiver ikke vil gå videre med dem i udbudsforløbet.

Dermed konstateres der, at udbudsloven ikke adskiller sig fra det gamle direktiv i den forstand, da den giver samme mulighed for anvendelse af udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse, hvis de indkommende tilbud af indholdsmæssige grunde ikke er egnede eller er afgivet i uoverensstemmelse med reglerne.

4.2.2.1.2 Stk. 1, litra b

Betingelsen under litra b vil kun være mulig at påberåbe sig i *undtagelsestilfælde* hvor ydelsens art og de forbundene risici *ikke muliggør en forudgående samlet prisfastsættelse*. Denne bestemmelse minder om betingelsen i § 67, stk. 1, litra c, hvor særlige omstændigheder forbundet med ydelsens art og risici ikke tillader kontraktindgåelse uden forudgående forhandling. Ydelsens art og risici kan ved kraft af en vanskelig prisfastsættelse, føre til, at kontrakten ikke kan indgås uden at disse bliver diskuteret nærmere i en forhandlingssituation. Formuleringen "undtagelsestilfælde", synes at repræsentere et skarpere krav end "særlige omstændigheder", samtidigt med at prisfastsættelse kun tillader denne form for vanskelighed, mens bestemmelsen i udbudsloven tillader de særlige omstændigheder som både omfatter arten og risici, og desuden kompleksiteten eller retlige og finansielle forhold.

Dermed anses kravet i udbudsloven i forbindelse med indgåelse af udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse for at være lempeligere end under det gamle udbudsdirektiv.

4.2.2.1.3 Stk. 1, litra c

Den tredje betingelse i direktivet fra 2004, angiver intellektuelle tjenesteydelser og finansielle tjenesteydelser vedrørende forsikrings-, bank-, og investeringstjenesteydelser. Disse skal være:

"...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."

Kravet kun kunne imødekommes af kontrakter for de nævnte tjenesteydelser. Derudover forstås bestemmelsen således, at ydelserne vil være så komplekse eller ugennemskuelige, at disse ikke kan specificeres nøjagtigt til at der kan vælges det bedste tilbud.

Kravet kan ligeledes sammenlignes med udbudslovens krav i § 67, stk. 1, nr. 1, litra c. Direktivets krav vil kunne opfyldes af det lempeligere krav i loven, samtidigt med at lovens krav gælder for alle former for ydelser. Derfor anses det på baggrund af bestemmelsen, at den nuværende retstilstand har at lempe op adgang til udbud med forhandling.

4.2.2.1.4 Stk. 1, litra d

Den sidste bestemmelse for adgang til udbud med forhandling, statuerer at proceduren kan anvendes, 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.”

Bestemmelsen anses for at give meget snæver adgang til proceduren, og afskærer alle tilbudsgivere medkommercielle formål at anvende bestemmelsen. Der findes ikke en tilsvarende bestemmelse i den danske udbudslov. Bestemmelsen anses dog for at være så snæver, at fraværet af denne mulighed for ordregiver til at anvende udbud med forhandling, anses ikke for at have en større påvirkning på adgangen til proceduren. Derfor anses ændringen ikke som en snævring af adgangen til proceduren for at være betydelig.

4.2.2.2 Adgang til konkurrencepræget dialog

Under det gamle direktiv, var betingelserne for anvendelse af proceduren konkurrencepræget dialog beskrevet i art. 29, stk. 1. Proceduren kunne anvendes såfremt den ordregivende myndighederne mente, *”at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt”*. Denne mulighed vil kun være der for særligt komplekse kontrakter. Denne vurdering ville bero på, hvorvidt kontrakten vil anses for *”særlig kompleks”*. Med henblik på anvendelsen af proceduren vil en offentlig kontrakt anses for at være *”særlig kompleks”*, under det gamle direktiv art. 1, stk. 11, litra c, når den offentlige myndighed:

- *ikke er i stand til i overensstemmelse med artikel 23, stk. 3, litra b), c) eller d) objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål og/eller*
- *ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt*

Særlig kompleksitet er nævnt i udbudslovens betingelser for proceduren under § 67, stk. 1, nr. 1, litra c, hvor kontrakten på grund særlige omstændigheder grundet kompleksiteten ikke vil kunne tildeles uden forudgående forhandling. Betingelserne for særlig kompleksitet kan sammenlignes med betingelserne i udbudsloven.

4.2.2.2.1 Første betingelse – tekniske vilkår

Første betingelse angår tekniske vilkår. Denne tillod anvendelsen såfremt ordregiveren ikke vil være i stand til at *"objektivt at præcisere de tekniske vilkår"*, hvor den nye udbudslov betinger anvendelsen ved at *"ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist"*. Ordlydsfortolkningen af bestemmelserne vil føre frem til at "objektiv præcisering" må være et strengere krav end at "kunne fastlægge", da objektiviteten vil gøre det vanskeligere at foretage sådan en fastlæggelse. Denne opfattelse støttes ydermere af direktivets betragtning 31, hvor der for den daværende retstilling skulle være *umuligt objektivt at fastlægge de vilkår*, som præciserer den strenge fortolkning af kravet.

Derudover adskiller betingelserne sig fra hinanden i forhold til hvad der skal kunne fastlægges. Under det gamle direktiv vil der, jf. 23, stk. 3, litra b), c) eller d), ikke være tale om nationale og internationale standarder litra a), men lægges vægt på funktionsdygtighed og funktionelle krav. Udbudslovens bestemmelser har derimod angivet specifikationerne tilknyttet standarderne udtrykkeligt som en del af betingelsen. Det anses for at være enklere for ordregiveren at fastlægge funktionsdygtigheden og funktionelle krav, da ordregiveren er nærmest at kende funktionelle krav ved den ydelse, de skal have leveret, end at fastlægge de tekniske specifikationer vedrørende nationale og internationale standarder tilstrækkeligt præcist. Specielt for komplekse ydelser, vil forståelsen for hvad ydelsen skal kunne vil være nemmere at identificere, end forståelsen af hvilke standarder de tekniske specifikationer ved ydelsen skal falde ind under.

4.2.2.2.2 Anden betingelse – retlige eller finansielle forhold

Den anden betingelse for særlig kompleksitet, som omhandler retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt kan ligeledes sammenlignes med udbudslovens betingelse i stk. 1, nr. 1, litra d, som tillader brugen af udbud med forhandling ved særlige omstændigheder i forbindelse med retlige og finansielle forhold. Det strenge krav om "objektivt at kunne fastlægge" finder også anvendelse her, men for den danske lov er det en betingelse, at kontrakten ikke vil kunne tildeles uden forudgående forhandling. Igen vil der være en lempelse i forbindelse med kravet, kravet om at kontrakten ikke vil kunne tildeles på uden forudgående forhandling vil efterlade ordregiveren en større skønsbeføjelse.

Derudover er der to andre betingelser, som giver mulighed for at anvende proceduren, som er en nyskabelse i for konkurrencepræget dialog. Det er betingelsen om tilpasning af allerede tilgængelige løsninger og design eller innovative løsninger. Da disse betingelser anses for at være forholdsvis nemme at opfylde, ses tilføjelsen af betingelserne som en lempelse i forhold til den gamle retstilstand. Hovedbetingelsen om at det ikke vil være muligt at indgå en kontrakt ved anvendelse af almindelige procedurer er derudover i sig selv strengere end de nye betingelser under udbudsloven, da der ikke

kræves at kontrakten ikke vil kunne indgås, men blot at løsningen skal tilpasses eller at kontrakten opfatter design eller innovative løsninger.

Dermed konkluderes der, at den nye udbudslov giver bedre mulighed for anvendelse af konkurrencepræget dialog for IT-udviklingskontrakter.

4.2.2.3 Opsummering af ændringerne

Ønsket om forøget fleksibilitet er ikke eksplicit angivet i udbudsloven, hvilket det bliver i udbudsdirektivets betragtning 42 i præamblen. Her fremgår det, at "der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger". Der er altså allerede i præamblen lagt op til, at udbudsdirektivet, som loven implementerer, intensiverer fokuset på udbudsprocedurerne og har til formål at gøre betingelserne for benyttelsen af procedurerne mindre restriktive.

På baggrund af ovenstående analyse, kan det konkluderes, at målet om forøget fleksibilitet til anvendelsen af udbudsprocedurerne er opnået, idet betingelserne i udbudsloven har ændret format og er blevet mindre restriktive end betingelserne i det gamle udbudsdirektiv.

De største ændringer der er sket med implementeringen af udbudsloven i forbindelse med adgang til de fleksible procedurer er indførelsen af betingelsen vedrørende tilpasninger af de eksisterende løsninger som findes på markedet. Betingelsen er bredt formuleret og åbner mere op for at alle løsninger opfylder betingelsen for at procedurerne kan anvendes. Derudover vil alle former for innovative løsninger og kontrakter som omfatter design vil have mulighed for at anvende forhandling i kontraktindgåelsen igennem de fleksible procedurer.

Derudover søger betingelsen om særlige omstændigheder, som bevirker, at kontrakten ikke kan tildeles uden forudgående forhandling, at åbne op for rammerne i forhold til ydelser, som har særlig karakter. Denne bestemmelse samler flere af de daværende betingelser angående udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, samtidig med at åbne op for flere kontrakttyper, som kan udbydes "fleksibelt".

Lempelsen vedrørende tekniske specifikationer, som nu bevirker, at det ikke længere skal være umuligt for ordregivere at fastlægge de tekniske vilkår, men blot ikke skal kunne fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkeligt præcist.

Det kan endvidere konkluderes, at selvom udbudsloven har flere og mere detaljerede betingelser end det gamle udbudsdirektiv, samler loven betingelserne sammen og gør det nemmere for ordregiveren at vælge den form for procedurer, som de finder nødvendigt. Betingelserne er bredere formuleret og giver mange potentielle udbud mulighed for at anvende de fleksible udbudsprocedurer.

Da betingelserne i udbudsloven kan opfyldes af offentlige IT-udviklingskontrakter og lempeligere betingelser af adgangen til anvendelsen af de fleksible udbudsformer samt indførelsen af innovationspartnerskaber, skønnes det at være nemmere at udbyde IT-udviklingskontrakter ved implementeringen af udbudsloven.

I det følgende vil der analyseres hvorvidt forhandling er mulig inden aftaleindgåelsen for offentlige IT-udviklingskontrakter.

4.3 Forhandling ex ante under udbudsloven

I dette afsnit vil der blive undersøgt i hvilken grad forhandling er mulig i anskaffelsesfasen for offentlige IT-udviklingskontrakter. En ordregiver kan have behov for dialog med tilbudsgiverne når udbudsmaterialet er offentliggjort, med ønsket om at forhandle kontraktens vilkår for at tilpasse tilbuddene, således at de bedst muligt imødekommer ordregiverens krav og behov for anskaffelsen. Ordregiveren kan også have behov for at tilpasse udbudsmaterialet, på baggrund af forhandlingerne, hvis ordregiveren eksempelvis får en bedre forståelse for sine egne behov eller muligheder på markedet. Disse situationer kan skyldes ordregiverens manglende viden, inden kontraktindgåelsen, til selv tilstrækkeligt præcist at beskrive sine behov og krav til ydelsen. Dette gør sig særligt gældende ved IT-udviklingskontrakter, da disse er komplekse, og det formodes, at ordregiver ikke selv kan følge tilstrækkeligt med i den teknologiske udvikling, og derfor ikke ved hvad markedet kan tilbyde. Omvendt kan tilbudsgiverne også have behov for dialog med ordregiver for at stille afklarende spørgsmål eller med ønsket om at få ordregiver til at ændre i udbudsmaterialet, hvis de mener, at særlige krav til løsningen vil kunne opfylde ordregiverens behov særdeles godt.

Forhandlingsforbuddet tillader ikke forhandling under offentlig og begrænset udbud efter udbudsmaterialets offentliggørelse og inden beslutningen om at indgå kontrakt¹⁷⁴. Derfor vil forhandling under disse udbudsprocedurer ikke være muligt i anskaffelsesfasen. Bestemmelserne om de fleksible udbudsprocedurer tillader dog undtagelsesvis forhandling ex ante i visse tilfælde, under overholdelsen af de grundlæggende principper, særligt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Forhandling ex ante af offentlige IT-udviklingskontrakter udbudt ved anvendelse af de fleksible udbudsformer vil blive analyseret i følgende afsnit.

4.3.1 Forhandling ex ante under de fleksible udbudsformer

Procedurerne i følgende afsnit vil blive behandlet én af gangen for at give et bedre overblik. Nogle af bestemmelserne gør sig gældende for flere af procedurerne og det er derfor de primære forskelle i

¹⁷⁴ Hvorvidt der er forbud mod forhandling ind til kontraktindgåelsen eller inden beslutningen til at indgå kontrakt vil blive analyseret på baggrund af Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, j.nr.: 04-135.177, senere i afhandlingen, på baggrund af strukturmæssige overvejelser.

forhold til forhandling, som vil blive fremhævet i de nedenstående afsnit. Rækkefølgen af procedurerne er valgt således at udbud med forhandling og innovationspartnerskaber behandles efter hinanden, da procedurerne for disse udbudsformer minder om hinanden.

4.3.1.1 Udbud med forhandling

Forhandlingerne har til formål at tilpasse tilbuddene efter ordregiverens særlige behov, jf. lovbemærkningerne til § 66, stk. 2, samt udbudsdirektivets betragtning 45. Det kan på baggrund af § 66, stk. 5, antages, at forhandlingerne har til hensigt at klarlægge over for ordregiver, hvilke mulige løsninger der findes på markedet, som kan opfylde ordregiverens behov, siden der på baggrund af udbudsmaterialet kan *foretages ændringer*, og udbudsmaterialet *kan tilpasses* under forhandlingerne, jf. lovbemærkningerne til § 66, stk. 2.

I forhandlingsfasen kan der både forhandles om de indledende og efterfølgende tilbud, jf. § 66, stk. 1, hvor de indledende tilbud skal danne grundlag for efterfølgende forhandling. Lovbemærkningerne til bestemmelsen præciserer at forhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejders, varers og tjenesteydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør mindstekrav. Derudover kan der forhandles på priselementer, så længe ligebehandlings og gennemsigtighedsprincippet er overholdt.

En negativ afgrænsning af forhandlingsgenstanden ses i § 66, stk. 2:

"Der kan ikke forhandles om de endelig tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling"

Der må dermed ikke foretages ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale, hvor mindstekrav og tildelingskriterier er grundlæggende elementer. Denne fortolkning støttes af lovbemærkningerne til § 66, stk. 2. Retspraksis har taget stilling til dette forbud i Nordecon- dommen¹⁷⁵.

I Nordecon-dommen, vedrørende annullation af et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt efter forudgående udbudsbekendtgørelse, var tildelingskriteriet den laveste pris. I udbudsbetingelserne var kravet om bredden på midterrabatten bestemt til at have to forskellige mål, bredere på den første del af strækningen og snævrere på den anden. Selvom alternative tilbud ikke var tilladt i henhold til udbudsdokumenterne, afgav Nordecon alligevel et tilbud, hvor midterrabatten havde samme brede hele vejen. Under forhandlingerne, der fulgte efter afgivelsen af tilbuddet,

¹⁷⁵ Sag C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium.

anmodede den ordregivende myndighed om at basere alle tilbudsgivernes tilbud med udgangspunktet i en ensartet berede med samme mål som Nordecons.

EU-domstolen udtalte i sagen, at den ordregivende myndighed havde tilsidesat gennemsigtighedsprincippet, idet de bindende krav¹⁷⁶ ikke var overholdt i tilbuddet, jf. præmis 58, samtidigt med at hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne ikke tillader forhandling med tilbudsgiver, som ikke opfylder bindende betingelser i udbudsmaterialet, jf. præmis 59.

Af dommen kan man udlede den tætte sammenhæng mellem principperne om ligebehandling samt gennemsigtighed og forhandlingsforbuddet. Selv om udbud med forhandling er en fleksibel procedure, hvor rammerne for forhandling er sat i system, stemmer forhandling af bindende krav ikke overens med de grundlæggende principper. Fastsættelsen af bindende betingelser i tilbuddet vil miste enhver virkning, hvis betingelserne ikke var bindende for tilbudsgiveren alligevel, og vedkommendes bud kunne antages med henblik på forhandling, jf. præmis 38.

Der kan argumenteres for, at forhandlingerne i dette tilfælde førte til forståelsen hos ordregiveren, at mindstekravene i udbudsdokumenterne ikke var ultimative for imødekommelsen af ordregiverens krav. Hvis ordregiveren under forhandlingerne har fået forståelsen af at mindstekravene i de tekniske specifikationer ikke udgjorde krav, som var nødvendige til opfyldelse af ordregiverens behov og alle tilbud skal opfylde, var disse fejlagtigt fastsat som mindstekrav af ordregiveren. Ordregiverens tilsidesættelse af mindstekravene tyder på, at forhandlingen kunne føre til en behovsafklaring hos ordregiveren, som derefter anså det afvigende bud for at kunne føre til en mere fordelagtig kontrakt, nemlig lavere pris samtidigt med at behovene ved løsningen var opfyldt.

Opnåelsen af det bedste pris i et tilbud med mindstekrav står i de offentlige kontrakter over for hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed, som er de bærende principper i udbudsretten. Disse skal sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, og dermed skabe et velfungerende indre marked. Det grundlæggende spørgsmål bliver således, i hvilke tilfælde ordregiveren vil kunne forhandle om mindstekravene, hvis tilsidesættelse af dem vil føre til en bedre kontrakt, samtidigt med at konkurrencen ikke fordrejes.

4.3.1.1.1 Grundlæggende elementer

Grundlæggende elementer består blandt andre af mindstekrav og tildelingskriterier. Udbudslovens ordlyd i § 66, stk. 2, er "herunder". Dette tolkes som at grundlæggende elementer ikke kun består af mindstekrav og minimumskrav, men at disse er en del af det grundlæggende element. Fortolkningen

¹⁷⁶ Bindende krav forstås som mindstekrav i udbudslovens forstand.

støttes af § 24, pkt. 37, der definerer hvad en ændring af et grundlæggende element er og stadfæster, at sådan ændring sker når der sker 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."

Når mindstekravene og tildelingskriterier er en del af de grundlæggende elementer, men ikke alene udgør alle grundlæggende elementer, må det forstås sådan at både mindstekrav, tildelingskriterier og andre elementer, hvis ændring kan føre ændring af det grundlæggende element i § 24, pkt. 37, ikke er genstand for forhandling under udbud med forhandling. Lovbemærkningerne til § 66, stk. 2, definerer mindstekrav, som:

"...centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have."

Derudover bidrager bemærkningerne til loven således, i forhold til forståelsen for forhandling af mindstekrav:

"Som følge heraf vil ændring af mindstekrav i forbindelse med udbud med forhandling kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden fornyet udbudsprocedure."

Dermed må det forstås således, at forhandling, der fører til en ændring af mindstekravene, vil være forhandling af ændring af det grundlæggende element og dermed ikke forenelig med udbudsloven, medmindre opgaven udbydes på ny. Disse bemærkninger skal ses i sammenhæng med bemærkninger til § 70, stk. 2, som fortolker både ændringer mindstekrav og ændring i kriterier for tildeling som ændringer i de grundlæggende elementer.

Lovbemærkningerne til § 66, anfører at:

"Ordregiveren kan indlede forhandlinger med tilbudsgivere, der har afgivet tilbud med forbehold over for mindstekrav medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke medføre ændringer i mindstekravet, og tilbudsgiveren skal, i det endelige tilbud, have frafaldet ethvert forbehold over for mindstekrav."

Dermed er forhandling med tilbudsgiverne, som har taget forbehold for mindstekravene forenelig med udbudslovens bestemmelser om udbud med forhandling, så længe de ikke medfører ændringer i mindstekravene i det endelige tilbud.

4.3.1.1.2 Opsummering

På baggrund af analysen kan der konkluderes, at under forhandlinger af offentlige IT-udviklingskontrakter udbudt ved udbud med forhandling, må der forhandles på indledende og efterfølgende tilbud. I forhandlingen af tilbuddene må der forhandles om IT-løsningens karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør mindstekrav. Derudover kan der forhandles på priselementer, så længe ligebehandlings og gennemsigtighedsprincip er overholdt.

Der må ikke forhandles om det endelige tilbud. Forhandling af det grundlæggende element, herunder mindstekrav og tildelingskriterier, er ikke mulig. Dog kan der forhandles med tilbudsgivere, som har taget forbehold for mindstekravene, så længe det endelige tilbud er foreneligt med mindstekravene.

4.3.1.2 Innovationspartnerskab

Som ved udbud med forhandling, gælder det også for innovationspartnerskaber, at forhandlingsfasen tager afsæt i afgivelse af indledende tilbud, som forhandlingen vil tage udgangspunkt i. Formålet med forhandlingen er det samme som ved udbud med forhandling, som er tilpasning af tilbuddene til ordregiverens særlige behov ved at opnå et bedre tilbud fra den enkelte tilbudsgiver, jf. lovbemærkningerne til § 77, stk. 2.

I forhandlingsfasen kan der forhandles om både de indledende og efterfølgende tilbud, jf. § 77, hvor de indledende tilbud skal danne grundlag for *alle* efterfølgende forhandling. Lovbemærkningerne til § 77, stk. 2, klarlægger, at *"der kan under forhandlinger drøftes, hvordan udbudsmaterialet, partnerskabskontrakten og tilbud kan tilpasses for at opnå et bedre tilbud fra den enkelte tilbudsgiver"*. Eksempelvis kan der forhandles om *udbudsmaterialet, det indledende forsknings- og innovationsprojektforslag, udviklingsforløbet, fremstilling af den påtænkte innovative løsning, partnerskabskontrakten, betingelser og juridiske konsekvenser, der knyttes til hvert af de fastsatte resultatniveauer, økonomisk vederlag til partnerne m.v.* Der er desuden adgang til forhandling om priselementer, så længe ordregiveren overholder ligebehandlings og gennemsigtighedsprincippet.

Udbudslovens § 77, stk. 2, stadfæster at der kan forhandles *"..om alt.."*. Dette er en bredere mulighed for forhandling end ved udbud med forhandling, hvor der kun var en negativ afgrænsning i den tilsvarende bestemmelse. Derefter afgrænses der negativt i § 77, stk. 2, idet der foreskrives:

"... undtagen de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling."

4.3.1.2.1 Grundlæggende elementer

Ligesom ved udbud med forhandling, fremgår det af § 77, stk. 2, at grundlæggende elementer ikke er genstand for forhandling, herunder mindstekrav og tildelingskriterier. Analysen vedrørende grundlæggende elementer, jf. § 24, stk. 37, og mindstekravenes genstand i afsnit 4.3.1.1.1, gør sig også gældende for innovationspartnerskaber.

Der er dog en forskel i forbindelse med anskuelsen af hvorvidt en ændring af mindstekravene vil føre til en ændring af den grundlæggende element i forbindelse med udbud med forhandling og innovationspartnerskab. For udbud med forhandling ansås det, jf. lovbemærkningerne til § 66, stk. 2, at en ændring af mindstekravene vil føre til en ændring af det grundlæggende element. Sådan bemærkninger findes ikke vedrørende innovationspartnerskaber. Derfor kunne man argumentere for at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ikke udelukker en ændring af mindstekravene, hvis ændringen ikke kunne have påvirket potentielle ansøgere 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.

På den anden side angiver § 77, stk. 6, på samme måde som § 66, stk. 5, at der ikke må foretages ændringer i det grundlæggende element i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale. Når mindstekrav opfattes som et grundlæggende element i § 77, stk. 2, må en ændring af dem også føre til en ændring af det grundlæggende element.

Derudover anføres der i bemærkningerne til § 77, stk. 2, at:

"Ordregiveren kan også forhandle med tilbudsgivere, som har forbehold over for grundlæggende elementer og mindstekrav. I det endelige tilbud skal tilbudsgiver dog have frafaldet forbeholdene."

Her ses det igen, at innovationspartnerskaber stiller lempeligere krav til forhandling end udbud med forhandling, idet der også kan forhandles om forbehold for grundlæggende elementer, så længe det ikke resulterer i en ændring af de grundlæggende elementer. Dette gør sig ikke gældende under

udbud med forhandling, da det kun er forbehold for mindstekravene som der må forhandles om, så længe det ikke fører til ændring i mindstekravene i det endelige tilbud.

Der ses i bemærkningen en sondring mellem grundlæggende elementer og mindstekrav, som støtter fortolkningen af, at en ændring af mindstekrav ikke altid anses for at være en ændring af det grundlæggende element under innovationspartnerskab.

4.3.1.2.2 Opsummering

På baggrund af den ovenstående analyse kan det konkluderes, at der under proceduren innovationspartnerskab kan forhandles om alle tilbud og alle krav og kriterier, så længe forhandling ikke angår det endelige tilbud og de grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og tildelingskriterier.

Der kan dog forhandles med tilbudsgivere som har taget forbehold for både mindstekrav og det grundlæggende element, så længe det endelige tilbud ikke indeholder sådanne forbehold.

På baggrund af analysen kan det konkluderes, at genstand for forhandling vil kunne være bredere ved en ændring af udbudsmaterialet for innovationspartnerskaber end for udbud med forhandling.

4.3.1.3 Konkurrencepræget dialog

I modsætning til udbud med forhandling og innovationspartnerskab, er der ved konkurrencepræget dialog ikke krav om indsendelse af et indledende tilbud. Ved denne procedure opfordrer ordregiver i stedet for til at tilbudsgiverne skal deltage i dialog, jf. § 69, stk. 1.

Udbudslovens § 70, stk. 2, stadfæster at:

"Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling."

Bemærkningerne til § 69, stk. 1, stadfæster at det er ordregiveren som fastsætter hvilke aspekter dialogen skal omhandle, og dermed hvad der skal "forhandles om". Det må betyde at der må forhandles om alt under dialogfasen, både midtekrav og tildelingskriterier, tilsvarende muligheden under innovationspartnerskabet. Dialogen må dog ikke medføre, at ordregiver på baggrund af tilbud ændrer i mindstekravene og kriterier for tildeling, da dette vil anses for en ændring af det grundlæggende element. En ændring anses for at være en ændring af det grundlæggende element når ændringen kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellemansøgere eller tilbudsgivere.

Dialogen må ligeledes afholdes med tilbudsgiverne, som har forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. I sidste ende skal tilbudsgiver dog frafalde forbeholdet, ellers skal

ordregiveren forkaste tilbuddet. Der er ligeledes adgang til at drøfte priselementer, så længe ordregiveren overholder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Udbudslovens § 71, stk. 3, fastlægger at efter tilbudsafgivelsen efter endt dialogfase, må tilbud:

"afklares, præciseres og optimeres. Processen må ikke medføre, at der foretages væsentlige ændringer i tilbuddet eller i det udbudsgrundlag, der er afgivet tilbud på baggrund af, herunder fastsatte mindstekrav og kriterier for tildeling. Endvidere må processen ikke medføre konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling."

Ligebehandlingsprincippet ses i slutningen af bestemmelsen. Forhandlinger kan føres med ordregiveren og den vindende tilbudsgiver, jf. § 72, stk. 2, med henblik på:

"at bekræfte økonomiske forpligtelser eller andre vilkår i tilbuddet"

Det fastsættes i bestemmelsen i stk. 3:

"...at ordregiveren ikke må føre forhandlinger, der medfører, at der ændres ved grundlæggende elementer i det vindende tilbud eller i det udbudsgrundlag, der er afgivet tilbud på baggrund af, herunder de behov og krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, såfremt ændringer fører til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling."

4.3.1.3.1 Forhandling af grundlæggende elementer

En forhandling af det grundlæggende element kan finde sted for konkurrencepræget dialog, så længe den ikke resulterer i en ændring af udbudsbekendtgørelsens mindstekrav og tildelingskriterier. Det endelige tilbud, kan afklares, præciseres og optimeres, men må ikke føre til en ændring af vigtige elementer i tilbuddet eller tilbuddet, eller til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling i øvrigt. Dermed skal forhandling af det endelige tilbud overholde de grundlæggende principper.

4.3.1.3.2 Opsummering

På baggrund af den ovenstående analyse kan det konkluderes, at der under proceduren konkurrencepræget dialog kan forhandles og drøftes om alle tilbud og alle krav og kriterier uanset om disse er grundlæggende krav. Dette gør sig kun gældende så længe forhandling ikke fører til en ændring i det vindende tilbud eller det udbudsgrundlag, der kan have påvirket potentielle ansøgere 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 og fører til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling. Med andre ord

må forhandling ikke medføre ændring af det grundlæggende element. Derfor kan der forhandles på både tildelingskriterier og mindstekrav, såfremt de ikke fører til en ændring af dem.

Det kan derfor konkluderes, at konkurrencepræget dialog har en bredere genstand for forhandling end ved innovationspartnerskaber og udbud med forhandling, men giver ikke mulighed for at ændre i mindstekravene og tildelingskriterierne i udbudsmaterialet på baggrund af forhandling, da sådan en ændring vil føre til en ændring af det grundlæggende element.

4.3.1.4 Opsummering af forhandling ex ante

Udbudsprocedurerne konkurrencepræget dialog er den eneste fleksible udbudsprocedure, som giver mulighed for at forhandle om det grundlæggende element, herunder mindstekravene og tildelingskriterierne, og som giver mulighed for at optimere det endelige tilbud.

Igen af procedurerne giver mulighed for ændring af det grundlæggende element som følge af forhandlinger.

For offentlige IT-udviklingskontrakter vil det betyde, at såfremt ordregiveren angiver et teknisk krav som mindstekrav og under forhandling kommer frem til at kravet ikke er et mindstekrav alligevel, kan ordregiveren ikke foretage ændringer i udbudsmaterialet, da ændringen vil medføre en ændring af det grundlæggende element.

4.4 Forhandling ex post under udbudsloven

I dette afsnit vil der blive undersøgt, hvorvidt forhandlinger mellem ordregiver og tilbudsgiver, som har indgået kontrakt om IT-udviklingsprojekt, er tilladt efter udbudsloven. Reglerne for forhandling af ændringer i kontrakten vil i det følgende analyseres ved anvendelse af den retsdogmatiske metode, mens der derudover vil blive diskuteret, hvorvidt udbudsloven adskiller sig fra det nye udbudsdirektiv, for at belyse, hvorvidt udbudslovens implementering af direktivet tillader en anden grad af forhandling.

Efter kontraktindgåelsen, vil der kun være en ordregiver og en tilbudsgiver, som i forbindelse med IT-udviklingskontrakter skal udvikle og levere en IT-løsning. Efter kontraktindgåelse, vil tilbudsgiver ikke have mulighed for at påvirke resultatet af udbuddet, og dermed vil virksomheden, hvis ikke kontrakten bliver ændret, ikke kunne opnå en konkurrencefordel. Dermed vil der være en forholdsvis bred adgang til dialog mellem parterne, så længe ligebehandlingsprincippet bliver overholdt.

Desuden gælder det samme for situationen hvor beslutningen om at indgå kontrakt er taget.

I sagen Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S¹⁷⁷ var der en offentlig ordregiver, som udbød en hovedentreprise vedrørende etablering af en strandpark gennem begrænset udbud. Ordregiver, som var Amager Strandpark, havde fastsat tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige bud på grundlag af nogle nærmere angivne underkriterier.

Ordregiver tildelte kontrakten med en af de prækvalificerede tilbudsgivere, Hoffmann, hvorefter en anden tilbudsgiver, Per Aarsleff, klagede til Klagenævnet for Udbud over tildelingen af kontrakten. Per Aarsleff havde nedlagt en række påstande, som klagenævnet tog stilling til, hvor sagens syvende klagepåstand vil blive gennemgået og anvendt.

I påstand nr. 7, klagede Per Aarsleff over, at indklagede efter modtagelsen af tilbuddene havde forhandlet med Hoffmann om frafald af selve forbeholdet, og at disse forhandlinger ikke alene vedrørte en afklaring, præcisering eller tilpasning af tilbuddet, men væsentlige og grundlæggende elementer, som derfor var i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Hertil svarede ordregiver, at denne først efter at have besluttet, og meddelt, at indgå kontrakt med Hofmann tog kontakt til denne, og at denne kontakt førte til et møde, hvor forbeholdet skulle drøftes ved indgåelsen af kontrakten. Ordregiver understregede, at denne ikke forud for hverken beslutningen om at indgå kontrakt eller forud for indgåelse af kontrakt med Hoffmann, havde ført forhandlinger med tilbudsgiver vedrørende grundlæggende elementer og derfor ikke havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet gav ikke Per Aarsleff medhold i hans påstand. Klagenævnet fastslog at det først var efter at indklagede havde truffet beslutning om, og meddelt, hvem kontrakten skulle tildeles, at der blev indledt forhandlinger. Det blev slået fast at forhandlingerne om de endelige kontraktvilkår først fandt sted efter beslutningen og meddelelsen om, hvem der skulle have kontrakten tildelt. Forhandlingen var derfor ikke i strid med ligebehandlingsprincippet eller forhandlingsforbuddet.

Dommen fastlægger, at det ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet, at forhandle om de endelige kontraktvilkår, som er ordlyden i dommen, såfremt der forhandles efter ordregiver har fundet frem til, hvilken tilbudsgiver der skal have kontrakten tildelt. Her antager klagenævnet, at forhandling, også under begrænset udbud, som ikke er en fleksibel procedurer, er forenelig med ligebehandlingsprincippet, efter beslutningen om tildeling er taget. Kendelsen viser, at der også for de almindelige procedurer vil være adgang til forhandling, såfremt denne ikke vil have påvirket udbuddets udfald.

I gennemførelsesfasen for et offentligt IT-udviklingsprojekt, vil der være behov for, at ordregiver og tilbudsgiver går i dialog omkring udviklingen, hvor kontraktens indhold kan præciseres. Dette vil ikke

¹⁷⁷ J.nr.: 04-135.177, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.

medføre vanskeligheder, da præciseringer af kontrakten ikke vil stille de forbigåede tilbudsgivere ringere, og dermed ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet. Dermed er der bred adgang til sådan en form for dialog.

Som beskrevet i kapitel 2, kan behovet for ændring efter kontraktindgåelsen for IT-udviklingskontrakter opstå, da det er vanskeligt at specificere et system og afdække de præcise brugerbehov på tidspunktet for indgåelse af kontrakten. Hvis dialogen udmønter sig i et ønske om at ændre i kontrakten, kan det tænkes, at dialogen kan udvikle sig til forhandling om disse ændringer, hvis ændringerne ikke er omfattet af ændringsklausuler. Det er ligebehandlingsprincippet, som sætter grænserne for dialog og en mulig efterfølgende forhandling, og som værner om de forbigåede tilbudsgiveres interesse. Hvis der slet ikke var adgang til forhandling af kontrakten efter indgåelsen, vil det stille begge kontraktens parter ringe, da kontrakter, grundet forskellige omstændigheder, vil have behov for at blive ændret.

I det følgende analyseres adgangen til at foretage ændringer i kontrakten, efter kontraktindgåelsen, og muligheden for at forhandle om disse ændringer.

4.4.1 Ændringshåndtering af en indgået kontrakt

Der vil ved offentlige kontrakter være ændringer, som er så omfattende, at der på baggrund af behovet for disse ændringer må gennemføres et nyt udbud, jf. udbudslovens § 178, stk. 1. Denne regel gælder for alle former for udbudsprocedurer. Ændring af de grundlæggende elementer i kontrakten er betingelsen for, at ændringen vil føre til en fornyet udbudspligt. Efter udbudslovens definitionsbestemmelse i § 24, nr. 37, forstås en ændring af det grundlæggende element 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."

Udbudslovens § 178, stk. 2, anfører at:

"En ændring af en kontrakt eller rammeaftale anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt..."

Lovbemærkningernes fortolkningsbidrag anfører at ovenstående vil være tilfældet når ændringen vil have indflydelse på udbudsprocedurens udfald, såfremt det der blev ændret var en del af den oprindelige procedure. Dette kan kobles sammen med ligebehandlingsprincippet, da

udbudsprocedurens udfald, hvis den var anderledes vil påvirke de forbigåede tilbudsgivere. Dermed kan definitionen af ændring af en grundlæggende element i § 24, nr. 37, kobles sammen med § 178, stk. 2, hvor begge tager hensyn til de andre tilbudsgivere og dermed værner om ligebehandlingsprincippet.

Denne opfattelse støttes yderligere af § 178, stk. 2, hvor en ændring altid vil være en ændring af den grundlæggende element og dermed fører til fornyet udbudspligt, når:

- 1) ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren.*

Bestemmelsens efterfølgende punkt værner om konkurrencen mellem tilbudsgiverne, så de tilbudsgivere der før kontraktindgåelsen tilbød bedre vilkår, som sikrede den økonomiske balance til fordel for ordregiveren, ikke lider under at ordren gik til en anden tilbudsgiver, hvorefter der foreligger ændringer i balancen. Med balancen menes balance mellem ydelse og modydelse, jf. lovbemærkningerne til bestemmelsen. Dog er ændringer foretaget til fordel for ordregiver ikke omfattet af bestemmelsen.

- 2) kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for.*

Det tredje punkt sikrer ligeledes, at potentielle tilbudsgivere, som ikke bød på opgaven på grund af dens omfang ikke bliver stillet ringere.

- 3) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.*

For at udvidelsen er betydelig, skal ændringen være større end tærskelværdierne i udbudslovens § 180. Det fremgår dog af lovbemærkningerne til udbudsloven, at udvidelsen også skal være tilstrækkelig stor til, at ændringen efter en konkret vurdering, anses for at være en ændring i aftalens grundlæggende elementer. I vurderingen af dette, skal betingelserne i § 178, stk. 2, nr. 1-4, inddrages og vurderes om disse er opfyldt. Det kan derfor modsætningsvis siges, at det ikke er udelukket, at en udvidelse af en kontrakts anvendelsesområde, som er større end tærskelværdierne i § 180, kan tillades uden gennemførelse af et nyt udbud. Uanset hvad der bliver anset for at være en betydelig udvidelse, er det afgørende, at ændringer ikke fordrejer kontraktens indhold, se det kan ses som et udtryk for forhandling.

4) en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindelig havde tildelt kontrakten.

Angående den sidste betingelse, bliver der senere i analysen redegjort for, hvornår en erstatning af den tilbudsgiver som oprindeligt fik tildelt kontrakten, ikke blev anset som en ny leverandør.

Punkterne i § 178, stk. 2, skal ikke ses som en udtømmende angivelse, men betyder at såfremt ændringer falder ind under disse og ikke kan henføres til undtagelsesbestemmelserne i §§ 179-183, vil de altid anses for ændringer i det grundlæggende element, og dermed føre til fornyet udbudspligt.

Pressetext-dommen¹⁷⁸, ligger til grund for bestemmelsen om ændringer i kontrakten efter aftaleindgåelsen. Hvorvidt der kunne ændres i en indgået kontrakt blev fastslået i sag C-454/06, hvor Østrig havde indgået en kontrakt med et nyhedsagenturvirksomhed, APA, om udførsel af tjenesteydelser mod vederlag på et tidspunkt hvor den ikke var udbudspligtig. Aftalen var indgået på ubestemt tid og kunne tidligst opsiges pr. 31. december 1999. Aftalen blev efterfølgende tre gange undergivet en række ændringer. En konkurrent til APA anfægtede dette, og den østrigske domstol anmodede EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse for fortolkning af, hvornår der er tale om indgåelse af en kontrakt i lyset af det dagældende udbudsdirektiv¹⁷⁹. Domstolen skulle under sagen tage stilling til, om disse ændringer lovligt kunne foretages uden udbud.

EU-Domstolen lagde vægt på tre forhold, som kan lægges til grund i vurderingen af, om der var foretaget en væsentlig ændring af en offentlig kontrakt.

For det første kan en ændring i kontraktens løbetid indføre betingelser, som ville have givet potentielle ansøgere interesse i at byde ind på et andet tilbud end det oprindelige accepterede. Denne betingelse er anført i § 178, stk. 2, nr. 1 og Pressetext-dommens præmis 35 og understreger ligebehandlingsprincippet. Dette betyder, at der ikke må ske forskelsbehandling af tilbudsgiverne. En forskelsbehandling vil eksempelvis foreligge, hvis ikke alle tilbudsgivere har det samme objektive grundlag at fortolke udbudsmaterialet ud fra.

For det andet, kan ændringer, der ændrer kontraktens økonomiske balance til tilbudsgivers fordel, på den måde som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for, anses for væsentlige, jf. Pressetext-dommens præmis 37. I dommen omhandlede ændringen en omregning af den nationale valuta, som aftalen var indgået på baggrund af, til euro. Omregningen medførte en økonomisk besparelse for ordregiver, som EU-Domstolen ikke anså for at have været i en størrelsesorden, som værende en

¹⁷⁸ C-454/06 Pressetext.

¹⁷⁹ Udbudsdirektivet, 1992.

ændring i de grundlæggende elementer, men derimod en ubetydelig tilpasning, som gjorde gennemførelsen af aftalen lettere¹⁸⁰. Det kan derfor siges, at ordregiver derfor godt må tilgodeses økonomisk, uden at det udgør en ændring i de grundlæggende elementer, selvom dette ikke fremgår af § 178, stk. 2, nr. 2.

På baggrund af dette, kan ændringer godt må ske til fordel for tilbudsgiver, så længe denne mulighed for fordel er fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser, eller at fordelene ikke vil være at anse som en ændring i de grundlæggende elementer.

For det tredje kan en ændring også betragtes som væsentlig, når den medfører en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde, jf. § 178, stk. 2, nr. 3 og Pressetext-dommens præmis 36. Dette betyder, at ydelser godt kan tilføjes til kontrakten, såfremt de ikke er af betydelig omfang, da de ellers vil være at anse som en ændring af de grundlæggende elementer.

Hvad angår en ikke væsentlig ændring i forbindelse med en ny leverandør, som erstatter den oprindelige, anfører dommen i præmis 54 at direktivet ikke var til hinder for at den udbudte opgave *"overføres til en anden tjenesteyder, som er et kapitalselskab, hvori den tidligere tjenesteyder er eneste selskabsdeltager og kontrollerer den nye tjenesteyder gennem instrukser, for så vidt som den tidligere tjenesteyder fortsat påtager sig ansvaret for de kontraktmæssige forpligtelser"*.

I dommen henvises der både til en overholdelse af ligebehandlingsprincippet, men også gennemsigtighedsprincippet, som er til hinder for de omhandlede ændringer, jf. præmis 60. For at forfølge formålet med fællesskabsbestemmelserne, må anvendelse af disse principper finde sted, jf. præmis 31 og 32. Derfor vil de tre første omtalte ændringer ikke være forenelige med udbudsreglerne, da de strider imod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Dommen viser hvorledes de grundlæggende principper må anses for at være bærende for bestemmelserne i loven.

4.4.2 Undtagelser i §§ 179-183

Undtagelsesbestemmelserne i §§ 179-183, er undtagelser til § 178, og anses ikke for ændringer i de grundlæggende elementer.

4.4.2.1 § 179 - Ændringsklausuler

Udbudslovens § 179 åbner op for ændringsklausuler, der skal være *klare, præcise og entydige*. Disse klausuler kan indsættes i udbudsmaterialet og betragtes ikke som ændringer af grundlæggende

¹⁸⁰ C-454/06 Pressetext, præmis, 61 og 62.

elementer, såfremt de ikke ændre i kontrakten overordnede karakter. Det betyder at parterne vil have mulighed for at sikre en ændring ex post, ved at udarbejde klausulerne ex ante. Bestemmelsen vil ikke påvirke adgang til forhandling, da den omhandler mulige ændringer i det allerede udarbejdede kontraktmateriale.

4.4.2.2 § 180 - Kontraktens værdi

I § 180, er der indført en regel om de minimis-ændringer. I lovbemærkningerne betegnes de minimis-ændringerne som en form for minimums-tærskel for, hvornår ændringer ikke er væsentlige og der dermed ikke er ny udbudspligt. Ændringen omfatter ikke en merbetaling, der er højere end tærskelværdierne i § 6 og højere end 10 % af værdien af den oprindelige kontrakt, jf. § 180, stk. 1, nr. 1 og 2. Hvis der er foretaget flere ændringer af samme kontrakt, skal værdien af ændringerne lægges sammen ved beregningen, jf. § 180, stk. 2. Den maksimalt tilladte ændring i værdi i henhold til § 180 beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakten indeholder en prisindekseringsklausul, jf. § 184, stk. 1. Lovbemærkningerne forklarer, at der ved en indekseringsklausul skal forstås, at kontrakten regulerer, hvordan prisen udvikler sig. Dette kan eksempelvis være en stigning over tid eller som følge af en begivenhed¹⁸¹. Bestemmelsen foreskriver også, at uanset om værdien af ændringerne er lavere end de i stk. 1 fastsatte tærskler, må ændringerne ikke ændre kontraktens overordnede karakter, jf. § 180, stk. 3.

Dermed, hvis ændringen ikke overstiger den maksimale værdi, jf. § 180, vil der være mulighed for forhandling af sådanne ændringer.

4.4.2.3 § 181 - Supplerende anskaffelser

Supplerende anskaffelse fra den oprindelige leverandør er mulig efter udbuddet er foretaget, såfremt det ikke er muligt at ændre leverandør af økonomiske eller tekniske grunde og vil forårsage problemer eller væsentlig forøgelse af ordregivers omkostninger, jf. § 181.

Dette understøttes af lovbemærkningerne, som præciserer at en ordregivende myndighed kan komme i den situation, at der bliver behov for yderligere varer eller tjenesteydelser og at en ændring af den oprindelige kontrakt kan legitimeres, uden at der skal foretages en ny udbudsprocedure. Derudover er der anført i lovbemærkninger, hvad der skal forstås ved at en supplerende ydelse er blevet nødvendig. Her gælder det, at der skal være krav om, at kontraktens hovedydelse ville fremstå ufærdig, såfremt den supplerende ydelse ikke blev leveret, hvilket eksempelvis vil være tilfældet hvis udnyttelsen af det udviklede program ikke er muligt uden en ekstra server.

¹⁸¹ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 184.

Den maksimalt tilladte ændring i værdi i henhold til § 181 beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakten indeholder en prisindekseringsklausul, jf. § 184, stk. 1 og ordregiver skal offentliggøre en bekendtgørelse herom i den Europæiske Unions Tidende, jf. stk. 2. Forhandling af ændringer i kontrakten angående supplerende anskaffelser vil være forendelige med udbudsreglerne, såfremt de opfylder kriterierne i § 181.

4.4.2.4 § 182 - Ny leverandør

Undtagelsen i § 182 omhandler udskiftning til en ny leverandør, som overtager opgaven fra den oprindelige kontrahent. Bestemmelsen tillader sådan en udskiftning såfremt det sker som følge af en ændringsklausul, jf. § 179, eller som følge af:

"hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og når udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af denne lov."

Denne bestemmelse ses i forbindelse med Pressetext-dommens præmis 54, som tillod overførsel af den udbudte opgave til et kapitalselskab, hvori den tidligere tjenesteyder er eneste selskabsdeltager og kontrollerer den nye tjenesteyder gennem instrukser, for så vidt som den tidligere tjenesteyder fortsat påtager sig ansvaret for de kontraktmæssige forpligtelser. Dermed vil en forhandling der fører til sådan en ændring i kontrakten være mulig, da den ikke ændrer i det grundlæggende element.

4.4.2.5 § 183 - Uforudsete omstændigheder

I § 183, er der oplistet kumulative betingelser, der tillader ændringer, som er affødt af uforudsigelige omstændigheder. Disse foreskriver, at der kan foretages ændringer, hvis behovet for ændringen ikke kunne forudses af ordregiver, ændringen ikke ændrer i kontraktens overordnede karakter og ikke medfører en prisstigning på mere end 50 % af kontraktens oprindelige værdi.

Lovbemærkningerne til udbudsloven argumenterer for, at der navnlig ved længerevarende kontrakter er behov for at foretage ændringer uden at skulle gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis der opstår uforudsete omstændigheder. I bemærkningerne er det også præciseret hvad der skal indgå i vurderingen af, om ordregiver har foretaget omhyggelige forberedelser. I vurderingen heraf skal der bl.a. tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, praksis inden for den pågældende branche samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud. Den maksimalt tilladte ændring i værdi i henhold til § 183 beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når

kontrakten indeholder en prisindekseringsklausul, jf. § 184, stk. 1 og ordregiver skal offentliggøre en bekendtgørelse herom i den Europæiske Unions Tidende, jf. stk. 2.

Ses der på retspraksis, fastslås der i Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA.¹⁸², at en ændring burde være tilladt uden fornyet udbud, idet ændringen var opstået som følge af uforudsigelige omstændigheder, jf. præmis 92. I denne dom udbød Kommissionen levering af frugtsaft og marmelade, hvor betalingen skete i form af frugt. Tilbudsgiverne skulle byde ind på retten til at levere 500 tons æblesaft mod at få deres betaling i æbler. Udbuddets vinder tilbød at levere de 500 tons æblesaft mod at få betaling i form af æbler eller ferskner. Sagen vedrørte dermed ændring i betalingsformen, hvor det blev fastslået, at dette var en væsentlig ændring og dermed ledte til en ny udbudspligt. EU-Domstolen fastslog, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har opstillet for at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgiverne, jf. præmis 115. Selvom ændringer grundet uforudsete omstændigheder ikke anses for væsentlige ændringer, kan udfaldet af dommen søges forklaret ved, at det er svært at argumentere for, at ordregiver i en situation som ovenstående ikke burde have forudset problemstillingen, da der kun gik ca. et halvt år, fra Kommissionen havde tildelt kontrakten, til Kommissionen havde accepterede ændringerne. Der kan argumenteres for, at CAS Succhi di Frutta kunne have forhindret at stå i situationen, hvis denne havde foretaget en tilstrækkelig forberedelse, eller havde angivet i kontraktbetingelserne, at betalingen kunne ske med andre frugter end æbler. Dermed vil ændring, som ikke kunne forudses ved kontraktindgåelsen, og hvor den overordnede karakter ved kontrakten ikke ændres, være forenelig med udbudsreglerne. Dermed må forhandlinger, som fører til sådan en uforudset ændring, ikke være ændringer i den grundlæggende element og være forenelige med de grundlæggende principper.

Fra dansk retspraksis kan kendelsen fra Klagenævnet for Udbud, angående Billund Kommunes indkøb af biler til kommunens hjemmepleje¹⁸³, belyse hvorvidt forhandling om ændring i mindstekrav ved uforudsete omstændigheder kan være forenelig med ligebehandlings og gennemsigtighedsprincippet. I sagen mente de forbigåede tilbudsgivere klagerne, at Billund Kommune havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at frafalde et grundlæggende element i udbuddet ved at indkøbe biler i gråmetal, uanset at det fremgik af kravspecifikationen, at det var et mindstekrav om at bilerne skulle være kongebå. Den vindende tilbudsgiver havde bestilt de første 9 biler hjem i en forkert farve, hvilket kommunen ikke kunne have forudset. Kommunen påstod, at ændringen af de 9 bilers farve kun var godtaget, da det var en fejl fra leverandørens side, og at de biler, der vil blive leveret fremover skulle efterleve mindstekravet.

¹⁸² C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA.

¹⁸³ J.nr.: 2015-95, Jens & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune.

Klagenævnet tog kommunens påstand til sig og statuerede, at da der ikke var tale om en "generel fravigelse af mindstekrav", og afslog at udbuddet kunne have tiltrukket andre deltagere til udbuddet, da mindstekravene stadig gjaldt for resten af leverancen. På den baggrund antog klagenævnet, at kontrakten ikke var væsentligt forskellig fra den oprindeligt indgåede kontrakt.

Klagenævnet afslog klages påstand om, at de potentielt kunne levere bilerne til en mere fordelagtig pris, da der ikke forelå oplysninger, som sandsyndiggjorde påstanden. Hvis disse oplysninger forelå, anses udfaldet for at kunne være anderledes, da ligebehandlings og gennemsigtighedsprincippet vil være tilsidesat i denne situation.

Ud fra sagen kan man udlede, at hvis en mindre del af leverancen ikke lever op til mindstekravene, samtidig med at ordregiver ikke kunne forudse denne fejl og at resten af leverancen ikke ville blive påvirket af fejlen, at det ikke ændrer aftalens karakter væsentligt, såfremt der ikke var potentielle tilbudsgivere, som kunne have leveret samme ydelse til en mere fordelagtig pris. Dermed vil forhandling af ændringer, såfremt de ikke påvirkede potentielle tilbudsgivere, som kunne udføre ændringen til en mere fordelagtig pris, vil være forenelig med udbudsloven.

4.4.3 Opsummering af forhandling ex post

Forhandling efter indgåelse af kontrakt mellem ordregiver og tilbudsgiver vil være mulig inden for grænserne for ligebehandling og gennemsigtighed. Hvis forhandlingerne angår præciseringer af kontrakten eller drøftelser om hvorvidt udviklingen af IT-løsningen skal udføres på baggrund af den indgåede kontrakt, vil disse forhandlinger ikke give tilbudsgiveren en konkurrencefordel og vil ikke influere de forbigåede og/eller potentielle tilbudsgivere. Dermed vil ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet være overholdt.

Hvis forhandlinger fører til en ændring i kontrakten, må denne ændring ligeledes være i en overensstemmelse med principperne og ikke ændre i det grundlæggende element. Alle ændringer anses for at ændre i den grundlæggende element, såfremt de falder ind under den ikke udtømmende bestemmelse i § 178, stk. 2. Ændringer, der falder ind under bestemmelsen må forhandling ikke føre frem til, medmindre ændringerne kan henføres til en af de fem undtagelser i §§ 179-183, da sådanne ændringer ikke ændrer i kontraktens grundlæggende element.

Derfor må der konstateres, at der er en adgang til forhandling for alle udbudsformer, så længe forhandlingen ikke fører til en ændring af de grundlæggende elementer i kontrakten.

4.5 Juridisk delkonklusion

Formålet med udbudsreglerne er at skabe åbne og gennemsigtige udbudsprocedurer, sikre den frie bevægelighed og åbne for effektiv konkurrence, samtidigt med at denne ikke fordrejes. Reglerne indskrænker partsautonomien til fordel for overholdelse af disse formål. De grundlæggende principper inden for udbud, som ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, er ligeledes generelle principper for EU-retten og danner grundlag for forståelse og fortolkning af udbudsretlige bestemmelser. Forhandlingsforbuddet, udspringer af ligebehandlingsprincippet og har derudover forbindelse med gennemsigtighedsprincippet.

Danmark implementerede det seneste udbudsdirektiv gennem udbudsloven, som ændrede retstilstanden på området. Udbudsloven indførte nye betingelse i forbindelse med adgangen til de fleksible procedurer udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, samtidigt med at indføre proceduren innovationspartnerskab, som ikke tidligere var kendt. De fleksible procedurer tillader undtagelsesvis adgang til forhandling, så længe de grundlæggende principper er overholdt. Betingelserne for de fleksible udbudsprocedurer vil kunne tillade offentlige IT-udviklingskontrakter at blive udbudt gennem disse.

Betingelserne anses for at være mere lempelige i forhold til betingelserne i det gamle udbudsdirektiv, da de åbner op for adgangen til procedurerne for flere kontrakttyper. Offentlige IT-udviklingskontrakter vil have lettere adgang til de fleksible procedurer ved udbudslovens stadfæstelse, da der er nu flere af betingelserne, de vil kunne opfylde.

Forhandling ex ante under de fleksible procedurer er tilladt, med er forskelligt under de fleksible procedurer. For udbud med forhandling og innovationspartnerskab gælder det, at der ikke må forhandles på det grundlæggende element, herunder mindstekrav og tildelingskriterier. Dette gælder ikke for konkurrencepræget dialog, hvor man må forhandle om alt, også om det endelige tilbud. For alle udbudsprocedurerne vil det ikke være muligt at ændre i mindstekravene og tildelingskriterierne i det oprindelige udbudsmateriale.

Reglerne for forhandling ex post er de samme for alle former for udbudsprocedurer, hvor forhandling er tilladt, så længe den ikke fører til ændring af det grundlæggende element i kontrakten. Udbudsloven stadfæster udtrykkeligt, hvad der ikke anses for sådan en ændring i §§ 178-183.

Dermed kan det statueres, at adgang til forhandling af offentlige IT-udviklingskontrakter ex ante er gjort nemmere og proceduren konkurrencepræget dialog tillader mest forhandling ex ante. Både forhandling ex ante og ex post er mulig om alt for konkurrencepræget dialog så længe det ikke ændrer i kontraktens grundlæggende element.

Kapitel 5

På baggrund af kapitel 2, kan man konkludere, at forløbet ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter adskiller sig fra indgåelse af traditionelle kontrakter, hvor partsautonomien er hovedreglen. Der er både flere faser, som parterne skal igennem inden ydelsen leveres, og derudover er der flere forløb i faserne, som skal gennemføres før fasen kan anses for at være afsluttet. Derudover er IT-udviklingskontrakter, som den offentlige part er interesseret i at indgå, ofte komplekse, og da ydelsen ikke foreligger ved kontraktindgåelse vil der være stor sandsynlighed for, at både den offentlige og den private part ikke har en præcis forståelse af, hvordan IT-løsningen vil se ud ved implementering.

I den økonomiske analyse i kapitel 3, dannes der på baggrund af Coases og Williamsons teorier et billede af, hvor vigtig forhandling er i forbindelse med efficient indgåelsen af offentlige IT-udviklingskontrakter. Forhandling af alle aspekter ved kontrakten i alle faser af forløbet er nødvendige for at nedbringe den private information, således at transaktionsomkostningsfaktorer, som afhænger af den private information, ligeledes vil kunne nedbringes. For at mindske den private information så effektivt som muligt, skal der kunne forhandles om alle dele af kontrakten, uden at loven skal hindre indgåelsen af aftaler¹⁸⁴. Hvis forhandling, som sikrer behovsopfyldelsen hos den offentlige part, ikke finder sted, vil den høje omkostnings- og tildelingsrisiko medfører store tab for parten, vil en mulig Kaldor-Hicks forbedring ikke kunne finde sted.

På baggrund af den juridiske analyse i kapitel 4, kan det konkluderes, at selv om det er blevet nemmere at udbyde offentlige IT-udviklingskontrakter ved stadfæstelse af udbudsloven, er der stadigvæk regler, der forbyder visse genstande for forhandling. For udbud med forhandling og innovationspartnerskab, må der ikke forhandles om det grundlæggende element ex ante, men dette er muligt ved konkurrencepræget dialog. Forhandling af det grundlæggende element må dog ikke føre til en ændring af dette i udbudsmaterialet og dermed tilbuddene. Efter kontraktindgåelsen vil forhandling ikke være forenelig med ligebehandlingsprincippet, hvis forhandlinger ligeledes resulterer i en ændring af det grundlæggende element. De grundlæggende principper, som ligebehandling og gennemsigtighed, forhindrer forhandling af alle aspekter ved udbuddet.

På baggrund af de forudgående kapitler synes der at foreligge en problemstilling vedrørende en mulig efficiensforbedring af offentlige IT-udviklingskontrakter. På baggrund af det beskrevne projektforsøb for kontrakterne og deres kompleksitet samt den manglende information i kapitel 2, statuerer kapitel 3, at forhandling af alle elementer ved udbud og under alle faser er nødvendig ved indgåelse af

¹⁸⁴ Coases normative teorem.

efficiente IT-udviklingskontrakter. På baggrund af den juridiske analyse i kapitel 4 statueres der at udbudsreglerne sætter rammerne for hvad der må forhandles om. Der er dermed en uoverensstemmelse mellem den økonomisk og juridisk konklusion, som trækker hver sin retning. Netop denne uoverensstemmelse skal danne baggrund for den integrerede analyse i dette kapitel, for ved den integrerede analyse at udlede, hvorvidt udbudslovens regler om forhandling ex ante og ex post påvirker økonomisk efficiens for offentlige IT-udviklingskontrakter.

Den integrerede analyse vil sætte retstilstanden og resultatet af den økonomiske analyse ind i en bredere regulatorisk og økonomisk kontekst, for at forklare resultaterne af de foregående analyser med henblik på at statuere, hvorvidt indgåelsen af efficiente IT-kontrakter er mulig i praksis under udbudsloven.

5.1 Økonomiens begrænsninger

Økonomiske teorier anvender bagvedliggende antagelser, som ikke altid stemmer overens med hvordan verden ser ud. Dette sker på grund af kompleksiteten i verdenen, som økonomerne forsøger på at forstå ved at abstrahere fra nogle aspekter, og fokusere eller endda forstærke nogle andre¹⁸⁵. Dette gælder i høj grad for teorien om perfekt konkurrence, hvor flere antagelser skal være opfyldt for at den efficiente ligevægt vil være mulig at opnå¹⁸⁶. Men ikke mindre, er ligevægtsteorien og markedet for fuld konkurrence en af de teorier, som anvendes til at lave forudsigelser for, hvordan markedet burde se ud for at markedsmekanismerne kan maksimere den samlede velfærd på markedet.

Når økonomiske teorier belyser, hvordan det bør være, bliver de betegnet for normative teorier¹⁸⁷. Velfærdsteorier, som anser fuldkommen konkurrence for den bedste konkurrenceform set fra samfundets side, anskuer den positive mikroøkonomiske analyse og forudsætter, at hvis der ønskes størst samfundsmæssigt udbytte af overskuddet som markeds kræfterne kan skabe, skal der stræbes efter at komme i fuldkommen konkurrence, hvor igen indskrænkninger er. For velfærdsteorien gælder det, at man specificerer nogle idealtilstande, uden at forholde sig til, om disse kan opnås i praksis¹⁸⁸.

Dermed er både forudsætningerne for fuldkommen konkurrence og velfærdsteoriens manglende stillingtagen, angående hvorvidt en efficient tilsand uden tilstedeværelse af indskrænkninger er

¹⁸⁵ Polinsky, 2011, s. 2.

¹⁸⁶ Frank, 2010, 337-338.

¹⁸⁷ Andersen m.fl., 1999, s. 24.

¹⁸⁸ Ibid.

mulig i praksis, med til at skabe en ramme for et økonomisk samfundsideal, som muligvis ikke lader sig virkeliggøre¹⁸⁹.

Selv om forudsætningerne for individernes ageren og kunnen ikke helt stemmer overens med virkeligheden¹⁹⁰ for den neoklassiske teori, kan teoriens antagelser sammen med velfærdsteorien forudse, hvordan markedet burde se ud¹⁹¹. Coase teorien påviser derudover, hvordan en mulig efficiens skal opnås, hvis markedet på grund af omkostninger ved indgåelse af aftaler ikke kan opnå efficient tilstand af sig selv¹⁹². Forhandling, og ikke mindst mulighed for forhandling af alle aspekter ved kontrakten vil ifølge den økonomiske analyse være midlet til at opnå efficiens ved komplekse kontrakter hvor der foreligger høj grad af privat information. I den ideale verden, som ikke vil skabe nogle begrænsninger for antagelser, vil efficiens kunne opnås for sådanne kontrakter.

De økonomiske teorier tager dog ikke stilling til det regulatoriske perspektiv ved indgåelsen af offentlige kontrakter. Økonomien ser dermed ikke på andre hensyn, end hensynet til den økonomiske efficiens. I en kompleks verden er hensynet til økonomisk efficiens ikke det eneste. For offentlige kontrakter skal der også tages hensyn til korruption og åbne markeder, som tilskynder konkurrence. Som beskrevet i afsnit 4.1.1 om udbudsreglernes formål, har reglerne netop til formål at sikre offentlige indkøb åbnes for konkurrence, ved at skabe åbne og gennemstige udbudsprocedurer.

5.2 Forhandling om alle dele af udbuddet

I det følgende undersøges hvorvidt den økonomiske antagelse om mulig efficiens kan være forenelig med udbudsretten. Analysen af problematikken sker på baggrund af de grundlæggende principper ligebehandling og gennemsigtighed. Dette afsnit, vil undersøge hvad der vil ske, såfremt man forhandlede om alt i alle faser, som det økonomiske kapitel foreskriver for opnåelse af en efficiensforbedring.

5.2.1 De grundlæggende principper

I den juridiske analyse blev EU-retlige og udbudsretlige principper anvendt for at statuere, hvorvidt forskellige foranstaltninger i udbudspligtige kontrakter er forenelige med udbudsretten. Det kan ikke tydeliggøres nok, hvor essentielt og grundlæggende disse principper er for både EU-retten og udbudsretten. Principperne bygger på et grundlag, som fremhævet i afsnit 4.1.1, om at sikre den frie bevægelighed samt sikring af en ufordrejet konkurrence på det indre marked samt sikre en effektiv

¹⁸⁹ Se afsnit 3.1.

¹⁹⁰ Antagelser om forbrugernes fuldkomne rationalitet og information er ikke fuldstændigt mulige.

¹⁹¹ Afsnit 3.1.1.

¹⁹² Afsnit 3.2.

konkurrence. Betydningen af principperne bliver også understreget i udbudsdirektivets betragtning 1, hvor det bliver foreskrevet, at:

"Tildeling af offentlige kontrakter på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten..., samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed".

Som forklaret i afsnit 4.1.2.1.1, gælder der et forhandlingsforbud, når udbudsprocedurerne offentligt udbud eller begrænset udbud anvendes. De fleksible procedurer, som har været genstand for afhandlingens analyse, skal ses som undtagelser til de to førnævnte procedurer, da der er mulighed for forhandling i disse procedurer. Dog skal tilsidesættelsen af forhandlingsforbuddet i de fleksible udbudsprocedurer stadig overholde de grundlæggende principper, især ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Af disse principper udledes endvidere forhandlingsforbuddet.

Ved at ændre reguleringen og give mulighed for forhandling ex ante, kan det være vanskeligt at værne om og ikke påvirke principperne om ligebehandling og gennemsigtighed¹⁹³. Forhandling vil potentiel medføre en generel tilsidesættelse af de grundlæggende principper, hvilket er direkte modstridende med EU-retten. Såfremt ligebehandlingsprincippet ikke overholdes, er der en risiko for forskelsbehandling og diskrimination, der er modstridende med EU-rettens grundlag og formål. Baggrunden for begrænsningerne, som EU har fastsat i forbindelse med de gældende udbudsregler for de offentlige myndigheder, ses bl.a. i art. 3, stk. 3, i TEU:

"Unionen opretter et indre marked. Den arbejder for en bæredygtig udvikling i Europa baseret på en afbalanceret økonomisk vækst og prisstabilitet, en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne, ..."

Høj konkurrence er et af Unionens mål, som udbudsretten således skal værne om. Forhandling under udbud kan risikere at tilsidesætte principperne, som værner om Unionens mål.

5.2.2 Formålet med principperne

Gennemsigtighedsprincippet skal sikre gennemsigtighed og gennemsommelighed for offentlige kontrakter, forstået på en sådan måde, at der skal være offentlighed omkring oplysningerne for et given udbud¹⁹⁴. Dette betyder, at alle nødvendige oplysninger i forbindelse med et udbud skal være offentligt tilgængeligt, så alle interesserede har adgang til oplysningerne og har samme vilkår som eventuelle konkurrenter. Såfremt det var muligt at forhandle om alt i alle faser, ville de oplysninger som var offentligt tilgængeligt ved et udbud og som potentielle ansøgere enten valgte eller fravalgte at byde ind på, kunne ændres, og dermed ville de potentielle ansøgere som havde fravalgt udbuddet,

¹⁹³ Se gennemgangen af Nordecon-dommen i afsnit 4.3.1.1. hvor forhandlingen tilsidesatte ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

¹⁹⁴ Nielsen, 2010, s. 97.

fravalgt det på et andet grundlag. Dette er med til at forvride konkurrencen mellem potentielle ansøgere og tilbudsgivere.

Overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet er vigtig, da betragtning 126 i udbudsdirektivet foreskriver, at:

"Sporbarhed og gennemsigtighed i beslutningstagningen i forbindelse med udbudsprocedurer er afgørende for at sikre sunde procedurer, herunder effektivt at bekæmpe korruption og svindel"

Forhandling vil under udbud gøre gennemsigtigheden i beslutningstagningen sværere at opnå, og dermed vil potentielt gøre bekæmpelsen af korruption og svindel vanskeligere.

Ligebehandlingsprincippet er et udtryk for et grundlæggende forbud mod, at nationale ansøgere stilles fortrinsvis ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter¹⁹⁵. Ved forhandling om alt ex ante, vil der være risiko for, at en offentlig og privat part fra samme medlemsstat vil forhandle sig frem til ændringer i udbudsmaterialet, hvorefter det private parts tilbud vil anses for det bedste. Ordregiveren vil da indgå kontrakt med tilbudsgiveren, af lokale eller nationale hensyn¹⁹⁶. Som beskrevet i afsnit 4.1.1, er der risiko for, at ordregivere kunne lade sig lede af ikke-økonomiske hensyn, som netop kom til udtryk ved, at ordregivere i væsentlig grad koncentrerede deres indkøb hos de nationale leverandører, der som følge heraf nød beskyttelse i forhold til de udenlandske leverandører, som kunne have det bedste og billigste tilbud. Denne protektionisme er imod udbudsrettens formål, som tilsigter at udvikle det fælles marked, hvor varerne og tjenesteydelserne produceres og udføres af de virksomheder i EU, der kan gøre det bedst og billigst, uden hensyn til landegrænser¹⁹⁷. Forhandling om alle aspekter i alle faser kan derfor medføre en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og hindre at markedet åbnes for konkurrence.

Europa 2020-strategien fremhæves i udbudsdirektivets betragtning 2, hvori offentlige indkøb spiller en central rolle, som bl.a. skal sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler. Dette indebærer en opnåelse de bedst mulige resultater for offentlige indkøb, dermed få mest muligt for penge. For at nå dette mål, er det afgørende, at tilbudsgiverne konkurrer på lige konkurrencevilkår, og dermed undgå konkurrenceforvridning. I analysen i det juridiske kapitel, om forhandling ex ante og ex post, er det blevet understreget, at der kan forhandles under de fleksible udbudsprocedurer, såfremt en forhandling ikke medfører en ændring af kredsen af potentielle ansøgere. Hvis sådan en ændring forekommer, kan der være risiko for, at kontrakten ikke indgås med en privat part, som vil kunne udføre opgaven billigst muligt og dermed sikre en optimal udnyttelse af offentlige midler. Forhandling om alle aspekter ved udbuddet og ændring af kontrakten, som medfører en ændring af det

¹⁹⁵ Fabricius, 2014, s. 33-34.

¹⁹⁶ Fabricius, 2014, s. 19.

¹⁹⁷ Ibid.

grundlæggende element, vil stride mod en optimal udnyttelse af offentlige midler og dermed stride mod udbudsrettens og Europa 2020-strategiens formål.

5.2.3 Tilsidesættelsen af de grundlæggende principper ved mulighed for forhandling

I det første udbudsdirektiv fra 1971, var der ikke mulighed for at anvende fleksible udbudsprocedurer¹⁹⁸. Der gjaldt et forhandlingsforbud, som stadig gælder, for de klassiske udbud, offentlig og begrænset udbud. Dette forhandlingsforbud, er direkte afledt af de grundlæggende principper i EU.

I udbudsdirektivet fra 2004 blev der indført fleksible udbudsprocedurer, som skulle kunne anvendes, når offentlig eller begrænset udbud ikke muliggjorde en indgåelse af særligt komplekse kontrakter¹⁹⁹. I betragtning 42 i udbudsdirektivet fra 2014, bliver der anført, at:

"Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger. En større anvendelse af disse procedurer vil formentlig også øge den grænseoverskridende handel, eftersom evalueringen har vist, at kontrakter indgået ved udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse er særligt succesfulde i forbindelse med grænseoverskridende tilbud."

På baggrund af ovenstående fra både udbudsdirektivet fra 2004 og 2014 kan der konkluderes, at efterspørgslen af fleksibilitet steg på grund af ønsket om øget grænseoverskridende handel, der anses for at være et økonomisk hensyn. Ønsket om en udvidet adgang til anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer, som blev konkluderet i afsnit 4.2.2.3 til at være sket i forbindelse med vedtagelsen af udbudsloven, stemmer godt overens med de formål, fleksibiliteten skulle have til hensigt i betragtning 13 i udbudsdirektivet fra 2004. Dette gælder også for lovbemærkningerne til udbudsloven, hvor det fremgår, at udbudslovsudvalget havde vurderet, at det var hensigtsmæssigt, at der blev sikret en større fleksibilitet²⁰⁰. Med udgangspunkt i udbudsdirektivets betragtning 42, kan indførelsen af de fleksible udbudsprocedurer være opstået med ønsket om økonomiske hensyn, som skulle bidrage til den grænseoverskridende handel.

Som beskrevet i afsnit 4.1.2.1.1, har udbudsdirektivet ikke eksplicite bestemmelser, som forbyder forhandling i forbindelse med udbud. Dog viser EU-domstolens praksis, hvordan ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet fører et forhandlingsforbud med sig, og er

¹⁹⁸ Udbudsdirektivet, 1971.

¹⁹⁹ Udbudsdirektivet, 2004, betragtning 13.

²⁰⁰ Lovbemærkningerne, afsnit 4.11.2.

til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og ansøgerne. Opfattelsen er derfor, at sammenhængen mellem principperne og forhandlingsforbuddet ikke kan fraviges.

Med vedtagelsen af de fleksible udbudsprocedurer, er det blevet tilladt for aktørerne at forhandle med hinanden. Selvom der skal opfyldes nogle bestemte krav for at disse procedurer kan anvendes, kan ikrafttrædelsen af disse ses som et bevis på, at Kommissionen mener, at ligebehandling og gennemsigtighed samt forhandling godt kan eksistere sammen. Derfor kan der siges, at forhandling mellem parterne ikke nødvendigvis tilsidesætter kravet om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis forhandlingen begrænses.

Dog kan det udledes, at de bagvedliggende formål ved regulering af offentlige kontrakter forhindrer økonomisk efficiens på markedet for IT-udviklingskontrakter, da disse begrænser forhandlingens genstand.

5.3 Proportionalitet mellem efficiens og udbudsrettens bagvedliggende hensyn

I dette afsnit undersøges hvorvidt der er proportionalitet mellem begrænsning af forhandling og efterlevelse af udbudsrettens formål. Afsnittet vil undersøge om begrænsningen af efficiens inter partes kan berettiges af udbudsretlige såvel som økonomiske hensyn, som udbudsretten ligeledes værner om.

Proportionalitet er et begreb anvendt både i økonomi og jura²⁰¹. I grunden betyder proportionalitet, at der foreligger en indbyrdes sammenhæng mellem størrelsesforhold, det kan være sammenhæng mellem variable størrelser eller mellem mål og middel. Et relevant spørgsmål for afhandlingen vil være om der er proportionalitet mellem begrænsning af den økonomiske efficiens til fordel for opfyldelsen af de bagvedliggende mål. Formuleret på en anden måde, så vil det være interessant at undersøge, hvorvidt tab af økonomisk efficiens er retfærdiggjort ved hensynstagen til andre formål.

Så længe ligebehandlings og gennemsigtighedsprincipperne ikke overholdes ved offentlige udbud, vil der være større risiko for protektionisme. Det så man i Storebælt-sagen, hvor tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet førte til en "køb dansk"-klausul, som kan anses for en protektionistisk foranstaltning. Protektionismen anses af klassiske økonomer som Adam Smith²⁰² som samfundsskadeligt, da den forhindrer lande i at opnå en økonomisk fordel ved frihandel. Da ligebehandlingsprincippet hindrer protektionisme, må den anses for at være økonomisk forsvarlig at håndhæve, da den bl.a. vil sikre gevinster ved frihandel.

²⁰¹ Danmarks nationaleleksikon, 1999, s. 486.

²⁰² I sin artikel "An inquire into the nature and causes of he wealth of nations", argumenterer Smith for at gennem specialisering vil der forskellige lande kunne anvende deres komparative fordele og kunne drage fordel af frihandel.

Principperne om gennemsigtighed og ligebehandling vil derudover være med til at hindre korruption²⁰³ og dermed sikre en ufordrejet konkurrence. Dermed vil det være muligt for konkurrencen at sikre, at det offentlige får det bedste og billigste tilbud, som vil gavne samfundet og hensynet til skatteborgerne. Korruption kan være ødelæggende for økonomisk vækst og i det samlede billede ødelæggende for udvikling²⁰⁴.

Hvis reglerne vedrørende forhandling gjaldt udelukkende for private parter, vil der ikke være andre hensyn end de økonomiske, som parterne skulle forholde sig til. For parterne i denne situation vil forbud mod forhandling af nogle af kontraktens dele kun føre til inefficiens, da gevinsterne ved forhandling ikke vil være maksimale.

Men når forbuddet vedrører offentlige kontrakter, vil tabet af efficiens i kontrakten inter partes kunne økonomisk retfærdiggøres ved en sikring af økonomiske gevinster ved frihandel og ufordrejet konkurrence. Så længe effecientabet er mindre end gevinsterne, vil det være samfundsefficient at fastholde begrænsningerne.

5.4 Behov for forhandling af det grundlæggende element i praksis

Der vil på grund af de økonomiske teoriers, ofte manglende virkelighedsnærhed, kunne opstå tvivl om, hvorvidt forhandling af alle dele af udbuddet ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter vil være efterspurgt i praksis. Hindrer det efficiens i praksis, at der ikke vil kunne ændres i udbudsmaterialet eller det endelige tilbud, således at det grundlæggende element bliver ændret?

Man kan med rimelighed antage, at IT-virksomheder, som har kapacitet til at udvikle komplekse løsninger, vil overvåge udbudsmarkedet²⁰⁵. Når den offentlige part i idé- og analysefasen gennemfører en markedsanalyse, vil der for de private parter danne sig et billede af, hvorvidt opgaven er noget, de har interesse i at byde på. Virksomhederne må afgøre deres interesse i forhold til udbuddet med udgangspunkt i det grundlæggende behov, som den offentlige part har, og som den udfører markedsundersøgelser på baggrund af. Selv om der foreligger en høj grad af privat information i inter partes forholdet mellem den offentlige part og de enkelte private parter, så må den offentlige part have en forståelse for sit grundlæggende behov. Hvis den offentlige part ikke havde sådan en forståelse, vil den næppe udbyde dækningen af dette.

²⁰³ Se 5.1.2.

²⁰⁴ Udenrigsministeriets oplysning om korruption.

²⁰⁵ *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 56.

Det grundlæggende behov må derfor være noget, de private parter bliver bekendt med i starten af udbudsprocessen, således at de afgør på baggrund af dette, om de har den fornødne kapacitet til at gennemføre udviklingen af en IT-løsning, som vil kunne opfylde behovet. Det er bl.a. derfor at en ændring af det grundlæggende element ikke er forenelig med udbudsreglerne, da en sådan ændring potentielt vil betyde, at sammensætningen af tilbudsgiverne vil se anderledes ud, jf. udbudslovens § 24, stk. 37.

Hvis de grundlæggende elementer udspringer sig af et grundlæggende behov, vil disse næppe kunne ændres ved forhandling, da det grundlæggende behov anses for at være det samme under hele forløbet. Forhandling vil kunne afklare, hvorvidt det grundlæggende behov kan imødekommes på den bedst mulige måde, men anses ikke for at kunne påvirke udgangspunktet for udbuddet, nemlig behovet hos ordregiveren, som endnu ikke er opfyldt. Så længe den offentlige part selv får en tilstrækkelig klar forståelse for hvilke behov udbuddet skal opfylde, vil det afspejles af det grundlæggende element, herunder mindstekravene.

Behovet for forhandling, som udspringer af en høj grad af kompleksitet i løsningen og den private information²⁰⁶, opstår, når ordregiveren ikke er klar over, hvilke muligheder der er i markedet for at opfylde deres grundlæggende behov på den mest effektive måde. Dermed har behovet for forhandling ikke noget med det grundlæggende element at gøre, men derimod med opfyldelsen af dette. Hvis mindstekravene og tildelingskriterier er sat rigtigt i forbindelse med udarbejdelse af udbudsdokumenterne, vil det forbud mod forhandling af det grundlæggende element og ændring af denne undervejs i udbudsmaterialet ikke udgøre et problem.

Dette skal således ses i forbindelse med markedsundersøgelser og udarbejdelse af mindstekravene. Den offentlige part må i idé- og analysefasen gøre sig klar over hvilke behov, der er de grundlæggende og hvilke elementer i aftalen, som skal afspejle disse. Da denne information er privat, vil forhandling med de private parter ikke kunne føre til en afklaring af de grundlæggende behov, men kun til hvorvidt disse kan blive imødekommet af markedet²⁰⁷. Såfremt den offentlige part på baggrund af deres tekniske forståelse fastsætter minimumskrav i højere grad som funktionelle karakteristika af den ønskede IT-løsning frem for fysiske krav, vil problematikken omkring manglende mulighed for forhandling ikke gøre sig gældende. Hvis kravene specialiseres meget detaljeret og egentligt ikke tager afsæt i det grundlæggende behov, der blot er "nice to have", bliver de en spændetrøje for udviklingen²⁰⁸. Hvis det grundlæggende element består af mindstekrav udarbejdet ved anvendelse af

²⁰⁶ Afsnit 3.4.1.

²⁰⁷ *Analyse af transaktionsomkostninger*, s. 21-22.

²⁰⁸ *Erfaringer fra statslige IT-projekter*, s. 21.

funktionelle krav, som kun tager udgangspunkt i det grundlæggende behov, vil der for disse ikke være behov for ændring i samme grad som på ringe fastsatte fysiske krav.

Det sammen vil gælde for forhandlingerne ex post. Hvis det grundlæggende element er fastsat præcist efter markedsundersøgelsen og en eventuel ændring af minimumskravene i udbudsmaterialet under innovationspartnerskaber, vil der ikke opstå et behov for en ændring i det grundlæggende element efter forhandling ex post. Dermed vil begrænsning af forhandling, jf. udbudslovens bestemmelser, ikke være en hindring for indgåelse af efficiente offentlige IT-udviklingskontrakter, da det grundlæggende element ikke vil have et behov for ændring.

Derfor kan man statuere, at såfremt den offentlige part mindsker den private information i idé- og analysefasen, samtidigt med at kravene til IT-løsningen bliver fastsat ud fra det grundlæggende behov, vil forhandling og ændring af det grundlæggende element i kontrakten i anskaffelses- samt gennemførelsesfasen ikke være nødvendig.

5.5 Efficiens gennem en bredere adgang til de fleksible procedurer

Den juridiske analyse påviser, at det er blevet nemmere for offentlige IT-udviklingskontrakter at anvende de fleksible udbudsprocedurer ved stadfæstelsen af udbudsloven. Dermed er adgang til forhandling ex ante også blevet gjort nemmere. Den økonomiske analyse belyser at forhandling både ex ante og ex post er vigtig ved indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter, men i den integrerede analyse argumenteres der for, at forhandling af alle kontraktens aspekter ikke er nødvendige i praksis. Dog ansås det for at være transaktionsomkostningsminimerende at forhandle mest under gennemførelsesfasen. Da forhandling ex post er mulig under udbudsloven, vil en allokering af omkostninger fra anskaffelsesfasen til både idé- og analysefasen samt til gennemførelsesfasen være mulig.

Den økonomiske analyse konstaterer, at de private parter, som ikke fik kontrakten tildelt, havde store omkostninger i forbindelse med forhandling under anskaffelsesfasen. Dermed kunne det konkluderes, at der ikke vil opstå en Pareto-efficiens, da forhandling stillede de private parter ringere. Udbudsloven giver dog, under de fleksible udbudsprocedurer, ordregiveren en mulighed for at yde vederlag til deltagerne i forhandlingen, jf. § 62, stk. 3, § 68, stk. 2, § 74, stk. 5. Såfremt de private parter modtager vederlag, som svarer til deres omkostninger, anses forhandling for at kunne føre til en Kaldor-Hicks efficient tilstand. Ordregiver skal samtidig have en større gevinst ved forhandlingen end omkostningen til denne. Dette anses for at være aktuelt, da der er høje risici forbundet med ringe gennemført udviklingsløsning.

Forhandling om alt vil dog ikke være muligt, men praktisk set, vil der sjældent være behov for forhandling af de grundlæggende elementer, hvis disse er udformet korrekt på baggrund af de grundlæggende behov.

Efficiens er ifølge Coases normative teorem mulig, når loven er udformet således, at den reducerer hindringer for private aftaler. Forhandling anses for at reducere hindringerne for aftalerne, da den mindsker transaktionsomkostningsfaktorerne²⁰⁹. Da det er blevet nemmere at udbyde offentlige IT-udviklingskontrakter ved anvendelse af fleksible udbudsprocedurer, må det konstateres, at forhandling, som reducerer hindring for private aftaler er mere tilgængelig. Udbudsloven opfylder kriteriet for efficiens under Coases normative teorem, da den åbner mere op for adgang til forhandling end adgangen i det tidligere direktiv. Retstilstanden opnår dermed en Kaldor-Hicks-forbedring, så længe tilbudsgiverne kompenseres under udbuddet.

Dermed skaber udbudslovens lempelige adgang til de fleksible udbudsprocedurer og forhandling, samt efficiens for offentlige IT-udviklingskontrakter.

²⁰⁹ Afsnit 3.4.2.

Samlet konklusion

Der foreligger høje transaktionsomkostninger under indgåelse af offentlige IT-udviklingskontrakter. Dette skyldes at ydelsen er kompleks, grundet der ikke er offentlig information mellem kontraktparterne samtidigt med at der foreligger mange eventualiteter, da ydelsen ikke foreligger ved kontraktindgåelsen. Forhandling om alle aspekter af udbuddet vil kunne mindske omkostningerne ved den høje private information og dermed føre til en reducere af transaktionsomkostninger. Forhandling vil for offentlige IT-udviklingskontrakter dermed føre til en mulig Kaldor-Hicks efficient tilstand på markedet, så længe omkostningen for selve forhandlingen kan kompenseres ved forhandlingernes gevinster. Dette anses for at være muligt, da der er høje risici forbundet med mislykkede udviklingsløsninger, som forhandling vil kunne forhindre.

Udbudsloven, som implementerer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud, giver under de fleksible udbudsprocedurer mulighed for forhandling mellem parterne ex ante, så længe de grundlæggende principper i udbudsretten overholdes. Under udbud med forhandling og innovationspartnerskab vil der ikke være mulighed for forhandling om de grundlæggende elementer i kontrakten. Forhandlingen om de grundlæggende elementer er mulig under konkurrencepræget dialog, men må ikke føre til ændringer i de grundlæggende elementer. Adgang til forhandling ex post er den samme under alle udbudsprocedurer og er bred, idet den vindende tilbudsgiver ikke på samme måde kan opnå en konkurrencefordel ved forhandling. Forhandlingen må dog ikke føre til ændringer af kontraktens grundlæggende element, da sådan en ændring vil være i uoverensstemmelse med de grundlæggende principper.

For offentlige IT-udviklingskontrakter betyder den nye udbudslov en nemmere adgang til forhandling ex ante, da betingelserne for anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer er blevet lempeligere, og der er mulighed for forhandling om alt både ex post og ex ante ved anvendelse af konkurrencepræget dialog, så længe forhandlingerne ikke fører til en ændring af det grundlæggende element.

Grundlaget for regler vedrørende forbud mod forhandling og dermed ændring af det grundlæggende element er, at de skal sikre ligebehandling samt gennemsigtighed, hvilket skal sikre effektiv konkurrence og økonomisk vækst. Forhandling af de grundlæggende elementer vil få en negativ indflydelse på disse mål, da den kan skabe større risiko for protektionisme og korruption og dermed

inefficient udnyttelse af samfundets ressourcer. Derudover anses forhandling af det grundlæggende element for ikke at være nødvendig for IT-udviklingskontrakter, da der ikke er en nødvendighed for ændring af denne, så længe den offentlige part foretager en grundig behovsafklaring inden udbuddet og fastsætter kravene i overensstemmelse med deres grundlæggende behov. Det konkluderes herved at udbudsloven fører til en Kaldor-Hicks efficiens for offentlige IT-udviklingskontrakter, da den tillader bredere adgang til forhandling ex ante.

Perspektivering

I nærværende afhandling er det søgt besvaret i analysen i kapitlerne 3 og 4, hvorvidt forhandling ses for at være efficiensskabende for offentlige IT-udviklingskontrakter, samt hvorvidt udbudsloven muliggør forhandling under udbud.

Dette lægger op til diskussionen om, hvad der forstås ved forhandling og dialog i henholdsvis juraen og økonomien. Derudover kunne det være interessant at diskutere, hvad forskellen på dialog og forhandling er, da hverken forhandling eller dialog er defineret i udbudsloven eller udbudsdirektivet. Hvis rammerne for denne afhandling var bredere, vil man i forlængelse af analysen foretage en analyse af, hvorvidt forhandlingsbegrebet juridisk stemmer overens med forhandling ifølge Coase, eller hvorvidt dialog mellem parterne vil imødekomme økonomiske kriterier for forhandling.

Litteraturliste

Bøger

- Andersen, Ib. 2008. *Den skinbarlige virkelighed: Om vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne*.
Frederiksberg: Samfundslitteratur. 4. udgave.
(Henvisning: **Andersen, 2008**)
- Andersen, Mads Bryde. 2002. *Ret- og metode*.
Gads Forlag, 1. udgave, 1. oplag.
(Henvisning: **Andersen, 2002**)
- Andersen, Per; Nielsen, Lene; Nielsen, Tanja. 1999. *Velfærdsteori – teori og anvendelse*.
Odense Universitetsforlag
(Henvisning: **Andersen m.fl., 1999**)
- Cooter, Robert & Ulen, Thomas. 2012. *Law and Economics*.
Person Education, Inc. 6. udgave.
(Henvisning: **Cooter & Ulen, 2012**)
- Dahl, Børge, 2010, *Erhvervsjura*
Handelshøjskolens forlag, 11. udgave.
(Henvisning: **Dahl, 2010**)
- Danmarks Nationalleksikon, Den store danske encyklopædi.
Panama-Ranum, 15. Bind.
(Henvisning: **Danmarks Nationalleksikon, 1999**)
- Eide, Erling & Stavang, Endre. 2013. *Retsøkonomi*.
Oslo: Cappelen akademisk forlag.
(Henvisning: **Eide & Stavang, 2008**)
- Fabricius, Jesper. 2014. *Offentlige indkøb i praksis*.
Karnov Group. 3. udgave.

(Henvisning: **Fabricius, 2014**)

- Frank, Robert H. 2010. *Microeconomics and Behavior*.
New York: McGraw-Hill Edition. 8. udgave.
(Henvisning: **Frank, 2010**)
- Gaden, Erik & Jespersen, Jesper. 2013. *Introduktion til Mikroøkonomi*.
Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 2. udgave.
(Henvisning: **Gaden og Jespersen, 2013**)
- Gomard m.fl., Bernhard. 2015. *Almindelig kontraktsret*.
Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. udgave.
(Henvisning: **Gomard m.fl., 2015**)
- Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi. Bd. 2: virksomhedsteori og industriøkonomi*.
København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 2. udgave.
(Henvisning: **Knudsen, 1997**)
- Knudsen, Christian. 2014. *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*.
Frederiksberg: Samfundslitteratur. 2. udgave.
(Henvisning: **Knudsen, 2014**)
- Nielsen, Ruth. 2010. *Udbud af offentlige kontrakter*.
København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 4. udgave.
(Henvisning: **Nielsen, 2010**)
- Nielsen, Ruth & Christina D. Tvarnø. 2011. *Retskilder og Retsteorier*.
København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 3. udgave.
(Henvisning: **Nielsen & Tvarnø, 2011**)
- Polinsky, A. Mitchell. 2011. *An Introduction to Law and Economics*.
New York: Wolters Kluwer Law Business, 4. udgave.
(Henvisning: **Polinsky, 2011**)
- Torvund, Olav. 1997. *Kontraktsregulering, IT-kontrakter*.
Oslo: Tano Aschehoug. 1. udgave.
(Henvisning: **Torvund, 1997**)
- Treumer m.fl., Steen. 2016. *Udbudsloven*.
Ex Tuto Publishing A/S. 1. udgave.
(Henvisning: **Treumer m.fl., 2016**)
- Tvarnø, Christina D. & Sarah Maria Denta. 2015. *Få styr på metoden*.
København: Ex Tuto Publishing. 1. udgave, 1. oplag.
(Henvisning: **Tvarnø & Denta, 2015**)
- Udsen, Henrik. 2014. *IT-kontraktret*.

København: Ex Tuto Publishing A/S. 1. udgave.

(Henvisning: **Udsen, 2014**)

- Udsen, Henrik. 2015. *IT-ret*.

København: Ex Tuto Publishing A/S. 2. udgave.

(Henvisning: **Udsen, 2015**)

- Ølykke, Grith S. & Ruth Nielsen. 2015. *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*.

København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 1. udgave.

(Henvisning: **Ølykke & Nielsen, 2015**)

- Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*.

New York: The Free Press.

(Henvisning: **Williamson, 1985**)

Lovgivning, bekendtgørelser

- Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

(Henvisning: **Udbudsdirektivet, 1971**)

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

(Henvisning: **Udbudsdirektivet, 2004**)

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

(Henvisning: **Udbudsdirektivet, 2014**)

- Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektiv europæisk marked for offentlige indkøb, KOM(2011) 15 endelig.

(Henvisning: **Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb**)

- Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

(Henvisning: **Udbudsdirektivet, 1992**)

- Traktaten om den Europæiske Union, C 83/47.

(Henvisning: **TEU**)

- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, C 83/47.

(Henvisning: **TEUF**)

- Udbudsloven, LOV nr. 1564 af 15/12/2015.

(Henvisning: **Udbudsloven, LOV nr. 1564 af 15/12/2015**)

- Aftaleloven - LBK nr. 193 af 02/03/2016

(Henvisning: **Aftaleloven - LBK nr. 193 af 02/03/2016**)

Retspraksis

EU-retspraksis

- C-6/64 Flaminio Costa mod ENEL, Saml. 1964 I-01141, dom af 15.07.1964.
(Henvisning: **Costa mod ENEL**)
- C-14/83 Sabine Von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen, Saml. 1984 I-01891, dom af 10.04.1984.
(Henvisning: **Von Colson**)
- C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Saml. 2000 I-8035, dom af 22.06.1993.
(Henvisning: **Storebælt**)
- C-87/94 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, Saml. 1996 I-2043, dom af 25.04.1996.
(Henvisning: **Wallonske Busser**)
- C-360/96 Gemeente Arnhem og Gemeente Rheden mod BFI Holding BV, Saml. I s. 6821, dom af 10.11.1998.
(Henvisning: **BFI Holding**)
- C-225/98 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik, Saml. 2000 I-07445, dom af 26.09.2000.
(Henvisning: **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik**)
- C-324/98 Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, Saml. 2000 I-10745, dom af 07.12.2000.
(Henvisning: **Telaustria**)
- C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA, Saml. 2004 I-03801, dom af 24.04.2004.
(Henvisning: **Frutta**)
- C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne, Saml. I 7213, dom af 17.09.2002.
(Henvisning: **Concordia Bus**)
- C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs GmbH (HI) mod Stadt Wien, Saml. 2002 I-5553, dom af 18.06.2002.
(Henvisning: **Hospital Ingenieure**)
- C-21/03 og C-34/03 Fabricom SA mod den belgiske stat, Saml. 2005 I-01559, dom af 03.03.2005.

(Henvisning: **Fabricom**)

- C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 I-00001, dom af 11.1.2005.

(Henvisning: **Stadt Halle og Lochau**)

- Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APS Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Saml. 2008, I-04401, dom af 19.06.2008.

(Henvisning: **Presstext**)

- C-213/07 Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikrateias Saml. 2008 I-09999, dom af 06.12.2008.

(Henvisning: **Michaniki AE**)

- C-95/10 Strong Segurança SA mod Município de Sintra og Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança. Saml. 2011 I-01865, dom af 17.03.2011.

(Henvisning: **Strong Segurança**)

- C-368/10 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene. Saml. 2011 -00000, dom af 10.05.2012.

(Henvisning: **Max Havelaar**)

- C-599/10 Slovensko mod Úrad pre verejné obstarávanie. Saml. 2012 -00000, dom af 29.03.2012.

(Henvisning: **Slovensko**)

Dansk retspraksis

- J.nr.: 2011-002579, Ortos A/S mod Odense Kommune, Kendelse af Klagenævnet for Udbud af 21.12.2011.

(Henvisning: **J.nr.: 2011-002579, Ortos A/S mod Odense Kommune**)

- J.nr.: 2015-95, Jens & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune, Kendelse af Klagenævnet for Udbud af 20.08.2015.

(Henvisning: **J.nr.: 2015-95, Jens & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune**)

- J.nr.: 04-135.177, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, Kendelse af Klagenævnet for Udbud af 26.08.2004.

(Henvisning: **J.nr.: 04-135.177, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S**)

Artikler m.m.

- Barsen, Marie og Petersen, Irene Berg: *Hvorfor flopper så mange statslige IT-projekter?*. Videnskab.dk, 28.02.2014. Internetadresse: <http://videnskab.dk/teknologi/hvorfor-flopper-sa-mange-statslige-it-projekter> Besøgt d. 22.04.2016

(Henvisning: **Hvorfor flopper så mange statslige IT-projekter**)

- Coase, Ronald H.: *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics. University of Virginia, oktober 1960.

(Henvisning: **The Journal of Law and Economics**)

- Digitaliseringsstyrelsen: *Vejledning om den fællesstatslige it-projektmodel*. Version 2.1 af januar 2014.

(Henvisning: **Vejledning om den fællesstatslige it-projektmodel, 2014**)

- Falch, Anne-Marie & Frank Pedersen: *Erfaringer med udbudsformen "konkurrencepræget dialog"*. Udbudsportalen, 23.08.2006.

Internetadresse: <http://www.udbudsportalen.dk/Cases/Erfaringsartikler/Erfaringer-med-udbudsformen-konkurrencepraget-dialog/>

Besøgt d. 09.03.2016

(Henvisning: **Erfaringer med udbudsformen konkurrencepræget dialog, 2006**)

- Frelle-Petersen, Lars: *Erfaringer fra statslige IT-projekter– hvordan gør man det bedre?*. Teknologirådet: Rapport, Marts 2001.

(Henvisning: **Erfaringer fra statslige IT-projekter**)

- Smith, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Maj, 2007.

(Henvisning: **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**)

- Udbudsrådet: *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*. December 2011.

(Henvisning: **Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, 2011**)

- Williamson, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*, 1996

Oxford University Press

(Henvisning: **The Mechanisms of Governance**)

Internet

- Arbejdsskadestyrelsens IT-system PROASK lukkes ned. Udgivet af Arbejdsskadestyrelsen.

Sidst opdateret: 27.05.2014. Internetadresse: <http://www.ask.dk/da/Presse-og-nyheder/Nyhedsarkiv/2014/27%20maj%20PROASK.aspx#>

Besøgt d. 27.01.2016

(Henvisning: **Arbejdsskadestyrelsens IT-system PROASK lukkes ned**)

- Horn, Ulrik: *Skat skrotter it-system: Gældsinddrivelse lagt på is*. Børsen, 08.09.2015.

Internetadresse: <http://borsen.dk/nyheder/politik/artikel/1/310630/skat-skrotter-it-system-gældsinddrivelse-lagt-paa-is.html>

Besøgt d. 27.01.2016

(Henvisning: **Skat skrotter it-system: Gældsinddrivelse lagt på is**)

- *Kognition*. Udgivet af den store danske.

Internetadresse:

http://denstoredanske.dk/Krop_psyke_og_sundhed/Psykologi/Psykologiske_termer/kognition

Besøgt d. 29.03.2016.

(Henvisning: **Den store danske**)

- Regeringen lukker omstridt POLSAG-projekt. Udgivet af Justitsministeriet.

Internetadresse: [http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-](http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2012/regeringen-lukker-omstridt-polsag-projekt)

[presse/pressemeddelelser/2012/regeringen-lukker-omstridt-polsag-projekt](http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2012/regeringen-lukker-omstridt-polsag-projekt)

Besøgt d. 27.01.2016

(Henvisning: **Regeringen lukker omstridt POLSAG-projekt**)

- Udenrigsministeriet: *Hvad er korruption*. Udgivet af Udenrigsministeriet.

Internetadresse: <http://um.dk/da/danida/oplysning/bekaempelse-af-svindel/hvad-er-svindel-og-korruption/> - Besøgt d. 11.05.2016

(Henvisning: **Udenrigsministeriets oplysning om korruption**)