



Betydningen af udbudslovens § 185, stk. 2, for entrepriseudbud - i et juridisk og økonomisk perspektiv

The legal and economic implications of the Danish public procurement act section 185(2)
on the procurement of public works projects

Kristian Michael Lyng Rasmussen

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)

Den 11. maj 2017

Vejledere:

Marianne Røder Lauridsen

Rune Midjord

Antal anslag: 181.911

Indhold

Abstract	3
Kapitel I – Problemformulering og metode	4
1.1 Indledning	4
1.2 Konkretisering af problemfelt og problemformulering	5
1.3 Synsvinkel	5
1.4 Afgrænsning	6
1.5 Metode og teorivalg	6
1.5.1 Juridisk analysegrundlag	6
1.5.2 Økonomisk analysegrundlag	8
1.5.3 Retspolitisk analysegrundlag	11
1.6 Afhandlingens struktur	12
1.7 Kritik	14
Kapitel II – Juridisk analyse	15
2.1 Klagenævnet for Udbuds sanktioner	15
2.1.1 Annullation af tildelingsbeslutning	16
2.1.2 ”Uden virkning”	18
2.1.3 Erstatning	20
2.2 Effekterne af annullation forinden udbudsloven	21
2.2.1 Pligt til at ophæve	21
2.2.2 Forvaltningsretlige principper	22
2.2.3 Obligationsretlige principper	23
2.2.4 Domstolens kompetence til at påbyde kontraktens ophør	24
2.3 Baggrunden for udbudslovens § 185, stk. 2	26
2.4 Retsstillingen efter introduktion af udbudsloven	27
2.4.1 Tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom	27
2.4.2 Ophør og passende varsel	28
2.4.3 Undtagelser	32
2.4.4 Forholdet til bestemmelserne om ”uden virkning”	40
2.5 Delkonklusion	41
Kapitel III - Spilteoretisk opsætning	42
3.1 Indledende bemærkninger om udbudsprocessen	42
3.2 Omvendt auktion	43
3.3 Situationen forud for udbudslovens vedtagelse	44
3.3.1 Antagelser og opstilling af modellen	44
3.3.2 Behandling af modellen	47
3.4 Validitetsundersøgelse	53
3.4.1 Effekten af ændret sandsynlighed	53
3.4.2 Effekten af flere tilbudsgivere	54
3.4.3 Samlet vurdering af validiteten	54
3.5 Påvirkning af modellen af § 185, stk. 2	55
3.6 Delkonklusion	57
Kapitel IV – Transaktionsomkostningsaspekter	58
4.1 Ex post	59
4.1.1 Klagenævnsomkostninger	59
4.1.2 Aktivspecifikke omkostninger	60
4.1.3 Forsinkelsesomkostninger	61
4.2 Ex ante	62

4.2.1 Forberedelsesomkostninger.....	62
4.4 Delkonklusion	64
Kapitel V – Retspolitiske aspekter.....	66
5.1 Retstilstanden med få undtagelser	66
5.2 Entrepriser undtages efter særlige forhold.....	67
5.3 Bevisbyrde ved påstand om erstatning	69
5.4 Opsamling	72
5.4.1 Vurdering.....	73
5.5 Delkonklusion	74
Kapitel VI – Konklusion	75
Litteraturliste	76
Bilagsoversigt.....	83

Abstract

This master thesis investigates the legal and economic implications of section 185(2) of the new Danish Public Procurement Act on public works contracts.

The thesis sets of by analysing the substance of a cancelled award decision before the introduction of the new Public Procurement Act. Hereby it is found that no general obligation to terminate a contract concluded on the basis of a cancelled award decision did exist prior to the Public Procurement Act. The introduction of section 185(2) changes this legal position. However, the legislation includes exceptions. A continuation of the contract is possible if a termination would cause an exceptional impairment of assets or if expectation damages are awarded the unsuccessful tender inter alia. These exceptions are likely to be interpreted strictly.

Next step in the thesis is to develop an economic basis. The aim of this basis is to illustrate the costs entailed by an obligation to terminate a concluded public works contract. Game theory and transaction cost theory are adapted to fit the settings of a public procurement procedure. The game theoretic analysis proves how a renewal of the public procurement procedure (caused by the terminated contract) affects a higher contract price. Moreover, the transaction cost analysis demonstrates a substantial increase in transaction costs ex post as well as ex ante due to the obligation to terminate a concluded contract.

Finally, the thesis mounts recommendations to the Danish legislature on how public works contracts should be regulated in the case of a cancellation of the award decision. Initiatives based on the exception “exceptional impairment of assets” and “award of expectation damages” are examined and compared. The thesis concludes that both recommendations lead to savings in comparison with a termination but the exception first mentioned involves the largest saving. However, the latter better reflects the objective of section 185(2) and compensates the unsuccessful tender.

Kapitel I – Problemformulering og metode

1.1 Indledning

Den 1. januar 2016 fremstår i en udbudsretlig sammenhæng som en skelsættende dag for Danmark. Denne dag trådte Danmarks første udbudslov¹ i kraft, der således er blevet den lovmæssige ramme for den offentlige sektors indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsydelser. Indtil da var reglerne for offentlige udbud spredt,² og i vid udstrækning baseret på praksis fra Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet) såvel som de almindelige domstole og EU-domstolen.³ Loven implementerer direktiv 2014/24/EU,⁴ og kodificerer ligeledes en mængde af den førnævnte domstols- og nævnspraksis.

Imidlertid fremtræder der også bestemmelser i udbudsloven, som ikke er en afspejling af direktiv 2014/24/EU, og ligeledes ikke kan udledes af hidtidig retspraksis. En sådan nyintroduceret bestemmelse er udbudslovens § 185, stk. 2, der må ses, som en juridisk U-vending foretaget af lovgiver. Essensen af bestemmelsen lyder som følger: *”Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende”*. Reglen afføder således en pligt for ordregiveren til at opsige en indgået kontrakt, såfremt den bagvedliggende tildelingsbeslutning annulleres af Klagenævnet, og der ikke findes at være særlige forhold, der gør sig gældende som specificeret infra.

En regel der i sin natur ikke indføres af EU-retlige regulativer, og ej heller finder sin begrundelse i praksis fra domstolene eller nævn, medfører en retstilstand omkranset af en vis usikkerhed. I og med udbudsloven først har virkning for udbudsprocedurer iværksat efter d. 1. januar 2016, jf. udbudslovens § 196, stk. 1 og 2, er der endnu ikke meget afklaring at hente i praksis. Denne afhandling søger at afdække de problemstillinger, som følger af den nyintroducerede bestemmelse og undersøge de økonomiske konsekvenser heraf.

¹ Lov nr. 1564 af 15. december 2015 udbudsloven.

² Jf. Således Bekendtgørelse nr. 712/2011 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter med senere ændringer og lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter med senere ændringer.

³ For et eksempel kan nævnes C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velux*, hvori EU-domstolen fastlagde begyndelsestidspunktet for klagefristen, når der indgives en klage med påstand om annullation af en tildelingsbeslutning.

⁴ Direktivet tilsigter ikke en udtømmende harmonisering af nationale udbudsregler, men anvendelsesområdet er alligevel forholdsvist omfangsrigt, jf. Roose, 2014.

1.2 Konkretisering af problemfelt og problemformulering

Det faktum, at en ordregiver, som har begået en fejl i forbindelse med tildelingsbeslutningen med ikrafttrædelsen af udbudslovens § 185, stk. 2, er forpligtet til at opsige en allerede indgået kontrakt, kan *prima facie* fremstå som en retfærdig regel. Ordregiveren har alt andet lige uberettiget indgået en kontrakt med en tilbudsgiver, hvorfor den må opsiges, og dens virkninger ikke kan være gældende. Fra den valgte tilbudsgivers perspektiv mister denne alene en kontrakt, som denne i første omgang muligvis ikke burde være tildelt, mens en uberettiget forbigået tilbudsgiver får en fornyet mulighed for at få tildelt kontrakten i et nyt udbud.

På den anden side kan arbejdet specificeret i den indgåede kontrakt, i et tænkt eksempel, allerede være påbegyndt førend den bagvedliggende tildelingsbeslutning annulleres af Klagenævnet, hvilket gør det besværligt og omkostningstungt at påbegynde et nyt udbud. Ordregiver kan risikere at skulle betale erstatning for opsigelsen af den indgåede kontrakt afhængig af de indgåede kontraktbetingelser samt herudover betale kontraktprisen til den vindende tilbudsgiver af det nye udbud. Betydningen af dette bliver kun intensiveret, des større kontraktsummen af det pågældende udbud er. Særligt på entrepriseområdet, hvor kontraktsummerne ofte er væsentlige og arbejdet besværligt for en anden tilbudsgiver at fortsætte, bliver konsekvenserne tydeliggjort. Umiddelbart kan reglen derfor anses for at bevirke, at kontrakter tildelt ved udbud efter d. 1. januar 2016 omgives af en usikkerhed for såvel ordregivere som for tilbudsgivere.

Dette leder afhandlingen til følgende problemformulering:

Hvilke juridiske konsekvenser afføder udbudslovens § 185, stk. 2, ved udbud af entrepriser, og hvordan indvirker bestemmelsen på omkostningerne ved entrepriseudbud? Hvordan bør retstilstanden for entreprisekontrakter ved annulation af tildelingsbeslutningen være?

1.3 Synsvinkel

Afhandlingens synsvinkel sigtes mod at anskueliggøre den gældende retsstilling, som bestemmelsen har bevirket, og at afklare hvorvidt denne retsstilling fremstår hensigtsmæssig, eller en øvrig retsstilling findes mere egnet. Det forekommer derfor mest formålstjenligt at betragte problemstillingen ud fra et samfundsmæssigt perspektiv.

1.4 Afgrænsning

På det generelle plan afgrænses afhandlingen til kontrakter på bygge- og anlægsområdet med den følge, at udbudslovens § 185, stk. 2's konsekvenser på andre typer af kontrakter, som den offentlige sektor måtte indgå, ikke vil blive nærmere behandlet. Bygge- og anlæg defineres i udbudslovens § 24, nr. 5, som: ”Bygge- og anlægsarbejder: Resultatet af et sæt af bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion”. Ligeledes vil entreprisekontrakter under tærskelværdien specificeret i udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 1, ikke blive inddraget som en del af analysegrundlaget.⁵

I afhandlingen iagttages situationen, hvor en tildelingsbeslutning af ordregiveren er annulleret *efter*, at kontrakten om den pågældende entreprise er indgået. Således udelades situationen, hvor kontrakten om det af udbuddet omfattede bygge- og anlægsarbejde endnu ikke er underskrevet.

Validitetsanalysen i afsnit 3.4, der udgør en delmængde af den spilteoretiske analyse, vil ikke inddrage situationen, hvor flere kvaliteter kan tilbydes, idet det kvalitative bidrag kontra kapacitetsoptagelsen ikke anses for at falde positivt ud.

I den retspolitiske analyse vil betragtninger om at ophæve den indførte bestemmelse i udbudslovens § 185, stk. 2, udelades, idet afhandlingens øvrige dele alene har anskuet effekterne for entrepriser, og et tilstrækkeligt fuldkomment billede i forhold til udbud af øvrige ydelser eller varer derfor ikke er skabt til at begrunde en tilbagerulning af bestemmelsen, der alene ville fremstå som et postuleret udsagn uden reel vægt.

1.5 Metode og teorivalg

1.5.1 Juridisk analysegrundlag

Afhandlingen vil gennem et retsvidenskabeligt perspektiv analysere og undersøge de retlige rammer og normer. Retsvidenskaben betragtes som en praktisk-orienteret videnskab, hvor de lege lata, hvad gældende ret er, søges anskueliggjort. Dette opnås gennem retsdogmatikken.⁶ Hensigten med den

⁵ Tærskelværdien for kontrakter omhandlende bygge- og anlæg er i skrivende stund fastsat til 38.960.213 DKK, jf. Kommissionens meddelelse 2015/C 392/01, jf. udbudsloven § 9

⁶ Tvarnø, 2014, s. 29

retsdogmatiske metode er at systematisere, beskrive og analysere gældende ret.⁷ Denne hensigt opnås ved en fortolkning af retskilderne.⁸

I afhandlingen vil der indledningsvist blive taget udgangspunkt i en beskrivelse af retsstillingen for udbud initieret forud for 1. januar 2016 og dermed uden for udbudslovens anvendelsesområde.⁹ Udgangspunktet begrundes i ønsket om at skabe et analysegrundlag for en komparativ sammenligning, der øjensynliggør ændringen i retstilstanden, og dermed en bedre forståelse af gældende ret. Den retsdogmatiske metode vil således anvendes til en anskueliggørelse af den konkrete juridiske problemstilling fremhævet i problemformuleringen gennem en anvendelse og analyse af retskilderne forud og efter udbudslovens ikrafttræden.

Den retsdogmatiske analyse baseres på en rækkefølge og systematisk gennemgang af retskilderne, hvorved ensartet fortolkning gennem det juridiske felt sikres.¹⁰ Imidlertid betyder rækkefølgen ikke, at der består en rangorden, og retsdogmatisk fortolkning må således rent teoretisk adskilles fra retskildelæren.¹¹ Et nødvendigt fundament for metoden er at udvælge en retsteori, da dennes retsfilosofiske tilgang vil have indflydelse på de enkelte retskilders betydning og opfattelse.¹² Retsfilosofien har ikke til genstand at betragte retten *”nogen del eller side af denne, men retsvidenskaben. Retsfilosofien bor, så at sige, en etage højere end retsvidenskaben og ’ser ned’ på denne”*¹³, hvorfor retsfilosofien er opdelt i retsteorier, vis mål hver især er at belyse og reflektere retsvidenskaben og dermed at vurdere, forklare og begrunde retten.¹⁴ Afhandlingen vil tage udgangspunkt i retsrealismen, hvor Ross’ realistiske retsteori spiller en central rolle.¹⁵ Ross inddeler retskilderne i kategorierne regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur¹⁶, og anser det for retsvidenskabens rolle i et retsrealistisk lys at undersøge, analysere og sammensætte disse retskilder for at udfinde gældende ret.¹⁷

EU-retten besidder særegne retskilder, og inden for retsrealismen er disse ligestillet med de øvrige retskilder nævnt ovenfor.¹⁸ Nærværende omtalte retskilder opdeles i henholdsvis primærret¹⁹, bindende

⁷ Tvarnø, 2014, s. 30

⁸ Ibid., s. 34

⁹ Se udbudslovens § 196, stk. 2

¹⁰ Ross, 1953, s. 53

¹¹ Tvarnø, s. 34

¹² Ross, 1953, s. 53

¹³ Ibid.

¹⁴ Tvarnø, 2014, s. 33

¹⁵ Ibid., s. 426

¹⁶ Ross, 1953, s. 93

¹⁷ Ibid., s. 11

¹⁸ Tvarnø, 2014, s. 526

¹⁹ Indeholdende EU’s traktatgrundlag, grundlæggende principper og almindelige retsprincipper

sekundærregulering²⁰, soft law samt praksis.²¹ Dansk udbudsret er i vid udstrækning baseret på EU-retskilder, hvilket også kommer til udtryk i udbudslovens implementering af udbudsdirektivet, hvorfor udbudsdirektivets bestemmelser må anvendes, såfremt en modstridende bestemmelse i udbudsloven regulerer samme forhold, og udbudsdirektivets bestemmelse er egnet til at ligge til grund for en afgørelse af det konkrete anliggende. Dette er et udslag af princippet om EU-rettens forrang.²² Som allerede nævnt i indledningen, er udbudslovens § 185, stk. 2, et rent dansk påfund, og funderes derfor ikke på EU-udbudsretten, hvorfor EU-retten ikke indtager en væsentlig rolle i nærværende afhandling. Imidlertid inddrages elementer fra klagenævnsløven, som ligeledes baseres på EU-direktiver samt praksis fra EU-domstolen gennemgået infra.

Det må bemærkes, at målet for retsrealismen ikke er at fastlægge gældende ret, men at forudsige den.²³ Ross betragter det som dommerens lod at beslutte, hvorvidt den pågældende retsregel er gældende, hvilket ifølge retsrealismen og Ross²⁴ overlades ved dommerens anvendelse af retsreglen.²⁵ Med andre ord er det dommerens beslutning om en given tvist skal afgøres efter retsreglen og i givet fald i hvilket omfang. Ross udtrykker imidlertid også, at dommerens anvendelse af retsreglen over tid kan ændres, hvorved alene tidspunktet for anvendelsen af retsreglen er afgørende for, om denne kan betragtes som gældende ret.²⁶

1.5.2 Økonomisk analysegrundlag

Afhandlingens økonomiske analyser vil baseres på en deduktiv²⁷ metodik i den forstand, at en spilteoretisk og en transaktionsomkostningsteoretisk analyse anvendes til at drage slutninger om den omkostningsmæssige påvirkning ved en annulation af tildelingsbeslutningen.

Genstanden for afhandlingens økonomiske analyse er ligeledes udbudslovens § 185, stk. 2, der i en overordnet auktionsteoretisk ramme vil blive konsekvensanalyseret for at påvise, hvorledes omkostningen i form af entreprisesummen påvirkes. Udbudssituationen trækker klare paralleller til en regulær auktionssituation, men benævnes ofte ”omvendt auktion”, idet det laveste bud²⁸ som regel

²⁰ Herunder forordninger, direktiver, beslutning mv.

²¹ Tvarnø, 2014, s. 135

²² Princippet blev allerede fastlagt ved Costa v. ENEL, C-6/64

²³ Tvarnø, 2014, s. 436

²⁴ Alf Ross var en anerkendt dansk jurist og retsfilosof. Hans grundlæggende filosofi var en adskillelse af ret og moral

²⁵ Ross, 1953, s. 58

²⁶ Ibid.

²⁷ Deduktion er, når generelle principper anvendes til at drage slutninger om enkelte hændelser, jf. Andersen, 2013, s. 31

²⁸ Eller som senere anført ”det bedste forhold mellem kvalitet og pris”

antages.²⁹ Litteraturens eksplorative samt hypotesebekræftende undersøgelser er ekstensive på området for normale auktioner, mens den forekommer mindre udfyldende på området for omvendte auktioner, hvorfor der i afhandlingen trækkes veksler på litteraturen relateret til normale auktioner. Metodologisk kan en auktionsteoretisk analyse foretages utrolig kompliceret. Formålet med denne afhandling er imidlertid at skabe en simpel opstilling, der enkelt demonstrerer de effekter, som er i spil, når en udbudsprocedure initieres med henblik på kontraktindgåelse, samt de effekter som opstår på baggrund af en annulleret tildelingsbeslutning.

Auktionsteorien baseres på klare elementer fra det spilteoretiske paradigme. Spilteori udgør dermed en af de centrale analyserammer for afhandlingens økonomiske del, hvorved der søges at foretage en prædiktions af, hvordan bestemmelsen påvirker en offentlig bygherre i en situation, hvori tildelingsbeslutningen annulleres. En af teoriens succeser er netop evnen ”*til at fremkomme med en taxonomi over en række forskellige strategiske beslutningssituationer og interaktionssituationer, som man ofte støder på i (...) økonomi*” (min udeladelse), hvorfor teoriens hensigtsmæssighed for denne afhandling synes stor.³⁰

Den spilteoretiske ramme i afhandlingen hviler på en forudsætning om, at spillerne (i kapitel III og herefter angivet som tilbudsgiverne) i første omgang er uvidende om de øvrige spillers type, og samtidig ikke ved hvilken strategi modspilleren vælger, hvilket også benævnes, at spillerne besidder inkomplet og imperfekt viden.³¹ Senere lettes denne antagelse ved introduktionen af effekterne af bestemmelsen, hvorved antagelsen skifter til en ny separat runde med komplet og perfekt viden med den betydning, at spillerne nu også kender den øvrige spillers type og strategi. Afkobling af anden runde af spillet fra første begrundes delvist i, at ønsket er en simpel illustration af effekterne, samt delvist i at en adskillelse af anden runde af spillet ikke kvalitativt ændrer konklusionerne i 3.3.2 i sammenligning med et enkelt gentaget spil.³²

Spillerne antages at anvende viden ”strategisk” rationelt, hvilket går imod den neoklassiske opfattelse af et ”parametrisk” rationalitetsbegreb. Strategisk rationalitet antager stadig en aktørs profitmaksimering, men kan anses for at anerkende, at en spillers resultat afhænger af en øvrig spillers valg, hvor den første spiller vil vælge den bedste strategi givet den øvrige spillers mulige valg, hvilket fjerner den neoklassiske teoris ”ubevidste” element i form af agents interageren.³³ Alle spillere antages at handle i

²⁹ Kersten, Gregory: “Multi-attribute Procurement Auctions: Efficiency, and social welfare in Theory and Practice”, s. 1

³⁰ Knudsen, 1997, 91

³¹ Ibid., s. 90

³² Se hertil Dutta, 1999. s. 218

³³ Knudsen, 1997, s. 101

overensstemmelse med dette rationalitetsbegreb, og det anses for "common-knowledge" blandt spillerne, at det gør sig gældende.³⁴ Et vigtigt kendetegn i forhold til udbudsprocessen er, at bud afgives simultant, hvorfor spillet, der opsættes i kapitel III, vil tage udgangspunkt og repræsentere de simultane beslutningsprocesser, tilbudsgiveren står overfor.

Løsningen af den omvendte auktion, som et udbud udgør, nødvendiggør et løsningsbegreb. Idet spillet udgøres af inkomplet information omkring den øvrige spillers type vil løsningsbegrebet for afhandlingen være Bayesian-Nash ligevægt.³⁵ En løsning af et spil gennem Bayesian-Nash ligevægt findes ikke nødvendigvis i pure strategies³⁶, men vil derimod altid kunne findes gennem mixed strategies, når spillet er finite³⁷, hvorfor begge muligheder påses^{38, 39}.

Vinklen skifter herefter henimod transaktionsomkostningsteorien. Afhandlingen bevæger sig således væk fra det mere formelle setup i spilteorien, mod hvad Knudsen⁴⁰ betegner en "semi-formel" analyse, hvor matematiske modeller og beregninger udelades.⁴¹ Rammen vil være Williamsons⁴² udlægning af transaktionsomkostningsteorien, som videreudviklede teorien ved at tage udgangspunkt i mere reelle parametre.⁴³ Interessefeltet for transaktionsomkostningsteorien er de komparative omkostninger forbundet med planlægning, tilpasning og kontrol inden for forskellige reguleringsrammer, hvorfor netop denne teori synes relevant for nærværende afhandling, idet rammen trækkes ned over forskellige reguleringer.⁴⁴

Ofte defineres transaktionsomkostninger, som omkostninger forbundet med at "*a good or service is transferred across a technologically separable interface*".⁴⁵ Transaktionen kan efter denne definition forekomme såvel internt i virksomheden som i markedet og således ikke nødvendigvis imellem to adskilte juridiske enheder. I transaktionsomkostningsanalysen i kapitel IV vil alene de markedsmæssige transaktionsomkostninger mellem to adskilte juridiske enheder blive taget i betragtning, idet formålet

³⁴ Knudsen, 1994, s. 274

³⁵ Dutta, 1999, s. 314

³⁶ Pure strategy er en strategi, som bidrager med en komplet definition af hvordan en spiller vil spille spillet, uanset hvilken situation spilleren står overfor

³⁷ Finite vil sige at spillerens mulige strategier er afgrænset i et vist omfang

³⁸ Mixed strategy er en strategi, hvorved spilleren tildeler hver mulig strategi en vis sandsynlighed for at blive spillet

³⁹ Dutta, 1999, s. 112

⁴⁰ Christian Knudsen er professor ved CBS, og har flere udgivelser inden for økonomisk metodologi på CV'et

⁴¹ Knudsen, 1997, s. 221

⁴² Oliver Williamson er en højt respekteret amerikansk professor ved University of California. Derudover har han været tilknyttet University of Pennsylvania og Yale University. Han har i øvrigt været modtager af Nobelprisen i økonomi i 2009.

⁴³ Oprindeligt blev teorien fremført af Coase, jf. Knudsen, 1997, s. 206

⁴⁴ Sornn-Friese, 2007, s. 103

⁴⁵ Williamson, 1985, s. 1

for analysen er rettet mod komparativt at påvise ændringer i transaktionsomkostninger forbundet med entrepriseudbud påført af udbudslovens § 185, stk. 2, ikrafttræden. Analyseenheden bliver således den offentlige bygherre overfor tilbudsgiver, uden at en vurdering af organisatoriske interne forhold anskues.

Transaktionsomkostningsparadigmet baseres på to centrale antagelser, hvorved økonomiske agenter forudsættes at være begrænset rationelle og opportunistiske.⁴⁶ Betydningen af den første antagelse er, at individets forstand er en begrænset ressource i den mening, at en perfekt kontrakt, der iagttager alle fremtidige forhold, ikke kan stipuleres. Forestillingen er således, modsat spilteorien, at individets kognitive evner ikke rækker til at iagttage samtlige alternativer og øvrige agents reaktioner på trufne valg.⁴⁷ Opportunismen bevirker, at den økonomiske aktør kan forventes at handle egoistisk i en udstrækning, at denne er villig til at bedrage for at nå målet.⁴⁸

Anvendelsen af disse to teorier sikrer dermed, at problemformuleringens økonomiske del besvares fyldestgørende ved først at betragte indvirkningen på den direkte omkostning ordregiveren har i form af kontraktprisen, mens transaktionsomkostningsanalysen iagttager de mere ”skjulte” omkostninger.

1.5.3 Retspolitisk analysegrundlag

Retspolitiske overvejelser vil i en analytisk sammenhæng udgøre den integrerede del af nærværende afhandling. Ovenfor er anført, hvorledes den retsdogmatiske analyse udleder gældende ret, de *lege lata*. I den retspolitiske analyse er det centrale aspekt derimod at finde frem til, hvordan retten *bør* være.⁴⁹ Ved at sammenholde resultaterne af den økonomiske analyse med den juridiske analyse vil der med udgangspunkt i gældende ret blive fremstillet en diskussion af, hvordan retten bør være med særligt henblik på en eventuel undtagelse for bygge- og anlægsprojekter fra den indførte obligatoriske retsfølge ved annullation af en tildelingsbeslutning.

Retspolitik opdeles i betragtninger ”*de lege ferenda*” eller ”*de sententia ferenda*”. Førstnævnte beskæftiger sig med forslag til lovudstederen om, hvorvidt og i hvilken udstrækning en regel bør ændres, mens sidstnævnte nærmere har til formål at angive, hvordan anvendelsen af en regel af retsanvenderen bør

⁴⁶ Knudsen, 1997, s. 213

⁴⁷ Sornn-Friese, 2007, s. 106

⁴⁸ Knudsen, 1997, s. 213

⁴⁹ Tvarnø, 2014, s. 497

være i konkrete sammenhænge.⁵⁰ Retsanvender og lovudsteder tillægger ikke nødvendigvis en retsregel de samme værdier og vurderinger, hvorfor perspektivet kan ændre forslaget. Derfor afkræves et valg imellem de to betragtninger med henblik på metoden for afhandlingen. Nærværende afhandling vil beskæftige sig med de lege ferenda betragtningen, hvilket udvælges med begrundelsen om at bestemmelsen allerede efterlader retsanvender med et skøn til at undtage kontrakter fra pligten til ophør, men lovgiver har som påvist af afsnit 2.4.3 opsat stramme rammer for skønnet, hvorfor en mulighed for lovgiver i at lette rammerne påses.

Fundamentet for den anførte retspolitiske anbefaling findes i retsøkonomiske betragtninger. Økonomiske ræsonnementer er ikke i al væsentlighed en fremmed gæst i lovforberedende arbejde, hvorfor resultaterne udledt i kapitel III og IV anvendes til at begrunde og underbygge juridiske forslag til, hvordan retten bør være.⁵¹ Anvendelsesområdet i denne afhandlings kontekst af retsøkonomien bliver således en anskueliggørelse af en mere hensigtsmæssig regulering af entreprisekontrakter ved annullation af tildelingsbeslutninger.

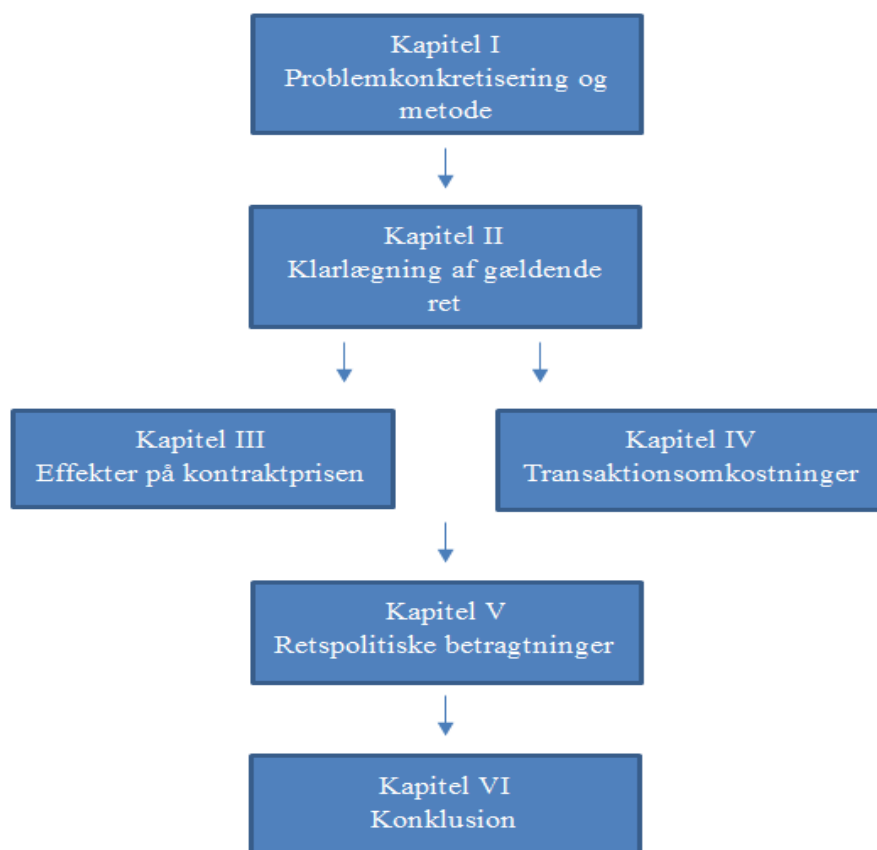
1.6 Afhandlingens struktur

Afhandlingens struktur bygger på et generelt mål om at finde frem til en formålstjenelig retstilstand, hvorfor sondringen mellem hvad retten *er*, og hvad retten *bør* være forekommer, som et centralt hovedpunkt i afhandlingen. Den beskrevne metode tager dette hovedpunkt op gennem en opstilling af den deskriptive retsdogmatiske analyse vis hovedformål er at afdække gældende ret. Dernæst tages næste skridt i afhandlingen gennem økonomiske betragtninger og teorier, der klarlægger de økonomiske implikationer, som gældende ret afstedkommer. De forudgående analyser muliggør normative betragtninger i en retspolitisk sammenhæng, der indikerer, hvorledes lovgiver kunne forbedre forholdene i relation til tvungen opsigelse af entreprisekontrakter.

Afhandlingen følger dermed en trinvis struktur, hvorved hvert skridt ned ad stigen funderes på det foregående trin og tilføjer yderligere anskuelser, som munder ud i en retspolitisk betragtning. Strukturen kan opstilles, som følger:

⁵⁰ Tvarnø, 2014, s. 31

⁵¹ Riis & Trzaskowski, 2013, s. 157



Nærværende kapitel I har således introduceret og konkretiseret problemstillingen, samt beskrevet de metodiske behandlingsmåder afhandlingen vil benytte sig af. Samtidig er visse aspekter blevet udelukket fra behandling, som det må være op til senere behandling at klarlægge påvirkningen af.

Kapitel II vil, som kort nævnt ovenfor, beskrive retstilstanden forud for udbudslovens § 185, stk. 2, indførelse i dansk ret med henblik på at skabe en referenceramme. Dernæst bevæger analysen, med rod i den tidligere retstilstand, sig mod at klarlægge indvirkningen af § 185, stk. 2, og fremfinde gældende ret.

Den økonomiske analyse i kapitel III og IV vil belyse de økonomiske implikationer i en omkostningssammenhæng. Forskellige perspektiver på omkostningerne inddrages, således at et samlet hele bestående af såvel omkostningen i form af kontraktprisen som af de omkringliggende omkostninger, underforstået transaktionsomkostningerne, belyses. Kapitel III opstiller således en model, der med en spilteoretisk base øjensynliggør effekterne på enterprisesummen af den nye bestemmelse, mens kapitel IV ved træk på Williamsons teoretiske grundlag analyserer transaktionsomkostningseffekten af bestemmelsen.

Kapitel V bygger bro mellem de foregående kapitler ved at spørge hvad bør retten være? Der inkluderes juridiske betragtninger på de økonomiske resultater, så et retspolitisk bud på de lege ferenda kan fremfindes.

Konklusionen i kapitel VI vil gengive afhandlingens centrale dele.

1.7 Kritik

Afhandlingens juridiske del er skrevet ud fra Ross' billede af retsrealismen. Denne har imidlertid modtaget nogen kritik. Blandt andre har Dalberg-Larsen⁵² fremhævet, at Ross qua sin tilgang til domstolens verificering af retten antager, at retsanvenderen ikke kan tage fejl, hvilket umuliggør en argumentation imod en given dommers opfattelse af den konkrete situation.⁵³

I et udbudsretligt perspektiv beskæftiger afhandlingen sig med en begrænset og snæver delmængde af et større hele, nemlig i første omgang udbudsloven § 185, stk. 2, og sekundært udbudsretten i sin helhed. Dette anses imidlertid for en nødvendighed for at bevare en dybdegående karakter i besvarelsen af problemformuleringen. Imidlertid åbner det op for at en mere fyldestgørende behandling kunne have været mulig, såfremt bredere aspekter af bestemmelsen og udbudsretten blev inddraget. Muligheden består for, at dette kunne åbne op for yderligere resultater og dermed en alternativ konklusion i en relativ kontekst.

Den økonomiske del af afhandlingen er baseret på en lang række antagelser, hvorved en risiko opstår for at glippe virkninger af bestemmelsen i udbudsloven § 185, stk. 2. Dette er forsøgt begrænset i videst mulig omfang ved realitetstro antagelser, men en vis usikkerhed kan ikke udelukkes. Afhandlingen indtager dermed en teoretisk tilgang, som muligvis ikke stemmer overens med, hvordan praksis vil være. Samtidig har formålet været at opstille en simpel model for udbudsprocessen og indvirkningerne herpå, hvorved finere raffinementer muligvis går tabt, som f.eks. indvirkningen på første runde af spillet af muligheden for eksogene fejl og adskillelse af det efterfølgende spil.

⁵² Anerkendt professor i retssociologi ved Aarhus Universitet samt forfatter af flere lærebøger i faget retssociologi

⁵³ Dalberg-Larsen, 2009, s. 121

Kapitel II – Juridisk analyse

Formålet med kapitel II er at analysere de ændringer og konsekvenser, som udbudslovens § 185, stk. 2, har indebåret for entrepriser. Derfor vil kapitlet indledningsvist beskrive Klagenævnets mulighed for at annullere en tildelingsbeslutning samt øvrige sanktioner med relevans for afhandlingen, således at en grundlæggende forståelse for hvornår § 185, stk. 2, bringes i anvendelse, opnås. Retstilstanden for offentlige udbud initieret forud for udbudslovens ikrafttræden vil herefter blive analyseret for at skabe en referenceramme til klart at illustrere de ændringer, den indførte bestemmelse i § 185, stk. 2, medfører. I og med udbudsloven på dette område afviger fra tidligere praksis, er der per dags dato alene afsagt en enkel kendelse⁵⁴ med tilknytning til udbudslovens § 185, stk. 2, og ældre domme og kendelser vil derfor i det følgende blive inddraget til illustration af konsekvenserne.

2.1 Klagenævnet for Udbuds sanktioner

Retsvirkningen af overtrædelser af udbudsdirektivets bestemmelser om procedurer og fremgangsmåder ved offentlige udbud indeholdes ikke i udbudsdirektivet selv. Derimod fastlægger direktiv 2007/66/EF⁵⁵ (herefter kontroldirektivet) sådanne bestemmelser vedrørende udbudsreglernes effektive virkning via hurtige og effektive klagemekanismer samt sanktioner ved en konstateret overtrædelse, jf. kontroldirektivet art. 1 og 2. Kontroldirektivet blev i dansk ret implementeret gennem håndhævelsesloven.⁵⁶ Loven blev ved udbudslovens ikrafttræden omdøbt til lov om klagenævnet for udbud (herefter klagenævnsløven), jf. udbudsloven § 197, stk. 1, men de straks nedenfor gennemgåede sanktioner har bestået forinden udbudslovens vedtagelse.

Klagenævnet har alene kompetence til at træffe afgørelser inden for udbudsområdet. Således kan de pådømme, hvorvidt udbudsloven, EU-retlige udbudsregler eller lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren er overtrådt, jf. klagenævnsløven § 10, stk. 1, 1. pkt., jf. § 1, stk. 2.

⁵⁴ Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune. For referat af denne og alle følgende kendelser og domme henvises til bilag 1

⁵⁵ Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

⁵⁶ Lov nr. 492 af den 12. maj 2010 med senere ændringer, der også implementerede de ”gamle” kontroldirektiver, direktiv 665/89 og direktiv 12/92

2.1.1 Annulation af tildelingsbeslutning

I klagenævnsløven § 13, stk. 1, nr. 2, bestemmes det, at Klagenævnet besidder kompetence til at ”*annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning*”. Afhængig af omstændighederne kan det således variere, hvilke beslutninger, som Klagenævnet meningsfuldt kan annullere, men i en situation efter ordregiverens tildelingsbeslutning vil annulationsbeslutningen fra Klagenævnet almindeligvis knytte sig hertil.⁵⁷

Kompetencen for Klagenævnet til at annullere en tildelingsbeslutning udtrykkes som værende til stede ved en ordregivers overtrædelse af reglerne udtrykt i § 1, stk. 2, af klagenævnsløven, jf. §. 13, stk. 1. Klagenævnsløvens § 1, stk. 2, henviser alene til brede lovmæssige rammer, såsom udbudsloven, EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter samt lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Samlet kan det altså udtrykkes, at Klagenævnet tillægges kompetence til at annullere i en bred udbudsretlig henseende uden nærmere betingelser fastlagt i lovgivningen.

Klagenævnspraksis kan derimod give pejlemærker for, hvornår en tildelingsbeslutning vil blive annulleret. I lyset heraf forekommer beslutningen om annulation af tildelingsbeslutningen i Klagenævnets perspektiv som værende en alvorlig sanktion, som alene bør anvendes ved grove overtrædelser af udbudsreglerne, jf. kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden, hvori Klagenævnet udtrykker, at overtrædelsen må vedrøre ”*centrale udbudsretlige forpligtelser*”. Imidlertid vil selv en grov overtrædelse af de udbudsretlige forpligtelser ikke føre til annullering af tildelingsbeslutningen, såfremt det påvises, at den konkrete overtrædelse ikke havde væsentlig betydning for tildelingsbeslutningen, jf. kendelse af 2. november 2015, Albrecht mod Forsvarsministeriet. Modsætningsvist følger det, at overtrædelsen må være væsentlig for tildelingen, og at rent formelle og ubetydelige overtrædelser med hensyn til tildelingen, ikke kan føre til annulation.⁵⁸

I praksis har eksempelvis følgende overtrædelser ført til annulation: manglende ligebehandling og gennemsigtighed i underkriterium,⁵⁹ accept af et ukonditionsbaseret tilbud,⁶⁰ hidtidig leverandør konkurrencefordel var ikke begrænset⁶¹ og ændringer i kontrakt så udbuddet oversteg tærskelværdien⁶².

⁵⁷ Fabricius, 2014, s. 630

⁵⁸ Jf. i denne henseende også kendelse af 6. august 2001, Oxford Research A/S mod Faaborg Kommune

⁵⁹ Kendelse af 9. februar 2016, Team OPP mod Region Midtjylland

⁶⁰ Kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

⁶¹ Kendelsen af 23. marts 2011, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S

Selvom grovheden af overtrædelsen indtager en central rolle i annullationsvurderingen, påvirker også andre hensyn denne vurdering. I kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark foretog Klagenævnet en afvejning af elementer for og imod en annulation, hvori negative samfundsmæssige konsekvenser i form af værdispild og andre væsentlige samfundsmæssige ulemper tillagdes vægt. Sådanne hensyn må derfor ligeledes inddrages i vurderingen. I øvrigt fremhæver Berg⁶³, at også betragtninger i relation til indrettelseshensyn må påses ved vurderingen af en annulation af tildelingsbeslutning.⁶⁴

Med tilknytning til indrettelseshensynet har passivitet i indgivelsen af klagen over tildelingsbeslutningen en fremtræden betydning. Således kan en klager ikke uden påvirkning af afgørelsen om annulation vente med at indgive klage, efter denne er blevet bekendt med ordregivers overtrædelse af udbudsregelsættet. Nærmere konkret kan tidsrammen, førend der statueres passivitet, imidlertid ikke fastlægges, da denne har varieret temmelig betragteligt i Klagenævnets praksis.⁶⁵ I øvrigt vil passivitetsvurderingen formentlig påvirkes af overtrædelsens grovhed.⁶⁶

Et andet aspekt der kort bør nævnes, er, hvorvidt det vil have en effekt, at kontrakten er fuldstændig opfyldt eller opsagt på tidspunktet for Klagenævnets stillingstagen til klagen. Udgangspunktet er formentlig, at en tildelingsbeslutning herefter ikke kan annulleres, jf. kendelse af 31. maj 2011, Kailow Graphic A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S. Imidlertid må det dog understreges, at denne retsstilling fra Klagenævnet ikke er fuldkommen entydig, jf. kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden. I lyset af den nye bestemmelse i udbudsloven § 185, stk. 2, kan en annulation af en sådan tildelingsbeslutning dog også forekomme overflødig og uden reel effekt, da kontrakten, der nødvendigvis skal opsiges, allerede er udført eller opsagt. Dette var også et aspekt, der allerede blev fremhævet forud for udbudslovens vedtagelse.⁶⁷

⁶² Kendelse af 18. juni 2007, KPC Byg A/S mod Odense Tekniske Skole

⁶³ Partner ved Bech-Brunn og har entreprise- og udbudsret som sit specialeområde. Han har siden 1986 haft virke som advokat.

⁶⁴ Berg, 2012, s. 885

⁶⁵ Se kendelse af 3. januar 2002, AC Trafik mod Frederiksborg Amt, hvor der blev lagt vægt på 5 ugers passivitet, mens indgivelse af klage 10 måneder efter tildeling i kendelse af 10. marts 2004, Brdr. Thybo A/S mod Arbejdernes Andelsboligforening af 1938 ikke fandtes at være udtryk for passivitet

⁶⁶ Berg, 2012, s. 886

⁶⁷ Ibid., s. 887

2.1.2 ”Uden virkning”

I og med afhandlingen primært beskæftiger sig med annulatio af tildelingsbeslutninger, vil nærværende afsnit kun kursorisk skitsere Klagenævnets mulighed for at erklære en kontrakt ”uden virkning”.

Implementeringen af kontroldirektivet i dansk ret introducerede hjemmel for Klagenævnet til at erklære en kontrakt for ”uden virkning”.⁶⁸ Disse regler er nu at finde i klagenævnsløven §§ 16-18. Baggrunden for direktivets bestemmelse om ”uden virkning” var, at sanktionen ansås som *”den mest effektive måde at genskabe konkurrencen og til at skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for at konkurrere”*, jf. præambel 14 til kontroldirektivet.

Bestemmelserne er opdelt således, at den indgåede kontrakt i visse tilfælde *skal* erklæres for uden virkning, mens kontrakten i andre tilfælde blot *kan* erklæres for ”uden virkning”. Sidstnævnte er reguleret i klagenævnsløven § 16, hvorefter en kontrakt kan erklæres for ”uden virkning”, såfremt den enten er indgået i den såkaldte ”standstill-periode” eller indgået i en periode, hvori klagen har opsættende virkning. I og med bestemmelsen indbefatter en vis grad af vurdering, forudsættes det ifølge bemærkningerne til § 16 i forarbejderne til håndhævelsesloven⁶⁹, at Klagenævnet *”vil anvende den sanktion, der i den konkrete sag findes mest proportional”*, hvorfor proportionaliteten i at erklære kontrakten for ”uden virkning” må undersøges uden nærmere vejledning fra lovgivers side. Derimod *skal* en kontrakt erklæres for ”uden virkning” i de tilfælde oplistet i klagenævnsløvens § 17, stk. 1. Bestemmelsen omhandler følgende tilfælde: (1) kontrakten er direkte tildelt udenom en påkrævet udbudsprocedure, (2) kontrakten er indgået i ”standstill-perioden” eller under opsættende virkning, og ordregiveren samtidig har overtrådt udbudsdirektivet, således at klagerens mulighed for at få tildelt kontrakten er forringet, (3) kontrakten er baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen, og er indgået i strid med udbudsdirektivet eller (4) kontrakten er baseret på et dynamisk indkøbssystem og er indgået i strid med EU-retlige udbudsregler.

I øvrigt indeholder § 17, stk. 3, en for afhandlingen vigtig undtagelse, hvorefter Klagenævnet i relation til en kontrakt, som de ellers skal erklære for ”uden virkning”, kan undlade at gøre dette, såfremt det *”på baggrund af en undersøgelse af alle relevante aspekter må konstateres, at væsentlige hensyn til almenhedens*

⁶⁸ Implementeringen skete på baggrund af art. 2d i kontroldirektivet

⁶⁹ Lovforslag nr. 110 af den 27. januar 2010

interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning". I denne henseende kan økonomiske interesser imidlertid ikke begrunde opretholdelse af en kontrakt, medmindre det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, såfremt kontrakten blev erklæret for "uden virkning".⁷⁰ Økonomiske omkostninger, som følge af forsinkelse i kontraktens opfyldelse, omkostninger til fornyet udbudsprocedure, omkostninger til udskiftning af økonomisk udførende aktør samt omkostninger knyttet til de retlige forpligtelser i at kontrakten er "uden virkning", kan ikke udgøre væsentlige hensyn i almenhedens interesse.⁷¹ Forarbejderne til håndhævelsesloven⁷² kaster yderligere lys over begrebet "hensynet til almenhedens interesser" ved at eksemplificere indholdet som værende, når en kontrakts ophør vil umuliggøre ordregivers forsyningspligt eller bringe mennesker eller dyrs liv eller sundhed i fare.

Effekten af at en kontrakt erklæres "uden virkning" har som udgangspunkt virkning "ex nunc", hvilket kan læses ud af formuleringen i klagenævnsløven § 18, stk. 1, der udtrykker "*En kontrakt erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten*" (min understregning). Bestemmelsen fastlægger ikke virkningerne af, at en kontrakt erklæres "uden virkning", men alene at "*Erklæres en kontrakt for uden virkning, skal det angives, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uden virkning, eller hvilke dele af kontrakten der skal anses for uden virkning*". Lynge Andersen og Madsen beskriver det imidlertid som, at "uden virkning" hverken er ugyldighed eller ophævelse, men virkningen i praksis formentlig vil være, at ordregiver pålægges at ophæve kontrakten.⁷³ I samme stil argumenterer Ølykke for at introduktionen af udbudslovens § 185, stk. 2, må tages til indtægt for, at en kontrakt "uden virkning" skal ophæves⁷⁴, da det næppe er lovgivers intention at gøre sanktionen ved f.eks. overtrædelse af forbuddet mod direkte tildeling mindre byrdefuldt end ved "mindre" grove overtrædelser, hvor tildelingsbeslutningen annulleres.⁷⁵ Såfremt en kontrakt videreføres på baggrund af proportionalitetsvurderingen indeholdt i § 16 eller undtagelsen i § 17, stk. 3, skal der i stedet pålægges en alternativ sanktion⁷⁶ efter §§ 19-20. Alternative sanktioner vil ikke blive behandlet nærmere i denne afhandling.

⁷⁰ Præambel 24 i Kontrolloven

⁷¹ Ølykke, 2015, s. 763

⁷² Bemærkninger til § 17 i Lovforslag nr. 110 af den 27. januar 2010

⁷³ Lynge Andersen & Madsen, 2012, s. 259

⁷⁴ Holdningen til brugen af ordet "ophæves" er dog kritisk ud fra Ølykkes synsvinkel, da det knytter sig obligationsretlige beføjelser, og kræver en misligholdelse fra en parts side. Hun anvender således "bringes til ophør" eller "opsiges".

⁷⁵ Ølykke, 2015, s. 770

⁷⁶ Der er tale om påleggelse af en økonomisk sanktion eller bøde

2.1.3 Erstatning

Ølykke finder i en udbudsretlig sammenhæng, at der eksisterer tre typer erstatning: Grundlaget kan være erstatning hjemlet i kontroldirektivet, erstatning på EU-retligt grundlag, eller der kan forekomme erstatning som følge af Francovich, C-6/90.⁷⁷ I nærværende afhandling synes erstatning på baggrund af kontroldirektivet mest relevant, da det henvender sig til en national ordregivende myndighed, og ligger inden for kompetencerne af Klagenævnet. Implementeringen af kontroldirektivets regler om erstatning skete som nævnt gennem klagenævnsloven (tidligere håndhævelsesloven).

Klagenævnsloven cementerer i § 14, stk. 1, muligheden for Klagenævnet til at pålægge ordregiveren erstatning til klageren for det tab, overtrædelsen af udbudsreglerne har medført.⁷⁸ Vurderingen af berettigelsen for klager til erstatning foretages ifølge bemærkningerne til § 14, stk. 1, i forarbejderne til håndhævelsesloven⁷⁹ på grundlag af dansk rets almindelige erstatningsregler. Det vil sige Klagenævnet påser, hvorvidt betingelserne om ansvarsgrundlag, økonomisk tab, adækvans og kausalitet skønnes opfyldt.⁸⁰

Af betydning senere i afhandlingen er spørgsmålet om, hvorvidt erstatningsopgørelsen sker efter positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse. Positiv opfyldelsesinteresse omhandler tilfældet, hvor klager ved medhold bliver stillet, som om denne var tildelt kontrakten, og havde opnået den dermed forbundne fortjeneste. Betydningen er således, at det som minimum overvejende sandsynliggøres, at klager ville være blevet tildelt kontrakten, såfremt overtrædelsen af udbudsreglerne ikke var hændt.⁸¹ Det forekommer vanskeligt at bevise pga. besværligheden i at bevise tabet samt kausaliteten, bl.a. fordi ordregiver besidder et skøn ved tildeling af kontrakt i offentligt udbud, samt principielt kunne have undladt at indgå kontrakt efter udbuddet for at producere in-house eller afholde nyt udbud.⁸² Klagenævnspraksis findes imidlertid med eksempler på klager, der er lykkedes med en påstand om positiv opfyldelsesinteresse.⁸³ Negativ kontraktsinteresse kræver derimod, at klager sættes i en situation, som havde denne aldrig afholdt omkostninger i forbindelse med tilbudsafgivelsen. Dette

⁷⁷ Ølykke, 2015, s. 746

⁷⁸ Bestemmelsen er implementeringen af kontroldirektivet art. 2, stk. 1, litra c

⁷⁹ Lovforslag nr. 110 af den 27. januar 2010

⁸⁰ For nærmere gennemgang af de enkelte betingelser, se Høg, 2005, s. 85-224

⁸¹ Fabricius, 2014, s. 644

⁸² Ølykke, 2015, s. 754

⁸³ Jf. således kendelse af 27. september 2013, Rent mod Køge Kommune, hvor der var sket fejl i tilbudsevalueringen, og der på den baggrund blev tildelt positiv opfyldelsesinteresse, som følge af en til vished grænsende sandsynlighed, for at tilbudsgiver ville have fået kontrakten. Af endnu nyere eksempler kan nævnes kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

forekommer lettere at bevise, da det kan baseres på dokumentation for relevante afholdte omkostninger.⁸⁴

2.2 Effekterne af annulation forinden udbudsloven

Det følger af kontroldirektivet art. 2, stk. 7, at det er op til den enkelte nationale ret at fastlægge virkningen af en annulleret tildelingsbeslutning. Indtil udbudslovens vedtagelse var følgerne af en annulleret tildelingsbeslutning ikke nedfældet i lov.

2.2.1 Pligt til at ophæve

Denne ulovregulerede form af retsvirkningerne gav ophav til forskellige opfattelser af, hvordan en allerede indgået kontrakt skulle håndteres efter en annulleret tildelingsbeslutning. Dette skyldes, at lovgiver ikke havde begrænset retsfølgerne af en annulleret tildelingsbeslutning til erstatning, som art. 2, stk. 7, ellers muliggør. Imidlertid gjorde den danske lovgiver det klart, at en annulleret tildelingsbeslutning ikke *i sig selv* kunne bevirke, at en indgået kontrakt var at betragte som ugyldig. Lovgiver havde tydeliggjort denne retsstilling i bemærkningerne til § 13 i forarbejderne til håndhævelsesloven⁸⁵, hvoraf følgende citat fremgår: ”*Annulation af ordregiverens beslutninger medfører ikke, at en indgået kontrakt er uden virkning. Dette skyldes, at Klagenævnets annulation af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om fx valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, dvs. kontrakten, er uden virkning. Annulationsbeføjelsen er således rettet mod en ordregivers ulovlige forvaltningsretlige beslutninger og ikke mod den indgåede kontrakt*”. Som ovenfor anført, må ”uden virkning” formentlig fortolkes som en pligt til at bringe kontrakten til ophør. Allerede forud for revisionen af håndhævelsesloven (og dermed de citerede forarbejder ovenfor) havde Østre Landsret i U 2009.1331Ø afgjort i samme retning, jf. Landsrettens udtalelse ”*der består [ikke] en generel pligt til at ophæve en i strid med EU-udbudsregler indgået aftale*” (min indsættelse).

I øvrigt havde Klagenævnet allerede i deres kendelse af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeverk udtalt, at Klagenævnet var uden kompetence til at kende en aftale indgået i strid med udbudsreglerne ugyldig. Dette er i overensstemmelse med kompetencen tildelt Klagenævnet, som nævnt ovenfor i afsnit 2.1, hvorfor kompetencen til at kende en kontrakt pligtig til opsigelse, uden om tilfældene hvor Klagenævnet kan erklære kontrakten for ”uden

⁸⁴ Fabricius, 2014, s. 645

⁸⁵ Lovforslag nr. 110 af den 27. januar 2010

virkning”, alene besiddes af de almindelige domstole. Dette udgangspunkt blev også senere bekræftet i kendelse af 18. juni 2007, KPC Byg A/S mod Odense Tekniske Skole, idet Klagenævnet fandt, at det ikke kunne afgøre konsekvenserne af kendelsen om annullation af tildelingsbeslutningen, men det måtte ”*afgøres enten ved forhandling og aftale eller af domstolene*”.

Forarbejderne til den ”gamle” klagenævnslov ⁸⁶, der dog blev ophævet ved vedtagelsen af håndhævelsesloven, var ligeledes klar i mælet omkring konsekvensen af en annulleret tildelingsbeslutning og Klagenævnets kompetence, jf. således følgende passus: ”*I de fleste af de sager, der indbringes for Klagenævnet, er udbudsforretningen allerede afsluttet, og kontrakt er indgået. Da Klagenævnet ikke kan ophæve en kontrakt, kan nævnet derfor i almindelighed kun tage stilling til lovligheden af den gennemførte udbudsforretning. I ca. 2/3 af disse sager er udbudsforretningen kendt ulovlig, men dette har så vidt vides aldrig fået som konsekvens, at en kontrakt er blevet ophævet*”. ⁸⁷ Denne ældre holdning må således stadig anses for at udtrykke det udgangspunkt, som var gældende indtil udbudslovens ikrafttræden.

På trods af standpunktet om at annullation ikke *i sig selv* kunne medføre ugyldighed, blev der advokeret for, at virkningerne af en annullation burde blive fortolket i overensstemmelse med forvaltnings- og obligationsretlige principper. I modsat fald kunne den manglende effekt af en annullationsbeslutning betragtes i strid med det EU-retlige effektivitetsprincip, da en konstatering af en overtrædelse af EU-udbudsregler ellers ville være uden reel sanktion, idet såvel praksis vedrørende erstatning som opsættende virkning er restriktiv i tildelingen. ⁸⁸

2.2.2 Forvaltningsretlige principper

I en forvaltningsretlig kontekst vil en annullation medføre, at en annulleret afgørelse ikke må få retsvirkninger ækvivalent til dens indhold, hvilket omtales som ugyldighed. ⁸⁹ Forvaltningsloven gælder alene afgørelsesvirksomhed, jf. forvaltningsloven § 2, stk. 1, ⁹⁰ hvorfor det offentliges indgåelse af privatretlige kontrakter ikke er omfattet af loven, idet der alene er tale om faktisk forvaltningsvirksomhed. ⁹¹ Argumentet for en evt. pligt til opsigelse af en indgået kontrakt efter Klagenævnets annullation af den bagvedliggende tildelingsbeslutning blev baseret på en slutning med

⁸⁶ Lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud

⁸⁷ Lovforslag nr. 243 af 30. marts 2000 til lov om Klagenævnet for Udbud

⁸⁸ Frank, 2009, s. 16

⁸⁹ Revsbech, 2014, s. 341 og Garde, 2009, s. 426

⁹⁰ Lov nr. 571 af den 19. december 1985 med senere ændringer

⁹¹ Fabricius, 2014, s. 579

rod i det forvaltningsretlige princip om lovmæssig forvaltning.⁹² Ifølge dette princip afkræves en afgørelse lovhjemmel, og må i øvrigt ikke stride mod lov eller forvaltningsretlige principper.⁹³ Såfremt der forekommer en overtrædelse af dette princip, må forholdet bringes i orden.⁹⁴ På denne baggrund kunne en ordregivende myndighed anses som værende pligtig til at bringe en i strid med udbudsreglerne indgået kontrakt til ophør, da dens tilblivelse er på et retsstridigt grundlag. Dette kunne dog kun være hovedreglen i tilfælde af kvalificerede, grovere overtrædelser af udbudsretten, der fremstod med fornøden klarhed⁹⁵, som i øvrigt ikke faldt under håndhævelseslovens §§ 16-17. Ifølge Offersen og Frank antoges klarhedskriteriet for opfyldt ved en annullation af tildelingsbeslutningen af Klagenævnet.⁹⁶ I samme sekvens argumenterer Offersen og Frank også for, at budgetretlige betragtninger og pligten om udvisning af økonomisk forsvarlighed måtte understøtte den forvaltningsretlige pligt til ophævelse.⁹⁷

2.2.3 Obligationsretlige principper

I det obligationsretlige perspektiv blev argumentet baseret på Danske Lov 5-1-2, hvorefter indgåede kontrakter ikke må stride *”imod Loven, eller Ærbarhed”*. I sagens natur vil en annulleret tildelingsbeslutning bero på en konkret vurdering, hvorved det findes, at tildelingen af kontrakten er sket imod udbudsregelsættet, hvorfor også selve kontraktindgåelsen ifølge dette syn skulle være sket i strid med lovgivningen. Imidlertid fremhæver Offersen og Frank, at det ikke kan sluttes af bestemmelsen i Danske Lov, at en kontrakt uden videre betragtes som ugyldig. Såfremt ugyldighedsvirkningen ikke eksplicit reguleres i den lov, som kontrakten strider imod, må ugyldighedseffekten bero på en konkret fortolkning af selv samme lov.⁹⁸ Direktiv 2004/18/EF var på dette tidspunkt den regulerende retskilde, jf. bekendtgørelse 712/2011, § 1, stk. 1, hvorfor fortolkningen af formålet må fastslås ifølge heraf. EU-domstolen fastslog allerede i Kommissionen mod Frankrig, C-237/99, at formålet med EU-udbudsreglerne var at samordne fremgangsmåden for indgåelse af offentlige kontrakter for at åbne konkurrencen på EU-markedet samt at minimere risikoen for nationalitetsdiskrimination. I øvrigt har EU-Kommissionen fremhævet, at reglerne ligeledes har til formål at minimere offentlige omkostninger og risikoen for korruption samt svindel med offentlige

⁹² Fabricius, 2014, s. 658

⁹³ Garde, 2009, s. 150

⁹⁴ Fabricius, 2014, s. 659

⁹⁵ Offersen & Frank, 2008, s. 373

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Offersen & Frank, 2008, s. 372

midler.⁹⁹ Ugylldighedsvirkningen må afvejes mod interessen i kontraktens opretholdelse, hvilket førte til at en kvalificeret, grov overtrædelse af de nævnte formål i udbudsreglerne måtte have fundet sted førend ugyldighed blev realiseret.¹⁰⁰ I interessen for kontraktens opretholdelse må medtages hensyn til medkontrahentens indrettelse samt værdispildsbetragtninger i lyset af en ophævet kontrakt, hvilket særligt må bemærkes i relation til nærværende afhandling, idet entreprisekontrakter indgås for massive summer.¹⁰¹ Ligeledes blev kontrahenternes gode tro fremhævet som et element af betydning.¹⁰²

2.2.4 Domstolens kompetence til at påbyde kontraktens ophør

På baggrund af det fremlagte i nærværende afsnit må det konkluderes, at Klagenævnet førend udbudslovens vedtagelse ikke ansås for kompetent til at pådømme en opsigelse af en indgået kontrakt uden om tilfældene nedfældet i håndhævelseslovens regler for ”uden virkning”. Derimod kunne de almindelige domstole i nogle tilfælde betragtes kompetente. I den forbindelse må Kommissionen mod Tyskland, C-503/04 fremhæves. Sagens realitet angik en traktatbrudssag efter TEUF art. 260 mod Tyskland, hvor Kommissionens påstand var, at Tyskland ikke havde efterkommet to tidligere sager afgjort af EU-domstolen, hvori der var indgået kontrakt henholdsvis uden udbud og i udbud efter forhandling i strid med udbudsreglerne. Kontrakterne var fortsat udover fristen i Kommissionens begrundede udtalelse, og EU-domstolen lagde i den pågældende sag vægt på indgrebet i den fri udveksling af tjenesteydelser på fællesmarkedet, som i teorien kunne være fortsat i årtier, da den ene af de indgåede kontrakter var indgået for en 30-årig periode. Tyskland argumenterede imidlertid for, at effekterne skulle afgøres efter national ret, jf. kontroldirektivets art. 2, stk. 7. EU-domstolen fandt imidlertid, at dette argument ingen betydning havde for et traktatbrudsspørgsmål, da bestemmelsen knyttede sig til relationen mellem den ordregivende myndighed og økonomiske aktører, hvorfor Tyskland fandtes at have begået traktatbrud, da kontrakterne ikke var ophævet før. Det må imidlertid fremhæves, at sagen var før implementeringsfristen for håndhævelsesdirektivet, og at tilfældet ville have været under ”uden virkning”-bestemmelserne, hvis afsagt herefter. Dommen illustrer ikke en generel pligt til at ophæve en kontrakt, men anskueliggør, at det kan betragtes som en nødvendig foranstaltning for at afværge en traktatbrudssag at bringe en indgået kontrakt til ophør. Særligt er det blevet fremhævet, at domstolen ikke begrænser pligten til at ophæve til tilfælde af direkte tildeling, men

⁹⁹ EU-Kommissionens grønbog ”Offentlige indkøb i EU” af 27. november 1996

¹⁰⁰ Fabricius, 2014, s. 658

¹⁰¹ Se nedenfor afsnit 2.4.3.1

¹⁰² Offersen & Frank, 2008, s. 373

derimod åbner op for andre brud, hvorved også de tilfælde som leder til annullation af tildelingsbeslutning, kan medføre en pligt til ophør af kontrakten.¹⁰³

De danske domstole har ligeledes anerkendt, at de i visse tilfælde af overtrædelser vil kunne udstede påkrav om en opsigelse af kontrakten. Således udtalte Landsretten i en utrykt dom fra Østre Landsret af 30. marts 2009 i sag B-2541-07, omhandlende uberettigede prissætninger og ulovlige pointsystemer, at de konkrete overtrædelser ikke var kvalificerede og grove nok til at kræve opsigelse af kontrakten, men at det var muligt i tilfælde af ”*meget grove og alvorlige overtrædelser*”. En anden væsentlig dom er U 2012.3232V, som var et udslag af en sagsrække. Oprindeligt startede sagskomplekset ved, at Klagenævnet i en kendelse¹⁰⁴ annullerede en indkøbscentrals tildelingsbeslutning af en kontrakt til Creative Company A/S. Retten i Herning¹⁰⁵ pålagde herefter indkøbscentralen at søge den indgåede kontrakt til ophør. Parterne havde opfyldt denne forpligtelse, men indgået mundtlig aftale om levering indtil et nyt udbud kunne gennemføres. Indkøbscentralen iværksatte herefter et udbud, hvor den hidtidige leverandør, Creative Company A/S, var favoriseret i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og Klagenævnet annullerede endnu engang tildelingsbeslutningen.¹⁰⁶ Landsretten statuerede herefter i U 2012.3232V, at udbudsreglerne var tilsidesat på en ”*meget kvalificeret måde*”, og tog herefter påstanden om ophævelse af kontrakten til følge med et påbud om ophør inden 8 uger. I øvrigt lagde Landsretten vægt på en kontraktretlig bestemmelse vedrørende muligheden for fra ordregiverens side at ophæve kontrakten, såfremt tildelingen blev underkendt. Det forekommer dog som undtagelsen nærmere end reglen, at overtrædelser fandtes tilstrækkelig grove og kvalificeret til, at kontrakten ophævedes.

I øvrigt blev en annullation af tildelingsbeslutningen anset for betingelsen sine qua non for, at klager i en sag for Klagenævnet kunne opnå erstatning for enten den positive opfyldelsesinteresse eller negative kontraktsinteresse,¹⁰⁷ men som fremhævet i afsnit 2.1.3, forekommer det ofte vanskeligt rent bevismæssigt at opnå erstatning for det påståede tab. Det førte til en situation, hvor klager ofte fik anerkendt, at udbudsreglerne var overtrådt på så grov måde at tildelingsbeslutningen blev annulleret, men uden dermed at opnå erstatning eller mulighed for at vinde kontrakten under en fornyet konkurrenceudsættelse. Retspraksis tilbyder en række eksempler på denne situation, hvor de tidligere gennemgåede U 2009.1331Ø og Østre Landsret utrykte dom af 30. marts 2009 i sag B-2541-07 begge

¹⁰³ Treumer, 2011, s. 24

¹⁰⁴ Kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune mfl.

¹⁰⁵ Retten i Herning den 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008

¹⁰⁶ Kendelse af 23. marts 2011, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S

¹⁰⁷ Thorup i Treumer, 2016, s. 679

illustrerer dette. Herudover kan kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet, fremhæves, der omhandlede en entreprise, hvor ordregiver i en tidligere kendelse var fundet at have overtrådt udbudsreglerne, og tildelingsbeslutningen derfor var annulleret. Klager fik imidlertid ikke medhold i påstanden om erstatning, da det fandtes sandsynliggjort at ordregiver (sagligt) ville have annulleret udbuddet, såfremt overtrædelsen ikke var foretaget. Ligeledes kan fremhæves kendelse af 4. november 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen, hvor Klagenævnet i en tidligere kendelse havde annulleret tildelingsbeslutningen i et udbud, der angik et større byggeri. I kendelsen blev klagers påstand om såvel positiv opfyldelsesinteresse som negativ kontraktsinteresse afvist.

Selvom Klagenævnets kendelse om annulation af tildelingsbeslutningen umiddelbart på baggrund af ovenstående kunne anses for uden megen realitet og muligvis i strid med effektivitetsprincippet, så kunne en offentlig ordregiver derimod på baggrund af princippet om lovmæssig forvaltning muligvis anses for forpligtet til at ophæve en indgået kontrakt, hvor den bagvedliggende tildelingsbeslutning var annulleret. Det var dog sjældent forekommende, at ordregiver af egen drift opsagde kontrakten.¹⁰⁸ I modsætning til Klagenævnet ansås de almindelige domstole for kompetente, og kunne ved særlige kvalificerede og grove overtrædelser af udbudsretten bestemme en kontrakts opsigelse. Overtrædelserne måtte imidlertid afvejes imod værdispildsovervejelser samt indrettelseshensyn.

2.3 Baggrunden for udbudslovens § 185, stk. 2

Udbudsloven § 185, stk. 2, implementerer som nævnt ikke en direktivbestemmelse, men indførtes i udbudsloven alene på baggrund af anbefalinger fra udbudslovsudvalget.¹⁰⁹ Begrundelsen for anbefalingen kan findes i forarbejderne til udbudsloven, hvori det fremhæves, at Klagenævnet ifølge de hidtil gældende regler alene havde kompetence til at *”bringe en kontrakt til ophør i helt særlige tilfælde”*.¹¹⁰ Det må antages, at lovgiver her henviser til mulighederne, klagenævnetsloven tillægger Klagenævnet med hensyn til at erklære en kontrakt for *”uden virkning”*. Forarbejderne fortsætter begrundelsen med, at: *”Klagerne kan udover disse tilfælde alene søge om erstatning. I klagenævnspraksis og retspraksis er det imidlertid forbundet med store vanskeligheder at få tilkendt erstatning i disse situationer, idet klagerne sjældent kan dokumentere et tab”*. Retstilstanden bevirkede som gennemgået ovenfor i afsnit 2.1.1 og afsnit 2.2, at klager fik medhold i en grov overtrædelse af udbudsreglerne, som kunne begrunde en annulation af tildelingsbeslutningen, men ikke fik hverken erstatning eller mulighed for at vinde kontrakten i en

¹⁰⁸ Hummelshøj i Treumer, 2016, s. 694

¹⁰⁹ Jf. Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 793

¹¹⁰ Bemærkningerne til § 185, stk. 2, i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

fornyset konkurrenceudsætning. Formålet kan således antages at være en nemmere adgang til kompensation af tilbudsgiveren i tilfælde af overtrædelse af udbudsloven.

2.4 Retsstillingen efter introduktion af udbudsloven

De følgende afsnit vil nærmere behandle bestemmelsens enkelte dele og dens effekter. Herigennem søges at anskueliggøre virkninger og konsekvenser, som bestemmelsen umiddelbart medfører. I sin helhed lyder bestemmelsen som følger:

”Stk. 2. Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse. Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom”.

2.4.1 Tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom

Ovenstående bestemmelse bygger direkte ovenpå klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, som gennemgået i afsnit 2.1.1, ved at fastlægge retsfølgen, såfremt en tildelingsbeslutning annulleres af Klagenævnet. I så fald består, for udbud initieret efter 1. januar 2016, herefter en generel pligt til at bringe kontrakten til ophør. Dette er et radikalt brud med tidligere dansk rets- og nævnspraksis, som illustreret i afsnit 2.2, herunder udtalelsen fra Landsretten i U 2009.1331Ø.

I første omgang bevirker bestemmelsen, at Klagenævnet tillægges en kompetence, som de hidtil ikke har besiddet. Beføjelsen til at annullere en kontrakt medfører automatisk en pligt til opsigelse af den indgæede kontrakt, som det ellers tidligere har været de almindelige domstole, der (i sjældne tilfælde) har taget stilling til. Kompetencen for Klagenævnet er dermed udvidet udover tidligere berømmelse i national ret, men i fuld overensstemmelse med muligheden for at fastlægge virkningerne af annullation i national ret, jf. kontroldirektivet art. 2, stk. 7.

Forarbejderne til udbudsloven undtager imidlertid bestemmelsen fra de tilfælde, hvor domstolen pålægger at bringe en kontrakt til ophør.¹¹¹ Sigtet for denne bemærkning må være, at ordregiveren i et sådant tilfælde må antages at skulle følge domstolens anvisninger og således overholde tidsfristen fastsat af domstolen. Skønnet hjemlet i § 185, stk. 2, mht. til ”passende varsel” fratages dermed den ordregivende myndighed i disse tilfælde.¹¹² Øvrige forfattere mener imidlertid, sigtet nærmere er, at undtagelserne omkring ”*særlige forhold*” i bestemmelsen ikke kan finde anvendelse, når pligten til ophør er fastlagt af domstolene, hvilket begrundes med placeringen i forarbejderne af citatet og dets pålydende.¹¹³

”*Endelig afgørelse eller dom*” fortolkes i denne sammenhæng som enten en endelig afgørelse fra Klagenævnet eller en dom fra de almindelige domstole, hvor det ikke er muligt at anke længere.¹¹⁴ Betydningen er således, at pligten til at bringe kontrakten til ophør endnu ikke er indtrådt for den kontrakt omfattet af den første kendelse om annulation af tildelingsbeslutningen efter udbudslovens ikrafttræden,¹¹⁵ da det endnu ikke vides, hvorvidt kendelsen indbringes for domstolene, jf. klagenævnsløven § 8, stk. 1.

2.4.2 Ophør og passende varsel

Bestemmelsen tilsiger, at kontrakten skal bringes ”*til ophør med passende varsel*”. Lovgiver har valgt formuleringen ”ophør” fremfor formuleringer i retning af ”ophæve” eller ”ugyldig”. Det er betydningsfuldt at sondre mellem ugyldighed, ophævelse og ophør i denne henseende. Ugyldighed bevirker, at kontrahenterne til en kontrakt ikke er forpligtede efter dennes indhold, og parterne har krav på tilbagelevering af det erlagte.¹¹⁶ Kontrakten behandles, som var den aldrig indgået. Ophævelse er derimod et obligationsretligt begreb, der anvendes ved en parts misligholdelse, hvorefter medkontrahenten tilkendegiver over for parten, at forpligtelserne i henhold til kontrakten ophører, men kontrakten er gyldig indtil da.¹¹⁷ Ved ophør har medkontrahenten som regel ikke misligholdt, og kontrakten kan derfor ikke ophæves på obligationsretligt grundlag. Konsekvensen af bestemmelsen bliver dermed ikke per se ugyldighed af den indgåede kontrakt, men derimod en forpligtelse rettet mod ordregiveren til at tage skridt til at bringe kontrakten til ophør med henblik på at ”*bringe det ulovlige forhold*

¹¹¹ Bemærkningerne til § 185, stk. 2, i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹¹² Hummelshøj i Treumer, 2016, s. 701

¹¹³ Thorup i Treumer, 2016, s. 682

¹¹⁴ Bemærkningerne til § 185, stk. 2, i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹¹⁵ Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune

¹¹⁶ Lyng Andersen & Madsen, 2012, s. 109

¹¹⁷ Ølykke, 2015, s. 771

i orden".¹¹⁸ Denne formulering i forarbejderne synes at bære præg af en stærk afsmitning af princippet om lovmæssig forvaltning på bestemmelsen. Med brugen af "ophør" i bestemmelsen undgås således den begrebsforvirring, som praksis til tider har båret præg af,¹¹⁹ og samtidig undgås en usikker fortolkning af virkningerne som ved f.eks. "uden virkning"-bestemmelsen, jf. diskussionen i afsnit 2.1.2.

Passende varsel er et flydende begreb, og baseres på de konkrete omstændigheder med tilknytning til det pågældende udbud. Det er op til ordregiveren at fastsætte det pågældende passende varsel. Kontraktens karakter og den konkrete overtrædelse spiller i denne forbindelse en central rolle i vurderingen.¹²⁰ Det kan således forestilles, at en stor og kompleks entreprisekontrakt vil kunne gives en længere frist for opsigelse end mindre kontrakter, da der må indhentes information om det formentlig allerede igangværende byggeri, således at et nyt udbud muliggøres, der med mening kan tillade en anden tilbudsgiver at fortsætte byggeriet, samt at entreprenøren kan allokere sine ressourcer. Omvendt vil en grov og skødesløs tilsidesættelse af udbudsreglerne antageligt kunne forkorte det passende varsel.

Rent obligationsretligt må en entreprisekontrakt i almindelighed karakteriseres som en resultatforpligtelse,¹²¹ og kontraktens opsigelsesbetingelser må afhænge af, hvorvidt kontrakten mellem den vindende tilbudsgiver og ordregiveren regulerer en sådan opsigelsesadgang. Uomtvisteligt vil ophør af en indgået kontrakt, på trods af en opsigelse med rimeligt varsel, medføre tab for entreprenøren.¹²² Denne "mister" en kontrakt, som entreprenøren har kalkuleret med i virksomhedens ressourceopgørelse, og som oftest mistes på grund af fejl i udbudsprocessen, som denne er uden indflydelse på eller vidende om, jf. afsnit 2.1.1 om grundene til annullation af tildelingsbeslutningen. Det følger ligeledes almindeligvis, at bygherren må betale erstatning i tilfælde af dennes påsigelse af entreprisekontrakten, hvor dette er eneste måde for entreprenøren at tilgodese dennes interesser.¹²³ Hvor ikke kontraktuelt fastsat, afgøres den tabslidende entreprenørs ret til erstatning på baggrund af dansk rets almindelige erstatningsregler,¹²⁴ og må søges gennem de almindelige domstole eller, hvor kontraktuelt fastsat, i voldgift¹²⁵, da det angår et privatretligt krav, og således er uden for Klagenævnets kompetence. Afgørelsen sker således på baggrund af et dokumenterbart tab, der er en adækvat og

¹¹⁸ Bemærkningerne til § 185, stk. 2, i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹¹⁹ Til illustration jf. kendelse af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk

¹²⁰ Bemærkningerne til § 185, stk. 2, i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹²¹ Bryde Andersen, 2011, s. 313

¹²² Samme opfattelse har Margaryan & Frøjk i Hagel-Sørensen, 2016, s. 513 og se i øvrigt afsnit 4.1.1

¹²³ Gomard, 2011, s. 72

¹²⁴ Margaryan & Frøjk i Hagel-Sørensen, 2016, s. 513

¹²⁵ Dette er ofte tilfældet i entreprisekontrakter

kausal følge af ordregiverens ansvarspådragende adfærd, hvortil det skal vurderes, hvorvidt entreprenøren har været i ond tro om overtrædelsen af udbudsreglerne, og dermed besidder et element af egen skyld.¹²⁶ Egen skyld må i dette tilfælde formentlig, i sammenligning med tilfælde hvor kontrakten erklæres ”uden virkning”, forekomme vanskeligere at statuere. Det skyldes, at ”uden virkning”, jf. afsnit 2.1.2, f.eks. erklæres i tilfælde, hvor der er sket direkte tildeling, og den pågældende entreprenør antageligt er vidende om, at kontrakten burde være konkurrenceudsat, hvorimod entreprenøren ved annullation af tildelingsbeslutningen ikke nødvendigvis er vidende om overtrædelsen, der giver anledning til annullationen.

En vigtig implikation for afgivelsestidspunktet af det passende varsel er, hvorvidt ordregiveren har initieret en ny udbudsprocedure. Forarbejderne til udbudsloven bemærker, at ordregiveren i en sådan situation først *”er forpligtet til at bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør, når den nye udbudsprocedure er afsluttet”*. Hensynet til ordregiverens forsyningssikkerhed har således en fremtrædende rolle, hvorved ordregiveren besidder et vist handlerum i det ellers strenge påbud om kontraktens ophør. Imidlertid betyder denne fleksibilitet i en entreprisekontekst, at der forekommer en risiko for, at ordregiveren ved tilrettelæggelsen af udbudsprocessen anvender en proces, som er længerevarende således, at perioden arbejdet under den ophørspligtige kontrakt kan fortsættes tidsmæssigt udstrækkes. Denne form for omgåelse af pligten til at bringe kontrakten til ophør fremhæves ligeledes af Thorup,¹²⁷ som mener at det udgør et særligt problemområde for bestemmelsen. I et tænkt scenarie kan det føre til at en kontrakt, der skal ophøre som følge af en annulleret tildelingsbeslutning ligefrem opretholdes så længe, at entreprisekontrakten er tæt på opfyldt af den entreprenør, der uretmæssigt har fået kontrakten. Således ville ordregivere, som favoriserer en særlig tilbudsgiver som eksemplificeret ved sagskomplekset omkring U 2012.3232V, der dog ikke angår en entreprise (gennemgået i afsnit 2.2), få lettere spil til at realisere kontrakten med en tilbudsgiver, som uretmæssigt har fået tildelt kontrakten, og derved navigere udenom nogle af de transaktionsomkostninger kapitel IV belyser. Dette vil formentlig primært være gældende ved entrepriser af begrænset omfang og i mindre udstrækning ved de større entreprisekontrakter.

Proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 kunne muligvis påvirke adgangen til at udskyde opsigelse af kontrakten, til en ny udbudsprocedure er afsluttet. Udbudsloven § 2 lyder, som følger: *”En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed*

¹²⁶ Risvig Hamer, 2015, s. 457

¹²⁷ Thorup i Treumer, 2016, s. 682

og *proportionalitet*” (min understregning). Proportionalitetsprincippet har længe været en del af EU-retten,¹²⁸ og kommer ligeledes til udtryk i præambel (2) til udbudsdirektivet. Foranstaltninger i udbudsretten må således på baggrund af princippet forfølge et lovligt formål med midler, der er egnede til at opnå det pågældende mål, og ikke går videre end hvad, der er nødvendigt for at virkeliggøre dette.¹²⁹ Forvaltningsretten indeholder ligeledes et proportionalitetsprincip, der tilsiger, at en offentlig myndighed ikke må anvende foranstaltninger, der går videre end hvad, der er nødvendigt og rimeligt med hensyn til det tilstræbte mål.¹³⁰ Formålet med at tillade ordregiveren at udskyde forpligtelsen til at bringe kontrakten til ophør må, som nævnt, fortolkes i retning af at sikre den ordregivende myndighed en forsyningssikkerhed i den mellemliggende periode, hvori kontrakten ellers skulle opsiges, og indtil en ny kontrakt med en tilbudsgiver vil kunne indgås. Undtagelsen i udbudslovens forarbejder¹³¹ forfølger dette lovlige formål, og en udskydelse, indtil ny udbudsprocedure er gennemført, må vurderes at være egnet til at opnå dette formål. Det kan imidlertid diskuteres, hvorvidt en bygherre kan anses for forpligtet til at begrænse udskydelsen, da entreprisen ofte vil angå bygnings- eller anlægsarbejder, hvor en udskydelse ikke vil være katastrofal. I alle omstændigheder, herunder de tilfælde hvor en udskydelse af et bygge- og anlægsarbejde vil være uforholdsmæssigt til gene, må ordregiveren formentlig stadig være bundet til en handlemåde og udskydelse af opsigelsen af den igangværende ophørspligtige kontrakt, der er forholdsmæssig.

Ved igangsættelsen af ny udbudsprocedure står ordregiver over for et valg, såfremt arbejdet omfattet af den indgåede kontrakt allerede er påbegyndt. På den ene side kan ordregiveren vælge at lade udbuddet angå færdigudførelsen af det igangværende bygnings- eller anlægsarbejde, mens ordregiveren på den anden side kan vælge at gennemføre et helt nyt udbud på et nyt projekt, altså med andre ord starte forfra.¹³² I det første scenarie vil der formentlig være anseelige komplikationer i den indledende informationsudveksling til stede, der har til formål at sætte den ”nye” entreprenør i stand til at forsætte arbejdet på projektet. Dette kan medføre en risiko for, at den hidtidige entreprenør besidder en væsentlig fordel i tilbudsudarbejdelsen, og muligvis med en vis sandsynlighed kun er denne entreprenør, som har tilstrækkelig information om projektet til at byde. I det tilfælde en ”ny” entreprenør skulle vinde kontrakten på færdiggørelsen af projektet, må tillægges udfordringer med hensyn til ansvarsplaceringen, såfremt fejl eller mangler skulle vise sig efter bygge- eller anlægsarbejdets færdiggørelse. Det skyldes, at det ikke uden væsentlige vanskeligheder må antages at kunne fastslås,

¹²⁸ Jf. f.eks. Fedesa, C-331/88

¹²⁹ Ølykke, 2015, s. 126

¹³⁰ Fabricius, 2014, s. 39

¹³¹ Bemærkningerne til § 185, stk. 2, i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹³² Margaryan & Frøjk i Hagel-Sørensen, 2016, s. 513

hvorvidt fejlen eller manglen skyldes den oprindelige entreprenørs arbejde eller den ”nye” entreprenørs arbejde. Virkningen af at vælge den anden løsning, hvor arbejdet på det halvfærdige bygge- og anlægsprojekt indstilles og skrottes, medfører væsentlige omkostninger, idet pladsen for det nye projekts udførelse først må ryddes for den tidligere entreprenørs udførte arbejde for, at den nye entreprenør kan påbegynde sit arbejde. Dertil må tillægges, at den nye entreprenør skal begynde projektet forfra, og ordregiveren må afskrive omkostningerne til det tidligere projekt. Begge løsninger er altså særdeles besværlige og omkostningstunge for ordregiveren, og denne står over for et svært valg.

Implikationen af nærværende del af bestemmelsen er, at den kontraktuelle regulering mellem ordregiver og en vindende tilbudsgiver bliver af særlig betydning, og fremstår med en øget vigtighed, særligt vedrørende de såkaldte escapeklausuler.¹³³ Således vil opsigelsesbetingelser og opsigelsesvarsler være et betydningsfuldt element at få stipuleret i en kontrakt, udover de regler som ofte integreres i en entreprisekontrakt på basis af AB 92, §§ 40-44 eller AB 93, §§ 40- 44. Herunder må de økonomiske følger af en opsigelse ligeledes stipuleres i form af erstatningsklausuler, der i en fast form regulerer erstatningsopgørelsen, og minimerer besværlighed og omkostninger ved denne. Ligeledes får kontraktklausuler om informationsudveksling en fremtrædende rolle i det tilfælde, ordregiveren ønsker at fortsætte det igangværende entreprisearbejde således, at ordregivende bygherrer stilles i en position, hvor tilstrækkelig information kan videregives, der sætter en tilbudsgivende entreprenør i stand til at fortsætte arbejdet.

2.4.3 Undtagelser

2.4.3.1 Særlige forhold

Ordregiver kan vælge at videreføre kontrakten indgået på baggrund af den annullerede tildelingsbeslutning såfremt ”*særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende*”, hvilket følger direkte af bestemmelsen. Forarbejderne til udbudsloven¹³⁴ bringer lidt afklaring over hvad ”*særlige forhold*” indebærer. Som eksempler fremhæves: ”*ophør af kontrakten vil stride mod væsentlige samfundsinteresser, eksempelvis den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed, eller hvis ophør af kontrakten vil medføre et helt ekstraordinært værdispild*”. Undtagelserne under paraplybegrebet ”*særlige forhold*” må ifølge Konkurrence- og forbrugerstyrelsen fortolkes snævert, hvilket ordlyden dog også indikerer, hvorfor det er en

¹³³ Escapeklausul er ofte brugt i entreprisekontrakter, som udtryk for en kontraktretlig bestemmelse der tillader ophævelse af kontrakten

¹³⁴ Bemærkningerne til § 185, stk. 2, i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

nødvendighed, at der forekommer vægtige grunde for kontraktens fortsættelse før, at undtagelsen finder anvendelse.¹³⁵

Begrebet ”*væsentlige samfundsinteresser*” indgår ligeledes i øvrige dele af udbudsloven. Lovens § 135, stk. 5, tillader således, at ordregiveren ”*af hensyn til væsentlige samfundsinteresser*” undlader at udelukke en tilbudsgiver på trods af, at denne er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1-3. I bemærkningerne til § 135 i forarbejderne til udbudsloven¹³⁶ defineres ”*væsentlige samfundsinteresser*”, som omfattende ”*hensynet til sundhed, sikkerhed, offentlig orden eller miljøbeskyttelse. Hensynet til sundheden kan for eksempel foreligge, når der er et presserende behov for vacciner eller nødudstyr, som kun kan købes hos en ansøger eller tilbudsgiver, som er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Hensynet til miljøbeskyttelse kan foreligge, når der er risiko for væsentlig uoprettelig skade på miljøet*”. Det ligger ikke klart, hvorvidt begrebet i de to bestemmelser fortolkes ens, men umiddelbart må dette være tilfældet, hvorfor et påkrav om at bringe en entreprisekontrakt til ophør, som kunne have miljømæssige konsekvenser, muligvis ligeledes kan begrunde en undtagelse.

Klagenævnsløven indeholder, som redegjort for i afsnit 2.1.2, en bestemmelse, hvorved en kontrakt, der ellers skal erklæres ”uden virkning”, kan undtages herfra, såfremt ”*væsentlige hensyn til almenhedens interesser*” gør sig gældende. I denne vurdering indgår betragtninger om ordregivers umulige opfyldelse af forsyningspligten, samt betragtninger om mennesker og dyrs liv og sundhed. Disse betragtninger er i vid udstrækning sammenfaldende med de faktorer, der ifølge udbudslovens forarbejder må tages i betragtning ved vurderingen af, om ”*særlige forhold*” gør sig gældende, hvorfor der må kunne trækkes visse paralleller mellem de to begreber. Det fremgår derfor også af den meget sparsomme praksis omhandlende klagenævnsløvens § 17, stk. 3, at det er en restriktiv fortolkning af bestemmelsen, idet ingen kontrakt endnu er opretholdt som følge af bestemmelsen.¹³⁷

Den snævre fortolkning af ”*særlige forhold*” in mente må det i henseende af entrepriser sjældent forekomme, at den offentlige sikkerhed eller menneskers og dyrs liv eller sundhed er i fare i en sådan grad, at det kan undtage en ordregivers pligt til at bringe kontrakten til ophør. Rent hypotetisk kunne en entreprise på et hospitalsbyggeri videreføres, såfremt den gamle bygning allerede er revet ned, og aktiviteterne overflyttet til et andet hospital for en begrænset periode, hvor det andet hospital herefter vil være under spidsbelastning uden mulighed for at servicere alle patienter. Som det fremgår, vil det

¹³⁵ Vejledning om udbudsreglerne af Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, januar 2016, s. 257

¹³⁶ Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹³⁷ Risvig Hamer, 2015, s. 533

være en helt særlig konkret og sjældent forekommende undtagelse fremfor reglen, at hensynet til den offentlige sikkerhed eller menneskers og dyrs liv eller sundhed kan begrunde en undtagelse fra at bringe kontrakten til ophør i et entrepriseforhold, og sandsynligvis vil undtagelsen aldrig komme i spil, når der også henses til den restriktive praksis mht. klagenævnslovens § 17, stk. 3. Kommentatorer har imidlertid antaget, at undtagelsen muligvis kunne anvendes, såfremt kendelse af 9. februar 2016, Team OPP mod Region Midtjylland var afsagt efter udbudsreglerne.¹³⁸ Sagen angik opførelse af et psykiatrisk center i Skejby i medfør af en milliardkontrakt, hvor tildelingsbeslutningen annulleredes efter kontrakten var indgået, og det ville efter udbudsloven § 185, stk. 2, som anført skulle føre til kontraktens ophør. Afhandlingens holdning er dog fortsat, at der må være mere konkrete omstændigheder til stede, førend undtagelsen kan bringes i anvendelse. Kommentatorens syn på anvendeligheden af en ekstraordinær værdispildsbetragtning, som gennemgået straks nedenfor, synes ligeledes at være positiv, idet udfordringerne ved at bringe et igangværende byggeprojekt i denne størrelsesorden til ophør ville være betydelige.

Med hensyn til ”*helt ekstraordinært værdispild*” kan anføres, at entrepriser ofte angår betydelige beløb,¹³⁹ hvorfor erstatningskrav fra entreprenøren samt omkostninger ved forsinkelse af et igangværende projekt ved ordregiverens opsigelse af kontrakten i sagens natur ofte vil være betydelige. Ligeledes vil den tilbudsgiver, som allerede er i gang med entreprisen lide tab, som redegjort for i afsnit 2.4.2. Forarbejderne til udbudsloven¹⁴⁰ indeholder ikke en nærmere afklaring af, hvad ”*ekstraordinært værdispild*” angår, men såfremt undtagelsen fortolkes i samme retning som klagenævnsloven § 17, stk. 3, så vil økonomiske interesser i form af omkostninger som følge af forsinkelse i kontraktens opfyldelse, omkostninger til fornyet udbudsprocedure og omkostninger til udskiftning af entreprenøren ikke kunne begrunde en undtagelse til kravet om at bringe kontrakten til ophør. Visse forfattere er på linje med denne fortolkning og mener, at selv et større tab hos ordregiver og tilbudsgiver må være så sædvanligt, at der ikke er tale om et *ekstraordinært værdispild*.¹⁴¹ Klagenævnet vil således, formentlig være tilbageholdende med at undtage entrepriser, idet nævnte økonomiske interesser antageligt ikke vil indgå i vurderingen, jf. også Konkurrence- og forbrugerstyrelsens vejledning ovenfor.

¹³⁸ Barslov, Peter, i nyhedsbrev af 15. april 2016

¹³⁹ Jf. eksempelvis Kendelse af 9. februar 2016, Team OPP mod Region Midtjylland, hvor kontraktværdien var i omegnen af 2 milliarder, U 2011.1955 H, Amager Strandpark, hvor tilbudssummen var 188 millioner eller Kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen mod Kriminalforsorgen, hvor tilbudssummen var 49,3 millioner

¹⁴⁰ Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹⁴¹ Margaryan og Frøjk i Hagel-Sørensen, 2016, s. 512 samt Berg, dog med tilknytning til håndhævelseslovens § 17, stk. 3, jf. Berg, 2012, s.

I modsat retning kunne dog anføres, at en mulighed består i at drage en vis form for analogi til situationen, der er opstået på baggrund af Pihl og Søn A/S' konkurs. Spørgsmålet, der opstod for Klagenævnet i denne forbindelse, var, hvorvidt man kunne prækvalificere og tildele kontrakt til en entreprenør, der ved tilbudsafgivelsen var en del af et konsortium med en anden entreprenør, som senere blev taget under konkursbehandling. Klagenævnet er endnu ikke kommet med kendelse i denne sag, men i et præjudicielt spørgsmål til EU-domstolen, stillet af Klagenævnet, har EU-domstolen bekræftet, at dette kan lade sig gøre under nærmere betingelser.¹⁴² Det interessante i relation til nærværende afhandling er imidlertid Konkurrence- og forbrugerstyrelsens pressemeddelelse med tilknytning til Pihl og Søn A/S' konkurs.¹⁴³ Heri bekendtgør Konkurrence- og forbrugerstyrelsen deres holdning og udtrykker, at en ordregiver i forbindelse med en konkursramt entreprenør vil kunne fortsætte kontrakten, men med en ny entreprenør uden udbud. Det skyldes, at *”Udbud af store projekter tager tid, og byggeprojekterne vil stå stille hen, hvis alle konkursramte projekter skal i genudbud. Projekterne risikerer at blive forsinket og fordyret. Det er for at undgå et sådan ressourcetab, at muligheden for at føre konkursramte projekter videre på ændrede vilkår er til stede”* (min understregning). Nærværende citat kan tages til indtægt for, at Konkurrence- og forbrugerstyrelsen anser, at der er særlige værdispildsbetragtninger, som må tages i betragtning i forbindelse med entrepriser, og det hvert fald i praksis vil være hensigtsmæssigt at undtage entrepriser. Det bekræftes i øvrigt af vicedirektøren for Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, Hanne Kristensen, der udtaler: *”Jeg kan godt forstå, hvis konkurrerende entreprenører kan opleve det som frustrerende at se andre overtage opgaven uden udbud. Men det vil være et stort værdispild for samfundet at gennemføre udbud på alle projekter, som allerede er sat i gang”* (min understregning). Det naturlige spørgsmål, hvorvidt der er en materiel forskel i situationen, hvor entreprenøren er gået konkurs og hvor entreprenøren må udskiftes af andre grunde, som f.eks. annullation af tildelingsbeslutningen, opstår derved. Umiddelbart er denne svær at få øje på, og visse større entrepriseprojekter vil derfor muligvis kunne falde under *”ekstraordinært værdispild”*-undtagelsen. Dette kan støtte den holdning, fremsat ovenfor, visse kommentatorer har til kendelse af 9. februar 2016, Team OPP mod Region Midtjylland, hvor en forpligtelse til at bringe en kontrakt på et igangværende byggeri til 2 milliarder til ophør muligvis ville kunne undtages.

Synspunktet understøttes ligeledes af bygherrens normale hæveret i medfør af AB92 § 40, hvor en væsentlighedsvurdering må foretages, førend hæveretten kan benyttes. Kravet til væsentlighed antages af Hørlyck¹⁴⁴ i denne forbindelse med hensyn til entrepriser at være strengt, da *”ophævelse sædvanligvis vil være meget belastende for entreprenøren og medfører værdispild og tab for andre parter”*. Argumentet kunne derefter

¹⁴² Jf. MT Højgaard, C-396/14

¹⁴³ Konkurrence- og forbrugerstyrelsens pressemeddelelse af den 13. september 2013

¹⁴⁴ Erik Hørlyck er advokat med speciale inden for bl.a. byggeret, og har udgivet flere lærebøger om udbud

lyde som følger: Idet værdispild fører til, at udgangspunktet er, at entrepriser ikke skal kunne hæves uden et højt krav om væsentlighed, vil det være uhensigtsmæssigt, såfremt forpligtelsen til at bringe entreprisekontrakten til ophør som følge af annullation af tildelingsbeslutningen ikke findes ofte at kunne frafalde som følge af værdispild i entreprisen med hensyn til omkostninger i forbindelse med kontraktens ophør.¹⁴⁵

Bemærkelsesværdigt er i øvrigt, at der som fremhævet i afsnit 2.1.1, allerede i den af Klagenævnet foretagne vurdering af, hvorvidt tildelingsbeslutningen må annulleres påses negative samfundsinteresser herunder værdispild, hvorfor det forekommer mærkværdigt, at en fornyet vurdering af værdispildet må foretages, efter annullationsafgørelsen er truffet blot med ordregiveren som ansvarssubjekt.¹⁴⁶ En sådan dobbeltvurdering af værdispildet kan ikke anses for hensigtsmæssig. Et forsigtigt bud på lovgivers intentionen med værdispildsbetragtningen i § 185, stk. 2, kunne være et ønske om at udskyde betragtningen af værdispildet til ”næste led”, således at den udelades i vurderingen af, hvorvidt en tildelingsbeslutning bør annulleres, og Klagenævnet dermed alene påser grovheden af overtrædelsen og dens påvirkning af tildelingsbeslutningen. Herved frigøres Klagenævnet for byrden, og ordregiveren må dermed selv vurderer, hvorvidt et værdispild gør sig gældende.

2.4.3.2 Erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse

En anden vigtig undtagelse til pligten for ordregiver til at bringe kontrakten til ophør fremgår alene af forarbejderne til udbudsloven.¹⁴⁷ Heri angives en mulighed for at videreføre en kontrakt under forudsætning af, at *”en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet forbigået ved tildelingen, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, og den tilbudsgiver som har fået tildelt kontrakten, også skulle være tildelt kontrakten, såfremt den uretmæssigt forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbud”*. Bestemmelsen opstiller således en todelt betingelse. For det første må Klagenævnet på baggrund af deres kompetence gennemgået i afsnit 2.1.3 pålægge ordregiveren at betale positiv opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver, og for det andet må entreprenøren, der er blevet tildelt kontrakten, være at anse for den retmæssige vinder af udbuddet såfremt, der bortses fra den forbigåede tilbudsgivers tilbud, og der var foretaget lovlig tildeling.

¹⁴⁵ Hørlyck, 2014, s. 455

¹⁴⁶ Bestemmelsen ligger op til at ordregiveren selv vurderer, hvorvidt en undtagelse fra pligten til at bringe kontrakten til ophør gør sig gældende, se afsnit 2.4.3.3

¹⁴⁷ Bemærkninger til § 185, stk. 2 i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

Henset til Klagenævnets restriktive praksis med hensyn til at tildele en forbigået tilbudsgiver positiv opfyldelsesinteresse pga. de bevismæssige komplikationer er anvendelsesområdet for denne bestemmelse formentlig snæver.¹⁴⁸ I de tilfælde, hvor en annulleret tildelingsbeslutning implicere en kendelse om positiv opfyldelsesinteresse, som illustreret i afsnit 2.1.3, kan bestemmelsen imidlertid bevirke en adgang til videreførelse af kontrakten. Ordregiver må i denne situation således både betale erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver samt kontraktsummen for videreførelse af projektet til den entreprenør, som (uretmæssigt) vandt kontrakten.

Ovenstående er under forudsætning af, at den entreprenør som forestår bygge- eller anlægsarbejdet, også ville have vundet udbuddet og lovligt tildelt kontrakten, hvis den forbigåede tilbudsgiver havde afstået fra at afgive tilbud. Er dette ikke tilfældet, kan ordregiver havne i den uheldige situation, at denne pålægges at betale erstatning til den forbigåede tilbudsgiver, men samtidig må bringe den indgåede kontrakt med den vindende entreprenør til ophør, da denne ikke ville vinde udbuddet, såfremt den forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbud. Udover omkostninger til iværksættelse af fornyet udbudsprocedure må ordregiveren formentlig ligeledes påregne et erstatningskrav fra den entreprenør, der i første omgang er kontraheret med. I tillæg kan det i teorien tænkes, at situationen medføre et scenarie, hvori en forbigået tilbudsgiver tildeles positiv opfyldelsesinteresse, og samtidig vinder (gen)konkurrenceudsættelsen om den kontrakt denne er kompenseret for ikke i første omgang at være tildelt. Den forbigåede tilbudsgiver kan herved blive dobbeltkompenseret.

Til illustration kan henvises til kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, der omhandlede entreprisarbejde med tilknytning til opførelse af Statsfængslet på Nordfalster. Tildelingsbeslutningen blev af Klagenævnet annulleret ved kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, da det blev fundet, at tilbudsgivers angivelser af mængder og enhedspriser for visse dele af arbejdet havde været udtryk for et forbehold, det ikke var muligt at prissætte, hvorfor den valgte tilbudsgivers tilbud havde været ukonditionsmæssigt. I kendelsen af 19. november 2015, fandtes den forbigåede tilbudsgiver berettiget til positiv opfyldelsesinteresse. Såfremt kendelserne var afgjort på baggrund af udbudsloven, ville udgangspunktet om, at Direktoratet for Kriminalforsorgen måtte betale erstatning til Kai Andersen A/S som den forbigåede tilbudsgiver, ikke ændres. Derimod ville Direktoratet for Kriminalforsorgen, i modsætning til hvad var tilfældet i kendelsen, være forpligtet til at bringe kontrakten med den uretmæssige vinder af tilbuddet til ophør.

¹⁴⁸ Samme holdning indtager Thorup i Treumer, 2016, s. 681, der baserer påstanden på en sammenligning mellem antallet af klagesager, hvori tildelingsbeslutningen annulleres, og antallet af disse sager, hvor der tildeles positiv opfyldelsesinteresse

Det skyldes, at den uretmæssige vinder af udbuddet som Direktoratet for Kriminalforsorgen har kontraheret med, i nærværende tilfælde ikke ville have vundet udbuddet, selvom den forbigåede tilbudsgiver havde afstået fra at afgive tilbud, idet førstnævnte afgav ukonditionsmæssigt tilbud, og derfor ikke på baggrund af en lovlig tildeling kunne have vundet udbuddet. Dermed ville ordregiveren i den pågældende sag afsagt efter udbudslovens regler, udover den pålagte erstatning til den forbigåede tilbudsgiver, formentlig blive konfronteret med erstatningskrav fra den tilbudsgiver, som der er kontraheret med samt omkostninger til at udføre en ny udbudsprocedure. Ovenstående er under forudsætning af, at ”*særlige forhold*” eller ”*ekstraordinært værdispild*” ikke gør sig gældende.

2.4.3.3 Processuelle regler for anvendelsen

Umiddelbart tillægges det ordregiver selv at vurdere, hvorvidt undtagelserne omtalt i afsnit 2.4.3.1 og afsnit 2.4.3.2 gør sig gældende i det konkrete tilfælde, jf. § 185, stk. 2, sidste pkt. Det vil imidlertid primært være med tilknytning til ”*særlige forhold*” og ”*ekstraordinært værdispild*”, at ordregiver befinder sig i en vis usikkerhed med hensyn til vurderingen, da erstatning og muligheden for lovlig tildeling til den uretmæssige vindende tilbudsgiver vil fremgå af Klagenævnets kendelse. At overlade beslutningskompetencen mht. ”*særlige forhold*” kritiseres af Høg, uden at kritikken dog nærmere er konkretiseret.¹⁴⁹ Såfremt ordregiveren lader kontrakten videreføres på baggrund af en af undtagelserne, er denne forpligtet til at offentliggøre dette samme sted, som udbudsmaterialet blev kundgjort. Denne offentliggørelse må foretages senest syv kalenderdage efter offentliggørelse af endelig afgørelse eller dom. Betydningen er således, at såfremt der fældes dom i Landsretten i 2. instans, skal beslutningen om kontraktens videreførelse foretages af ordregiveren inden syv dage fra offentliggørelse af dommen til trods for muligheden for 3. instansbevilling.¹⁵⁰ Derimod må offentliggørelse syv dage efter ankefristens udløb i tilfælde af domme i 1. instans umiddelbart anses som værende tilstrækkeligt, da dommen før dette tidspunkt ikke kan anses for ”*endelig*” som påkrævet i § 185, stk. 2, sidste punktum.¹⁵¹

Ordregiverens beslutning om at gøre brug af undtagelserne og videreføre kontrakten kan påklages ved indgivelse af klage inden 20 dage fra ordregiverens offentliggørelse, jf. klagenævnssloven § 7, stk. 2, nr. 4. Konsekvenserne såfremt ordregiverens beslutning om at opretholde kontrakten herefter annulleres, fremgår ikke af bestemmelsen, men Høg advokerer for at den første kendelse, hvori

¹⁴⁹ Høg i Treumer, 2016, s. 725

¹⁵⁰ Høg i Treumer, 2016, s. 725, note 19

¹⁵¹ Ibid.

tildelingsbeslutningen er annulleret af Klagenævnet, fortsat står til troende.¹⁵² Dette må anses for udgangspunktet uagtet en senere indbringelse af den ”nye” kendelse vedrørende annulation af beslutningen om at fortsætte kontrakten for de almindelige domstole. Bestemmelsen kan på dette punkt være problematisk, da et scenarie kan opstå, hvorved en klager nødvendigvis må igennem Klagenævnet og de almindelige domstole to gange for at få klarlagt, at en kontrakt må bringes til ophør. Den tidsmæssige udstrækning dette system medfører, bevirker en sandsynlighed for, at entreprisarbejdet specificeret i den omtvistede kontrakt kan være tilendebragt ved afgørelsen om, at særlige forhold ikke gør sig gældende, og kontrakten derfor endeligt må ophøre. Denne omgåelsesvirkning kan dog begrænses af klagers påstand for de almindelige domstole om at bringe kontrakten til ophør, i og med forarbejderne til udbudsloven¹⁵³ undtager virkningen § 185, stk. 2, fra de tilfælde, hvor domstolen pålægger at bringe en kontrakt til ophør, som nærmere omtalt under afsnit 2.4.1. En anden mulighed for at begrænse omgåelsen er for klager at nedlægge påstand for de almindelige domstole om, at ordregiver må anerkende, at ”*særlige forhold*” ikke gør sig gældende.¹⁵⁴

Ifølge klagenævnslovens § 14 a, der indførtes samtidig med udbudslovens ikrafttræden, tilføres Klagenævnet en mulighed for at afgive en foreløbig ikke-bindende udtalelse om, hvorvidt ”*særlige forhold*” gør sig gældende i en konkret sag. Ordregiveren kan således i sin vurdering af, om ”*særlige forhold*” i den konkrete sag gør sig gældende finde vejledning i en eventuel udtalelse fra Klagenævnet. Kravet ifølge bestemmelsens ordlyd er, at der i en klagesag er nedlagt påstand om annullering af tildelingsbeslutningen, og klager eller indklagede nedlægger påstand om en sådan udtalelse. Forarbejderne til udbudsloven, hvorved bestemmelsen indsattes, fastlægger i øvrigt tidspunktet for Klagenævnets vurdering af de ”*særlige forhold*” til tidspunktet for annulation af tildelingsbeslutning, hvorfor forhold, der senere opstår, ikke kan tages i betragtning og påvirke vurderingen.¹⁵⁵ Det fremgår klart af ordlyden af bestemmelsen, at Klagenævnet alene besidder en *mulighed* og ikke en pligt til at afgive en udtalelse. Forarbejderne klarlægger imidlertid ikke i, hvilken situation at Klagenævnet kan afvise at afgive en udtalelse i relation til klagenævnsloven § 14 a, hvorfor dette er et uafklaret og åbent spørgsmål, det er op til fremtidig praksis at fastlægge. I de tilfælde hvor Klagenævnet vælger at afgive udtalelse, må det være anbefalelsesværdigt at følge denne. Kontrakten må dermed opsiges i de tilfælde, hvor udtalelsen betoner negativitet med hensyn til tilstedeværelse af ”*særlige forhold*”, mens kontrakten

¹⁵² Høg i Treumer, 2016, s. 725

¹⁵³ Bemærkninger til § 185, stk. 2 i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹⁵⁴ For en gennemgående diskussion af klagers muligheder for at modvirke ordregivers omgåelse se Høg i Treumer, 2016, s. 726

¹⁵⁵ Bemærkninger til § 197, nr. 20 i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

kan videreføres i det omvendte scenarie, dog under forbehold af at udtalelsen er foreløbig og ikke-bindende.

I øvrigt opstår spørgsmålet om, hvorvidt en ordregiver, i tilfælde hvor denne retmæssigt viderefører kontrakten under en af ovennævnte undtagelser, bør pålægges en økonomisk sanktion. Det forekommer således bemærkelsesværdigt, at en ordregiver, som viderefører en kontrakt på baggrund af hensyn til ”*almenhedens interesser*” i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 3, pålægges en alternativ sanktion, jf. afsnit 2.1.2, mens at en ordregiver, der viderefører kontrakten på baggrund af udbudslovens § 185, stk. 2’s undtagelse omkring ”*særlige forhold*” indeholdende mange af de samme hensyn som ”*almenhedens interesser*”, jf. afsnit 2.4.3.1, ikke bliver sanktioneret. Formodningen må dog være for, at ordregiver ikke skal pålægges økonomisk sanktion i sidstnævnte tilfælde, da det ikke er særskilt nævnt i hverken udbudsloven § 185, stk. 2, eller forarbejderne hertil. Det synes umiddelbart, at give en inkonsistens i retsvirkningerne af to bestemmelser, som ellers umiddelbart i vid udstrækning er sammenfaldende.

2.4.4 Forholdet til bestemmelserne om ”uden virkning”

Udbudsloven § 185, stk. 2, 2. pkt., indeholder en bestemmelse, som fratager § 185, stk. 2, som helhed sin virkning, ”*hvor det vil være muligt at gøre brug af §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om håndbævelse af udbudsreglerne m.v., der, jf. § 197, nr. 1, ændrer navn til Lov om Klagenævnet for Udbud*”. Ved første øjekast er dette en logisk følge, idet en kontrakt, der er omfattet af reglerne for ”uden virkning” allerede af denne grund, oftest må bringes til ophør, jf. afsnit 2.1.2. Forarbejderne til udbudsloven¹⁵⁶ er i denne henseende vigtige for den korrekte forståelse af denne del af bestemmelsen. Heri klarlægger lovgiver, at § 185, stk. 2, ikke kan ”*benyttes, såfremt en klager har haft mulighed for at benytte §§ 16 eller 17 i Lov om Klagenævnet for Udbud, men grundet klagefrister eller andre proceduremæssige forhold ikke konkret har mulighed for at benytte bestemmelserne*”.

Betydningen er således, at ordregivers iagttagelse af proceduremæssige skridt, der afgrænser anvendelsen af ”uden virkning”-bestemmelsen, f.eks. som reguleret af klagenævnsloven § 4¹⁵⁷, afskærer anvendelsen af § 185, stk. 2. Eksempelvis kan kendelse af 11. marts 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen fremhæves, der angik en sag, hvori ordregiveren havde indrykket to såkaldte profylaksebekendtgørelser og indgået kontrakt i overensstemmelse med fristerne heri. Dette afskar på

¹⁵⁶ Bemærkninger til § 185, stk. 2 i Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

¹⁵⁷ Bestemmelsen angår de såkaldte profylaksebekendtgørelser, hvorefter en indgået kontrakt ikke kan erklæres for ”uden virkning”

proceduremæssigt grundlag kontrakten fra at kunne erklæres ”uden virkning”, hvorfor tildelingsbeslutningen alene kunne annulleres. Resultatet af denne kendelse ville således ikke have været anderledes efter indførelsen af udbudslovens § 185, stk. 2, og kontrakten ville derfor ikke skulle bringes til ophør.

2.5 Delkonklusion

Klagenævnsløven fastsætter Klagenævnets kompetencer, hvorefter de bl.a. kan annullere en tildelingsbeslutning, erklære en kontrakt for ”uden virkning” og/eller pålægge erstatning.

Forud for udbudslovens ikrafttræden bestod ikke en pligt til at bringe en kontrakt til ophør på baggrund af den annullerede tildelingsbeslutning *i sig selv*. Derimod kunne der argumenteres for en pligt på baggrund af det forvaltningsretlige princip om lovmæssig forvaltning eller obligationsretligt med henvisning til Danske Lov 5-1-2. De almindelige domstole har i visse sager, hvor grove og kvalificerede overtrædelser kunne konstateres, anset sig for kompetent til at ophæve en indgået kontrakt, men forud for udbudslovens vedtagelse var det en sjældent forekommende konsekvens af annulation af tildelingsbeslutningen.

Efter ikrafttræden af udbudsloven § 185, stk. 2, er dette imidlertid udgangspunktet. At bringe kontrakten til ophør med passende varsel vil kunne undlades og kontrakten videreføres i tilfælde af ”*særlige forhold*” herunder ”*ekstraordinært værdispild*”. I de relativt få tilfælde, en ordregiver har udbetalt erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver, består en øvrig mulighed for at videreføre kontrakten. Dette er dog under forudsætning af, at den vindende entreprenør ikke var ukonditionsmæssig ved tildelingen. Såfremt det ikke var tilfældet, kan ordregiver ende i en uhensigtsmæssig situation, hvor erstatning er betalt til den forbigåede tilbudsgiver, kontrakten skal bringes til ophør med entreprenøren med de omkostninger og erstatningskrav dette bevirker foruden at afholde omkostninger til klagesagen og fornyet udbudsprocedure. Adgangen til undtagelserne for entreprisekontrakter må imidlertid betragtes som snævre.

Kapitel III - Spilteoretisk opsætning

Nærværende kapitel søger funderet i spilteorien og med rødder i kapitel II at belyse den påvirkning af entreprisesummen, som materialiserer sig i medfør af den analyserede pligt til at bringe en kontrakt til ophør.

Kapitlet er struktureret således, at der gives en kursorisk gennemgang af udbudsproceduren, hvorefter der introduceres til den grundlæggende økonomi for kapitlet i form af auktionsteori. Herefter opstilles modellen, der afslutningsvist anvendes til analysen af effekten af bestemmelsen på den endelige kontraktprijs, ordregiveren i sidste ende må betale tilbudsgiveren.

3.1 Indledende bemærkninger om udbudsprocessen

Nærværende afsnit vil kort opridse udbudsprocessen, da en basal viden anses for essentiel for forståelsen af grundforudsætningerne for den følgende økonomiske analyse. Gennemgangen er derfor på ingen måde udfyldende, men peger på de centrale elementer, der har betydning for en virkelighedsnær økonomisk analyse.

Den offentlige myndigheds indkøb af varer kan udføres gennem en variation af udbudsprocedurer, herunder offentligt udbud, begrænset udbud, udbud med forhandling mm. jf. udbudsloven § 55. For at kunne konkretisere og øge relevansen af afhandlingens økonomiske del, vil den følgende analyse foretages med udgangspunkt i den begrænsede udbudsprocedure. Baggrunden for valget af netop denne procedure er, at hovedparten af udbudte bygge- og anlægsprojekter foretages med hjemmel i den begrænsede udbudsprocedure.¹⁵⁸

Kendetegnende for denne udbudsprocedure er, at den er todelt i henholdsvis en ansøgningsfase og en tilbudsphase. Karakteristisk for ansøgningsfasen er, at interesserede virksomheder ansøger om at blive prækvalificerede på baggrund af en række i udbudsbekendtgørelsen offentliggjorte krav til egnetheden.¹⁵⁹ De interesserede virksomheder afgiver i ansøgningen informationer vedrørende egnedetskriterierne, hvilke der på baggrund af prækvalificeres minimum fem virksomheder.¹⁶⁰ De

¹⁵⁸ Vejledning for udbudsstrategi af Region Hovedstaden mfl., s.9

¹⁵⁹ Herunder krav til udøvelse af det pågældende hverv, jf. udbudslovens § 141, økonomisk og finansiell formået, jf. § 142, samt teknisk og faglig formåen, jf. § 143 og med hensyn til offentliggørelse af egnedetskriterier § 145, stk. 3

¹⁶⁰ Udbudsloven § 59, stk. 4, 2. pkt.

prækvalificerede ansøgere opfordres samtidig til at afgive tilbud¹⁶¹, og underrettes i praksis om identiteten på de øvrige prækvalificerede.¹⁶² Nærværende økonomiske analyse vil særligt angå processen herefter, hvor tilbudsafgivelsen af de prækvalificerede virksomheder foretages, da det umiddelbart særligt synes her, at udbudsloven § 185, stk. 2, har en påvirkning.

Tilbuddene fra de prækvalificerede virksomheder evalueres herefter på baggrund af tildelingskriterier offentliggjort i udbudsmaterialet, og tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal herefter tildeles kontrakten.¹⁶³ Det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeres på grundlag af enten (1) pris, (2) omkostninger eller (3) bedste forhold mellem pris og kvalitet.¹⁶⁴

Den opmærksomme læser har måske bemærket, at denne udbudsproces' karakteristika minder om en omvendt auktion. Denne model beskrives i det følgende, og forsøges tilpasset til nærværende afhandling.

3.2 Omvendt auktion

Overordnet set er auktioner en konkurrencemekanisme, der opsættes til at allokere ressourcer til en køber fra en sælger baseret på et prædefineret regelsæt.¹⁶⁵ Karakteristisk for en procedure efter skemaet for den omvendte auktion er derimod, at flere sælgere af et produkt tilbyder at afhænde deres produkt til en enkel køber. I en normal auktion vil en underliggende antagelse være, at køberne har en forudindtaget maksimal værdi for produktet under auktion, som de er villige til at betale op til for at anskaffe sig produktet.¹⁶⁶ I den omvendte auktion forudindtager køber derimod en værdi, som denne maksimalt vil betale for produktet, hvilket i det følgende udtrykkes willingness-to-pay.

Forskellige former for auktioner eksisterer, men nærværende tilfælde med udbud af bygge- og anlægsprojekter synes nærmest den såkaldte first-price sealed-bid auction, hvori sælgerne i den omvendte auktion simultant afgiver et bud, som ingen øvrig sælger kender værdien af forud for den offentlige tilbudsåbning,¹⁶⁷ hvorfor de forekommer "sealed". Sælgerne har ikke adgang til at afgive flere

¹⁶¹ Udbudsloven § 59, stk. 5

¹⁶² Klagenævnetsloven § 2, stk. 1, nr. 1

¹⁶³ Udbudsloven §§ 159-161

¹⁶⁴ Udbudsloven § 162

¹⁶⁵ Bellosta, Marie-Jo mfl., "Preference-based English reserve auctions", s. 1

¹⁶⁶ Easley & Kleinberg, 2010, s. 250

¹⁶⁷ Jf. § 7, jf. § 1, stk. 3 i Lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter med senere ændringer

tilbud, udover tilbuddet de opfordres til at afgive, jf. afsnit 3.1, og vinderen betales i overensstemmelse med den respektive sælgers tilbud, hvoraf det forekommer som en ”first-price” auktion.¹⁶⁸

I det følgende er tilbudsgiveren et udtryk for sælgeren (i en entreprise: entreprenøren), mens ordregiver er udtryk for køber (i en entreprise: offentlig bygherre). Udtrykket auktion vil i det følgende dækkes af ”udbud”.

3.3 Situationen forud for udbudslovens vedtagelse

I forlængelse af de foregående afsnit vil omvendt auktion i det følgende blive koblet op i en spilteoretisk ramme på udbudsproceduren i forbindelse med udbud af offentligt bygge- og anlægsprojekt. I nærværende afsnit behandles situationen forud for ikrafttrædelsen af bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2, omhandlende forpligtelsen til at bringe kontrakten til ophør, hvilket gøres med henblik på at kunne videreudbygge analysen til en illustration af de konsekvenser, bestemmelsen medfører på entreprisesummen.

3.3.1 Antagelser og opstilling af modellen

I det følgende antages i et udbud at være prækvalificeret to entreprenører til at afgive tilbud. Antagelsen differentierer en anelse fra virkeligheden, hvor fem tilbudsgivere må prækvalificeres, jf. afsnit 3.1, men antagelsen simplificerer scenariet, og implikationen af flere tilbudsgivere vil blive påvist i afsnit 3.4.1. Udbuddet angår udførelsen af et enkelt bygge- og anlægsprojekt, som alene én af tilbudsgiverne kan udvælges til at forestå, således at begge tilbudsgivende entreprenører ikke kan hjælpes om projektet og dermed begge vinde udbuddet.

De prækvalificerede tilbudsgivere antages at have en symmetrisk omkostningsstruktur, således at hver tilbudsgiver kan opfylde kravene fremsat i udbudsmaterialet til den samme omkostning. Forudsætningen er derfor, at en tilbudsgivers omkostninger til opfyldelse af ordregivers krav til f.eks. opførelse af en bygning ikke differentierer fra en øvrig tilbudsgivers ligeså. Omkostningen tilbudsgiveren realiserer, vil derfor være kendt af alle tilbudsgivende parter, og vil i det i det følgende benævnes C. Denne omkostning etableres alene i det tilfælde, at tilbudsgiveren vinder udbuddet og dermed kontrakten.

¹⁶⁸ Beskrivelse ud fra Easley & Kleinberg, 2010, s. 250

Kvaliteten af tilbudsgiverens bygge- eller anlægsprojekt vil betegnes K , og er udtryk for, med hvilken kvalitet det færdige projekt vil fremstå. Denne kvalitetsfaktor antages i det følgende fastsat i en binær udfaldsramme $[K_L; K_H]$ for den pågældende tilbudsgiver, og vil i øvrigt være uafhængig. Betydningen er således, at en tilbudsgiver kan være af typen, der kan udføre det udbudte projekt med lav kvalitet (K_L) eller med høj kvalitet (K_H). Selvom tilbudsgiverens kvalitet er lav, vil denne altid være større eller lig med mindstekrav fastlagt i udbudsmaterialet, da et tilbud lydende på et lav kvalitetsprojekt i modsat tilfælde ville blive erklæret ukonditionsmæssigt.¹⁶⁹ Tilbudsgiverne vil være bekendte med identiteten af de øvrige tilbudsgivere, i og med disse er afsløret ved den forudgående prækvalifikation, jf. afsnit 3.1. Imidlertid antages det, at tilbudsgiverne ikke kender de øvrige tilbudsgiveres type, men alene er vidende om sandsynligheden for, at den øvrige tilbudsgiver er i stand til at tilbyde enten K_L eller K_H i den binære udfaldsramme. Den prækvalificerede tilbudsgiver besidder i denne henseende privat information, da alene den pågældende tilbudsgiver er vidende om, hvilken kvalitet denne kan udføre det udbudte bygge- eller anlægsprojekt med. Den eksakte kvalitet af den øvrige tilbudsgiver vil dermed være en ukendt faktor. Ordregiveren derimod antages at kunne observere kvaliteten gennem det indleverede tilbudsmateriale.

I et udbud afgiver hver tilbudsgiver et tilbud, som vil have en pris P . Beløbsmæssigt vil P afgrænses til maksimalt at angå værdien af projektet, som oplyst i udbudsbekendtgørelsen, tillagt en vis procentdel, hvorved strategisættet for spillet forekommer finite mellem C og denne værdi. Ordregiveren vil udvælge den tilbudsgiver, som tilbyder den største difference mellem den tilbudte kvalitet og pris. ”Tilbudsgiver 1” vinder dermed udbuddet, såfremt K_1 fratrullet P_1 indtager den største værdi af $[K_1 - P_1; K_2 - P_2]$. Dette udgangspunkt er i overensstemmelse med de tilfælde, hvorunder en tildelingsbeslutning kan forekomme lovlig på baggrund af tildelingskriteriet ”forholdet mellem pris og kvalitet”, jf. afsnit 3.1. Derimod falder tilfældet, hvor kontrakten tildeles på baggrund af enten pris eller omkostninger umiddelbart uden for denne antagelse, men afhandlingens virkelighedsnære karakter synes ikke bragt på kompromis heraf, da syv af byggeriets største organisationer¹⁷⁰ anbefaler brugen af tildelingskriteriet ”forholdet mellem pris og kvalitet” i modsætning til alene pris eller omkostning, da dette sikrer ”*mest for pengene*”.¹⁷¹ Ordregiveren vælger dermed tilbuddet med den største værdidifference (V_i) mellem kvalitet og pris udtrykt $V_i = K_i - P_i$. Med andre ord vinder en tilbudsgiver, hvis denne tilbyder den højeste værdi af ” V ” i sammenligning med øvrige tilbudsgivere.¹⁷² Ordregiver antages videre at være

¹⁶⁹ Eller få sit forbehold prissat, såfremt det ikke angår et grundlæggende krav i udbudsmaterialet

¹⁷⁰ BAT kartellet, Bygherreforeningen, Dansk Byggeri, Danske ARK, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, TEKNIQ og Værdiskabende byggeproces

¹⁷¹ ”Kvalitet som tildelingskriterium” af værdibyg.dk, 3. udgave, 2012, s. 1 og 8

¹⁷² Baseret på tankegangen i Shachat, Jason mfl.: ”Procurement auctions for differentiated goods”

indifferent mellem, hvorvidt kontrakten opfyldes med lav eller høj kvalitet, da det eneste betydningsfulde element er forholdet mellem pris og kvalitet. I det tilfælde tilbudsgivernes tilbudte værdidifference er ens, antages vinderen fra udbuddet at være tilfældig.

I ordregiverens evaluering af tilbuddet forudsættes at være en usikkerhed. Det vil sige, at ordregiveren med en vis sandsynlighed udfører udbudsprocessen i overensstemmelse med de foreskrevne procedurer, mens der med den residuale sandsynlighed vil opstå ikke-intentionelle fejl i evalueringen, hvorved der kan anlægges klagesag med påstand om annulation. Eksempelvis kunne ordregiveren fejlagtig videregive information til en tilbudsgiver i strid med ligebehandlingsprincippet. Denne fejlmargen antages således at være eksogent fastsat for tilbudsgiverne uden de påser muligheden, idet deres formodning er at tildelingen sker i overensstemmelse med loven.

I tillæg antages tilbudsgiverne, som nævnt i afsnit 1.5.2, at være strategisk rationelle, således at de foretager den handling, som tilgodeser deres behov mest mulig indenfor de begrænsninger egne ressourcer, og den øvrige tilbudsgivers valg sætter. Med andre ord foretrækker de den strategi, som giver den størst forventede profit som opgjort nedenfor.¹⁷³ En øvrig antagelse er, at tilbudsgiverne er risikoneutrale, hvilket betyder, at tilbudsgiverne er indifferent mellem et projekt med risiko og et uden, så længe den forventede profit er forskelsløs.¹⁷⁴ Det synes en rimelig antagelse, eftersom tilbudsgiverne på entreprisekontrakter i EU-udbud almindeligvis vil være af en sådan størrelse, at selv substantielle tab kan lides uden kritisk påvirkning.

Profitten for de involverede parter kan opgøres, som følger: For tilbudsgiveren vil den forventede profit kunne opstilles $P_i - C * \Pr(V_1 > V_2)$, hvor $\Pr$ er sandsynligheden for, at tilbudsgiverens tilbudte værdi er den højeste af de fremkomne tilbud.¹⁷⁵ Den tabende tilbudsgiver vil intet modtage, mens ordregiveren, som nævnt, modtager et overskud svarende til $K_i - P_i$.

I og med at ovenstående skitserede spil udgør et spil med ufuldstændig information, referer nedestående betegnelse "ligevægt" til en Bayesian-Nash ligevægt. Minimum én ligevægt vil eksistere, idet spillet, som nævnt, er finite.¹⁷⁶ Målet er således at finde frem til et bud, P_1 , for typen K_H og et bud, P_2 , for typen K_L , som vil være best response mod (P_1, P_2) .

¹⁷³ For yderlig forklaring af begrebet rationalitet se Eide & Stavang, 2009, s. 86 ff.

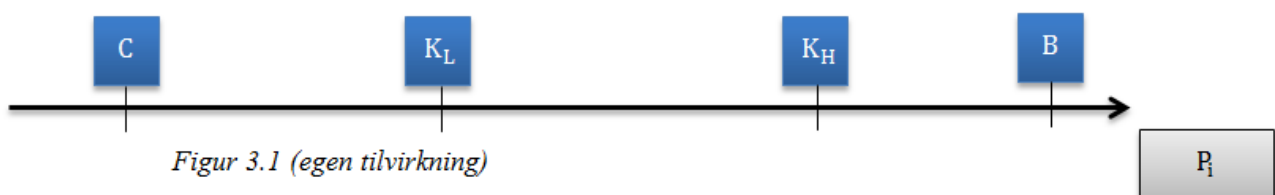
¹⁷⁴ Eide & Stavang, 2009, s. 120

¹⁷⁵ Baseret på tankegangen i Campo, Sandro: "Risk aversion and asymmetry in procurement auctions: Identification, estimation and application in construction procurements", s. 2

¹⁷⁶ Tankegang baseret på Watson, 2002, s. 106

3.3.2 Behandling af modellen

For at gå ned i materien, så kan modellen baseret på ovenstående antagelser opstilles på følgende vis, hvor C illustrerer omkostningerne, der realiseres i det tilfælde tilbudsgiveren vinder udbuddet, mens punkterne K_L og K_H demonstrerer prisen, som den tilbudte kvalitet berettiger en tilbudsgiver til at tage. I det følgende antages sandsynligheden for, at en tilbudsgiver er henholdsvis K_L eller K_H for værende 50 % for hver. B øjensynliggør punktet mht. budget, som gør spillet finite, og udelades i de følgende figurer.



Det skal indledningsvist noteres, at ovenstående udtryk for en tilbudsgivers forventede værdi ved at afgive tilbud medfører, at tilbudsgiveren ikke har en dominerende strategi ved at byde det samme, som det koster denne at udføre bygge- eller anlægsarbejdet. Det skyldes, at profitten i det tilfælde vil være 0, hvis tilbudsgiveren taber, men det vil også være 0, hvis tilbudsgiveren vinder, da tilbudsgiveren i så fald modtager det samme, som det koster denne at udføre projektet. Derfor vil det optimale være at byde højere end sine omkostninger, således at en profit realiseres, men samtidig skal budet balanceres med det trade-off, som befinder sig i risikoen for ikke at have det laveste bud. Det vil sige, at hvis tilbudsgiver byder højt, så øger tilbudsgiver sin profit, men nedsætter samtidig sandsynligheden for at vinde, mens tilbudsgiver ved at byde lavt begrænser sin profit, men samtidig øger muligheden for at vinde udbuddet.¹⁷⁷ I sagens natur vil en rationel tilbudsgiver ligeledes ikke byde under sine omkostninger C , idet følgen vil være en negativ profit af at vinde udbuddet og dermed kontrakten. Imidlertid antages det, at en tilbudsgiver hellere vil vinde en kontrakt med ingen profit end tabe kontrakten, da der kan være erfaringsmæssige eller relationelle gevinster ved at vinde.

Nedenfor opstilles en række hypoteser, som derefter vil blive undersøgt, for trinvist at udlede situationen forud for udbudsloven.

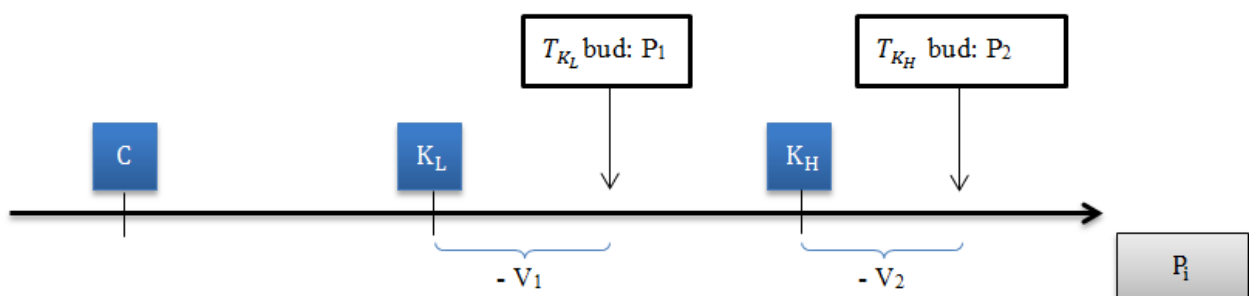
¹⁷⁷ Easley & Kleinberg, 2010, s. 257

$$\text{Hypotese 1: } P_L^* \leq P_{K_L}$$

Modsætningsvis, såfremt en tilbudsgiver af typen K_L i ligevægt tilbyder et projekt med lav kvalitet til en pris, som vil være over den pris, som den lave kvalitet K_L berettiger, følger det, at ordregiver såfremt tilbuddet hypotetisk blev antaget, ville acceptere et bygge- og anlægsprojekt med negativ værdi, jf. P_1 i figur 3.2. Det følger af antagelsen om, at ordregiver vælger tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet, $V_i = K_i - P_i$, og tilbudsgiveren af typen K_L ved at byde $P_L^* > P_{K_L}$ ville vide, at tilbuddet ikke ville have en mulighed for at vinde udbuddet, da ordregiveren i så fald hellere ville lade udbuddet annullere end acceptere den pågældende tilbudsgiver som vinder af kontrakten.¹⁷⁸ På baggrund heraf kan hypotese 1 dermed bekræftes.

$$\text{Hypotese 2: } P_H^* \leq P_{K_H}$$

Argumenterne anvendt til udledningen af hypotese 1 kan genbruges i denne sammenhæng, idet en ordregiver ved at acceptere et tilbud fra en tilbudsgiver af typen K_H , som byder en pris højere end P_{K_H} , vil realisere en negativ værdi, jf. P_2 i figur 3.2. Derved vil en tilbudsgiver af typen K_H aldrig i ligevægt tilbyde $P_H^* > P_{K_H}$. Korrektheden af ovenstående hypotese 2 må dermed betragtes som verificeret.



Figur 3.2 (egen tilvirkning)

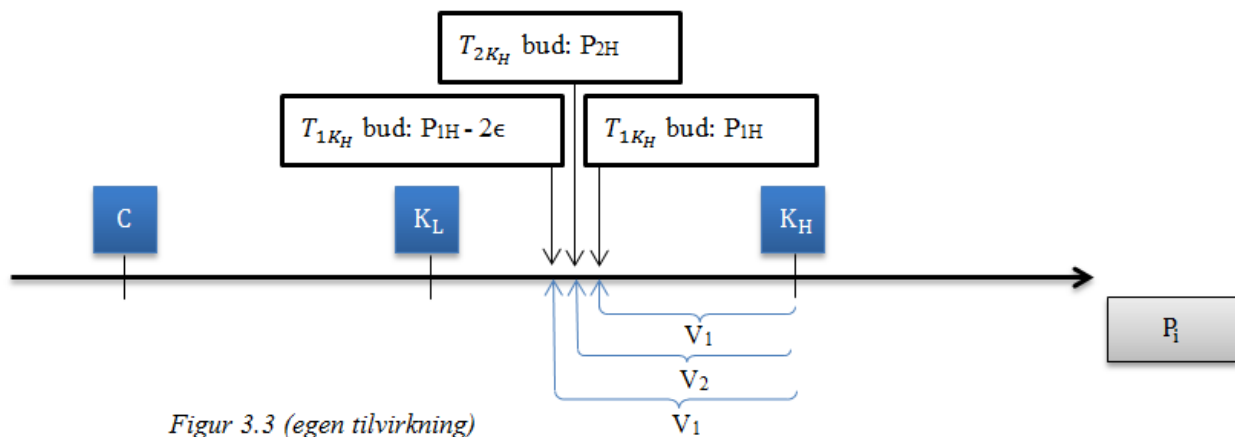
Betydningen er således, at de respektive punkter K_L og K_H i figur 3.1 markerer den maksimale pris, under alle omstændigheder, som ordregiveren vil betale for et bygge- og anlægsprojekt observeret som værende af henholdsvis lav eller høj kvalitet, og udgør dermed ordregiverens willingness-to-pay.

¹⁷⁸ Jf. således Fabricius, 2014, s. 549 ff., der fastlægger at ordregiver har en vidtgående ret til at aflyse et udbud, f.eks. som følge af at buddene findes utilfredsstillende relativt til andre hensigtsmæssige løsninger. I øvrigt antages, at ordregiveren aldrig vil foretage så graverende fejl, at denne indgår en kontrakt med negativ værdi.

Hypotese 3: $P_{1H}^* \neq P_{2H}^*$

Hypotesens postulat er således, at en tilbudsgiver af typen K_H i ligevægt vil afgive et tilbud forskelligt fra en øvrig tilbudsgiver af typen K_H i ligevægt.

Bemærkelsesværdigt i relation til denne hypotese er, at henholdsvis buddene P_{1H} og P_{2H} , som illustreret af de foregående hypoteser, vil placeres i intervallet $[C; K_H]$. Såfremt det antages, at $P_{1H}^* > P_{2H}^*$ med ϵ -margin, da vil en tilbudsgiver tilføres incitament til at afvige til $P_{1H} - 2\epsilon$ og vinde udbuddet, jf. figur 3.3. Realiteten vil herefter være at $P_{1H} < P_{2H}$, og en tilskyndelse vil opstå for den anden tilbudsgiver til et bud på $P_{2H} - 3\epsilon$.



Dermed må det være gældende, at en ligevægt nødvendigvis ikke kan bestå, hvor $P_{1H}^* \neq P_{2H}^*$, da der ellers forekommer et incitament til at afvige fra strategien.

Hypotese 4: $P_H^* = P_C$

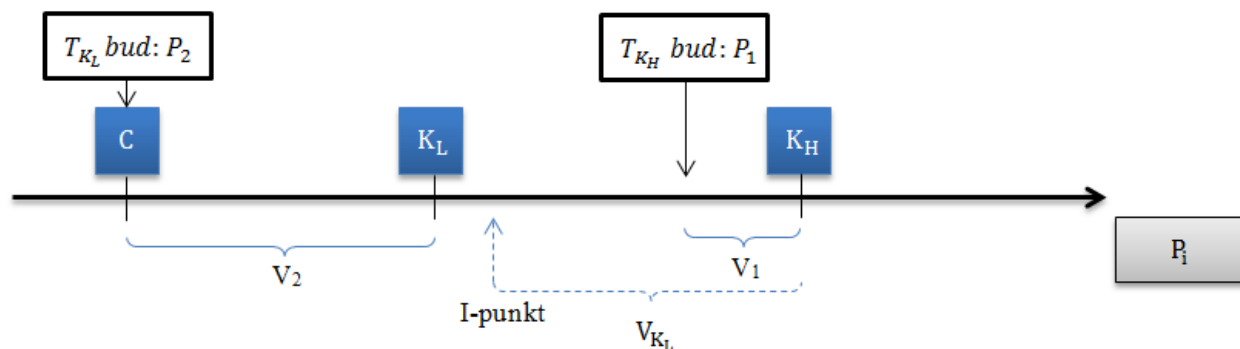
Effekten påvist af hypotese 3 kan argumenteres at fortsætte ned til omkostningerne, men såfremt tilbudsgiveren af typen K_H placerer et bud, der andrager den samme beløbsmæssige værdi som den pågældende tilbudsgivers omkostninger, ville profitten ved at vinde kontrakten være nul. Dette ville være kendsgerningen, uanset om tilbudsgiveren af typen K_H mødte en tilbudsgiver af typen K_L eller K_H . I stedet kunne pågældende tilbudsgiver ved at afgive et tilbud, som er større end omkostningerne realisere en positiv profit i det tilfælde, denne møder en tilbudsgiver af typen K_L . Et incitament til at "gamble" på at den øvrige prækvalificerede tilbudsgiver er af typen K_L , eksisterer dermed. Denne

cirkulære virkning medfører, at tilbudsgivere af typen K_H ikke besidder en pure strategy, hvorfor budet i ligevægt nødvendigvis må være en del af en mixed strategy.

Et naturligt spørgsmål opstår herefter angående hvorvidt en tilbudsgiver, der alene kan tilbyde projektet med lav kvalitet, vil kunne vinde over en tilbudsgiver, som kan tilbyde projektet med høj kvalitet. Dette spørgsmål er genstand for hypotese 5.

Hypotese 5: Det er muligt, at tilbudsgiver K_L vinder over K_H i ligevægt

Berettigelsen af hypotesen opstår, idet en tilbudsgiver af typen K_H vil byde ensartet, og besidder incitament til at byde over dennes omkostninger, som illustreret i hypotese 4, men formindsker derved ordregiverens værdidifference ved at udvælge den pågældende tilbudsgiver. Hvor meget over sine omkostninger tilbudsgiveren af typen K_H vil øge sin kontraktpris og dermed formindske den tilbudte værdidifference, fremstår dog endnu som et åbent spørgsmål. Det må herefter påses, hvorvidt tilbudsgiveren af typen K_H vil øge sit tilbud i en sådan grad, at værdidifferencen for ordregiveren bliver af en sådan størrelse, at sidstnævnte vil udvælge en tilbudsgiver af typen K_L i stedet, $V_2 > V_1$, hvilken situation figur 3.4 fremviser.

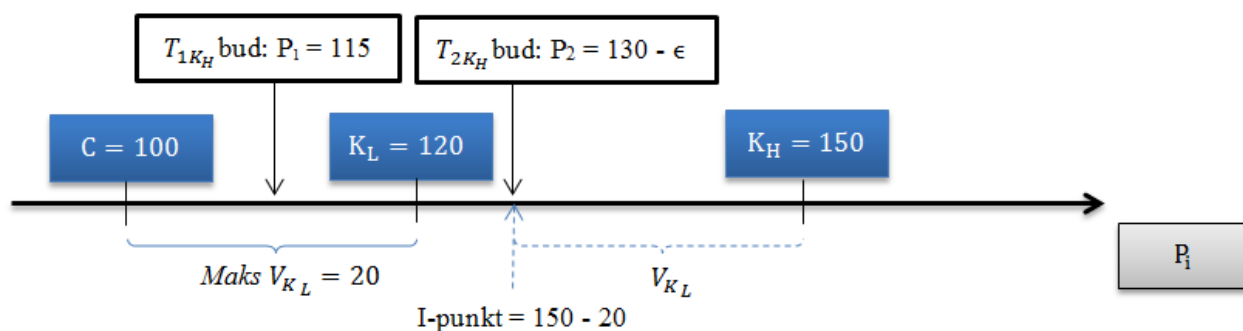


Figur 3.4 (egen tilvirkning)

Undersøgelsen af hypotesens korrekthed begynder i et studie af konsekvensen for tilbudsgiveren af typen K_H , såfremt tilbudsgiveren af typen K_L ville vinde. I så fald ville tilbudsgiveren af typen K_H alene genere profit fra at vinde over en øvrig tilbudsgiver af typen K_H , og under denne rivalisering mellem tilbudsgiverne af typen K_H ville en konkurrence opstå, som ville presse prisen ned til nul profit, idet en marginal formindskelse af tilbudsprisen ville sikre, at pågældende tilbudsgiver ville vinde udbuddet. Imidlertid som påvist af hypotese 4, vil dette ikke kunne være det optimale bud, såfremt tilbudsgiveren er af typen K_H .

En bedre strategi for tilbudsgiveren af typen K_H ville i stedet være at byde marginalt under den mulige værdidifference, som en tilbudsgiver af typen K_L kan tilbyde ved at byde en pris P_C . Punktet hvori en ordregiver vil være indifferent i valget mellem en tilbudsgiver af typen K_H 's tilbud og en type K_L 's ligeså, grundet at værdidifferencen fra de to typer er eksakt ens, kaldes i det følgende "I-punktet". Ved at byde marginalt herunder vil tilbudsgiveren af typen K_H være sikker på positiv profit i den halvdel af tilfældene, hvor det viser sig, at den øvrige prækvalificerede tilbudsgiver er af typen K_L . I tillæg hertil vil der være en vis sandsynlighed for at vinde i det tilfælde, at den øvrige tilbudsgiver viser sig også at være af typen K_H , da denne tilbudsgiver benytter samme strategi, som påvist af hypotese 3. I modsat tilfælde, hvor tilbudsgiver af typen K_H byder over I-punktet, vinder denne ikke længere med sikkerhed mod en tilbudsgiver af typen K_L , mens sandsynligheden for at vinde over en anden type K_H forværres, hvilket medfører at tilbudsgiveren sænker sin forventede profit.

Betydningen er imidlertid også, at der vil opstå et punkt mellem P_C og I-punktet, hvor den forventede profit ikke længere svarer til den, som kan opnås ved at byde marginalt under I-punktet, hvorfor tilbud herunder nødvendigvis ikke kan være del af den mixede strategi.¹⁷⁹ Det skyldes, at den forbedrede sandsynlighed for at vinde over en øvrig tilbudsgiver af typen K_H ved at byde lavere ikke opvejer det tab af profit, som opstår. Dette illustreres bedst ved et taleksempel, hvor figur 3.5 tjener til dette formål.



Figur 3.5 (egen tilvirkning)

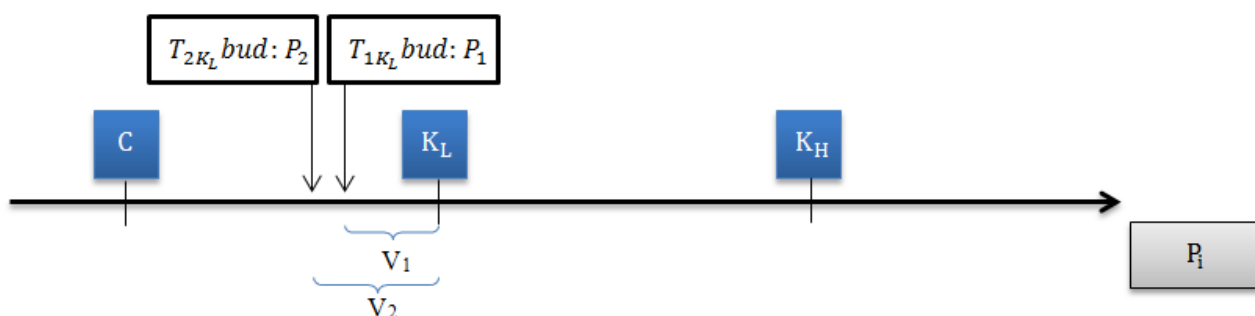
Tilbudsgiveren realiserer ved at byde marginalt under I-punktet med sikkerhed en forventet profit på $0,5 (130 - 100) = 15$, idet denne altid slår en tilbudsgiver af typen K_L . Dette betyder, således også, at alle tilbud med en kontraktpris under 115 nødvendigvis ikke kan være en del af den mixede strategi, siden tilbudsgiveren selvom denne med sikkerhed vandt mod begge typer tilbudsgivere ikke ville realisere tilstrækkelig profit.

¹⁷⁹ Se Dutta, 1999, s. 108

Konkluderende kan det anføres, at såfremt en tilbudsgiver af typen K_H findes at være prækvalificeret af ordregiveren til at afgive tilbud i et konkret udbud, da vil en tilbudsgiver af typen K_L aldrig, uden for fejltilfælde, vinde over førstnævnte. Nærværende hypotese kan dermed ikke bekræftes. En tilbudsgiver af typen K_H vil finde det optimalt at benytte en mixed strategi vekslede i intervallet $[P_1 ; P_{1\text{-punkt}} - \epsilon]$. På denne måde kan udbudsproceduren siges, at sikre en samfundsefficient tilstand, da et bygge- og anlægsprojekt altid vil blive udført med høj kvalitet, når dette er en mulighed og fejl ikke sker. I lyset heraf må det belyses, hvordan tilbudsgiveren af typen K_L påvirkes af denne konklusion.

$$\text{Hypotese 6: } P_L^* = P_C$$

Idet tilbudsgivere af typen K_L , som belyst af hypotese 5, aldrig vil vinde mod en tilbudsgiver af typen K_H , må tilfældet være det, at en tilbudsgiver af typen K_L alene betragter muligheden for at vinde over en øvrig tilbudsgiver af typen K_L . Profitten skal således alene generes fra denne konkurrence, men et incitament til marginalt at underbyde den øvrige tilbudsgiver, så længe denne byder over omkostningerne, består herefter. Eksempelvis vil en tilbudsgiver af typen K_L , som forventer, at en anden tilbudsgiver afgiver et bud på P_{1L} ved at byde P_{2L} , garanteres at vinde mod en tilbudsgiver af typen K_L , uden at udsigterne i relation til en tilbudsgiver af typen K_H forandres, hvilket illustreres af figur 3.6. En præference for at underbyde består fremfor 50 % chance for at vinde over en øvrig tilbudsgiver af typen K_L . Dermed vil en Bertrand-lignende¹⁸⁰ effekt opstå, og tilbudsprisen vil blive konkurreret ned til omkostningerne, således at profitten der realiseres er nul, hvorefter incitamentet til at underbyde yderligere er elimineret.



Figur 3.6 (egen tilvirkning)

En afvigelse fra hypotesen i retning af at gå under C vil aldrig ske, eftersom det vil afføde udsigt til en negativ profit. Samtidig vil en afvigelse i retning af P_{K_L} medføre at tilbudsgiveren af typen K_L med

¹⁸⁰ Joseph Bertrand udviklede en økonomisk teori, som beskriver effekten når virksomheder konkurrerer på pris og denne sættes simultant. Resultatet er at prisen konkurreres ned til de marginale omkostninger

sikkerhed vil tabe mod både en type K_L og K_H tilbudsgiver. Hypotesen om at tilbudsgivere af typen K_L i ligevægt vil byde P_C , må derfor være sand.

Konkluderende kan det dermed anføres, at en Bayesian-Nash ligevægt eksisterer, hvori tilbudsgiver af typen K_L byder lig sine omkostninger, P_C , mens at tilbudsgiver af typen K_H anvender en mixed strategy, hvori der tillægges en vis sandsynlighed til hvert bud i intervallet $[P_1 ; P_{I\text{-punkt}} - \epsilon]$. En tildeling til tilbudsgiver af typen K_L på trods af deltagelse af en type K_H vil alene ske i fejltilfælde, men hvis en sådan fejl er sket vil kontrakten opfyldes med lav kvalitet, selvom en tilbudsgiver med høj kvalitet påklager tildelingen.

3.4 Validitetsundersøgelse

Nærværende afsnit har til formål at undersøge robustheden af ovenstående resultater ved at løsne nogle af afhandlingens antagelser, således at en klar referenceramme til næstkommende afsnits undersøgelse af effekterne af udbudsloven § 185, stk. 2, sikres.

3.4.1 Effekten af ændret sandsynlighed

Såfremt antagelsen, om at sandsynligheden for at hver tilbudsgiver i det binære interval $[K_L ; K_H]$ er 50 %, ændres, således at sandsynligheden i stedet fastsættes til ekstremerne 10% for K_L og 90% K_H , da vil modellen påvirkes, således at intervallet for typen K_H udvides, idet incitamentet til at ”gamble” og byde op til I-punktet formindskes. Det kan illustreres af figur 3.5, hvor tilbudsgiveren ved at ”gamble” på at møde en type K_L tilbudsgiver, alene er sikker på profit i 10 % af tilfældene, hvorved den forventede profit ved I-punktet er $0,1(130-100) = 3$. Punktet P_1 forskydes dermed ned til 103, da tilbudsgiveren ved at byde herunder vil have en forventet profit som er lavere selvom denne skulle vinde med sikkerhed mod begge typer.

I det omvendte tilfælde, hvor sandsynligheden fastsættes til 90 % for at tilbudsgiveren er af typen K_L og 10 % for typen K_H , da vil tilbudsgiveren af typen K_H være næsten sikker på, at stå overfor en tilbudsgiver af typen K_L , hvorfor han vil være tilbøjelig til at byde tæt på I-punktet i figur 3.5, således at en høj profit sikres. Intervallet vil derfor indsnævres i dette tilfælde. Tilbudsgiveren af typen K_L vil fortsat byde lig omkostningerne i begge tilfælde, da tilbudsgiveren ellers vil være sikker på at tabe i alle udfald af spillet.

Samlet set vil der for ordregiveren formentlig kunne observeres en forekomst af lavere priser i tilfælde af stor sandsynlighed for K_H , mens der i tilfælde af lav sandsynlighed vil være en tendens mod højere priser, idet der sker en indsnævring i intervallet $[P_1 ; P_{I\text{-punkt}} - \epsilon]$, såfremt en type K_H prækvalificeres.

3.4.2 Effekten af flere tilbudsgivere

I sagens natur vil flere tilbudsgivere ikke have en effekt på tilbudsgivere af typen K_L . Årsagen hertil er, at allerede ved to tilbudsgivere er prisen konkurreret ned til et niveau, hvor der ikke længere er profit i lighed med Bertrand-paradokset. Et øget antal tilbudsgivere i retning af minimum fem, som er kravet ved prækvalifikation, jf. afsnit 3.1, bevirker derfor ingen ændring, da tilbudsgivere, som angivet ovenfor, ikke vil tilbyde en pris under deres omkostninger med en negativ profit til følge.

Derimod kan det intuitivt forestilles, at et øget antal tilbudsgivere foranlediger en type K_H tilbudsgiver til at byde mere aggressivt i den forstand, at den nedre ramme for intervallet forskydes i lighed forrige afsnits tilfælde, hvor sandsynligheden for at en tilbudsgiver er af typen K_H , er høj. Baggrunden for denne intuitive indskydelse er, at et øget antal inviterede tilbudsgivere medfører, at sandsynligheden for at én øvrig tilbudsgiver af typen K_H prækvalificeres (på trods af en fortsat initial sandsynlighedsfordeling for at en tilbudsgiver er af typen K_H på 50 %) alt andet lige forøges. En justering af antagelsen om alene to tilbudsgivere i afsnit 3.3 indebærer dermed, at intervallet som den offentlige ordregiver kan observere priser i antageligvis vil udvides. Dette er også i overensstemmelse med Konkurrence- og forbrugerstyrelsens konklusion på flere analyser, som ”viser, at der i de fleste tilfælde kan være besparelser at hente ved at skabe konkurrence om driften af offentlige opgaver, uden at kvaliteten af den leverede ydelse påvirkes negativt”.¹⁸¹

3.4.3 Samlet vurdering af validiteten

Opsummerende kan det klarlægges, at en ændring af antagelserne ikke forskyder afsnit 3.3 resultater i væsentlighed. Således vil det fortsat være tilbudsgiveren af den høje kvalitet, som uden for fejltilfælde, vil trække sig sejrrikt ud af et konkret udbud. Justeringen af antagelsen bevirker imidlertid, at intervallet for typen K_H i de enkelte tilfælde henholdsvis udvides og indsnævres, mens tilbudsgiver af typen K_L fortsat vil byde P_C .

¹⁸¹ ”Status for offentlig konkurrence 2012” af Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, december 2012, s. 6

3.5 Påvirkning af modellen af § 185, stk. 2

Udbudslovens § 185, stk. 2, medfører, som analyseret i kapitel II, at en indgået kontrakt med den vindende tilbudsgiver må bringes til ophør. I et spilteoretisk henseende etableres dermed endnu en mulighed for den forbigåede tilbudsgiver til at vinde kontrakten i det tilfælde, at ordregiveren har begået en fejl i udbuddet, og har tildelt kontrakten til en uretmæssig vinder.

Entreprisekontrakter genudbydes sjældent forstået på den måde, at når et projekt er færdigudført, så er kontrakten bragt til ende, og en ny kontrakt angående det samme projekt udbydes næppe. Eksempelvis vil et entrepriseudbud på opførelse af en ny multiarena blive udbudt, men formentlig ikke genudbudt inden for en overskuelig årrække, da behovet for arenaen allerede er opfyldt, hvilket kan sættes i modsætning til f.eks. indkøb af kuglepenne, hvor behovet må antages at opstå mere kontinuerligt, hvorfor tilbudsgivere ligeledes vil interagere mere hyppigt. Uanset at en igangværende kontrakt må bringes til ophør, vil spillet mellem de samme tilbudsgivere, dermed antages kun at gentages en enkel gang.

Det må i øvrigt bemærkes, at virkningen af bestemmelsen i § 185, stk. 2, i nærværende afsnit, betragtes som isoleret fra det første spil, jf. afsnit 1.5.2. Betydningen heraf er, at strategien i det første spil, skitseret i afsnit 3.3.2, antages upåvirket af den nye runde, men en øvrig enkeltstående efterfølgende runde er indført, hvori en forbigået tilbudsgiver får adgang til på ny at vinde en (fejlagtig) tildelt kontrakt.

En væsentlig ændring af antagelserne i modellen gennemgået i afsnit 3.3 er, at tilbudsgiverne i den nyindførte runde af spillet ikke kun kender identiteten af de øvrige tilbudsgivere gennem prækvalifikationen, men nu også *førend* indgivelse af en klage kender den kvalitet, som hver tilbudsgiver er i stand til at tilbyde.¹⁸² Informationen tilgængeliggøres enten gennem prisobservationen af den øvrige tilbudsgivers tilbud i første runde eller direkte observeret gennem en imødekommet agtindsigtsanmodning. I det følgende forudsættes det derfor, at tilbudsgiverne gennem aktindsigt er tildelt adgang til den ordregivende myndigheds evalueringsrapport eller øvrige dokumenter, hvoraf pris

¹⁸² Ingen nye tilbudsgivere deltager dermed i den nye runde, idet det antages, at alle tilbudsgivere som har mulighed for at udføre projektet er prækvalificeret i første runde

og kvaliteten af den øvrige tilbudsgivers tilbud fremgår.¹⁸³ Usikkerheden i tilbudsgivers observation af den øvrige tilbudsgivers type er dermed elimineret.

Indledningsvis må det noteres, at muligheden for at vinde kontrakten imidlertid ikke påvirker type K_L 's incitament til at indgive klage, idet denne tilbudsgiver ved i første omgang at tabe udbuddet er vidende om, at den øvrige tilbudsgiver enten er af typen K_H , og derfor også vil (gen)vinde et fornyet udbud eller ligeledes er af typen K_L , og en forbigået tilbudsgiver af typen K_L vil derfor alene realisere en profit på nul, såfremt denne vinder det nye udbud. Deraf kan udledes, at en tilbudsgiver af typen K_L aldrig vil have incitament til at klage alene på baggrund af adgangen til fornyet konkurrenceudsættelse.

En forbigået tilbudsgiver af typen K_H vil derimod i visse tilfælde tilføres et forøget incitament til at klage. Først må det dog bemærkes, at i scenariet hvor det viser sig, at kontrakten er fejlagtigt tildelt en øvrig tilbudsgiver, som ligeledes er af typen K_H ,¹⁸⁴ vil den forbigåede tilbudsgiver ikke tilføres et øget incitament til at klage. Det skyldes, at tilfældet vil forekomme ækvivalent med effekten beskrevet i afsnit 3.3.2's hypotese 6. For klarhedens skyld beskrives effekten ligeledes her. Tilbudsgiveren af typen K_H vil vide, at den øvrige tilbudsgiver er af typen K_H , hvorfor tilbudsgiverne, såfremt en højere pris end C sættes, vil have incitament til at underbyde den anden, og dermed med sikkerhed vinde kontrakten. Resultatet heraf er således, at incitamentet til at klage for en tilbudsgiver af typen K_H er ikke-eksisterende, idet profitten ved kontrakten og derved en klagesag er forsvundet.¹⁸⁵

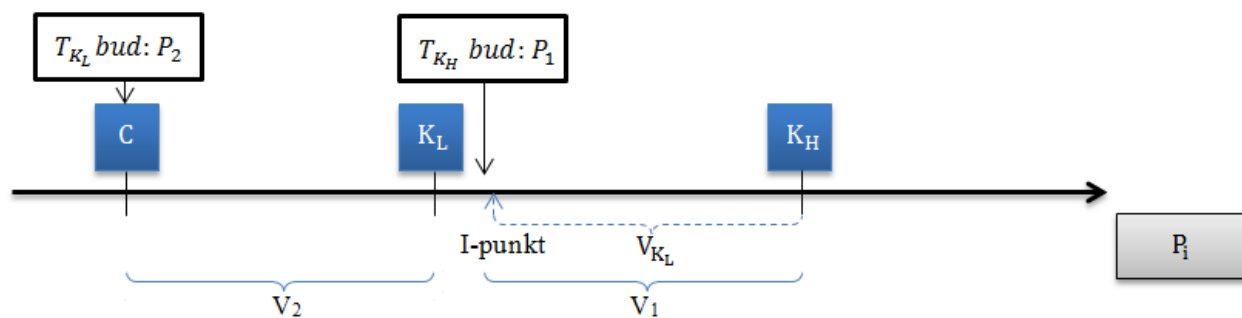
I den tilbageværende situation hvor det forud for klagesagen konstateres, at kontrakten fejlagtigt er tildelt en tilbudsgiver af typen K_L ,¹⁸⁶ samt den forbigåede tilbudsgiver er af typen K_H , vil den fornyede runde kunne opstilles, som udtrykt i figur 3.7.

¹⁸³ Om muligheden for agtindsigt se Fabricius, 2014, s. 576-581

¹⁸⁴ Situationen hvor den uretmæssigt vindende tilbudsgiver er af typen K_H kunne f.eks. opstå som følge af at et ukonditionsmæssigt tilbud antages, jf. f.eks. Kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, hvor det valgte tilbud ikke opfyldte et krav om to års garanti

¹⁸⁵ Konklusionen ser imidlertid bort fra det incitament som adgangen til erstatning giver. Det er således alene klart, at der ikke er et *forøget* incitament i nærværende tilfælde

¹⁸⁶ Det kunne opstå på baggrund af et uklart underkriterium, hvorved ordregiveren evaluere en tilbudsgiver som K_L på trods af denne er K_H , jf. Kendelse af 31. maj 2011, Kailow Graphic A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S



Figur 3.7 (egen tilvirkning)

Af ovenstående antagelser fremgår det, at tilbudsgiver af typen K_H i den nyindførte runde af spillet er vidende om, at den øvrige tilbudsgiver er af typen K_L . En bemærkelsesværdig betydning er, at førstnævnte kan forøge profitten ved at benytte en pure strategy i andet spil og byde marginalt under I-punktet i stedet for at veksle i intervallet $[P_1 ; P_{I\text{-punkt}} - \epsilon]$. Det skyldes, at tilbudsgiveren af typen K_H herved med sikkerhed vil vinde kontrakten og udtrække den maksimale profit $P_{I\text{-punkt}} - \epsilon - C$. Konsekvensen af spillet er dermed, at en samfundsmæssig uhensigtsmæssig fortsættelse af kontrakten med en tilbudsgiver af typen K_L forhindres, men at ordregiveren derimod formodentlig må betale en højere kontraktpris i sammenligning med at have tildelt kontrakten til den rette tilbudsgiver i første omgang.¹⁸⁷

3.6 Delkonklusion

Konkluderende kan dermed fremhæves, at udbudslovens § 185, stk. 2, ikke tilføre tilstrækkeligt incitament til at en forbigået tilbudsgiver af typen K_L vil indgive klage over en tildelingsbeslutning. En forbigået tilbudsgiver af typen K_H vil derimod have et forøget incitament til at påklage tildelingsbeslutningen i det tilfælde, at det viser sig, at den (uretmæssige) vinder af udbuddet er af typen K_L . Følgen heraf er at en uhensigtsmæssig situation, hvor en tilbudsgiver af typen K_L vinder kontrakten ved en fejl, men alligevel færdiggør bygge- og anlægsprojektet på trods af øvrige tilbudsgiveres højere kvalitet undgås. Dertil må det dog bemærkes, at ordregiveren i denne situation vil betale en højere kontraktpris i den nyindførte runde af spillet.

¹⁸⁷ Dette vil alene være resultatet i de fleste tilfælde, såfremt der er flere end to tilbudsgivere

Kapitel IV – Transaktionsomkostningsaspekter

Formålet med dette kapitel er at komplementere den spilteoretiske analyse, som er foretaget i kapitel III. Baggrunden for transaktionsomkostningsanalysen er, at transaktionsomkostninger kan udgøre en afgørende faktor for virksomheder og samfundet som helhed, idet det fremhæves af Williamson, at *”waste is easily a more seriously source of welfare losses than are price induced distortions”*.¹⁸⁸ Kapitlet søger herved at belyse de indirekte omkostningsmæssige konsekvenser af den danske overimplementering af udbudsdirektivet.

Transaktionsomkostninger må i denne henseende betegnes som eksistensen af omkostninger, der affødes i forbindelse med indhentning af information, udforme kontrakter samt kontrollere og retsforfølge disse.¹⁸⁹ Med en anden terminologi er de opdelt i søgeomkostninger, forhandlingsomkostninger og kontrolomkostninger.¹⁹⁰ I begrebet indlejres således såvel et ex ante, som et ex post perspektiv i relation til kontraktindgåelsen. Analysen fuldfører dermed billedet af omkostningsmæssige konsekvenser ved en pligt til opsigelse ved at illustrere påvirkningen, der ligger udover selve kontraktprisen, som den spilteoretiske analyse påviste og dermed muliggøre kapitel V’s analyse af, hvorledes bestemmelsen bør udformes.

Normalvis anvendes transaktionsomkostningsparadigmet i en sammenhæng, hvor forskelligartede reguleringsrammer, forstået som kontraktuelle, organisatoriske eller lovmæssige, sammenstilles og vurderes indbyrdes.¹⁹¹ I nærværende afsnit anvendes transaktionsomkostningsanalysen i stedet til at sammenligne de lovmæssige reguleringsrammer forud for og efter udbudslovens ikrafttræden med henblik på at fremhæve ændringer, som bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2, bevirker i en transaktionsomkostningsmæssig retning. Almindeligvis betragtes særligt tre dimensioner af en transaktion at være bestemmende for, hvordan transaktionen bør reguleres, herunder transaktionsfrekvensen, aktivspecifisering og usikkerhed.¹⁹² Disse dimensioner inddrages i det følgende i relation til entreprisekontrakter.

¹⁸⁸ Williamson, 1999, s. 232

¹⁸⁹ Knudsen, 1997, s. 209

¹⁹⁰ Eide & Stavang, 2009, s. 129

¹⁹¹ Knudsen, 1997, s. 217

¹⁹² Sornn-Friese, 2007, s. 107

4.1 Ex post

Transaktionsomkostninger som realiseres ex post, indbefatter såkaldte kontrolomkostninger, hvorunder kan henføres sanktioner af kontraktbrud.¹⁹³ I afhandlingens kontekst vil kontraktbruddet nærmere omhandle den situation, hvor den offentlige ordregiver har handlet, således at kontrakten annulleres af Klagenævnet, og det vil således være omkostninger i medfør af en annulation og omkostninger påført ved en opsigelse af den første indgåede kontrakt, som belyses i det følgende.

4.1.1 Klagenævnsomkostninger

Indledningsvist må omkostninger ved klagesagen belyses. Udsigten for klager til at få kontrakten konkurrenceudsat igen ved at påstå tildelingsbeslutningen annulleret må alt andet lige i sammenligning med situationen forud for udbudslovens vedtagelse, hvor en indgået kontrakt vedblev virkningsfuld selv efter en annulleret tildelingsbeslutning, afstedkomme en forøget tilskyndelse for en forbigået tilbudsgiver af typen K_H til at klage, som illustreret af forrige kapitel. På den baggrund vil antallet af klagesager med påstand om annulation formentlig forøges. Denne stigning i sagerne medfører i sagens natur en eskalering i tidsforbruget på sagsfremstillinger samt forberedelse. I tillæg må den klagende tilbudsgiver betale et klagegebyr på 20.000 DKK.¹⁹⁴ Ressourcer må også tilskrives sagsomkostninger til den anden part såfremt parten taber klagesagen, der dog i de fleste tilfælde begrænses til maksimalt 75.000 DKK.¹⁹⁵

De alvorlige implikationer af bestemmelsen for ordregiveren in mente hvor risikoen består for, at erstatning skal svares til henholdsvis vindende tilbudsgiver og forbigået tilbudsgiver samt omkostninger til fornyet udbudsprocedure, kunne ligeledes anses for at øge antallet af kendelser fra Klagenævnet, som indbringes til de almindelige domstole i medfør af klagenævsloven § 8, stk. 1 og 2. Dette kan anses som et udslag af såvel at få afprøvet kendelsens korrekthed, som at udstrække den tidsmæssige periode, hvori kontrakten ikke nødvendigvis skal bringes til ophør, og igangværende bygge- eller anlægsarbejder deraf kan fortsættes, da afgørelsen ikke forekommer ”endelig”, jf. kravet herom i afsnit 2.4.1. Imidlertid er det også omkostningsfuldt for ordregiveren at lade en retssag udstrække.¹⁹⁶

¹⁹³ Eide & Stavang, 2009, s. 130

¹⁹⁴ Jf. Bekendtgørelse 887/2011, § 5, stk. 4

¹⁹⁵ Jf. Bekendtgørelse 887/2011, § 9, stk. 4 og 5

¹⁹⁶ ”Sådan forløber en retssag” af Drachmann Advokater, juni 2002, s. 5

Hertil må også tillægges de eventuelle sagsomkostninger ved en klagesag, som en (fejlagtig) vindende tilbudsgiver vil anlægge ved domstolene eller voldgift for at få tildelt erstatning for opsigelsen af den indgåede kontrakt, som der ofte vil være adgang til enten på kontraktuelt grundlag eller gennem dansk rets almindelige erstatningsbetingelser, jf. afsnit 2.4.2.

4.1.2 Aktivspecifikke omkostninger

Karakteristisk ved en bygge- og anlægsydelse er, at den i væsentlig grad forekommer unik, så snart byggeriet er påbegyndt, idet hver tilbudsgiver på egen vis tilpasser sit tilbud til lokaliteten, kravspecifikationerne og udbudsmaterialet, hvorved anvendelsen af projektet andetsteds oftest er umuliggjort.¹⁹⁷ Herved vil en vindende tilbudsgiver ved kontraktindgåelsen og efterfølgende påbegyndelse af projektet allerede skabe en aktivspecifikation. At et aktiv er specialiseret, refererer til det faktum, at en ydelse kun vanskeligt kan bruges i en anden transaktion, idet særlige ressourcer er investeret i forholdet mellem parterne.¹⁹⁸ Nævneværdigt er således, at omkostningerne består trods ordregiverens afgivelse af passende varsel, jf. afsnit 2.4.2. I tillæg hertil må opmærksomheden også ledes mod, at der i byggeriet ofte vil foretages dedikerede investeringer i form af kapitalinvesteringer i menneskelige eller maskinelle ressourcer.¹⁹⁹ I sådanne aktivspecificerede situationer er parterne normalvis i vid udstrækning ”låst fast” til hinanden,²⁰⁰ og vigtigheden af at overholde sådanne kontrakter understreges af Williamson.²⁰¹ I modsætning til situationen forud for udbudslovens vedtagelse skal sådanne kontrakter, som flere gange nævnt, bringes til ophør med et passende varsel, og i et scenarie hvor man tidligere i overensstemmelse med de anførte betragtninger om aktivspecifikation ville være bundet i den bilaterale relation med kontraktparten, så må kontrakten nødvendigvis ophøre.

Ordregiveren vil almindeligvis kompensere tilbudsgiveren for allerede udført arbejde på det aktivspecifikke projekt,²⁰² og pligten til ophør medfører muligvis i påkommende tilfælde at en delmængde af det allerede udførte arbejde ikke kan anvendes af en øvrig entreprenør, som vinder det efterfølgende udbud enten som følge af materialets natur eller ordregivers pligt til at udligne en tilbudsgivers konkurrencefordel i et efterfølgende udbud.²⁰³ Kompensationen vil herved have været en ”spildt” omkostning ved opsigelsen af kontrakten. F.eks. ville en pligt til at bringe en kontrakt

¹⁹⁷ ”Analyse: Reduktion af transaktionsomkostninger ved udbud i bygge- og anlægsbranchen” af Rambøll Management Consulting, januar 2016

¹⁹⁸ Jf. således Knudsen, 1997, s. 215

¹⁹⁹ Sornn-Friese, 2007, s. 110

²⁰⁰ Knudsen, 1997, s. 216

²⁰¹ Williamson, 1985, s. 54

²⁰² Jf. AB92 § 22, stk. 1

²⁰³ Risikoen for at stå med et halvfærdigt byggeri fremhæves også af IKA i høringsnotet til udbudsloven, s. 30

omhandlende et metrobyggeri til ophør forestilleligt bevirke, at dele af det foretagne stationsbyggeri ikke ville kunne anvendes af en øvrig entreprenør. Samtidig vil tilbudsgiver miste investeringer i menneskelige eller maskinelle ressourcer, som i eksempelvis leje af en gravemaskine eller hyring af italienske håndværkere, men vil igen ofte kompenseres. I det tilfælde udført arbejde kan anvendes og en fortsættelse af projektet således er mulig vil det kræve udtømmende informationsudveksling med en kontrahent, ordregiveren lige har opsagt kontrakten med, hvilket nødvendigvis må besværliggøre kommunikationen. Omkostningerne vil formentlig være korreleret med aktivspecifikationen, idet en større aktivspecifikation vil nødvendiggøre flere informationer, førend aktiver kan anvendes i en eventuel anden transaktion.

Efter opsigelsen må et nyt udbud oftest iværksættes. På tilbudsgiver-siden kan fremhæves, at det er særdeles ressourcekrævende at udarbejde tilbud. En undersøgelse af Dansk Erhverv fandt således at op mod 11 % af de danske tilbudsgivere forbruger mere end 80.000 DKK til udarbejdelsen af et tilbud, hvor omkostninger naturligvis er korreleret med kompleksiteten af udbuddet herunder aktivspecifikationen, da materiale fra tidligere udbud ikke blot kan genanvendes.²⁰⁴ Ved at kontrakten må bringes til ophør og en ny udbudsprocedure afholdes, må tilbudsgiveren, som allerede har deltaget i det første udbud, nødvendigvis genudarbejde et nyt tilbud og således atter forbruge ressourcer på undersøgelse af nye krav, nedfældning af tilbuddet og afsendelse. Samtidig vil alle ressourcer forbrugt i første udbud være forspildte for alle andre end den fejltagt tildelte. På ordregiver-siden må fremhæves, at denne skal afholde udgifter til udførsel af hele udbudsprocessen igen.

4.1.3 Forsinkelsesomkostninger

Ved en sanktionering i form af annulation af tildelingsbeslutning og efterfølgende pligt til ophør er en naturlig følge, at projektet vil forsinkes. Påvirkningen af en forsinkelse i omkostningstermer kan være substantiel. F.eks. estimeredes en forsinkelse af den kommende metroring på et enkelt år at betyde en fordyrelse af projektet på 1,2 – 1,5 milliarder DKK bl.a. pga. kompensationsbetalinger til naboer for støjgener.²⁰⁵ Ligeledes kunne en kontrakts ophør i entreprise fører til, at en øvrig entreprenør bliver forsinket med deres del af ydelsen, og deraf må kompenseres af ordregiveren, jf. AB92 § 27, stk. 2, nr. 2, jf. § 24, stk. 1, nr. 2.

²⁰⁴ ”Brug for nytænkning af offentlige kreative udbud” af Dansk Erhverv, 2013, s. 2

²⁰⁵ <http://politiken.dk/oekonomi/virksomheder/art5504113/Metrobyggeriet-bliver-forsinket-p%C3%A5-trods-af-lovindgreb>

Samlet set medfører bestemmelsen således en substantiel påvirkning af transaktionsomkostningsniveauet ex post i form af såvel aktivspecifikke omkostninger som klagenævns- og forsinkelsesomkostninger. Denne konklusion er i overensstemmelse med det af udbudslovsudvalget fremhævede²⁰⁶, idet de understreger, at *”Både klagesager og annullationer er omkostningstunge for både offentlige ordregivere og private økonomiske aktører”*.

I en undersøgelse foretaget af PwC for EU-Kommissionen fandtes, at frygten for repressalier i form af klager og retsforfølgelse er en betydningsfuld driver for den offentlige ordregivers omkostninger i forbindelse med et udbud. Særligt transaktionsomkostningerne ved adfærden forud for kontraktindgåelse fremhæves i denne henseende, hvorfor effekterne beskrevet i næste afsnit delvist vil afhænge af nærværende afsnit.²⁰⁷

4.2 Ex ante

Ex ante transaktionsomkostninger indbefatter ressourcer forbrugt til markedsanalyse, formøder, prækvalificering, udarbejdelse af udbudsmateriale, støtte til tilbudsgivere, tilbudsevaluering og tildelingsbeslutning samt kontraktindgåelse.²⁰⁸ I kategorien søgeomkostninger henregnes i det følgende udgifter til markedsanalyse, formøder samt prækvalificering, mens forhandlingsomkostninger vil dække over omkostninger til udbudsmaterialet, støtte til tilbudsgivere, tilbudsevaluering, tildelingsbeslutning og kontraktindgåelse. Bemærkelsesværdigt er således, at omkostningerne materialiserer sig i alle udbud, uanset om de bliver omdrejningspunkt for en klagesag. I nærværende afhandling vil ex ante omkostninger være de omkostninger, som påføres førend indgåelse af den første kontrakt, som bliver genstand for pligten til opsigelse.

4.2.1 Forberedelsesomkostninger

Udbudslovens § 185, stk. 2, fostrer gennem ovenstående effekter ex post en nyindført usikkerhed inter partes, idet en usikkerhed om kontrakten falder til jorden tilføres relationen. Usikkerhed er et betydningsfuldt transaktionsomkostningselement,²⁰⁹ og for tilbudsgiverne vil risikoen for at få en tildelingsbeslutning annulleret være eksogen fastsat, da det ofte vil ligge uden for den pågældende tilbudsgivers påvirkningssfære, hvorvidt ordregiveren i sin tilbudsevaluering eller udbudsproces generelt

²⁰⁶ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 7

²⁰⁷ ”Public Procurement in Europe – Cost and Effectiveness” af PwC, marts 2011, s. 80

²⁰⁸ Helby Pedersen, Ole & Bækkeskov, Erik ”Transaktionsomkostninger ved udbud af offentlige opgaver”, 2015, s. 15

²⁰⁹ Jf. bl.a. Knudsen, 1997, s. 215 og Sornn-Friese, 2007, s. 108

har foretaget handlinger, som kan begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen.²¹⁰ Det straks nedenfor anførte vil derfor i mindre grad påvirke tilbudsgiverne.

En forestillelig følge af risikoen for de alvorlige konsekvenser bestemmelsen foranlediger, er, at en ordregiver i sit udbud vil udvise en høj grad af påpasselighed og omhyggelighed i udarbejdelsen af udbudsmaterialet, evalueringen af tilbud og udbudsproceduren i sin helhed, sådan at fejl, der kan give anledning til en annullation af tildelingsbeslutningen, formindskes, idet følgen i modsat tilfælde bliver en stor økonomisk byrde i form af erstatning til den i første omgang vindende tilbudsgiver, tab af aktivspecifikke investeringer samt omkostninger til indgåelse og udførelse af en ny kontrakt. Kvalitativt vil udbudsmaterialet herved forbedres, mens søge- og særligt forhandlingsomkostningerne for ordregiveren af at afholde udbud forventeligt kan observeres at stige forholdsmæssigt qua bl.a. lønomkostninger til medarbejdere, der forestår udbuddet. Ovenstående blev også fremhævet af Københavns Kommune under høringen til udbudsloven, hvor de fremhævede, at § 185, stk. 2 ”*medfører betydelige økonomiske og tidsmæssige ressourcer*”.²¹¹

Hertil må det udledes, at konciperingsomkostningen ved kontrakten forventeligt forøges, idet kompleksiteten i en kontraktuel sammenhæng forøges. Herunder må betragtes, at escapeklausuler i kontrakten fremtidigt tillægges en betydningsfuld rolle, som fremhævet i afsnit 2.4.2. Foruden selve adgangen til opsigelsen i tilfælde af annullation af tildelingsbeslutningen må erstatningsopgørelsen og informationsudveksling mellem kontrahenterne ligeledes stipuleres i kontrakten sådan, at stigningen i transaktionsomkostningerne ved fortsættelse af byggeriet begrænses. I sagens natur vil formuleringen og gennemlæsning af sådanne komplekse kontraktklausuler optage ressourcer hos de økonomiske aktører, men i tilfælde af konflikt vil det lette en kompliceret opgørelse af erstatningen. Dette er udtryk for, at en stigning i transaktionsomkostninger ex ante ofte vil medføre et fald ex post og vice versa.²¹²

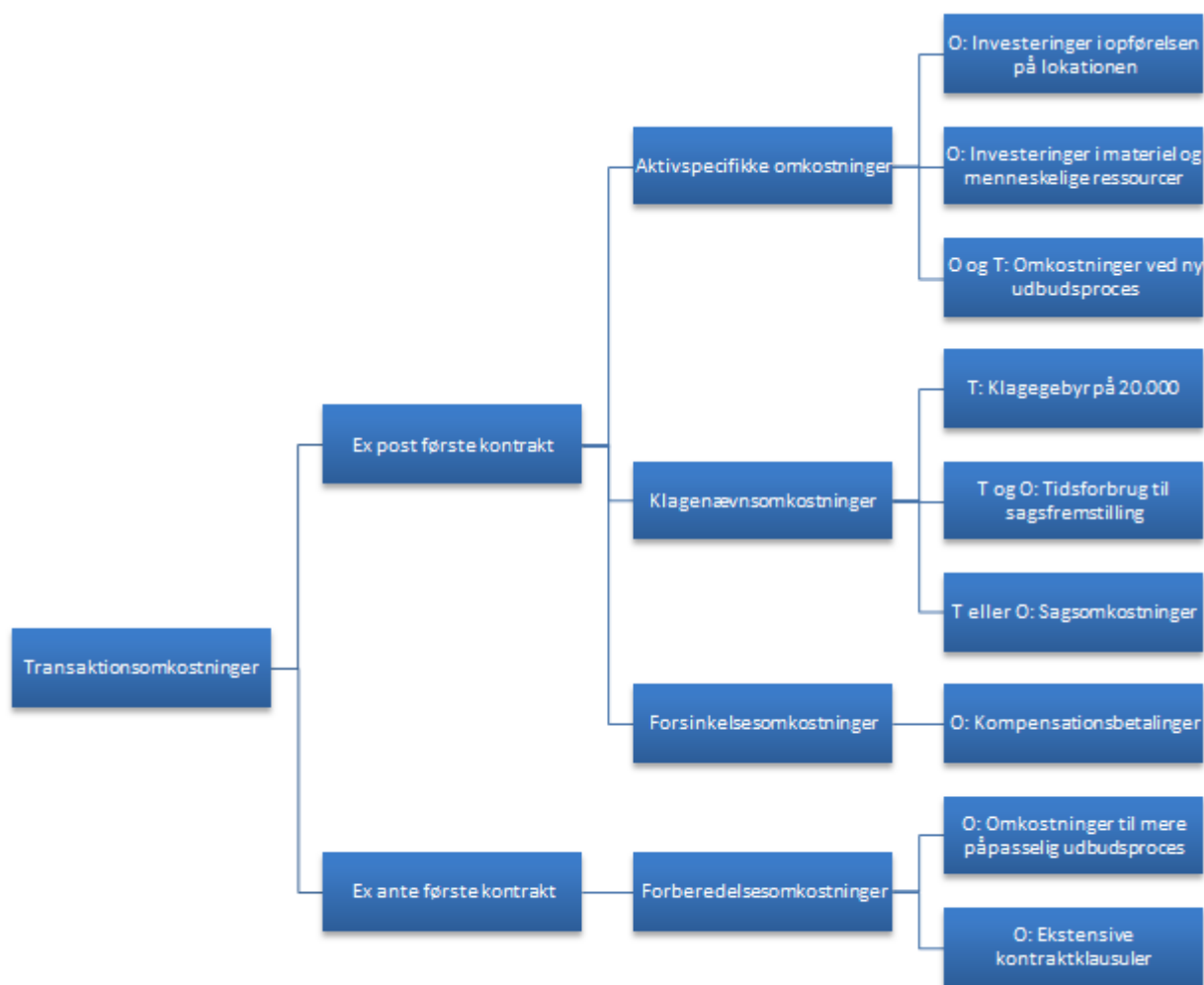
I lyset af de forhenværende afsnit må det opsummerende bemærkes, at bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2, alt andet lige bevirker betydelige stigninger i transaktionsomkostningerne. Formentlig vil påvirkningen af ex ante transaktionsomkostningerne nedbringe ex post omkostningerne, men samtidig øges incitamentet for tilbudsgivere af typen K_H til at anlægge klagesag, og fejl kan formentlig ikke helt undgås. Virkningerne kan derfor ikke anses for ophævet heraf. Samtlige effekter er oplistet i figur 4.1,

²¹⁰ Se afsnit 2.1.1

²¹¹ Høringsnotat til forslag til udbudslov, s. 30

²¹² Williamson, 1985, s. 20

hvor "O" og "T" i yderste kolonne angiver om faktoren påvirker henholdsvis ordregiver eller tilbudsgiver.



Figur 4.1 (egen tilvirkning)

4.4 Delkonklusion

Transaktionsomkostninger betragtes som omkostninger i forbindelse med indhentning af information, udforme kontrakter samt kontrollere og retsforfølge disse. Opdelingen kan således foretages i transaktionsomkostninger ex ante og ex post kontraktindgåelsen.

I et ex post perspektiv må fremhæves omkostningerne ved det forøgede incitament til at klage en tilbudsgiver af K_H besidder. I tillæg til de direkte omkostninger ved klagesagerne må også omkostninger ved udskiftning af kontraktparten tages i betragtning grundet bygge- og anlægsydelsens særlige karakteristik som aktivspecifik, samt forsinkelsesomkostninger.

Ex ante vil usikkerheden, bestemmelsen medfører i kontraktforholdet, bevirke, at omkostningerne vil stige i udbudsprocessen. Herunder vil konciperingsfasen og generel påpasselighed afkræve flere ressourcer af ordregiveren.

Kapitel V – Retspolitiske aspekter

Nærværende kapitel søger med retsøkonomisk belæg at fremkomme med retspolitiske betragtninger, der anskuer, hvordan retstilstanden bør være i situationen, hvor en tildelingsbeslutning i et større entrepriseudbud er annulleret.

Fundamentet for analysen findes i afhandlingens foregående kapitler, hvori der i afsnit 2.4.3.1 fandtes, at entrepriser formentlig kun i ganske begrænset omfang undtages fra påbuddet om at bringe den indgåede kontrakt til ophør. Denne konklusion sammenholdt med effekterne belyst i såvel kapitel III som IV, hvori det blev belyst, hvordan vitale omkostninger påføres aktørerne, bevirker, at nærværende afsnit påser, hvorvidt en mere hensigtsmæssig retstilstand kan udformes, hvorved de negative konsekvenser begrænses. Det være sig i en mere lempelig tilgang til værdispildsbetragtninger eller en udvidet adgang til erstatning på positiv opfyldelsesinteresse fra Klagenævnet, hvilket undersøges nærmere i det følgende gennem en opstilling af de nævnte scenarier. Dette kapitel forholder sig ignorant til de anskuelser, som blev fremstillet i afsnit 2.4.2 angående mulig omgåelse af bestemmelsen. Baggrunden herfor er, at omgåelsen vil befinde sig i en gråzone uden for det egentlige formål med bestemmelsen, hvorimod afhandlingens ønske er at finde frem til en holdbar retstilstand.

Kapitlet vil som kort nævnt opstille scenarier, hvorigennem det enkelte scenarios virkning på retstilstanden analyseres. Afrundingsvis vil scenarierne sammenstilles i et komparativt lys med henblik på at fremfinde den mest hensigtsmæssige reguleringsramme for større entrepriseudbud i tilfælde af annulation af tildelingsbeslutning.

5.1 Retstilstanden med få undtagelser

Nedenfor opsummeres retstilstanden med det formål, at en referenceramme for de følgende afsnit skabes. Det vil således være virkningerne i tilknytning til hver af de enkelte følgende afsnit, der sættes i relation til virkningen fremført i nærværende afsnit, hvor gældende ret fastholdes.

Kapitel II analyserede frem til gældende ret, de lega lata, og med baggrund heri fandtes adgangen for en offentlig bygherre til at dispensere fra kravet om at bringe entreprisekontrakten til ophør begrænset, hvorfor afsnittets følgende dele tager udgangspunkt i, at kontrakten må bringes til ophør med få undtagelser.

Betydningen er som fremhævet i afsnit 2.4.3.2, at ordregiveren i værst tænkelige scenario må betale erstatning til den forbigåede tilbudsgiver, samtidig med at kontrakten alligevel vil skulle bringes til ophør, og erstatning ligeledes tildeles den vindende tilbudsgiver. Kontraktprisen på entreprisen, der efterfølgende må genudbydes, vil dertil også være højere som fremhævet i afsnit 3.5. Imidlertid vil den eventuelle fejl, ordregiveren har begået med dertilhørende lavere kvalitet, kunne genoprettes, således at projektet gennemføres til en bedre kvalitet. I tillæg må transaktionsomkostningsaspektet ligeledes inddrages, idet samtlige effekter ex ante som ex post gennemgået i henholdsvis afsnit 4.1 og 4.2 vil materialisere sig. Den offentlige ordregiver befinder sig derfor i en besværlig og omkostningsfuld position.

Den uretmæssige vinder af udbuddet må forvente, at kontrakten med denne opsiges, hvorved der i sagens natur vil opstå væsentlige omkostninger og uhensigtsmæssigheder. Imidlertid vil denne tilbudsgiver oftest kompenseres for udført arbejde og tildeles erstatning på enten kontraktuelt grundlag eller gennem dansk rets almindelige erstatningsbetingelser, hvilket oftest vil udgøre nettofortjenesten, denne ville have opnået på kontrakten.²¹³ Situationen for tilbudsgiveren forekommer herefter som værende neutral, idet tilbudsgiveren fortsat får udledt det samme økonomiske provenu, som var kontrakten videreført, men påføres dog transaktionsomkostninger ex post i afskygning af afholdelse af omkostninger til retssag for at nå dertil, såfremt det ikke fremgår klart af kontrakten.

En forbigået tilbudsgiver tilføres gennem den fornødne gentagede udbudsprocedure en fornyet mulighed for at vinde entreprisekontrakten, hvorved denne tilbudsgiver i medfør af den nye bestemmelse kompenseres for den vanskelige adgang til erstatning, jf. netop formålet med bestemmelsen fremhævet i afsnit 2.3, men muligheden består for en dobbeltkompensation, jf. afsnit 2.4.3.2. Samtidig må omkostninger til klagesagen, hvor påstand om annullation præsenteres, afholdes.

5.2 Entrepriser undtages efter særlige forhold

Nærværende afsnits udgangspunkt er et scenarie, hvori retstilstanden fastlægges således, at økonomiske omkostninger som følge af forsinkelse i kontraktens opfyldelse, omkostninger til fornyet udbudsprocedure og omkostninger til udskiftning af entreprenøren samt øvrige transaktionsomkostninger vil kunne medtages som begrundelse for et værdispild, hvilket formentlig ikke forekommer at være det nuværende tilfælde, jf. afsnit 2.4.3.1. Fremhævelsesværdigt er påvirkningen

²¹³ Høg, 2005, s. 206

af entreprisekontrakter af en sådan vedkendelse af økonomiske omkostninger, som begrundelse for eksempelangivelsen i forarbejderne²¹⁴ ”*belt ekstraordinært værdispild*”, idet disse kontrakter herved ofte vil kunne videreføres grundet kapitel III og IV’s illustration af omkostningerne ved en forpligtelse til opsigelse.

Den indgåede entreprisekontrakt videreføres herefter, hvorved den offentlige ordregivers bygge- og anlægsprojekt udføres uden forsinkelse eller besværlighed ved en fortsættelse af en øvrig tilbudsgiver. En væsentlig del af de ex post transaktionsomkostninger som bestemmelsen indbefatter, i medfør af den høje grad af aktivspecifikation bygge- og anlægsydelsen indtager, undgås derved. Dertil kommer, at et følgende erstatningskrav fra den vindende tilbudsgiver undgås. Yderligere vil en højere kontraktpris i genudbuddet²¹⁵ ikke få betydning, da den indgåede kontrakt ikke bringes til ophør, men muligvis videreføres en kontrakt med en tilbudsgiver, der tilbød lav kvalitet, selvom en type K_H afgav bud. Erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver vil, ækvivalent med tilstanden i skrivende stund, kun i sjældne tilfælde forekomme, jf. afsnit 2.1.3. Bemærkelsesværdigt er således, at situationen på disse punkter imiterer retstilstanden forud for udbudslovens ikrafttræden. Imidlertid vil klagenævnsmkostningerne som fremhævet i afsnit 4.1.1 fortsat være gældende, idet det først efter klagesagen om annulation vil stå klart, hvorvidt ordregiveren viderefører entreprisekontrakten.²¹⁶

Tilbudsgiveren som i første omgang (uretmæssigt) vinder entreprisekontrakten, trues ikke af en forestående annulation af tildelingsbeslutningen, idet kontrakten blot videreføres. Denne tilbudsgiver betales således entreprisensummen, der ved afslutning af udbudsprocessen var aftalt.

Den forbigåede tilbudsgivers eneste fremtidsudsigt vil herefter være en eventuel erstatning. En positiv opfyldelsesinteresse tildeles, som nævnt ovenfor, alene i enkelte tilfælde, hvorfor at tilbudsgiveren som retstilstanden forud for udbudslovens vedtagelse ofte alene opnår tilfredsstillelsen ved at få ret, jf. afsnit 2.2.4.

²¹⁴ Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

²¹⁵ Se hertil afsnit 3.5

²¹⁶ Dette er imidlertid alene, såfremt det ikke står klart for klager, at entrepriser vil gå under undtagelsen, idet incitamentsvirkningen til klagesagen fremstillet i afsnit 3.5 i modsat tilfælde fjernes.

5.3 Bevisbyrde ved påstand om erstatning²¹⁷

Formålet med dette afsnit er at påse effekterne ved en udvidet adgang til erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver, herunder hvordan denne adgang kunne organiseres. Baggrunden for at denne mulighed påses er, at den centrale bevæggrund for introduktionen af § 185, stk. 2, er, at adgangen til erstatning for den forbigåede tilbudsgiver er for snæver jf. afsnit 2.3. Ved at lette adgangen til erstatning kompromitteres formålet i form af en mere følelig kompensation af den forbigåede tilbudsgiver ved overtrædelser af udbudsloven derved ikke.

En bevisbyrdeovervejelse kunne lede til, at en omlægning af bevisbyrden i relation til entrepriseudbud har sin berettigelse, hvilket i øvrigt er muligt, idet kontroldirektivet ikke indeholder særlige forpligtelser mht. bevisbyrde. I litteraturen kan findes fortalere for, at der i visse udbudssituationer burde anvendes en omvendt bevisbyrde i den forstand, at den offentlige ordregiver må bevise, at den erstatningssøgende forbigåede tilbudsgiver ikke ville have vundet udbuddet.²¹⁸ Særligt ved anvendelse af tildelingskriteriet ”forholdet mellem pris og kvalitet” begrundes hensigtsmæssigheden i en retfærdighedsbetragtning, idet ordregiveren selv har begået overtrædelsen, der motiverer det svært beviselige erstatningskrav på positiv opfyldelsesinteresse samt en betragtning af det EU-retlige effektivitetsprincippet. Klagenævnet har tidligere vedkendt, at der i visse situationer kan anvendes en omvendt bevisbyrde, men domstolene er dog veget tilbage fra at acceptere disse betragtninger,²¹⁹ og de kritiseres da også i den øvrige litteratur med begrundelse om, at tilbudsgiveren vil indtage en urimelig velbeskyttet retsposition på de offentlige financers bekostning.²²⁰

Afhandlingen påser imidlertid alligevel muligheden for et præsumptionsansvar ved erstatning af en forbigået tilbudsgiver i entrepriseudbud, herunder særligt i det tilfælde tildelingskriteriet ”forholdet mellem pris og kvalitet” er anvendt. Det skyldes, i tillæg til de ovenfor i litteraturen anførte anskuelser, en betragtning af at ordregiveren må anses som værende nærmest til at have anledning og mulighed til at sikre sig bevis, og det uanfægteligt er denne aktør, der foretager vurderingen, som leder til den forbigåede tilbudsgivers tab.²²¹ Sådanne betragtninger inddrages ofte i afgørelsen af, hvor bevisbyrden

²¹⁷ Der tages udgangspunkt i at klager altid i klagesagen om annulation vil nedlægge påstand om erstatning

²¹⁸ Troels Poulsen & Jakobsen, mfl., 2011, s. 582 ff. og Steinicke, 1999, s. 134, note 19

²¹⁹ Jf. Kendelse af 3. juli 2002, Judex mod Århus Amt, hvor Klagenævnet anfører at den bevismæssige svære situation Judex er i må komme Amtet til skade. Vestre Landsret underkendte imidlertid senere denne kendelse i dom af 16. marts 2004 uden at gentage præmissen, antageligt fordi det ikke kunne begrundes i de almindelige danske erstatningsregler.

²²⁰ Jf. bl.a. Berg, 2012, s. 891 og Iversen, 2016, s. 121

²²¹ Steinicke, 1999, s. 134, fremhæver i øvrigt ligeledes dette element i note 19

bør ligge.²²² I tilfælde af at ”pris” eller ”omkostninger” anvendes som tildelingskriterium i entrepriseudbuddet, forekommer det mindre nærliggende at vende bevisbyrden, idet de bevismæssige komplikationer ikke betragtes for anseelige.

Præsumptionsansvaret er en væsentlig skærpelse af erstatningsansvaret,²²³ hvorved problemet fremført i forarbejderne til udbudsloven angående den forbigåede tilbudsgivers vanskelige adgang til erstatning kunne afhjælpes, samtidig med at et udvidet antal entreprisekontrakter kunne videreføres. Det skyldes, at bevisbyrdeomlæggelsen således at det påhviler ordregiver at bevise, at en given forbigået tilbudsgiver i relation til det konkrete entrepriseudbud ikke ville have vundet kontrakten, kunne øge adgangen til erstatning af den positive opfyldelsesinteresse, hvorved flere tilfælde ville falde under undtagelsen omhandlende udbetaling af positiv opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver.²²⁴

For at ekspandere rækkevidden af undtagelsen yderligere vil effekten illustreres såfremt lovgiver samtidig fjernede andet led af den todelte betingelse, fremført i afsnit 2.4.3.2. Herved ville alene erstatningsudbetalingen kvalificere ordregiverne til at videreføre kontrakten, selvom kontrakten i første omgang f.eks. er tildelt en ukonditionsmæssig tilbudsgiver. I sagens natur vil det påvirke andre forbigåede tilbudsgivere, som ikke nødvendigvis kunne have vundet udbuddet, idet de ikke opnår fornyet konkurrenceudsættelse. Tabet af denne kompensation påvirker imidlertid ikke retfærdigheden, idet de øvrige tilbudsgivere blot ville have tabt til den med urette forbigåede tilbudsgiver, som i stedet får tildelt positiv opfyldelsesinteresse, såfremt fejlen ikke var begået af ordregiveren i det første udbud. Dermed er intet tabt ved ikke at få adgang til en fornyet konkurrenceudsættelse, og eventuel adgang til erstatning af den negative kontraktsinteresse må herefter anses for tilstrækkelig til at kompensere disse tilbudsgivere.

Det følger af sagens natur, at alene én forbigået tilbudsgiver kan tildeles erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse for den samme kontrakt, da betingelsen er, at den pågældende tilbudsgiver ville være tildelt entreprisekontrakten, såfremt fejlen som ledte til annulation af tildelingsbeslutningen ikke havde materialiseret sig, hvilket flere tilbudsgivere naturligvis ikke meningsfuldt ville kunne. Dermed vil der i alle tilfælde alene være tale om en enkel erstatningsudbetaling i form af positiv opfyldelsesinteresse til en forbigået tilbudsgiver.

²²² Rammeskov Bang-Pedersen, 2015, s. 491

²²³ Von Eyben & Isager, 2015, s. 176

²²⁴ Det skyldes, at et præsumptionsansvar fører til at risikoen for manglende bevis, hviler på parten, hvorpå bevisbyrden ligger. Således vil det komme denne part til skade, såfremt bevisbyrden ikke løftes, se hertil Rammeskov Bang-Pedersen, 2015, s. 490

Deraf må det noteres, at ordregiveren ved ovenstående bevismæssige korrektion i et udvidet antal tilfælde må antages pålagt at betale positiv opfyldelsesinteresse til en forbigået tilbudsgiver,²²⁵ hvorved en videreførelse af kontrakten under undtagelsen muliggøres. Heraf følger ligeledes, at ordregiveren fortsat må betale kontraktsummen for den indgåede kontrakt i tillæg til erstatningsudbetalingen til den forbigåede tilbudsgiver, men ikke påvirkes af den højere kontraktsum, der ville være resultatet af et genudbud, men samtidig genoprettes en tildeling til tilbudsgiver af typen K_L ikke. Transaktionsomkostninger i form af klagenævnsomkostninger som opstår gennem den forbigåede tilbudsgivers sanktionering af ”kontraktbruddet”, vil fortsat realiseres, idet incitamentet til at anlægge klagesag formentlig fortsat vil bestå, da den forbigåede tilbudsgiver kompenseres med den fortjeneste, denne ville have opnået ved at have vundet kontrakten, og dermed samme gevinst som hvis denne havde vundet det fornyede udbud. Konklusionen i afsnit 3.5 pålydende, at typen K_H alene i særlige tilfælde vil tillægges forøget incitament til klage, må i øvrigt revideres som følge af denne løsning, idet en uretmæssigt forbigået tilbudsgiver K_H altid vil tillægges incitament til at anlægge klagesag, i og med erstatning kan opnås i forhold til den tilbudspris tilbudsgiveren tilbød i første udbud. På denne baggrund vil niveauet for klagenævnsomkostninger sandsynligvis bibeholdes, måske endda stige, idet incitamentet til at anlægge en klagesag med påstand om erstatning består, og muligvis forøges. I tillæg til de allerede nævnte ex post transaktionsomkostninger må det ligeledes bemærkes, at ordregiveren undgår, at kontrakten må ophøre og derved en sikring af den aktivspecificerede ydelses fortsatte udførsel, hvorved omkostningsfaktoren sammen med forsinkelsesomkostninger elimineres. For så vidt angår ex ante transaktionsomkostninger så vil lettelsen og nedbringelse af usikkerheden angående konsekvenserne ved, at kontrakten må bringes til ophør formentlig bevirke en nedgang i transaktionsomkostningerne, idet påpasselighed og øgede konciperingskrav ikke i lige så høj grad vil gøre sige gældende. På den anden side kan argumenteres for, at transaktionsomkostningerne ex ante ikke vil forskydes væsentligt i nedadgående retning, idet at en erstatningsudbetaling på den positive opfyldelsesinteresse fortsat vil karakterisere så stor en usikkerhedsfaktor, at påpasseligheden, relativt til situationen hvor kontrakten må opsiges, vil forekomme uændret. Ex ante transaktionsomkostninger vil derfor antages uændrede i det følgende.

For den vindende tilbudsgiver tillades denne at fortsætte arbejdet på bygge- og anlægsprojektet mod betaling af entreprisesummen, hvorved denne stilles som før udbudslovens ikrafttræden.

²²⁵ Høg, 2005, s. 168

Den forbigåede tilbudsgiver kompenseres med positiv opfyldelsesinteresse, hvorved entreprenøren stilles, som havde denne opfyldt kontrakten med den deraf følgende fortjeneste. Imidlertid elimineres muligheden for den forbigåede tilbudsgivers opnåelse af dobbeltkompensation i form af såvel positiv opfyldelsesinteresse som kontrakttildeling i det fornyede udbud. Ex post klagenævnsomkostninger må fortsat afholdes.

5.4 Opsamling

På baggrund af de forrige afsnits vurderinger af effekterne ved de respektive forslag til hvordan retstilstanden kunne udformes, opstilles nedenfor i tabel 5.1 en oversigt, som på overskuelig måde øjensynliggør de påvirkninger, der er i spil.

Forklarende kan det anføres, at et ”+”-tegn i tabellen er ensbetydende med en positiv indvirkning i omkostnings- eller profittermer for den pågældende aktør (oplistet i kolonnerne) af de givne faktorer (oplistet i rækkerne). Modsat vil symbolet ”—” angive en negativ påvirkning. Er tegnet omkranset af en parentes ”()”, er betydningen, at effekten alene realiseres med lille sandsynlighed. Heraf følger, at f.eks. ”(+)” vil betyde, at der med en lille sandsynlighed vil være en positiv påvirkning af den givne aktør.

Påvirkningen af de respektive aktører af de forskelligartede faktorer antages imidlertid ikke at være ensformig. Således vil ex post transaktionsomkostninger for en ordregiver antageligt beløbsmæssigt overgå en forbigået tilbudsgivers ligeså, idet førstnævnte både afholder klagenævnsomkostninger, forsinkelsesomkostninger samt omkostninger ved den aktivspecifikke ydelse, mens den forbigåede tilbudsgiver primært afholder klagenævnsomkostninger, jf. figur 4.1. I nedenstående tabel inkorporeres dette element ved, at faktorer som påvirker aktørerne mindre væsentligt udtrykkes med henholdsvis et lille minus- eller plus-tegn, ”-” eller ”+”.

		Offentlig bygherre	Vindende tilbudsgiver	Forbigået tilbudsgiver
Retstilstanden uden undtagelser	Erstatning til forbigået tilbudsgiver	(-)		(+)
	Erstatning til vindende tilbudsgiver	-	+	
	Fornyelse kontraktindgåelse	+ -		+
	Ex ante transaktionsomkostninger	-		-
	Ex post transaktionsomkostninger	-	-	-
Undtages efter "særlige forhold"	Erstatning til forbigået tilbudsgiver	(-)		(+)
	Erstatning til vindende tilbudsgiver	-	+	
	Ingen ny kontraktindgåelse	- +		
	Ex ante transaktionsomkostninger	-		-
	Ex post transaktionsomkostninger	-		-
Korrektion i bevisbyrde	Erstatning til forbigået tilbudsgiver	-		+
	Erstatning til vindende tilbudsgiver	-	+	
	Ingen ny kontraktindgåelse	- +		
	Ex ante transaktionsomkostninger	-		-
	Ex post transaktionsomkostninger	-		-

Tabel 5.1 (egen tilvirkning)²²⁶

5.4.1 Vurdering

På baggrund af tabel 5.1 vil en vurdering af, hvorvidt retstilstanden bør ændres, foretages. Indledningsvist må det bemærkes, at retstilstanden, hvorved kontrakten må bringes til ophør, er den mest byrdefulde for ordregiveren, mens situationen, hvorved entreprisekontrakten kan videreføres under undtagelsen ”særlige forhold”, er den mindst omkostningstunge. En positiv effekt fra ordregiverens perspektiv kan imidlertid observeres i begge tilfælde, hvor entreprisekontrakten kan videreføres.

For den vindende tilbudsgiver vil både løsningen, hvorved entrepriser undtages pligten til at bringe kontrakten til ophør gennem ”særlige forhold” eller en udvidet adgang til erstatning resultere i samme udfald, idet denne tillades at fortsætte arbejdet under kontrakten, som var tildelingsbeslutningen aldrig annulleret. I sammenligning med situationen hvor kontrakten må bringes til ophør, stiller en undtagelse af entrepriser den vindende tilbudsgiver bedre, hvilket opretholdes på trods af, at den vindende tilbudsgiver tildeles erstatning for den positive opfyldelsesinteresse i de fleste tilfælde af opsigelse. Det skyldes, at den vindende tilbudsgiver ved en videreførelse af entreprisekontrakten undviger de ulemper, som en opsigelse af kontrakten medfører, underforstået tidsforbrug og omkostninger til at anlægge klagesag ved domstolen med påstand om erstatning.

Med hensyn til de isolerede effekter i forhold til den forbigåede tilbudsgiver, da vil denne stilles mindre fordelagtigt uanset, hvilken model der anvendes. Særligt beror denne forringelse på, at § 185, stk. 2, nuværende umiddelbare virkning i form af en mulig dobbeltkompensation, indebærende både

²²⁶ Erstatning i modellen skal forstås som positiv opfyldelsesinteresse

erstatning og fornyet konkurrenceudsættelse, modvirkes. Imidlertid sikres den uretmæssige forbigåede tilbudsgiver kompensation ved scenariet, hvor en bevismæssig korrektion foretages, hvorimod en udvidet adgang til undtagelsen omhandlende ”*særlige forhold*” bringer omtalte tilbudsgiver tilbage til status quo forud for udbudslovens ikrafttræden.

Konkluderende kan det dermed anføres, at en undtagelse af entrepriser primært i medfør af en udvidet anseelse af værdispild vil føre til en forbedring omkostningsmæssigt komparativt til den nuværende retstilstand, hvilket særligt skyldes nedbringelsen af transaktionsomkostninger. Imidlertid vil situationen, hvorved entrepriser undtages som følge af erstatning af den positive opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver, alene medføre en minimal forbedring i rene omkostningstermer. Et centralt element er imidlertid, at scenariet hvori adgangen til positiv opfyldelsesinteresse justeres, sikrer opnåelse af § 185, stk. 2, formål, således at en forbigået tilbudsgiver sikres kompensation, hvorimod en undtagelse som følge af værdispild vil føre til samme situation som før udbudslovens vedtagelse, hvor den forbigåede tilbudsgivers vej til kompensation var besværlig. Argumentet kunne herefter lyde, at korrektionen af bevisbyrden vil være mere proportional end den nuværende udformning af § 185, stk. 2, idet samme formål opnås på mindre byrdefulde vilkår. Den mest hensigtsmæssige løsning vil således afhænge af, hvor meget vægt hensynet til kompensation af forbigået tilbudsgiver kontra ordregivers omkostninger tillægges, men det står klart, at en forbedring vil kunne opnås ved en undtagelse af entrepriser.

5.5 Delkonklusion

I nærværende kapitel er det anskueliggjort, hvorledes retstilstanden bør udformes. En undtagelse af entrepriser fra den obligatoriske retsfølge i form af en pligt til at bringe kontrakten til ophør synes således hensigtsmæssig.

Både undtagelse som følge af ”*særlige forhold*” eller udvidet erstatning af den positive opfyldelsesinteresse begrænser de negative effekter. I rene omkostningstermer fører undtagelsen efter ”*særlige forhold*” til en bedre situation, men den forbigåede tilbudsgiver vil stilles som forinden udbudslovens ikrafttræden. Derimod vil undtagelsen omhandlende positiv opfyldelsesinteresse til den forbigåede tilbudsgiver alene føre til en minimal omkostningsforbedring for ordregiveren, men kompromitterer imidlertid ikke med formålet indeholdt i § 185, stk. 2.

Kapitel VI – Konklusion

Indtil udbudslovens ikrafttræden var virkningerne af en annulleret tildelingsbeslutning ureguleret, og i praksis betød det, at kontrakter fortsattes på trods af en annullation af tildelingsbeslutningen. En forbigået tilbudsgiver måtte derved oftest affinde sig med tilfredsstillelsen ved at få ret. Udbudslovens § 185, stk. 2, introducerer en obligatorisk retsfølge, hvorved kontrakter skal bringes til ophør med passende varsel afhængig af kontrakten og den konkrete overtrædelse. Rækkeviden af undtagelserne ”*særlige forhold*” og ”*betalt erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse*” i relation til entrepriser vil forekomme indskrænket, og Klagenævnet vil formentlig være tilbageholdende med at anerkende ordregiverens videreførelse af kontrakten herunder. En offentlig bygherre må dermed som udgangspunkt bringe kontrakten til ophør, hvorved et valg mellem at udbyde fortsættelsen af projektet eller et helt nyt projekt, såfremt det er påbegyndt, opstår. Ved at bringe kontrakten til ophør må der nødvendigvis svares erstatning til medkontrahenten, som mister den indgåede kontrakt.

I et omkostningsperspektiv bevirker denne pligt til opsigelse, at en tilbudsgiver, der kan tilbyde høj kvalitet, besidder et forøget incitament til at påklage tildelingsbeslutningen, idet nævnte tilbudsgiver vil vinde det efterfølgende udbud med profit. Såfremt tildelingsbeslutningen annulleres, vil tilbudsgiveren med den høje kvalitet foranlediges til at byde op til en maksimal forventet profitudtrækning, i modsætning til situationen forud for § 185, stk. 2, hvor tilbudsgiveren med høj kvalitet ville anvende en mixed strategy mellem maksimal og lavere profitudtrækning, og ordregiver må derved betale en højere entreprisenum. I tillæg må fremhæves transaktionsomkostningsaspektet, hvor bestemmelsen indebærer en markant eskalering i ex-post transaktionsomkostninger for både ordregiver og tilbudsgiver særligt grundet entreprisens aktivspecifikke karakter, forsinkelses- og klagenævnsomkostninger, men også ex ante transaktionsomkostninger spiller en rolle, hvor forberedelsesomkostninger med rødder i en øget påpasselighed fra ordregivers side stiger.

En mere hensigtsmæssig retstilstand kunne skabes ved at udvide rækkeviden af undtagelserne i relation til entrepriser. Såvel en undtagelse efter ”*særlige forhold*” eller en udvidet adgang til erstatning af den positive opfyldelsesinteresse reducerer ordregiverens omkostninger, hvor særligt undtagelsen ”*særlige forhold*” gør det betragteligt. Imidlertid kompenseres den forbigåede tilbudsgiver kun med sikkerhed i tilfælde af en udvidet adgang til erstatning af positiv opfyldelsesinteresse, hvorfor alene denne løsning iagttager hensynet i § 185, stk. 2. Retsstillingen for entreprisekontrakter bør således være en udvidet adgang til undtagelserne i § 185, stk. 2. Nærmere hvilken løsning der hældes imod må afhænge af, hvilket hensyn der vejer tungest: ordregivers omkostninger kontra compensation af den forbigåede tilbudsgiver.

Litteraturliste

Regulering og lovforberedende arbejde

Lov nr. 1564 af 15. december 2015 udbudsloven

Lov nr. 492 af den 12. maj 2010 med senere ændringer lov nr. 511 af den 27. maj 2013 og lov nr. 1564 af den 15. december 2015 Lov om Klagenævnet for Udbud

Lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter med senere ændringer

Lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud

Lov nr. 571 af den 19. december 1985 med senere ændringer

Kong Christian Den Femtis Danske Lov af 1911

Høringsnotat til forslag til udbudslov, af den 8. marts 2015 af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015

Lovforslag nr. 110 af den 27. januar 2010

Lovforslag nr. 243 af 30. marts 2000 til lov om Klagenævnet for Udbud

Traktaten for den Europæiske Unions Funktionsmåde

Bekendtgørelse nr. 712/2011 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter med senere ændringer

Bekendtgørelse nr. 887/2011 af 11. august om Klagenævnet for Udbud som ændret ved bekendtgørelse nr. 550/2013 og bekendtgørelse nr. 178/2016 af 11. februar

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

Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Europa Kommissionens meddelelse 2015/C 392/01 af 25. november 2015 om modelværdierne af tærskelværdierne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU

EU-Kommissionens grønbog ”Offentlige indkøb i EU” af 27. november 1996

AB 92, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed

AB 93, Almindelige betingelser for Totalentrepriser

Domme og kendelser

Retten i Herning den 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008

Østre Landsret af 30. marts 2009 i sag B-2541-07

Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sag B-1979-02 og B-2567-01

U.2009.1331Ø

U 2011.1955 H

U.2012.3232V

Idrodinamica Spurgo Velux, C-161/13, EU:C:2014:307

Francovich, C-6/90, EU:C:1991:428

Kommissionen mod Frankrig, C-237/99, EU:C:2000:577

Kommissionen mod Tyskland, C-503/04, EU:C:2007:432

Costa v. ENEL, C-6/64, EU:C:1964:66

Fedesa, C-331/88, EU:C:1990:391

MT Højgaard, C-396/14, EU:C:2016:347

Kendelse af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk

Kendelse af 6. august 2001, Oxford Research A/S mod Faaborg Kommune

Kendelse af 3. januar 2002, AC Trafik mod Frederiksborg Amt

Kendelse af 3. juli 2002, Judex mod Århus Amt

Kendelse af 10. marts 2004, Brdr. Thybo A/S mod Arbejdernes Andelsboligforening af 1938

Kendelse af 18. juni 2007, KPC Byg A/S mod Odense Tekniske Skole

Kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune mfl.

Kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden

Kendelsen af 23. marts 2011, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S

Kendelse af 31. maj 2011, Kailow Graphic A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S

Kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark

Kendelse af 27. september 2013, Rent mod Køge Kommune

Kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet

Kendelse af 11. marts 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen

Kendelse af 4. november 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen

Kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

Kendelse af 2. november 2015, Albrecht mod Forsvarministeriet

Kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

Kendelse af 9. februar 2016, Team OPP mod Region Midtjylland

Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune

Litteratur

"Andersen, 2013"

Andersen, Ib: "Den skinbarlige virkelighed", 2013, København: Samfunds litteratur

"Berg, 2012"

Berg, Claus: "Udbudsret i byggeriet", 2012, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Bryde Andersen, 2011"

Bryde Andersen, Mads: "Enkelte transaktioner", 2011, København: Gjellerup

"Dalberg-Larsen, 2009"

Dalberg-Larsen, Jørgen, "Perspektiver på ret og retsvidenskab", 2009, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Dutta, 1999"

Dutta, Prajit: "Strategies and Games", 1999, Cambridge: The MIT Press

"Easley & Kleinberg, 2010"

Easley, David og Kleinberg, Jon: "Networks, Crowds, and Markets: Reasoning about a highly connected world", 2010, Cambridge University Press

"Eide & Stavang, 2009"

Eide, Erling og Stavang, Endre: "Retsøkonomi", 2009, Oslo: Cappellen Damm AS

"Fabricius, 2014"

Fabricius, Jesper: "Offentlige indkøb i praksis", 2014, København: Karnov Group

"Garde, 2009"

Garde, Jens mfl.: "Forvaltningsret – almindelige emner", 2009, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Gomard, 2013"

Gomard, Bernhard, "Civilprocessen", 2013, København: Karnov Group

"Gomard, 2011"

Gomard, Bernhard, "Obligationsret – 2. del", 2011, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Hagel-Sørensen, 2016"

Hagel-Sørensen, Karsten: "Aktuel Udbudsret II" 2016, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Høg, 2005"

Høg, Torkil: "Udbudsretlige erstatningsspørgsmål", 2005, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Hørlyck, 2014"

Hørlyck, Erik: "Entreprise", 2014, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Iversen, 2016"

Iversen, Torsten, "Entrepriseretten", 2016, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Knudsen, 1997"

Knudsen, Christian: "Økonomisk metodologi – Bind 2", 1997, København: Jurist- og økonomforbundets forlag

"Knudsen, 1994"

Knudsen, Christian: "Økonomisk metodologi – Bind 1", 1994, København: Jurist- og økonomforbundets forlag

"Lyng Andersen & Madsen, 2012"

Lyng Andersen, Lennart og Madsen, Palle Bo: "Aftaler og mellemmand", 2012, København: Karnov Group

"Rammeskov Bang-Pedersen, 2015"

Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik, "Den civile retspleje", 2015, København: Pejus

"Rasmussen, 1989"

Rasmussen, Eric: "Strategy and games: An introduction to game theory", 1989, Oxford: Blackwell

"Revsbech, 2014"

Revsbech, Karsten mfl.: "Forvaltningsret – sagsbehandling", 2014, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Riis & Trzaskowski, 2013"

Riis, Thomas & Trzaskowski, Jan, "Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling", 2013, København: Ex Tuto Publishing

"Risvig Hamer, 2015"

Risvig Hamer, Carina: "Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer", 2015, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Roose, 2014"

Roose Bagh, Malene: "Introduktion til de nye udbudsdirektiver", 2014 EU-Karnov

"Ross, 1953"

Ross, Alf: "Om ret og retfærdighed", 1953, København: Nyt Nordisk Forlag

"Ross, 2013"

Ross, Alf: "Om ret og retfærdighed", 2013, København: Hans Reitzels Forlag

"Sornn-Friese, 2007"

Sornn-Friese, Henrik: "Hvad er en virksomhed? Erhvervsøkonomisk teori og analyse", 2007, Frederiksberg: Forlaget Samfundslitteratur

"Treumer, 2011"

Treumer, Steen: "Enforcement of the EU public procurement rules", 2011, København: Djøf Publishing

"Treumer, 2016"

Treumer, Steen: "Udbudsloven", 2016, København: Ex Tuto Publishing

"Troels Poulsen & Jakobsen mfl., 2011"

Troels Poulsen, Sune & Jakobsen, Peter, mfl., "EU udbudsretten" 2011, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Tvarnø. 2014"

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth, "Retskilder og retsteorier", 2014, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Von Eyben & Isager, 2015"

Von Eyben, Bo & Isager, Helle, "Lærebog i erstatningsret", 2015, København: Jurist og økonomforbundets forlag

"Watson, 2002"

Watson, Joel: "Strategy – An introduction to game theory", 2002, New York: W.W. Norton & Company

"Williamson, 1999"

Williamson, Oliver: "The mechanisms of Governance", 1999, New York: Oxford University Press

"Williamson, 1985"

Williamson, Oliver: "The Economic Institutions of Capitalism", 1985, New York: Free Press

"Ølykke, 2015"

Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth: "EU's udbudsregler – i dansk kontekst", 2015, København: Jurist og økonomforbundets forlag

Artikler

Barslov, Peter, i nyhedsbrev af 15. april 2016, <https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2016/04/Uklare-udbudsbetingelser-for-te-til-klage-i-milliard-OPP> (besøgt d. 16. februar 2017)

Bellosta, Marie-Jo mfl., "Preference-based English reserve auctions", 2010, Elsevier

Campo, Sandro: "Risk aversion and asymmetry in procurement auctions: Identification, estimation and application in construction procurements", 2012, Journal of Econometrics

Frank, Morten: "Annulation af kontrakter indgået i strid med EU-udbudsregler" i Justitia, nummer 4, 32. årgang, 2009

Helby Perdersen, Ole & Bækkeskov, Erik "Transaktionsomkostninger ved udbud af offentlige opgaver", 2015

Konkurrence- og forbrugerstyrelsens pressemeddelelse af den 13. september 2013, <http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2013/20130913-Undgaa-panik-efter-Philkrak?tc=1EC3F6D423A5406D85AFE0B1D977173D> (besøgt d. 16. februar 2017)

Kersten, Gregory: "Multi-attribute Procurement Auctions: Efficiency, and social welfare in Theory and Practice", 2014, InterNeg Research Centre

Offersen, René og Frank, Morten, Ugeskrift for Retsvæsen, Den litterære Afdeling, No. 44/2008, UfR 2008B.372, 2008, p. 372-378

Shachat, Jason mfl.: "Procurement auctions for differentiated goods", 2009

Steinicke, Michael: "Udbud og forhandling – perspektiver på fremtiden?" i Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 1999

Rapporter

"Analyse af transaktionsomkostninger i udbud" af Udbudsportalen, december 2012

"Analyse: Reduktion af transaktionsomkostninger ved udbud i bygge- og anlægsbranchen" af Rambøll Management Consulting, januar 2016

"Brug for nytænkning af offentlige kreative udbud" af Dansk Erhverv, 2013

“Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts” af EU Kommissionen, 2015

“Kvalitet som tildelingskriterium” af værdibyg.dk, 3. udgave, september 2012

”Public Procurement in Europe – Cost and Effectiveness” af PwC, marts 2011

”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning” af udbudslovsudvalget, december 2014

”Sådan forløber en retssag” af Drachmann Advokater, juni 2002

”Status for offentlig konkurrence 2012” af Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, 2012

”Vejledning om udbudsreglerne” af Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, januar 2016

”Vejledning for udbudsstrategi” af Region Hovedstaden mfl., 2015

Hjemmesider

<http://politiken.dk/oekonomi/virksomheder/art5504113/Metrobyggeriet-bliver-forsinket-p%C3%A5-trods-af-lovindgreb> (besøgt 1. maj 2017)

Bilagsoversigt

Bilag 1 – Domsresuméer

Bilag 2 – Antagelser i spilteorien

Bilag 1 – Domsresuméer

Idrodinamica Spurgo Velux, C-161/13, EU:C:2014:307.....	s. 86
Francovich, C-6/90, EU:C:1991:428.....	s. 86
Kommissionen mod Frankrig, C-237/99, EU:C:2000:577.....	s. 87
Kommissionen mod Tyskland, C-503/04, EU:C:2007:432.....	s. 87
Costa v. ENEL, C-6/64, EU:C:1964:66.....	s. 87
Fedesa, C-331/88, EU:C:1990:391.....	s. 88
MT Højgaard, C-396/14, EU:C:2016:347.....	s. 88
Kendelse af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk.....	s. 89
Kendelse af 6. august 2001, Oxford Research A/S mod Faaborg Kommune.....	s. 89
Kendelse af 3. januar 2002, AC Trafik mod Frederiksborg Amt.....	s. 89
Kendelse af 3. juli 2002, Judex mod Århus Amt.....	s. 90
Kendelse af 10. marts 2004, Brdr. Thybo A/S mod Arbejdernes Andelsboligforening af 1938.	s. 90
Kendelse af 18. juni 2007, KPC Byg A/S mod Odense Tekniske Skole.....	s. 90
Kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune mfl.....	s. 91
Kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden.....	s. 91
Kendelsen af 23. marts 2011, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S.....	s. 92
Kendelse af 31. maj 2011, Kailow Graphic A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.....	s. 92
Kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark... ..	s. 93
Kendelse af 27. september 2013, Rent mod Køge Kommune.....	s. 93
Kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet.....	s. 94
Kendelse af 11. marts 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen.....	s. 94
Kendelse af 4. november 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen.....	s. 95

Kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.....	s. 95
Kendelse af 2. november 2015, Albrecht mod Forsvarministeriet.....	s. 95
Kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.....	s. 96
Kendelse af 9. februar 2016, Team OPP mod Region Midtjylland.....	s. 96
Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune.....	s. 97
Retten i Herning den 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008.....	s. 97
Østre Landsret af 30. marts 2009 i sag B-2541-07.....	s. 97
Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sag B-1979-02 og B-2567-01.....	s. 98
U.2009.1331Ø.....	s. 98
U 2011.1955 H.....	s. 99
U.2012.3232V.....	s. 99

[Idrodinamica Spurgo Velux, C-161/13, EU:C:2014:307](#)

Sagen omhandlede en kontrakt indgået under forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor en virksomhedssammenslutning var tildelt kontrakten, men forinden indgåelse af kontrakten meddelte virksomhedssammenslutningen, at en af de oprindelige deltagende virksomheder var udtrådt. Virksomhedssammenslutningen opfyldte stadig kravene i udbudsmaterialet, og ordregiver meddelte således at kontrakt fortsat ville blive indgået med sammenslutningen. Denne beslutning påklagede Idrodinamica Spurgo Velux med påstand om annullation af tildelingsbeslutning samt kontraktindgåelsen. Efter nationalret skulle søgsmålet imidlertid afvises, idet det var anlagt efter en præklusjonsfrist på 30 dage at regne fra tildelingsbeslutningen. Domstolen udtalte at beslutningen om at indgå kontrakt på trods af ændringen i sammenslutningen udgjorde en væsentlig ændring af tildelingsbeslutningen, hvorfor klagefristen ikke kunne begrænses til 30 dage efter tildelingsbeslutningen, men måtte løbe på ny med 30 dage efter tilbudsgiveren har modtaget meddelelsen om at tillade ændringen i sammensætningen af sammenslutningen, idet denne beslutning kunne have betydning for lovligheden af tildelingsbeslutningen.

[Francovich, C-6/90, EU:C:1991:428](#)

Genstanden for sagen var direktiv 80/987, som skulle sikre arbejdstagerne en vis minimumsbeskyttelse i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, herunder sikre garanti for løntilgodehavender. Den italienske regering havde ikke ved udløbet af implementeringsfristen opfyldt sin forpligtelse. Francovich havde været ansat, men kun lejlighedsvis fået udbetalt løn, hvorved han ved firmaet insolvens fik tilkendt 6 mio LIT i fogedretten. Virksomheden kunne imidlertid ikke betale hele beløbet, hvorfor Francovich anlagde en sag mod den italienske stat for at få den garanti, som de havde fejlet i at give ham efter direktiv 80/987, subsidiært betale ham erstatning. Domstolen afviste, at staten skulle opfylde den garanti, som direktivet foreskrev, men udtalte imidlertid at en medlemsstat er forpligtet til at erstatte tab, som denne forvolder private, som følge af en tilsidesættelse af sine EU-retlige forpligtelser. Erstatningen betinges dog af tre betingelser, herunder skal det mål, der tilsigtes med direktivet, indebærer, at private tillægges rettigheder, og indholdet af disse rettigheder skal kunne fastslås på baggrund af direktivets bestemmelser, samt der skal være årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse og tabet. Den italienske stat ifaldt herefter erstatningsansvar.

[Kommissionen mod Frankrig, C-237/99, EU:C:2000:577](#)

Sagen angår Kommissionens påstand om, at Frankrig i relation til tildeling af offentlige kontrakter omhandlende opførelse af boliger havde tilsidesat forpligtelser i henhold til direktiv 93/37/EØF. Kontrakterne var tildelt af tre separate kontorer i strid med udbudsreglerne, men det var tvivlsomt hvorvidt kontorerne tilhørte begrebet et offentligretligt organ. Domstolen udtalte i tilknytning hertil, at et offentligretligt organ er et organ, der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, som er en juridisk person, og der er nært tilknyttet staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer. I øvrigt blev det bemærket at begrebet ordregivende myndighed må fortolkes i overensstemmelse med formålet med udbudsreglerne, der ansås at være at fjerne hindringer for den frie udveksling af varer og tjenesteydelser, hvorved det søges at eliminere en national tilbudsgivers fortrinsstilling. Domstolen fandt herefter at kontorerne var at anse for offentligretlige organer, og udbudsreglerne var dermed overtrådt.

[Kommissionen mod Tyskland, C-503/04, EU:C:2007:432](#)

Sagen var anlagt som en traktatbrudssag efter TEUF art. 260 mod Tyskland. Kommissionens påstand var, at Tyskland ikke havde efterkommet to tidligere sager afgjort af Domstolen, hvori der var indgået kontrakt henholdsvis uden udbud og i udbud efter forhandling i strid med udbudsreglerne. Kontrakterne var fortsat udover fristen i Kommissionens begrundede udtalelse, og Domstolen lagde i den pågældende sag vægt på indgrebet i den fri udveksling af tjenesteydelser på fællesmarkedet, som i teorien kunne være fortsat i årtier, da den ene af de indgåede kontrakter var indgået for en 30-årig periode. Tyskland argumenterede imidlertid for, at effekterne skulle afgøres efter national ret, jf. kontroldirektivets art. 2, stk. 7. Domstolen fandt imidlertid, at dette argument ingen betydning havde for et traktatbrudsspørgsmål, da bestemmelsen knyttede sig til relationen mellem den ordregivende myndighed og økonomiske aktører, hvorfor Tyskland fandtes at have begået traktatbrud, da kontrakterne ikke var ophævet før.

[Costa v. ENEL, C-6/64, EU:C:1964:66](#)

Parterne i sagen var Flaminio Costa og det italienske statsejede elselskab ENEL. Realiteten angik at Costa havde nægtet at betale en elregning til ENEL i protest mod nationaliseringen af en række

elselskaber, han havde investeret i. Costas påstand var at nationaliseringen stred imod fællesskabsretten. Imidlertid modargumenterede den italienske myndighed med princippet om lex posterior. Fordi det fællesskabsretlige forbud mod nationaliseringer var ældre end den italienske nationalisering anså de italienske myndigheder det ikke som fællesskabsretlig stridende. Korrektheden af dette udsagn blev herefter grundlaget for et præjudicielt spørgsmål til Domstolen. Domstolen udtalte, at fællesskabsretten har forrang for national ret, da selve retsgrundlaget for fællesskabet i modsat fald ville blive bragt i fare.

[Fedesa, C-331/88, EU:C:1990:391](#)

Sagen omhandlede en tvist mellem Fedesa og Minister of Agriculture, Fisheries and Food, idet Fedesa mente, at en række nationale bestemmelser ikke havde gyldighed, da de baseredes på et ugyldigt direktiv. Blandt grundene til den påståede ugyldighed af direktivet blev proportionalitetsprincippet frembragt, idet direktivet foreskrev et totalforbud mod visse hormoner i kød, som ikke kunne anses for egnet til at nå formålet, gik videre end nødvendigt og medførte urimelige ulemper. Domstolen afviste imidlertid påstanden, men udtalte at proportionalitetsprincippet hører til EU-retten almindelige principper.

[MT Højgaard, C-396/14, EU:C:2016:347](#)

Omdrejningspunktet for sagen var et præjudicielt spørgsmål forelagt for EU-domstolen. Spørgsmålet angik, hvorvidt at Per Aarsleffs, som var prækvalificeret i en udbudskonkurrence i et konsortium med Pihl & Søn A/S, kunne fortsætte i udbuddet på trods af Pihl og Søns konkurs. Domstolen udtalte herefter, at ligebehandlingsprincippet fører til, at det strengt taget alene er den prækvalificerede økonomiske aktør, som kan afgive tilbud. Hvorvidt der er sammenfald mellem den prækvalificerede økonomiske aktør, og den som afgiver tilbud må bero på en vurdering af juridisk og materiel identitet. Domstolen udtalte imidlertid, at kravet til juridisk og materiel identitet kan sænkes for at sikre tilstrækkelig konkurrence. Yderligere måtte den økonomiske aktør, som opfylder de sænkede krav til juridisk og materiel identitet, egenhændigt opfylde ordregivers fastsatte krav og de øvrige tilbudsgivers konkurrencemæssige stilling må ikke forringes.

Kendelse af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk

Realiteten omhandler en situation, hvor et kraftvarmeværk indgik en aftale med en lokal vognmand udenom EU-udbud om bortkørsel af ”slagter” for en samlet entreprisenum på 6,6 mio.

Kraftvarmeværket havde imidlertid fejlagtigt opfattet tjenesteydelsens værdi for under 3 mio. kr, og dermed under tærskelværdien efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagensævnet udtalte, at ordregiveren burde have undersøgt mere indgående, hvorvidt EU-udbud skulle foretages eller ej, hvorfor der var tale om en alvorlig procedurefejl. Klagensævnet pålagde herefter ordregiveren at udbyde opgaven efter reglerne om udbud, men udtalte i øvrigt at de ikke besad kompetence til at ”ophæve” den indgåede aftale.

Kendelse af 6. august 2001, Oxford Research A/S mod Faaborg Kommune

Kendelsen angik indkøb af konsulenttydelser igennem begrænset udbud, hvor 11 ansøgere blev prækvalificeret. Ni af de prækvalificerede afgav tilbud, hvoraf tre tilbudsgivere blev erklæret ukonditionsmæssige, idet deres tilbud var længere end 15 sider, som var en betingelse i udbudsmaterialet. Klagen blev indgivet af en af disse virksomheder. Klagensævnet udtalte indledningsvist, at ordregiveren havde handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivet ved at prækvalificere 11 ansøgere, idet udbudsmaterialet nævnte, at maksimalt 10 ville prækvalificeres. Mht. overskridelsen af det maksimale sideantal på 15 udtalte Klagensævnet, at ordregiver var berettiget og forpligtet til at afvise tilbud, som var længere. Overtrædelserne fandtes imidlertid rent formelle, og der var således ikke anledning til at annullere tildelingsbeslutningen.

Kendelse af 3. januar 2002, AC Trafik mod Frederiksborg Amt

Ordregiver udbød transportydelser i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet, og ordregiveren indgik herefter kontrakt med et aktieselskab under stiftelse. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning bl.a. pga. passivitet i indgivelsen af klagen på 5 uger. Klagensævnet tog en påstand om at et underkriterium i realiteten målte tilbudsgivernes økonomiske formåen, uden at det var angivet i udbuddet, til følge, samt at ordregiver havde lagt vægt på stifterne af aktieselskabets egne økonomiske forhold i vurderingen af økonomisk formåen. Øvrige klagepunkter blev afvist, herunder en generel påstand om at ordregiver ikke kan tage et tilbud i betragtning fra et selskab under stiftelse. Påstanden om annullation af

tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge, idet overtrædelserne ikke betragtedes at give tilstrækkeligt grundlag herfor.

[Kendelse af 3. juli 2002, Judex mod Århus Amt](#)

Omhandlede et erstatningskrav fra en forbigået tilbudsgiver. I en tidligere kendelse havde Klagenævnet konstateret, at EU's udbudsregler var overtrådt grundet en manglende underretning om overgang til udbud med forhandling og ligeledes ikke at give klageren adgang til at byde på den ydelse, som der senere blev indgået kontrakt om. Klagenævnet tildelte i nærværende kendelse erstatning på positiv opfyldelsesinteresse, og udtalte bl.a. *”Det synes ikke reelt muligt at vurdere sandsynligheden for, at Judex' ville have fået ordren, hvis amtet ikke havde overtrådt EU's udbudsregler i forbindelse med udbudet under forhandling. Dette hænger sammen med amtets overtrædelser af udbudsreglerne og må derfor komme amtet bevismæssigt til skade”*.

[Kendelse af 10. marts 2004, Brdr. Thybo A/S mod Arbejdernes Andelsboligforening af 1938](#)

I et udbud foretaget af en andelsboligforening omhandlede entreprise på renovering var der i udbudsmaterialet ikke fastsat underkriterier for tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbuddet gennemførtes desuagtet, og kontrakt blev indgået i januar 2003. En forbigået tilbudsgiver indgav herefter klage i september 2003 over, at der ikke var fastsat underkriterier. Klagenævnet udtalte, at ordregiver burde have annulleret udbuddet ved konstatering af manglende underkriterier, og annullerede herefter tildelingsbeslutningen, hvilket skete på trods af klagers 10 måneders passivitet.

[Kendelse af 18. juni 2007, KPC Byg A/S mod Odense Tekniske Skole](#)

Odense tekniske skole iværksatte en begrænset licitation efter tilbudsloven på et ombygningsarbejde. Det var i øvrigt fastsat, at konditionsmæssige tilbud ville honoreres med 50.000 kr. Efter tildeling af kontrakten, men forud for igangsættelse af byggearbejdet, ændredes ordregiverens behov, hvorfor projektet ændredes samtidig med, at der iværksattes et EU-udbud af et supplerende projekt. Klageren mente imidlertid, at en del af det supplerende projekt burde medregnes i det oprindelige projekt, hvorfor dette skulle have været udbudt i EU-udbud. Klagenævnet udtalte, at de honorarer som blev betalt til de konditionsmæssige tilbudsgivere, men ikke vindende tilbudsgivere, skulle medregnes i tærskelværdien, hvorved denne blev af en størrelsesorden, som foreskriver EU-udbud. Tildelingsbeslutningen af det oprindelige projekt blev derfor annulleret. I øvrigt udtalt, at Klagenævnet

ikke kan tage stilling til effekterne af en annulleret tildelingsbeslutning, og at det ”*må afgøres enten ved forhandling og aftale eller af domstolene*”.

[Kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune mfl.](#)

En række kommuner iværksatte et offentligt udbud vedrørende en rammeaftale om levering af beskæftigelsesmateriale til skoler. Udbudsbetingelserne fastlagde, at tilbuddene skulle angå mindst 4.000 varenumre. De udbudte varer var opdelt i et ”A-sortiment” og et ”B-sortiment, og evalueringen af tilbuddene skete på baggrund af en tilbudsliste, som alene var tilknyttet ”A-sortimentet”. Måden hvorpå evalueringen foregik, fremgik ikke af de oprindelige udbudsbetingelser, men fremgik alene af tilbudslisten til ”A-sortimentet”, som først blev udsendt til tilbudsgiverne 3 uger før tilbudsfristens udløb. Dermed vidste tilbudsgiverne først på dette tidspunkt, hvilke varer ”A-sortimentet” omfattede. Samtidig angav udbudsbetingelserne, at tilbudsgivernes varekataloger skulle være dateret senest på en dato, som lå knap 3 uger før tilbudsfristens udløb, således at ordregiveren undgik, at avancer vedrørende det ene sortiment blev overvæltet til det andet sortiment. Denne fremgangsmåde blev påklaget, og Klagenævnet tildelte klagen opsættende virkning. Ordregiveren indgik kontrakten på trods af den opsættende virkning. Klagenævnet udtalte herefter, at det var i strid med udbudsdirektivets principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Samtidig var også kravet om, at et tilbud skulle angå mindst 4.000 varenumre i strid med nævnte principper, da der ingen sammenhæng var med evalueringen. Tildelingsbeslutningen blev derefter annulleret.

[Kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden](#)

Nærværende kendelse angik to begrænsede udbud efter udbudsdirektivet om indkøb af operationsmasker på en rammeaftale. Angående det ene udbud, så blev der på baggrund heraf indgået kontrakt med en virksomhed for 2002 og 2003 med mulighed for forlængelse til og med 2005, samt en øvrig mulig forlængelse på 6 måneder, hvis kontrakt ikke var indgået ved udløb af rammeaftalen. Rammeaftalen blev forlænget til 2005, og i december samme år indgik ordregiver aftale om forlængelse til 30. juni 2006. Den 2. februar 2006 iværksatte ordregiver det andet udbud med henblik på indgåelse af kontrakt fra 1. juli 2006, men evalueringen trak ud, og kontrakt blev derfor først indgået d. 1. september 2007, derfor blev rammeaftalen omfavnet af første udbud forlænget indtil denne dato. Klagenævnet udtalte, at ordregiver burde have forudset omstændighederne, som gav anledning til forlængelserne, hvorfor at det var i strid med udbudsdirektivet. I tilknytning til det andet udbud blev det påklaget, at der i udbuddet var anført, at tilbudsgiverne skulle vedstå deres tilbud indtil 31.

december 2006, men tilbudsgiveren alligevel d. 1. september 2007 indgik rammeaftalen med en ny tilbudsgiver. Klagenævnet fandt, at kontrakterne var indgået efter vedståelsesfristen, og der derfor var tale om direkte tildeling i strid med udbudsdirektivet. Yderligere var det i strid med udbudsdirektivet, at rammeaftalen, som var genstand for det andet udbud, havde et begyndelsestidspunkt, der var senere end 1. juli 2006, som angivet. Tildelingsbeslutningen i begge udbud blev annulleret, da ”*centrale udbudsretlige forpligtelser*” var tilsidesat.

[Kendelsen af 23. marts 2011, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S](#)

Omhandler samme kontrakt som Retten i Hernings dom af den 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008, idet det omtvistede udbud angår den samme kontrakt, som retten i Herning pålagde ordregiveren at bringe til ophør. I udbudsbetingelserne i det nye udbud indgik en tilbudsliste, som det ikke var tilladt at ændre i. Omtrent 3000 varenumre var inkluderet i tilbudslisten, og 1678 af disse var markeret som obligatoriske. Et enkelt tilbud indkom, som var fra ordregiverens hidtidige leverandør, hvor samtlige varenumre henviste til dennes varekataloger, og kontrakt med den hidtidige leverandør blev indgået. Klagenævnet konstaterede, at ordregiveren ikke havde begrænset den hidtidige leverandørs konkurrencefordel ved at basere tilbudslisten på dennes varekatalog og gøre en del af disse varenumre obligatoriske, samt at det tilmed kun var den hidtidige leverandør, der kunne levere en del af disse i det påkrævede omfang. Klagenævnet konstaterede ligeledes, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt ved ikke at have givet tilbudsgiverne information om omfanget af tidligere indkøb, således at det kun var den hidtidige leverandør, som var bekendt med leveringshistorikken. Derudover tog Klagenævnet også stilling til en række påstande om overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet og udbudsdirektivets regler om tildelingskriterier, idet underkriterier var fastsat, som ikke kunne danne grundlag for tildeling, og modstridende oplysninger var givet. Klagenævnet annullerede herefter tildelingsbeslutningen, og afviste samtidig en påstand fra klager om at konstatere, at ordregiveren var forpligtet til at bringe kontrakten til ophør.

[Kendelse af 31. maj 2011, Kailow Graphic A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S](#)

SKI iværksatte et offentligt udbud med henblik på at indgå en rammeaftale opdelt i to delaftaler, og klagen er tilknyttet én af disse. I udbuddet var et underkriterium ”Service” anført, hvori et regneark med reaktionstiden fra modtagelse af ordren til eksekvering skulle indtastes i dage. Det var ikke forklaret, hvordan en tilbudsgiver, der kunne eksekvere ordren samme dag, skulle udfylde arket, og

nogle tilbudsgivere skrev derfor ”0”, mens andre grundet en fejlmeddelelse indtastede ”1”. Klagen blev indgivet af én af sidstnævnte, og klageren fik medhold, da det var i strid med udbudsreglerne, idet underkriteriet var uklart. Klagenævnet konstaterede ligeledes en overtrædelse af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, da der var sket en uberettiget tidsfristforlængelse. Klagenævnet tog imidlertid ikke stilling til en påstand om annullation, da ordregiveren allerede havde opsagt rammeaftalen.

[Kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark](#)

Sagen vedrørte et udbud med forhandling efter prækvalifikation i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivet i forbindelse med to delaftaler, hvor nærværende kendelse vedrører den ene. Udbuddet angik et signalsystem, og 6 virksomheder ansøgte og blev prækvalificerede 31. maj 2010. Efter tilbud var afgivet, og forhandling afsluttet blev kontrakten tildelt ved tildelingsbeslutning af 16. december 2011. Herefter klagede en anden tilbudsgiver med påstand om, at den vindende tilbudsgiver ikke skulle være prækvalificeret, fordi denne ikke opfyldte et krav om referencer. Klageren begærede opsættende virkning, og kendelsen vedrører denne anmodning. Opsættende virkning blev ikke tildelt, da betingelsen om ”fumus” ikke var opfyldt, hvor Klagenævnet bl.a. henviste til, at følgende forhold talte imod en annullation: klagen først var indgivet 1,5 år efter prækvalifikationen havde fundet sted, og at aktørerne havde investeret i omfattende økonomiske ressourcer samt *”risikoen for negative samfundsmæssige konsekvenser i form af værdispild”*, som en annullation ville bevirke. Sidstnævnte førte også til at betingelsen om interesseafvejning ikke talte for opsættende virkning. Sidste betingelse om uopsættelighed kunne i øvrigt heller ikke konstateres.

[Kendelse af 27. september 2013, Rent mod Køge Kommune](#)

Angår erstatningsspørgsmålet i en tidligere kendelse af 19. november 2012. Udbuddet omhandlede tre delaftaler om indkøb af rengøring og vinduespolering i hver sin bygning. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver på alle delaftaler, og Klagenævnet fandt i den tidligere kendelse, at udbudsreglerne var overtrådt som følge af fejl ved vurderingen af klagerens tilbud i relation til to underkriterier. Tildelingsbeslutningerne blev derfor annulleret. Klageren påstod som følge af fejlene erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Ordregiver påstod, at klagerens tilbud havde været ukonditionsmæssigt. Klagenævnet anerkendte, at dette ville fjerne årsagsforbindelse, men tilsluttede sig ikke, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet udtalte derfor, at ordregiveren grundet den ukorrekte og fejlagtige evaluering måtte bære bevisbyrden for, at klageren ikke ville have vundet

udbuddet, hvilken ordregiveren ikke løftede for den ene kontrakt, hvor der var en ”*til visshed grænsende sandsynlighed*” for at klageren ville have vundet. Klageren blev derfor tildelt positiv opfyldelsesinteresse for denne kontrakt, og negativ kontraktsinteresse for de øvrige.

[Kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet](#)

Sagen angår erstatningsspørgsmålet i kendelse af 3. september 2013. I den forudgående kendelse havde Klagenævnet annulleret beslutningen om at indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver, idet ordregiveren uberettiget havde antaget tilbuddet fra en tilbudsgiveren med den næstlaveste pris på trods af tildelingskriteriet var laveste pris, fordi ordregiveren ikke anså klageren for at opfylde kriterier for bl.a. økonomisk kapacitet. Klageren påstod herefter erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, men denne påstand blev afvist. Begrundelsen var, at ordregiveren godtgjorde, at denne ville have annulleret udbuddet, hvis der ikke var set bort fra klagerens tilbud pga. tidligere dårlige erfaringer med klageren. Derudover var kravet kun overfladisk begrundet, og dækningsgraden var væsentlig højere end sædvanligt.

[Kendelse af 11. marts 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen](#)

I nærværende sag var iværksat et begrænset udbud vedrørende projektering af en facade. Der indkom to tilbud, men ordregiveren betragtede klagerens tilbud som uantageligt, idet det overskred budgetrammen væsentligt, og det i øvrigt var ukonditionsmæssigt. Ordregiveren overgik derfor til udbud med forhandling. Klageren og den øvrige tilbudsgiver afgav herefter på ny tilbud i forhandlingen, og det lykkedes at bringe klagerens tilbud inden for budgetrammen. Ordregiver besluttede imidlertid efter tilbudsevaluering at meddele klageren, at ordregiveren påtænkte at indgå kontrakt med den anden tilbudsgiver. Efter meddelelse herom indgav klageren sin klage, og påstod opsættende virkning, hvilket afvistes. Ordregiveren indrykkede herefter en profylaksebekendtgørelse om, at ordregiveren påtænkte at indgå samarbejdsaftale med den anden tilbudsgiver, og efterfølgende en ny profylaksebekendtgørelse om at ordregiveren også havde til hensigt at indgå kontrakt med samme tilbudsgiver. Klageren påstod herefter, at kontrakten skulle erklæres for ”uden virkning”. Klagenævnet fandt, at udbudsdirektivet var overtrådt ved at overgå til udbud med forhandling, da det faktum, at en budgetramme var overskredet ikke i sig selv kunne bevirke at et tilbud var uantageligt. Såfremt budgetrammen havde haft en mere bindende karakter, og der i tilbudsevalueringen ikke var givet point til tilbud væsentlig højere end budgetrammen, kunne tilbuddet være erklæret ”ikke-forskriftsmæssigt”. Klagenævnet udtalte, at kontrakten ikke kunne erklæres uden virkning, idet de to

profylaksebekendtgørelser var indrykket efter reglerne og kontrakterne indgået i overensstemmelse med fristerne. Tildelingsbeslutningen blev imidlertid annulleret.

[Kendelse af 4. november 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen](#)

Fortsættelse af kendelsen fra 11. marts 2014, HS Hansen A/S mod Bygningsstyrelsen, idet erstatningsspørgsmålet blev udskudt til senere behandling. Klageren krav om positiv opfyldelsesinteresse blev afvist, idet det oprindelige begrænsede udbud ikke kunne have dannet grundlag for en lovlig tildeling, fordi ordregiveren havde aflyst det. At der var overgået til udbud med forhandling, kunne ikke ændre denne konklusion, da det var en selvstændig udbudsprocedure. Mht. negativ kontraktinteresse udtalte Klagenævnet, at overtrædelserne først fandt sted efter aflysning af udbuddet, og intet tydede på, at der var sket fejl i aflysningen. Desuden lagde Klagenævnet vægt på, at klageren havde været eller burde være bekendt med overtrædelserne, men afgav alligevel tilbud. Derfor blev der heller ikke tildelt negativ kontraktinteresse.

[Kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen](#)

Sagen omhandlede et udbud af en entreprise på et byggeri, hvor tildelingskriteriet var ”laveste pris”. Ordregiveren konstaterede, at klager havde den laveste pris, og tildelte kontrakten til denne tilbudsgiver. Efterfølgende opdagede ordregiver imidlertid, at omtalte tilbudsgiver havde taget et standardforbehold, og ved at prissætte dette var tilbudsprisen ikke længere den laveste. Ordregiveren omgjorde derfor sin beslutning, og tildelte kontrakten til en anden tilbudsgiver, som der efterfølgende blev indgået kontrakt med. Klageren indgav klage med påstand om opsættende virkning, men denne påstand blev afvist. Klageren klagede herefter over, at den valgte tilbudsgiver havde indsat mængder for fuger i tilbudslisten samt enhedspriser, selvom tilbudslisten kun angik en ”i alt” pris, som skulle vurderes på baggrund af udbudsmaterialet. Klagenævnet udtalte, at det udgjorde et forbehold, som ikke kunne prissættes, idet mængdeangivelsen og enhedsprisen kunne anses for et forbehold i det tilfælde, at mængden skulle blive større. Ordregiverne skulle således have set bort fra den valgte tilbudsgivers tilbud, og tildelingsbeslutningen annulleredes derfor.

[Kendelse af 2. november 2015, Albrecht mod Forsvarsministeriet](#)

I sagen var der iværksat et begrænset udbud om indkøb af medaljer på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. To tilbud indkom, og ordregiveren tildelte herefter kontrakten til klageren, og

gav den anden tilbudsgiver meddelelse herom. Sidstnævnte tilbudsgiver bad herefter om et indblik i evalueringen, og ordregiveren tilsendte herefter et evalueringsark, hvorefter klagerens delpriser fremgik. Ordregiveren aflyste herefter udbuddet, fordi at det fulde udbudsgrundlag ikke havde været tilgængeligt for alle tilbudsgivere. Ordregiveren iværksatte herefter et offentligt udbud, hvor de samme underkriterier og vægtning som det oprindelige udbud blev genbrugt. Tilbud indkom fra flere tilbudsgivere, herunder de to som også havde afgivet i det oprindelige udbud. Ordregiveren erklærede klagerens tilbud ukonditionsmæssigt, og tildelte herefter kontrakten til tilbudsgiveren, som havde fået indblik i klagerens priser. Klagenævnet konstaterede, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt ved ikke at have udlignet konkurrencefordelen for den tilbudsgiver, som havde indblik i klagerens priser. Tildelingsbeslutningen blev imidlertid ikke annulleret, under henvisning til at ordregiveren med rette havde afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, og at vinderen af det offentlige udbud alene havde en konkurrencefordel i forhold til denne ukonditionsmæssige tilbudsgiver.

[Kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen](#)

Omhandler erstatningsspørgsmålet i forbindelse med kendelse af 18. maj 2015 mellem samme parter. Ordregiveren gjorde gældende, at denne ikke havde handlet ansvarspådragende, men Klagenævnet konstaterede imidlertid det modsatte, fordi et ukonditionsmæssigt tilbud var antaget, og da klagerens tilbud havde næstlaveste pris blev der tildelt positiv opfyldelsesinteresse, men blev nedsat i forhold til klagerens krav grundet, at der måtte tages hensyn til usikkerheden med hensyn til, om det angivne dækningsbidrag kunne opnås.

[Kendelse af 9. februar 2016, Team OPP mod Region Midtjylland](#)

Kendelsen omhandler opførelse af et psykiatrisk center efter proceduren konkurrencepræget dialog med forudgående prækvalifikation. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. To konsortier indleverede tilbud på opgaven, og kontrakt blev indgået med den ene, hvorefter den anden klagede. På trods af en påstand herom tillagdes klagen ikke opsættende virkning, og kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev indgået. Den første påstand sigtede mod et underkriterium, hvorefter tilbudsgiverne skulle overtage nogle eksisterende bygninger og derfor oplyse en pris for disse. Klageren troede på baggrund af udbudsbetingelserne ikke, at denne pris indgik i evalueringen, mens den valgte tilbudsgiver havde forstået, at prisen indgik i evalueringen, og dette mente klageren var i strid med ligebehandlingsprincippet. Klagenævnet fandt, at ordregiverens svar på et spørgsmål og dennes tilbudslister havde tydet på klagerens opfattelse, mens udbudsbetingelserne havde tydet på det

modsatte. Udbudsbetingelserne fandtes derfor uklare og indbyrdes modstridende, og det fandtes i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, hvorfor udbudsbetingelserne ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling. Med henvisning til karakteren af denne overtrædelse blev tildelingsbeslutningen annulleret. En påstand fra ordregiveren om at tildelingsbeslutningen ikke skulle annulleres, fordi der var sket ændringer i konsortiet, som klager var en del af, udover hvad en ordregiver kan acceptere, blev ikke taget til følge, idet ordregiveren havde accepteret ændringen.

[Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune](#)

Vedrører et offentligt udbud af en rammeaftale om forsikringsydelser, som skulle tildeles efter bedste forhold mellem pris og kvalitet. Ordregiveren valgte at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, hvorefter en tilbudsgiver, som var blevet afvist som ukonditionsmæssig, indgav klage. I kendelsen om opsættende virkning udtalte Klagenævnet, at der var udsigt til annulation som følge af rammeaftalens løbetid, men at uopsættelighed ikke var opfyldt, hvorfor der ikke blev tildelt opsættende virkning. Ordregiveren meddelte herefter at varigheden af rammeaftalen ville blive ændret, hvorfor klager frafaldt denne påstand. Klageren påstod herefter, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var overtrådt, som følge af forbehold for grundlæggende elementer i den valgte tilbudsgivers tilbud mht. ansvarsforsikringer, hvilket Klagenævnet tog til følge. Klagenævnet annullerede herefter ordregiverens tildeling.

[Retten i Herning den 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008](#)

Dommen opretholdte Klagenavnets kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune mfl, idet Retten var enig i Klagenavnets konstatering af, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og samtidig havde overtrådt standstill-reglerne ved at indgå kontrakt med den tildelte tilbudsgiver før Klagenavnets afgørelse om opsættende virkning. Retten dømte endvidere den pågældende ordregiver til at anerkende, at de var forpligtede til at søge den indgåede kontrakt med den valgte tilbudsgiver bragt til ophør.

[Østre Landsret af 30. marts 2009 i sag B-2541-07](#)

Dommen opretholdte en tidligere kendelse fra Klagenævnet. Udbuddet angik levering af et it-system efter udbudsdirektivet, og Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen, idet de fandt, at der var sket uberettigede prissætninger og fejlagtig vurdering af tilbuddene indbyrdes. Ordregiveren indbragte

kendelsen for Landsretten med påstand om, at den forbigåede tilbudsgiver skulle anerkende, at der ikke var sket overtrædelse af udbudsreglerne, men Landsretten afviste denne påstand. Tilbudsgiveren nedlagde i stedet påstand om, at ordregiverne var forpligtet til at opsig kontrakten med den valgte tilbudsgiver. Landsretten udtalte, at der ikke efter dansk ret var en pligt til at opsig kontrakten, men at dette ifølge EU-praksis kunne være gældende ved grove og alvorlige overtrædelser af udbudsretten, men en fejlagtig vurdering var ikke en sådan overtrædelse. Tilbudsgiveren fik i øvrigt ikke medhold i en påstand om erstatning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke fandtes tilstrækkeligt bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis overtrædelsen ikke var begået. Negativ kontraktsinteresse blev til gengæld tildelt.

[Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sag B-1979-02 og B-2567-01](#)

Var en indbringelse den forudgående kendelse til kendelse af 3. juli 2002, Judex mod Århus Amt, samt den sidstnævnte kendelse. Landsretten fandt herefter ligeledes, at EU-udbudsregler var overtrådt, men udtalte, at der efter bevisførelsen ikke var givet anledning til at antage at Judex ville have vundet udbuddet, hvorfor positiv opfyldelsesinteresse ikke kunne tildeles. Derimod tildelte Landretten Judex erstatning i form af negativ kontraktsinteresse.

[U 2009.1331Ø](#)

Ordregiveren havde i sagen indgået en kontrakt om sygetransport uden udbud. Kontrakten indeholdte ingen bestemmelser om adgang til opsigelse. Klageren indgav herefter klage og påstod, at det var i strid med tjenesteydelsesdirektivet, at kontrakten ikke havde været udbudt. Klagenævnet gav klageren ret i denne påstand. Klageren indgav herefter en ny klage, da ordregiveren efter nogen tid ikke havde ophævet kontrakten, og klageren mente dette var i strid med EU-udbudsretten. Klagenævnet gav ikke klageren medhold i denne påstand, hvorefter kendelsen blev indbragt for Landsretten. Domstolen fandt imidlertid ikke grund til at ophæve kontrakten eller kende den ugyldig eller uvirksom, hvilket blev begrundet med, at kontrakten kun var indgået for en kortere periode. Landsretten fandt ikke, at der var en generel pligt til at ophæve en i strid med EU-udbudsreglerne indgået kontrakt. Derudover blev det statueret, at ordregiveren havde handlet korrekt i forhold til den fortolkning af udbudsreglerne, som var gældende på tidspunktet for indgåelse af kontrakten, hvorfor ordregiveren ikke havde handlet ansvarspådragende, og et krav om erstatning blev derfor afvist.

[U 2011.1955H](#)

Sagen omhandlede et anlæg af Amager Strandpark, hvor der var indgået kontrakt med en tilbudsgiver. Klageren indgav klage med påstand om, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt. Begrundelsen for påstanden var, at der i udbudsbetingelserne var angivet omkring AB 92 § 24, at vejrlige forhold kun i meget begrænset omfang kunne danne baggrund for tidsfristforlængelse, og at den valgte tilbudsgiver havde henvist til et standardforbehold, hvorefter udgifter til bl.a. snerydning skal betales som ekstraarbejder, og hvis ikke entreprenøren kompenseres for disse udgifter, har denne ret til tidsfristforlængelse, hvilket klager betragtede, som et forbehold for et grundlæggende element. Højesteret gav klager ret i denne påstand, og fandt efter karakteren af overtrædelsen, at ordregiveren havde handlet ansvarspådragende. Det var ubestridt, at klager ville have fået kontrakten, hvis ikke den valgte tilbudsgivers tilbud retteligt var blevet afvist som ukonditionsmæssigt. Klager fik herefter erstatning på fortjenesten i overensstemmelse med princippet om positiv opfyldelsesinteresse.

[U 2012.3232V](#)

Omhandler indbringelsen af Kendelsen af 23. marts 2011, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S. Landsretten stadfæstede kendelsen, og anførte at udbudsreglerne var overtrådt på en meget kvalificeret måde. Landsretten pålagde herefter, at ordregiveren var pligtig til at opsiges kontrakten, og lagde i den forbindelse vægt på en kontraktbestemmelse, som omhandlede opsigelse i tilfælde af at tildelingsbeslutningen blev annulleret. I øvrigt blev en påstand om negativ kontraktsinteresse afvist, da klageren havde afstået fra at give tilbud som følge af udbudsbetingelserne.

Bilag 2 – Oversigt over antagelser i Kapitel III

Generelle antagelser:

Tilbudsgiverne er profitmaksimerende

Tilbudsgiverne er risiko neutrale

Tilbudsgiverne har en symmetrisk omkostningsstruktur

Omkostningen realiseres alene, såfremt tilbudsgiveren vinder

Tilbud afgives simultant

Kvaliteten en tilbudsgiver kan tilbyde er enten høj eller lav afhængig af tilbudsgiverens type

Lav kvalitet vil altid være større eller lig med kravene i udbudsmaterialet

Spillet er afgrænset til det anførte budget tillagt en vis procentdel, sådan at spillet forekommer finite

Ordregiveren vælger tilbuddet med den største difference mellem kvalitet og pris og tildeler alene herudfra

En vis eksogen fastsat fejlmargen består

Spillet i første runde er afkoblet fra anden runde

Specifikt i forhold til første spil:

To tilbudsgivere

Tilbudsgiverne kender den øvrige tilbudsgivers identitet, men ikke eksakt type

50 % sandsynlighed for at tilbudsgiveren er typen med lav kvalitet og 50 % sandsynlighed for høj kvalitet

Specifikt i forhold til andet spil:

Tilbudsgiverne kender de øvrige tilbudsgiveres eksakte type