

Kandidatafhandling

10. maj 2017

Strategisk kontrahering i udbudsretten

Aftalefrihed og fleksibilitet efter Lov nr. 1564 af 15/12/2015, Udbudsloven, om offentlige udbud

Strategic contracting in public procurement

Freedom of contract and flexibility in relation to Law no. 1564 of 15/12/2015, Regarding Public Procurement

Vejledere:

Kim Østergaard
Henrik Lando

Udarbejdet af:

Emil Lind-Holm

Antal tegn eksklusive executive summary: 181.898

Executive summary

This thesis presents an investigation on the legal restrictions on the freedom of contract, in relation to public procurement. Some of the legal restrictions in the Danish *udbudsloven* are derived from general principles of European law, among others the principles on equal treatment and transparency. The thesis examines whether a public procurer is enabled to use strategic partnerships under the current public procurement regulation, and to which degree the contracting parties can negotiate different contractual topics.

The investigation on the legal restrictions concludes that, selected procurement forms facilitates dialogue and negotiations between the contractor and the public procurer, but these negotiations cannot deal with the fundamental parts of the contract. The public procurer are legally bound to design the procurement material prior to any negotiation or binding dialogue. The limitations on the access to change this material means that, in many instances, the parties are constrained in terms of using new knowledge to complete the contract.

Through several interviews and a substantial literature review, it is concluded that a majority of public procurers are limited by the identified legal restrictions, and prefer to avoid any legal uncertainty, even though they recognize that it could imply better contractual agreements, if they went to the length of the legal opportunities. An economic analysis on the impact of the legal restrictions, therein the inability to negotiate the fundamental parts of the contracts, is conducted with elements of the P/A theory, game theory and risk allocation theory. It is derived from this analysis that substantial value can be gained from an open dialogue and negotiations, where the parties can agree on clauses that enhances the value of the contract. The thesis concludes that the flexible procurement forms are better options than the traditional forms, if the value of the contract is above a certain threshold. It is also concluded that the restrictions on negotiations and limited access to changes, severely limits the possibility of entering into efficient agreements.

The legal restrictions and the economic analysis are combined in an analysis, which answers the questions regarding the opportunity to enter into strategic partnerships in a public procurement. It is discussed whether the inability to enter into efficient agreements, is justified by other objectives of the rules of procurement. It is concluded that more flexibility and less distrust in the public procurement regulations, could improve the efficiency of the use of taxpayers money, without compromising the objective of minimizing corruption.

Finally, it is concluded that the legal restrictions, primarily in the form of prohibitions of negotiations, complicates the ability to use a strategic approach to contracting, and thereby the capability to realize relational rent.

Indholdsfortegnelse

Kap. 1 – Introduktion til fremstillingens genstandsfelt	5
1.1 Indledning.....	5
1.2 Problemstilling.....	6
1.2.1 Problemformulering	7
❖ 1.2.1.1 Juridisk	7
❖ 1.2.1.2 Økonomisk	7
❖ 1.2.1.3 Integreret.....	7
1.3 Afgrænsning.....	7
1.3.1 Juridisk afgrænsning	7
1.3.2 Økonomisk afgrænsning.....	8
1.3.3 Formål, Struktur og Synsvinkel	9
1.4 Metode	10
1.4.1 juridisk metode.....	10
1.4.2 Økonomisk metode	11
1.4.3 Integreret metode	12
Kap. 2 En juridisk analyse af udbudsrettens begrænsninger på aftalefriheden.....	14
2.1 Partsautonomien og aftalefrihed overfor forhandlingsforbuddet i udbudsloven	14
2.2 De generelle EU-retlige principper	16
2.2.1 Ligebehandlingsprincippet i udbudsretten	17
2.2.2 Gennemsigtighedsprincippet i udbudsretten	18
2.3 Udbudsformerne	19
2.3.1 Indledende markedsundersøgelser.....	21
2.3.3 Begrænset udbud	23
2.3.4 Udbud med forhandling	23
2.3.4.1 Anvendelsesområdet for udbud med forhandling	23
2.3.4.1.1 Tilpasning af bestående løsninger i § 61, stk. 1, litra a.....	24
2.3.4.1.2 Design og innovative løsninger i § 61, stk.1 litra b	24
2.3.4.1.3 Særlige omstændigheder § 61, stk. 1 litra c	25
2.3.4.1.4 Fastlæggelse af tekniske specifikationer i § 61, stk. 1, litra d	25

2.3.4.2 Opsummering af anvendelsesområde	26
2.3.4.3 Kontrakt ved indledende tilbud	26
2.3.4.4 Den prækontraktuelle forhandling	26
2.3.4.5 Ændringer af grundlæggende elementer	27
2.3.4.5.1 Ændringer af tildelingskriterier	27
2.3.4.5.2 Ændringer af mindstekrav	28
2.3.4.6 Efter forhandlingen	29
2.3.5 Konkurrencepræget dialog	29
2.3.5.1 Dialogfasen	29
2.3.5.2 Ændringer af mindstekrav	30
2.3.5.3 Post dialogfasen	30
2.3.6 Innovationspartnerskaber	30
2.3.7 Projektkonkurrence	31
2.3.8 Fælles problemstillinger	32
2.3.8.1 § 160 og dens implikationer	32
2.3.8.1.1 Tildelingskriterier	32
2.3.8.1.2 Evalueringsmetoden	34
2.3.8.1.4 opsummering af §160 og implikationerne deraf	35
2.4 Rationalet bag udbudsreglerne	37
2.5 Delkonklusion	37
Kap. 3 – En økonomisk analyse af begrænsninger af aftalefrihed	39
3.1 Hidden action og værdien ved fuld information	39
3.2 Informationsasymmetri	41
3.2.1 Kort om P/A teori	41
3.2.2 Adverse selection og Hidden Information Model	41
3.2.2.1 Signaling	42
3.2.2.2 Screening	42
3.2.2.3 Effekten af de prækontraktuelle forsøg på at mindske informationsasymmetrien	43
3.2.3 Kontraktdesign og risikoallokering	43
3.2.3.1 Risikoallokeringshensyn	44
3.3 Værdien af forhandling – En spilteoretisk tilgang	49
3.3.1 Prisoners dilemma	49

3.3.1.2 Uden forhandling	50
3.4 Skyld-aversion i spilteorien.....	54
3.5 Delkonklusion	58
Kap. 4 – En udbudsretlig strategisk kontrahering	60
4.1 Generelt om den tidsmæssige udstrækning	60
4.2 Værdien af strategisk kontrahering.....	62
4.2.1 Relationsspecifikke aktiver	64
4.2.2 Vidensdeling i kontrakten.....	66
4.2.3 Udnyttelse af komplementære ressourcer	67
4.2.4 Governance	67
4.3 Proaktive klausuler	68
4.4 Ordregiveres perspektiv	69
4.5 En retspolitisk anbefaling	70
4.5.1 Offentlig private partnerskaber i udbudsretten.....	72
4.5.2 Balancen	73
Kap. 5 Endelig Konklusion.....	76
Litteratur- og domsliste	78
Bøger:	78
Artikler og Artikelsamlinger:.....	80
Rapporter og lignende:.....	81
Internetbaserede kilder:.....	82
Regulering.....	82
Domme:	83
Interviews:	84
Bilagsoversigt.....	85

Kap. 1 – Introduktion til fremstillingens genstandsfelt

1.1 Indledning

When we design organizations based on rules, we guard against disaster, but at the cost of stifling excellence.. Governments officials deprived of discretion which could produce misbehavior are at the same time deprived of discretion that could call forth outstanding achievement.¹

Der indledes med dette citat, da det indkapsler det mest grundlæggende ved fremstillingens problemstilling. Målt op imod mange andre lande er det danske udbudssystem nok slet ikke så dårligt,² men spørgsmålet er om det kan gøres endnu bedre?

Departementschefen i Uddannelses- og forskningsministeriet og kontorchef i Konkurrence- og forbrugerstyrelsen har i en artikel under navnet ”Bedre rammer for offentligt konkurrence”³ skrevet, at potentialet for offentlige indkøb er stort samt, at der blandt offentlige indkøbere hersker en usund udbudskultur, hvor der fokuseres på ikke at begå fejl.⁴ Mellem linjerne står der, at offentlige udbud kan foregå på en mere hensigtsmæssig facon.

Udbudsretten omfatter transaktioner for milliarder af kr. hvert år. I EU og øvrige OECD lande bruges årligt 15-18 % af BNB på offentlige anskaffelser.⁵ Tal i den størrelsesorden taler sit tydelige sprog mht. hvor afgørende det er, at der indgås efficiente kontrakter i udbudsprocessen – selv små forbedringer er store forbedringer i kroner og øre. Offentlige udbud bør tildeles en økonomisk aktør, der bedst muligt sikrer langsigtede gevinster for begge parter, og kontrakten mellem parterne skal sikre, at der tages højde for de specifikke kompetencer parterne har. Den skal sikre, at samarbejde er det optimale valg i alle situationer, og at fællesoptimering er det primære mål. At strategisk kontrahering skaber værdi i private samarbejder er veldokumenteret, men er det muligt og lovligt at kopiere fremgangsmåden til offentlige udbud?

Retsstillingen anno 2017 bygger på et relativt nyt udbudsdirektiv, og en deraf implementeret udbudslov. De nye udbudsretlige reguleringer har blandt andet som erklæret formål at give skatteyderne mere for pengene, og ordregiverne mulighed for at benytte mere fleksible udbudsprocedurer.⁶

¹ Kelman (1990) s. 28

² Se bilag 3 for sammenligning med øvrige EU lande

³ Treumer, (2016) s.47f

⁴ Ibid.

⁵ Ølykke og Nielsen (2015) s.25 samt OECD guidelines, Bribery in Public Procurement (2007) s. 3

⁶ Jf. Betragtning 2 i præambelen til udbudsdirektivet, samt udbudslovens § 1

En fremstilling om, at den nye udbudslov er mere fleksibel og giver en videre adgang til forhandling, samt at dette har et stort potentiale, er ikke i sig selv nyskabende. Denne fremstilling vil derfor ikke beskæftige sig med det historiske perspektiv, men derimod analysere usikkerheder i retstilstanden⁷, med det sigte at bestemme, hvor langt udbudsloven kan strækkes imod at tillade partsautonomi, og derved muliggør efficient strategisk kontrahering. Indgåelse af efficiente kontrakter betragtes som udgangspunkt som det optimale, når to eller flere parter indgår i en kontraktuel relation. I denne sammenhæng er det derfor interessant at analysere, hvordan parterne i et udbud kan indgå kontrakter, samt hvordan det evt. adskiller sig fra en efficient kontraktforhandling og aftale. Med tanke på, at der er tale om ordregiver som offentlig instans, benyttes efficient som et udtryk for velfærdsmaximerende adfærd.

Et helt andet dilemma er om der i offentligt regi udelukkende bør tilstræbes den efficiente løsning, eller bør der også tages hensyn til principper så som lighed og gennemsigtighed.⁸ Denne balancerede tilgang til udbudslovgivning, er utvivlsomt noget lovgivere har overvejet nøje ved udarbejdelsen af gældende ret. Om de har ramt den rette balance er et svært politisk spørgsmål.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen i nærværende fremstilling er, om den danske udbudslov⁹ begrænser aftalefriheden for den offentlige myndighed, der vil sende noget i udbud. Der har traditionelt eksisteret et udbudsretligt retsgrundlag, der som udgangspunkt ikke gav megen rum til forhandling og dialog i udbudsprocessen. Med nye reguleringer i EU-regi, som efterfølgende er implementeret i nationalt regi, er dette udgangspunkt dog ændret. Det ønskes belyst om retstilstanden anno 2017, giver ordregiver frihed til at indgå aftaler med det formål, at eksekvere *det gode købmandskab* via strategisk kontrahering. Yderligere ønskes en analyse og diskussion af konsekvenserne ved de identificerede juridiske begrænsninger ud fra en retsøkonomisk tilgang. Der søges især demonstreret hvilke konsekvenser og muligheder begrænsningerne giver i forhold til informationsdelingsmodeller og risikoallokering.

Problemstillingen er nedenfor opdelt i tre delspørgsmål, der følger fremstillingens struktur ved at have et fortrinsvis juridisk, et fortrinsvis økonomisk og et integreret underspørgsmål. De tre delspørgsmål skal ses i en sammenhæng og giver ingen eller lille værdi uden, at de læses sammenhængende. Opdelingen er foretaget for at give et overblik, og sammenhængende skal de danne grundlaget for en fyldestgørende besvarelse af problemstillingen.

⁷ Steen Treumer (2016) s. 26

⁸ Polinsky (2011) s.3

⁹ Lov nr.1564 af 15/12/2015

1.2.1 Problemformulering

❖ 1.2.1.1 Juridisk

I hvor høj grad giver reguleringen i Lov nr.1564 af 15/12/2015 Udbudsloven og principperne fra det underliggende udbudsdirektiv adgang til en forhandling, der kan sidestilles med partsautonomien mellem private parter?

❖ 1.2.1.2 Økonomisk

Medfører de juridiske begrænsninger på aftalefriheden i en udbudsretlig sammenhæng, at parterne vanskeligt kan indgå efficiente kontrakter?

❖ 1.2.1.3 Integreret

Kan der under gældende ret udøves strategisk kontrahering ved et offentligt udbud, og hvorledes kan parterne nyde godt af en strategisk tilgang til udbudsprocessen?

1.3 Afgrænsning

Genstandsfeltet for fremstillingen er de prækontraktuelle forhandlinger og dialoger i en udbudsretlig ramme, der vil derfor i meget begrænset omfang blive behandlet emner der vedrører den del af udbudsprocessen, der tidsmæssigt foregår efter kontraktunderskrivelse eller før den indledende markedsdialog.

1.3.1 Juridisk afgrænsning

Der behandles udelukkende udbud med en volumen, der gør det attraktivt at bruge de transaktionsomkostninger, der nødvendigvis må benyttes ved strategisk kontrahering. Derfor behandles ikke standardiserede kontrakter eller udbud under tærskelværdierne i udbudsloven.¹⁰ Som en naturlig følge af udbuddenes størrelse og kompleksitet, vil fokus være på de dynamiske udbudsformer; særligt udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Som en konsekvens af det stringente fokus på større kontrakter, der skal udbydes efter udbudsloven, behandles direktiver som; koncessions-, forsynings-, forsvars-, sikkerheds- og håndhævelsesdirektiv, ikke. Rameaftaler i udbudsretten kan ved første øjekast synes interessant i denne sammenhæng, men behandles ikke, da en sådan skal tildeles efter en af de gennemgåede udbudsprocedure, og har en tidsmæssig begrænsning på fire år.¹¹

Udbudsretten er historisk et samsurium af EU-ret, national ret og folkeret, i denne fremstilling fremgår imidlertid ingen overvejelser om folkeretten (ILO konventioner og GPA 2014), da disse automatisk er

¹⁰ Jf. §§ 6-9

¹¹ Ølykke og Nielsen (2015) s.364

overholdt ved overholdelse af EU-retten.¹² Fremstillingen behandler en problemstilling angående forhandlingsfrihed. Under terminologien forhandling og dialog falder i denne ombæring ikke diverse tidskrav og andre formkrav. Derudover vil krav og formalia angående prækvalifikation og egnethedsbedømmelse ikke indgå. Emner så som *koncessioner*, *light-regimet*, *unormalt lave tilbud*, *miljøkrav*, *blandede kontrakter*, *alternative tilbud* og *inhouse kontrakter*, kan diskuteres indenfor genstandsfeltet. Disse er dog fravalgt efter den overbevisning, at de emner der behandles er både mere praktisk og teoretisk relevante for fremstillingens problemstilling.

Der er lagt mange tanker bag beslutningen om hvor stor en "rolle" OPP kontrakter skulle spille i denne fremstilling. OPP kontrakter har mange af de karakteristika, der også kendetegner den strategiske kontrahering, og er en efterprøvet måde at fællesoptimere i samspillet mellem en offentlig myndighed og en privat aktør. Med tanke på det prækontraktuelle fokus, og udgangspunktet om at udbud omhandler offentlige indkøb, er OPP med dets muligheder indenfor drift af klassiske offentlige ansvarsområder, ikke helt sammenfaldende med problemstillingen. Derudover kan OPP ikke benyttes, uden at gennemgå en i udbudsloven reguleret udbudsform, hvorfor dets begrænsninger på sin vis implicit gennemgås. OPP gennemgås på denne baggrund ikke særskilt i denne fremstilling, men elementer fra den teoretiske udgave, benyttes til perspektivering.

1.3.2 Økonomisk afgrænsning

I det økonomiske kap. behandles bl.a. risikoaversion og dets betydning ved en udbudsretlig kontrakt. I den sammenhæng afgrænses der fra en analyse af, hvordan muligheden for at tegne forsikringer ændrer problemstillingen. I samme kap. behandles flere spilteoretiske situationer hvoraf teorien om, at parter lærer om hinanden i gentagne spil, kun flygtigt behandles. Denne afgrænsning er foretaget, som en konsekvens af, at det er svært målbart,¹³ og udelukkende ville bidrage med et rent teoretisk perspektiv. Transaktionsomkostningsteori er, med tanke på problemstillingen, en relevant teori at behandle, men er af hensyn til omfang og fordi dele af Williamsons (1985) teori benyttes andetsteds i den økonomiske analyse, ikke særskilt behandlet.

Der benyttes elementer af spilteori, P/A-teori og MH teori i den økonomiske analyse. Der skal gøres opmærksom på, at det netop kun er elementer fra disse tre teorier der behandles. De dele der behandles er vurderet til bedst muligt at passe ind i den prækontraktuelle forhandlings sfære, hvorimod dele af teorien der kun angår det postkontraktuelle ikke behandles.

¹² Ibid. s.59

¹³ Fudenberg and Levine (1998) s. 638

1.3.3 Formål, Struktur og Synsvinkel

Formålet med denne fremstilling er at udarbejde og præsentere teoretiske analyser, der i samspil med praktikeres erfaringer belyser, hvorvidt udbudsloven giver mulighed for at anvende strategisk kontrahering ved offentlige udbud. Det udbudsretlige regelsæt analyseres og begrænsninger af aftalefriheden, og muligheden for at indgå efficiente kontrakter diskuteres. Formålet er ligeledes at diskutere, i hvilken grad der er behov for en øget fleksibilitet i udbudssystemet, samt om balancen mellem hensynet til gennemsigtighed og ligebehandling på den ene side og muligheden for indgåelse af efficiente kontrakter på den anden side er hensigtsmæssig. Den primære tilgang i vidensproduktionen er induktion, der observeres enkelte symptomer fra praktikere eller i litteraturen, disse undersøges nærmere, hvorefter der udledes generelle slutninger.¹⁴ Under de rammer fremstilling skrives under, vil det ikke være muligt at foretage en totalundersøgelse, hvorfor der foretages delundersøgelser af enkelte udvalgte problemstillinger, hvorefter der ved inferens drages mere generelle slutninger.¹⁵

Fremstillingen består af fem kapitler, der alle (delvist) bygger på vidensproduktionen fra de(t) forudgående kapitler. I kap. 2 behandles den juridiske problemformulering gennem en juridisk analyse. De udbudsretlige begrænsninger af aftalefriheden analyseres. De enkelte udbudsprocedurer gennemgås, og de grundlæggende EU-retlige princippers betydning for udbudsretten ekspliciteres. Der foretages en kritisk vurdering af, hvor bred en adgang der reelt er til forhandling og dialog, og ditto men hensyn til informationsdeling.

I kap. 3 foretages en økonomisk analyse af værdien ved informationsdeling, risikodeling og forhandlinger. Disse analyser benyttes til at besvare den økonomiske problemstilling.

I kap. 3 sættes problemerne på spidsen, og der foretages en skarp opdeling mellem at have adgang til forhandling eller ej. Det diskuteres herefter hvorvidt begrænsninger identificeret i kap. 2 medfører inefficente offentlige udbud.

Kap. 4 indeholder en integreret analyse, som besvarer den integrerede problemformulering. Der foretages en gennemgang af strategisk kontrahering, og en diskussion af hvorvidt udbudsloven faciliterer strategiske samarbejder. Kap. 4 indeholder også en retspolitisk anbefaling, der giver et generelt bud på hvordan udbudsretten på en balanceret facon kan afhjælpe inefficente udbud.

¹⁴ Ib Andersen (2008) s. 35

¹⁵ Ibid. s.111

Kap. 5 indeholder en samlet konklusion, der sammenholder problemstillingen og de tre problemformuleringer med analyserne i kap. 2-4.

Der anlægges en samfundsorienteret synsvinkel i denne fremstilling således, at problemstillingen bliver belyst med øje for den samfundsøkonomiske vinding, og adressaten af anbefalingen må siges at være lovgiver på både nationalt og unions plan. Særligt i kap. 3 skifter analyseenheden dog til et kontraktsniveau, anskueliggjort ved parterne i en kontraktforhandling. Dette kontraktøkonomiske perspektiv synes nødvendigt at gennemgå, når det aftaleretlige perspektiv må og skal inddrages for at give en fyldestgørende besvarelse af problemstillingen. Skiftet af analyseenheder vurderes ikke at være et problem, da der uagtet synsvinkel altid er sigte på at besvare problemstillingen.

1.4 Metode

En opdeling af den metodiske gennemgang er påkrævet, eftersom opgaven spænder over flere videnskaber, der har vidt forskellige metodiske tilgange.

1.4.1 juridisk metode

Den juridiske analyse foretages med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, og den af Alf Ross udviklede variant af den realistiske retsteori.¹⁶ Retsdogmatikken antager ikke en hierarkisk opbygning, hvilket virkeliggør princippet om, at retskilderne ikke har nogen rangorden, men systematiseres gennem den retsdogmatiske metode.^{17 18} Den retsdogmatiske metode er valgt, da det er den alment anerkendte metodiske tilgang til at finde gældende ret i den juridiske verden. Regulering, der først gennemgås i den retsdogmatiske metode, er den mest objektiverede retskilde. I denne fremstilling vil regulering imidlertid primært underlægges en subjektiv fortolkning. Dette skyldes, at der i betydelig grad inddrages forarbejder/præambel betragtninger fra udbudsloven og udbudsdirektivet,¹⁹ som er de dominerende retskilder i kategorien regulering. Udover disse mere traditionelle eksempler, inddrages ligeledes aftalegrundlaget mellem parterne som regulering.²⁰ Det benyttes til en analyse af den praktiske konsekvens af adgangen til partsautonomi, forhandlingsforbud eller begrænsninger der medfører, at retsstillingen er et sted derimellem. Udbudslovgivning er EU-retligt reguleret, og kommer til udtryk ved udbudsdirektivet, der eksplicit fremhæver de generelle principper (fra primærretten), der anvendes i fremstillingen. Derfor

¹⁶ Nielsen og Tvarnøe (2014) s.30 og 34

¹⁷ Ibid. s.34

¹⁸ Ross definerede retskilderne som de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse. Jf. Ross (1953) s.92

¹⁹ Nielsen og Tvarnøe (2014) s.94

²⁰ Ibid. s.104

foretages ingen særskilt analyse af traktatgrundlagets betydning. Eftersom direktivet er implementeret i dansk ret, benyttes det primært som fortolkningsbidrag, og til en hvis grad ved en komparativ analyse af kravene til udbudsmaterialet. I det omfang direktivet anvendes eksplicit, bliver der anlagt en objektiv formålsfortolkning, der tager højde for udviklingstrin og helheden i retsaksen.²¹ I den retsdogmatiske analyse er retspraksis næste retskilde i rækkefølgen.²² I fremstillingen anvendes retspraksis fra EU-domstolen, som en retskilde til at udlede rækkevidden af visse bestemmelser i direktivet. EU-domstolens praksis udgør en væsentlig retskilde i udbudsretten, og afgørelser derfra vægtes også højt i nationale sager.²³ Der benyttes ligeledes praksis fra klagenævnet for udbud (herefter KfU), til en vurdering af den reelle adgang til forhandling ved en udbudsprocedure. I udbudsretten må det lægges til grund, at reglen om præjudicielle spørgsmål i TEUF art. 267, har betydning for udviklingen af gældende ret, og flere af de inddragede EU-domme er da også en art. 267 henvendelse. KfU har en quasi-judiciel karakter, og deres afgørelser tillægges betydelig præjudikat værdi på emner indenfor deres område; udbud.²⁴ Fremstillingen benytter sig af retssædvaner til at identificere gældende ret – de lege lata, i form af *almindelig, stadig og længe* fulgte handlemåder indenfor ordregiverens fortolkning af den udbudsretlige regulering. Dette kommer bl.a. til udtryk i beskrivelser af kulturen blandt ordregivere, og hvorvidt nye regler ”implementeres” på den måde lovgivere ønsker det. Den måde hvorpå retssædvaner benyttes i denne fremstilling, må tillægges en ubetydelig retskildeværdi, da det vil fremstå uretmæssigt at binde tilbudsgivere af disse.²⁵ Den sidste komponent i den retsdogmatiske metode, forholdets natur, benyttes kun i begrænset omfang i analysen af gældende ret.²⁶

I denne fremstilling behandles de samme kontrakter med udgangspunkt i både den materielle udbudsret og privatretten (herunder kontraktsretten), hvilket giver modsigelser. Det lægges derfor til grund, at aftaleloven som udgangspunkt også gælder for offentlige udbud,²⁷ og at udbudslovens regler supplerer aftalelovens, der om fornødent må fortolkes direktivkonformt, eller tilsidesættes efter princippet om EU-rettens forrang.²⁸

1.4.2 Økonomisk metode

Det virker oplagt at affatte et samlet metodeafsnit, når nu en løsning af problemstillingen affordrer en sammenblanding af videnskaber. At blande videnskaber er som sådan ikke et problem, og er netop styrken

²¹ Ølykke og Nielsen (2015) s.30

²² Nielsen og Tvarnøe (2014) s.34

²³ Ølykke og Nielsen (2015) s.49

²⁴ Nielsen og Tvarnøe (2014) s.199. – Afgørelser fra klagenævn omgøres relativt sjældent af domstolene.

²⁵ Efter inspiration fra Nielsen og Tvarnøe (2014) s.203

²⁶ Den benyttes som en del af analysen af hvorvidt domstolene i særlige tilfælde vil fravige lovteksten, hvis det vil medføre et unødvendigt værdispild.

²⁷ Behandles som opfordring til at gøre tilbud i aftalelovens terminologi.

²⁸ Ølykke og Nielsen (2015) s.73

ved denne fremstillings måde at anskue problemstillingen på, men rent metodisk er der behov for en adskillelse af den økonomiske og juridiske metode. I denne fremstilling benyttes retsøkonomi, der på trods af navnet, udelukkende falder under den økonomiske videnskab, da den anvender økonomiske metoder og analyseværktøjer.²⁹

Den retsdogmatiske metode anerkender ikke brugen af den økonomiske metode, så allerede derfor er der behov for en adskillelse.³⁰ Den økonomiske metodik, benyttes ved en analyse af emner indenfor spilteori, principal-agent teori og risikoallokerings teori. Med fællesnævneren at de analyseres ud fra de antagelser, der findes i økonomisk teori om egen-optimering, begrænset rationalitet og risikoaversion. De økonomiske teorier, der nævnes her og behandles nedenfor, er udvalgt for bedst muligt at vurdere, hvorvidt der kan indgås inefficente kontrakter i udbudsretten.

Analyseenheden i fremstillingens retsøkonomiske del er *retten og kontrakten*, modsat markedet i den neoklassiske teori.³¹ Retsøkonomiens analyseniveau er som udgangspunkt et samfundsmæssigt niveau, hvilket i denne fremstilling kommer til udtryk ved at anvende teorien til at forklare udbudsreglernes implikationer, og til at beskrive hvad der vil være samfundsøkonomisk efficient.³² Ved en væsentlig del af den spilteoretiske og principal-agent teoretiske analyse, går der et analyseniveau ned – til kontraktniveauet – som falder inden for kontraktøkonomien.³³

Den økonomiske teori der forklarer strukturerne i inefficente eller efficiente forhandlinger og kontrakter, er valgt ud fra tesen om den logiske empirisme.³⁴ Ifølge denne isme vil et udsagn kun blive accepteret som videnskabeligt, hvis det kan testes empirisk.³⁵ Denne stringente videnskabelige tilgang, bliver modificeret af en mere normativ tilgang, hvad angår risikoallokeringshensyn og skyldaversion.

Gennemgangen af skyldaversionen kan betragtes som en modifikation af den konventionelle rationalitetsantagelse.

Den økonomiske metode bliver foldet ud i kap. 3.

1.4.3 Integreret metode

I det integrerede kap. 4, sammenholdes de økonomiske og juridiske analyser til en diskussion af anvendeligheden af strategisk kontrahering i offentlige udbud, samt en retspolitisk anbefaling. Den juridiske

²⁹ Nielsen og Tvarnøe (2014) s.485

³⁰ Ibid. s.34

³¹ Ibid. s.488

³² Ibid.

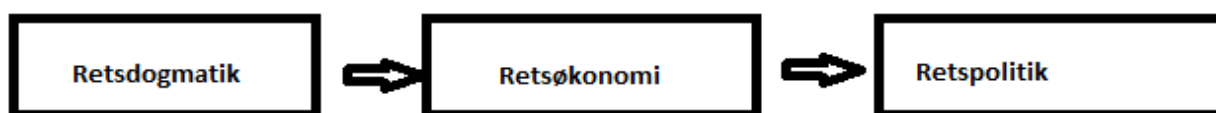
³³ Ibid.

³⁴ Christian Knudsen (1994) s. 46

³⁵ Ibid. s. 46f

analyse har identificeret, i hvor høj grad parterne i en udbudsproces begrænses i deres forhandlingsfrihed og hvorvidt de må (juridisk) eller vil (incitament hensyn) dele og udnytte ny viden optimalt. Derefter har den økonomiske analyse ekspliciteret, hvorvidt den nuværende retsstilling er fordrende for indgåelse af efficiente kontrakter.

Ud fra dette foretages en retspolitisk analyse – de lega ferenda, som ikke er en videnskab. Den økonomiske- og retsdogmatiske metode bygger en bro, der medfører, at retspolitikken er underbygget af videnskaber, og dermed tenderer til at være en videnskab i sig selv.³⁶ En retspolitisk anbefaling må vurderes at være betragteligt mere troværdig, hvis den har to solide ”videnskabelige fødder” at stå på.³⁷



Figur 1.1 ³⁸

Figur 1.1 illustrerer hvordan fremstillingens videnskabelige analyser anvendes til overvejelser om, hvordan retsstillingen indenfor udbudslovens adgang til forhandling bør være.

EU-retten generelt og også specifikt udbudsretten er funderet i økonomisk teori, hvorfor en analyse af et retsområde med en efterfølgende anbefaling, der ikke tager højde for økonomiske analyser, synes uhensigtsmæssigt. Det er derfor uden rysten på hånden, at der i denne fremstilling anvendes en moderne udgave af retspolitikken, der medtager en økonomisk analyse.

Den retspolitiske anbefaling foretages på grundlag af den integrerede analyses vurdering af mulighederne, for at indgå værdimaksimerende strategiske samarbejder, der igen bygger på analyserne i kap. 2+3.

³⁶ Se diskussion af retspolitikken som en videnskab i Nielsen og Tvarnøe (2014) s.497ff

³⁷ Retspolitikken er defineret i Ross (1953) s.418, som værende afhængig af retssociologi. Retssociologi erstattes i denne fremstilling af retsøkonomien, der i nyere litteratur ses som en ”erstatning”, jf. Stuer Lauridsen, (1974) s.564, hvor retspolitikken i videnskabelig forstand legitimeres ved dens medvirken til at optimalisere menneskelig adfærd”. Efficiensbetragtninger hører til den økonomiske teori, og læses som en legitimering af retsøkonomi i retspolitikken. Se for samme rationale Dalberg-Larsen (2002) s. 10

³⁸ Inspiration fra Nielsen og Tvarnøe (2014) s.501

Kap. 2 - En juridisk analyse af udbudsrettens begrænsninger på aftalefriheden

Formålet med dette kap. er at klargøre, hvilke begrænsninger udbudslovens bestemmelser medfører for den offentlige myndigheds kontraheringsfrihed. Det vil blive analyseret om retsstillingen anno 2017 minder om et forhandlingsforbud eller om de nye regler i højere grad giver en frihed lig partsautonomien i private aftaleforhold. Det skal bemærkes, at denne fremstilling bevæger sig i et krydsfelt mellem nationale og EU-retlige reguleringer. Kontraktsretten er reguleret ved en national materiel tilgang, og den udbudsretlige del skal ses i lyset af den (primært) EU-retligt regulerede udbudsret. Disse retskilder vil være grundstenen i den juridiske analyse af retsstillingen.

Kompleksitet og usikkerhed om juraen skal nødtigt være en hindring for den gode udbudscontrakt,³⁹ eller som EU-Kommissionen formulerer det i sin Grønbog om offentlige indkøb,⁴⁰ forhindre rationel ressourceanvendelse.⁴¹ Om det bør tilsigtes at have en udbudslov, der fjerner hindringer for *det gode købmændskab* blandt offentlige indkøbere,⁴² eller en udbudslov, der i højere grad er et bolværk mod misbrug og ugenomsigtighed, er et spørgsmål om perspektiv og politik. I dette kap. vil en udbudslov, der giver vid mulighed for *det gode købmændskab* blive betragtet som succeskriteriet, uagtet divergerende politiske holdninger.

I Udbudsretten skal der tages hensyn til primærretten og et antal grundlæggende EU-retlige principper, hvoraf de vigtigste for udbudsretten gennemgås nedenfor. Direktiv 2014/24/EU og den deraf implementerede udbudslov indeholder en flersidig række af såkaldte procedureskabeloner kaldet udbudsformer, der hver for sig stiller forskellige krav til parternes ageren ved et offentligt udbud.⁴³ Disse udbudsformer gennemgås nedenfor, hvor det fremhæves hvordan en given udbudssituation i videst muligt omfang kan behandles som en reel forhandling mellem to eller flere parter. Der vil i denne fremstilling, hovedsageligt blive fokuseret på de fleksible udbudsformer.

2.1 Partsautonomien og aftalefrihed overfor forhandlingsforbuddet i udbudsloven

³⁹ Hansen og Offersen (2016) s. 11

⁴⁰ EU-Kommissionens Grønbog – Offentlige indkøb i EU overvejelser for fremtiden

⁴¹ Ølykke og Nielsen (2015) s.37

⁴² Arrowsmith (2002) i European Law Review 2002 vol. 27. No 1 s. 7 (herefter Arrowsmith 2002)

⁴³ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU Kap. 1, art 27-31 samt Lov nr. 1564 af 15/12/2015 Udbudsloven Kap 7 §§ 56-92

I et moderne samfund er det gradvist blevet nødvendigt at lade kontrakter og handel gå hånd i hånd,⁴⁴ hvilket på dansk grund allerede så tidligt som i Danske lov af 1683⁴⁵ blev anerkendt rent juridisk. I læren om aftaler er det helt klare deklatoriske udgangspunkt, at enhver fysisk eller juridisk person har aftalefrihed.⁴⁶ Det bliver af flere fremtrædende juridiske kapaciteter endog betragtet som en selvfølgelighed i en fri markedsøkonomi.⁴⁷ Aftalefriheden som også kaldes kontraktfrihed eller partsautonomi, er i dag funderet i de almindelige retskilder, herunder særligt regulering. Erkendelsen af, at aftalefriheds-modellen fungerer bedre i nogle sammenhænge end andre har medført, at den, ligeledes via almindelige retskilder, i specielle tilfælde er begrænset.⁴⁸ Sådanne begrænsninger ses typisk, hvor lovgiver forsøger at beskytte en aftalepart, der ikke anses som jævnbyrdig med sin modpart, i form af en præceptiv funktionel afgrænsning af aftalefriheden.⁴⁹ En offentlig myndighed som ordregiver og en privat virksomhed som tilbudsgiver er ikke jævnbyrdige på markedspladsen, men det er alligevel helt andre hensyn, der står bag den udbudsretlige begrænsning af aftalefriheden. Begrænsningerne i aftalefriheden ved offentlige udbud, skal ses som et udslag af ligebehandlingsprincippet (afsnit 2.2.1), der traditionelt har betydet, at *ordregiver ikke må forhandle emner med tilbudsgiver, hvor forhandling giver risiko for at konkurrencen fordrejes*.⁵⁰ Partsautonomien er ikke blot begrænset af hensyn til ligebehandlingsprincippet, men også af hensyn til grundlæggende principper om gennemsigtighed samt effektiv konkurrence.⁵¹

Præ den nye udbudslov og udbudsdirektiv, havde begrænsningerne af aftalefriheden karakter af et egentligt forhandlingsforbud, som det også kan udledes af en fælleserklæring fra EU's ministerråd og kommission i anledning af Storebælt-sagen fra 1993.⁵² Forhandlingsforbuddet har i praksis været opfattet som en udpræget hindring for en hensigtsmæssig afvikling af udbudsprocedurerne,⁵³ eller som udtrykt i samme udgivelse: *en spændetrøje for optimeringen af udbudsprocessen*.⁵⁴

Efter 2014 udbudsdirektivet er der sikret lettere adgang til de fleksible udbudsprocedurer og dertilhørende udvidet adgang til forhandling og dialog. I tiden før udbudsdirektivet var det helt klare udgangspunkt at

⁴⁴ Lyng Andersen og Madsen (2012) s. 18

⁴⁵ Lov nr. 11000 af 15.04.1683, bog 5, 5.1.1 og 5.1.2

⁴⁶ Gomard (2015) s. 18

⁴⁷ Se bl.a. Gomard (2015) s. 18, og Lyng Andersen og Madsen (2012) s.20 samt Ramberg og Ramberg (2007) s.27

⁴⁸ Lyng Andersen og Madsen (2012) s.20

⁴⁹ Ibid. s.22 se også Gomard (2015) s. 19 for lignende rationale.

⁵⁰ Hansen og Offersen (2016) s. 14

⁵¹ Lyng Andersen og Madsen (2012) s. 258f

⁵² Hansen og Offersen (2016) s. 14 og sag C-243/89, dom af 22. juni 1993

⁵³ Treumer (2016) s. 27f

⁵⁴ Ibid. s. 618

benytte udbudsformerne offentligt eller begrænset udbud, hvor der ikke tillades nogen forhandling.⁵⁵ Retstilstanden er anderledes i dag, men det ændrer dog ikke ved, at der fortsat gælder et generelt forhandlingsforbud ved anvendelse af udbudsdirektiverne.⁵⁶ De offentlige myndigheder, der beskæftiger sig med udbud, har som nævnt ovenfor, i udpræget grad set forhandlingsforbuddet og de bagvedliggende EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling som en hæmsko for at foretage efficiente udbud.⁵⁷ Udbudslovsudvalget havde indenfor udbudsdirektivets rammer, derfor mandat til at udarbejde en udbudslov der fremmer fleksibilitet og innovation i offentlige udbud.⁵⁸

Der bør ikke tilskrives udbudsloven og koncipisterne af denne alt for stor betydning i udviklingen af retstilstanden, da udbudsdirektivet er et forholdsvis detailreguleret direktiv, der ikke efterlader markante friheder til national implementering.⁵⁹

Det er fortsat uklart, hvor vidtgående begrænsninger af aftalefriheden er i udbudsretlige sammenhænge. Resten af nærværende kap. har til formål at fastlægge det nærmere indhold af disse begrænsninger.

2.2 De generelle EU-retlige principper

Når EU-retlige principper behandles, er det passende at starte med at nævne princippet om fri bevægelighed. I en udbudsretlig sammenhæng er det da også dette, samt en række principper afledt deraf, der må karakteriseres som de væsentligste principper.⁶⁰

I et stort regelsæt som udbudsloven er det umuligt at regulere alle tænkelige forhold ordregiver kan komme til at stå overfor. I sådanne situationer kan svaret typisk findes i de generelle principper.⁶¹ Derfor er de generelle principper vigtige i fortolkningen af udvalgte bestemmelser i udbudsloven. I nærværende afsnit gennemgås gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, der begge er afledt af princippet om fri bevægelighed.⁶² Disse principper er gennemgående i analysen i dette kap. og i udbudsretten generelt.⁶³ Betydningen ekspliciteres i udbudslovens § 2, stk.1,⁶⁴ der bygger på udbudsdirektivets art. 18, stk. 1⁶⁵. Begge

⁵⁵ Ibid. s. 141

⁵⁶ Ølykke og Nielsen (2015) s.117

⁵⁷ Se bl.a. Treumer (2016) s. 27f, 47f, 61, 618 + Bilag 4-8

⁵⁸ Treumer (2016) s.62

⁵⁹ Ibid. s. 60

⁶⁰ Ølykke og Nielsen (2015) s.83

⁶¹ KFST, Vejledning om udbudsreglerne, januar 2016

⁶² Ølykke og Nielsen (2015) s.83

⁶³ Hansen og Offersen (2016) s.13

⁶⁴ Lov nr. 1564 af 15/12/2015 Udbudsloven

⁶⁵ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014

principper er ligeledes nævnt i betragtning 1 i præamblen til udbudsdirektivet.⁶⁶ En definition af de EU-retlige principper kan ikke findes i udbudsdirektivet, deres nærmere indhold beror på TEU, TEUF, Chartret om grundlæggende rettigheder og EU-domstolens praksis.⁶⁷

2.2.1 Ligebehandlingsprincippet i udbudsretten

Ligebehandlingsprincippet centrale betydning for fortolkningen af mange af udbudsdirektivets bestemmelser, kommer til udtryk i præamblen til udbudsdirektivet. Hvilket gentagne gange er blevet bekræftet af EU-domstolen.⁶⁸ Doktrinen om *the supremacy of union law* skal huskes ved eventuel uoverensstemmelse eller fortolkningstvivl.⁶⁹

Princippet kan læses som en lighedsgrundsætning *sui generis*, idet beskyttelsen efter udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip er udvidet i forhold til Traktatens bestemmelser.⁷⁰ Der henvises til anden litteratur for nærmere gennemgang af det primærretlige ligebehandlingsprincip.⁷¹ Fortolkningen af udbudslovens bestemmelser nedenfor vil til stadighed være med ovenstående in mente. Ved en behandlings af ligebehandlingsprincippet, er det relevant at definere, hvem der er forpligtet af det. EU-domstolen har i flere domme anlagt en udvidende fortolkning af udbudsdirektivernes ordregiverbegreb og det nærmere indhold heri, for at give principperne om fri bevægelighed fuld virkning.⁷² Denne udvidende fortolkning er bl.a. kommet til udtryk i C-360/96,⁷³ angående udtrykket "offentligretligt organ". Samt i C-353/96⁷⁴ angående rækkevidden af udtrykket "ordregivende myndighed". Kommissionen har i forlængelse heraf antaget, at anvendelsesområdet for de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektivet, herunder ligebehandlingsprincippet gælder for alle, der kan tænkes at være omfattet af udbudsdirektivets ordregiverbegreb.⁷⁵

Primærrettens bestemmelser, formuleret som et diskriminationsforbud, skal opfattes som en beskyttelse mod indgreb fra medlemsstater og pålægger derved undtagelsesforpligtelser.⁷⁶ En væsentlig del af udbudsdirektivet er derimod kendetegnet ved at pålægge en handlepligt, med henblik på at sikre

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ølykke og Nielsen (2015) s.84

⁶⁸ Se bl.a. Sag C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mod Stadt Wien præmis 45, med referencer til lign. afgørelser. Samt den skælsættende Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark.

⁶⁹ Hartley (2014) s. 243

⁷⁰ Treumer (2000) s. 68

⁷¹ Se bl.a. Treumer (2000) og Ølykke og Nielsen (2015) 99ff samt Hartley (2014) s. 168ff

⁷² Treumer (2000) s. 74

⁷³ Sag C-360/96, Arnhem

⁷⁴ Sag C-353/96 Kommissionen mod Irland

⁷⁵ Treumer (2000) s. 75

⁷⁶ Treumer (2000) s. 69

ligebehandling. Dermed adskiller udbudsdirektiverne sig på fundamental vis fra Traktatens bestemmelser, ved at være væsentlig mere vidtgående mht. ligebehandlingsprincippet.⁷⁷ Steen Treumer vurderer, at retskildeværdien af denne forskel med tiden vil udviskes i og med, at EU-domstolen foretager en udvidende fortolkning af traktatens bestemmelser. Denne forudsigelse kan med rimelighed påstås at være i overensstemmelse med den faktiske udvikling.⁷⁸

Handlepligterne består bl.a. af pligter angående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, overholdelse af tidsfrister og begrundede afslag, samt for denne fremstilling vigtigst; offentliggørelse af tildelingskriterier og evalueringsmetoder.⁷⁹ Det materielle indhold af ligebehandlingsprincippet er lovfæstet i dansk ret i udbudslovens § 2, stk. 1, hvoraf det følger, at offentlige ordregivere har pligt til at behandle alle tilbudsgivere på lige vilkår, og sikre konkurrence på lige fod. Det følger dermed implicit, at der er forbud mod forskelsbehandling på baggrund af ethvert tænkeligt usagligt kriterium.⁸⁰ I en sag fra KfU om ambulancekørsel,⁸¹ forefindes en udvidet fortolkning af forpligtelsen til at sikre ligebehandling. Nævnet udtalte, at for at sikre ligebehandling, skal der tages højde for tilbudsgivere fra forskellige nationale retlige rammer i udbudsmaterialet.⁸²

Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler er en almindelig lighedsgrundsætning, til forskel fra en speciel lighedsgrundsætning, hvilket komplicerer fastlæggelsen af princippet præcise indhold.⁸³ Påbuddet om ligebehandling i udbudsloven betragtes som værende af generisk karakter, der ikke påbyder bestemte kriterier, men blot fastlægger handlingspligter baseret på indholdet heri. Denne retstilling giver i sagens natur grobund for en mere åben fortolkning end hvis kriterierne havde været mere detailreguleret.

2.2.2 Gennemsigtighedsprincippet i udbudsretten

Der er, som det typisk er tilfældet med EU-retlige grundprincipper, et vist overlap eller samspil mellem ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsloven. Gennemsigtighedsprincippet sikrer respekten af ligebehandlingsprincippet, da kravet til gennemsigtighed modvirker, at diskrimination/"ikke

⁷⁷ Treumer (2000) s.69

⁷⁸ Henvises til udviklingen i EU-Domstolens praksis angående indirekte –og skjult diskrimination.

⁷⁹ Treumer (2000) - anlagt nutidig fortolkning

⁸⁰ Ølykke og Nielsen (2015) s.105

⁸¹ KfU Kendelse af 5/2-15 Falck Danmark mod Region Syddanmark

⁸² Hansen og Offersen (2016) s. 13

⁸³ Treumer (2000) s. 64

ligebehandling” tilsløres.⁸⁴ Denne nære sammenhæng er af EU-domstolen, i mere generelle vendinger, også slået fast i C-92/00.⁸⁵

Gennemsigtighedsprincippet i udbudsretten fremgår eksplicit af art. 18 i udbudsdirektivet og af § 2, stk. 1 i udbudsloven, og har længe været et grundprincip i EU-udbudsretten.⁸⁶ Princippet kommer bl.a. til udtryk ved kravene om, at tildelingskriterier og evalueringsmetoder skal offentliggøres på forhånd.⁸⁷ Der foreskrives en meget regelstyret beslutningsproces, med vid mulighed for judiciel kontrol af, at der ikke er sket regelbrud.⁸⁸

Pligtssubjekterne under det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip er af EU-domstolen udvidet til at kunne være en privat virksomhed, der af en ordregivende myndighed er blevet overdraget beføjelser til at udføre en offentlig tjenesteydelse.⁸⁹ Om yderligere udvidelse af pligtssubjekterne se også Teleaustria-Dommen,⁹⁰ hvor de udvides til et tilfælde, der faldt uden for et direktivreguleret område. I de to umiddelbart ovenfor nævnte domme påtales også vigtigheden af gennemsigtighedsprincippet.⁹¹ Gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet har i tidligere udgaver af udbudsdirektiverne været forankret i lovteksten, ved regler om, at hovedparten af udbud skulle ske efter udbudsformer, der ikke tillod forhandling eller dialog.⁹² De nye udbudsregler sikrer adgang til mere fleksible udbudsformer, hvilket muligvis mindsker gennemsigtigheden og kontrollen med ligebehandling. Det sagt, så er der stadigvæk betydelig vægt på princippet i moderne udbudsret. Gennemsigtighedsforpligtelserne ved offentlige udbud afviger fortsat markant, fra måden mange private virksomheder vælger at indgå kontrakter på.⁹³

Hvorvidt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling modarbejder indgåelsen af efficiente kontrakter, fordi dygtige ordregivere er bundet af reglerne,⁹⁴ vil blive diskuteret løbende i denne fremstilling.

2.3 Udbudsformerne

Nedenfor vil fremstillingen i højere grad end ovenfor have et mere stringent fokus på reglerne i udbudsloven således, at udbudsdirektivets bestemmelser mestendels vil blive benyttet som en fortolkningshjælp.

⁸⁴ Hansen og Offersen (2016) s. 13

⁸⁵ Sag C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mod Stadt Wien præmis 45.

⁸⁶ Ølykke og Nielsen (2015) s.118

⁸⁷ Se særligt udbudslovens § 160 samt udbudslovens kap. 10

⁸⁸ Ølykke og Nielsen (2015) s.118

⁸⁹ Sag C-275/98 Unitron Scandinavia A/S og Danske svineproducenters Serviceselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri

⁹⁰ Sag C-324/98 Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG præmis 60

⁹¹ Det skal for fuldstændigheden påpeges at det sidste princip i § 2, stk. 1 i udbudsloven; proportionalitetsprincippet ikke behandles i denne fremstilling.

⁹² Ølykke og Nielsen (2015) s.118

⁹³ Ibid. s.119

⁹⁴ Se for kritik af et regelstyret system Arrowsmith (2002) s.3-24

Forskellene mellem de to regelsæt er i øvrigt helt i trit med intentionerne bag retsakter i direktivform, hvor national ret blot skal være tro mod det resultat direktivet sigter imod.⁹⁵ De grundlæggende principper skal, som det følger af princippet om EU-konform fortolkning, behandles på samme måde i dansk ret som ved en fortolkning af direktivet. Baggrunden for at der findes standardiserede udbudsformer i udbudsloven er, at de sikrer gennemførelsen af de generelle principper i EU-retten, samt sikrer at offentlige udbud åbnes for konkurrence.^{96 97}

Det findes hensigtsmæssigt, at udbudsformerne som udgangspunkt behandles enkeltvis. Imidlertid vil enkelte generelle problemstillinger, blive behandlet kollektivt.

I nærværende afsnit behandles de forskellige udbudsformer, med fokus på anvendelsesmuligheder og fleksibiliteten i reglerne. Selvom anvendelsesområdet for de fleksible udbudsformer i udbudsloven, sammenlignet med datidens retstilstand, er væsentligt udvidet, er det fortsat de ordinære udbudsformer,⁹⁸ der er hovedreglen.⁹⁹ Det er værd at bemærke, at der er lidt divergerende opfattelser i litteraturen, om hvorvidt adgangen til innovationspartnerskabet er ligeså vid som de ordinære udbudsformer.¹⁰⁰ Ved at grave lidt i denne diskrepans, findes forklaringen i den frihed de danske lovgivere har taget sig, ved implementeringen af udbudsdirektivet.¹⁰¹ I udbudsdirektivet fremgår det af art. 26, stk. 3, at innovationspartnerskabet kan vælges frit af ordregiveren. Dette er imidlertid ikke retstillingen i dansk ret efter udbudslovens § 73, hvori der opstilles krav til anvendelse af udbudsformen.^{102 103} Undtagelsesbestemmelser med rod i EU-retten, det vil i denne sammenhæng sige de udbudsformer der ikke er hovedreglen, fortolkes indskrænkende og ordregiveren har bevisbyrden for berettigelsen.¹⁰⁴

Som følge af fremstillingens problemstilling behandles de fleksible udbudsformer, med de største processuelle friheder, mere indgående end de øvrige udbudsformer. Gennemgangen fokuserer dermed på de udbudsformer, der i KFST's terminologi sætter *det gode købmandskab* i centrum.¹⁰⁵ I artiklen "Udbud med

⁹⁵ Hartley (2014) s. 218

⁹⁶ Ølykke og Nielsen (2015) s.195

⁹⁷ Jf. også betragtning 1 i præamblen til 2014 udbudsdirektivet

⁹⁸ Offentligt udbud og begrænset udbud jf. bilag 1

⁹⁹ Hansen og Offersen (2016) s. 25

¹⁰⁰ Se om forskellene: Hansen og Offersen (2016) s. 25 og Hagel-Sørensen (2016) s.175. Samt modsat Ølykke og Nielsen (2015) s.203.

¹⁰¹ Ølykke og Nielsen har på daværende tidspunkt ikke haft adgang til den endeligt vedtagne udbudslov.

¹⁰² Jf. afsnit 2.3.6 for nærmere om kravene

¹⁰³ Der antages ikke, at der er tale om en ikke EU-konform implementering af direktivet, eftersom art. 31 definerer "sigtet" med innovationspartnerskab, et sigte der så i udbudsloven er gjort til et egentligt krav. Denne frihed synes berettiget.

¹⁰⁴ Hansen og Offersen (2016) s.25

¹⁰⁵ KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016.

forhandling og konkurrencepræget dialog” er forfatterne af den overbevisning,¹⁰⁶ at den udvidede adgang til de fleksible udbudsformer netop giver bedre muligheder for *det gode købmandskab*, og at dette harmonerer med hensigten bag udbudsloven.¹⁰⁷

2.3.1 Indledende markedsundersøgelser

Indledende markedsundersøgelser er som udgangspunkt muligt og relevant ved alle udbudsformer. Efter Udbudslovens § 39, stk. 1 er tilbudsgiver berettiget til at foretage undersøgelser af markedet for at udforme udbudsmaterialet.¹⁰⁸ Dette udgangspunkt modificeres dog af § 39, stk. 2,¹⁰⁹ som foreskriver, at ordregiver skal træffe foranstaltninger, der sikrer, at en rådgivende aktør ikke opnår konkurrencemæssige fordel som følge af den indledende dialog. Hvis sådanne foranstaltninger ikke kan sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet, forpligter § 39, stk. 3 ligefrem ordregiver til at udelukke en ansøger, der har bistået med rådgivning. I forarbejderne til udbudsloven karakteriseres adgangen til indledende dialog som bred.¹¹⁰ Som det vil blive behandlet nedenfor, forpligter udbudsreglerne tilbudsgiver til at beskrive de grundlæggende elementer allerede i udbudsmaterialet, en beskrivelse som gennemgående ikke kan ændres. På den baggrund er adgangen til at foretage indledende markedsundersøgelser, et vigtigt redskab i bestræbelserne på, at få alt fra udbudsform, mindstekrav og tildelingskriterier til at være det mest hensigtsmæssige i udbudsmaterialet.¹¹¹

Det vurderes i vejledning til udbudsloven af KFST, at indledende dialog er instrumental for at sikre, at der opnås den mest efficiente kontrakt.¹¹² I en engelsk undersøgelse fra 2010, var der ”strong consensus” iblandt ordregivere og økonomiske aktører om, at indledende markedsundersøgelser var essentielle for at sikre en effektiv proces.¹¹³ I flæng kan nævnes rådgivning om; hvilke spillere der er på markedet, ny tilgængelig teknologi, og tidligere erfaringer, som områder hvor den indledende markedsdialog er vigtig for tilblivelsen af et hensigtsmæssigt udbudsmateriale. Dialogen er som udgangspunkt udelukkende begrænset af hensynet til principperne i udbudslovens § 2, men der bør så vidt muligt tilsigtes at inddrage et repræsentativt udsnit

¹⁰⁶ Kap. 4 i Hagel-Sørensen (2016)

¹⁰⁷ Lovforslag nr. L 19/2015 Afsnit 4.3.2

¹⁰⁸ Hansen og Offersen (2016) s. 19

¹⁰⁹ Denne paragraf kan sammenholdes med Udbudslovens § 40, stk. 4, om at sikre lige konkurrencevilkår på baggrund af tekniske specifikationer.

¹¹⁰ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 83

¹¹¹ Ølykke og Nielsen (2015) s. 201

¹¹² KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.128

¹¹³ 2010 Treasury review s. 46

af markedet.¹¹⁴ Kfu har bekræftet retsstillingen ved at fastslå, at der intet er til hinder for at søge assistance så længe principperne i udbudslovens § 2 er overholdt.¹¹⁵

Der findes ingen konkrete procedurekrav til at sikre, at en rådgivende aktør ikke opnår konkurrencefordele. I vejledning om udbud foreslås, at ny viden offentliggøres, så alle får adgang til det,¹¹⁶ og/eller at fremsende forslag til udbudsmateriale, som aktørerne kan kommentere på.¹¹⁷ Sådanne tiltag må vurderes at forhindre konkurrencefordele og sikre gennemsigtighed, men sikres dette, ved at gå på kompromis med selve ideen bag den indledende dialog? De aktører der potentielt kan bidrage med rådgivning, står i denne situation med en afvejning om det er værd at dele ud af sin ekspertise på stadiet for den indledende dialog, eller om de ville være bedre tjent med først at benytte den ved afgivelse af tilbud? En aktør der ikke ønsker at dele sine forretningshemmeligheder, kan på flere måder beskyttes juridisk,¹¹⁸ men i så fald vil det være meget usikkert om ordregiver kan benytte den nye viden i udbudsmaterialet. Omvendt må ordregiver heller ikke tillægge viden fra en enkelt eller få aktører overdreven megen vægt i udbudsmaterialet, da dette giver risiko for konkurrencefordrejning og er i uoverensstemmelse med § 2 i udbudsloven.¹¹⁹ Det efterlader den potentielle rådgiver med spørgsmålet om enten 1) at dele viden med andre tilbudsgivere, samt at risikere udelukkelse fra udbuddet som følge af udbudslovens § 39, stk. 3, for at forbedre mulighederne for, at deres ideer og løsninger tilgodeses i udbudsmaterialet, eller 2) at satse på, at udbudsmaterialet er skrevet på en måde (specifikt passende, eller brede funktionelle formuleringer), som i forvejen tilgodeser deres løsningsforslag.

Mht. om et tilbud skal afvises, er der ved praksis fra KfU hjælp at hente til fortolkningen af, hvor vid en skønsmarginal ordregiver har. I en sag fra 2014 udtales det, at der må gives en *betydelig skønsmargin* ved beslutning om rådgivers tilbud kan antages eller ej.¹²⁰ På trods af denne vide skønsmarginal, er ordregiver dog fortsat bundet af de generelle principper om at udligne eventuelle konkurrencefordele hver gang der udøves et sådant skøn.¹²¹

På baggrund af ovenstående gennemgang og med støtte i KFST's vejledning,¹²² må det konkluderes, at adgangen til at foretage indledende markedsundersøgelser, har potentiale til at være meget givtig i henhold til at sikre en effektiv indkøbsproces og en efficient kontrakt. De modifikationer der findes i udbudslovens §

¹¹⁴ Hagel-Sørensen (2016) s. 369

¹¹⁵ KfU, Kendelse af 2/12-15 Houlberg Instrumentering A/S mod SKAT

¹¹⁶ Dette fremgår ligeledes af udbudslovens § 39, stk. 2 nr. 1

¹¹⁷ KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.129

¹¹⁸ Bl.a. ved en analog anvendelse af princippet bag udbudsdirektivets art. 21

¹¹⁹ KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.130

¹²⁰ KfU, Kendelse af 3/10-14 H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen

¹²¹ Ølykke og Nielsen (2015) s. 201

¹²² KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.128ff

39, stk. 2 og 3, vurderes imidlertid at kunne svække lysten til at indgå i de indledende dialoger både hos ordregiver og tilbudsgiver, og dermed et svagere udgangspunkt for *det gode købmandskab*.¹²³

2.3.2 Offentligt udbud

Dette afsnit findes af hensyn til fremstillingens omfang i Bilag 1

2.3.3 Begrænset udbud

Dette afsnit findes af hensyn til fremstillingens omfang i Bilag 1

2.3.4 Udbud med forhandling

Udbud med forhandling er ikke en nyskabelse hverken sprogligt eller konceptuelt, men det er ordregivers adgang til at benytte det derimod.^{124 125} På trods af udvidede rammer til at benytte både udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, så er anvendelsen af disse en undtagelse i forhold til offentligt- og begrænset udbud,¹²⁶ hvilket skal erindres ved fortolkningstvív.

2.3.4.1 Anvendelsesområdet for udbud med forhandling

Udbud med forhandling er reguleret i udbudslovens §§ 61-66, hvoraf § 61 udtømmende regulerer anvendelsesområdet,¹²⁷ ved en opstilling af ikke kumulative betingelser.¹²⁸ Udbudslovens §§ 80-83 omhandlende den nært beslægtede "udbud uden forudgående bekendtgørelser", der på baggrund af den marginale praktiske betydning ikke bliver behandlet. For en simplificeret skitsering af fremgangsmåden ved udbud med forhandling henvises til bilag 2.

Udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1-2 oplister en række situationer hvor udbud med forhandling kan benyttes, nedenfor vil de 4 situationer i § 61, stk. 1 nr. 1 blive gennemgået. § 61, stk. 1 nr. 2 har ikke betydning for denne fremstilling og vil ikke blive behandlet.

Det må antages, at det ved en eventuel klagesag er ordregiver, der skal godtgøre, at udbuddet ligger inden for anvendelsesområdet, da det ikke er en fri udbudsform.¹²⁹ Det vurderes i litteraturen, at KfU vil tillægge

¹²³ Som det kan udledes af bilag 4-8, så opleves den indledende markedsdialog i praksis som et godt redskab, men ikke som en måde hvorpå al nødvendig information kan indhentes.

¹²⁴ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 100

¹²⁵ Hagel-Sørensen (2016) s. 121

¹²⁶ Ølykke og Nielsen (2015) s. 207

¹²⁷ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 100

¹²⁸ Hagel-Sørensen (2016) s. 123

¹²⁹ Ibid.

ordregiver en hvis frihed mht. det skønnede behov for at anvende udbud med forhandling forudsat, at de kan redegøre sagligt for dette.¹³⁰ Dette er på nuværende tidspunkt hverken be- eller afkræftet af KfU.

2.3.4.1.1 Tilpasning af bestående løsninger i § 61, stk. 1, litra a

Hvis ordregivers krav til den givne leverance præcist kan defineres, kan litra a ikke anvendes, også selvom den ikke findes på markedet i forvejen.¹³¹ Udgangspunktet med denne bestemmelse er, at udbud med forhandling kan benyttes når der ikke er tale om ”standardydelse” eller ”hyldevarer”, dette er imidlertid en forsimpning af retstilstanden.¹³² Som følge af en ordlydsfortolkning af bestemmelsen må det forventes, at der er en vid adgang til udbud med forhandling i tilfælde, hvor en form for tilpasning er nødvendig for at få ”allerede tilgængelige løsninger” til at opfylde ordregivers behov.¹³³ Udtrykket ”allerede tilgængelig løsning” er defineret i udbudslovens definitionsparagraf § 24 nr. 2, som *en løsning der allerede findes på markedet, og som ikke kræver tilpasning for at opfylde ordregivers behov*. Af forarbejderne til § 61, fremgår en række eksempler på løsninger, der kan tænkes omfattet af § 61, stk. 1, litra a,¹³⁴ det ene mere komplekst og omfangsrigt end det andet. Det kan dog ikke antages, at der udover betingelsen om tilpasning, gælder en betingelse om at ydelsen er kompleks eller besværlig.¹³⁵

2.3.4.1.2 Design og innovative løsninger i § 61, stk.1 litra b

Ved litra b kræves det ligeledes, at der er et element af noget, der ikke allerede er markedsført.¹³⁶ Det følger af bestemmelsen, at udbud med forhandling kan anvendes når kontrakten omfatter design eller innovative løsninger. Udtrykket innovation er bredt defineret i udbudslovens § 24, nr. 17. Det er anført i forarbejderne til udbudsloven,¹³⁷ at det er afgørende for at kunne anvende udbudsformen, at det er tilbudsgiver, der kommer med et løsningsforslag. Ved denne bestemmelse kan det ikke antages at der – udover betingelsen om tilpasning, gælder en (usagt) betingelse om at ydelsen er kompleks eller besværlig.¹³⁸ Mht. kravet om nyhedselementet i ydelsen bemærkes, at der i forarbejderne stilles krav om, at varen, tjenesteydelsen eller processen er *betydeligt* forbedret, dette kan ifølge Sue Arrowsmith give anledning til en hvis tvivl om

¹³⁰ Se Hagel-Sørensen (2016) s. 124 og i samme retning Arrowsmith (2014) s. 879

¹³¹ Hansen og Offersen (2016) s. 28

¹³² Hagel-Sørensen (2016) s.124

¹³³ Ølykke og Nielsen (2015) s. 208

¹³⁴ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 100

¹³⁵ Hagel-Sørensen (2016) s.124

¹³⁶ Hansen og Offersen (2016) s. 28

¹³⁷ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 101

¹³⁸ Hagel-Sørensen (2016) s.126

retstillingen.¹³⁹ Hun betvivler betydningen af denne formulering,¹⁴⁰ da ordregiver kan påberåbe sig, at man falder ind under § 61, stk.1 litra a, hvor der ikke er noget krav til omfanget af tilpasningen.¹⁴¹

2.3.4.1.3 Særlige omstændigheder § 61, stk. 1 litra c

Denne bestemmelse kan betegnes som en opsamlingsbestemmelse. I situationer hvor forhandling er nødvendig for, at varen eller tjenesteydelsen passer til ordregivers behov, kan udbud med forhandling efter denne bestemmelse anvendes.¹⁴² Det følger af udbudslovens § 61, stk. 1 litra c, at det gælder særlige omstændigheder, mht. dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici. Denne bestemmelse har den spidsfindighed, at den benytter udtrykket ”kan anvendes”. Betyder dette, at der ikke må være nogen mulighed for at tildele kontrakten uden at benytte udbudsformen udbud med forhandling? Eller betyder det blot, at den bedst mulige kontrakt udelukkende kan opnås ved udbud med forhandling?¹⁴³ I litteraturen anføres støtte til sidstnævnte mulighed,¹⁴⁴ hvilket også har støtte i præamblen til udbudsdirektivet i betragtning 42, hvor det er anført, at udbud med forhandling/konkurrencepræget dialog bør kunne anvendes hvor offentlige udbud ikke kan forventes at føre til et *tilfredsstillende* resultat. Opsummerende kræves det, for at benytte udbudslovens § 61, stk. 1 litra c, at der er tale om særlige omstændigheder mht. kontraktens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici, og at en ligeså god kontrakt ikke kan opnås, ved brug af anden udbudsform.

2.3.4.1.4 Fastlæggelse af tekniske specifikationer i § 61, stk. 1, litra d

Det er fastsat i udbudslovens § 61, stk. 1, litra d, at en ordregiver kan anvende udbud med forhandling, hvis det ikke er muligt at fastsætte de tekniske specifikationer i forhold til en række på forhånd fastsatte standarder. Sue Arrowsmith bemærker, at denne bestemmelse synes at være relativ bred, og omfatter selv simple indkøb, hvis der ikke findes nogen formelle standarder tilgængelige, til at beskrive indkøbet.¹⁴⁵ Adgangen til at benytte udbud med forhandling ved simple indkøb, fremstår svært forenelig med tankegodset i betragtning 43 i præamblen til udbudsdirektivets. Hvor der står, at udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, ikke bør anvendes ved anskaffelser, der kan leveres af mange.

¹³⁹ Arrowsmith (2014) s. 880

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Hagel-Sørensen (2016) s.126

¹⁴² Hansen og Offersen (2016) s. 28

¹⁴³ Hagel-Sørensen (2016) s.127

¹⁴⁴ Se bl.a. Hagel-Sørensen (2016) s.127 og Arrowsmith (2014) s. 879

¹⁴⁵ Se diskussion i Arrowsmith (2014) s.881

Det vurderes dog, at denne betragtning ikke kan påvirke anvendelsen af litra § 61, stk. 1, litra d, i de tilfælde hvor der ikke er relevante standarder tilgængelige.¹⁴⁶

2.3.4.2 Opsummering af anvendelsesområde

Det konkluderes, at anvendelsesområdet for udbud med forhandling er bredt, men ikke altomfattende. Varer eller tjenesteydelser som uden større besvær lader sig definere og beskrive detaljeret, eller som fremgår af på forhånd fastlagte standarder eller specifikationer kan ikke udbydes som udbud med forhandling. Alle varer, tjenesteydelser, processer og lignende, hvor det der udbydes, kan være genstand for ændringer/innovation eller tilpasninger kan derimod udbydes som udbud med forhandling. Udbud med forhandling skal respektere de grundlæggende principper i udbudslovens § 2. Denne forpligtelse medfører at forhandlingerne, uagtet det brede anvendelsesområde, langt fra kan sidestilles med sædvanlige kommercielle forhandlinger.¹⁴⁷ Ovenstående gennemgang af anvendelsesområdet for udbud med forhandling kan anvendes analogt for konkurrencepræget dialog, og en offentlig myndighed kan frit vælge mellem de to udbudsformer, hvis udbuddet opfylder et af de ovenstående kriterier.¹⁴⁸

2.3.4.3 Kontrakt ved indledende tilbud

Et interessant emne under udbud med forhandling, er muligheden for at tildele kontrakten allerede ved indledende tilbud. Det giver bl.a. ordregiver et redskab til at presse tilbudsgivere til at "gøre sig umage" fra start og potentielt mindske antallet af forhandlingsrunder (og transaktionsomkostninger).¹⁴⁹ Det kan dog ligeledes have den konsekvens, at det skader dynamikken og de innovative tanker i forhandlingsprocessen,¹⁵⁰ denne fremstilling hælder til, at sidstnævnte vil være den dominerende effekt, og udvider derfor ikke tankegodset om emnet.¹⁵¹

2.3.4.4 Den prækontraktuelle forhandling

Efter udvælgelsesprocessen (som ikke gennemgås), skal der forhandles med udgangspunkt i de indledende tilbud, og alle efterfølgende tilbud, jf. udbudslovens § 66, stk. 1.¹⁵² Forhandlingsfasen giver ikke carte blanche til parterne, udbudslovens § 66, stk.2, 2. pkt. fastsætter, at "*der ikke kan forhandles om de endelige tilbud og*

¹⁴⁶ Se Hagel-Sørensen (2016) s. 127f og Arrowsmith (2014) s. 881

¹⁴⁷ Hansen og Offersen (2016) s. 27

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.61

¹⁵⁰ Hagel-Sørensen (2016) s.131

¹⁵¹ Begrundet ved, at der under alle omstændigheder skal forekomme en prækvalifikation/udvælgelse der giver lignende incitamenter for tilbudsgiver.

¹⁵² Hagel-Sørensen (2016) s.136

grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling". Ordet kan er i § 66, stk. 5, 2.pkt ændret til "må" og begge læses som et påbud.¹⁵³

En positiv afgrænsning af områder for forhandling, findes i forarbejderne til udbudsloven,¹⁵⁴ hvor det anføres, at der kan forhandles om "ydelsens" karakteristika, herunder kvalitet, mængde, handelsklausuler, samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, med mindre de udgør mindstekrav. Afgørende er derfor at kunne sondre mellem grundlæggende elementer, mindstekrav og tildelingskriterier på den ene side og øvrige karakteristika på den anden.¹⁵⁵

2.3.4.5 Ændringer af grundlæggende elementer

I udbudslovens § 24, nr. 37, er en ændring af grundlæggende elementer defineret som "En ændring, der kan have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, eller fordrejet konkurrencen såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for kontraktindgåelse". Af forarbejderne til udbudsloven fremgår det,¹⁵⁶ at det at have "påvirket deltagelsen" skal forstås som, at ændringen potentielt ville have givet mulighed, eller tiltrukket andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte. Det fremgår ligeledes, at "fordrejet konkurrencen" skal forstås som ændringer der er en følge af, at ordregiveren udnytter viden om indkomne tilbud og ansøgninger til at give ikke sagligt begrundede fordele til visse tilbudsgivere. Andetsteds i forarbejderne fremgår det, at ændringer af grundlæggende elementer strider imod ligebehandlingsprincippet,¹⁵⁷ hvorefter der foretages en opdeling af ændringer i henholdsvis uvæsentlige-, væsentlige- og grundlæggende elementer. Uvæsentlige ændringer medfører ingen ændringer i udbudsproceduren, væsentlige ændringer medfører ændringer i tidsfrister, mens der ikke er adgang til at foretage ændringer af grundlæggende elementer.¹⁵⁸ Sue Arrowsmith fremhæver, at ligebehandlingsprincippet i denne fase særligt er knyttet til lige adgang til information.¹⁵⁹

2.3.4.5.1 Ændringer af tildelingskriterier

Som det fremgår af udbudslovens § 66, stk. 2, 2.pkt, så er tildelingskriterier et grundlæggende element, der ikke kan ændres i løbet af forhandlingen/dialogen.¹⁶⁰ Det er derfor umiddelbart nærliggende at konkludere, at der ikke er adgang til nogen form for ændring af de tildelingskriterier der skal fremgå af

¹⁵³ Ibid. s.137

¹⁵⁴ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 105

¹⁵⁵ Hagel-Sørensen (2016) s.137

¹⁵⁶ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 78

¹⁵⁷ Ibid. s. 57

¹⁵⁸ Hagel-Sørensen (2016) s.139

¹⁵⁹ Arrowsmith (2014) s. 914

¹⁶⁰ Hagel-Sørensen (2016) s.156

udbudsmaterialet.¹⁶¹ Retsstillingen er imidlertid ikke så enkel, og der synes at være et vist rum for tilpasninger.¹⁶² I lovforarbejderne fremgår det, at tildelingskriterierne skal forblive ”stabile” under hele udbudsproceduren,¹⁶³ samt at ”rækkevidden” ikke må ændres.¹⁶⁴ De formuleringer må antages at give en vis adgang til at korrigere i tildelingskriterierne, eksempelvis for at udbedre uklarheder. Denne adgang er dog snæver især med tanke på overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.¹⁶⁵ Denne snævre adgang er ligeledes bekræftet ved KfU med begrundelsen, at det *ansås for mindre sandsynligt, at tilbudsgivere havde tillagt det ændrede punkt betydning ved udarbejdelse af tilbud*.¹⁶⁶ Det bemærkes, at der synes at være væsentlige ligheder i KfU’s ræsonnement i denne sag, og det der gælder generelt for ændringer af grundlæggende elementer. Hvorfor en antagelse om at der gælder tilnærmelsesvis samme tærskelværdi mht. ændringer er rimelig.¹⁶⁷

Retsstillingen for ændringsadgangen er dog usikker, og giver ikke umiddelbart nogen betydelig fleksibilitet for ordregiver. Det væsentligste spørgsmål er herefter, hvor detaljeret tildelingskriterierne, skal beskrives i udbudsmaterialet? Der henvises til afsnit 2.3.8.1.1

2.3.4.5.2 Ændringer af mindstekrav

Mindstekrav er et flydende begreb, hvis indhold kun kan defineres ved en analyse af det udbudte indhold i udbudsmaterialet. Det er altså op til ordregiver at fastlægge hvad der er mindstekrav. Det følger af forarbejderne til udbudsloven, at en ændring af mindstekrav altid er en ændring af grundlæggende elementer.¹⁶⁸ EU-domstolen har slået fast, at ændringer i mindstekrav undervejs i udbudsprocessen er i modstrid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.¹⁶⁹

Et sådan komplet forbud er udfordret i litteraturen, hvor der argumenteres for, at et komplet forbud vil blive underkendt. Der argumenteres for, at et absolut forbud i specifikke situationer vil resultere i overdreven spild af ressourcer, og at ændringer bør tillades når konkurrencen ikke fordrejes.¹⁷⁰ Uanset fornuften i disse argumenter kan det ikke med rimelighed siges, at dette er gældende ret, før det er testet ved en domstol.

¹⁶¹ Jf. for henholdsvis udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog udbudslovens §§ 62, stk.3 og 68, stk.3

¹⁶² Hagel-Sørensen (2016) s.157

¹⁶³ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 108

¹⁶⁴ Ibid. s. 58

¹⁶⁵ Hagel-Sørensen (2016) s.158

¹⁶⁶ KfU, Kendelse af 7/11-2007 SJ AB mod Trafikstyrelsen

¹⁶⁷ Hagel-Sørensen (2016) s.158

¹⁶⁸ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 58

¹⁶⁹ Sag C-561/12 Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, præmisserne 37-38

¹⁷⁰ Se Hagel-Sørensen (2016) s.140f og Arrowsmith (2014) s. 1039

Det må derfor lægges til grund, at ordregiver ikke kan forvente at kunne ændre i mindstekrav undervejs ved udbud med forhandling.

2.3.4.6 Efter forhandlingen

Der er ikke eksplicit fastsat regler for ændringsadgangen efter ”vinderen” af udbuddet er valgt, men reglerne på området er baseret på overholdelsen af de generelle principper i udbudslovens § 2. Det må generelt antages, at der gælder et forhandlingsforbud efter afgivelse af endeligt tilbud. På trods af forhandlingsforbuddet er der adgang til at præcisere eller supplere indholdet i tilbuddet, så længe det kan gøres uden at give anledning til forskelsbehandling.¹⁷¹

2.3.5 Konkurrencepræget dialog

Udbudsformen konkurrencepræget dialog har en del til fælles med udbud med forhandling. Med henblik på at undgå gentagelser, vil det udelukkende være forskellene mellem de to udbudsformer, der vil blive behandlet nedenfor. Der er en generel forskel mellem udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, set i forhold til det vidensniveau ordregiver har på forhånd. Hvor konkurrencepræget dialog i højere grad er ”designet” til den situation hvor ordregiver ikke har tilstrækkelig viden om hvilke løsningsmodeller der findes, og hvordan de dækker de givne behov.¹⁷² De to udbudsformer er tiltænkt forskellige situationer, men anvendelsesområdet er identisk, jf. udbudslovens § 67, stk. 1 og 2. For en skitsering af fremgangsmåden ved denne udbudsform jf. da bilag 2. Det skal dog bemærkes, at ordregiver har relativt frie rammer for hvordan processen tilrettelægges.¹⁷³

2.3.5.1 Dialogfasen

Dialogen har som formål at fastlægge, hvorledes ordregivers behov bedst kan opfyldes, og kan vedrøre alle aspekter af udbuddet jf. §70, stk.1 og 2. Modsat udbud med forhandling indleverer tilbudsgiver ved denne udbudsform et *dialogoplæg*, på hvilket grundlag der ikke kan tildeles kontrakt.¹⁷⁴ Udgangspunktet om at dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, modificeres væsentligt af kravene om hvilke dele af det indledende udbudsmateriale,¹⁷⁵ der må ændres undervejs. Det følger af § 70, stk. 5, at der ikke må ændres i de grundlæggende elementer fra det indledende udbudsmateriale. Der menes hermed ændringer som enten

¹⁷¹ Ølykke og Nielsen (2015) s. 217

¹⁷² Hagel-Sørensen (2016) s.149

¹⁷³ Ibid. s.150

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Jf. Udbudslovens § 68 (særligt stk. 3)

ville give andre ansøgere mulighed for at deltage i processen, eller ændringer der opstår, fordi ordregiver udnytter ny viden til at give ikke sagligt begrundede fordele.¹⁷⁶

2.3.5.2 Ændringer af mindstekrav

Med tanke på formålet med konkurrencepræget dialog, samt at udbudsdirektivet i art 29, stk. 1 ikke eksplicit regulerer at ordregiver skal angive mindstekrav i udbudsmaterialet,¹⁷⁷ men blot sine "behov og krav",¹⁷⁸ ville en øget ændringsadgang af mindstekrav ikke være overraskende. Dette er dog ikke tilfældet, jf. § 68, stk. 3. Derfor kan gennemgangen af adgangen ved udbud med forhandling anvendes analogt.

2.3.5.3 Post dialogfasen

Ved dialogfasens afslutning bliver de resterende deltagere opfordret til at afgive endeligt tilbud, jf. §71, stk.1. Når parterne er overgået til tilbudsfasen, har ordregiver et mere begrænset manøvrerum i forhold til tilpasninger/ændringer.¹⁷⁹ I tidsrummet mellem modtagelse af endeligt tilbud og offentliggørelse af vindende tilbud, følger det af § 71, stk. 3, at ordregiver kan anmode om *afklaring, præcisering og optimering*", hvilket dog ikke må føre til ændring af vigtige elementer i udbuddet, eller til nogen form for konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling. Der findes sproglige diskrepanser imellem § 71, stk. 3, lovbemærkningerne til selv samme paragraf og udbudsdirektivets art 30, som § 71 er implementeret fra, som ved en tekstnær ordlydsfortolkning kan give forskellige grænser for ændringsadgangen.¹⁸⁰ Det må dog lægges til grund, at gældende ret er, at forbuddet mod ændringer alene gælder ændringer, der kan føre til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling, og ikke som lovteksten kunne tolkes som to selvstændige vurderinger.¹⁸¹ Efter identifikation af det vindende udbud tillader § 72, stk. 2 adgang til afsluttende forhandlinger, med samme begrænsninger som beskrevet umiddelbart ovenfor. Disse supplerende ændringsadgange kan kun "aktiveres" ved ordregivers anmodning, og tilbudsgiver kan derfor ikke regne med at det sker.¹⁸²

2.3.6 Innovationspartnerskaber

Innovationspartnerskaber opstår med henblik på udvikling af en ny løsning, som kan tilfredsstille et behov, der ikke kan dækkes af eksisterende markedsløsninger, og med et efterfølgende indkøb af den udviklede

¹⁷⁶ Hagel-Sørensen (2016) s.154

¹⁷⁷ Modsat for udbud med forhandling, hvor der i art, 29, stk.1 stilles krav om mindstekravenes tilstedeværelse.

¹⁷⁸ Jf. Udbudsdirektivets art. 30, stk.2, 2. afsnit.

¹⁷⁹ Hagel-Sørensen (2016) s.162

¹⁸⁰ Ibid. s.163

¹⁸¹ Se for en mere fyldestgørende diskussion Hagel-Sørensen (2016) s.163, samt Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning 2014 s. 595

¹⁸² Hagel-Sørensen (2016) s.165

løsning.¹⁸³

Innovationspartnerskabet er en nyskabelse og er rent juridisk en variant af udbud med forhandling, og indeholder proceduremæssigt elementer fra både udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.¹⁸⁴ Udbudsloven definerer ikke eksplicit et innovationspartnerskab, men § 33 beskriver det som et partnerskab, der omhandler innovation af varer eller andre ydelser.¹⁸⁵

Anvendelsesområdet for et innovationspartnerskab er reguleret i § 73, hvori det står skrevet, at udbudsformen kan anvendes hvis ordregiver vil udvikle en innovativ vare, tjenesteydelse, eller bygge- og anlægsarbejde, som ikke allerede er tilgængeligt på markedet. I denne formulering ligger implicit betingelsen, at der skal være tale om reel innovation.¹⁸⁶ Det nærmeste en definition af innovation i relation til innovationspartnerskaber, findes i præamblen til udbudsdirektivets betragtning 49, hvoraf det udledes, at innovationspartnerskaber kan igangsættes, ved et fravær af løsninger i markedet.¹⁸⁷

I udbudsformen innovationspartnerskab kan der forhandles om alle tilbudselementer, med undtagelse af de i udbudsmaterialet offentliggjorte grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og tildelingskriterier, jf. § 77, stk. 2.

Efter tildeling af kontrakten begynder det egentlige partnerskab, men af respekt for de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 er dette dog ikke et partnerskab, med samme frihedsgrader som et kommercielt partnerskab mellem to private parter. Eksempelvis regulerer §§ 78-79, at der på forhånd skal fastlægges strukturer for delmål, proportionalitet af betalinger samt ophørskriterier. Derudover kræves det, at det udviklede produkt svarer til det aftalte resultatniveau og omkostningsniveau, forinden den endelige fremstilling må igangsættes.¹⁸⁸

2.3.7 Projektkonkurrence

Dette afsnit findes af hensyn til fremstillingens omfang i Bilag 1

¹⁸³ Treumer (2016) s. 147

¹⁸⁴ Ølykke og Nielsen (2015) s.220

¹⁸⁵ Treumer (2016) s. 148.

¹⁸⁶ Ølykke og Nielsen (2015) s.221

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid. s.227 samt udbudsdirektivets art. 31, stk. 2, første led.

2.3.8 Fælles problemstillinger

Mange af de problemstillinger der kan opstå i en udbudsproces er universelle, derfor er der nedenfor samlet en række af de problemer, der kan opstå uanset udbudsform.

2.3.8.1 § 160 og dens implikationer

Ordlyden af § 160 er som følger: En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Bestemmelsen er ikke en implementering af en udtrykkelig artikel i udbudsdirektivet, men er et udtryk for, at udbudsloven har tillagt betragtning 90 i direktivet stor vægt.¹⁸⁹ § 160 har givet anledning til megen debat, bl.a. af hvor meget og hvor detaljeret der skal offentliggøres på forhånd.¹⁹¹

I denne fremstillings sfære er den vigtigste diskussion angående bestemmelsen, hverken om den harmonerer med udbudsdirektivet, eller om den er en kodificering af retspraksis eller ej, men derimod i hvor høj grad den afskærer ordregiver i at "blive klogere undervejs". Uanset den præcise rækkevidde, må det stå til troende, at bestemmelsen hjemler, at ordregiver skal beslutte sig for mere eller mindre præcise formuleringer omkring tildeling og evaluering, så tidligt som i det indledende udbudsmateriale. Samt at ændringsadgangen er stærkt begrænset.

2.3.8.1.1 Tildelingskriterier

Tildelingskriterierne kan betegnes, som det grundlag på hvilket udbudskontrakter kan tildeles, det er derfor vigtigt at vælge dem med omhu.¹⁹² Tildelingskriteriet med underkriterier skal fremgå af udbudsmaterialet, hvilket ifølge EU-domstolens praksis følger af princippet om ligebehandling og gennemsigtighed.¹⁹³ EU-domstolen har ligeledes slået fast, at tildelingskriterier skal kunne fastslå, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige.¹⁹⁴ Dette kan ses som en begrænsning af hvilke kriterier der kan lægges vægt på, og er kodificeret i udbudslovens § 162.¹⁹⁵ Valget af tildelingskriterier er ligeledes begrænset af, at de skal stå i

¹⁸⁹ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s.815f – se også note 687 i noter til udbudsloven.

¹⁹⁰ Det følger af forarbejderne til udbudsloven s.183, at §160 er indført efter anbefaling fra udbudslovsudvalget. Det er ikke alle medlemslande der har ladet betragtning 90 komme eksplicit til udtryk i deres implementering, se eks om engelsk ret Arrowsmith (2014) s. 934f

¹⁹¹ Braad og Nielsen i Treumer (2016) s. 369. Det diskuteres i samme bog s. 35ff i hvor høj grad bestemmelsen adskiller sig fra udbudsdirektivet, og ditto angående overensstemmelsen med EU-domstol og KfU praksis.

¹⁹² Trybus, Caranta og Edelstam, (2014) s. 125

¹⁹³ Sag C-19/00 SIAC Construction Ltd. mod County Civil of the County of Mayo præmisserne 42-43

¹⁹⁴ Sag 31/87 Gebroeders Beentjes BV mod Holland præmisserne 18-19

¹⁹⁵ Ølykke og Nielsen (2015) s. 588

forbindelse med genstanden for kontrakten, hvilket ligeledes er en kodificering af retspraksis.¹⁹⁶ Det vurderes at udbudsdirektivets art. 67, stk.2 samt udbudslovens §§ 162-163 medfører, at dette krav udelukkende gælder underkriterierne, når tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet er valgt.¹⁹⁷ Udbudslovens § 162, stk. 2 og 3 opremser hvornår underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, omfanget må anses som ganske vidtrækkende.

Tildelingskriteriet kan bestå af 1) pris, 2) omkostninger eller 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. udbudslovens § 162. Med tanke på genstandsfeltet for denne fremstilling, er det udelukkende mulighed 3) der behandles. Eftersom det vurderes, at 3) er bedst egnet til tilfælde hvor der forhandles/føres dialog om flere elementer i kontrakten.¹⁹⁸ Der er i udbudsdirektivets art. 67, stk.2, reguleret, at medlemslandene kan vælge, at tildelingskriterierne pris eller omkostninger ikke kan benyttes i nogle sammenhænge, en mulighed Danmark dog ikke har benyttet i udbudsloven.^{199 200}

Udbudslovens § 164, stk. 1 fastslår, at tildelingskriterierne skal udformes så de sikrer gennemsigtighed og udelukker, at ordregiver gives ubegrænset valgfrihed mellem tilbuddene. Dette synes at være en kodificering af EU-domstolens praksis, som har fastslået at tildelingskriterier, der giver et ubetinget frit valg er uforeneligt med EU-retten.^{201 202} Det er ligeledes et krav, at tildelingskriterierne sikrer muligheden for, at tilbuddene kan undergå en effektiv kontrol. Dette fremgår af Udbudslovens § 164, stk. 2, samt af EU-domstolens praksis,²⁰³ og følger af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Gennemsigtighedsprincippet medfører også et konsistenskrav i fortolkningen af kriterierne i udbudsprocessen.²⁰⁴

Det er et krav ved anvendelse af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, at der opstilles underkriterier, der skal benyttes som en model til at definere ordregivers kvalitetsforståelse, samt til at vægte de enkelte tilbud op imod hinanden.²⁰⁵ Af disse underkriterier skal ordregiver både have minimum et, der har et pris element og minimum et, der har et kvalitetselement.²⁰⁶ Modsat er der et vidt skøn for ordregiver til

¹⁹⁶ Ølykke og Nielsen (2015) s. 590 samt Sag C-513/99, Concordia Bus Finland mod Helsinki kaupunki og HKL-Bussiliikenne, præmis 64.

¹⁹⁷ Den modsatte opfattelse findes i Ølykke Nielsen (2015) s.590 og 600

¹⁹⁸ Se Arrowsmith (2014) s. 932, samt rationalet bag betragtning 90 i præamblen til udbudsdirektivet.

¹⁹⁹ Ølykke og Nielsen (2015) s. 589

²⁰⁰ For engelsk ret se, Arrowsmith (2014) s.932

²⁰¹ Sag 31/87 Gebroeders Beentjes BV mod Holland præmisserne 25-26

²⁰² Ølykke og Nielsen (2015) s. 601

²⁰³ Sag C-448/01, Wienstrom GmbH mod Østrig præmisserne 50-51

²⁰⁴ Hagel-Sørensen(2016) s.589

²⁰⁵ Ølykke og Nielsen (2015) s.596

²⁰⁶ Ibid. s.596f

at vurdere, hvordan pointene skal fordeles i henhold til de kvalitative tildelingskriterier.²⁰⁷ Det følger af udbudslovens § 165, at ordregiver skal fastsætte hvordan vægtningen sker af de enkelte underkriterier, subsidiært prioritere dem. Der gives i § 165, stk. 3 adgang til at vægtningen kan ske i intervaller. Hensynet til gennemsigtighedsprincippet medfører dog, at intervallerne ikke må medføre at kriterierne skifter plads i prioriteringsrækkefølgen.²⁰⁸

Udover denne begrænsning kan ordregiver frit vægte kriterierne, så længe det sker med henblik på at identificere det tilbud med bedste forhold mellem pris og kvalitet.²⁰⁹

2.3.8.1.2 Evalueringsmetoden

Begrebet "evalueringsmetoden" er ikke nærmere defineret eller beskrevet i lovteksten, ligesom der heller ikke fremgår et fast defineret begreb af KfU praksis.²¹⁰ I lovbemærkningerne defineres evalueringsmetoden som "den systematik ordregiver benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud".²¹¹ Lovbemærkningerne fastslår også, at metoden skal beskrives således, at det står klart for tilbudsgiver hvorledes ordregiver vil anvende metoden, samt at ordregiver ikke har et ubetinget frit valg.²¹² De ovenstående bemærkninger siger mere om formålet med reglen end om detaljeringsniveauet for beskrivelsen.²¹³ Hensynet må ud fra forarbejderne at dømme, antages primært at skulle hindre ordregiverens frie valg ved evalueringen, samt at give potentielle tilbudsgivere et oplyst grundlag, hvorpå de kan vurdere om udbuddet har interesse for dem.²¹⁴ Overholdelse af de grundlæggende principper i § 2 udgør den øvre grænse for ordregivers skønsfrihed. Ligebehandlingsprincippet tilsikrer, at evalueringsmetoderne udelukkende kan udformes på en måde så alle tilbud og tilbudsgivere behandles lige, dvs. ens behandles ens og uens behandles uens.²¹⁵ Gennemsigtighedsprincippet kan siges at være princippet bag § 160, der tilsikrer at der er fuld gennemsigtighed mht. hvordan tilbud bedømmes og rangeres, også før der gives tilbud.²¹⁶

²⁰⁷ Braad og Nielsen i Treumer (2016) s. 393

²⁰⁸ Ølykke og Nielsen (2015) s. 605

²⁰⁹ Sag C-448/01, Wienstrom GmbH mod Østrig præmis 42

²¹⁰ Braad og Nielsen i Treumer (2016) s. 375

²¹¹ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 183

²¹² Ibid.

²¹³ Braad og Nielsen i Treumer (2016) s. 376

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ KFST, Evalueringsmetoder – en praktisk vejledning til offentlige indkøbere s.13

²¹⁶ Ibid.

Ordregiver har et vidt skøn mht. at vælge evalueringsmodeller og hvad der skal evalueres på, samt om tilbuddene vurderes relativt eller efter en absolut standard.²¹⁷ Når dette først er beskrevet i udbudsmaterialet, er der ikke længere så "frit" valg, og der må ikke lægges vægt på ikke beskrevne forhold.²¹⁸

For at vende tilbage til detaljeringskravet til evalueringsmetoden, kan det ikke udledes direkte af udbudsloven. Det er KFST's vurdering, at ordregiver ikke kan "nøjes" med overordnede beskrivelser, eftersom manglende konkretisering potentielt kan medføre, at ordregiver fortsat vil have det forment "frie valg".²¹⁹ Det anbefales at benytte bestemte evalueringsmodeller, så som pointmodel, prismodel, eller prosamodel, til at sammenligne tilbud.²²⁰ Disse uddybes, af hensyn til omfanget, ikke i denne fremstilling. Det lægges til grund, at ændringsadgangen er enslydende med de øvrige grundlæggende elementer; snæver.²²¹

2.3.8.1.4 opsummering af §160 og implikationerne deraf

§ 160 kan potentielt have den uheldige effekt, at de dynamikker og den fleksibilitet, der er tilsigtet ved brugen af de fleksible udbudsformer kan begrænses, når der hvad angår de væsentlige elementer i udbuddet ikke er adgang til at "blive klogere undervejs".²²² Ordregiver vil typisk vælge en fleksibel udbudsform, fordi der er usikkerhed omkring hvordan et behov bedst tilfredsstilles,²²³ og der ønskes adgang til at justere både forventninger og krav. Det virker derfor paradoksalt, at dansk ret har en regel der går videre end hvad direktivet eksplicit regulerer,²²⁴ og dermed potentielt begrænser adgangen til nødvendige tilpasninger. Ved forhandling/dialog hvor ordregiver får ny viden, der medfører, at kontrakten kan forbedres, kan ordregiver ikke, på trods af tilsyneladende saglige kriterier, foretage de nødvendige ændringer som følge af § 160. Denne konsekvens må siges at være i opposition til grundtanken i § 1 om bedst mulig udnyttelse af offentlige midler og fokus på *det gode købmandskab*. Med tanke på grundlaget for det nye udbudsdirektiv, som kommer til udtryk i præambel betragtningerne 2 og 42, omkring øget fleksibilitet og efficiente kontrakter, må en restriktiv fortolkning af § 160 formodes.

²¹⁷ Hagel-Sørensen (2016) s.600f

²¹⁸ KFST, Evalueringsmetoder – en praktisk vejledning til offentlige indkøbere s.21

²¹⁹ Ibid. s.17

²²⁰ Ibid. s.20 og mere i kap 4-6

²²¹ Ibid. s.57 samt lovbemærkningerne til §§ 2 og 160 om samme rationale

²²² Er en bekymring der deles af "praktikere" se bilag 4-8

²²³ Jf. Bilag 4-8

²²⁴ Der er i litteraturen debat omkring hvorvidt § 160 rent materielt er mere vidtgående, se bl.a. Treumer (2016) s. 35 for den holdning at det ikke er tilfældet. Forfatteren argumenterer ud fra EU-domstolens praksis i C-532/06 – Lianakis. Det fremgår dog samme sted at "udviklingen går i retning af en offentliggørelsespligt" og ikke at det er gældende ret. Det må dog antages at udbudsdirektivet ikke har så eksplicit og vidtgående en bestemmelse.

KFST har efter henvendelse fået svar fra EU-Kommissionen på, hvorvidt der er hjemmel til § 160 i udbudsdirektivet, samt om det går videre end forpligtelsen efter direktivet.²²⁵ Det skal for god ordens skyld pointeres, at Kommissionssvaret ikke har bindende virkning. Det påpeges fra Kommissionens side, at gennemsigtighedsprincippet under alle omstændigheder medfører, at der i udbudsmateriale skal være en gennemsigtighed, der tilsikrer, at alle udbudsgivere er bekendt med tildelingskriterier og hvordan kontrakten tildeles.²²⁶ Der henvises i særdeleshed til to domme fra EU-domstolen, som har slået fast at der skal være gennemsigtighed i forhold til evalueringsmetoder, samt at "prior knowledge" og konsistens i fortolkningen er eneste middel til at sikre, at ligebehandlingsprincippet slår igennem i udbudsproceduren.²²⁷

Kommissionen er derfor af den overbevisning, at gældende (EU) ret, medfører en forpligtelse til at publicere "all details" angående evalueringsmetodik og formularer for konvertering af priser til point eller vice-versa.²²⁸ Ud fra dette at dømme, er det nok tvivlsomt om der vil herske en indskrænkende fortolkning af § 160, hvis den ses som en eksplicitering af allerede gældende publiceringskrav.²²⁹

Det gælder generelt, at ordregiver der ønsker en så dynamisk og åben dialog/forhandling som muligt efter udbudsmaterialet er udsendt, må gøre sig klart hvilke dele af udbuddet de er beredte på at forhandle om.²³⁰ Det indebærer blandt andet, at der kun inkluderes helt essentielle mindstekrav, og øvrige krav rubriceres som noget der kan forhandles om.²³¹ I udbud med forhandling er der i udbudslovens § 66, stk. 5 givet råderum til at indlede forhandlinger med tilbudsgivere, der har taget forbehold for mindstekrav. Et sådant forbehold skal sidenhen frafaldes, og det vurderes derfor, at bestemmelsens praktiske betydning er minimal.²³²

Hvad angår tildelingskriterier og andre grundlæggende elementer, er tankegodset det samme. Nemlig at for mange krav i udbudsmaterialet bør undgås. Det bør tilstræbes at beskrive de funktionelle behov frem for de materielle, med respekt for de begrænsninger som § 160 og de generelle principper medfører.

Der er noget divergerende opfattelser i litteraturen, hvad angår hvor detaljeret underkriterier skal beskrives i udbudsmaterialet, samt hvorvidt de kan uddybes senere i udbudsprocessen. Ifølge Sue Arrowsmith findes

²²⁵ Se bilag 9

²²⁶ Præambelens betragtning 90, samt bilag 9

²²⁷ Sagerne: C-470/99 *Universale-Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* præmisserne 84-100 (særligt 99-100) Og C-19/00 *SIAC Construction Ltd mod County Council of the County of Mayo*, præmisserne 42-44

²²⁸ Se bilag 9

²²⁹ For et fortolkningsbidrag der peger i modsatte retning, se generaladvokat P. Mengozzi i sagen C-6/15, *Tns Dimarco NV mod Vlaams Gewest*, Hvor Hr. Mengozzi generelt udtrykker sig kritisk over legaliteten i at ordregiver på forhånd SKAL offentliggøre bedømmelsesmetoden.

²³⁰ Jf. også bilag 4

²³¹ Se både Hagel-Sørensen (2016) s.142f og Arrowsmith (2014) s. 1039

²³² Det anerkendes dog, at dette smuthul kan benyttes til at rydde misforståelser af vejen.

der ikke en eksplicit forpligtelse til at inkludere alt materiale om tildeling og evaluering allerede i det indledende udbudsmateriale.²³³ Hun argumenterer for, at direktivet "*certainly does not preclude this possibility*", mht. om tildelingskriterier og evalueringsmodeller blot skal beskrives på et overordnet niveau i udbudsmaterialet, og kan uddybes efterhånden som den nødvendige viden indhentes.²³⁴ Denne mulighed er inkorporeret i flere medlemsstaters lovgivning.²³⁵ Dette skal ikke være en sammenligning af de enkelte medlemsstaters implementering af udbudsdirektivet, men det er interessant at engelsk ret synes at tillade en videre adgang til at *blive klogere undervejs*, end udbudslovens bestemmelser. Dette må tale for en indskrænkende fortolkning af forpligtelser efter § 160.

2.4 Rationalet bag udbudsreglerne

Dette afsnit findes af hensyn til fremstillingens omfang i Bilag 1

2.5 Delkonklusion

I dette kap. er det blevet undersøgt, hvorvidt udbudsloven opstiller begrænsninger for partsautonomien ved offentlige udbud. Sammenligningsgrundlaget er i denne sammenhæng den partsautonomi, der er gældende mellem private parter. Det er via den retsdogmatiske analyse fundet, at gældende ret opstiller en række begrænsninger af den måde parterne kan indgå aftaler. Så tidligt som i den indledende markedsdialog, altså før parterne er identificeret, konkluderes det, at § 39 begrænser aftalefriheden. Dette er tilfældet eftersom både ordregiver og rådgivende virksomhed har incitamenten til at undgå at dele/indhente for meget information. Det konkluderes, at reglerne om hvad der skal inkluderes i udbudsmaterialet er en væsentlig begrænsning på aftalefriheden. Det konkluderes også, at særligt reglerne i § 160 begrænser adgangen til at blive klogere undervejs i udbudsprocessen, fordi mindstekrav, evalueringsmetoder og tildelingskriterier skal angives i udbudsmaterialet, og kun i begrænset omfang kan ændres undervejs.

Det vurderes i dette kap., at de EU-retlige principper; gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet har markant indflydelse på retsstillingen. De fremgår eksplicit af § 2, og derudover konkluderes det, at en række andre bestemmelser i loven skal fortolkes i overensstemmelse med principperne. Udbudslovens bestemmelser skal ikke fortolkes i overensstemmelse med den måde principperne kommer til udtryk i primærretten, men derimod den strengere anvendelse af principperne i udbudsdirektivet. Med et strengt

²³³ Arrowsmith (2014) s. 934

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

fokus på ligebehandling og gennemsigtighed, kan den erklærede målsætning om rationel ressourceanvendelse være svært opnåelig. En balancegang der vendes tilbage til i kap. 4.

Det konkluderes, at ordregiver ved at vælge en af de dynamiske udbudsformer, har en væsentlig større frihed til at forhandle og føre dialog med markedsdeltagerne.²³⁶ Det medfører også, at de mere statiske udbudsformer,²³⁷ på trods af udpræget brug i praksis, ikke er behandlet indgående.

Analysen i dette kap. påpeger ikke udelukkende begrænsninger af ordregivers forhandlingsfrihed. Det vurderes, at retstillingen medfører, at ordregiver har mulighed for at tilrettelægge udbudsprocesser i en form, hvor der opstilles få mindstekrav, og med tildelingskriterier der lægger vægt på funktionelle kriterier. Til støtte for dette kan nævnes KfU kendelse af 15 marts 2016, hvori det fastslås, at (vage) udtryk som ”bør og ser gerne” anses for tro mod gennemsigtighedsprincippet.²³⁸ Det vurderes, at denne mulighed er den videst mulige fortolkning af reglerne i retning af partsautonomi.

Det konkluderes dog, at fortolkningen af § 160 og dermed konsekvenserne af denne ikke entydigt kan identificeres, og at fremtidig praksis og anvendelse må imødeses, for at fastlægge gældende ret.

De væsentligste af de her identificerede begrænsninger, vil i kap. 3 danne grundlag for en økonomisk analyse af udbudslovens betydning, for indgåelse af efficiente kontrakter.

²³⁶ Det være sig udbud med forhandling, Konkurrencepræget dialog, projektkonkurrence og innovationspartnerskaber.

²³⁷ Offentligt udbud og begrænset udbud

²³⁸ KfU af d. 15 marts, 2016, J. nr.: 2015-14280, s. 11

Kap. 3 – En økonomisk analyse af begrænsninger af aftalefriheden

Nedenfor bliver begrænsningerne på aftalefriheden analyseret ud fra en række økonomiske teorier, som hver for sig har til formål at identificere, hvordan reglerne undergraver muligheden for at indgå efficiente kontrakter. Kapitlet her er centreret om, hvordan parter i en kontraktuel relation undgår at have inefficiente informationsstrukturer, og træffe egen-optimerende beslutninger, der ikke er Kaldor-Hicks (herefter KH) optimale.

Den anvendte teori vil så vidt muligt, påtvinges det stringente fokus på udbudsretlige problemstillinger, og dermed fokusere på den praktiske anvendelse fremfor de finere teoretiske detaljer i modellerne. De teorier og modeller der analyseres nedenfor, er udvalgt på baggrund af de i kap. 2 identificerede problemstillinger, som den økonomiske teori kan hjælpe med at kvantificere.

3.1 Hidden action og værdien ved fuld information

Det følger af bl.a. P/A teorien, at den bedste kontraktuelle løsning kan opnås, når begge parter har adgang til den samme information.²³⁹ De begrænsninger som udbudsloven har på kontraheringsfriheden og muligheden/incitamentene til/for vidensdeling er ifølge økonomisk teori en hæmsko for at opnå den optimale kontrakt.²⁴⁰

Selvom der ikke uden sværdslag kan sættes lighedstegn mellem en *effektiv konkurrence* og *fuldkommen konkurrence*,²⁴¹ lægges det til grund, at de mikroøkonomiske modeller for perfekt konkurrence kan benyttes i søgen efter effektiv konkurrence. Blandt de væsentligste betingelser for opnåelse af perfekt konkurrence er netop perfekt information, eller som minimum nem adgang til al relevant information.²⁴² Hvis den ene part i et "samarbejde" har information, som ikke deles med den anden part, et såkaldt *hidden information* problem, kan den optimale kontrakt i teorien ikke opnås.²⁴³ Det er ekspliciteret i kap. 2, at udbudslovens regler, blandt andet hvad angår krav til udbudsmateriale og begrænsede adgang til indledende dialog,²⁴⁴ ikke faciliterer en optimal informationsdeling.²⁴⁵

²³⁹ Cvitanic and Zhang (2013) s.3

²⁴⁰ Se bl.a. Frank (2009) s.338 samt Cvitanic and Zhang (2013) s.3

²⁴¹ Effektiv konkurrence og ikke fuldkommen konkurrence er som nævnt succes kriteriet i udbudsretten jf. § 1

²⁴² Frank (2009) s.338

²⁴³ Cvitanic and Zhang (2013) s.4 (Falder I nogen sammenhænge under Hidden action begrebet)

²⁴⁴ Der menes her mestendels frygten for at udelukke eller begrænse en rådgivers adgang. Jf. afsnit 2.3.1

²⁴⁵ Jf. bl.a. §§ 39 og 160

Først og fremmest skal det pointeres, at *hidden action* teorien bygger på antagelsen om,²⁴⁶ at begge parter er motiveret af egeninteresse, men den kan også anvendes i situationer, hvor en eller begge parter forfølger *broader social goals*.²⁴⁷ Det vurderes derfor, at teorien kan anvendes ved et udbudsretligt spørgsmål, hvor en offentlig myndighed er en part, der ikke partout forfølger rene økonomiske interesser. *Hidden action* modellen omhandler oftest løsningsforslag på, hvordan principalen sikrer sig, at agenten udfører sin opgave i overensstemmelse med principalens interesser, primært gennem monitorering og incitamentsretning.²⁴⁸ Eftersom denne fremstillings genstandsområde er den prækontraktuelle forhandling/dialog, vil sådanne postkontraktuelle problemstillinger ikke blive behandlet nærmere.

En mere relevant problemstilling i en udbudsretlig sammenhæng er begrebet *hidden type*, der er nært beslægtet med begrebet *hidden action*, og omhandler incitamentet hos agenten til at undlade at fortælle om specielle karakteristika eller kvaliteter ved et produkt ex ante.²⁴⁹ I denne sammenhæng behandles ordregiver som principal og tilbudsgiver som agent. Ved en udbudsprocedure hvor det primære tildelingskriterium er pris, er det nærliggende at antage, at agenten kan have incitamenter til at undlade at fortælle om karakteristika ved ydelsen, så længe de sørger for at give et tilbud med en konkurrencedygtig pris. Med tanke på udbudsrettens regler om tildelingskriterier må antagelsen om, at pris er et væsentligt tildelingskriterium betragtes som realistisk. En effektiv indledende markedsdialog, der giver principalen mere information om, hvad der findes på markedet, samt en reel forhandling eller dialog under de fleksible udbudsprocedurer, kan utvivlsomt minimere den problemstilling. Som fastslået er begrænsningerne på forhandlingsfriheden imidlertid betydelige i disse stadier, hvorfor effekten må vurderes at være mindre, end det teoretiske udgangspunkt bebuder.

Udgangspunktet om, at den optimale kontrakt er svært opnåeligt uden perfekt information, gælder uanset hvordan informationsdelingen er ineffektiv. Det er således ikke begrænset til at gælde i situationer, hvor agenten bevidst undlader at dele den viden han besidder. Det kan også skyldes, at der ikke drages nytte af ny viden, som en konsekvens af en manglende forhandling.²⁵⁰ Mere konkret, at parterne aldrig diskuterer det emne hvorom information burde være delt.

²⁴⁶ Det lægges til grund at *hidden information* er et underemne til den mere generelle teori om *hidden action*, derfor denne terminologi.

²⁴⁷ Bergen et al. (1992) s.3

²⁴⁸ Ibid. s.4

²⁴⁹ Cvitanic and Zhang (2013) s.5

²⁵⁰ Frank (2009) s.338

Med ideelle vidensdelingsmekanismer ville parterne omvendt kunne opnå markante konkurrencefordele og højere grad af innovation,²⁵¹ mere om dette nedenfor i kap. 4. Umiddelbart nedenfor behandles udvalgte konsekvenser og løsningsmodeller mht. informationsasymmetrien med udgangspunkt i P/A teoretiske modeller.

3.2 Informationsasymmetri

Nærværende afsnit tager afsæt i P/A teoriens modellering af informationsasymmetri i kontrakter ex-ante.

3.2.1 Kort om P/A teori

P/A teorien analyserer oprindeligt forholdet mellem arbejdsgiver som principal og arbejdstager som agent.²⁵² Teorien er udformet med henblik på belysning af de informationsdelings-problematikker, der kan opstå inter-partes, når agenten som den informationsbærende part ikke deler den optimale mængde information med principalen.²⁵³

Den del af P/A teorien der omhandler monitorering, falder ikke indenfor denne fremstillings prækontraktuelle genstandsfelt.

3.2.2 Adverse selection og Hidden Information Model

Adverse selection har flere ensartede karakteristika med den ovenfor nævnte; *hidden type*. Det er udtryk for en inefficent samfundsøkonomisk tilstand, hvor asymmetrisk information leder til fejl eller ineffektive løsninger i den prækontraktuelle fase.²⁵⁴ I udbudsretlig sammenhæng kommer denne problemstilling eksempelvis til udtryk ved § 160's krav om forudgående udformning af tildelingskriterier. Hvor der meget vel kan opstå situationer hvor en "agent" med den relevante markedsinformation, enten ikke involveres eller ikke har de rette incitamenter til at dele den viden de har før udbudsmaterialet er udformet.²⁵⁵ Et lignende problem kan potentielt opstå, som følge af den manglende adgang til at forhandle om de *grundlæggende elementer*, hvor lovgivningen begrænser brugen af ny viden til at optimere kontrakten.

Det skal påpeges, at den del af informationsasymmetrien, der udspringer af tilbudsgivers manglende incitamenter/vilje til videregive tilstrækkelig information til ordregiver, i teorien kan minimeres ved at ordregiver anvender P/A teoriens redskaber i form af *screening* og *signaling*.²⁵⁶ Screening og signaling kan i nogen sammenhænge være overflødig, hvis principal (ordregiver) er i stand til

²⁵¹ Dyer og Sing (1998) s.664f

²⁵² Bregn (2007) s.112

²⁵³ Ibid. s.116

²⁵⁴ Bergen et all. (1992)s.6

²⁵⁵ Se afsnit 2.3.1

²⁵⁶ Se bl.a. Milgrom og Roberts (1992) s.154, samt Bergen et all. (1992) s.6

at lave et kontraktoplæg, der sikrer at aftalen er ugunstig for den ukvalificerede tilbudsgiver. I de fleste tilfælde, og med tanke på fremstillingens problemstilling, vurderes det dog, at signaling og screening potentielt kan være værdiforøgende ved, at det ikke blot sorterer de "uønskede" fra, men også giver mulighed for at tilegne sig ny viden, og til at lære en eventuelt kommende samarbejdspartner bedre at kende.

3.2.2.1 Signaling

Signaling er knyttet til graden af risiko for, at agenten giver forkerte oplysninger (deriblandt undlader at give oplysninger), det kan eksempelvis være om kompetencer, eller varens/servicens kvalitet. Det er agents måde, hvorpå de kan sende de signaler som de ønsker principalen skal rette sin opmærksomhed imod, og differentiere sig fra eventuelle konkurrenter.²⁵⁷ Sådan en differentiering, der giver principalen mulighed for at distingvere tilbudsgivere, bliver i litteraturen betegnet som enten en *seperating equilibrium* eller en *pooling equilibrium*.²⁵⁸ Signaling benyttes til at få belyst informationsasymmetrier. De netop nævnte ligevægte, kan i en udbudsretlig sammenhæng eksempelvis opnås ved, at påkræve certificeringer, uddannelsesbaggrund eller lignende.

P/A teorien bygger på antagelsen om, at økonomiske aktører primært handler ud fra egeninteresse, derfor er det i en diskussion af signaling på sin plads at nævne *self-selection*. Hvis en agent kan aflæse hvilke behov principalen efterspørger, vil der opstå incitamenter til at signalere bestemte former for kvalitet, kapacitet, uddannelse eller lign. uden, at det nødvendigvis er hensigten, at efterleve disse.²⁵⁹ Ordregiver skal derfor nøje overveje om signalerne, nu også stemmer overens med hvad tilbudsgiver reelt kan tilbyde.

3.2.2.2 Screening

Hvis det er principalen, der aktivt forsøger at fremtvinge information fra agenten, sker det via såkaldt screening. Principalen forsøger at tilegne sig den optimale mængde information og udligne informationsasymmetrien ved at screene agenten. Det sker eksempelvis ved at stille spørgsmål eller lignende proaktive måder at opsøge ny viden.²⁶⁰ I teorien benyttes screening til at tilgodese agenter med de kompetencer, der er mest attraktive for principalen, via klausuler i kontrakten.²⁶¹ I en udbudsretlig sammenhæng vil det være nærliggende, at drage paralleller til udbudsmaterialet, hvor ordregiver gennem

²⁵⁷ Bergen et al. (1992) s.6f

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Milgrom og Roberts (1992) s.155

²⁶⁰ Bergen et al. (1992) s.6

²⁶¹ Milgrom og Roberts (1992) s.157

tildelingskriterier og specifikke (mindste)krav kan *screene*. Ved at formulere de grundlæggende behov i udbudsmaterialet, frasorteres allerede der de tilbudsgivere, der ikke har kapacitet til at dække de specifikke behov. Screening er et redskab til at udbedre informationsasymmetri, men hvis udbudsmaterialet udelukker nogle tilbudsgivere, eller udelukker dialogen og forhandlingen på visse områder, kan det modsatte blive tilfældet. I tilfælde hvor vidensdeling kan give mere efficiente løsninger, end de i udbudsmaterialet valgte kriterier og krav ligger op til, så frasorteres muligvis også egnede tilbudsgivere. Der er altså ingenlunde garanti for, at den efficiente løsning dermed vælges. Tværtimod øges sandsynligvis risikoen for det modsatte.

3.2.2.3 Effekten af de prækontraktuelle forsøg på at mindske informationsasymmetrien

De afhjælpningsforslag der foreslås i P/A teorien, sigter mod en intensivering af den prækontraktuelle kontrol og dialog. Mere kontrol er kun en fordel, hvis de uheldige konsekvenser af § 39 om indledende markedsdialog og paragrafferne om regler for indholdet i udbudsmaterialet, (som diskuteret i kap. 2) kan undgås. Det vurderes, at en positiv effekt af screening og/eller signaling, kun kan opnås hvis de grundlæggende elementer er formuleret på en måde, så der ikke, i takt med at ordregiver bliver klogere, opstår behov for (væsentlig) tilpasning.

Med analysen af gældende ret i kap. 2 in mente, må det stå klart, at de juridiske rammer giver mulighed for en øget prækontraktuel dialog/forhandling og kontrol. De væsentlige begrænsninger identificeret i kap. 2 medfører dog samtidigt, at en sådan forhandling/dialog ikke nødvendigvis vil være effektiv i en søgen efter den efficiente kontrakt, da forhandling om grundlæggende elementer ikke tillades, samtidigt med at ordregiver er forpligtet til at udfærdige et udførligt udbudsmateriale inden en eventuelt forhandling indledes.

Der kan argumenteres for, at de fleksible udbudsprocedurer med de dertilhørende dialog- eller forhandlingsrunder, minimerer incitamentene til at skjule information, samt at kommunikationen undervejs medvirker en screening og en signaling proces, der reducerer konsekvenserne af adverse selection.²⁶² Dette har formentligt sin rigtighed, men det vurderes imidlertid, at fortalere for dette undervurderer betydningen af, at der ikke kan forhandle om de grundlæggende elementer, og dermed om de væsentligste dele af kontraktgrundlaget.

3.2.3 Kontraktdesign og risikoallokering

Paul Milgrom og John Roberts har i "The Economics, Organization & Management (1992), defineret en række principper, som potentielt kan løse moral hazard problematikker.²⁶³ Der vil nedenfor blive behandlet

²⁶² Om en reduktion af konsekvenserne af adverse selection se: Gailmard (2014) s.92

²⁶³ Milgrom og Roberts (1992) s.219

hovedpunkter i de principper, der fokuserer på hvordan parterne i den prækontraktuelle fase kan imødekomme informationsasymmetri og ineffektiv risikoallokering. *The Informativeness Principle* omhandler evalueringen af agentens performance og compensation,²⁶⁴ som en forlængelse af egne præstationer, eller eksterne hændelser. Med tanke på genstandsfeltet for denne fremstilling, er det interessant at diskutere, hvorledes der på det prækontraktuelle stadie kan forhandles om risikoallokering mht. eksterne hændelser.

I en underteorie til *The Informativeness Principle*, kaldet *komparativ performance evalueringsteori* påpeges, at en agents compensation ikke skal være afhængig af eksterne hændelser. Teorien opdeler eksterne effekter i to kategorier,²⁶⁵ *Common effects* og *random effects*. Common effects anses for at være hændelser, der påvirker alle agenter ligeligt, det kan være forhold så som energipriser, råvarepriser og renteforhold.²⁶⁶ Sådanne "state of the world" forhold er forhold, der i størsteparten af situationer kan tages højde for allerede i udbudsmaterialet, og altså ikke nødvendigvis kræver forhandlinger for, at en agtsom ordregiver kan fastlægge de grundlæggende forhold.

Random effects er derimod eksterne faktorer, der har uens indvirken på forskellige aktører, og hvor agenten/tilbudsgiver har mulighed for at påvirke risikoen, eksempelvis ved ekstra agtpågivenhed eller investeringer. Modsat de omtalte "common effects" er det vanskeligt, at tage højde for "random effects" i udbudsmaterialet, med mindre ordregiver fraskriver sig alt eller hovedparten af risici. Med hjemmel i § 160 og de grundlæggende EU-retlige principper, vil det som udgangspunkt ikke være muligt at forhandle om sådanne random effects uanset udbudsprocedure, da der vil være tale om forhandling af det økonomiske forhold mellem parterne og en anderledes risikoallokering. Dette vurderes at falde ind under det i kap. 2 behandlede begreb grundlæggende elementer, der som bekendt ikke kan forhandles om.

Nedenfor diskuteres hvorvidt der kan skabes værdi ved at forhandle om risikoallokeringen, og dermed om udbudsloven begrænser en forhandling, der potentielt kan medføre en mere efficient kontrakt.

3.2.3.1 Risikoallokeringshensyn

En allokering af risiko er som udgangspunkt en aftale, der kan indgås når begge parter (i P/A teoriens terminologi; agenten og principalen) har ens information og skal enes om en risikofordeling.²⁶⁷ Det er typisk antaget, at principalen har hele forhandlingsstyrken,²⁶⁸ dette må antages i høj grad at være tilfældet ved

²⁶⁴ The Informativeness principle er defineret af Holstrom (1979)

²⁶⁵ Dette er en forsimpning af teorien, der i første ombæring differentierer imellem den komparative- og den relative performance evalueringsteori, hvori de nævnte begreber hver især diskuteres.

²⁶⁶ Milgrom og Roberts (1992) s.219

²⁶⁷ Cvitanic and Zhang (2013) s.4

²⁶⁸ Ibid.

offentligt udbud.²⁶⁹ Ved et offentligt udbud, er der som diskuteret ovenfor, en række af de væsentligste kontrakts-bestemmelser, der ikke er til forhandling, men derimod konciperet på forhånd af ordregiver. Det kan fremstå irrelevant at diskutere risikoallokering, når den ene part ganske givet har hele forhandlingsstyrken, og blot kan pålægge tilbudsgiver al risiko, men nedenfor vil relevansen af forhandling blive ekspliciteret.²⁷⁰ Med udgangspunkt i Henrik Landos artikel omkring risikoallokering i større entreprise kontrakter²⁷¹, vil der i nærværende afsnit blive plæderet for, at en nøje gennemtænkt risikoallokering er et vigtigt element i disciplinen; *det gode købmændskab*. Udgangspunkter er, at når en part påtager sig en risiko, så skal den præmieres med en risikopræmie.²⁷² I en udbudsretligt sammenhæng betyder det, at når ordregiver påligger tilbudsgivere mere risiko, må det forventes at prisen på de indkomne tilbud er højere. Det grundlæggende princip i en kontraktforhandling bør være, at risiko skal fordeles på en måde, der sikrer en maksimering af den samlede værdi af relationen.²⁷³ Dette lidt luftige princip indebærer først og fremmest, at parterne ikke benytter den vidt udbredte tilgang til kontraktforhandling at minimere sin egen risiko på bekostning af partnerens risiko.

Det mest basale princip i risikoallokeringslæren er, at parterne bør tilstræbe, at en part udelukkende bærer risiko, for omstændigheder den pågældende har mulighed for at influere.²⁷⁴ Dette princip kan dog ikke stå alene, og en uddybning er påkrævet for, at det kan have nogen praktisk værdi. Først og fremmest må det aftales hvorledes den part der bærer risikoen, skal godtgøre den anden part, hvis den ansvarspådragende omstændighed indtræffer. En løsning er at lade den part, der har risikoen, godtgøre den anden part for præcis det tab der lides. En løsning der kan være gangbart så længe "udfaldne" kan observeres af begge parter, og af tredjepart så som en domstol.²⁷⁵ Sådan en løsning kaldes en *outcome-based* incitaments struktur.²⁷⁶ Hvis både kontraktpart og tredje part kan udføre en komplet kontrol af konkrete handlinger, så kan der konciperes en kontrakt, hvor det detaljeret er bestemt, hvordan den risikobærende part skal forholde sig for at undgå at pådrage sig ansvar, et såkaldt *behaviour-based* kontrol system.²⁷⁷ Muligheden for på forhånd at definere og enes om de rette "handling", må dog anses for særdeles vanskeligt. Derudover kommer udfordringen med om det er observerbart.²⁷⁸ Det anbefales af Lando, at tilbudsgiver skal bære risikoen for de

²⁶⁹ Henrik Lando, How to Allocate Risk in a Large Construction Project s.5 (herefter Lando 2011)

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Lando (2011)

²⁷² Polinsky (2010) s.58f

²⁷³ Lando (2011) s.6

²⁷⁴ Ibid. s.7f

²⁷⁵ Ibid. s.8

²⁷⁶ Anderson & Oliver(1987) s. 76

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Lando (2011) s.8

omstændigheder, der er observerbare og verificerbare **OG** er influeret af tilbudsgivers handlinger. I en række tilfælde vil de utilsigtede omstændigheder, skyldes mere end bare tilbudsgivers forhold, hvorfor tilbudsgiveren ikke kan gardere sig fuldstændigt. I stedet er vedkommende påført risiko ved at bære ansvaret for omstændigheder, der skyldes eksterne faktorer, og kræver derfor en risikopræmie.²⁷⁹ Det er i litteraturen anerkendt, at en reduktion af risikoen for den mest risikoaverse part, giver en værdi, som der skal tages højde for i efficiens-kriteriet.²⁸⁰

Størrelsen af en given risikopræmie, eller i en udbudsretlig sammenhæng den merpris der skal betales til tilbudsgiver, afhænger af tilbudsgivers risikoaversion.²⁸¹ Det antages her, at alle tilbudsgivere er mere risikoaverse end ordregiveren,²⁸² hvilket medfører, at de kræver et højere gennemsnitligt *pay-off* når det er variabelt. Den merpris som ordregiver må betale for tilbudsgivers risiko, overstiger i det skitserede scenarie, den forventede omkostning ordregiver ville have ved selv at bære risikoen. Med risikoaversionen in mente og rationalet om, at den mindst risikoaverse part "billigere" kan bære usikkerheden, bør der så forfølges en strategi, hvor tilbudsgiver udelukkende bliver pålagt risiko, når den pågældende er ene om at kunne påvirke omstændighederne omkring den tabsgivende begivenhed? Forinden den konklusion nås, er det værd at vurdere, om det kan give nogen forkerte incitamenter for tilbudsgiver.²⁸³ Som pointeret i Holmstrom (1979),²⁸⁴ så er pareto-optimal risikofordeling umuligt, da det vil give forkerte incitamenter hos parterne. I stedet bør parterne tilstræbe at fordele de fordele, der findes ved risikofordeling og fordele ved rette incitamentsstrukturer – en såkaldt *second-best solution*.²⁸⁵

Afhængig af kontraktens specifikke udformning kan to ensartede problemstillinger opstå, 1) tilbudsgiver løber ingen risiko iflg. kontrakten ved eksempelvis en forsinkelse, selvom de ex-ante har medindflydelse på sandsynligheden for at der opstår en forsinkelse, tilbudsgiver løber derimod den fulde risiko ved en mindre reduktion i kvaliteten. Det vil dermed følge af den økonomiske teoris antagelse om agents egeninteresse, at tilbudsgiver vil bruge flere ressourcer på kvalitet, selvom det sker på bekostning af en forsinkelse, der har større negativ effekt på den samlede værdiskabelse. 2) Den mere simple situation, at der ikke kan fastlås en årsag til den opståede situation ex-post betyder, at der ex-ante ikke pålægges en risiko på tilbudsgiver, der

²⁷⁹ Ibid. s.9

²⁸⁰ Polinsky (2010) s.62, I same kap. diskuteres også ideen at have forsikringsselskaber, som værdiskabelse ved at flytte risiko til mindre risikoavers part.

²⁸¹ Lando (2011) s.9

²⁸² Denne antagelse er udfordret i Lando (2011), men anerkendt som udgangspunktet. Ordregiver er teoretisk staten, med minimal konkursrisiko, mens tilbudsgiver er en privatpart, med de dertilhørende finansielle begrænsninger.

²⁸³ Se en diskussion af dette i Lando (2011) s.9ff

²⁸⁴ Holmstrom (1979) s 74

²⁸⁵ Ibid.

derfor ikke har de optimale incitamenter mht. at "performe" i den dimension af kontrakten.²⁸⁶ Spørgsmålet om hvorvidt en risikoavers part kun skal bære risikoen for omstændigheder, som den pågældende part kan influere, kan derfor ikke uden videre besvares bekræftende.

Det vurderes, at ovenstående diskussion har stipuleret, at en risikofordeling oftest er så tilstrækkeligt kompleks, at den simple modellering af risiko kaldet internalisering kan udelukkes. Den part der har indflydelse på den "skade" der voldes den anden part, godtgør skadelidte således at $bod = skade$. Internaliserings rationalet, kan i en afslappet version benyttes,²⁸⁷ hvis en skadevoldende omstændighed udelukkende kan skyldes tilbudsgiver eller eksterne faktorer. Dette må vurderes at være en situation, som er nærliggende i en udbudsretlig kontekst. Et regneeksempel:

Tilbudsgiver kan nedsætte sandsynligheden for en uges forsinkelse med 50 %, ved at bruge y kr. Forsinkelsen koster ordregiver x kr. fuld internalisering vil da være optimalt hvis $y \leq \frac{x}{2}$. Dette lille regneeksempel tager ikke højde for risikoaversionen, hvilket en kontrakt qua ovenstående om risikopræmier bliver nødt til at forholde sig til.

I den komplicerede virkelige verden, vil der opstå et dilemma omkring balancen mellem incitamenter og risikopræmier. To størrelser der oftest peger i hver deres retning, målt på hvad der er optimalt for ordregiver; rette incitamenter for tilbudsgiver $\uparrow$ -> risikopræmie $\uparrow$.

Som det er fastslået i kapitel 2, skal ordregiver allerede offentliggøre de væsentligste elementer af kontrakten før dialog/forhandling med tilbudsgiver,²⁸⁸ på disse områder er det derfor meget vanskeligt at tage højde for risikoaversion og specielle kompetencer, der kan mindske risici. Derudover kan kravene til udbudsmaterialet, og den begrænsede ændringsadgang betyde, at forskelle i risikoprofiler, stiller nogen tilbudsgivere dårligere i konkurrencen, selvom de er blandt de bedst egnede. Dette uheldige scenarie kan eksemplificeres ved kravet om, at pris skal spille en væsentlig rolle i tildelingsbeslutningen. Det kan potentielt medføre, at en egnet tilbudsgiver ikke bliver taget i betragtning, fordi den pågældende kræver en høj risikopræmie relativt til sine konkurrenter for en given "tildelt" risiko. Havde ordregiver i stedet påtaget sig (eller fordelt) den risiko, som de er nærmere til at bære, så ville tilbudsgivere være i stand til at give en konkurrencedygtig pris, og muligheden for at opnå en efficient kontrakt større. Illustreret helt lavpraktisk, kan der opstå en situation, hvor ordregiver opstiller mindstekrav til, at bygherre skal bære risikoen for, at der sker oversvømmelser på byggepladsen, ved at benytte specielle foranstaltninger. Tilbudsgiver (A) kan tilbyde en anden form for

²⁸⁶ Efter inspireret fra Lando (2011)

²⁸⁷ Lando (2011) s.12

²⁸⁸ Jf. § 160 og betragtninger om udbudsmateriale i kap. 2

foranstaltning, der er af samme kvalitet/sikkerhed, til en mere konkurrencedygtig pris. Dette tilbud kan ikke tages i betragtning uden at risikere, at udbuddet skal gå om. Tilbudsgiver kan givet efterleve de efterspurgte krav, men vil dermed løbe en større risiko, og kræve en risikopræmie, der gør tilbuddet væsentligt mindre attraktivt. Situation opstår fordi ordregiver er forpligtet til at definere mindstekrav og tildelingskriterier, før der forhandles, og at disse ikke må ændres.²⁸⁹

En ordregiver der forbereder et udbud, er med tanke på de meget begrænsede ændringsadgange og omstændige procedurer ved fejl, formentligt meget opmærksomme på at få "det hele med", og vil hellere helgardere sig end at risikere at undlade noget. Denne tendens bakkes op af bl.a. Emil Schütze.²⁹⁰ Ved at inkludere krav og betingelser i udbudsmaterialet, som ikke nødvendigvis er essentielt for det endelige udbud, må det forventes, at det hæver prisen, fordi tilbudsgiver påføres risiko. På baggrund af ovenstående konkluderes det, at der er mulighed for at skabe en mere efficient allokering af risiko ved den nuværende retstilstand, ved en ændret indstilling blandt ordregiverne.

Et eksempel der illustrerer en inefficent fremgangsmåde er, at ordregiver medtager et mindstekrav, der reducerer usikkerheden, men ikke er tvingende nødvendigt. Denne mindskede usikkerhed giver en værdi på 5, men det koster tilbudsgiver 15 at efterleve kravet. Der bliver dermed en samlet negativ værdi på 10. Hvis parterne i stedet forhandlede om usikkerheden, ville de kunne opnå den efficiente kontrakt, hvor ordregiver bærer risikoen, og modtager en compensation (prisreduktion) på mellem 0 og 10, svarende til værditilvæksten ved, at afvige fra den oprindelige ligevægt.²⁹¹ En sådan pareto-forbedring kan altså opnås ved forhandling, og kan skitseres som et marginalt substitutionsforhold mellem, at påtage sig en given mængde risiko mod en tilsvarende tilpasning af pris. I en udbudsretlig proces er det ordregiveren, der dikterer hvor meget der kan forhandles om, og hvad der er mindstekrav.

Ordregiveren er dog som diskuteret i kap. 2, bundet af de generelle principper i gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, og kan derfor ikke uden videre undlade at formulere mindstekrav. Det skal pointeres, at nedenstående vurdering er foretaget med de antagelser, der også benyttes i Coase-teoremet, navnlig at to rationelle parter, i fraværet af transaktionsomkostninger, vil forhandle sig frem til en pareto-optimal kontrakt.

²⁸⁹ Se bilag 4-8 - Flere praktikere anser det for urealistisk at alle sådanne ting bliver afklaret i den indledende markedsdialog.

²⁹⁰ Se bilag 4-8

²⁹¹ I dette eksempel er der antaget få eller ingen transaktionsomkostninger.

Det vurderes mht. en efficient risikoallokering, at en dygtig ordregiver ved gældende ret, kan opnå mindre pareto-forbedringer ved en gennemtænkt risikoallokering, blandt andet ved at være påpasselig med ikke, at tildele tilbudsgiver en overdreven risiko for omstændigheder, de har ingen eller lille indflydelse på. De største forbedringer grænsende imod en pareto-optimalitet,²⁹² kan imidlertid ikke opnås ved en retstilstand der regulerer, at mindstekrav, tildelingskriterier og evalueringsmetoder skal fastlægges præ enhver forhandling, og at adgangen til ændringer er smal. Rationalet bag denne vurdering er, at hvis tildelingskriterier, mindstekrav og evalueringsmetoder ikke kan afvejes efter hvem der samarbejdes med, kan man ikke tage hensyn til hvilke risici der bedst bæres hvor.

En analyse af vigtigheden af risikoallokering i den relationelle kontrakt, vil blive foretaget i kap. 4, og vil bygge på de principper, der er præsenteret i nærværende afsnit.

3.3 Værdien af forhandling – En spilteoretisk tilgang

Værdien ved at forhandle er ikke begrænset til, en aftale om en mere efficient risikoallokering, nedenfor foretages en spilteoretisk analyse af værdien ved dialog og forhandling. Der vil med udgangspunkt i prisoners dilemma (herefter PD) spillet, findes frem til merværdien/pareto-forbedringen ved at forhandle. Analysen vil både fokusere på det helt overordnede niveau, med en skarp opdeling mellem forhandling og ikke forhandling, samt et mere detaljeorienteret fokus på konsekvensen ved udbudsrettens begrænsninger på partsautonomien. I denne sammenhæng er PD spillet gennemgået for at give et konkret eksempel på hvad to parter kan "vinde", ved at indgå i et kontraktuelt samarbejde hvor det tilsikres, at parterne arbejder hen imod den samme målsætning. Det ønskes ligeledes belyst med PD spillet, at fuld information ikke nødvendigvis giver en efficient tilstand, hvis ikke parterne kommunikerer og forhandler. Afsnittet er inkluderet i dette kap., fordi det vurderes, at ordregiver ikke kan opnå samme værdi ved blot at skrive en kontrakt, der tager højde for incitamentsretning, uden at kende til aftalepartneren og dennes karakteristika. Gennemgangen skal ses som en illustration af et spil, der kan spilles gentagne gange (forskellige dele af kontrakten) i den prækontraktuelle fase.

3.3.1 Prisoners dilemma

PD betragtes i dag som en af grundstenene i moderne spilteori.²⁹³ Meget af det tidlige arbejde med PD og spilteori blev gjort af Dresher og Tucker i 1953, hvor også historien om de to fanger Calvin og Klein, der uden

²⁹² For en definition af pareto-optimalitet og pareto-effektivitet se Eide (2008) s.97

²⁹³ Dutta (1999) s.11

at måtte tale sammen skal træffe beslutninger om at tilstå eller ej, opstod.²⁹⁴ Figur 3.1 illustrerer et PD sat op i normal form.

		PRISONER 2	
		Confess	Lie
PRISONER 1	Confess	-8, -8	0, -10
	Lie	-10, 0	-1, -1

Figur 3.1 – PD uden forhandling

Tankegodset bag PD spillet er anvendeligt på en lang række områder, og kan udvides fra den klassiske enkeltspils udgave uden kommunikation, til situationer med flere spil med eller uden kommunikation. Det er en grundlæggende antagelse i spilteorien, at parterne er egen-optimerende, det medfører, at hver part ud fra en rationalitetsbetragtning vælger den strategi, som givet den anden parts strategivalg, er mest fordelagtig. Det følger dermed implicit, at en part i et PD spil, er afhængig af modparten for at opnå den højest mulige nytte.²⁹⁵ I en udbudsretlig kontekst kan et PD spil uden forhandling sammenlignes med de klassiske udbudsformer; offentligt- og begrænset udbud. Et PD spil med forhandling sammenlignes med de fleksible udbudsformer. En sådan sammenligning er dog ikke helt retvisende, i og med at de fleksible udbudsformer, som nævnt utallige gange, ikke fuldkommen kan ligestilles med partsautonomi. Denne fremstilling vil derfor gennemgå PD med forhandling, med det teoretiske udgangspunkt, men vil efterfølgende forholde sig kritisk til om ordregiver og tilbudsgiver kan opnå de samme pareto-forbedringer.

Analysen har til formål at give et bedre og mere målbart vurderingsgrundlag, mht. om retsstillingen er i tråd med målsætningen i § 1 vedrørende bedst muligt anvendelse af offentlige midler i udbudsprocessen.

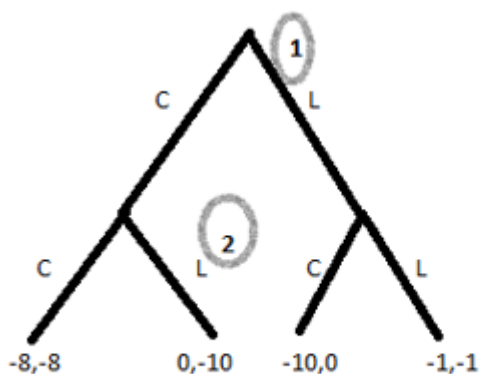
3.3.1.2 Uden forhandling

PD uden mulighed for intern kommunikation, er opsat som et spil hvor begge parter har to mulige strategivalg, at samarbejde med sin medfange eller ej (lie or confess i figur 3.1). For en mere generel anvendelse benyttes her; samarbejde eller ej. I figur 3.1 ses en illustration af PD uden forhandling. De numeriske størrelser i de fire bokse angiver nytteværdien for henholdsvis spiller 1 og spiller 2 ved hver af de

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Dutta (1999) s.3

4 mulige udfald. Som alternativ til figur 3.1 kan en ekstensiv form (figur 3.2) også benyttes, hvilket især er nyttigt, når "backwards induction" benyttes i gentagne spil.²⁹⁶ Det kan udledes af både figur 3.1 og 3.2, at den dominerende strategi i det præsenterede spil er "ikke-samarbejd" (confess). Der findes altså en Nash ligevægt ved -8,-8, selvom det ikke er den pareto-optimale tilstand.²⁹⁷



Figur 3.2 – Ekstensiv form

I matematisk forstand er der tale om en *pure strategy Nash Equilibrium*, der er defineret som et sæt af strategier $\{a_i^*\}_i^n = 1$, som for alle a_i gælder at: $\pi^1(a_i^*, a_{-i}^*) \geq \pi^1(a_i, a_{-i}^*)$.²⁹⁸ Det betyder at der er tale om en dominerende strategi, der uagtet modpartens strategivalg altid vil være den foretrukne strategi.²⁹⁹ Med de i nærværende figurers tal, kan det beregnes, at Nash ligevægten giver en negativ nytte på 16, mens det KH optimale punkt ville give en negativ nytte på 2, altså en potentielt gevinst på 7 for begge parter. Det skal bemærkes, at PD uden forhandling, som det gennemgås her, er et spil med fuld information for begge parter, samt identiske nyttefunktioner.³⁰⁰ Det kan virke som en absurd situation, at to parter med perfekt information om hinandens mulige strategivalg, ender i en ligevægt der tydeligvis "koster begge parter nytte". Ikke desto mindre kan analogien ikke udelukkende benyttes på de to fængselsfanger, men i enhver situation hvor parterne er adskilt, og ikke har mulighed for at kommunikere. Ved offentligt- eller begrænset udbud tillades det ikke, som følge af forhandlingsforbuddet, at parterne forhandler, eller for den sagsskyld træffer beslutninger som følge af intern kommunikation.

²⁹⁶ Tirole (1992) s. 424

²⁹⁷ Tirole (1992) s. 426

²⁹⁸ Ibid. s. 427

²⁹⁹ Dutta (1999) s.41

³⁰⁰ Ibid. s.17 samt Tirole (1992) s. 428f

Det må antages, at den indledende markedsdialog vil kunne mildne nogen af de uheldige udfald, som den spilteoretiske teori forudser, men det skal i den forbindelse erindres, at der ikke må forekomme nogen form for forhandling, eller bindende aftaler i den fase af udbudsprocessen, jf. afsnit 2.3.1

Det kan derfor ingenlunde udelukkes, at et inefficiant scenarie, som det ovenfor beskrevne, ville kunne ske i en udbudsretlig sammenhæng. Hvilket endnu engang understreger, hvorfor et samarbejde præget af kommunikation må tilstræbes, i stedet for et ensidigt fokus på, at egne risici minimeres.

3.3.1.3 Med forhandling

De samme forudsætninger som ved PD uden forhandling gør sig gældende i nedenstående gennemgang, med den ene og væsentlige ændring, at parterne kan kommunikere. Kommunikation skal i denne forbindelse fortolkes bredt, og inkluderer de facto al forhandling. Det skal yderligere kvalificeres til at være kommunikation, forinden der vælges strategi. I det tænkte eksempel i afsnit 3.3.1.2 blev det slået fast, at begge parter kan opnå en nytte forbedring på 7, hvis der samarbejdes. Det synes nærliggende, at når nu der kan forhandles, vil parterne benytte den strategi der gør, at de "lander" i det pareto-optimale punkt (L,L i figur 3.1 og 3.2). Så simpelt er det spilteoretiske udgangspunkt imidlertid ikke.

Den kommunikationsadgang, der nu findes, betyder ikke at parterne stopper med at være egen-optimerende rationelle agenter, som påvirkes af de selv samme incitamenter, som PD uden kommunikation. For at eksemplificere, kan der ved at kigge på figur 3.2 ses,³⁰¹ at hvis spiller 1 vælger at samarbejde (L) så vil spiller 2 maksimere sin nytte ved ikke at samarbejde (C). Spiller 1 kender til spiller 2's strategivalg, og ved derfor, at han er bedre stillet ved at spille "ikke samarbejd" (C), således er vi tilbage ved udgangspunktet. For at løse dette bør parterne bruge deres forhandlingsfrihed, til at konstruere nogen rammer, der sikrer, at hvis der indgås en aftale om strategi, så vil det medfører en straf ved misligholdelse. En straf kan tage form som en bod, der sættes på et niveau, som sikrer de rette incitamenter. Hvis man blev skyldig i en bodsbetaling på 3, i det tilfælde, at samarbejdsaftalen ikke blev overholdt, ville figur 3.1 se ud som nedenfor.

³⁰¹ Samme pointe er gældende ved figur 3.2

S1/S2	Ikke Samarbejd	Samarbejd
Ikke Samarbejd	-11,-11	-3,-10
Samarbejd	-10,-3	-1,-1

Figur 3.3 – PD med bodsbetaling

I figur 3.3 er Nash ligevægten punktet [samarbejd, samarbejd] ækvivalent med [-1,-1]. At der opstår en enkel Nash ligevægt er ikke givet, på trods af indførslen af en bod, men afhænger af flere ting, blandt andet om boden påføres hvis begge parter misligholder. Havde der ikke været påført en bod når begge parter misligholder, så ville der ikke være én enkelt Nash ligevægt men derimod to (se figur 3.4). I et sådan tilfælde ville den foretrukne strategi altså afhænge af hvad modparten spiller, et scenarie bl.a. kendt fra et andet klassisk spil "battle of the sexes".³⁰² Flere Nash ligevægte betyder også, at spillerne ikke længere har en dominerende strategi, spillet må derfor løses ved at opstille det i ekstensiv form, og løses ved *backwards induktion*.³⁰³ Ved at løse spillet med *backwards induktion*, vil det kunne påvises, at resultatet bliver det samme, som når boden blev pålagt i alle tilfælde af "ikke samarbejde", nemlig at begge parter ville samarbejde.

S1/S2	Ikke Samarbejd	Samarbejd
Ikke Samarbejd	-8,-8	-3,-10
Samarbejd	-10,-3	-1,-1

Figur 3.4

Ovenstående om PD og værdien ved forhandling er i forhold til udbudsloven et fortegnet billede, da udbudslovens udbudsprocedurer ikke er så sort/hvid som én løsning helt uden kommunikation og én løsning med fuld kommunikation og forhandling. Det vurderes dog, at tendenserne fra den spilteoretiske gennemgang kan videreføres til at eksemplificere forhandlingens værdi i udbudsretten. Specielt tankeeksemplet om, at der findes en udbudsform med fuld adgang til at forhandle er fortegnet til en grad, der afkræver en uddybning. Som diskuteret i kap. 2 er der væsentlige begrænsninger på forhandlingsfriheden, selv i de fleksible udbudsformer. Hvilket punkt aktørerne i en udbudsretlig proces ville

³⁰² Tirole (1992) s. 427f

³⁰³ Ibid.

havne i, kan ikke med sikkerhed siges via spilteoretiske eksempler, men det vurderes, at det mest realistiske er, at det pareto-optimale punkt i et spil underlagt sådanne begrænsninger ikke giver den samme værdiforøgelse som ved en fuldkommen aftalefrihed. Det begrundes med, at parterne i mange tilfælde kan forhandle sig væk fra den oprindelige Nash ligevægt, men at begrænsningerne på forhandlingsfriheden gør, at de grundlæggende elementer ikke er til forhandling. Når der ikke kan forhandles om væsentlige dele af kontrakten antages det, at der ikke kan opnås samme værdiforøgelser ved at vælge den fælles-optimerende strategi,³⁰⁴ sammenlignet med en situation hvor der kan forhandles om alt. Det vil i denne sammenhæng sige, at punktet [samarbejd, samarbejd] vil have en lavere nytteværdi end det fremgår af figur 3.3. Havde det punkt i stedet en negativ værdi på -4,-4 ville det fortsat være det pareto-optimale punkt, men ikke længere en Nash-ligevægt. En spilteoretisk tilgang ville i det tilfælde medføre, at parterne ville ende i den eneste tilbageværende Nash ligevægt (ikke samarbejd, ikke samarbejd). Ved at benytte samme tilgang, med at påføre en bod, skal den bod være på 5 – og også påføres når begge parter misligholder.

I den spilteoretisk model præsenteret her, kan strategier reguleres ved at påføre en bodsbetaling på ikke ønskværdige strategivalg, og derved kan det pareto-optimale punkt opnås. Dette ændrer dog ikke på, at det optimale punkt i en sfære med partsautonomi, er bedre end det optimale punkt i en sfære med begrænsninger på aftalefrihed.³⁰⁵ Det må, desuagtet de markante forskelle mellem den udbudsretlige retstilstand og den ovenfor skitserede "rene" spilteoretiske udgangspunkt konkluderes, at adgangen til kommunikation i de fleksible udbudsformer kan bidrage positivt mht. at opnå højest muligt nytteværdi. Dette hænger sammen med, at uklarheder kan afklares, krav er til forhandling, og eventuelle repressalier ved misligholdelse kan aftales. Derudover er kommunikationen med til, som analyseret i afsnittene 3.1-3.2, at mindske informationsasymmetrien og identificere risikoaversioner. Alt sammen kan modvirke opportunistisk adfærd, og fremme samarbejde – derved opnåelse af mere effektive kontrakter.

Ovenfor er en forsimplet model med mere eller mindre tilfældigt udvalgte numeriske størrelser, benyttet til at eksemplificere fordelene ved et forhandlingsregime i udbudsretten, virkeligheden er mere kompliceret, men modellen giver et overblik over muligheder og begrænsninger ved udbudsformerne

3.4 Skyld-aversion i spilteorien

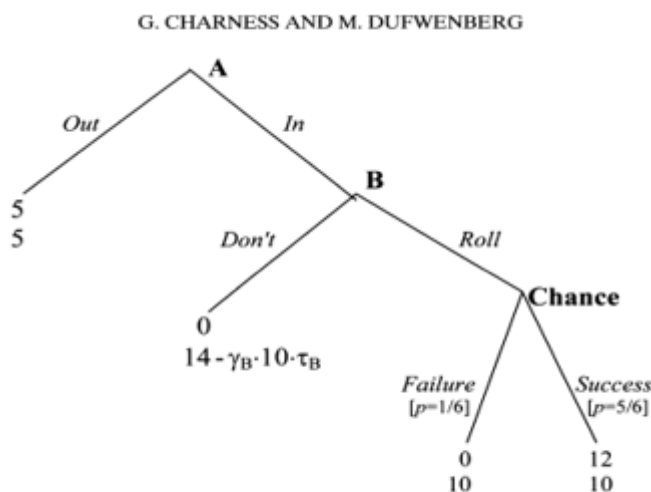
Det følger implicit af afsnit 3.3, at al kommunikation og aftaler er *cheap-talk*, hvis ikke en bod eller lignende ændrer på parternes nytte. Dette skyldes, at teorien bygger på den konventionelle antagelse, at agenter er rationelle og egen optimerende. Charness og Dufwenberg har i artiklen *Promises and Partnership* udfordret

³⁰⁴ I denne fremstilling benyttes fælles-optimer og værdimaksimer synonymt.

³⁰⁵ Det skal erindres at vurderingerne bygger på at coase-teoremets antagelser er gældende.

denne antagelse, og udført eksperimenter for at teste om skyldfølelse kan ændre folks adfærd.³⁰⁶ Dette kan betragtes som en modifikation af den konventionelle rationalitetsantagelse. Selvom analyseniveauet er konstant, så ændres antagelserne en anelse i forhold til afsnit 3.3. Forfatterne påviser, at personlig kommunikation påvirker efterfølgende valg af strategi. De benytter rationalet, at i et spil mellem A og B, vil spiller A's valg være påvirket af hvad spiller A forventer, at spiller B forventer, at spiller A vælger af strategi, og vice versa.³⁰⁷ Ved at afgive et løfte, gives medspilleren en berettiget forventning, og ingen bryder sig om at være årsag til en skuffet forventning.

Tillidsspillet, som det kaldes her, er gengivet nedenfor i den oprindelige form i figur 3.4. Det er et spil som uden skyldaversion vil medføre et inefficiant udfald, fordi spiller B vil være egoistisk og vælge *Don't*, spiller A ved dette, og spillet vil aldrig blive sat i gang.^{308 309}



Figur 3.4 - Tillidsspillet

Som det kan udledes af figur 3.4, er udfaldene ikke så simple som vi så det i afsnit 3.3 i PD spillet. Det skyldes at den rationelle agent B, har afgivet et løfte om at spille *Roll* og derfor er hans nytte ved at spille *don't* mindre, som følge af den negative nytte skyldfølelse giver.

³⁰⁶ Charness og Dufwenberg (2006) s. 1579

³⁰⁷ Ibid. s. 1584

³⁰⁸ Ibid. s. 1583f

³⁰⁹ I spillet skal begge spillere smide "noget i puljen" men hvis spiller A har smidt sin del i puljen, vil spiller B få mere værdi ved at stoppe spillet og "løbe med pengene"

Eftersom eksemplet er udformet som et spil, i ordets mere dagligdags anvendelse "*a gamble*", er der indsat sandsynligheder for et godt og for et dårligt resultat.³¹⁰ Det følger af forfatterens forklaring, at sandsynlighedselementet og risikoen for fiasko på trods af, at spiller B opfylder sit løfte, giver spillet den ekstra dimension, at B kan optræde opportunistisk uden A ved det med sikkerhed.³¹¹ Når spillet giver muligheden for, at opportunistisk adfærd kan skjules, bliver *skyld og skam* en endnu tydeligere drivkraft.

For at introducere det, der her kaldes sociale præferencer, må parternes tro (forventning) involveres, altså hvad B forventer at A tillægger af sandsynlighed for at B spiller *Roll*. Spillet tager udgangspunkt i spiller B's strategivalg, og det skal bemærkes, at det er B's forventning til A's sandsynlighed og ikke hvad A rent faktisk tillægger det af betydning. Vi lader $\bar{t}_B$ være et udtryk for hvad B forventer. Der kan dermed opstilles et udtryk for B's skyld aversion.

Spiller A vil få et pay-off på 0, hvis B spiller *don't*, ifølge B vil spiller A forvente et pay-off på

$$\bar{t}_B \left(\frac{5}{6} * 12 + \frac{1}{6} * 0 \right) + (1 - \bar{t}_B) 0 = 10 \bar{t}_B$$

Som er et udtryk for den skuffelse B mener at påføre A ved ikke at holde sig til aftalen. Det antages at B's skyldfølelse er proportional (udtrykt ved proportionalitetsfaktoren $\dot{Y}_B$) hermed og betegnes $\dot{Y}_B 10 \bar{t}_B$. B vil da som en spiller styret af rationalitet og følelser (skyld), vælge at spille *don't*, når:

$$14 - \dot{Y}_B 10 \bar{t}_B > 10, \text{ hvor } 10 \text{ er pay-off ved at spille } Roll. \text{ Det vil sige at } \dot{Y}_B 10 \bar{t}_B < 4.$$

$$\dots \text{ Med mellemregningen } (14 - \dot{Y}_B 10 \bar{t}_B > 10 \rightarrow 4 - \dot{Y}_B 10 \bar{t}_B > 0 \rightarrow \dot{Y}_B 10 \bar{t}_B < 4)$$

Dette kan gøres mere håndgribeligt ved at sætte nogle værdier på udtrykkende for proportionalitetsfaktor og forventning. Hvis vi sætter

$$\dot{Y}_B = 1 \text{ og } \bar{t}_B = 0,75, \text{ ville regnestykket være forsimplet til } 4 > 1 * (10 * 7,5)$$

Spiller B vil da vælge at spille *Roll*, som uden indregning af skyld, er den KH efficiente løsning.³¹² Måske er $\dot{Y}_B = 1$ urealistisk højt, men antaget at $\bar{t}_B$ holdes konstant, vil spiller B spille *Roll*, når $\dot{Y}_B > 0,533$.

³¹⁰ Charness og Dufwenberg (2006). s. 1580f, hvor det er sat op som en principal-agent partnerskab, hvor parterne kan tjene mere ved at samarbejde indbyrdes, end ved at søge samarbejde med tredjemand.

³¹¹ Ibid.

³¹² For en forklaring af KH kriteriet se Eide (2008) s. 110f

Dette tænkte eksempel illustrerer, at skyld og følelser generelt kan medføre, at aftaler, der ville blive brudt efter antagelserne i "klassisk" spilteori opretholdes, fordi folk tillægger skyldfølelse en negativ værdi. Det for denne fremstilling mest interessante er, hvordan den pligtoplevelse, der følger af skyldfølelsen forøges, samt om det overføres til en udbudsretlig sammenhæng.

Charness og Dufwenberg er af den overbevisning, at skyldaversionsteorien kan udbredes til en bred vifte af partnerskaber, deriblandt i udbudsprocessen, hvor det at skuffe sin medpart kan skabe en negativ nytte, som ultimativt kan modvirke inefficente strategivalg.³¹³ Skyldfølelsen opstår, som nævnt, når der er kommunikeret en form for et løfte til medparten, og dette brydes. De empiriske resultater i artiklen viser statistisk signifikans for, at sandsynligheden for at der vælges den KH optimale strategi vokser, hvis spiller B forventer, at spiller A har en høj forventning til at det er tilfældet. En tolkning eller undersøgelse udover artiklens genstandsområde kunne meget vel pege på, at gentagne spil mellem parterne øger B's forventning til spiller A's forventning, belyst ved et højere $\bar{t}_B$. Højere $\bar{t}_B$ afstedkommer en mindre risiko for opportunistisk adfærd. Hvis den spilteoretiske måde at anskue tingene på, overføres til det kontraktuelle forhold, kan denne overvejelse praktisk betyde, at efterhånden som parternes forhold vokser i længde og tillid, vil skyldfølelsen ved at afvige fra en aftale vokse. Det følger af dette tankespind, at opportunistisk adfærd vil begrænses ved længere samarbejder.

I en udbudsretlig sammenhæng har adgangen til dialog/forhandling en positiv effekt qua teorien om skyldaversion, men det må betvivles hvor stor den effekt reelt er. Med tanke på den "magt" gennemsigtighedsprincippet og § 160 har, så er det fra ordregivers side ikke en nem øvelse at ændre eller træffe beslutninger på et grundlag, der er influeret af følelser (skam og skyld).

De juridiske begrænsninger som ordregiver er underlagt, medfører konkret, at der ikke kan gives tilbudsgiver forhåndstilkendegivelser eller løfter om bestemte beslutninger på forhånd, angående de grundlæggende elementer af aftalen, samt at tildeling skal ske på baggrund af på forhånd specificerede tildelingskriterier og evalueringsmetoder.

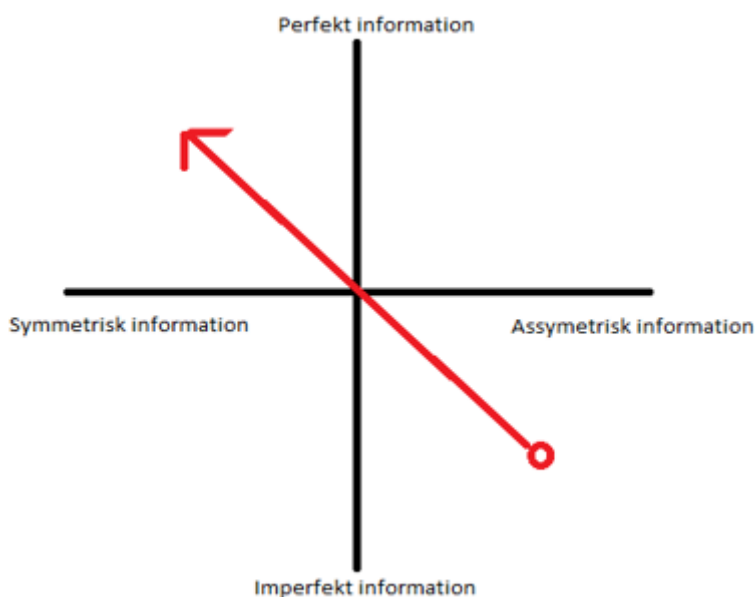
Teorien om risikoaversion kommer mestendels til sin ret, ved kommunikationen mellem tilbudsgiver og ordregiver i de fleksible udbudsformer. Dette er tilfældet, fordi der i disse udbudsformer løbende kan foranstalles aftaler om kravspecifikationer, tidsspecifikationer og lignende ikke grundlæggende elementer af den endelige kontrakt.

³¹³ Charness og Dufwenberg (2006) s. 1595

Opsummerende kan risikoaversionen i en udbudsretlig sammenhæng siges at have en effekt i de dele af kontrakten, der ikke er at betragte som grundlæggende elementer, hvor kommunikationen kan være en katalysator for skyldfølelse, og dermed minimere opportunistisk adfærd.

Nærværende kap. er en illustration af hvilke positive effekter, der kan opnås ved, at parter i et kontraktuelt forhold kommunikerer og indgår aftaler baseret på kendskab til hinanden. Værdien af informationsdeling belyses undervejs og opsummeres på simpel vis i figur 3.5

En udvidet diskussion af samarbejder, med dertilhørende konkurrence fordele og såkaldt relationsrente, foretages i kap. 4. Med andre ord bevæger fremstillingen sig i kap. 4 ud over det, der er bedrevet i dette kap., hvor analysen mestendels omhandler, hvordan faldgruber i kontraktkonciperingen undgås.



Figur. 3.5 - Informationsdeling

3.5 Delkonklusion

I dette kap. er en række af de i kap. 2 identificerede udbudsretlige begrænsninger af aftalefriheden analyseret, ved hjælp af økonomiske modeller. Først og fremmest behandles konsekvensen af skjult eller manglende information i den prækontraktuelle fase. Det konkluderes, at det følger af den manglende adgang til at forhandle om eksempelvis tildelingskriterier og mindstekrav, at en økonomisk aktør har incitament til at skjule visse karakteristika ved ydelsen/varen, hvis disse ikke passer på kriterierne i udbudsmaterialet. Problemet med *hidden information* er særligt udtalt i udbudsretten fordi den tilbudsgiver, der skjuler information kan tænkes at have en bedre løsning, men en løsning der ikke passer til udbudsmaterialet. Der

kan derfor opstå situationer, hvor ikke kun uegnede tilbudsgivere skjuler information men også de bedst egnede tilbudsgivere kan have incitamenter til at skjule karakteristika.

I kapitlet behandles yderpunkterne adgang til forhandling og ingen adgang til forhandling, og det konkluderes, at forhandling og adgangen til at tale sammen er essentiel for at indgå efficiente kontrakter. Det vurderes, at gældende ret for offentlige udbud betyder, at en udbudsretlig forhandling befinder sig et sted i mellem de to yderpunkter, hvilket der tages højde for i analysen.

Ved en analyse af værdien af risikoallokering findes det, at udbudsloven besværliggør adgangen til at aftale en effektiv allokering. Dette skyldes primært, den manglende adgang til at forhandle om de økonomiske aspekter af aftalen. Det konkluderes, at når ordregiver ved lov er pålagt at skrive udbudsmaterialet præ enhver forhandling, vil en hensyntagen til en medkontrahents risikoprofil og særlige karakteristika være umulig.

Som følge af den afgrænsede adgang til forhandling vurderes det ligeledes, at parterne ikke kan opnå den samme nytteforbedring ved at forhandle, som den spilteoretiske teori ellers eksemplificerer. Denne vurdering bygger på, at parterne udelukkende kan forhandle sig frem til KH optimale løsninger ved de dele af kontrakten, hvor lovgivningen giver adgang til forhandling. De øvrige dele af kontrakten kan derimod "strande" i inefficiente Nash-ligevægte (i en spilteoretisk terminologi).

Kapitlets sidste analyse fungerer som et bindeled mellem kap. 3 og 4, ved at anlægge en afslappet rationalitetsantagelse,³¹⁴ som i højere grad tillægger den relationelle del af kontrakten værdi. Teorien om skyldaversion antager, at parterne tillægger det negativ værdi at skuffe sin modpart. Derfor konkluderes det, at lange samarbejder der kan forlænges eller udvides, har væsentlige fordele sammenlignet med kortere samarbejder. Dette forklares ved, at parterne er mere tilbøjelige til at tilskrive opportunistisk adfærd en mere negativ værdi, des mere det forventes at overraske samarbejdspartneren.

Det udbudsretlige princip om at udbyde et projekt af gangen, samt at kontrakten ikke uden videre kan udvides medfører dermed,³¹⁵ at der ikke kan forventes at opnå de fordele ved skyldaversion, som der kan forventes i et privat (strategisk) samarbejde.

Analyserne og konklusioner fra kap. 3 benyttes i kap. 4 til en retspolitisk anbefaling, og en diskussion af hvorvidt udbudsloven giver adgang til strategisk kontrahering.

³¹⁴ Kaldet begrænset rationalitet

³¹⁵ Jf. Diskussionen af udvidelse af kontrakter i afsnit 4.1

Kap. 4 – En udbudsretlig strategisk kontrahering

I dette kap. sammenholdes de begrænsninger af aftalefriheden, der er identificeret i kap. 2, og konsekvenser deraf i forhold til indgåelsen af efficiente kontrakter, som gennemgås i kap. 3. Analyserne i de to kapitler benyttes til at vurdere muligheden for, og værdien af strategiske partnerskaber ved offentlige udbud. Nedenfor gennemgås i en summarisk oversigt, først hvilke karakteristika og værdi der er ved strategisk kontrahering. Dernæst gennemgås mulighederne for udøvelsen i et offentligt udbud. Slutteligt foretages en retspolitisk vurdering af hensigtsmæssigheden af reglerne.

4.1 Generelt om den tidsmæssige udstrækning

Den strategiske kontrahering er oftest kendetegnet ved, at humanspecifikke aktiver og tillidsforhold er i højsædet. Hvilket kræver, at parterne tager sig tid til at opbygge partnerskabet. Behovet for *tid*, er som i mange andre sammenhænge, svært at sætte på en formel, eller detaljeret bestemme i en kontrakt. Udbudsloven har ikke eksplicitte regler om tidsperspektivet, for kontrakter uddelt under de forskellige udbudsformer,³¹⁶ men grundtanken bag offentlige udbud er at udbyde et projekt ad gangen. Dette princip begrænser muligheden for at skabe en merværdi eller i bedste fald en relationsrente via relationelle styrker. Tidsperspektivet for udbudsretlige kontrakter er ikke så firkantede, som ovenstående giver indtryk af, men det følger af det EU-retlige proportionalitetsprincip samt det konkurrenceretlige princip, at langvarige kontrakter kan medføre en omgåelse af udbudsreglerne.³¹⁷ Den EU-retlige praksis understøtter ikke en påstand om, at der gælder en absolut grænse for maksimal kontraktlængde, men fastslår, at ordregiver skal være meget påpasselig med at tildele lange kontrakter.³¹⁸ Gældende ret medfører, at ordregiver, der tildeler kontrakter af en betydelig varighed, skal begrunde dette i særlige forhold.³¹⁹ Der kan nævnes hensyn til tilbagebetalingstid af betydelige investeringer, muligheden for at tænke totaløkonomisk, mulighed for effektiviseringsgevinster samt afskrivningstid på materiel.³²⁰ De hensyn, der kan begrunde længerevarende udbudskontrakter er elementer, der typisk tages hensyn til ved en strategisk kontrahering, hvilket taler for, at begrænsningen er mindre end først antaget. Det skal dog holdes for øje, at uanset fornuften i det bagvedliggende hensyn, skal ordregiver altid tage hensyn til proportionalitets- og

³¹⁶ Udbudsloven er meget eksplicit omkring tidsfrister igennem udvælgelsesfasen, men ikke når det angår kontraktlængde.

³¹⁷ KST, Vejledning til udbudsdirektiverne, juni 2006 afsnit 8.6

³¹⁸ Jf. bl.a. C-451/08 Helmut Müller GmbH mod Bundesanstant für Immobilienaufgaben præmis 79, som omhandlede koncessioner, men må antages at kunne anvendes analogt på udbudskontrakter

³¹⁹ Hagel-Sørensen (2016) s.76

³²⁰ Ibid., samt KST, Vejledning til udbudsdirektiverne, juni 2006 afsnit 8.6.

gennemsigtighedsprincippet, hvilket medfører konkrete vurderinger om egnetheden samt krav om, at aftalen er veldefineret.³²¹

Netop kravet til, at der ved aftaleindgåelse er identificeret behov og løsninger ud i fremtiden, strider imod et af grundprincipperne i strategisk kontrahering; adgangen til at ændre samarbejdet undervejs. Den foranderlighed, der kendetegner strategiske kontrahering, er i modstrid til den statiske tilgang i udbudsretten, som er en naturlig konsekvens af de generelle udbudsretlige principper.

Hvis det ikke evnes/ønskes at definere den udbudsretlige kontrakt fyldestgørende, er ændringsadgangen en væsentlig problemstilling. I den sammenhæng kan nævnes teorien om den begrænsede rationalitet, hvor der på trods af ordregivers intention om at handle rationelt, ikke indgås komplette kontrakter, som følge af begrænset information.³²² Ifølge Williamson skal dette problem løses ved effektive governance strukturer.³²³ Ændringsbehov kan opstå fordi en part bliver klogere, eller der opstår uforudsete omstændigheder. Udbudsreglerne forhindrer som udgangspunkt ikke ændringer, der er udtryk for saglige ønsker.³²⁴ EU-domstolen har fastslået, at de grundlæggende principper (kodificeret) i § 2, er afgørende for om efterfølgende ændringer kan foretages, eller om der kræves nyt udbud. Det fastslås i Pressetext sagen, at der ikke kan foretages ændringer, der medfører bestemmelser, der er *afgørende forskellige* fra de oprindelige bestemmelser.³²⁵ Hvad angår de oprindelige bestemmelser, er der i kap. 2 diskuteret i hvor høj grad de blot kan beskrive et funktionelt behov. Det konkluderes, at retsstillingen er usikker i forhold til kravene til detaljeringsgraden i udbudsmaterialet. Det må dog anses for udgangspunktet i udbudsretten, at der ikke gives adgang til at benytte såkaldt successiv aftaleindgåelse. Netop derfor er brugen af åbne klausuler med funktionelle kriterier, et redskab til at imødekomme uventede omstændigheder.³²⁶

§ 178, stk. 1 om ændringsadgang, kan ses som en kodificering af retspraksis. Lovgiver har modsat praksis holdt sig til det i loven gennemgående begreb ændring af *grundlæggende elementer*. § 178, stk. 2 nr. 1-4 er en ikke udtømmende liste over, hvornår ændringer vedrører grundlæggende elementer.³²⁷ § 178, stk.2 nr. 1-3 er de facto de samme kriterier som oplistes i Pressetext sagen, og nr. 4 har ikke relevans for denne

³²¹ Delvist fra Karsten Hagel-Sørensen (2016) s.76

³²² Williamson (1985) s. 45

³²³ Ibid., Jf. afsnit 4.2.4 om governance.

³²⁴ Hansen og Offersen (2016) s. 164

³²⁵ Sag C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur mod Østrig, hvor der i præmisserne 34-37 fastslås at vurderingen af om bestemmelser er afgørende forskellige skal vurderes ud fra om der ændres i grundlæggende elementer, samt 1) om ændringen ville have gjort muligt for andre tilbudsgivere at deltage. 2) ændringen medfører at der inkluderes ikke oprindeligt aftalte ydelser. 3) ændre den økonomiske balance til fordel for tilbudsgiver.

³²⁶ Der savnes i litteraturen, at økonomisk teori er indarbejdet i teorien om proaktive åbne klausuler, i forhold til at konkretisere deres nærmere indhold.

³²⁷ Hansen og Offersen (2016) s. 166, hvor forfatterne vurderer at det er en de facto udtømmende liste.

fremstilling.

Hvad angår kriteriet om, at der ændres i grundlæggende elementer, hvis ændringen ville have givet adgang for andre tilbudsgivere end de oprindeligt deltagende, henvises til diskussionen af samme problemstilling i afsnit 2.3.4.5.

I § 178, stk. 2, nr. 2 om økonomiske ændringer af balancen til fordel for tilbudsgiver, fastslår forarbejderne til § 178, at der menes balancen mellem ydelse og modydelse.³²⁸ Det vurderes, at dette kun vil efterprøves ved begrundet mistanke om, at ændringen ikke er sket på armslængde vilkår.³²⁹ § 178, stk. 2, nr. 3 om betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde må antages at gælde både udvidelse af omfang og art.³³⁰ Ved en bedømmelse af om ændringen er *betydelig*, kan der med fordel tages udgangspunkt i § 180 som angiver en bagatelgrænse.³³¹ En nærmere diskussion af bagatelgrænsen er ikke formålstjenstligt her, men det må antages, at mindre ændringer af omfanget oftest er tilladt, mens at ændringer i art har en mere restriktiv fortolkning.³³²

Udbudsloven giver i § 183 en videre adgang til ændringer, hvor ændringsbehovet ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver. Bestemmelsen sikrer, at ændringer i sådanne situationer, kan foretages, så længe værdien af kontrakten ikke ændres med mere end 50 %, samt at den overordnede karakter ikke ændres. Hvorvidt eksterne omstændigheder kan karakteriseres som *uventet* afhænger bl.a. af en konkret vurdering af omhyggelighed i forberedelserne og god praksis på området.³³³

Det vurderes, at den efterfølgende ændringsadgang for udbudskontrakter er relativ bred, så længe ændringen udelukkende omfatter omfanget af kontrakten, men at dette ikke ændrer ved udgangspunkt om, at udbud skal ske et projekt af gangen.

4.2 Værdien af strategisk kontrahering

I kap. 3 behandles fordelene ved at forhandle i en præ kontraktuel situation, kapitlet omhandler informationsdeling og risikoallokering, som et redskab til at undgå inefficente udfald. I dette afsnit ændres fokus fra *hvordan inefficente udfald undgås*, til opnåelse af merværdi eller i bedste fald relationsrente i kontraktuelle partnerskaber. Det kommer til udtryk ved at behandle muligheden for at realisere uventede gevinstmuligheder, som står i modsætning til kap. 3, der omhandlede øvelsen at realisere den fulde værdi

³²⁸ Lovforslag nr. L 19/2015 s. 193

³²⁹ Hansen og Offersen (2016) s. 164

³³⁰ Risvig Hamer (2016) s. 732

³³¹ Se nærmere om denne i Risvig Hamer (2016) s. 735ff

³³² Risvig Hamer (2016) s. 733f

³³³ Ibid. s. 740

ved kontrakten. Porter (1980) ville kalde sådan en øvelse for det at skabe supernormal profit,³³⁴ men modsat rationalet i Porters ikoniske værk, vil der her plæderes for, at relationsrente skabes når begge parter er afhængig af modpartens samarbejdsvillighed. Hvilket sikres ved at have et samarbejde, hvor fremtidens udbytte af samarbejdet afhænger af gensidigt samarbejde.³³⁵

I litteraturen findes begrebet *partnering*, og i denne fremstilling betragtes partnering, som et tilsvarende begreb for strategiske samarbejder, da det bygger på kriterier som tillid og fælles-optimering.³³⁶ Partnering bygger på den grundlæggende præmis, at de involverede parter optimerer deres effektivitet ved at stile efter et fælles mål.³³⁷

Indgåelse af strategiske partnerskaber bygger på antagelsen om, at i en omskiftelig og konkurrencepræget global økonomi skal økonomiske aktører være beredte på at skabe værdi og innovation, også uden for deres egne kompetenceområder, for at overleve eller udvikles.³³⁸ Undersøgelser viser, at partnering skaber stor værdi for de virksomheder der anvender aftaleformen, *bl.a. i form af større produktivitet, bedre kvalitet, lavere omkostninger og forøgelse af innovation og dynamik.*³³⁹ I strategisk kontrahering er det vigtigt at have en gennemarbejdet kontrakt, da baggrundsretten og de kontrakter domstolene oftest forholder sig til er funderet i konventionel kontrahering og egen-optimering.³⁴⁰

Der vurderes at være fire primære kilder til, at opnå en relation kendetegnet ved gensidig afhængighed, konkurrencefordele og mulighed for relationsrente. Disse er 1) Investering i relationsspecifikke aktiver 2) effektive vidensdelingsrutiner 3) komplementære kapaciteter/ressourcer 4) Effektiv *governance*.³⁴¹ Fællesnævneren for de fire kendetegn/betingelser er, at lysten til at foretage investeringer i dem, er afhængigt af et tillidsfuldt forhold med kontraktparten.

³³⁴ Porter (1980) er af den overbevisning at overnormal profit er en funktion af favorable strukturer.

³³⁵ Lando (2011) s.19

³³⁶ Tvarnø, Ølykke og Østergaard (2013) s. 12

³³⁷ Ibid. s. 71

³³⁸ Ibid. s. 69 - Det kan fremstå omsonst at behandle en offentlig myndigheds overlevelsesmulighed, denne formulering er dog beholdt for at være tro mod kilden. Det vurderes at rationalet også kan oversættes til, at det øger sandsynligheden for succesfulde udbud.

³³⁹ Tvarnø, Ølykke og Østergaard (2013) s. 70 – med resultater fra Scheuing (1995) s.24. Samme tendenser kan ses i en udelukkende dansk kontekst – i byggeriet, Jf. Pressemeddelelse, By- og Boligministeriet, 14. juni 2000, med henvisning til rapport om: Nye samarbejdsformer – arbejdsrapport om udformning af samarbejdsaftaler med partnering.

³⁴⁰ Tvarnø, Ølykke og Østergaard (2013) s.77

³⁴¹ Dyer og Sing (1998) s.662

Ifølge teorien er de idiosynkratiske samarbejder, der gradvist opstår, bl.a. som følge af relationsspecifikke investeringer, essentielt for at opnå konkurrencefordele og relationsrente.³⁴² De fire betingelser behandles enkeltvis i fire særskilte afsnit nedenfor.

Disse fire betingelser skal alle (i nogen grad) være til stede og ”spille sammen”, før samarbejdet med rette kan betegnes som et strategisk samarbejde. De spiller eksempelvis sammen på den måde, at effektive governance strukturer skal tilsikre, at parterne ikke udsættes for risikoen for opportunisme, når de foretager relationsspecifikke investeringer.

4.2.1 Relationsspecifikke aktiver

Relationsspecifikke investeringer er karakteriseret ved at være investeringer, der ikke fuldt ud kan benyttes i andre samarbejder.³⁴³ Til trods for det, så gør de faktisk parterne mere omstillingsparate, målt i evnen til at foretage gensidige justeringer. Ved at investere i hinanden, skaber parterne incitamenter til at fortsætte samarbejdet, selvom det kræver tilpasninger.³⁴⁴ Williamson (1985) identificerer tre typer af relationsspecifikke aktiver. Med tanke på fremstillingens udbudsretlige ramme, er det især tankegodset om *fysisk aktivspecifitet* og *human aktivspecifitet*, der er interessant. De fysiske aktiver kan eksempelvis være maskiner, værktøjer, it-systemer eller lignende, som er specielt velegnet til netop dette samarbejde, mens investeringer i den humane kapital kan være know-how knyttet til det unikke samarbejde og specialiseret viden om samarbejdspartnerens kompetencer.³⁴⁵

Relationsspecifikke investeringer har en påviselig positiv effekt på parternes *performance* (Dyer1996a; Enright 1995; Nishiguchi 1994), men de kommer ikke af sig selv, parterne skal opbygge en relation der faciliterer disse investeringer.³⁴⁶ Tillid og længde er de nøgleord, der går igen i litteraturen mht. at beskrive kontraktuelle karakteristika, der giver incitamenter til at foretage relationsspecifikke investeringer. Der skelnes i litteraturen skarpt imellem generelle investeringer og relationsspecifikke investeringer, hvoraf sidstnævnte i væsentligt højere grad medfører øget *commitment* i samarbejdet.³⁴⁷ Lange kontrakter, der er dyre at ”bryde” eller komme ud af, kan foruden at have en positiv effekt på tilliden, også virke som en *hold-up safeguard*, der sikrer at egen-optimerende agenter ikke har incitament til at undgå at lave de relationsspecifikke investeringer, og i stedet søge den kortsigtede værdioptimering.³⁴⁸

³⁴² Ibid.

³⁴³ Weiss og Kurland (1997) s. 612

³⁴⁴ Ibid. s. 615

³⁴⁵ Dyer og Sing (1998) s.662

³⁴⁶ Ibid. s.662f

³⁴⁷ Weiss og Kurland (1997) s. 613

³⁴⁸ Østergaard og Petersen (2017) og Dyer og Sing (1998) s.664

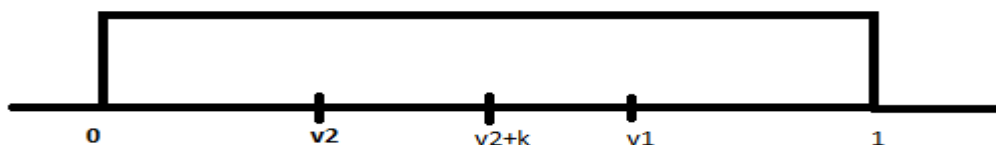
Williamson har i sin 1983 artikel udformet en model, der kvantificerer værdien i at foretage relationsspecifikke investeringer. Modellen er opbygget ved en opdeling af aktiver, der kan bruges igen i anden sammenhæng og investeringer der er relationsspecifikke, og er stillet op som et valg mellem købet af en af to teknologier, hvoraf en af dem er relationsspecifik. Modellen i den oprindelige form har antagelserne; to private parter, der *samhandler* i to perioder, i første periode placeres ordren, og i næste produceres der. Modellen er her modificeret til bedre at belyse en udbudsretlig problemstilling, hvor parterne ønsker at fælles-optimere. Det vil fremgå tydeligt i nedenstående gennemgang, når der er tale om en modificering, tilpasset en udbuds situation. I den modificerede model anføres nedenfor, at det tillægges en hvis sandsynlighed, at tilbudsgiver ikke vinder udbuddet $1-v_1$, selvom der allerede er investeret i relationen.³⁴⁹ Det vurderes, at denne sandsynlighed(x) $0 < x < 1$, også inkluderer risikoen for, at investeringer der foretages inden partnerskabet igangsættes, men efter underskrift, ikke tjenes ind.³⁵⁰

De to teknologier er som følger:

T1: En teknologi der er generel anvendelig. Med driftsomkostninger på v_1 pr. unit

T2: En teknologi der er relationsspecifik. Med driftsomkostninger på v_2 pr. unit, og k der er en del af de foretagne investeringer, som ikke kan bruges i anden sammenhæng.

Valget mellem T1 og T2 er i modellen udelukkende interessant hvis $k+v_2 < v_1$.³⁵¹



Figur 4.1

I Williamsons model afhænger den forventede værdi af henholdsvis T1 og T2 af efterspørgselsprisen, og den deraf afledte sandsynlighed for, at det er rentabelt at producere. For at det skal være rentabelt, gælder at efterspørgselspris > marginale omkostninger, det tillægges sandsynligheden $1-v_1$.³⁵² I den modificerede model

³⁴⁹ Under alle omstændigheder må det lægges til grund, at tilbudsgiver afholder omkostninger ifm. med forberedelse af tilbud.

³⁵⁰ Denne vurdering bygger på tankegodset bag de relationsspecifikke investeringer der gennemgås i Dyer og Sing (1998) s.664, hvor det påpeges at volumen og længde af kontrakt kan være variabel.

³⁵¹ Williamson (1983) s. 523

³⁵² Ibid.

anvendt her skiftes forudsætningen til, at $1-v_1$ nu er sandsynligheden for, at tilbudsgiver rent faktisk får tildelt udbuddet, og tjener sin investering hjem. Værdien ved T1 er da:

$$b_1 = \frac{(1-v_1)(1-v_1)}{2} = \frac{(1-v_1)^2}{2} \text{ For T2 gælder samme forudsætninger, med den ændring, at } k \text{ skal fratrækkes værdien. } b_2 = \frac{(1-v_2)(1-v_2)}{2} - k = \frac{(1-v_2)^2}{2} - k, \text{ Det skal gælde at } b_2 > b_1 \text{ før der er incitament til at investere i den specielle teknologi, hvilket kræver at } k < \frac{(1-v_2)^2}{2} - \frac{(1-v_1)^2}{2}$$

Antaget at dette er gældende, opstilles der herefter i Williamsons model tre måder hvorpå en kontrakt kan udformes, her præsenteres udelukkende den udgave, der er bedst anvendelig med henblik på fremstillingens genstandsfelt. Ved denne model foretager tilbudsgiver investeringen, og bliver betalt $\hat{P}$ af ordregiver hvis udbuddet vindes. Hvis ikke modtages αh , $0 \leq \alpha \leq 1$ og der lides et tab på h .

Ordregiver vil iværksætte udbuddet, hvis der kan skabes værdi der overstiger $\hat{P} - h$, (herefter m). Tilbudsgiver vil da tjene investeringen hjem når: $(1-m)\hat{P} + m\alpha h - [(1-m)v_2 + k] = 0$, hvoraf $\hat{P} = v_2 + (k - m\alpha h)/(1-m)$ Under den rimelige antagelse at $h=k$ og $\alpha=1$, forsimples dette til $\hat{P} = v_2 + k$, der via mellemregning giver

værdien $b = \frac{(1-v_2)^2}{2} - k$.³⁵³ Dette udtryk er en replikation af det efficiente investeringsvalg ved fællesoptimering.³⁵⁴ Williamsons model er altså benyttet til at påvise, hvordan relationsspecifikke investeringer, såfremt disse medfører lavere produktionsomkostninger, giver parterne incitament til at investere på en måde, der sikrer fællesoptimering, og i bedste fald relationsrente.³⁵⁵

4.2.2 Vidensdeling i kontrakten

Vigtigheden af at blive klogere undervejs i samarbejder illustreres af flere studier, der fastslår, at de vigtigste kilder til ny viden og innovation er netværk og samarbejdspartnere, og altså ikke interne færdigheder.³⁵⁶ Der kan argumenteres for, at viden kan deles op i information og i know-how. I denne fremstilling vil det blive behandlet under ét, men med opmærksomheden på, at den viden der er vanskelig at videreføre, og er af en vis kompleksitet, er den mest relevante.³⁵⁷ Informationsdeling er modsat andre værdiskabende elementer ikke karakteriseret af en knaphed eller standarder, hvorfor deling af viden er anderledes end eksempelvis en

³⁵³ Med mellemregningen $b = (1-m)[(m+(1-m)/2) - p] - mh$, og med antagelserne $h = k$ og $\alpha = 1$, Det synes rimeligt, da det betyder at ordregiver godtgøre tilbudsgiver for de investeringer, der foretages i relationsspecifikke aktiver, der ikke kan "genbruges" hvilket allerede er tilfældet i modellen. Samt at pengene har samme værdi hos begge parter.

³⁵⁴ Williamson (1983) s. 525

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ Dyer og Sing (1998) s.664f

³⁵⁷ Denne forsimples foretages for ikke unødigt at komplicere problemstillingen. Det anerkendes, at evnen til at dele den utalte information, som er svær at kommunikere, (know-how) er det mest værdiskabende.

vare.³⁵⁸ Mellem to kontraktparter er det væsentligt, at der udvikles systemer, der sikrer, at viden kan absorberes på tværs af organisationer, eksempelvis ved vidensdelings baser og rutiner.³⁵⁹ Den underliggende antagelse om, at økonomiske aktører er egen-optimerende betyder, at der i kontraktgrundlaget skal indføres incitamenter, der sikrer at der ikke skulkes for at spare penge. Hvordan sådanne incitamenter konkret kan udformes, afhænger af samarbejdets karakter. I en udbudsretlig sammenhæng kan det eksempelvis kontraktuelt reguleres, at parterne skal dedikere medarbejdere til, at opholde sig i perioder hos modparten, hvor der knyttes tættere bånd, deles erfaringer og indsamles viden om samarbejdspartnerens måde at arbejde på.³⁶⁰

4.2.3 Udnyttelse af komplementære ressourcer

Effektiv udnyttelse af komplementære ressourcer definers som: *Distinctive resources of alliance partners, that collectively generate greater rents than the sum of those obtained from the individual endowments of each partner.*³⁶¹ Som det kan udledes, omhandler dette altså øvelsen at finde den rette samarbejdspartner. Analogien i definitionen ovenfor, kan være svær at overføre til en udbudsretlig kontekst, hvor parterne nærmest selvsagt er bedre stillet ved en fælles udnyttelse af ressourcerne (finansiering og ekspertise). I litteraturen om strategiske kontrahering, behandles vigtigheden af et strategisk fit, dette tankegods er dog tiltænkt samarbejde mellem to private parter.³⁶² Derfor omskrives præmissen en anelse i denne fremstilling, og omhandler nærmere hvordan ordregiver finder den partner, der sikrer bedst mulige synergier i aftaleforholdet. I denne søgen bør der (om muligt) lægges vægt på tidligere erfaringer med pågældende part eller lignende samarbejder.³⁶³ Der bør ligeledes genereres ressourcer til at sikre en ordnet proces, med fokus på accountability og indsamling af viden/data. Slutteligt er en effektiv søgerunde også kendetegnet ved, evnen til at tilegne sig information om de(n) pågældende, eksempelvis via netværk eller spørgeteknikker (jf. også afsnit 3.2.2 om screening og signaling).³⁶⁴

4.2.4 Governance

Det vurderes ikke, at governance strukturer i en udbudsretlig sammenhæng, uden en skriftlig kontrakt, er en reel mulighed, derfor behandles i stedet muligheden for at blande *self-enforcing governance*, med den kontraktuelle regulering. En effektivt governance skal tilsikre, at investeringer i de i afsnit 4.2.1-4.2.3 nævnte

³⁵⁸ Stiglitz (2002) s. 1449

³⁵⁹ Dyer og Sing (1998) s.665

³⁶⁰ Efter inspiration fra Dyer og Sing (1998) s.666

³⁶¹ Dyer og Sing (1998) s.665

³⁶² Østergaard og Petersen (2017) s.13

³⁶³ Kriterier der anses for usaglige i udbudsretten

³⁶⁴ Dyer og Sing (1998) s.667f

elementer ikke medfører, at parterne udsættes for risikoen for opportunistisk adfærd fra samarbejdspartneren. Ved udelukkende at foretage en kontraktuel regulering af, hvad der er tilladt indenfor rammerne af samarbejdet, må der tilregnes store transaktionsomkostninger, og derudover må det anses for vanskeligt at omfavne alle former for misligholdelse.³⁶⁵

Ved at skabe såkaldte økonomiske gidsler i samarbejdet minimeres risikoen for opportunistisk adfærd. Relationsspecifikke investeringer er eksempelvis med til at øge værdien af et fortsat samarbejde. Hvis parterne har investeret i at skabe et tillidsforhold og et godt omdømme, vil det ligeledes være omkostningsfuldt at optræde opportunistisk. En effektiv governance er dermed indirekte med til at sikre lavere transaktionsomkostninger og bedre incitamenters til at investere i samarbejdet. De uformelle *self-enforcing* strukturer kræver, at samarbejdet får tid til at udvikle sig, da tillidsforhold og relationsspecifikke investeringer må vurderes, at udvikles/øges proportionalt med tid.³⁶⁶

4.3 Proaktive klausuler

I strategisk kontrahering skabes fundamentet for at opnå relationsrente ved, at der i den prækontraktuelle fase fokuseres på proaktive klausuler i kontrakten, der giver incitamenters til at gøre som det anbefales i afsnit 4.2. Proaktive klausuler refererer til ideen om, at kontrahering og forhandling skal føre til langsigtede strategiske samarbejder, med en målsætning om at skabe relationsrente.³⁶⁷ I praksis synes der at være et markant misforhold mellem behovet for proaktive klausuler, og den tid juristernes anvender på dem.³⁶⁸ Jf. rapport fra *International Association for Contract & Contract management*, bruges der i praksis betragteligt mere tid på forhold, der hører til den konventionelle kontrahering. Proaktive klausuler, skal ses som en modsætning til konventionelle klausuler, der har fokus på risikofraskrivning, erstatningsansvar og konflikthåndtering. At benytte kontrakten, til at opnå økonomiske målsætninger, sikring af gode relationer og omstillingsparathed er essensen af *proactiv law*.³⁶⁹ Ved en vellykket brug af proaktive klausuler, er parterne stimuleret til altid at vælge samarbejde, og aftaleforholdet kan på den måde siges at efterligne en selskabsretlig fusion.³⁷⁰

Et af principperne bag Louis M. Browns koncept om forebyggende jura er, at konflikter forebygges ved at forsøge at forudsige, hvordan parterne reagerer i forskellige situationer.³⁷¹ Denne tilgang er essentiel for at

³⁶⁵ Dyer og Sing (1998) s.670

³⁶⁶ Ibid. s.671

³⁶⁷ Østergaard og Petersen (2017) i nyere teori, der ikke nødvendigvis var det originale udgangspunkt.

³⁶⁸ Østergaard (2014) s.3

³⁶⁹ Berger-Walliser og Østergaard (2012) s. 18

³⁷⁰ Tvarnø, Ølykke og Østergaard (2013) s.72f

³⁷¹ Louis M. Brown (1950)

minimere risikoen for konflikter og opsigelse af samarbejder, og dermed essentiel for den strategiske kontrahering. Browns koncept falder under definitionen af *Preventive Law*, og er senere blevet videreudviklet af den proaktive tilgang, til også at inkludere klausuler, der promoverer den ønskværdige adfærd.³⁷² Browns tanker om at gennemskue fremtidige problemer, i stedet for blot at sikre sig imod at tabe ved domstolen, vurderes at være en bærende ide i læren om den proaktive tilgang til kontrakter.

Proaktive klausuler kan forklares og defineres på en række forskellige måder, men helt basalt handler det om at bruge juraen til at skabe økonomisk værdi.³⁷³ Værdien skal ikke blot skabes ved, at der spares penge ved at forhindre konflikter og søgsmål, men ved at opsætte rammerne for, hvordan parterne udnytter nye muligheder, forlænger samarbejdet, har dynamiske målsætninger, belønner fremskridt, sikrer vidensdeling og faciliterer innovationen m.m. Kontrakten skal bruges aktivt, og ikke gemmes ned i skuffen, og kun støves af når der opstår uenigheder.³⁷⁴

Den proaktive tilgang til kontrakten kommer ofte konkret til udtryk ved positive incitamenter, der appellerer til værdien i at sikre parternes fælles-optimering. Klausulerne skal udformes, så de tilsikrer, at værdien af det fortsatte samarbejde er tilstrækkelig højt.

I artiklen "Empowering Contracting Parties – Proactive and dialogic contracting in public procurement",³⁷⁵ plæderer de finske forfattere for, at den europæiske måde at tænke udbudsregulering på, gør det svært at udforme kontrakter, der tager højde for de elementer, som typisk er vigtige i den proaktive tilgang. Dette begrundes med, at ordregivere ofte får den nødvendige viden, når det er for sent at ændre i udbudsmaterialet, eller ikke må tilføje ændringsadgange i kontrakten, da dette ville medføre krav om et nyt udbud. Det kan også skyldes, at ordregiver er bundet af regler der medfører, at den pågældende er mere fokuseret på at opnå juridisk sikkerhed, end på at imødekomme den bedst egnede samarbejdspartner.³⁷⁶ Litteraturen om proaktive klausuler og strategisk kontrahering, kredser ofte om, at den fremsynede måde at koncipere kontrakter på, ikke er så udbredt som den burde, og at den står i stærk kontrast til den konventionelle måde at kontrahere på. Nedenfor følges denne kritik op af en vurdering af, hvordan det i praksis opleves, at udbudsloven begrænser muligheden for at formulere proaktive klausuler.

4.4 Ordregiveres perspektiv

³⁷² Berger-Walliser og Østergaard (2012) s. 22

³⁷³ Ibid. s. 29

³⁷⁴ Oplistning efter inspiration fra Berger-Walliser og Østergaard (2012) s. 29

³⁷⁵ Ibid. s. 267ff

³⁷⁶ Ibid. s. 278ff

Det er flere gange i denne fremstilling blevet nævnt, at udbudslovens kompleksitet og begrænsede adgang til ændringer, medfører en udbudskultur, hvor den enkelte medarbejder går mere op i ikke at lave fejl, end at få lukket den bedst mulige aftale.³⁷⁷ Dette kan komme til udtryk ved, at der vælges simple udbudsformer eller stilles unødvendige krav i udbudsmaterialet. At anvende de fleksible udbud kræver, at ordregiver og tilbudsgiver bruger flere ressourcer på selve kontraktforhandlingen, end de har været vant til. Selvom disse øgede transaktionsomkostninger i mange tilfælde ikke modsvarer den merværdi de fleksible udbud kan medføre, så fravælges de, fordi en eller begge parter ikke har tid eller ressourcer på det givne tidspunkt. En lignende problemstilling er, at de dygtigste potentielle tilbudsgivere ikke indsender tilbud, fordi de ikke har tid til en længere forhandlingsproces.³⁷⁸ Dette illustrerer vigtigheden af, at aftalen har en hvis varighed/volumen.

Fra ordregivers side er de markante krav til udbudsmaterialet, jf. bl.a. § 160, en væsentlig del af forklaringen på, at der bruges flere transaktionsomkostninger end tidligere. Kravene medfører, at omfanget af oplysninger er markant forøget, lige så vel som kravene til detaljeringsgraden.³⁷⁹ Dertil kommer at ordregivere oplever, at de ikke må blive klogere undervejs på de væsentlige dele af kontrakter. Dette er sammenfaldende med, at de ikke kan indhente den information de behøver ved indledende markedsundersøgelser, hvilket medfører, at den nemme løsning bliver at afgrænse hvad der kan forhandles om, så situationer hvor ændringer i udbudsmaterialet er påkrævet ikke opstår.³⁸⁰

Det er ikke blot § 160, der medfører, at ordregivere oplever, at de skal bruge flere transaktionsomkostninger end ønsket, også eksempelvis reglerne om, at udbud skal gå om ved fejl i § 185, stk.2, medfører en "angst for fejl", der afstedkommer en overdreven forsigtighed i udformningen af udbudsmaterialet.³⁸¹

Der er indhentet viden fra ordregivere i forskellige kommuner, hvoraf en del fremgår af bilag 4-8

4.5 En retspolitisk anbefaling

Det nuværende udbudsregime bygger grundlæggende på en mistillid til ordregiver.³⁸² En ordregiver der har intentioner om at få mest muligt for pengene, og indgå gode samarbejder, er væsentligt begrænset af udbudsregler, der skal sikre at der ikke snydes. Særligt er reglerne om den begrænsede ændringsadgang (se

³⁷⁷ Se bilag 4-8 og afsnit 4.3 og Treumer (2016) s. 27f og 47f og 61 og 618

³⁷⁸ Bilag 4

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ Bilag 4-8

³⁸¹ Ibid.

³⁸² Ølykke, Risvig & Tvarnø (2012) s.138

afsnit 4.1) hæmmende for den pragmatiske og fleksible udbudsgiver, der ønsker at udnytte den viden der tilegnes i udbudsforløbet.³⁸³

Udtrykket mistillid kan også bruges om tilgangen til potentielle tilbudsgivere, der bidrager med viden i den indledende markedsdialog, eftersom de kan blive udelukket fra et kommende udbud, uanset hvor reelle hensigter de har. En virksomhed har oftest en kommerciel interesse i at bidrage med viden i den indledende markedsdialog illustreret ved, at de håber at vinde det kommende udbud.³⁸⁴ At have en kommerciel interesse skal som udgangspunkt ikke mistænkeliggøres. Tværtimod kan den sikre, at tilbudsgiver har de rette incitamenter til at komme med den bedste løsning. Reglerne om den indledende markedsdialog i § 39, medfører de facto, at ordregiver skal udligne alle fordele rådgivende virksomhed kan have i et kommende udbud, hvis altså de har drøftet det i den indledende markedsdialog, jf. eksempelvis § 39, stk. 2 nr. 1, hvoraf det fremgår, at ordregiver skal sikre, at *relevante oplysninger, der er udvekslet i forbindelse med en økonomisk aktørs involvering i udbudsprocessen, indgår i udbudsmaterialet*. Hvis ikke de kan udlignes skal den pågældende udelukkes. Som diskuteret i afsnit 2.3.1 skaber dette uheldige incitamenter, og må med tanke på, at parterne ikke senere kan forhandle om de grundlæggende elementer anses det for at være en uhensigtsmæssig situation. Hvis der er tillid til ordregivers hensigter, må det være udgangspunktet, at denne og de økonomiske aktører, der involveres i den indledende markedsdialog, skal sikres optimale incitamenter til henholdsvis at indsamle og dele viden. På denne måde kan udbudsmaterialet bedst muligt formuleres på en måde, der danner grundlag for en efficient kontrakt. Det anbefales derfor at tillade en adgang til indledende dialog, hvor begge parter har incitamenter til, at indhente og dele viden så vidt muligt.

Det fremgår af afsnit 4.4, at ordregivere i nogle tilfælde er tilbageholdende med at vælge den løsning, hvor der risikeres noget. Eksempelvis ved at gå lige til kanten af udbudsloven,³⁸⁵ for at øge sandsynligheden for en efficient kontrakt. Hvis denne kultur fastholdes, vil eventuelle regelændringer have begrænset effekt, som Coase skrev det: *The effect of any legal rule depends on the ability of whom it governs, to bargain around it.*³⁸⁶ Kulturen kan i mange tilfælde forklares med usikkerhed om retstilstanden og risikoaversion,³⁸⁷ to faktorer der ikke kan ændres gnidningsløst, men som muligvis kan reduceres ved, at mindske risikoen for at udbuddet skal gå om ved fejl (§ 185, stk.2) og/eller have en mindre restriktiv fortolkning af hvad der skal arbejdes ind i udbudsmaterialet (§ 160). Netop § 160 har med rette fået megen kritik, for dens indflydelse på fleksibiliteten i udbud. Et konkret tilfælde, der kan ses som en illustration af flere af de negative påvirkninger

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Ibid. s.144

³⁸⁵ At gå lige til kanten skal i denne sammenhæng forstås at fortolke reglerne udvidende

³⁸⁶ Coase (1960)

³⁸⁷ Rolfstam (2013) s. 105. Se også bilag 4-8

af fleksibiliteten, som retstilstanden medfører er KfU kendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51. Sagen omhandlede et begrænset udbud, med tildelingskriteriet laveste pris. Klageindgiveren M. J. Eriksson afgav det med en hvis afstand laveste bud, men ”tabte” alligevel udbuddet. Dette skyldes, at M.J Eriksson havde tilsidesat et krav, der af KfU blev betragtet som et mindstekrav. Kravet omhandlede indretning og rømning af arbejdspladsen, der maksimalt måtte udgøre 5 % af den samlede tilbudssum. Tilbuddet blev derfor erklæret uhensigtsmæssigt, hvilket ordregiver (Aarhus kommune) fik medhold i var berettiget. Det må vurderes, at denne sag opstod, fordi ordregiver kunne læse i loven, at der skal opstilles mindstekrav, og at der ikke kan gås på kompromis med disse. Den kultur der flere steder beskrives som en kultur, hvor kunsten at undgå fejl, er vigtigere end at opnå den effiente kontrakt, kan have influeret beslutningen om at benytte sig af udbudsformen begrænset udbud, samt at beskrive ”5 % kravet” som et mindstekrav. Ligeledes må det konkluderes, at kravet om at specificere tildelingskriterierne på forhånd har betydet, at der er medtaget et krav, som måske i bagklogskabens lys ikke var nødvendigt. Havde ordregiver i stedet brugt de ekstra transaktionsomkostninger det ville kræve at bruge en fleksibel udbudsform, og havde formuleret kravet som et *krav* (i modsætning til mindstekrav), så havde de givet bevæget sig på mere usikker grund rent juridisk, men havde efter alt at dømme valgt M.J Erikssons tilbud, og indgået en bedre kontrakt. Disse spekulationer bakkes op af indkøber i Aarhus Kommune Vibeke Hedelund Pedersen.³⁸⁸

4.5.1 Offentlig private partnerskaber i udbudsretten

Det falder udenfor opgavens genstandsfelt at påbegynde en dybere diskussion af offentligt private partnerskaber (herefter OPP), men da OPP falder indenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde,³⁸⁹ så findes nogen områder alligevel relevante for dette afsnit. I kap. 3 blev det ekspliciteret, at der var værdi i en effektiv risikoallokering, og da OPP bygger på en fordeling af ansvar, finansiering og risiko, samt incitamentsstrukturer, der sikrer optimering af det fælles bedste og tillid til medparten, medtages elementer derfra i dette afsnit.³⁹⁰ I OPP kontrakter er der kutyme for, at aftaler bygges på et behov, og ikke på et udførligt udbudsmateriale, og minder i mange henseender om strategisk kontrahering.³⁹¹ Eksempelvis kan den private part overtage driftsrisiko, hvis de er nærmere til at bære den, så dem der risikerer at miste penge, også er dem der har de rette incitamenter til at tage effiente beslutninger.³⁹² I det teoretiske udgangspunkt er OPP kendetegnet ved, at parterne iagttager positive incitamentsstrukturer, hvor god indsats belønnes, og

³⁸⁸ Se bilag 10 og 11

³⁸⁹ Ølykke, Risvig & Tvarnø (2012) s.202. Se også definition i Grønbogen COM (2004)237 s.3

³⁹⁰ Ølykke, Risvig & Tvarnø (2012) s.206f

³⁹¹ Ibid. s.203f

³⁹² Ibid. s.208

det sikres, at værdien i at fortsætte samarbejdet er højere end ved at egen-optimere i form af opportunistisk adfærd.³⁹³

Udgangspunktet ved en OPP kontrakt er, at alt er til forhandling, og man kan derfor rent teoretisk opnå den efficiente kontrakt. Det teoretiske efficiente samarbejde kræver, at OPP ikke blot benyttes som en finansieringsmodel, men derimod som et samarbejde om i bedste fald at skabe relationsrente. Problemet med OPP kontrakter og de frie adgange til forhandling, risikofordeling, ændringsadgangen og des lige, er at OPP, som nævnt, falder under udbudsdirektivet, og dermed ikke er tilladt i dette teoretiske udgangspunkt.

Det anbefales, at der i udbudsloven sikres adgang til et OPP lignende samarbejde, med adgang til reel forhandling og samarbejdsaftaler, i tilfælde hvor ordregiver ikke på forhånd kan definere præcist hvad der ønskes, men blot har funktionelle krav til ydelsen. Selvom innovationspartnerskabet på nogle punkter kan minde om et OPP, så vurderes det, at denne udbudsform ikke giver tilstrækkelig fleksibilitet. Begrænsningerne på forhandlingen ved innovationspartnerskaber minder om udbudsformen udbud med forhandling (jf. afsnit 2.3.4),³⁹⁴ og er mere en standard procedure, med formkrav, definerede delmål og des lige, end hvad præambel bemærkning 49 i udbudsdirektivet indikerer.³⁹⁵

Innovation og fremskridt skal ikke på forhånd sættes på en formel, eller behandles indenfor på forhånd definerede rammer, som de delvist er ved innovationspartnerskabet. Sådanne krav, og begrænsningerne af udvidelse af samarbejder, og ændringsadgange, kan medføre en begrænsning af den tillid, der er essentiel i strategisk kontrahering. Sat på spidsen kan der argumenteres for, at udbudsloven nedbryder den værdi der kan opnås ved stærke relationer.

4.5.2 Balancen

Udbudsregler skal sikre den samfundsmæssige interesse i, at beslutninger ikke influeres af korruption eller diskriminerende motiver, og også mod dårlig dømmekraft, men omvendt forhindrer de også potentielt den exceptionelle aftale og partnerskaber med langsigtede fordele.³⁹⁶ Sue Arrowsmith mener, at et detaljeret regelværk kan siges at være en gevinst, hvis man har korrupte eller inkompetente ordregivere, og virksomheder der ikke er forbeholdne ved et bureaukratisk udbudssystem med høje transaktionsomkostninger som følge af transparensregimet.³⁹⁷ Hvis der derimod er tiltro til, at ordregiver er

³⁹³ Ibid. s.214

³⁹⁴ Se særligt udbudslovens § 74, stk.2 og § 75.

³⁹⁵ Ølykke, Risvig & Tvarnø 2012, s.270 (Steinicke)

³⁹⁶ Arrowsmith (2002) s. 8f

³⁹⁷ Ibid. s. 9

kompetent og virksomhederne foretrækker en friere forhandling, vil færre juridiske begrænsninger af aftalefriheden være at foretrække.³⁹⁸ Sue Arrowsmith underbygger sine synspunkter med en statistik fra H.M Treasury,³⁹⁹ der påviser, at bud på offentlige projekter gennemsnitligt var 10-50 % dyrere end tilsvarende bud på private projekter, og at gennemsigtheds forpligtelserne afskrækker virksomheder fra at deltage. Hun lufter også tanker om en fuldkommen anderledes måde at tænke udbudsregler på, hvor balancen mellem bolværk mod misbrug på den ene side og bedst mulige vilkår for efficiente kontrakter på den anden side forskybtes mærkbart. Ideen til den alternative løsning er, at der blot kræves, at ordregiver ikke overtræder primærretten (TEUF traktaten).⁴⁰⁰ På den måde skal ordregiver blot positivt påvise, at udbuddet foretages på en ikke diskriminerende måde, og at der ikke pålægges usaglige adgangs restriktioner.⁴⁰¹ Der kan gives medlemsstater valgfrihed til valg af evalueringsmetoder, afhængig af godkendelse på unionsplan, som sikrer en fleksibilitet mht. at imødekomme de bekymringer, der er særligt relevante på nationalt plan.⁴⁰² En så drastisk ændring af udbudslovgivningen er efter alt at dømme, hverken realistisk eller politisk ønskværdigt, men tankegangen om, at efterlade både medlemsstater og ordregiver større friheder, har potentiale til (bedre), at facilitere strategisk kontrahering i udbudsretten.

Hvorvidt man ønsker at foretage ændringer af udbudsloven er politik. Det er naturligvis politik rent praktisk, men det er også politik hvad der ønskes ændret. Med det nuværende retsgrundlag vurderes det, at der generelt opnås en god beskyttelse imod korruption og anden uigennemsigtig adfærd, men det opnås til dels på bekostning af *det gode købmandskab*. I hvor høj grad denne balance skal forskybtes er en prioriteringssag, men det er bemærkelsesværdigt, at der som nævnt, fra politisk hold er formuleret, at udbudsloven og udbudsdirektivet er fornyet med henblik på at skabe et mere fleksibelt system med bedre udnyttelse af skattekronerne, når det kan konstateres, at udbudslovens begrænsninger medfører inefficente tilstande.

Det er ikke formålstjenligt at gennemgå enkelte paragraffer detaljeret i denne sammenhæng, hvorfor anbefalingen er begrænset til et mere generelt niveau.

Det anbefales, at udbudsloven fjerner de risici, der er ved at deltage i den indledende markedsdialog, så der ikke kan være uhensigtsmæssige incitamenter, hvis du som markedsaktør kan dele vigtig viden.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ H.M Treasury, Review of Civil Procurement in Central Government (1999) Section 3F para 2

⁴⁰⁰ Arrowsmith (2002) s. 21

⁴⁰¹ Ibid. s. 22

⁴⁰² Det må eksempelvis lægges til grund at regler, der skal bekæmpe korruption og manglende gennemsigthed er mere påkrævede i visse syd- og østeuropæiske medlemsstater end nordeuropæiske. Jf. eksempelvis Transparency internationals opgørelse pr. 2016 over korruption i de enkelte nationalstater.

Det anbefales ligeledes, at kravene til udbudsmaterialet bliver mindre skrappe, så ordregiver blot er juridisk bundet til, at give markedet en ide om hvad udbuddet omhandler, eksempelvis ved brede og funktionelle formuleringer. Slutteligt anbefales, at udbudsprocedurerne giver en videre adgang til, hvad der kan forhandles om imellem udbudsmaterialets tilblivelse og kontraktindgåelse, samt en videre ændringsadgang efter kontraktindgåelse. Der bør fortsat være en kontrolfunktion af udbud, der går udover hvad der kan forventes i en aftalerelation mellem to private parter, men balancen bør ændres så det er muligt for den dygtige og velmenende ordregiver at lave det *gode købmandskab*.

Mere fleksibilitets specifikke indflydelse på risikoen for misbrug, er svært målbart, men undersøgelser viser, at mere fleksible udbud ikke har medført flere sagsanlæg eller konflikter.⁴⁰³ Alt i alt vurderes det, at udbudsloven fortsat kan sikre gennemsigtige og ikke korrupte udbud, selvom begrænsningerne af partautonomien er væsentligt færre/mindre end retsstillingen anno 2017.

⁴⁰³ Ølykke, Risvig & Tvarnø (2012) s.139

Kap. 5 Endelig Konklusion

Denne fremstilling åbnede med et citat fra Steven Kelman, der postulerede, at hvis man fratog ordregiver den skønsmæssige vurdering og erstattede det med regler, ville de enestående gode aftaler aldrig blive indgået. Det er via den retsdogmatiske metode og økonomiske analyser fastslået, at virkeligheden ved offentlige udbud har visse ligheder med Kelmans postulat.

De fleksible udbudsformers brede anvendelsesområde, har afstedkommet, at der ofte forekommer/tillades dialog og forhandling i løbet af udbudsprocessen, og dermed et farvel til forhandlingsforbuddet i dets traditionelle forstand.

Det konkluderes i kap. 2, at de begrænsninger der findes på aftalefriheden ikke omfatter adgangen til at sætte sig sammen og snakke om kontrakten, men derimod hvilke dele der må forhandles om. Forbuddet mod at forhandle om de såkaldte grundlæggende elementer, samt påbuddet om at disse væsentlige elementer skal udfærdiges så tidligt som i udbudsmaterialet, udgør de væsentligste begrænsninger. Det konkluderes, at den praktiske anvendelighed synes at være mindre fleksibel, end præamblen til udbudsdirektivet lader forstå. Det skal anføres, at fremstillingens konklusion angående gældende ret, lider af den mangel, at der fortsat hersker betydelig usikkerhed om rækkevidden af enkelte bestemmelser. Hvorfor der må foreligge mere konkret praksis, før denne usikkerhed kan elimineres.

Det konkluderes i fremstillingen, at gældende ret medfører betydelig risiko for, at der indgås inefficente kontrakter, som følge af mangelfuld informationsdeling, risikoallokering og adgang til at forhandle om de grundlæggende elementer i kontrakten. Den begrænsede forhandlingsadgang medfører, at parterne ikke kan forhandle sig til den KH optimale løsning, hvad angår *grundlæggende elementer* i kontrakten. Størrelsen af nytteeffekten ved at skifte fra en statisk til en mere fleksibel udbudsform, kan udelukkende måles på en relativ skala, og det fastslås, at nytteeffekten ved en udbudsretlig forhandling ikke uden videre kan sidestilles med kontrakter indgået ved partsautonomi.

Uden ellers at sammenligne med historiske udbudsregler fastslås det, at den øgede fleksibilitet ikke har elimineret problemstillinger med hensyn til rationel anvendelse af skattekrone, deriblandt opportunistisk adfærd og *incitamentsretning*.

Det er i kap. 4 fastslået, at udbudslovens bestemmelser medfører, at der ikke kan gennemføres strategisk kontrahering i gængs forstand i en udbudsretlig sammenhæng. Dette er en konsekvens af den begrænsede forhandlingsadgang, og begrænsninger af adgangen til at justere samarbejdet undervejs.

Det videnskabelige fundament og dertilhørende retssikkerhed, der bør være til stede, som grundlag for den retspolitiske analyse, er, hvad angår kravene til indhold i udbudsmaterialet, og den deraf afledte muligheder for at benytte åbne klausuler, ikke tilstrækkeligt. Den foretagne retsdogmatiske analyse giver imidlertid et øjebliksbillede af retstilstanden, der ligges til grund for anbefalingen.

Det anbefales konkret at ændre udbudsreglerne så de sikrer, at rådgivende aktør ikke løber en risiko for at gå glip af konkurrencefordele, eller blive udelukket fra at give tilbud, ved at deltage i den indledende markedsdialog. Derudover anbefales det at tillade åbne klausuler i udbudsmaterialet, der tillader, at der tildeles på baggrund af funktionelle kriterier, samt at åbne for en videre ændrings- og forhandlingsadgang i perioden efter udformningen af udbudsmaterialet.

Litteratur- og domsliste

Bøger:

- Andersen, Ib (2008) Den skinbarlige virkelig - Vidensproduktion i samfundsvidenskaberne, Samfundslitteratur
- Arrowsmith, Sue (2014) The Law of Public and Utilities Procurement: regulations in the EU and UK, vol.1, third edition, Thomson Reuters
- Arrowsmith, Sue og Linarelli John og Wallace, Don jr. (2000) Regulating Public Procurement – National and International Perspectives, Kluwer Law International
- Berg, Claus (2012) Udbudsret i byggeriet, Jurist- og Økonomforbundet
- Berger-Walliser, Gerlinde og Kim Østergaard (EDS.) (2012) Proactive Law in a Business Environment, Djøf Publishing
- Coase, Ronald (1937) The nature of the firm
- Dalberg-Larsen, Jørgen (2002) Fem opfattelser af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet i historisk og aktuel belysning, i "Om retspolitik" ed. Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Dutta, Prajit K. (1999) Strategies and Games
- Eide, Erling (2008) Rettsøkonomi, Cappelen Akademisk Forlag
- Fabricius, Jesper og Offersen, Rene (2006) EU's udbudsregler i praksis, 2 udgave, Forlaget Thomson.
- Foster, Nigel (2014) EU Law Directions, Nigel Foster, 4th edition, Oxford University Press.
- Frank, Robert. H (2010) Microeconomics and Behavior, McGraw-Hill Irwin, Eight Edition
- Gailmard, Sean (2014) Accountability and Principal-Agent Theory, Oxford University Press
- Gomard, Bernard og Pedersen, Hans Viggo Godsk og Ørgaard, Anders (2015) Almindelig kontraktsret 5. udgave Jurist- og økonomforbundets Forlag
- Hagel-Sørensen, Karsten (2016) (red.), Aktuel udbudsret II, Jurist- og økonomforbundets forlag
- Hansen, Anders Christian (2007) Uden for hovedstrømmen: alternative strømninger I økonomisk teori, Roskilde universitetsforlag 1.udgave (Heri: Kirsten Bregn, Principal-Agent teori)
- Hartley, TC (2014) The Foundations of European Union Law, Eight Edition, Oxford University Press.

- Kelman, Steven (1990) Procurement and public management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance. Washington, DC: AEI Press
- Knudsen, Christian (1994) Økonomisk metodologi bind 1 – Videnskabsteori og forklaringstyper, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Lundgaard Hansen, Kim og Offersen, René (2016) Udbudsprocessen, 2 udgave, Karnov Group
- Lyng Andersen, Lennart og Bo Madsen, Palle (2012) Aftaler om mellemænd 6. udgave, Karnov Group
- Milgrom, Paul og Roberts, John (1992) The Economics, Organization & Management, Prentice-Hall
- Nielsen, Ruth og D. Tvarnø, Christina (2014) Retskilder & retsteorier, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- OECD guidelines, Bribery in Public Procurement Methods, Actors and Counter Measures, 2007
- Polinsky, A. Mitchell (2011) An Introduction to Law and Economics; Wolters Kluwer
- Porter, M.E (1980) Competitive Strategies. New York Free Press.
- Ramber, Jan og Ramberg Christina (2014) Allmän avtalsrätt, Norstedts Juridik AB
- Risvig Hamer, Carina (2016) Grundlæggende udbudsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Rolfstam, Max (2013) Public Procurement and Innovation – The role of Institutions, Edward Elgar Publishing
- Ross, Alf (1953) Om ret og retfærdighed, København
- Scheuing, Eberhard E. (1995), The Power of Strategic Partnering, Productivity Press.
- Stuer Lauridsen, Preben (1974) Studier i retspolitisk argumentation, København
- Tirole, Jean (1992) The Theory of Industrial Organization, Massachusetts Institute of Technology 5'th
- Treumer, Steen (Red) (2016) Udbudsloven, Ex Tuto Publishing 2016
- Treumer, Steen (2000) Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, Jurist- og økonomforbundets forlag
- Troels Poulsen, Sune og Stig Jakobsen, Peter og Evers Kalsmose-Hjelmborg, Simon (2011) EU Udbudsretten 2.udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag.
- Trybus, Martin og Caranta, Roberto og Edelstam, Gunilla (2014) EU Public Contract Law –Public Procurement and Beyond, Forlaget Bruylant
- Tvarnø, Ølykke og Østergaard (Eds.) (2013), Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, Juridisk institut CBS

- Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth (2015) EU's udbudsregler – i dansk kontekst, Jurist- og økonomforbundets forlag
- Ølykke, Grith Skovgaard og Hansen, Carina Risvig & Tvarnø, Christina D. (red.) (2012) EU Procurement Direktives – modernization growth & innovation, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Artikler og Artikelsamlinger:

- Anderson, Erin og Oliver, Richard L. Perspectives on Behavior-Based Versus Outcome Based Salesforce Control Systems, Journal of Marketing Vol 51 Oktober 1987, s. 76-88
- Arrowsmith, Sue: The EC procurement directives, national procurement policies and better governance, i European Law review 2002 vol 27, no.1 pp 3-24.
- Bergen, Mark og Dutta, Shantanu og Orville C. Walker, Jr. (1992) Agency Relationships in Marketing: A Review of the implications And Applications of Agency and Related Theories.
- Brown, Louis M. (1950) Preventive Law, Prentice-Hall
- Charness, Gary og Dufwenberg, Martin, Promises and Partnership, i Econometrica Vol.74, No. 6 (2006)
- Dertil en note til artikel fra Henrik Lando.
- Coase, Ronald (1960) The Problem of Social cost Journal of law and economics, vol. 3, s. 1-44
- Cvitanic, Jaksa and Zhang, Jianfeng (2013) Contract Theory in Continuous Time Models, Springer
- Dyer, J.H., og Sing, H (1998) The Relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage, Academy of Management Review 23(4), pp. 660-679
- Fudenberg, Drew og Levine, David, Learning and Evolution: Where do we Stand? – Learning in Games (1998), i European Economic Review 42, s. 631-639
- Holmstrom, Bengt, Moral Hazard and observability, The Bell Journal of Economics Vol.10 no.1 (1979) pp.74-91
- Lando, Henrik (2011) How to Allocate Risk in a Large Construction Project
- Paces, M Allesio og Visscher, Luis (2011) Methodology of Law and Economics, i Interdisciplinary Research into Law: Mohr Siebeck pp. 85-107
- Petersen, Bent, og T. Pedersen og G.R.G Benito (2006) The Termination Dilemma of Foreign Intermediates: Performance, Anti-shirking Measures and Hold-up Safeguards, Advances of International Marketing, 16, 317-339

- Piga, Gustavo og Khi v. Thai, Efficiency of procurement procedures for medical devices, I The Economics of public procurement. S. 133-154
- Stieglitz, Joseph E., The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics, I The Quarterly Journal of Economics, Vol. 115, No.4. (Nov. 2000) pp. 1441-1478.
- Treumer, Steen, Flexible procedures or ban on negotiations I Ølykke, Grith Skovgaard, Carina Risvig Hansen og Christina D. Tvarnø “ EU public procurement directives s. 135-150
- Weiss, A.M og N. Kurland (1997): Holding Distribution Channel Relationships Together: The Role of Transaction-Specific Assets and Length of Prior Relationships, Organizational Science, 8(6), pp 612-623
- Williamson, Oliver (1981) The Economics of Organization: The transaction cost approach
- Williamson, Oliver (1983) Credible commitments: Using hostages to support exchange, The American Economic Review 73(4), pp. 519-540
- Williamson, Oliver (1985) The economic institutions of capitalism, New York Free Press.
- Østergaard, Kim (2014) Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben, Retfærd årgang 37 nr. 3, 2014
- Østergaard, Kim og Bent Petersen (2017), Reconciling Contracts and Relational Governance through Strategic Contracting, bliver trykt i Journal of Business and Industrial Marketing i 2017.

Rapporter og lignende:

- H.M Treasury, *Review of Civil Procurement in Central Government* (1999) Section 3F para 2.
- Pressemeddelelse, By- og Boligministeriet, 14. juni 2000, med henvisning til rapport om: Nye samarbejdsformer – arbejdspapir om udformning af samarbejdsaftaler med partnering
- Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014
- Report by the National Audit Office (2014) Transforming government's contract management
- 2010 Treasury review

Internetbaserede kilder:

- https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en
- bedreudbud.dk
- udbudsportalen.dk
- udbudsvagten.dk
- iaccm.com
- <http://www.altinget.dk/kommunal/artikel/dansk-erhverv-de-gamle-udbudsregler-koster-stadig-millioner>
- http://www.transparency.org/glossary/term/public_sector

Regulering

- LOV nr. 169 af 05/06/1953 Gældende (Grundloven) § 74
- Lov nr. 11000 af 15.04.1683, bog 5, 5.1.1 og 5.1.2
- Lov nr. 1564 af 15/12/2015 Udbudsloven
- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF EØS

Ikke-bindende retsakter:

- Bemærkning til lovforslag nr. L 19/2015
- Grønbogen COM (2004)237
- KFST, Evalueringsmetoder, praktisk vejledning til offentlige indkøbere, marts 2016
- KFST, Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne, januar 2016
- KST, Vejledning til udbudsdirektiverne, juni 2006
- Lovforslag nr. L 19/2015 – forslag til udbudslov
- Noter til udbudsloven, Karnov
- Ref. Ares (2016) 1298916 – 15/03/2016 – Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160

Domme:

Afgørelser fra EU-Domstolen:

- Sag C-6/15, Tns Dimarco NV mod Vlaams Gewest
- Sag C-561/12 Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium
- Sag C-451/08 Helmut Müller GmbH mod Bundesanstalt für Immobilienaufgaben
- Sag C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur mod Østrig
- Sag C-532/06 – Lianakis
- Sag C-448/01, Wienstrom GmbH mod Østrig
- Sag C-19/00 SIAC Construction Ltd. mod County Civil of the County of Mayo
- Sag C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH mod Stadt Wien
- Sag C-470/99 Universale-Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH
- Sag C-513/99, Concordia Bus Finland mod Helsinki kaupunki og HKL-Bussiliikenne
- Sag C-275/98 Unitron Scandinavia A/S og Danske svineproducenters Serviceselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri
- Sag C-324/98 Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG
- Sag C-353/96 Kommissionen mod Irland
- Sag C-360/96, Arnhem
- Sag C-243/89, dom af 22. juni 1993 Kommissionen mod Danmark – Storebæltsagen
- Sag 31/87 Gebroeders Beentjes BV mod Holland

Klagenævnet for Udbud:

- KfU, Kendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51
- KfU, Kendelse af d. 15 marts, 2016, J. nr.: 2015-14280
- KfU, Kendelse af 2/12-15 Houlberg Instrumentering A/S mod SKAT
- KfU, Kendelse af 5/2-15 Falck Danmark mod Region Syddanmark
- KfU, Kendelse af 3/10-14 H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen
- KfU, Kendelse af 27/06-2008 Danske Arkitektvirksomheder mod Handels-og Søfartsmuseum
- KfU, Kendelse af 7/11-2007 SJ AB mod Trafikstyrelsen

Interviews:

- Interview med Bygge- og Udbudsjurist Københavns Kommune Emil Schütze af 17 marts 2016, Samt opfølgende spørgsmål i april 2017
- Skriftligt interview med Jacob Ellesøe Kirstein – Udbuds og entreprise jurist i Københavns Kommune.
- Skriftligt interview med Trine Sommer Udbudskonsulent Halsnæs Kommune
- Skriftligt interview med udbudskonsulent i Gribskov Kommune Mikkel Karklinat
- Skriftligt interview, Gitte E. Frøkjær – Center for byens anvendelse – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 29. april 2016.
- Skriftligt interview, Vibeke Hedelund Pedersen – Indkøber – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 27. april 2016

Bilagsoversigt

Bilag 1

Enkeltstående afsnit fra analysen, der er flyttet af hensyn til omfanget.

Bilag 2

Figuroversigt af fremgangsmåden ved de enkelte udbudsformer

Bilag 3

Grafisk sammenligning af EU-landenes udbudsresultater

Bilag 4

Interview med Bygge- og Udbudsjurist Københavns Kommune Emil Schütze af 17 marts 2016

Bilag 5

Opfølgende spørgsmål til Emil Schütze

Bilag 6

Skriftligt interview med Jacob Ellesøe Kirstein – Udbuds og entreprise jurist i Københavns Kommune.

Bilag 7

Skriftligt interview med Trine Sommer Udbudskonsulent Halsnæs Kommune

Bilag 8

Skriftligt interview med udbudskonsulent i Gribskov Kommune Mikkel Karklinat

Bilag 9

Ref. Ares (2016) 1298916 – 15/03/2016 –Kommissionens besvarelse til KFST på spørgsmål vedrørende fortolkning af kravet i § 160

Bilag 10

Klagenævnskendelse af d. 28. januar 2016, J.nr. 2016-51

Bilag 11

Skriftligt interview, Gitte E. Frøkjær – Center for byens anvendelse – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 29. april 2016.

Samt Skriftligt interview, Vibeke Hedelund Pedersen – Indkøber – Teknik og Miljø, Aarhus Kommune af d. 27. april 2016

Bilag 1

2.3.2 Offentligt udbud

Ved offentligt udbud kan enhver afgive tilbud på baggrund af udbudsmaterialet, og ordregiver kan derfor ikke vide, hvor mange tilbud der modtages.¹ Udbudsformen reguleres i udbudslovens §§ 56-57, og fremgangsmåden er løst skitseret i bilag 2.

Det eneste, der udelukker en tilbudsgiver i denne udbudsform, er hvis den pågældende er såkaldt uegnet til at få tildelt kontrakten.² Kriterierne for en sådan vurdering falder udenfor denne fremstillings genstandsfelt. Teoretisk giver offentligt udbud den største grad af konkurrence.³ Da der er tale om at bud indgives uden kendskab til konkurrenternes tilbud, er dette nok mere af teoretisk end af praktisk karakter. Det vurderes typisk, at offentligt udbud er mest velegnet til indkøb af varer eller tjenesteydelser med klar kravspecifikation i udbudsmaterialet, og hvor der reelt kun konkurreres på pris.⁴

Der er ved offentlig udbud ikke adgang til anden forhandling end den, der tillades i den indledende markedsdialog, som strengt taget ikke er forhandling. Derfor er denne udbudsform ikke særligt relevant for nærværende fremstilling, men er dog nævnt for fuldstændigheden.

2.3.3 Begrænset udbud

Begrænset udbud kan som offentligt udbud altid benyttes af ordregiver, men adskiller sig ved, at det er muligt at begrænse antallet af virksomheder, der får adgang til at give tilbud.⁵ En sådan udvælgelse og egnethedsvurdering kaldes prækvalifikation,⁶ dette er som nævnt ovenfor ikke omfattet af denne fremstilling. De bedst kvalificerede virksomheder ”opfordres herefter til at afgive tilbud”.⁷ Begrænset udbud er reguleret i udbudslovens §§ 58-60, der primært regulerer diverse formkrav. Fremgangsmåden ved begrænset udbud er skitseret i bilag 2.

¹ Lundgaard Hansen og Offersen (2016) s. 26

² Fabricius og Offersen (2006) s. 138

³ Poulsen, Jakobsen og Hjemborg, (2011) s. 333

⁴ Jf. bl.a. Poulsen, Jakobsen og Hjemborg, (2011) s. 333, Lundgaard Hansen og Offersen (2016) s. 27 samt KFST, vejledning om udbudsreglerne, Januar 2016 s.49

⁵ Poulsen, Jakobsen og Hjemborg, (2011) s. 334

⁶ Fabricius og Offersen (2006) s. 140

⁷ Poulsen, Jakobsen og Hjemborg, (2011) s. 334

Udbudsformen kaldes i litteraturen for et lukket udbud,⁸ nok mest som en konsekvens af, at det historisk har været det mest oplagte alternativ til det helt åbne offentlige udbud. Det vurderes dog, at ingen af de to udbudsformer har karakter af "åben konkurrence", på en måde som giver associationer til fuldkommen konkurrence inklusive den fuldkomne information,⁹ hvorfor en sådan kategorisering har sporadisk betydning. Hvor "lukket" en konkurrence der er tale om, afhænger af ordregivers bestemmelser i udbudsmaterialet, men det skal tilstræbes at opfordre minimum 5 aktører til at give tilbud.¹⁰ Det anbefales fra KFST at benytte begrænset udbud, ved omfattende indkøb hvor det indkøbte klart kan defineres/beskrives.¹¹ Begrænset udbud kan begrænse de samlede transaktionsomkostninger, men tillader som offentligt udbud ingen form for egentlig forhandling, eller dialog efter offentliggørelse af udbudsmateriale. Derfor er denne udbudsform ikke særligt relevant for nærværende fremstilling, men er dog nævnt for fuldstændigheden.

.....

2.3.7 Projektkonkurrence

Udbudslovens kap. 7 har overskriften udbudsprocedurer og projektkoncurrence, projektkoncurrence er således adskilt fra de normale udbudsformer.¹² Den medtages dog her, eftersom den har en "frihed" i aftaleindgåelsen,¹³ som er interessant for problemstillingen i denne fremstilling. Reglerne om projektkoncurrence i § 84, stk. 1 nr.1 og 2 foreskriver, at den kan afholdes med henblik på tildeling af tjenesteydelse kontrakt eller ej, hvoraf kun nr. 1; tildeling af tjenesteydelseskontrakt er relevant ved denne fremstilling. Det følger af dette, at anvendelsesområdet for projektkoncurrence er mere indsnævret end øvrige udbudsformer, og kan udelukkende anvendes til tildeling af tjenesteydelseskontrakter. Det følger af udbudslovens § 24, nr.29 og af KFST's vejledning,¹⁴ at projektkoncurrence kun bør anvendes med henblik på at tildele tjenesteydelseskontrakter indenfor byplanlægning, ingeniør- og arkitektarbejde.¹⁵

Der er stor frihed for ordregiver hvad angår "formen" på konkurrencen, så længe de generelle principper i § 2 overholdes.¹⁶ Denne frihed kommer også til udtryk, i kravene til hvor veldefinerede tilbudskriterierne skal

⁸ Lundgaard Hansen og Offersen (2016) s. 19

⁹ Frank (2009) s.337-338

¹⁰ Ølykke og Nielsen (2015) s. 205

¹¹ KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.51

¹² KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.97

¹³ Hagel-Sørensen (2016) s.261

¹⁴ KFST, vejledning om udbudsreglerne, januar 2016 s.97 se også Claus Berg, Udbudsret i byggeriet s. 255

¹⁵ Der findes dog praktiske eksempler på et lidt bredere anvendelsesområde jf. Hagel-Sørensen (2016) s.262

¹⁶ Hagel-Sørensen (2016) s.264

være i udbudsmaterialet, da ordregiver ikke er bundet af de normale regler om tildelingskriterier i § 162, men "blot" skal overholde de generelle principper og ikke forfølger usaglige formål.¹⁷

Der kan forhandles med tilbudsgivere efter der er udpeget en eller flere vindere af konkurrencen, men ikke før bedømmelseskomiteen har udpeget vindende forslag.¹⁸¹⁹ Dette krav harmonerer med det væsentlige del af regelsættet i projektkoncurrencer; anonymitetskravet,²⁰ der sikrer at der ikke kan bedømmes ud fra tidligere erfaringer eller ry hos enkelte deltagere.²¹

Som nævnt kan der udpeges flere vindere, men det kræves dog at flere forslag kan "sidestilles",²² disse vindere skal herefter inviteres til forhandlinger.²³ Opsummerende har projektkoncurrencer mest frihed af alle udbudsformer mht. tilrettelæggelse af udbudsprocessen, men omvendt er anvendelsesområdet og adgangen til forhandling undervejs begrænset.

....

2.4 Rationalet bag udbudsreglerne

Ifølge betragtning 1 i præamblen til udbudsdirektivet, har udbudsreglerne til formål, at skabe åbne og gennemsigtige udbudsprocedurer. Derudover har domme fra EU-domstolen fastslået, at det er centralt i udbudsreglerne at give en retslig beskyttelse af tilbudsgivere, og Grønbogen om offentlige indkøb lægger vægt på rationel ressourceanvendelse.²⁴ Alt i alt ligger der mange og til tider modsigende hensyn bag udbudsreglerne. Under begreberne gennemsigtighed og beskyttelse af tilbudsgivere, ligger de mere håndgribelig dårligdomme; bestikkelse og korruption. Et marked så stort som markedet for udbud, vil altid være udsat for risikoen for korruption,²⁵ som kan underminere tilliden til ledere, institutionerne og selve markedet.²⁶ Korruption kan opstå i flere stadier af udbudsprocessen, lige fra beslutningen om at sende noget i udbud, til hvad der skal i udbudsmaterialet, og til udvælgelsen. Større og komplicerede kontrakter, som denne fremstilling primært omhandler, er i sagens natur mere udsatte for korruption end mindre kontrakter.²⁷ OECD har i en 2007 rapport om korruption identificeret de væsentligste årsager til, at

¹⁷ Hagel-Sørensen (2016) s.266

¹⁸ Claus Berg, (2002) s. 255

¹⁹ Se om bedømmelseskomiteens sammensætning og arbejde §§ 89-92.

²⁰ Jf. §90, stk. 2

²¹ Hagel-Sørensen (2016) s.266

²² Hagel-Sørensen (2016) s.265

²³ Jf. § 82, sidste pkt. Samt KfU sag af 27/06-2008 Danske Arkitektvirksomheder mod Handels- og Søfartsmuseum

²⁴ Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen EU's udbudsregler – i dansk kontekst (2015) s.37

²⁵ OECD guidelines, Bribery in Public Procurement (2007), s. 3

²⁶ Ibid

²⁷ OECD guidelines, Bribery in Public Procurement (2007), s. 27

offentlige ansatte bliver involveret i korruption.²⁸ De væsentligste årsager er 1) grådighed (for lav eller utilstrækkelig løn) 2) utilfredshed med "systemet" eller sine overordnede. 3) nepotisme. Selvom alle tre årsager er globale tendenser, må det vurderes, at truslen på alle fronter, er forholdsmeæssigt mindre i et relativt velfungerende offentligt system som det danske. OECD påpeger at udbudsreglerne skal sigte imod, at vanskeliggøre korruption ved, at stille krav til gennemsigtighed og offentlighed i udbudsprocessen. Ligeledes bør det tilstræbes, at have ansatte der er velbevandrede i regler og *good-practices* indenfor udbudsprocedure.²⁹

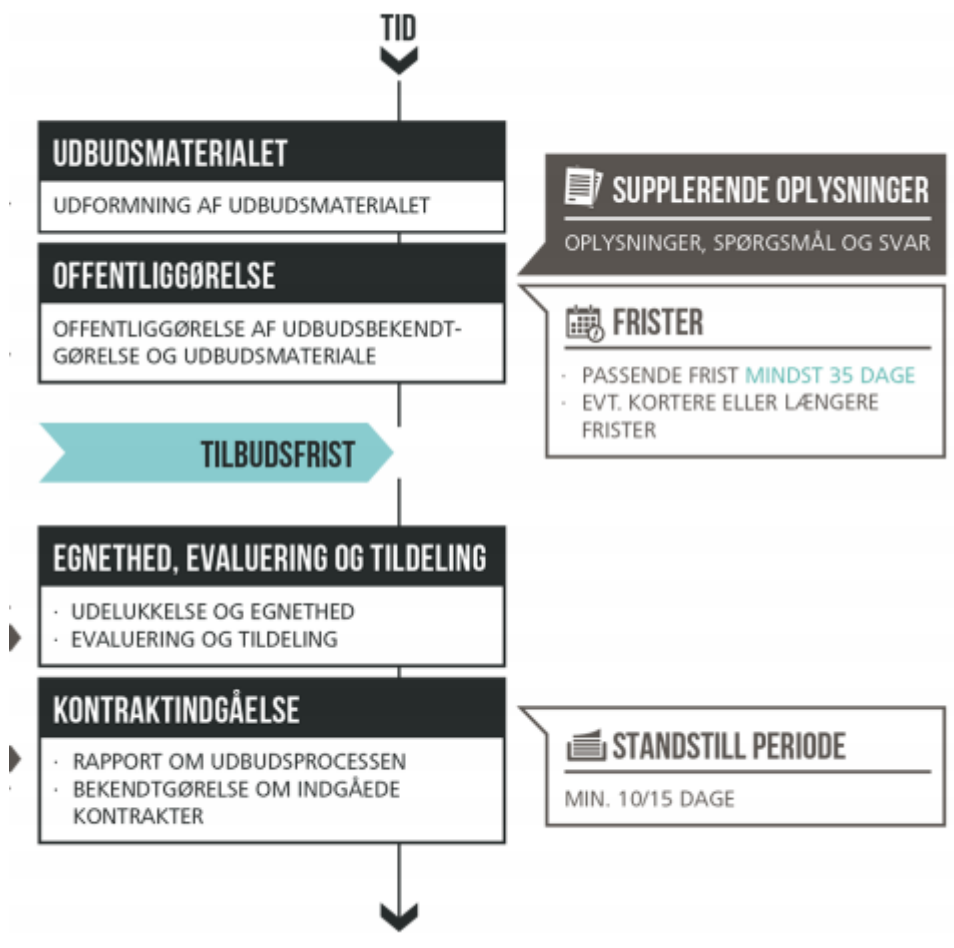
Denne gennemgang tjener som en modvægt til den ensidige fokus på at indgå efficiente kontrakter, og benyttes nedenfor som et væsentligt perspektiv i den retspolitiske anbefaling.

²⁸ OECD guidelines, Bribery in Public Procurement (2007), s. 50

²⁹ OECD guidelines, Bribery in Public Procurement (2007), s. 55-56

Bilag 2

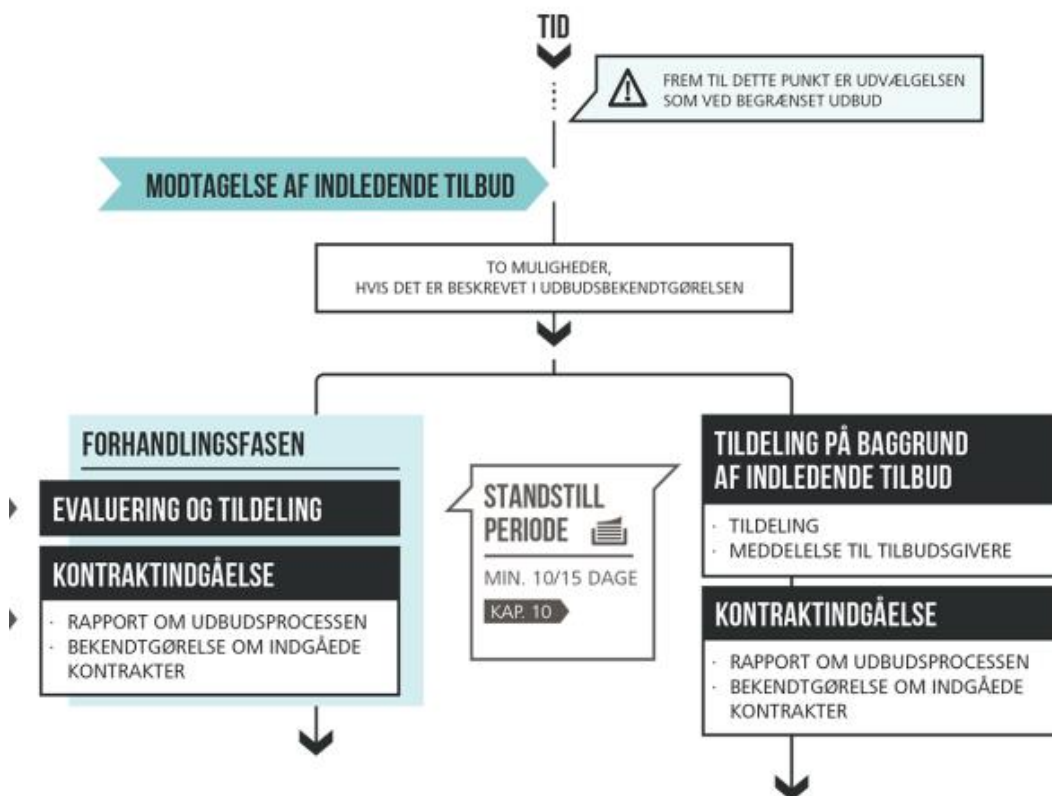
Processen for et offentligt udbud



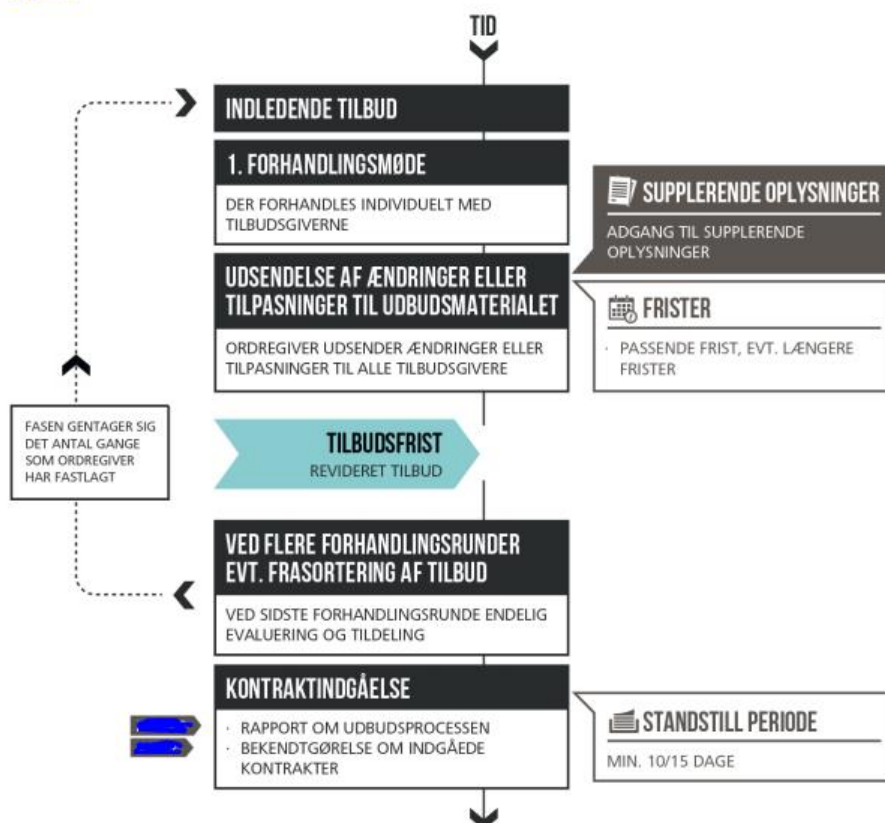
Processen for et begrænset udbud



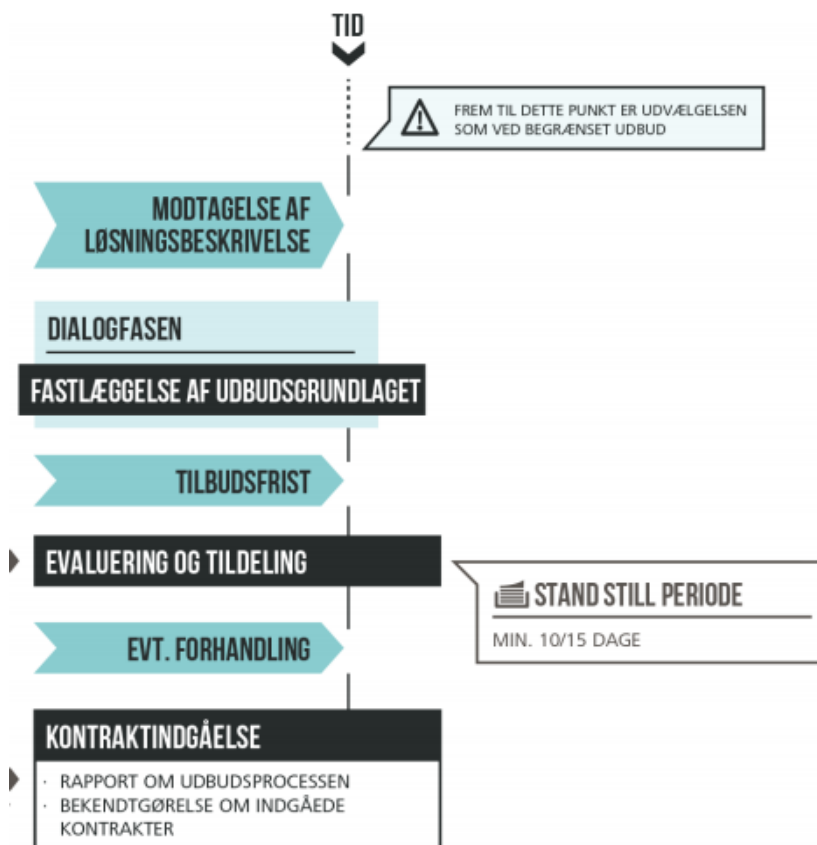
Processen ved udbud med forhandling



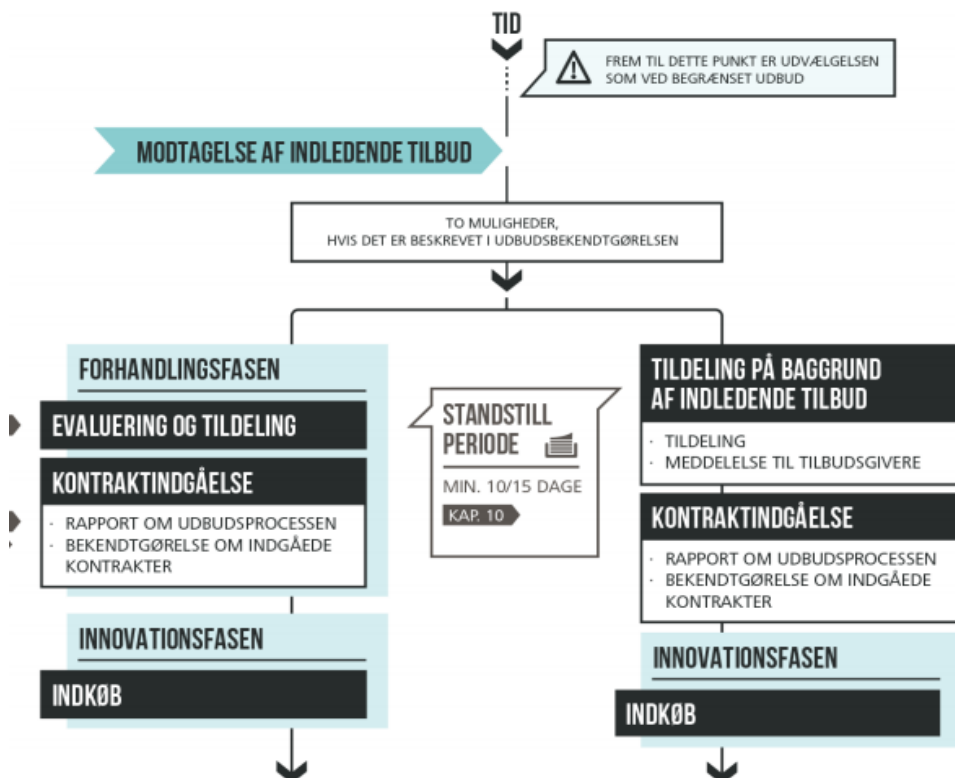
Forhandlingsfasen



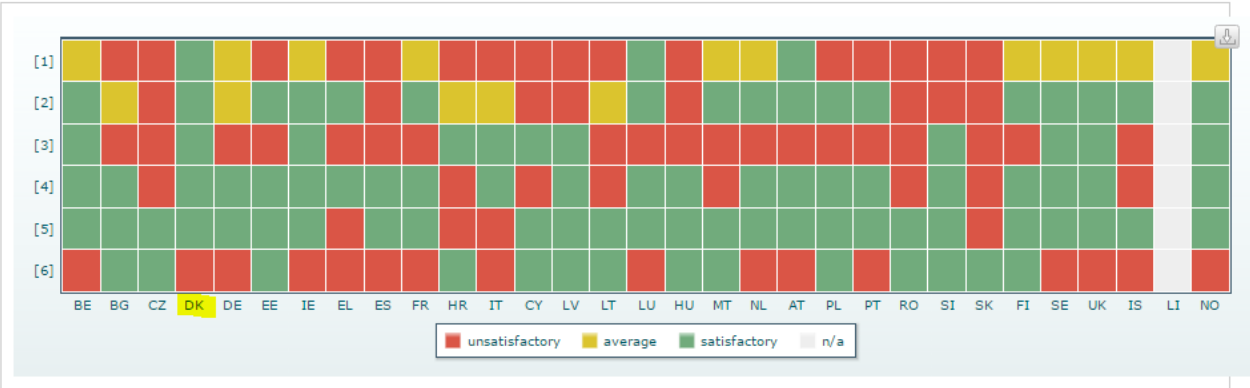
Processen ved konkurrencepræget dialog



Processen ved et innovationspartnerskab



Bilag 3



The thresholds have been set on the basis of two factors:

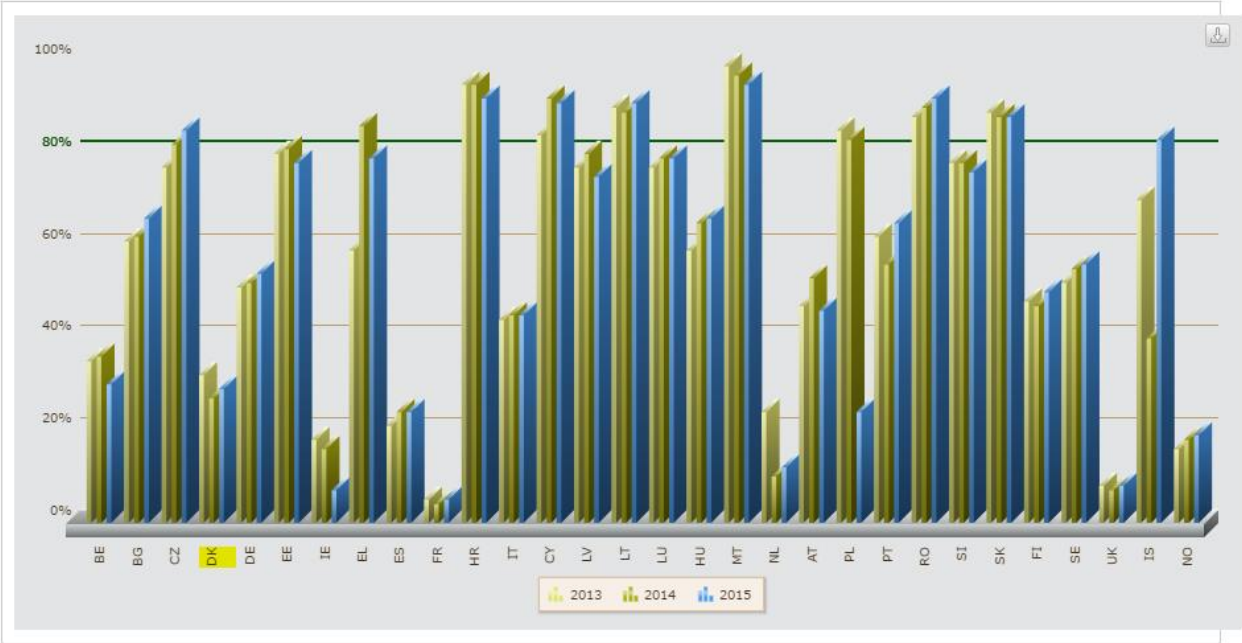
- qualitative policy judgment on what is good practice
- recent data for individual countries.

[1] One Bidder	≤ 10%	> 20%
[2] No calls for Bids	≤ 5%	≥ 10%
[3] Aggregation	≥ 10%	< 10%
[4] Award Criteria	< 80%	≥ 80%
[5] Decision Speed	< 120 days	≥ 120 days
[6] Reporting Problems	≤ 3%	> 3%

Indicator [4]: Award Criteria

This indicator shows **how public buyers choose the companies they award contracts to**. This indicator measures whether they decide only on the basis of price, or also take quality into account.

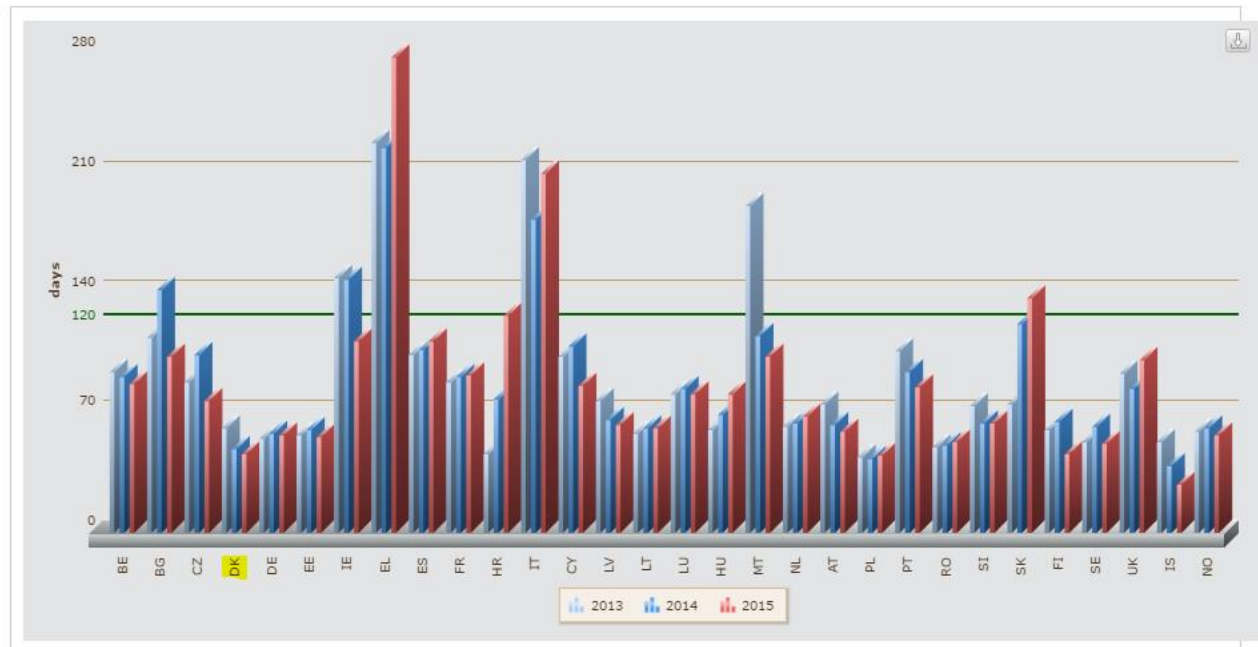
While the choice of criteria depends on what is being purchased, over-reliance on price suggests better criteria could have been used – and thus a better purchase made. The "Award Criteria" indicator measures the proportion of procedures which were awarded only on the basis of lowest price.



Indicator [5]: Decision Speed

This indicator reflects the **speed of the public buyers' decision making**. Very lengthy procedures are bad because they are expensive and cause uncertainty for both the public buyers and companies.

"Decision speed" measures the mean decision period. This is the time between the deadline for receipt of offers (or requests to participate) and the award of the contract. To ensure comparability, only notices under the open procedure are considered.



Bilag 4

Dette interview er foretaget af Martin Faber og Niclas Storch - opfølgende spørgsmål findes i bilag 5

Interview

Emil Schütze – Bygge- og udbudsjurist – Jura, udbud og entreprise, Københavns kommune

- **Hvor mange udbud gennemfører Københavns Kommune som udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kontra offentligt og begrænset udbud?**

Altså, Jeg tror sådan rundt regnet når vi snakker EU-udbud, så er det omkring 5% udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Sådan har det været inden de nye udbudsregler blev sat i gang. Her efter de nye udbudsregler er kommet, vil det være mere 50/50. Tidligere når vi har kørt udbud med forhandling, har det været efter den her bestemmelse i udbudsdirektivets art. 31, stk. 1, litra a, hvorefter man kan gå over til udbud med forhandling, hvis man ikke får nogle antagelige tilbud. Den samme bestemmelse kan vi se i udbudsloven. Så det har primært været det, at man er gået over til udbud med forhandling og så har det i praksis ikke været udbud med forhandling, men et udbud hvor forhandlingen bliver brugt til at rette op på fejl og mangler i tilbuddene. Konkurrencepræget dialog har vi lavet en enkelt gang på en meget særpræget belysningsentreprise, hvor entreprenøren skulle gå ind og påtage sig en økonomisk besparelse på en 20 årig periode i forhold til den besparelse vi ville opnå ved at man udskiftede hele belysningen. Det var så særlig en kontrakt, at vi følte at man kunne lave det som en konkurrencepræget dialog, da de økonomiske og juridiske forhold var svære at fastlægge for os som ordregiver. Men normalt med de normale udbud vi laver, som relaterer sig til sædvanlige bygge/anlægsprojekter, har vi ikke følt at vi har været berettiget til at bruge udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog efter de gamle regler, med mindre vi var i den særlige situation, hvor vi ikke fik nogle antagelige tilbud. Så det har givet en kæmpe forøgelse i antallet af udbud der går efter udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, at vi har fået de nye regler. Der er så den krølle på det, at mange af vores udbud også har været gennemført efter tilbudslovens afsnit 1 hvor man kan købe bygge/anlægsopgaver op til 38/39 mio., som udgør en forholdsvis stor del af vores portefølje. Det er som om at der har været en kultur i udbudsverden, der gjorde at man ikke kørte forhandling. Det her forhandlingsforbud, som alle kender til når de arbejder med udbudsret, det er slået igennem hele vejen også nede i de udbud der går efter tilbudsloven hvor man jo faktisk ikke har noget forhandlingsforbud. Så kulturen for offentlige indkøbere har ikke været en kultur med en forhandlingspræget indkøbsstil. Heller ikke når der har været mulighed for det.

- **Nu siger du at i efter de nye regler vil anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog i 50% af indkøbene. Er det så i medfør af direktivets art. 26, stk. 4, litra b, hvor man overgår til udbud med forhandling, eller vil de 50% bestå af situationer hvor man fra begyndelsen vælger udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog?**

Det vil være hvor man fra starten vælger denne udbudsform. Det vil det helt klart. Vi føler at de kontrakttyper vi normalt har, falder ind under de muligheder der er for at bruge udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, næsten i alle tilfælde.

- **Det er vel også netop det, som præambelbetragtningerne lægger op til - at de fleksible udbudsformer bør kunne anvendes i alle tilfælde, som ikke omfatter hyldevarer?**

Ja, lige præcis.

- **Vil implementeringen af den nye lov overordnet betyde at flere udbud vil blive gennemført som udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog end tidligere?**

Det vil det helt klart. Noget af det vi kigger meget på med de nye muligheder, det er transaktionsomkostningerne når vi gennemfører udbud. Det er det jeg ser som barrieren for at bruge udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Omvendt så er der en kæmpe gevinst i at vi med de her mere fleksible udbudsformer kan håndtere forbehold, fejl og mangler i tilbuddene i højere grad end vi kan ved begrænset eller offentligt udbud, og så har vi jo muligheden for at tildele direkte på baggrund af det indledende tilbud, hvilket vi vil forbeholde ret til i alle udbud. Så man kan stille sig selv spørgsmålet om man ikke burde bruge udbud med forhandling, også selvom man ikke havde påtænkt at forhandle, bare som følge af, at man kan bruge det til at få afklaret eventuelle uklarheder, eller forbehold i tilbuddene, hvis det skulle vise sig nødvendigt. Og så ellers i øvrigt bare tildele direkte på baggrund af det indledende tilbud.

- **Hvilken af de to nævnte udbudsformer er i din optik mest anvendelig i praksis?**

Jeg tror at vi kommer til bruge udbud med forhandling som den primære fleksible udbudsform mere end konkurrencepræget dialog, også selvom betingelserne for at bruge dem er ens nu, så er der nogle forskellige i forhold til hvordan man forhandler og også i forhold til hvordan man shortlister undervejs. Konkurrencepræget dialog signaler ligesom en mere overordnet udbudsproces hvor ordregiver måske bare har nogle overordnede funktionskrav, som man ønsker at gå i dialog med tilbudsgiver omkring. Vores udbud er mere detaljeret beskrevet - vores krav, vores ønsker og så videre er fastlagt, men vi ønsker at kunne gå i forhandling enten omkring specifikt indhold i tilbuddet eller i forhold til fejl og mangler. Så det vil helt klart være udbud med forhandling som vil være vores udbudsform, når vi ikke laver offentligt eller begrænset udbud. Medmindre vi har de helt særlige typer af udbud hvor vi ikke rigtig selv kender vores krav til økonomi og juridiske forhold.

- **Det er altså udelukkende i specifikke ekstraordinære situationer i vil gøre brug af konkurrencepræget dialog?**

Ja altså, konkurrencepræget dialog. Det vil mere være typer af udbud hvor vi egentlig også kunne have brugt det tidligere. F.eks. OPP kontrakter osv. hvor udbud med forhandling er noget man kan tage som et alternativ til at lave begrænset eller offentligt udbud.

- **Hvilken betydning har implementeringen af art. 26, stk. 4, for den måde hvorpå Københavns Kommune fremadrettet vil gennemføre udbud, og i hvilke tilfælde vil det fremadrettet være oplagt at anvende en fleksibel udbudsform?**

Mange af de udbud vi laver, det er udbud af mere komplekse tjenesteydelser eller bygge/anlægskontrakter, men vi laver også udbud hvor vi skal indkøbe byggematerialer osv., hvor det egentlig bare handler om at følge nogle krav, og dem som kan gøre det billigst og hurtigst osv., tildeles kontrakten. I de tilfælde vil vi nok bruge de sædvanelige udbudsformer. Vi er lige nu i gang med at lave et udbud på en tjenesteydelse, som faktisk er en kompleks tjenesteydelse, men hvor værdien ligger på omkring 2,5 mio., og der har vi faktisk valgt at køre begrænset udbud, i stedet for udbud med forhandling fordi vi ikke vil lægge op til en meget ressourcekrævende udbudsproces, når nu omfanget af opgaven ikke er større end det er. Så der er også det med de her transaktionsomkostninger som er med i vores vurdering af hvilken udbudsproces vi gerne vil føre, selvom vi har måske bredere muligheder for at vælge en mere fleksibel udbudsform.

- **Hænger det sammen med at det behov som i nu engang har for forhandling og dialog undervejs, skal være stort nok til at oppebære de transaktionsomkostninger som forhandling eller dialog måtte indebære?**

Ja det synes jeg, og som jeg nævnte tidligere, så har vi jo mulighed for at tildele på baggrund af indledende tilbud, men der er også noget signalværdi i det for tilbudsgivere i forhold til om de overhovedet ønsker at deltage i processen når man kører udbud med forhandling, og specielt på tjenesteydelsesområdet. I de tilfælde vil de bagvedliggende foreninger på området, altså danske arkitekter og ingeniørforeningen osv. påberåbe overfor ordregivere, at transaktionsomkostningerne er større en selve kontrakten. Så der er også nogle som vælger udbuddet fra, når de ser en udbudsproces der vil være meget omkostningstung for deltagerne. Så derfor vælger vi også at signalere at det ikke er ønsket, at det skal være en meget omkostningstung udbudsproces, fordi vi godt er klar over at kontraktens værdi kan være begrænset.

- **Hvilke kriterier skal i din optik være til stede for at det giver mening at gennemføre et udbud via udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog?**

Jamen altså, indledningsvist da jeg læste loven troede jeg, at det ville afhænge meget af kompleksiteten i kontrakten. Altså at der skulle være tale om et behov som vi ikke kunne stille i forvejen. Men jo mere vi begynder at snakke om det og kigge på praksis, så er det meget det her med den økonomiske værdi i kontrakten, som ligesom skal kunne modsvare en mere ressourcekrævende proces, og den implementering der har været af art. 26, herunder de lovbemærkninger der er til § 61 lægger op til at vi næsten kan bruge det her i alle tilfælde, som vi også lige talte om. Så vi er ikke så bekymrede for om vi har en egnet kontrakt til at kunne gå i forhandling – vi er mere bekymrede for at det ikke er efficient samlet set, fordi man bruger mange ressourcer, eller lægger op til en proces der kan være meget ressourcekrævende. Vi ved, at vores tilbudsgivere i det opadgående marked vil være selektive, i forhold til hvilke udbudsprocesser de ønsker at deltage i. Så det er noget af det vi kigger meget på. Omvendt så er vi glade for den her adgang til at kunne lave direkte tildeling, og dermed tildele direkte på

baggrund af det indledende tilbud, som vi fokuserer meget på i vores udbudsmateriale. Fordi der nu er den her mulighed, kan tilbudsgivere sørge for fra start at give os det bedste tilbud, fordi udbud med forhandling muligvis alene kan være med henblik på at få forhandlet forbehold på plads, eller få afklaret fejl og mangler i tilbuddene.

- **Skaber det i din optik uigennemsigthed for tilbudsgivere at man ikke på forhånd ved, om kontrakten bliver tildelt på baggrund af indledende tilbud, hvis ordregiver blot reserverer retten til at tildele på baggrund af indledende tilbud?**

Det er helt klart en risiko man som tilbudsgiver skal være opmærksom på, og jeg opfordrer også til at man som tilbudsgiver er opmærksom på hvorvidt ordregiver har forbeholdt sig retten til at tildele på baggrund af indledende tilbud. Jeg tror, og der synes jeg implementeringen i den danske udbudslov har en svaghed, at hvis ordregiver skal forhandle med 3-5 og typisk 5 tilbudsgivere, fordi der er en lille forskel mellem det bedste og det næstbedste tilbud, så vælger man forhandlingen fra, for at spare ressourcer. Der er et tidsmæssigt aspekt i det her, som man også skal overveje, som kan gøre at man går væk fra at lave en fleksibel udbudsproces, selvom man måske kunne skabe en positiv økonomisk effekt, fordi man ikke har tid eller ressourcer til det. Særligt her indledningsvist hvor det stadig er et nyt og uklart område vi skal gå igennem, og der synes jeg at det er en svaghed, det her med at man ikke, som man f.eks. kan efter tilbudsloven, kan starte med at lave en shortlisting på baggrund af det indledende tilbud. Dermed ville man kunne gå videre med de 2 eller 3 bedste tilbud, hvor der reelt er konkurrence. Forestil dig en situation, hvor man skal gå forhandling med 3 tilbudsgivere, som aldrig ville have en chance for at få tildelt kontrakten. Det kan så måske betyde at vi fra start vil prækvalificere færre end de sædvanlige 5. Man kan gå helt ned og prækvalificere 3. Vi er bekymret for det, fordi der kan være nogle som hopper fra under vejs, og så er der pludselig kun 1 eller 2 tilbud tilbage. Det kan skabe tvivl om hvorvidt der reelt har været konkurrence om kontrakten. Derudover kan man komme til at afskære den tilbudsgiver, som efter nogle forhandlingsrunder ville have fremkommet med det bedste tilbud. Det er min egen opfattelse, at når vi snakker udbud efter tilbudsloven, hvor vi kan lave den begrænsning i hvem vi forhandler med, der må vi kun forhandle med op til 3, når vi kører efter det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og den bedste når vi kører efter laveste pris. Der er det lidt et skisma at man efter den nye udbudslov har vendt reglerne om, således at man indledningsvist skal forhandle med alle. Det følger helt klart af gennemsigtheden at man har valgt at prioritere det, men jeg ved blandt andet igennem en jurist fra FRI, altså ingeniørernes fagforening, som har siddet med i udbudslovsudvalget, at det kom helt bag på hende, at lovbemærkningerne og vejledninger lægger op til at man skal forhandle med alle, for det ønsker hun heller ikke for sine medlemmer pga. det her med transaktionsomkostninger. Så det bliver et skisma som findes i tilbudsloven. Lovbemærkninger lægger dermed op til en meget ressourcekrævende forhandlingsproces. Der er også den her § 5 omkring skriftlighed, hvor der heldigvis kom en ændring, men hvor man lægger meget vægt på kravene til skriftligheden og proceduren når man går i dialog med tilbudsgivere. De kan være meget tunge for ordregivere, og typisk vil ordregiver også have behov for at have sin tekniske rådgiver eller nogle andre teknikere involveret i de her forhandlingsprocesser, så man kan få afklaret specifikke løsninger som man har forhandlet sig frem til. Herunder om de også er anvendelige samlet set i processen. Det gælder både bygge/anlæg og særligt IT kontrakter. Hvis du skruer på et lille parameter, så har det konsekvenser hele vejen igennem det samlede projekt, og der er nogle som skal sidde med det fulde overblik over hvordan og hvorledes konsekvenserne af det man har forhandlet sig frem til ser ud. Det kan være man har fundet en bedre løsning på et element, men hvilken

betydning har det for andre elementer. Så der bliver også noget omkring risiko og ansvar. Vi gerne vil sikre os, at der hele tiden er placeret et ansvar hos dem som i vores termer har projekteret projekterne, således at de har ansvaret for det samlede design dvs. det forslag som en entreprenør f.eks. kan komme med i forhandlingsrunderne omkring optimering af et givent element i udbudsmaterialet. Der må vi have vores tekniske rådgivere til at gennemregne og gennemtjekke det, i forhold til det samlede projekt og tage ansvaret for det, således at vi kan konstatere at det påvirker projektet på kvaliteten. Så det er meget det her i forhold til hvilke kriterier som skal være afgørende, og transaktionsomkostninger må ikke sluge de mulige besparelser man kan forhandle sig frem til. Vi skal også sikre os at vi laver et appetitvækkende udbud fra start så de rigtige aktører, de bedste aktører, som har masser at lave også ønsker at deltage, og der har vi et skisma i forhold til at vi gerne vil benytte den fleksibilitet som findes i udbud med forhandling, vi vil gerne signalere at vi tildeler kontrakten direkte, men vi er også klar over at når udbud med forhandling vælges, så signalerer vi en mere ressourcekrævende proces for både os selv og tilbudsgiverne. Så kan man selvfølgelig som ordregiver vælge at give et tilbudshonorar, som vi også ofte vil gøre, hvis tilbudsgivere skal komme med et designelement i tilbuddet, men det vil aldrig være på niveau med, hvad man som tilbudsgiver bruger på at udarbejde tilbuddet.

- **Nu siger du, at det i højere grad afhænger af kontraktens økonomiske størrelse, hvorvidt det kan betale sig at indgå i forhandling eller dialog med tilbudsgiver, men er det ikke ofte sådan at graden af kompleksitet og kontraktens økonomiske værdi går hånd i hånd?**

Jo, altså nu har vi nogle opgaver hvor det er mere kvantitet. Det koster x antal kroner at lægge en ny vej, og hvis du skal lægge vej på 1 kilometer så er det en lille kontrakt, og hvis du skal lægge vej på 10 kilometer er det en stor kontrakt, men kompleksiteten ændres ikke. Men ofte vil det være sådan at det går hånd i hånd. Hvis en kontrakt er meget kompleks, vil der også automatisk være nogle risikotillæg osv. som skal indregnes. Kompleksiteten er afgørende på den måde, at jo flere parametre som skal forhandles på plads, jo bedre er mulighederne for at udvinde værdi ved forhandling og dialog. Hvis du kan finde en besparelse på 1 km. vej, tidobles gevinsten hvis der skal lægges 10 km. Den økonomiske størrelse vil også når vi snakker om effekten af forhandlingerne være afgørende.

- **I hvilken grad varierer anvendeligheden af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog mellem forskellige sektorer og ydelser, og hvor vil det være mest oplagt at anvende fleksibelt udbud?**

Altså som sagt arbejder jeg selv udelukkende med bygge/anlægs opgaver. Vi kunne se at vores område, IT området og generelt tjenesteydelser er ligesom det der bliver fremhævet som eksempler i lovbemærkningerne til udbudsloven, og det er også der hvor jeg forestiller mig at der er den største anvendelighed, fordi der ofte vil være et designelement i det vi får ind. Vi kommer ikke til at sidde og beskrive alting. Det er ligesom markedet der skal komme på banen med løsningsforslag, og ikke os som ordregiver. Så det tror jeg helt klart vil være sektorer hvor det vil give mening. Det er også typisk der hvor man ser de største kontrakter. Så er der selvfølgelig det omvendte med varerne, hvor jeg også tror man vil kunne bruge de her udbudsformer, hvis man har nogle funktionskrav, men hvor det samtidig er mere traditionelt at man kan definere varen. Et eksempel kunne være toiletpapir – her vil det være ganske let at beskrive varen. I disse

situationer er det mere ordregiver der definerer sine krav ud fra nogle branchetilstande. Vi kører hos os, som klar hovedregel, efter det økonomisk mest fordelagtig bud dvs. bedste forhold mellem pris og kvalitet. Vi har således altid et kvalitativt element i konkurrencen, således at vi ikke blot hæfter os ved prisen, men man ser ofte ved varer at kontrakter bliver tildelt på baggrund af laveste pris. Så længe jeg som ordregiver får mine krav opfyldt betyder det ikke noget, om det er libero eller whatever. Det taler også for at man ikke kører udbud med forhandling ved relativt simple vareindkøb, selvom man, mig bekendt, godt kan køre udbud med forhandling med tildeling på baggrund af laveste pris. Så i min verden har jeg svært ved at se hvornår det giver mening kun at tildele på baggrund af pris, hvis der er tale om en ydelse hvor man ikke selv har defineret det hele fra start. Jeg kunne, når man snakker forhandling, forestille mig at tilbudsgiver kommer med en form for kvalitet, og det skal man fange i sine tildelingskriterier. Grundlaget for at vælge udbud med forhandling udviskes en lille smule hvis man ikke kan tildele de kvalitative egenskaber værdi når vurderer de indkomne tilbud. Det udtrykker også et signal om at anvendelsesområdet for udbud med forhandling er meget bredt. Der skal ikke meget til før man kan bruge det.

- **Der blev i december 2015 gennemført et rekordstort antal udbud. Hvad skyldes det – usikkerhed omkring det nye retsgrundlag, eller mindre gunstige udbudsregler for ordregiver?**

Jeg tror helt klart at det skyldes et element af usikkerhed omkring reglerne. Man gennemfører helst udbud efter de regler man kender. Det skyldes også reglerne i § 160 og § 185, hvorefter kontrakter kan ophæves, samt kravet om at det fulde udbudsmateriale skal ligge klart fra start. Når vi sidder og laver vores bygge/anlægskontrakter bruger vi lang tid på at designe og beskrive opgaven. Vi ved ofte hvilken opgave vi skal lave, men detaljerne er måske ikke fastlagt, og der har vi tidligere igangsat udbudsprocessen ved begrænset udbud 1,5-2 måneder før vi har været færdige med at lave det fulde udbudsmateriale, fordi vi har vidst at vi har kunnet beskrive opgaven tilstrækkeligt klart til at vi sagtens kan udvælge de bedst egnede tilbudsgivere. Så kører man altså en parallelproces i 2 måneder som man ikke kan gøre længere. Så vi taber i princippet 2 måneder på de fleste af vores udbud som følge af de nye regler. Der skal nu bruges mere tid og flere ressourcer på at definere ydelsen inden vi kan igangsætte proceduren. Der er også det her med at vi skal have lavet det fulde udbudsmateriale klart, og når vi har en bygge/anlægskontrakt er der måske 100 tegninger vedlagt - sådan nogle små petitesse tegninger, der bestemmer at kvoten på en kantsten skal være på en bestemt måde. Det er ikke noget der har betydning for om opgaven er interessant for en tilbudsgiver, men det er en del af det samlede udbudsmateriale, så det skal vi have lavet færdigt nu hvor hele pakken skal være klar inden vi prækvalificerer. Dvs. At vi kommer til at have 2 måneder plus stilstand hvor vi ikke kan udvikle opgaven yderligere, og hvor vi bare sidder og bruger tid på at modtage ansøgninger og måske bruger energi på at self-cleane og få alle de nye forhold på plads. Jeg har en kammerat som har skrevet udbudsloven fra konkurrence og forbrugerstyrelsen og han sagde meget passende at det lidt har været ordregivers regulering tidligere i udbudsdirektivet. Det har været meget ordregivervenligt. Vi har virkelig kunnet strukturere udbudsprocessen, helt ned til forskellige tidspunkter på forskellige dage hvor vi gør det ene og det andet, så vi har kendt hele udbudsflowet fra start til slut. Vi har godt nok skullet leve op til nogle krav omkring gennemsigtighed, men der har i høj grad manglet gennemsigtighed omkring mange ting, det kan jeg godt se som ordregiver. Men det giver også nogle skøn og muligheder som er blevet taget fra os efter udbudsloven. Det er klart at omfanget af § 160 skaber kæmpe usikkerheder, og der er

bekymring for om man laver ikke-graverende fejl, som vi har været vant til har været sanktioneret hårdt tidligere, men mindre fejl som uegnet evalueringsmetode, forkert håndtering af forbehold osv. som vil betyde at vi nu skal bringe kontrakten til ophør. Det med at bringe en kontrakt til ophør på bygge/anlægsområdet er altså meget meget kritisk og har en kæmpe økonomisk konsekvens. I kender måske Inderhavnsbroen hvor man havde en kontrakt som ophørte som følge af en konkurs. Det med at få en ny entreprenør til at overtage ansvaret for en halvt færdig bro med et specifikt designelement i sig, det koster rigtig mange penge og tager rigtig lang tid, og det bliver ikke bedre af den grund. Fejlmarginen er lige pludselig blevet snævret ind. Risikoen ved at overtræde er blevet meget større. Så det tror jeg har været årsagen til at mange har ønsket at få det kørt igennem efter de gamle regler. Jeg har selv haft nogle udbud hvor jeg godt kunne tænke mig at køre udbud med forhandling, og hvor der var mulighed for at køre udbud med forhandling, men hvor vi konkluderede at det samlet bedst kunne betale sig at køre efter de regler vi kender, hvor vi er trykke.

- **Hvilken betydning har § 160 for anvendelsesmulighederne for udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog?**

Ja altså, jeg tror i praksis vil det betyde at man enten ikke vil vælge udbud med forhandling eller at den proces man gennemgår vil blive begrænset af, at man hele tiden skal sikre sig at de forhandlinger man har, er noget man kan trække ind under sine tildelingskriterier og sin beskrivelse af hvordan man vil evaluere. Så jeg tror det vil skabe det her element som også har været et kendt udbudsretligt træk - det her med at vi ikke kan tillade os at blive klogere undervejs, for så har vi ikke grebet det i den måde hvorpå vi vil evaluere, eller i de krav vi har fastsat.

- **Er det ikke formålet med udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog at man bliver klogere undervejs og tilpasser ydelsen i takt med at man konsulterer markedet?**

Jo, det er sådan som jeg ser det. Netop det her med at mit behov ikke er afklaret fra start, og det skal afklares undervejs. Særligt konkurrencepræget dialog lægger op til, at jeg ikke ved hvad jeg gerne vil have. Men det skal jeg så finde ud af. Så vil tilbudsgiver og lovgivere mene at man blot kan planlægge sit udbud bedre fra start og evt. køre en markedsdialog, så du kan definere dine tildelingskriterier sådan at det passer med det du kan blive overrasket over undervejs. Realiteten er bare, at sådan er det ikke i virkeligheden. Det er nærmest umuligt at kunne forberede sig på hvad der kommer til at ske i en fase hvor man måske ikke har planlagt udbuddet fra start. Særligt ved konkurrencepræget dialog kan der jo gå halve til hele år. Tænk på IT markedet og den udvikling som findes der. Det er umuligt at følge den teknologiske udvikling når processerne skal være så lange. Jeg har hørt en oplæg omkring IT udbud, hvoraf det fremgik at alt er nyt efter 2 år, og det kan snildt tage 1,5 år at køre en god konkurrencepræget dialog. Så jeg synes det er utrolig svært. Det afhænger selvfølgelig også af hvorledes praksis kommer til at ligge i forhold til § 160 og hvor specifik man skal være i sin evalueringsmetode, men meget af det bliver også begrænset af, at man skal være klar over hvad man lægger vægt på under de forskellige kriterier. Hvad lægges der vægt på indenfor f.eks. kvalitet? Der er også grænser for hvor bredt det kan defineres. Det er ikke tilstrækkeligt at efterspørge en god kvalitet. Man må klart beskrive hvad der i det konkrete udbud betragtes som god kvalitet. Det er ikke kun § 160 men således også de generelle krav til hvad man skal beskrive. Man skal beskrive hvad der får betydning for

evalueringen og der er jo den her Q-free kendelse som også er blevet drøftet, hvor man siger at det er et brud på ligebehandlingsprincippet at man behandler noget forskelligt enten i pris eller kvalitet, forstået på den måde at man måske godt er klar over at man får en bedre pris eller kvalitet, men ens evalueringskriterier kan simpelthen ikke rumme den ekstra kvalitet, så du kan ikke medtage det som et positivt element i din vurdering. Du må ikke ændre på det, og så lægge vægt et nyt element. Det er et klart brud på udbudsreglerne. Men er det også et brud på udbudsreglerne hvis det ikke tillægges værdi, når du er klar over at du får mere hos en tilbudsgiver, men det ikke fanges af din evalueringsmetode? Hvis det er tilfældet, så er det godt nok svært at være ordregiver. Så jeg synes faktisk også at Q-free kendelsen burde have været fanget af §160 stk. 2. Det var beskrevet at priser under 28 mio. ikke ville få en bedre vurdering end priser på 28 mio. Ordregiver gav point i spændet mellem 28 og 38 mio. Der blev givet et tilbud til en værdi på 26 mio. Hvad gør man som ordregiver i denne situation? Du kan ikke ændre således at spændet starter på 26 mio. Det må man i hvert fald ikke, og det er åbenbart også et brud på ligebehandlingsprincippet at det ikke tillægges værdi. Derfor er den eneste reelle mulighed ordregiver har at annullere udbuddet og starte forfra, og det er bestemt ikke samfundsmæssigt efficient. Så det får kæmpe betydning og i praksis får det betydning for hvor brede vi laver de her forhandlingsrunder og den her dialog, det bliver meget ordregiverstyret tror jeg, så man på forhånd bestemmer hvad der forhandles om, og hvor man som ordregiver må tage skyklapper på for den yderligere værdi man kan se. Man afgrænser simpelthen nogle elementer således er der udelukkende er fokus på de kriterier som kan fanges af evalueringsmetoden. Det kan måske også tale for at man i højere grad bare vil tildele direkte på baggrund af det indledende tilbud, fordi man måske kan se at der er flere værdier i tilbuddene, men du kan alligevel ikke fange det i forhandlingsrunderne. Der var en sag hvor man skulle bruge noget tøj, altså nogle uniformer og det ordregiver lagde vægt på, var at uniformerne var lette at vedligeholde og rengøre. Det var sådan nogle ting man kiggede på. Der var en tilbudsgiver som simpelthen sagde til ordregiver, i skal simpelthen ikke købe uniformer, i skal lease dem. Hver gang i har brug for rene uniformer kommer jeg og leverer nogle nye. Det var en kæmpe god ide, da det var meget dyrere for ordregiver at vedligeholde tøjet end det var for den eksterne part. Men det var ikke det ordregiver havde lagt vægt på. Hvordan kan du fange det, hvis du ikke som ordregiver lige havde haft en dialog med den tilbudsgiver indledningsvist, så du havde kendt til denne mulighed? Det er det samme som det klassiske bro/tunnel eksempel. Det er utrolig svært at beskrive kvalitative kriterier, hvor du regner med at få en bro og måske lægger vægt på god sikkerhed i forhold til, at man ikke kan falde i vandet, og det skal være lettere at vedligeholde veje, og det du får er en tunnel. Altså, hvordan man skal kunne beskrive det ved jeg faktisk ikke, det må jeg ærligt indrømme.

- **Hvordan forventer du at de modstridende hensyn som fremgår af § 61/67 og § 160 afstemmes i praksis og forventer du en mindre restriktiv fortolkning af § 160 end lovteksten lægger op til?**

Altså jeg kan sige at jeg håber det i hvert fald. Specielt med § 67 omkring konkurrencepræget dialog, der må det simpelthen være en nødvendighed at man er berettiget til at skrive det mere overordnet. Der er jo også i et vist omfang stillet spørgsmålstejn ved muligheden for, inden tilbudsfristen endelig udløber, at ændre lidt på det. Det ville også være en praktisk meget anvendelig ting at have med. Man skal selvfølgelig ikke kunne ændre i det grundlæggende, således at man kunne have tiltrukket andre tilbudsgivere fra udbuddets start, men jeg synes godt der må være visse former for korregeringer af vægtningen, således at der kan lægges vægt på et

bud på 26 mio. frem for 28 mio. eller andre korregeringer som alle der tager del i forhandlingerne, får mulighed for at optimere deres tilbud på baggrund af. Umiddelbart er min opfattelse at klagenævnet vil være meget restriktive ved det, og der er jo ikke i § 160 lagt op til at det skal fortolkes forskelligt afhængigt af hvilken udbudsform der er tale om, og det tror jeg klagenævnet vil kigge på, så det formentlig vil være en generel praksis som gælder for alle udbudsformer. Der har i hvert fald ikke tidligere ved de forskellige udbudsformer været lagt op til, at man har haft forskellig praksis fra klagenævnet i forhold til evalueringsmetoder og det her med at lave en egnet evalueringsmodel, uanset om der har været tale om udbud med forhandling eller begrænset udbud. Men jeg synes at man i praksis burde kunne skelne, men jeg tror ikke det sådan vi kommer til at de lovgivningen. Jeg synes generelt at der i klagenævnets praksis også efter det gamle direktiv har været fokus på at man godt kunne skrive ord som "for eksempel" og "blandt andet" i relation til kvalitet, hvilket måske kan åbne muligheden for bredere formuleringer i udbudsmaterialet specielt ved konkurrencepræget dialog, således at man udviser en forståelse for at det er svært at være ordregiver ved fleksible udbudsformer. Der kunne enten tillades bredere formuleringer i udbudsmaterialet, eller en knap så restriktiv tilgang til ændringer undervejs i processen. Typisk når man snakker konkurrencepræget dialog kan man fra start skrive materialet bredt, og det gør jo også at udbuddet appellerer til en bredere kreds af tilbudsgivere, så de ændringer der sker efterfølgende indenfor de brede beskrivelser burde ikke i samme grad have indflydelse på hvem der potentielt kunne have været interesseret i kontrakten. Så man kunne godt forestille sig en praksis hvor man ved anvendelse af fleksible udbudsformer og mere fleksible udbudsmaterialer, kan foretage flere ændringer i sine evalueringsmetoder og kriterier, end man måske kan ved andre udbudsformer, netop som følge af, at man ikke vil se at det er udtryk for en grundlæggende ændring som jo bliver defineret som noget der kunne have påvirket hvem der ellers kunne finde interesse i udbuddet. I bogen udbudsloven er forfatteren med forhoppet over at man kan ændre i udbudsmaterialet hvilket i vedkommendes optik må være i strid med udbudsdirektivet. Det er altså forbundet med en vis usikkerhed hvis man som ordregiver begynder at ændre i sine tildelingskriterier og sin evalueringsmetode undervejs. Det er hovedreglen at det ikke kan lade sig gøre, men det er ikke udelukket, og spørgsmålet bliver om der skal være en bredere adgang når man fra starten har lavet et bredt udbud, fordi det er udbud med forhandling eller særligt hvis det er en konkurrencepræget dialog. Så man kunne måske godt forestille sig en praksis i den retning. Omkring selve legaliteten for indførelsen af § 160 er det også interessant at bemærke generaladvokatens udtalelser i sag C-6/2015, TNS Dimarco NV mod Vlaams Gewest. Generaladvokaten (P. Mengozzi, red.) udtrykker sig generelt kritisk omkring det faktum, at man som lovgiver kan kræve, at ordregiver på forhånd offentliggør bedømmelsesmetoden. Denne tvivl omkring selve legaliteten af det her krav, kan måske også føre til en videre fortolkning, særligt ved udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, hvor der synes at være en vis logik i at tillade lempelser.

- **Hvilken betydning har det at store dele af fortolkningsbidragene er nedfældet i præambelbetragtninger og forarbejder frem for i lovteksten?**

Altså det er jo juridiske metode, hvor vi traditionelt er lidt uskarpe os cand.merc.jur'er (grin). Altså vi har hørt formanden for klagenævnet for udbud sige, at han vil køre juridisk metode på det forhold, så hvis der er noget i forarbejderne som ikke er fanget i selve lovteksten, jamen hvis der er tale om en meget byrdefuld regulering, så vil han ikke tillægge forarbejderne så stor værdi. Det her med præambelbetragtningerne har vi jo været vant til, der har også været

præambelbetragtninger i det gamle direktiv, om end ikke ligeså mange, men betragtning 8 har der fra klagenævnets side været henvist til flere gange, så vi er vant til at præambelen tillægges en vis betydning, og bruges som hjemmel til at gøre forskellige ting. Men forarbejderne er nye for os, og det får loven rigtig meget kritik for. Utrolig meget af lovreguleringen findes i forarbejderne, og også rigtig meget byrdefuld regulering findes i forarbejderne. Så det er helt sikkert noget hvor vi i praksis må se hvor vi lander henne. Klagenævnet for udbud har tidligere i en sag omkring håndhævelsesloven frasagt sig helt klare lovbemærkninger, i forhold til retsvirkningen ved de her profilaksebekendtgørelser, og om hvad der skulle til for at man kunne få erklæret en kontrakt for uden virkning, og det har givet alle os udbudspraktikere sved på panden i forhold til at henvise til forarbejderne, når vi skal redegøre for, hvorfor vi har gjort som vi har gjort. Omvendt så kan du ikke navigere efter udbudsloven uden at være opmærksom på hvad der står i forarbejderne. Set fra ordregivers synspunkt, er der mange positive ting men der er også mange negative ting. Så jeg tror at jeg som offentligt myndighed og som ordregiver vil læse forarbejderne nærmest på lige fod med lovteksten, og så agere efter det. Jeg håber også at klagenævnet vil gå ind som en del af den juridiske metode og kigge på nogle formålsbetragtninger i forhold til hvad formålet har været med de forskellige bestemmelser, og der må forarbejderne være et givende redskab til at fortolke formålet, men det kan jo være et lidt autonomt klagenævnt en gang i mellem (grin).

Man er jo i forarbejderne også gået efter at tilsidesætte tidligere klagenævnspraksis, så der er jo også nogle personlige følelser på spil for folk i det her, som gør at klagenævnet måske vil afvise nogle forarbejder hvis der ikke er klar hjemmel i loven, og hvis det er noget som strider mod den praksis som man har haft tidligere. Formanden for klagenævnet sagde det udmærket - han sagde at hvis man er i tvivl, så gå tilbage til de generelle principper omkring ligebehandling og gennemsigtighed. Kan det givne tiltag stadig gå selvom lovbemærkningerne siger et eller andet? Det er nok det man som ordregiver må forsøge at gøre. Så jeg synes det er problematisk. Det skaber en juridisk usikkerhed, men jeg vil som ordregiver forholde mig til forarbejderne og agere i henhold til forarbejderne medmindre de er direkte i modstrid med lovteksten, hvilket jeg endnu ikke har set eksempler på (grin). Jeg vil bruge de muligheder som findes i lovteksten og samtidig være opmærksom på de begrænsninger som findes i lovforarbejderne.

- **Findes der nogle alternativer til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, f.eks. forudgående markedsundersøgelser eller alternative bud?**

Altså det her med forudgående markedsundersøgelser det kommer vi til at bruge i højere grad end vi har gjort tidligere. Netop fordi tingene skal være på plads og offentliggøres og vi skal kunne beskrive tingene på et meget tidligt tidspunkt, hvor vi ikke ved hvilke tilbudsgivere vi kommer til at have konkurrencen iblandt. Jeg tror ikke på, at vi via markedsundersøgelser og markedsdialog kan få en egentlig afklaring af, hvad alle de potentielle tilbudsgiver som kan deltage i udbuddet har af holdninger til forskellige ting, og det er i øvrigt også meget omkostningstungt. Men man kan selvfølgelig blive klogere, f.eks. i forbindelse med det tidligere eksempel omkring uniformer. Man kan, i stedet for at tage det samme udbudsmateriale som blev anvendt sidste gang ydelsen blev sendt i udbud, høre markedet hvad praksis er på det pågældende område. En anden løsning som ikke er fuldgod, er at lave behovskrav og funktionskrav, som jeg tror kan være et alternativ. Det som ordregiver gerne bare vil have, er en dialog omkring hvordan man opfylder funktionskravene og der er det ikke altid man fanger det tilstrækkeligt i sine tildelingskriterier. Selvom det mest fordelagtige tilbud opfylder alle funktionskrav, kan ordregiver godt synes at det er noget lort (grin), og derfor vil man gerne som

ordregiver i dialog med tilbudsgivere og høre om der ikke kan findes en anden løsning på et givent element. Alternative tilbud ser jeg meget sjældent da der er nogle meget specifikke krav til hvordan man kører alternative tilbud, så noget vi benytter os af i stedet, er sideordnede tilbud. Altså hvis vi er lidt usikre på, om vi skal have den ene type sten eller den anden type sten, beder vi om at få prissat og beskrevet begge stentyper. Der skal man være opmærksom på at lovbemærkningerne til sideordnede tilbud har skærpet den her proces som sideordnede tilbud køres efter, således at det i dag er vanskeligere end det har været tidligere. Før har man kunnet bede om sideordnede tilbud på et element, og der kan man som ordregiver vælge det bedste eller det billigste alternativ. Nu skal der foreligge en evalueringsmetode som også fanger sideordnede tilbud på et mere matematisk grundlag, så det er blevet sværere. I dag skal man kunne evaluere på alle mulige løsninger og beslutte hvilken løsning der giver det bedste resultat i sidste ende. Det er faktisk i praksis meget svært

- **Er det overordnet dit indtryk, at der efter det nye regelsæt vil blive gennemført flere økonomisk efficiente udbud?**

Det tror jeg på lang sigt at vi vil se, når der lige kommer en praksis som lægger sig. Det her med ikke at skulle kassere udbud pga. små forbehold er særligt noget af det, som vil skabe værdi. Det at man er i stand til at håndtere forbeholdene er meget anderledes end hvad vi har oplevet tidligere. Der kan ligefrem lægges op til, at der kan tages forbehold for forskellige elementer, således at der kan spørges ind til cost-drivers bag de forskellige forhold, og dermed få italesat nogle af de ting og få en dialog i gang. Jeg tror at man vil kunne skabe en mere effektiv fordeling af risiko forudsat at man vælger en fleksibel udbudsform. Vi får ofte tilbud ind hvor tilbudsgiver har taget forbehold for et krav, hvorefter jeg orienterer den pågældende medarbejder som har skrevet udbudsmaterialet herom. Hertil svarer medarbejderen at det er ligegyldigt og ikke betyder noget. Tilbuddet er altså godt, men efter de tidligere regler har vi kunnet konstatere at det faktisk overhovedet ikke er ligegyldigt (grin). Det er det pågældende forbehold som har forhindret ordregiver i at antage det pågældende tilbud, og det har angiveligt ikke været meningen med det pågældende krav i udbudsmaterialet. Man ville gerne antage tilbuddet, men man har som følge af den manglende fleksibilitet, som har været i udbudsreglerne, ikke kunnet gå på kompromis med egne krav. Så det at man kan snakke i højere grad og dermed sige: "Okay, jeg vil gerne ændre mit udbudsmateriale, ikke i forhold til mindstekrav, men i forhold til almindelige krav", er meget værdifuldt. Det er det jeg tror der giver de efficiente udbud. Jeg tror også vi kommer til at have mere ro i maven omkring udbud på funktionskrav, som jo også bliver beskrevet som noget, der skal fremme effektiv konkurrence. At man beskriver ønsker til funktionalitet frem for krav, netop fordi man kan gå i forhandling omkring de pågældende funktionskrav. Særligt også det her med at man, uden at ændre for meget, kan sige: "Okay, det kan godt være at det her forhold ikke var defineret i mine funktionskrav, men til næste forhandlingsrunde må i gerne forberede et bud hvor det her parameter indgår, som et nyt krav fra mig". Det er noget der har været problemer med omkring funktionskravene tidligere. Vi har været nødt til at afslå løsningen fordi det ikke kan henføres til de i forvejen valgte funktionskrav. Dermed har vi været tvunget til at vælge en løsning selvom vi ikke kunne lide løsningen. Der kan man nu bruge udbud med forhandling til at sige: "Næste gang skal det her forhold være en del af løsningen". Her tror jeg der kan findes meget værdi, som gør at vi kommer til at være lidt mere overordnede i vores funktionskrav til at starte med og efterfølgende kan uddybe. Inden for visse grænser selvfølgelig. Her tror jeg der ligger rigtig meget værdi. Jeg tror at mange udbud tidligere har været kendetegnet ved, at man har skrevet krav, krav, krav, krav, krav, krav, krav.

Særligt når man snakker ordregivende myndigheder er der typisk 10 forskellige afdelinger som hver især påvirker et udbudsmateriale med deres respektive krav, og de bliver bare lagt ind i en samlet kravspecifikation på 20-50 sider som er udtryk for alle mulige krav, og hvis du spørger den pågældende person om det er et vigtigt krav, vil de fleste svare nej. De bliver skrevet ind som en helgardering, men har ofte en negativ effekt. De tænker at det er bedre at have med, end det er at undvære, men konsekvenserne er ofte store. Man forsøger at helgardere sig selvom det ikke er økonomisk efficient. Nu kan man begynde at diskutere cost-drivers så unødvendige krav løbende kan modificeres, når blot disse ikke er defineret som mindstekrav.

- **Synes du at udbud med forhandling burde kunne vælges fuldstændig frit, på lige fod med offentligt og begrænset udbud, således at der ikke eksisterede betingelser for anvendelse?**

Ja! Jeg synes at den eneste barriere er det her med transaktionsomkostningerne, og en ordregiver som ønsker det, kan sagtens putte en masse transaktionsomkostninger ind i et begrænset udbud (grin), så jeg har svært ved at se det, særligt med de regler som nu findes i forhold til hvor gennemsigtigt processen skal gennemføres. Hvorfor er det, at vi ikke har lov til at gå i dialog? Vi stiller ofte os selv det spørgsmål – en privat part ville jo aldrig nogensinde lave indkøb på de her vilkår overhovedet. Det her med at blive klogere undervejs må vi jo ikke. Det er jo en meget speciel måde at købe ind på. Så jeg forstår ikke at adgangen ikke er bredere, og at udbud med forhandling stadig er en undtagelse, men jeg tror at barriererne i praksis vil være meget små. Man kan jo, når det antages at adgangen i praksis vil være bred, stille spørgsmålstejn ved hvorfor det overhovedet er reguleret. Hvis man vil klage over et udbud som er kørt som udbud med forhandling, vil der jo være en rigtig god sag, hvis det kan bevises at ordregiver ikke var berettiget til at vælge denne udbudsform. Enten hvis adgangsbetingelserne ikke var opfyldt, eller at man ikke undervejs har fulgt forskrifterne for processen. Hvis udbuddet ikke lovligt kunne have kørt på den pågældende måde, kan der heller ikke foretages en lovlig tildeling i sidste ende, og det er nok noget af det vi kommer til at se klagesager på. Jeg tror nu nok at klagenævnet alligevel vil afvise langt de fleste tilfælde hvor sådanne påstande påberåbes.

Bilag 5

Opfølgende spørgsmål til Emil Schütze

1) I det ovennævnte interview nævner du, at de fleksible udbudsformer i praksis ofte fravælges fordi ordregiver og/eller tilbudsgiver ikke tror på, at det er de ekstra transaktionsomkostninger "værd". Tror du at en udbudslovgivning, der gav videre mulighed for længerevarende samarbejder (modsat projektbaserede) ville ændre denne tendens?

Det er klart, at jo mere dækkende et udbud er for ordregivers kommende behov, og dermed også jo mere værdifuld en udbud kontrakt er, desto større incitament er der til at gennemføre udbuddet efter en proces, der giver de bedste betingelser for at sikre de bedst mulige tilbud. Og det gør de fleksible procedurer. I en sådan situation ser man ofte, at ordregivere er villige til at bruge flere ressourcer og tid på at planlægge og gennemføre udbuddet, og det samme vil gælde de markedsaktører, der skal deltage i processen. Det er meget typisk, at parterne i en udbudsproces vurderer transaktionsomkostningerne ift. værdien af den kontrakt der udbydes.

Hvis man ser bort fra hovedreglen om, at en rammeaftale kun må vare i 4 år, så synes jeg dog ikke, der er så mange begrænsninger i udbudslovgivningen, der forhindrer længerevarende samarbejder. Så er det mere ordregivers manglende indsigt i hvad behovet er på den lange bane, der sætte begrænsninger.

2) § 160 har nu et år mere på bagen, er det din vurdering at der er kommet mere klarhed over rækkevidden, og opleves bestemmelsen fortsat som en begrænsning for at blive klogere undervejs i udbudsprocessen?

Desværre har vi (endnu) ikke fået afgørelser fra Klagenævnet for Udbud, som giver et bedre indblik i hvordan § 160 skal forstås. Vi ved, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kører en sag mod en Region omkring rækkevidden af § 160, men resultatet af sagen må vi nok vente et stykke tid på. Hos os har § 160 ikke givet problemer, og min umiddelbare opfattelse er, at de fleste ordregivere ikke har haft problemer med bestemmelsen.

Jeg synes dog stadig bestemmelsen, sammen med lovbemærkningerne til § 2 ift. muligheden for at foretage ændringer i løbet af en udbudsproces, herunder særligt begrænsninger ift. omfanget og indholdet af underkriterier, er en hæmsko ift. at gennemføre fleksible udbudsprocedurer.

Et interessant spørgsmål i denne sammenhæng er, om ordregivere i de fleksible udbudsformer, herunder særligt konkurrencepræget dialog, har videre muligheder for at ændre i udbudsmaterialet i løbet af udbudsprocessen. Se fx denne artikel <https://udbudsportalen.dk/wp-content/uploads/artikel-konkurrencepraeget-dialog.pdf>

Særligt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er fokuseret på, at der, også ved de fleksible procedurer, er væsentlige begrænsninger i hvilke ændringer ordregivere kan foretage, når de bliver klogere i løbet af udbudsprocessen. Her er der (nok) en tendens til, at ordregivere føler sig mere frie end fx EU-domstolen mener man er – ser hertil denne nye afgørelse (præmis 69).

-
77) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d64dd97c0333ad4a29b1ea8ff69911accf.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax0Ke0?text=&docid=189626&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=753590>

Omvendt til EU-domstolen, så er Klagenævnet for udbud nok mere imødekommende for ændringer, se fx denne afgørelse, der dog er meget konkret https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/udbud/joint_venture_salini-impregilo-samsung-bunte_mod_femern_as.pdf

Men ift. dit spørgsmål så mener jeg udbudsreglerne, herunder § 160, opsætter nogle begrænsninger ift. at ordregiver kun i begrænset omfang kan ændret foretage ændringer i løbet af udbudsprocessen, når man er blevet klogere. Hertil vil nogle mene, at man blot kan lave markedsdialog inden udbuddet, men jeg synes det er forsimplet at tror markedsdialog betyder, at ordregiver (og tilbudsgivere) ikke bliver klogere i løbet af udbudsprocessen, når man rigtigt går i detaljen med hvordan den udbudte opgave skal løses.

3) Du nævner kort, at du ser udbudsformen konkurrencepræget dialog, som et alternativ til OPP, hvilke karakteristika mener du skal være tilstede før et OPP samarbejder bliver attraktivt for ordregiver?

Ift. dit spørgsmål, så er der mange overvejelser der skal ind over, og en del går på finansieringen og risikodelingen. Finansieringen ved at ordregiver ikke behøver have penge op af lommen fra starten, men kan afbetale over en længere periode (typisk 20-30 år). Risikodelingen er udtryk for, at ordregiver lægger større risiko over på de private aktører som både skal opføre og drifte bygningen eller anlægget. Det er dog ikke noget ordregiver slipper gratis for, og derfor er der fx i Kbh. Kommune lidt tilbageholden med at bruge OPP da vi selv har pengene og kompetencerne.

Bilag 6

Skriftligt interview med Jacob Ellesøe Kirstein – Udbuds og entreprise jurist i Københavns Kommune.

1) Er det din oplevelse, at udbudslovens juridiske rammer tillader, at du (i tilstrækkelig grad) kan indgå samarbejder på lidt længere sigt med tilbudsgivere/samarbejdspartnere?

Svar: Ja, det har vi gjort med de strategiske partnerskaber (se evt. mere her: <http://www.kk.dk/artikel/koebenhavns-kommune-vil-bygge-smartere>). Men udbudsreglerne betyder i praksis, at vi i den forbindelse bl.a. har måttet opfinde en objektiv prismodel, som skulle konkurrenceudsættes hvad der undervejs har givet anledning til en del overvejelser.

2) Oplever du at kravene om hvad der skal fastlægges i udbudsmaterialet jf. udbudslovens § 160, begrænser ordregivers mulighed for at "blive klogere undervejs"?

Svar: Som udgangspunkt har Udbudsloven "blot" kodificeret/fastlagt rammerne for ændringer undervejs i udbuds-/kontraktfaserne.

Disse regler giver mulighed for en mere betryggende ændringsprocedure, da der nu er egentlig lovgivning - frem for praksis ved Domstol/Klagenævn for udbud - at læne sig op ad, når ændrings lovlighed skal vurderes. Kravet om offentliggørelse har dog medført en periode, hvor arbejdsgange hos ordregivere og særligt rådgivere har skullet revideres, da der tidligere har været arbejdet videre med udbudsmaterialet i prækvalifikationsperioden. Det vurderes umiddelbart, at denne ændring efter en tilvænningsperiode bliver indarbejdet i tidsplanerne og vil medføre bedre udbudsmaterialer.

Det er dog tvivlsomt, om de positive effekter ved en tidligere offentliggørelse opnås i fuld grad idet de - uofficielle - tilbagemeldinger fra særligt entreprenørbranchen har været, at de ikke har tid til at beregne tilbud/minutøst gennemgå udbudsmaterialer i sager, hvor der endnu ikke er prækvalificeret ansøgere, da de er for usikre på at blive prækvalificerede - og dermed få chance for at vinde udbuddet - til at kunne afsætte mandskab til at lave detaljerede gennemgange af materialerne. Der er dog alene tale om "uofficielle" samtaler angående emnet, men det ville nok være oplagt at høre f.eks. Dansk Byggeri om deres erfaringer fra branchen generelt, hvis spørgsmålet bliver en større del af specialet.

3) Efter de gældende regler, benyttes den begrænsede adgang til at ændre i udbudsmaterialet undervejs da ofte? - ville en videre adgang give bedre grundlag for at indgå efficiente kontrakter?

Svar: Frem for at bero os på efterfølgende ændringsmuligheder, så har vi et intenst kvalitetssikringsforløb inden offentliggørelse af udbudsmaterialer i et forsøg på at begrænse antallet af ændringer i udbudsperioden. Herunder benyttes også - særligt i større sager - ekstern granskning hos entreprenører/rådgivere, som ikke byder på de konkrete sager.

Nej, dette skyldes, at vi ved kontrakter af en vis kompleksitet ofte gør vi brug af udbud med forhandling, hvilket medfører en vis fleksibilitet i udbuddet.

4) Det fremgår i områder af litteraturen, at der blandt offentlige myndigheder hersker en kultur, hvor det at undgå fejl, er vigtigere end at opnå de bedste kontrakter, er det et billede du kan genkende og i bekræftende fald hvorfor tror du, at det er tilfældet?

Svar: Nej, der er stort fokus på at fange graverende fejl i udbuddene inden de udsendes, men det kan selvfølgelig hænde at en fejl i praksis kan betyde, at udbuddet skal gå om - særligt i forbindelse med licitationer, der går over budget. De få gange det sker, så kan det medføre relativt store omkostninger (f.eks. til genhusning af skoler), så der ligger et intenst arbejde med at undgå forsinkelser i vores projekter i form af genudbud.

Særligt indenfor bygge/anlægsbranchen er der da også generelt en anerkendelse af, at mindre fejl/udfordringer ikke i sig selv bør medføre forsinkelser, da omkostningerne herved kan være uoverskuelige (reelt set lægger både bygherreside og entreprenørside stor vægt på værdispildsbetragtninger). Dette medfører – når det sker – ofte at uenigheder udskydes til efter en byggesag afsluttes.

5) Hvor ofte vil du sige at du/i benytter de fleksible udbudsprocedure; udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog?

Svar: Vi har stadig kun begrænsede - men rigtig gode - erfaringer med de fleksible procedurer i de større EU-udbud, men det er oplagt muligheder, som vi større grad vil benytte fremadrettet. Men det kræver naturligvis at både vi og branchen bliver trygge ved at benytte udbudsformerne, ad flere af dem jo kræver en højere grad af tillid til øvrige parter end hvis som ordregiver udsender et færdigt hovedprojekt, som de enkelte tilbudsgivere blot skal prissætte i egne lukkede rum.

Bilag 7

Skriftligt interview med Trine Sommer Udbudskonsulent Halsnæs Kommune

1) *Er det din oplevelse af den indledende markedsdialog (§39) giver ordregiver mulighed for at indsamle al den viden der typisk skal bruges til udbudsmaterialet, eller er det urealistisk at indsamle den mængde?*

Med hensyn til markedsdialog jf. UL § 39, er det et rigtig godt værktøj for ordregiver. Jeg anvender ALTID markedsdialog inden et udbud, idet det nu engang er markedet der har al den viden som jeg - og de inddragede fagpersoner - ikke har.

Med dialogmøder inden en udbudsproces sikres det, at materialet er så markedskonformt som muligt, og dermed sikres konkurrencen om udbuddet, idet der ikke stilles krav, som er urealistiske for leverandørerne at imødekomme.

Det er fornuftigt at indkalde potentielle leverandører til et møde, hvori det kun er ordregiver og den pågældende leverandør der deltager.

Hvis man som ordregiver slår dialogmøderne sammen til ét samlet dialogmøde (hvor flere potentielle leverandører inviteres), så opleves det i kommunerne, at leverandørerne holder kortene tæt ind til kroppen, idet de sidder i rum med konkurrenter, og er bange for at uddele for meget viden.

Dermed er måden hvorpå man gennemfører en markedsdialog altafgørende for, om det er realistisk eller urealistisk at indsamle en given mængde viden.

2) *Oplever du at kravene om hvad der skal fastlægges i udbudsmaterialet jf. udbudslovens § 160, begrænser ordregivers mulighed for at "blive klogere undervejs"?*

Jeg har endnu ikke oplevet nogen problemer med fastlæggelse i udbudsmaterialet af evalueringsmetoden. Dette kan dog have noget at gøre med, at jeg i praksis aldrig har lavet et udbud under det tidligere direktiv, så derfor er det naturligt for mig at fastlægge evalueringsmetoden i mine udbudsbetingelser. Jeg tænker derfor, at dette mest af alt er en vanesag, men ikke et egentligt problem i praksis.

Dette spørgsmål hænger lidt sammen med ovenstående spørgsmål, idet man kan sige, at jo mere skarp man er på markedet inden man fastlægger sin evalueringsmetode og skriver sit udbudsmateriale, jo mindre behov er der for at justere undervejs.

Det er dog altid vigtigt at blive klogere undervejs i en proces. Men rent praktisk har UL § 160 ikke stået i vejen for mig.

3) *Efter de gældende regler, benyttes den begrænsede adgang til at ændre i udbudsmaterialet undervejs da ofte? – ville en videre adgang give bedre grundlag for at indgå efficiente kontrakter?*

I praksis er jeg ret sikker på, at der ofte sker ændringer af kontrakten, helt uden forhandling, og helt uden at nogen er opmærksomme på, at der rent faktisk er sket ændringer, som ville kræve et nyt udbud. Det er

udbudsjurister der sidder og kører udbud og forhandler kontrakter på plads og implementerer disse, men når kontrakten så kører og alt er godt, så slippes disse fra juristernes side, idet man har mange flere udbud der skal laves, kontrakter der skal indgås og implementeres. Dette betyder, at den daglige kontakt naturligvis foregår mellem leverandøren, og den/de fagperson(er) der har med kontrakten at gøre til daglig. Disse fagpersoner (ex. Visitatorer, ingeniører mv.) har ikke fokus på udbudsreglerne, og ændrer derfor ofte kontrakten efter behov og i samarbejde med leverandøren, udenom juristerne.

Der er i øjeblikket stort fokus i kommunerne på contract management. Derfor vil man i praksis se mere og mere til, at en kontrakt må ændres, således at den passer til tiden, og der må evt. ske nyt udbud. Dog er det her en fordel, hvis man som udbudsjurist bliver dygtig til at formulere nogle gode ændringsklausuler.

Videre adgang til at ændre i udbudsmaterialet ville give mere efficiente kontrakter. Det er omkostningstungt at køre nye udbudsprocesser grunder ændringer, og det er omkostningstungt at have inefficente kontrakter.

Med større fokus på contract management forestiller jeg mig, at der kommer bedre fokus på, hvordan kontrakterne med fordel kan ændres, således at kontrakten i dens løbetid kan tilpasses tidens vilkår. Derfor ser jeg en mulighed i at give videre adgang til ændringer.

Dog er der den store ulempe ved ændringer af grundlæggende elementer, at det giver leverandøren der har kontrakten en konkurrencemæssig fordel, idet leverandøren tjener de "ekstra" kroner, på noget denne egentlig ikke bød ind med. Man udelukker derfor konkurrencen. Så på denne måde kan man sige, at der er et stort problem ved at tillade for mange ændringer, idet man kan svække den frie konkurrence.

4) *Det fremgår i områder af litteraturen, at der blandt offentlige myndigheder hersker en kultur, hvor det at undgå fejl, er vigtigere end at opnå de bedste kontrakter, er det et billede du kan genkende og i bekræftende fald hvorfor tror du, at det er tilfældet?*

Jeg kan i bekræftende fald genkende dette billede.

I kommuner er det meget vigtigt for enhver borgmester og kommunaldirektør, at der ikke kommer "kurrer" på trådende, og at man ikke pludselig havner i medierne for en mindre heldig sag.

Der er stor bevågenhed på kommuners indkøb i dag, og derfor skal man ikke træde meget ved siden af, førend det bliver bemærket.

Kulturen er dannet ud fra det politiske aspekt. Der skal vælges borgmester hvert 4. år, og det er vigtigt for en borgmester at forvaltningen skal fremgå yderst professionel.

Et andet aspekt er, at ingen ordregiver orker at bruge tid på Klagenævnet. Leverandørerne bliver mere og mere skarpe, og der kommer større og større konkurrence, så derfor bliver leverandørerne også mere og mere "aggressive" ift. klagesager.

En klagesag tager lang tid, og det kræver mange ressourcer for den enkelte kommune, eller det enkelte indkøbsfællesskab at håndtere en sådan klage og dens konsekvenser efterfølgende.

Bilag 8

Skriftligt interview med udbudskonsulent i Gribskov Kommune Mikkel Karklinat

1) Er det din oplevelse, at den indledende markedsdialog (§39) giver ordregiver mulighed for at indsamle al den viden der typisk skal bruges til udbudsmaterialet, eller er det urealistisk at indsamle den mængde.

Markedsdialogen er et meget brugbart værktøj ifbm. indsamling af viden og erfaringer til udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Den er desværre endnu ikke så udbredt i flere sektorer, men jeg er ikke i tvivl om, at når den først er adapteret så kommer markedsdialogen til at skabe stor værdi for den offentlige sektor.

2) Oplever du at kravene om hvad der skal fastlægges i udbudsmaterialet jf. udbudslovens § 160, begrænser ordregivers mulighed for at "blive klogere undervejs"?

Ja. Muligheden for at ændre eks. evalueringsmetode i løbet af processen kunne være rar at have, da vi ser tilfælde hvor der kommer nye inputs ind som vi ikke havde taget højde for i første omgang.

3) Efter de gældende regler, benyttes den begrænsede adgang til at ændre i udbudsmaterialet undervejs da ofte? – ville en videre adgang give bedre grundlag for at indgå efficiente kontrakter?

Nej, det gør den ikke. Generelt er udbudsjurister meget påpasselige med at ændre i materialet under vejs. Jeg tror at muligheden vil give bedre kontrakter, da det så er muligt at inkorporere de evt. nye tanker de afvigende tilbud bidrager med, i udbuddet.

4) Det fremgår i områder af litteraturen, at der blandt offentlige myndigheder hersker en kultur, hvor det at undgå fejl, er vigtigere end at opnå de bedste kontrakter, er det et billede du kan genkende og i bekræftende fald hvorfor tror du, at det er tilfældet?

Det kan jeg bekræfte. Fejl undgås, og der danses helst langt fra kanten. Jeg tror det hænger sammen med den risikoaversion den offentlige sektor generelt har lagt for dagen. Det er jo ikke en "god sag" for borgmesteren at kommunen ikke overholder loven.

**EUROPEAN COMMISSION**

Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs

Single Market for Public Administrations
Director

Brussels, 15. 03. 2016

GROW/G3/CR/tt

grow.ddg2.g.3(2016)1390971

Mr Jacob Hald,
Director General Danish
Competition and Consumer
Authority,
Carl Jacobsensvej 35,
2500 Valby
kfst@kfst.dk

Dear Mr. Hald,

Thank you for your note of 2 February 2016¹, transmitted by email of 4 February 2016, in which you pose the question whether the new Public Procurement Directive, Directive 2014/24/EU², imposes that the evaluation method to be used to assess tenders shall be set out in the procurement document or whether the provision in the Danish implementing law³ concerning this obligation goes further than the obligation in the Directive.

Let me first of all apologise for the delay in answering you and let me also point out, for the sake of good order, that only the Court of Justice can deliver authentic interpretation of Union law. The following considerations are thus only an expression of the view of Commission Departments and does not bind the College of Commissioners.

That said, it should be noted that Directive 2014/24/EU does not contain any general provision which specifically mentions the "evaluation method". However, the answer can be deduced on the basis of a series of more general provisions, above all when these are read in connection with long-standing jurisprudence.

First of all, as you mention, the general obligation for contracting authorities set out in Article 18(1) to treat economic operators equally and without discrimination and to act in a transparent and proportionate manner. Another element that is relevant is the definition of "procurement documents" in Article 2(1)(13)⁴: the method used to evaluate the tenders is certainly covered by this definition since the evaluation is a central part of a crucial stage of the procedure, namely deciding which tender presents the best price-quality report. It is recalled that the procurement documents must be made available in accordance with Article 53.

¹ Internal references: Case OK-16/01426-2, ref. /RHN

² Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, OJEU L 94, 28.3.2014, p. 65

³ Article 160(1) of Law n. 1564 of 15.12.2015: "A contracting authority must in the procurement documents mention the criteria for the award, describe the evaluation method and describe what is important when evaluating tenders."

⁴ "...any document produced or referred to by the contracting authority to describe or determine elements of the procurement or the procedure ...".

Concerning award criteria and their evaluation, it should first of all be noted that the first subparagraph of Article 68(2) explicitly obliges contracting authorities to "... indicate in the procurement documents the data to be provided by the tenderers and the method which the contracting authority will use to determine the life-cycle costs ...".

In respect of contracts awarded in the basis of the best price-quality ratio **not** using a life-cycle cost approach, the implications of the general principle of transparency are set out in the third subparagraph of Recital 90: "To ensure compliance with the principle of equal treatment in the award of contracts, contracting authorities should be obliged to create the necessary transparency to enable all tenderers to be reasonably informed of the criteria **and arrangements** which will be applied in the contract award decision. ...". It is furthermore significant that the substantially unchanged⁵ corresponding Recital 46 of Directive 2004/18/EC referred explicitly to the fact that this obligation to ensure transparency was – already then – "established by case-law".

In this context, several judgments are relevant (directly or by analogy). First of all, the Court's judgment in the so-called "Universale-Bau" case⁶ concerning a contracting authority's voluntary use of a "scoring method" for the evaluation of selection criteria. The contracting authority concerned had established this scoring method from the beginning of the procedure and had deposed a copy thereof with a notary, it had announced to the participants that their requests for participation would be "scored" but it had not published the method itself (i.e. made it accessible to the participants). In its reasoning (see points 84 - 100), the Court first reiterates from earlier case-law that "the principle of equal treatment ...implies an obligation of transparency in order to enable verification that it has been complied with"⁷. After a series of other considerations, referring to the selection criteria as well as to the award criteria, the Court concludes, in point 99, that "the interpretation according to which, where ...the contracting authority has laid down ... the rules for the weighting of the selection criteria it intends to use, it is obliged to bring them to the prior knowledge of the candidates, ... is the only one which is apt to guarantee an appropriate level of transparency and, therefore, compliance with the principle of equal treatment in the procedures awarding contracts to which that directive applies."

Exactly the same reasoning and the same result applies to the award criteria, their weighting and the rules (or arrangements) for their weighting. This is also confirmed by the fact that subsequent judgments concerning specifically award criteria and their ponderation contain explicit cross-references to the Universale-Bau judgment⁸.

⁵ We are aware that the wording of Recital 90 was slightly adapted in certain language versions, including Danish, compared to that of Recital 46 – however, it remained unchanged in a number of other languages, including the de facto original English language version.

⁶ Judgment of the Court of 12 December 2002. *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*. Case C-470/99. ECR 2002 I-11617
Point 91

⁷ See e.g. **Case C-448/01**, judgment of the Court of 4 December 2003. *EVN AG and Wienstrom GmbH v Republik Österreich*. ECR 2003 I-14527; **Case C-331/04**, judgment of the Court of 24 November 2005. *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl and Viaggi di Maio Snc v ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia and Comune di Venezia*. ECR 2005 I-10109; **Case C-226/09**, judgment of the Court of 18 November 2010. *European Commission v Ireland*. ECR 2010 I-11807.

In another judgment, Case C-19/00⁹, the Court explains, in points 42 to 44, that " the award criteria must be formulated ... in such a way as to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way." They must furthermore be interpreted in the same way throughout the whole procedure and be applied objectively and uniformly to all tenderers. These consequences of the principle of equal treatment should be read in the light of the above-mentioned requirements for sufficient transparency to allow for verification of observance of the principle and its concrete corollaries.

In our view, it follows that the obligation to publish (i.e. render accessible as part of the procurement documents) applies to "all the details pertaining to the evaluation methodology ..., including specification of the formula for converting price to points or vice versa, points that can be used in and other means to identify" the best price-quality ratio (formerly the most economically advantageous tender).

Yours sincerely,



Joaquim Nunes de Almeida

Contact:

Claudio ROMANINI, Telephone: +32 229-6 23 60,
Claudio.Romanini@ec.europa.eu

⁹ Judgment of the Court of 18 October 2001. SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo. ECR 2001 I-07725. Some of the judgments mentioned under footnote 7 also cross-refer to the SIAC-case.

Klagenævnet for Udbud
(Niels Feilberg Jørgensen)

J.nr. 2016-51
28. januar 2016

K E N D E L S E

M. J. Eriksson A/S
(advokat Morten Winsløw, Greve)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 186-336519 af 22. september 2015 udbød Aarhus Kommune som begrænset udbud to anlægsentrepriser på Aarhus Ø: Anlæg af Bernhardt Jensens Boulevard (delaftale 1) og etablering af Rekreativ forbindelse Nord (delaftale 2).

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 4. november 2015, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. december 2015 havde fire af de fem prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud på delaftale 2, bl.a. Aarsleff - Danjord JV I/S og M. J. Eriksson A/S. Den 22. december 2015 besluttede Aarhus Kommune at indgå kontrakt med Aarsleff - Danjord JV I/S.

Den 29. december 2015 indgav M. J. Eriksson A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. M. J. Eriksson A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Klagenævnet har besluttet ikke at tage stilling til, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, og har i stedet afgjort sagen, jf. lov om hånd-

hævelse af udbudsreglerne m.v. (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 10, stk. 6. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

M. J. Eriksson A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at forkaste M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til M. J. Eriksson A/S' manglende opfyldelse af udbudsmaterialets krav om, at tilbudsposten i TAG'en afsnit 1.0.1.1-2. ikke må overstige 5 %, uanset at tilsidesættelse af dette krav ikke kunne føre til, at M. J. Eriksson A/S' tilbud skulle forkastes.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Aarhus Kommunes beslutning af 22. december 2015 om at tildele Aarsleff - Danjord JV I/S kontrakten om delaftale 2 Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord.

M. J. Eriksson A/S har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Aarhus Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne af 4. november 2015 er anført følgende vedrørende "Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)":

"...

2.7 Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er laveste pris. Kontrakten tildeles således den tilbudsgiver, der har tilbudt den laveste tilbudssum.

...

3. Procedurer og konkurrencevilkår

...

3.1.6 Tilbudsgivers forbehold

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder kontrakten, medfører, at Aarhus Kommune har pligt til at se bort fra tilbuddet. Ved forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, har Aarhus Kommune ret til at se bort fra tilbuddet.

...”

”Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG)” indeholder til brug for afgivelse af tilbud og afregning med den vindende entreprenør forudsætninger for fastsættelse af mængder i tilbudslisten, som vedrører omfanget af ydelser under de enkelte poster og underposter i tilbudslisten.

Tilbudslistens hovedpost 1 omfatter ”Arbejdsplads”, og tilbudslistens post 1.0.1 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads”. For så vidt angår post 1.0.1 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” skulle tilbudsgiveren bl.a. dels afgive tilbud på ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” (underpost 1.0.1.1), dels ”Drift af arbejdsplads herunder leje og drift af mandskabsvogne, container” (underpost 1.0.1.2).

Underpost 1.0.1.2 ”Drift af arbejdsplads herunder leje og drift af mandskabsvogne, container” var udelukkende relevant, hvis den fastlagte byggetid blev overskredet, og entreprenøren som konsekvens heraf var berettiget til betaling for forlænget byggetid.

”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” for arbejdet indeholder følgende bestemmelse:

”...

1.0.1.1-2 Indretning, drift og rømning af arbejdsplads

Entreprenørens faste tilbudspris skal indeholde alle udgifter til etablering, drift, ryddeligholdelse og fjernelse af arbejdsplads med tilhørende stationært materiel og installationer m.v.

Den faste sum skal omfatte alle de i SAB - Styring og samarbejde anførte ydelser i det omfang, de pågældende ydelser ikke er indeholdt i efterfølgende poster og underposter.

Endvidere skal prisen indeholde alle udgifter til nødvendige generelle interim sforanstaltninger og til retablering af arbejdsområdet efter arbejdets afslutning.

Fornøden opvarmning, rengøring og belysning af alle skure skal være indregnet i tilbuddet. Udgifter i forbindelse med gener på grund af strømafbrydelse eller manglende vand, er bygherren uvedkommende.

Alle udgifter i forbindelse med sikkerheds- og sundhedsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbuddet.

Udgifter til renholdelse af offentlige og private veje efter f.eks. affalds-transporter skal afholdes af entreprenøren og være indeholdt i tilbudsprisen.

Alle udgifter til etablering af kontorskur med de angivne muligheder for it-forbindelser.

Denne post må ikke overstige 5 % af den samlede tilbudssum.

...”

Af ”Fælles betingelser Anlægsarbejder i Aarhus Kommune” af 24. juni 2014 fremgår:

...”

§ 22. Efter skriftlig anmodning til bygherren har entreprenøren én gang hver måned ret til betaling for udført arbejde m.v. Bygherren skal senest 15 arbejdsdage fra modtagelse af anmodningen, ... betale det beløb, der på byggepladsen er ydet kontraktmæssige arbejder og materialer for.

...”

M. J. Eriksson A/S afgav på delaftale 2 et tilbud på 94.679.000 kr. Prisen på udførelse af punkt 1.0.1.1-2 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” var på i alt 5.595.707 kr.

Den 22. december 2015 meddelte Aarhus Kommune M. J. Eriksson A/S, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet det ikke opfyldte kravet i Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2, ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads”. I brevet står endvidere:

...”

... Henset til at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S’ tilbud desuden ikke kan prissættes, er Aarhus Kommune derfor nødsaget til at afvise M. J. Eriksson A/S’ tilbud som ukonditionsmæssigt. Tilbuddet fra M. J. Eriksson A/S er således ikke indgået i tilbudsvurderingen.

...”

Aarsleff – Danjord JV I/S afgav næstlaveste tilbud på 98.630.000 kr.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

M. J. Eriksson A/S har overordnet gjort gældende, at M. J. Eriksson A/S som lavestbydende på delaftale 2 skal tildeles kontrakten, og at der ikke var grundlag for at forkaste M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt.

M. J. Eriksson A/S har erkendt ikke at have overholdt bestemmelsen i TAG'en punkt 1.0.1.1-2, der kun er gengivet et sted i udbudsmaterialet, og som går ud på, at 2 mindre betydende poster ikke i sig selv må overstige 5 % af den samlede tilbudssum. Bestemmelsen kan ikke betragtes som et væsentligt minimumskrav, men kan alene opfattes som en ordensforskrift og kan ikke sidestilles med et forbehold, der vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Overskridelsen af 5 %-grænsen har ikke nogen som helst indflydelse på tildelingskriteriet. Udbudsbetingelserne kan ikke opfattes anderledes end, at det er den samlede laveste tilbudssum, der er udslagsgivende for, hvem kontrakten tildeles. Det er af absolut underordnet betydning om 2 mindre betydende poster er prissat til < 5 % eller til 5,91%. I den forbindelse bemærkes, at posterne i punkt 1.0.1.1. og 1.0.1.2 er tilbudt i henholdsvis fast pris (1.0.1.1.) og en pris, det sandsynligvis slet ikke bliver relevant at bringe i anvendelse fordi prisen på 26.187 kr. skal gælde pr. uge, hvis byggetiden overskrides (1.0.1.2.). Det vil ikke medføre nogen form for relevant skadevirkning for de øvrige tilbudsgivere, hvis M. J. Eriksson A/S tildeles kontrakten på delaftale 2. De øvrige tilbudsgivere vil ikke kunne påstå, at M. J. Eriksson A/S' tilbud skal tilsidesættes som ukonditionsmæssigt som en følge af, at tilbudsgiverne ikke er blevet behandlet lige. Det skyldes, at der ikke kan peges på antydningen af en konkret skadevirkning for de øvrige bydende som følge af, at de øvrige bydende vel har holdt sig indenfor de 5 % i punkt 1.0.1.1 og 1.0.1.2., men notorisk har tilbudt en samlet, væsentlig højere tilbudssum, der ikke kunne give de pågældende berettigede forventninger om at få tildelt kontrakten. Aarhus Kommune har i øvrigt uret i, at den konstaterede afvigelse fra grænsen på 5 % ikke lader sig prissætte. Det beløb, M. J. Eriksson A/S' tilbud overstiger de 5 % i henhold til tilbudslistens punkt 1.0.1.1 og 1.0.1.2, er i alt 861.757 kr. Lægges dette beløb til M. J. Eriksson A/S' tilbud, er det fortsat utvivlsomt, at M. J. Eriks-

son A/S skal tildeles kontrakten på delaftale 2 i henhold til det valgte tildelingskriterium.

Sund fornuft tilsiger, at det aldrig har været hensigten med udbudsretlige regler, der skal værne mod forskelsbehandling og uigennemsigtige krav i udbudsmaterialet samt mod forskelle i tilbudsgiveres grundlag for at afgive deres tilbud, at en kommune skal afskære sig fra at kunne antage det billigste tilbud i en situation, hvor der sker overtrædelse af en bestemmelse, der notorisk ingen betydning har for ligebehandlingen af de bydende eller for gennemsigtigheden i udbudsprocessen – og grundlæggende ingen betydning har for det valgte tildelingskriterium.

M. J. Eriksson A/S har endvidere henvist til Fælles Betingelser for anlægsarbejder i Aarhus Kommune. Det fremgår af den for entreprisen gældende præcisering til AB 92 § 3, stk. 3, at "[å]benbare fejl i tilbudslistens enhedspriser korrigeres, således at differencen fordeles ligeligt over alle tilbudslistens enhedspriser, og den samlede tilbudssum opretholdes". Det må opfattes som et fornuftigt princip om at tilstræbe at opretholde hensynet til det væsentlige, således at det er den samlede tilbudssum, der er i fokus. Åbenbare, ubetydelige fejltagelser må vige for dette. Præciseringen til AB 92 § 3, stk. 3, skal læses i sammenhæng med AB 92 § 3, stk. 3, der i sidste punktum dokumenterer, at der konkurreres på den samlede pris.

Det lader heller ikke til, at Aarhus Kommune tillægger enhedsprisen vægt, jf. det uddybende svar, hvori der henvises til, at den påståede ukonditionsmæssighed er knyttet til den omstændighed at post 1.0.1.1. andrager 5,5 % af den samlede tilbudssum.

Uddybningen fra Aarhus Kommune i mailen af 23. december 2015 gør det i øvrigt uklart, om kommunen med formuleringen af hovedpunkt 1 "Arbejdsplads", underpunkt 1.0.1.1-2, i realiteten har ment, at det alene var underpunkt 1.0.1.1, der ikke måtte overstige 5 % og ikke, som en umiddelbar læsning fører til, underpunkt 1.0.1.1. og underpunkt 1.0.1.2.

Denne uklarhed medfører i sig selv, at der ved vurderingen af de bydendes tilbud bør ses bort fra ordensforskriften i TAG'en om maksimering til 5 %, da den er såvel uklar som betydningsløs.

Aarhus Kommune har ikke i udbudsmaterialet anført, at manglende iagttagelse af bestemmelsen kunne føre til afvisning af tilbuddet.

Forrangen indebærer bl.a., at princippet bag AB 92 § 3, stk. 3, med den valgte præcisering må antages at gælde forud for ordensforskriften i TAG'en om maksimering af posterne 1.0.1.1 og 1.0.1.2 til 5 %.

Afslutningsvis har M. J. Eriksson A/S bestridt, at der er en likviditetsmæssig fordel ved at opnå forudbetaling af en del af entreprisen, idet pengeinstitutterne ikke forrenter indsatte beløb.

Aarhus Kommune har fastholdt, at M. J. Eriksson A/S' tilbud er ukonditionsmæssigt, og som en konsekvens heraf bestridt, at kommunen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise M. J. Eriksson A/S' tilbud.

"Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG)" indeholdt i pkt. 1.0.1.1-2 et utvetydigt krav om, at underpost 1.0.1.1 "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" ikke måtte overstige 5 % af den samlede tilbudssum.

M. J. Eriksson A/S' samlede tilbud lød på 94.679.000 kr., og virksomhedens pris for underpost 1.0.1.1 "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" på 5.202.902 kr. svarede til 5,5 % af den samlede tilbudssum.

Da M. J. Eriksson A/S' tilbud således ikke opfylder kravet i tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2, har kommunen været berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Det bemærkes i den forbindelse, at M. J. Eriksson A/S har erkendt, at virksomhedens tilbud ikke opfylder kravet i tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2. M. J. Eriksson A/S har imidlertid anført, at "5%-grænsen ikke øver nogen som helst indflydelse på tildelingskriteriet", og at det derfor "ikke vil medføre nogen form for relevant skadevirkning for de øvrige bydende hvis [M. J. Eriksson A/S] tildeles kontrakten på delaftale 2."

Eftersom kommunen i sit udbudsmateriale har stillet et udtrykkeligt krav om, at underposten "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" ikke må

overstige 5 % af tilbudssummen, er det irrelevant, om det pågældende forhold har indflydelse på tildelingskriteriet.

M. J. Eriksson A/S har desuden gjort gældende, at afvigelsen i virksomhedens tilbud let kunne prissættes som differencen mellem det prissatte beløb på 5.202.902 kr. ekskl. moms og 5 % af tilbudssummen på 94.679.000 kr. ekskl. moms eller 4.733.950 kr.

Aarhus Kommune har bestridt, at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud kan prissættes som differencen mellem M. J. Eriksson A/S' pris på underposten og 5 % af virksomhedens tilbudssum. En prissætning af afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud kræver, at det er muligt at prissætte den likviditetsmæssige fordel, M. J. Eriksson A/S har fået frem for de øvrige tilbudsgivere ved at fravige 5 %-kravet. Aarhus Kommune har med henvisning hertil fastholdt, at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud ikke lader sig prissætte.

Aarhus Kommune har i øvrigt bemærket, at M. J. Eriksson A/S – uanset om afvigelsen i virksomhedens tilbud lader sig prissætte eller ej – var berettiget til at afvise M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt, jf. også ”Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)” pkt. 3.1.

Aarhus Kommune har vedrørende M. J. Eriksson A/S' bemærkninger om AB92 § 3, stk. 3, henvist til det ovenfor anførte, idet Aarhus Kommune samtidig har bemærket, at der ikke er tale om en ”åbenbar fejl”, hvorfor henvisningen til præciseringen af AB92 § 3, stk. 3, i ”Fælles Betingelser Anlægsarbejder i Aarhus Kommune” allerede af denne grund af irrelevant. Hertil kommer i øvrigt, at det ikke er givet, at M. J. Eriksson A/S' tilbudssum ville have været den samme, såfremt virksomhedens pris på ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” havde været lavere, idet en høj pris på denne underpost som nævnt kan have givet M. J. Eriksson A/S likviditetsmæssige fordele.

M. J. Eriksson A/S har endelig gjort gældende, at det er uklart, om 5 %-kravet i ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” punkt 1.0.1.1-2 udelukkende relaterer sig til tilbudslistens underpost 1.0.1.1 eller til den samlede sum af tilbudslistens underposter 1.0.1.1. og 1.0.1.2.

Aarhus Kommune har heroverfor gjort gældende, at det klart følger af ordlyden af ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” punkt 1.0.1.1-2, at 5 %-kravet relaterer sig til underpost 1.0.1.1. Kommunen henviser i den forbindelse til både overskriften til punktet og angivelsen af kravet i sidste punktum, jf. særligt formuleringen ”denne post”, idet det samtidig fremhæves, at tilbudslisten ikke indeholder en samlet post omfattende både underpost 1.0.1.1 og underpost 1.0.1.2. Underpost 1.0.1.2 er i øvrigt udelukkende relevant, hvis projektet forsinkes, og entreprenøren som følge heraf er berettiget til betaling for forlænget byggetid.

Endelig har Aarhus Kommune gjort gældende, at uanset at kravet måtte være uklart, er M. J. Eriksson A/S’ tilbud ukonditionsmæssigt, og en eventuel uklarhed i udbudsmaterialet har derfor ikke haft betydning for konditionsmæssigheden i tilbuddet.

Aarhus Kommune var derfor forpligtet og under alle omstændigheder berettiget til at afvise M. J. Eriksson A/S’ tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

M. J. Eriksson A/S har gjort gældende, at klagenævnet efter det under påstand 1 anførte skal annullere Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere kommunens tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” vedrørende ”Arbejdsplads”, at posten vedrørende 1.0.1.1-2 ikke måtte overstige 5 % af den samlede tilbudssum. M. J. Eriksson A/S afgav med sit tilbud på 94.679.000 kr. tilbuddet med den laveste tilbudssum, mens Aarsleff - Danjord JV I/S med en pris på 98.630.000 kr. afgav tilbuddet med den næstlaveste tilbudssum. M. J. Eriksson A/S’ tilbud vedrørende post 1.0.1.1-2 udgjorde mere end 5 % af det samlede tilbud. Som anført af Aarhus Kommune, ville M. J. Eriksson A/S derved opnå en likviditetsmæssig fordel ved efter påkrav at kunne få dette beløb udbetalt. Forbeholdet kunne ikke prissættes, da det er

et forbehold vedrørende prisen. Aarhus Kommune var derfor berettiget til at se bort fra M. J. Eriksson A/S' tilbud.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det under påstand 1 anførte, at Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning ikke annulleres.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

M. J. Eriksson A/S skal betale sagsomkostninger til Aarhus Kommune med 7.500 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne påstand.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig

Bilag 11

Nedenstående er konciperet af Martin Faber og Niclas Storch

Opfølgende spørgsmål, Gitte E. Frøkjær

- Har det været hensigten at indarbejde kravet som et minimumskrav?

Ja, det har absolut været hensigten at tilbudsgiverne ikke skulle kunne omgå dette krav.

- Set i bakspejlet, har kravet så været hensigtsmæssigt (her tænkes især på det værdispild, som afstedkommer af prisdifferencen på 4 mio. kr. mellem de to indkomne tilbud)?

Ja, vi vurderer at det har været nødvendigt.

- Hvad er bevæggrunden for, at I valgte udbudsformen begrænset udbud?

Vi var sikker på at den tilbudsgiver som blev valgt til opgaven kunne udføre den ud fra det angivne udbudsmateriale.

- Kunne mængden af krav reduceres for at opnå en bedre pris/kvalitet i udbuddet?

Det kan man altid diskutere, men det mener vi ikke. Vi stiller de krav som vi mener der skal være på dette projekt.

Opfølgende spørgsmål Vibeke Hedelund Pedersen, Aarhus Kommune

- Hvad er bevæggrunden for, at I valgte udbudsformen begrænset udbud?

Begrundelsen har været at mindske transaktionsomkostningerne.

- Er det Jeres opfattelse, at det ville have gjort en forskel at anvende udbud med forhandling?
Ville der herunder have været mulighed for at forhandle sig ud af sagens problematik vedrørende 5 % kravet, således at uoverensstemmelsen blev bragt i orden ved hjælp af kommunikation med den pågældende tilbudsgiver?

Hvis man havde vurderet, at det ville være lovligt at anvende udbudsformen udbud med forhandling, kunne denne have været overvejet i forbindelse med dette udbud. Det havde så måske været muligt at forhandle forholdet væk, hvis det kunne vurderes ikke at være et grundlæggende element, og man i øvrigt ville kunne overholde den nye udbudslov.