

Copenhagen Business School
Cand.merc.(jur.)

Kandidatspeciale

16. maj 2022

**Udelukkelse fra offentlige udbud på baggrund af væsentlig
misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt**

- I et udbudsretligt og økonomisk perspektiv

Exclusion from public procurement due to previous material breach of a public contract

- *in a procurement and economic perspective*

Udarbejdet af:

Amalie Bech Fuhrmann

Studienr.: 111530

Kontraktnr.: 17622

Vejledere:

Juridisk – Cecilie Fanøe Petersen

Økonomisk – Thomas Rønde

Antal anslag: (181.781)

Normalsider: (79,9)

Abstract

This master's thesis explores whether there is an incentive for contracting entities to enroll the voluntary ground for exclusion that allows for the exclusion of tenderers due to previous material breach of a public contract. Furthermore, it will be examined to what extent this incentive can be optimized through a change in legislation.

The thesis starts with a legal analysis of whether the Public Procurement Act, section 137(1)(5) is practically applicable to contracting entities, and how these must carry out an assessment of self-cleaning. It is concluded, that in order to assess the tenderers documentation of reliability, the contracting entity needs to consider all measures of self-cleaning in the Public Procurement Act, section 138(3) depending on the specific case. In addition, it is concluded that from a fair competition perspective, it is problematic that a tenderer can breach its previous contractual obligations and still win a public tender. It is found that the Public Procurement Act, section 137(1)(5) is practically applicable, but in many respects does not work in practice. As the wording of the provision imposes a strict burden of proof on the contracting entity, *can prove*, the interpretation of which is relatively unclear, the voluntary ground for exclusion in section 137 (1)(5) of the Public Procurement Act, seems in many respects not to be applicable in practice for contracting entities in public tenders.

Next follows an economic analysis of the general incentive for the contracting entity to use the voluntary ground for exclusion. It is concluded, that the contracting entities intended effect in applying the ground for exclusion, is to exclude corrupt actors who speculate in breaching their contractual obligations. Through game theory it is found, that exclusion as a penalty mechanism will not be in the interest of the individual contracting entity, as it restricts competition in the relevant market and only has an effect on the contracting entity in question. The contracting entity therefore does not have a general incentive to exclude the individual tenderer from the process, and therefore no custom is created where tenderers who breach contractual obligations, are generally excluded.

In conclusion, the legal and economic analyses are assembled in the integrated analysis. By changing the legislation, the incentive for the contracting entity to use the voluntary ground for exclusion, will increase. Through game theory it is concluded that if more contracting authorities used the voluntary ground for exclusion, it would result in a higher payoff, and thereby be Kaldor-Hicks efficient, which is socially optimal.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
KAPITEL I.....	5
1.1 EMNE	5
1.1.1 Indledning	5
1.1.2 Problemstilling	5
1.1.3 Problemformulering	6
1.1.4 Synsvinkel	6
1.1.7 Afgrænsning	6
1.1.8 Struktur	7
1.2 METODE- OG TEORIVALG	8
1.2.1 Juridisk metode	8
1.2.2 Økonomisk metode	11
1.2.3 Integreret metode	12
KAPITEL II – JURIDISK ANALYSE	13
2.1 INDLEDNING	13
2.2 UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER I RELATION TIL UDELUKKELSE.....	14
2.2.1 Overordnet	14
2.2.2 Sammenfatning	16
2.3 PROCEDURE VED OFFENTLIGE UDBUD	16
2.4 UDELUKKELSE.....	19
2.4.1 Overblik og definition	19
2.4.2 Lovforslag om ændring af Udbudsloven, 2022.....	20
2.4.3 Formål og generelle betragtninger	22
2.4.4 Procedure ved udelukkelse.....	23
2.4.5 Tilbudsgiver meddelt udelukkelse	24
2.4.6 Det Fælleseuropæiske Udbudsdokument	24
2.4.7 Udelukkelsesperioden	25
2.5 DOKUMENTATION AF PÅLIDELIGHED (SELF-CLEANING).....	26
2.6 ANALYSE AF UDBUDSLOVEN § 137, STK. 1, NR. 5	28
2.6.1 Formålet med UBD art. 57, stk. 4, litra g	28
2.6.2 Ordlydsfortolkning af UBL § 137, stk. 1, nr. 5.....	32
2.6.3 Bevisbyrden: Kan påvise.....	32
2.6.4 Væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt.....	35
2.6.5 Diskussion	40
2.7 DELKONKLUSION	43

KAPITEL III – ØKONOMISK ANALYSE	44
3.1 INDLEDNING	44
3.2 STRATEGISKE OVERVEJELSER	45
3.2.1 Transaktionsomkostninger	45
3.2.2 Tidslinje for udbudsprocessen	46
3.3 INCITAMENTSMEKANISMER	46
3.3.1 Principal-Agent problemer	47
3.3.2 Generelt om incitament	48
3.3.3 Den enkelte agents incitament	49
3.3.4 Den enkelte principals incitament	54
3.3.5 Potentielt smalt felt ved udelukkelse	60
3.3.6 Udelukkelse som strafmekanisme	64
3.3.7 Anden principal der skal udøve strafmekanismen	66
3.4 DELKONKLUSION	67
KAPITEL IIII – INTEGRERET ANALYSE	68
4.1 INDLEDNING	68
4.1.1 Betragtninger om den eksisterende retstilstand	68
4.2 INDFØRELSEN AF EN NY PROCES TIL VURDERING AF SELF-CLEANING	69
4.2.1 Det tidsmæssige aspekt	70
4.2.2 Foretage indledende vurdering selv	71
4.2.3 Økonomisk besparelse for ordregiver	71
4.2.4 Sammenfatning	72
4.3 SAMFUNDSEFFICIENT MED UDELUKKELSE SOM STRAFMEKANISME	73
4.3.1 Prisoners Dilemma	73
4.3.2 Kaldor-Hicks kriteriet	76
4.3.4 Sammenfatning	77
4.4 DELKONKLUSION	77
KAPITEL V – KONKLUSION	79
LITTERATURLISTE	81
BILAG	88
BILAG 1 – DOMSREFERATER	88

Kapitel I

1.1 Emne

1.1.1 Indledning

Det økonomiske omfang af den offentlige sektors indkøb runder ca. 380 mia. kr. årligt. Disse indkøb sker for offentlige midler, hvorfor det bl.a. har stor betydning for det offentlige, virksomheder og borgere, at indkøbene sker på en effektiv og retfærdig måde.¹ Offentlige indkøb i Danmark er reguleret af reglerne i Udbudsloven,² som har til formål at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.

Med Udbudsloven har ordregiver fået et redskab, en frivillig udelukkelsesgrund, til at udelukke tilbudsgivere der væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt. Ud fra et skatteyder- og konkurrenceperspektiv kan det være problematisk, at virksomheder kan bryde deres kontraktforpligtelser og alligevel vinde det næste offentlige udbud. Udbudsreglerne går langt for at sikre virksomheders adgang til at deltage i offentlige udbud, og nogle gange måske for langt. På baggrund heraf kan udbudsreglerne ende med at forstyrre de almindelige markedsmekanismer.³

1.1.2 Problemstilling

Den ovenfor nævnte frivillige udelukkelsesgrund fremgår af Udbudsloven (UBL) § 137, stk. 1, nr. 5, hvorefter en ordregiver kan udelukke en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, og misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse, eller lignende sanktion, og ordregiveren kan påvise dette. Selvom fokus i udbudsloven er effektiv og fair konkurrence ved offentlige indkøb, har man fra lovgivers side valgt at gøre udelukkelsesgrunden frivillig for ordregiver at anvende. Af den årsag afhænger anvendelsesgraden indledningsvist af, om de offentlige ordregivere har et incitament til at indskrive UBL § 137, stk. 1, nr. 5, i udbudsbekendtgørelsen (udbudsbkg.)

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Januar 2021. *Status for offentlig konkurrence 2020*. (Status for offentlig konkurrence 2020, 2021) S. 5

² Lov 2015-12-15 nr. 1564, Udbudsloven, som ændret ved L 2019-03-05 nr. 204 og L 2019-11-30 nr. 1251 (Udbudsloven)

³ Udbudsmedia. *Udelukkelse fra offentlige udbud*. Besøgt d. 5. april 2022. <https://udbudsmedia.dk/markedsplads/udelukkelse-fra-offentlige-udbud/>

1.1.3 Problemformulering

1.1.3.1 Juridisk problemformulering

Hvordan skal den frivillige udelukkelsesgrund i Udbudsloven § 137, stk. 1 nr. 5, anvendes i praksis?

1.1.3.2 Økonomisk problemformulering

I hvilket omfang foreligger der et incitament for ordregiver til at skrive udelukkelsesgrunden ind i deres udbudsbekendtgørelse?

1.1.3.3 Integreret problemformulering

Hvorledes vil en ændring i lovgivningen med indførelsen af et eksternt vurderingsorgan, bidrage til en mere efficient retsstilling for ordregivere?

1.1.4 Synsvinkel

I nærværende speciale vil udgangspunktet være en ordregiversynsvinkel på det danske marked underlagt den danske lovgivning. Selvom det er domstolene og administrative myndigheder der skal fortolke loven når disse træffer afgørelser i sager herom, henvender reglerne sig til ordregivere i den offentlige sektor, og sætter dermed rammerne for, hvordan disse skal foretage indkøb.⁴ Det skal anføres, at den danske lovgiver ved implementeringen af bestemmelsen har overladt kompetencen til ordregiver ift. hvorvidt UBL § 137, stk. 1, nr. 5 skal anvendes.

1.1.7 Afgrænsning

1.1.7.1 Juridisk afgrænsning

Da specialets fokus er den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, vil der ikke blive foretaget en nærmere analyse af, hvordan de resterende frivillige udelukkelsesgrunde skal fortolkes.

Hertil følger det, at analysen ikke vil omhandle udbud hvor udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, ikke er skrevet ind i udbudsbkg. Derudover afgrænses nærværende speciale fra at foretage en komparativ analyse af implementeringen af direktivet, herunder specielt UBD art. 57, stk. 4, litra g, i forskellige medlemsstater.

⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Januar 2016. *Udbudsloven, vejledning om udbudsreglerne* (Vejledning om udbudsreglerne, 2016) S. 9

Nærværende speciale afgrænser sig fra andre udbudsformer end offentligt udbud. Dette da udbudsformen offentlige udbud giver det potentielt største antal tilbudsgivere, og dermed følger formålet om effektiv konkurrence.

1.1.7.2 Økonomisk afgrænsning

Der afgrænses i nærværende fra Moral Hazard, da der ikke vil blive foretaget en analyse af tilbudsgivers ageren på markedet, men blot den type som tilbudsgiveren er. Moral hazard analyseres ikke, da der ved at se på tilbudsgivers ageren, ikke kan forekomme en generel betragtning om hvorvidt agenten vil misligholde kontrakten med den næste principal.

1.1.8 Struktur

Specialets **Kapitel I** konkretiserer hvilket emne der vil blive berørt i de resterende kapitler. Resterende del af Kapitel I præsenterer metoder og teorier, der er valgt til at besvare specialets problemformuleringer. I **Kapitel II** foretages der er en juridisk analyse. Indledningsvist bliver der redegjort for de grundlæggende princippers betydning for UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Derefter foretages en gennemgang af proceduren ved offentlige udbud, for at klarlægge hvorvidt udelukkelsesgrunden er nem at inkorporere i udbudsmaterialet, samt en behandling af udelukkelse generelt. Hertil vil der blive foretaget en analyse af UBL § 138 ift. tilbudsgiveres mulighed for self-cleaning. Afslutningsvist for at klarlægge hvordan bestemmelsen anvendes i praksis, foretages en analyse af formålet og de enkelte elementer i UBL § 137, stk. 1, nr. 5.

I **Kapitel III** af specialet foretages der en økonomisk analyse. Indledningsvist foretages en gennemgang af de strategiske overvejelser for ordregiver før udbud. Herefter vil Principal-Agent teori anvendes til at analysere incitamentsmekanismer. Herunder foretages en analyse af den enkelte tilbudsgivers incitament til at misligholde sine kontraktforpligtelser, samt en analyse af den enkelte ordregivers incitament til at skrive udelukkelsesgrunden ind. Afslutningsvist foretages en analyse af konkurrencen på markedet og dennes betydning for anvendelsen af udelukkelsesgrunden, samt hvordan udelukkelse kan anvendes som strafmekanisme. **Kapitel IIII** besvarer den integrerede problemformulering, ved at analysere lovforslaget fra 2022. Først vil en granskning af forslaget ske, mhp. hvordan indførelsen af processuelle ændringer, vil påvirke ordregivers incitament samt anvendelsen i praksis. Afslutningsvist vil der foretages en analyse af, hvorvidt det er samfundsefficient for alle ordregivere at anvende udelukkelsesgrunden, således det støtter op om den potentielle øgning i incitament. **Kapitel V** præsenterer en afsluttende konklusion, der opsummerer de væsentligste pointer udledt i nærværende speciale.

1.2 Metode- og teorivalg

1.2.1 Juridisk metode

Specialet vil i Kapitel II tage udgangspunkt i den retsdogmatiske metode for at beskrive gældende ret ift. UBL § 137, stk. 1, nr. 5, og hertil foretage en fortolkning. Denne analyse tager afsæt i retskilder som defineret i retskildelæren og suppleres med nødvendige fortolkningsbidrag. Retskilderne inddeles i to kategorier: regulering og praksis⁵, og har afsæt i retsteorien. Derfor gælder det, at der ingen rangorden er mellem retskilderne, hvor der dog er et reguleringshierarki inden for retskilden regulering, som følge af lex superior-princippet.⁶ EU-Domstolen (EUD) har gennem praksis fastslået at EU-retten har forrang for national dansk ret.⁷ Dette er også indskrevet i TEU artikel 4, som et solidaritetsprincip der skal sikre at EU-retten gennemføres af medlemsstaterne.⁸ Alle danske regler skal fortolkes i lyset af EU-rettens forrang, virkning og EU-konform fortolkning, hvilket vil sige, at de nationale myndigheder i videst muligt omfang skal anvende og fortolke nationale regler i overensstemmelse med enhver EU-regel.⁹

Retsdogmatikken har til formål at finde frem til retsfølgen ud fra retsfaktum og jus, og at fortolke retskilderne.¹⁰ Ved anvendelsen af retskilderne og den retsdogmatiske analyse vil der findes frem til de lege lata, dvs. det gyldige resultat af retsvidenskabelige analyser, og hermed den gældende ret.¹¹ Med afsæt i den retsdogmatiske fortolkning vil specialet slutte af med en ordlydsfortolkning af UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Dette vil som udgangspunkt være en objektiv fortolkning af loven, mhp. at fastlægge gældende ret. Såfremt det ikke er muligt at fastlægge dette objektivt, anvendes subjektiv fortolkning, hvor forarbejderne til loven inddrages som et fortolkningsbidrag, for netop at kunne

⁵ Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2021). *Retskilder og retsteorier* (6. rev. udgave.). Kbh: Djøf Forlag. (Tvarnø & Nielsen, 2021) S. 34

⁶ Ibid. S. 61

⁷ Sag 6/64 Costa/ENEL og sag 26/62 Van Gend en Loos. For referat, se Bilag 1.A og 1.B

⁸ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 56

⁹ Ibid. S. 57

¹⁰ Ibid. S. 55

¹¹ Ibid. S. 57

fastslå hensigten med bestemmelsen.¹² Selvom fokus i specialet er UBL § 137 stk. 1, nr. 5, kan en inddragelse af EU-retten ikke undgås, da Udbudsloven er en implementering af Udbudsdirektivet.¹³

1.2.1.1 EU-ret

Retskilderne i EU klassificeres efter følgende: primærretten, bindende sekundærregulering, soft law og praksis.¹⁴ Primærretten består af EU's traktatgrundlag, grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper. Almindelige retsprincipper har stor betydning i EU-retten, og de anerkendte principper omfatter blandt andre ligebehandlings-, proportionalitets- og gennemsigtighedsprincippet.¹⁵

Bindende sekundærregulering omfatter forordninger og direktiver, som er udstedt med hjemmel i traktaterne, jf. attributionsprincippet.¹⁶ Direktiver er bindende for medlemsstaterne mht. det tilsigtede mål,¹⁷ men medlemsstaterne har et vist råderum til at bestemme udformningen af de konkrete regler samt midler for gennemførelsen.¹⁸ Særligt relevant for specialet er Europa Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (Udbudsdirektivet). Udbudsdirektivet er implementeret ved minimumsharmonisering.¹⁹ UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er implementeret i dansk ret på baggrund af udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra g.

Soft law, også benævnt ikke-bindende sekundærregulering, har ikke klare retsvirkninger. Det følger af TEUF art. 288, stk. 5, at henstillinger og udtalelser ikke er retligt bindende, men derimod kan anvendes som fortolkningsbidrag. EU-Domstolen kan henvise til ikke-bindende retsakter til støtte for

¹² Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 244

¹³ Udbudsloven er en implementering af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2014-02-26 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (2014/24)

¹⁴ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 139

¹⁵ Ibid. S. 144

¹⁶ Det i unionsretten anvendte legalitetsprincip har et særligt sigte, der kommer til udtryk ved, at princippet også betegnes attributionsprincippet eller som princippet om kompetencetildeling.

¹⁷ Dahl, B. (2020) *Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv*. 15. udgave. Kbh: Djøf. S. 67

¹⁸ TEUF art. 288, stk. 2: "*Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.*"

¹⁹ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 147

sine afgørelser, hvorefter disse retsakter har betydning ved fortolkningen af den bindende regulering.²⁰

I nærværende speciale vil der blive inddraget EU-Domstolens praksis, til brug for den juridiske analyse. Særligt relevant for specialet er sag C-267/18, Delta mod CNAIR,²¹ som er besvarelsen af et præjudiciel spørgsmål fra en appeldomstol, omhandlende hvilken selvstændig vurdering den ordregivende myndighed skal foretage, før en udelukkelse kan ske som følge af misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt.

1.2.1.2 Dansk ret

Som førnævnt inddeles retskilder i to kategorier: regulering og praksis. Den retsdogmatiske metode angiver den metodiske tilgang til retskildematerialet, hvor rækkefølgen i analysen ikke betyder, at der gælder en særlig rangorden mellem retskilderne.²² Nærværende speciale vil tage afsæt i Udbudsloven, lov nr. 1564 af 15. december 2015.²³

Ved subjektiv fortolkning inddrages loves forarbejder som fortolkningsbidrag. Domstolene foretager en fortolkning af nationale bestemmelser ud fra de hensyn og principper, det har været formålet at realisere.²⁴ Til besvarelsen af den juridiske problemformulering inddrages bl.a. lovforarbejderne til udbudsloven, Forslag til Udbudsloven, LFF 2015-10-07 nr. 19.²⁵ Lovforarbejder til national lovgivning tillægges kun begrænset fortolkningsværdi, da de ikke kan benyttes til at opfylde EU forpligtelser. Nationale forarbejder er lovgivers vurdering af, hvad EU-Domstolen ville lægge til grund, ved besvarelsen af et eventuelt præjudicielt spørgsmål.²⁶ Vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil også anvendes som fortolkningsbidrag. Disse er ikke bindende, men bygger

²⁰ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 158

²¹ Sag C-267/18, Delta mod CNAIR. For referat, se Bilag 1.C

²² Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 61

²³ Lov 2015-12-15 nr. 1564, Udbudsloven, som ændret ved L 2019-03-05 nr. 204 og L 2019-11-30 nr. 1251

²⁴ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 259

²⁵ Folketinget 2015-16, Forslag til Udbudsloven, Lovforslag nr. L 19. Fremsat den 7. oktober 2015 (L 19, 2015), Specielle bemærkninger (L 19, 2015, Specielle bemærkninger)

²⁶ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 263

som oftest på retligt bindende, lovgivning og praksis. Til besvarelsen af den juridiske problemformulering vil anvendes praksis, herunder kendelserne B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen samt Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden.²⁷

1.2.2 Økonomisk metode

Til at besvare den økonomiske problemstilling anvendes den deduktive metode²⁸, til at udlede hvorledes der foreligger et incitament for den enkelte ordregiver til at udelukke misligholdende tilbudsgivere i udbudssituationer.

1.2.2.1 Neoklassisk teori

Ved besvarelsen af den økonomiske problemformulering befinder specialet sig helt overordnet i det neoklassiske forskningsprogram. Neoklassisk virksomhedsteori er standardteorien inden for økonomisk teori, og betragter virksomheden som værende en produktionsfunktion.²⁹ Når ordregivere træffer beslutninger, vil de tage udgangspunkt i, hvad der optimerer deres egen nytte. Desuden antages både ordregiver og tilbudsgivere at være ubegrænset rationelle, hvilket medfører at de besidder ubegrænsede beslutningskompetencer til at finde den optimale handlingsmåde i et givet scenarie.³⁰ I den økonomiske analyse vil det blive slået fast, hvilken markedsstruktur ordregiver står overfor, og hvilken betydning dette har for anvendelsesgraden af udelukkelsesgrunden. Herunder vil det blive vurderet hvilke informationer spillerne har til rådighed, når de træffer deres beslutninger. Disse parametre udgør de udskiftelige variable og er således beskyttelsesbæltet i det neoklassiske forskningsprogram.³¹

²⁷ KLFU kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen og KLFU kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden. For referat, se Bilag 1.D og 1.E

²⁸ Den deduktive metode tager udgangspunkt i generelle principper (teori) og drager videnskabelige slutninger om enkelte hændelser. Andersen, I. (2019). *Den skinbarlige virkelighed: vidensproduktion i samfundsvidenskaberne*. (6. udgave.). Samfundslitteratur. S. 35-38

²⁹ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 531

³⁰ Knudsen, C. (1997). *Økonomisk metodologi / Bind 2, Videnskabsteori og industriøkonomi*. (2. udgave, 1. oplag.). Jurist- og Økonomforbundet. (Knudsen, 1997) S. 54

³¹ Knudsen, 1997. S. 54

1.2.2.1 P/A-teori

Udgangspunktet for den økonomiske analyse er principal-agent teorien (P/A-teori), der baserer sig på en kontraktøkonomisk tilgang. P/A forholdet kan karakteriseres som en relation mellem to parter: principalen der engagerer en anden part, agenten til at træffe en række beslutninger.³² P/A teorien baseres på at der i et kontraktforhold mellem to parter forekommer en risiko via asymmetrisk information. Ved asymmetrisk information forudsættes det at principalen har mindre information angående agentens handlinger, således at agenten kan handle i egne interesser, uden at blive opdaget heri af principalen.³³

Det problem teorien herefter søger at finde en løsning på, består i hvorledes der kan udformes en incitamentsforenelig kontrakt. Dette er en kontrakt der er udformet således, at det i videst muligt omfang, bliver i agentens egeninteresse at handle på en måde, der stemmer overens med principalens interesser. Formålet med at indrette en incitamentsforenelig kontrakt, er at opnå overensstemmelse mellem principalens og agentens målsætninger. Et incitamentssystem der er korrekt designet, skal medføre at egoistisk adfærd fra agentens side omtrent svarer til den adfærd, som principalen gerne ser, at agenten udviser.³⁴ Via P/A teorien og mekanismerne bag dette, vil nærværende speciale undersøge, hvilke incitamenter der forekommer for agenten og principalen i forskellige situationer.

1.2.3 Integreret metode

Den integrerede analyse baserer sig på en retsøkonomisk tilgang, der har til formål at analysere retsreglerne i en økonomisk kontekst, for derved at udlede hvilken økonomisk effekt de gældende regler og eventuelle ændringer har i et samfundsmæssigt perspektiv. Retsøkonomien kan supplere kontraktoptimeringen og dermed også det offentliges udbudsforretninger.³⁵

På baggrund af de juridiske- og økonomiske analyser vurderes det, hvorledes en justering, som tilføjelse af forpligtelsen til at indhente vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, kan bidrage til en mere efficient retstilstand for ordregivere. Den økonomiske teori vil anvendes til at

³² Knudsen, 1997. S. 164

³³ Ibid. S. 165

³⁴ Ibid. S. 168

³⁵ Tvarnø & Nielsen, 2021. S. 531

analysere formålet med bestemmelserne i lovforslaget som fremsat i maj 2022 (2022-Lovforslaget),³⁶ ift. hvorvidt disse er økonomisk efficiente og vil ændre incitamentsstrukturen. Det er således udtryk for hvorledes en retsstilling på området bør være – de lege ferenda. I den integrerede analyse vil spilteori blive anvendt til at opsætte et Prisoners Dilemma spil, til at belyse hvordan alle ordregiveres incitament til at indskrive bestemmelsen i udbudsbkg. bliver påvirket af forskellige faktorer, og dermed hvad der er efficient på et samfundsmæssigt niveau.

Kapitel II – Juridisk analyse

2.1 Indledning

Specialets kapitel 2 har til formål at analysere, hvordan den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1 nr. 5, skal anvendes i praksis. Udbudsloven blev implementeret for i videst muligt omfang at føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet, samtidigt med at udbudsomkostningerne skulle være så lave som mulige for ordregivere og tilbudsgivere.³⁷ Af UBL § 137, stk. 1, nr. 5 fremgår det at en ordregiver skal anføre i udbudsbkg., hvis en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ordregiveren kan påvise, at tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, og misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion.

Udelukkelsesbestemmelsen ses sjældent brugt i udbudspraksis³⁸, og på baggrund heraf ses det relevant at undersøge hvorledes bestemmelsen skal anvendes af ordregivere. I nedenstående analyse vil der indledningsvist blive redegjort for de grundlæggende retsprincipper, og deres påvirkning på anvendelsen af UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Efterfølgende vil UBL § 138 blive analyseret, da ordregiver skal varetage hensynet til, at tilbudsgiver har muligheden for at dokumentere deres pålidelighed. Afslutningsvist vil en analyse af UBL § 137, stk. 1, nr. 5 foretages, mhp. at forstå formålet med

³⁶ Folketinget 2022, Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, Lovforslag nr. L 199. Fremsat d. 10. maj 2022 (L 199, 2022), Specielle bemærkninger, (L 199, 2022, Specielle bemærkninger)

³⁷ Vejledning om udbudsreglerne, 2016. S. 12

³⁸ Nævnenes hus. *Søgeresultat*. Besøgt d. 22. marts 2022. <https://klfu.naevneneshus.dk/soeg?sort=score&S=137,%20stk.%201,%20nr.%205&size=20> samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Maj 2021. *Evalueringsrapport af Udbudsloven* (Evalueringsrapport af udbudsloven, 2021) S. 140

bestemmelsen ved bl.a. at kigge på bestemmelsens tilblivelse, samt bestemmelsens enkelte elementer, for at forstå hvordan disse skal fortolkes.

2.2 Udbudsrettens grundlæggende principper i relation til udelukkelse

2.2.1 Overordnet

Udbudsdirektivets (UBD) præambelbetragtning 1 angiver det traditionelle udgangspunkt, om at sikre gennemførelsen af det indre marked gennem overholdelse af de grundlæggende principper. De nedenstående principper er afledt af TEUF principper og anført i UBD art. 18 og UBL § 2, stk. 1.

2.2.1.1 Ligebehandlingsprincippet

Princippet om ligebehandling blev udviklet i EUD-praksis på grundlag af det almindelige traktatretlige princip om ligebehandling.³⁹ Princippet har siden indførslen af det tidligere udbudsdirektiv fra 2004 (2004-direktivet),⁴⁰ været direktivfæstet, og indeholder et forbud mod forskelsbehandling bl.a. på baggrund af nationalitet.⁴¹ Det følger af ligebehandlingsprincippet at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet og proportionel.⁴² Dette bevirker, at der alene kan ske forskelsbehandling mellem tilbudsgivere, hvor dette er sagligt begrundet.⁴³ Princippet medfører endvidere at behandlingen af tilbudsgivere skal sikre adgang til og effektiv konkurrence om kontrakten.⁴⁴ Princippet gælder gennem hele udbudsprocessen; fra udformning af udbudsmaterialet, frem til endelig tildeling og afslutning af kontrakten.⁴⁵ Skrives UBL § 137, stk. 1, nr. 5 ind i udbudsbkg., er ordregiver som følge af ligebehandlingsprincippet, forpligtet til at udelukke enhver tilbudsgiver, som er omfattet af denne.⁴⁶ Forpligtelsen skyldes, at en ændring ved et grundlæggende

³⁹ Sag C-810/79, *Überschär*. For referat, se Bilag 1.F

⁴⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

⁴¹ C-243/89, *Kommissionen mod Danmark, Storebælt*, Pr. 33. For referat, se Bilag 1.G

⁴² Forenede sager C-21/03 og C-34/03, *Fabricom*. For referat, se Bilag 1.H

⁴³ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 2. S. 57

⁴⁴ C-336/12, *Manova*, pr. 28-29. For referat, se Bilag 1.I

⁴⁵ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 2. S. 58

⁴⁶ Vejledning om udbudsreglerne, 2016. S. 172

element i løbet af en udbudsproces, såsom ikke-anvendelse af en udelukkelsesgrund, er i strid med ligebehandlingsprincippet.

2.2.1.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet kan tilsvarende udledes af princippet om ikke-diskrimination. Kravet om gennemsigtighed skal gøre det muligt at fastslå, om princippet om ligebehandling er overholdt, og derved skabe gennemsigtighed omkring tildelingen af kontrakter i det offentlige.⁴⁷ Det fremgår af lovebemærkningerne til UBL § 137, at formålet med bestemmelsen er at styrke gennemsigtigheden i udbudsproceduren, hvorved tilbudsgiver har et bedre grundlag for at vurdere om de vil deltage i udbuddet.⁴⁸ Ordregivers handlinger skal være gennemsigtige, herunder også det udbudsmateriale der offentliggøres til brug for udbudsprocessen. Ordregiver skal på forhånd beskrive processen for udbuddet, og skal herefter handle i overensstemmelse med, og inden for de fastsatte rammer beskrevet.⁴⁹

En tilbudsgiver som er udelukket på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, og som ikke har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt, får besked om begrundelsen for udelukkelse. Forbigåede tilbudsgivere bliver efter underretningsforpligtelsen, bekendtgjort med beslutninger truffet af ordregiveren, herunder hvem der har vundet udbuddet.⁵⁰ Underretninger til tilbudsgivere, medfører gennemsigtighed i tildelingsbeslutningen.

2.2.1.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet har en særlig rolle i relation til de frivillige udelukkelsesgrunde,⁵¹ og er udviklet og defineret EUD-retspraksis.⁵² I udbudsretligt henseende indebærer princippet, at ordregiver ikke må sætte betingelser og krav op, der går videre, end hvad der er nødvendigt og passende ift. formålet. Foranstaltningerne skal være egnede til og nødvendige for at opnå det tilsigtede

⁴⁷ Sag C-92/00, *Hospital Ingenieure*, pr. 45. For referat, se Bilag 1.J

⁴⁸ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137. S. 152

⁴⁹ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 2. S. 58

⁵⁰ Se 2.3 Procedure ved offentlige udbud

⁵¹ Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret* (2. udgave.). Djøf Forlag. (Hamer, 2021) S. 483

⁵² Ibid. S. 63

mål, der lovligt forfølges⁵³ jf. Klagenævnet for Udbud (KLFU) kendelse af 2. august 2016.⁵⁴ Ordregiver er forpligtet til kun at stille forholdsmæssigt rimelige krav til potentielle tilbudsgivere.⁵⁵ Princippet har stor betydning i relation til ordregivers skøn om, hvorvidt en tilbudsgiver skal udelukkes.⁵⁶ Ordregiver træffer både beslutning om udelukkelsen efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5 samt hvorvidt tilbudsgiver har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt efter UBL § 138, stk. 1. Proportionalitetsprincippet er derfor væsentligt for ordregiver at iagttage, for at sikre at ingen tilbudsgiver unødigt udelukkes fra udbuddet.

2.2.2 Sammenfatning

Rammen for anvendelsen af udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er følgelig sat af de grundlæggende principper. Det er principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, der bliver påberåbt mest, ved klager over en ordregivers tildeling af kontrakt.⁵⁷

2.3 Procedure ved offentlige udbud

Efter lovbemærkningerne (lovbem.) skal ordregiver ved valget af udbudsprocedure tage hensyn til de forventede transaktionsomkostninger, der er forbundet med den påtænkte procedure.⁵⁸ Omkostningerne ved anvendelse af udbudsproceduren offentligt udbud, skal sammenholdes med antallet af potentielle tilbudsgivere. Offentligt udbud er reguleret i UBL §§ 56 og 57, som bygger på UBD art. 27, stk. 1, første afsnit, og kan altid anvendes af ordregiver.⁵⁹ Denne procedure sikrer den bredest mulige konkurrence, da enhver økonomisk aktør efter UBL § 56, stk. 1, 1. pkt. kan afgive tilbud som svar på udbudsbkg. Et offentligt udbud giver den bredest mulige konkurrence, men kan samtidigt øge ordregivers ressourceforbrug ved tilbudsbedømmelsen, hvis antallet af afgivne tilbud

⁵³ Sag C-331/88, Fedesa, pr. 13. For referat, se Bilag 1.K

⁵⁴ KLFU kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden. Dansk Byggeri klagede over Region Hovedstadens tilføjelse af et kædeansvar for hovedentreprenøren (tilbudsgiveren) i vilkårene i udbudsmaterialet. Dansk Byggeri mente, at dette var i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip. KLFU fandt at dette vilkår ikke stred mod proportionalitetsprincippet, og klagen blev ikke taget til følge. For referat, se Bilag 1.E

⁵⁵ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 2. S. 58

⁵⁶ Hamer, 2021, S. 509

⁵⁷ Nævnenes hus. *Søgeresultat*. Besøgt d. 22. marts 2022. https://klfu.naevneneshus.dk/soeg?_sort=score&S=137,%20stk.%201,%20nr.%205&size=20

⁵⁸ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 55. S. 97

⁵⁹ Hamer, 2021. S. 415

er stort.⁶⁰ Ved anvendelsen af offentligt udbud skal ordregiver offentliggøre en udbudsbekendtgørelse. (udbudsbkg.), jf. UBL §§ 56, stk. 1 og 128, stk. 1.⁶¹ For at styrke gennemsigtigheden i udbudsprocessen, skal de valgte frivillige udelukkelsesgrunde fremgå tydeligt af denne bekendtgørelse, jf. UBL § 137, stk. 1. Det er derfor vigtigt at ordregiver inden udarbejdelsen af udbudsbkg., foretager en vurdering af om der skal ske anvendelse af de frivillige udelukkelsesgrunde.

Verifikationsforpligtelsen i UBL § 159, stk. 2 medfører at ordregiver alene kan tildele kontrakten, hvis denne har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbkg., samt at tilbudsgiver ikke er udelukket i henhold til UBL §§135-137. Det er ved denne evaluering at ordregiver skal bekræfte, hvorvidt et tilbud skal udelukkes på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 5.⁶² Ved tvivlstilfælde har ordregiver en pligt til at foretage effektiv kontrol af nøjagtigheden af oplysningerne og dokumentationen, som tilbudsgiver har indsendt, herunder om korrektheden af det tilkendegivne i Det Fælleseuropæiske Udbudsdokument.⁶³ Baggrunden for bestemmelsen er at skabe klarhed ift. ordregivers pligter, herunder tydeliggøre at pligten også eksisterer, selvom det ikke angår tilbudsevalueringen.⁶⁴ Efter lovbem. til UBL § 137, stk. 1, er tvivlstilfælde alene situationer, hvor der er tvivl om hvorvidt tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbkg.⁶⁵ Udgangspunktet er at ordregiver skal foretage verificeringen om opfyldelse af krav i udbudsbkg., forud for identifikation af det bedste tilbud. Lovbem. til UBL § 159, stk. 4 fastslår dog at ordregiver ved anvendelsen af offentligt udbud, er frit stillet til at beslutte i hvilken rækkefølge der undersøges, om minimumskravene til egnethed er opfyldt. Dette kan medføre en effektivisering af proceduren, da ordregiver undgår at foretage udelukkelses- og egnethedsbedømmelser for samtlige tilbudsgivere, men blot kan foretage bedømmelserne for den vindende tilbudsgiver.⁶⁶

⁶⁰ Hamer, 2021. S. 415

⁶¹ Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysningerne anført i bilag V, del C, til Udbudsdirektivet. Ordregiver skal anvende Europa-Kommissionens standardformular, jf. UBL § 128, stk. 3.

⁶² Se 2.4 Udelukkelse

⁶³ UBL § 159, stk. 3. Se 2.4.6 Det Fælleseuropæiske Udbudsdokument (ESPD)

⁶⁴ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 3. S. 180

⁶⁵ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1. S. 153

⁶⁶ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 4. S. 181

Vurderer ordregiver at en tilbudsgiver skal udelukkes fra udbudsproceduren på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, skal tilbudsgiveren først gives en passende frist til at dokumentere sin pålidelighed. Vurderer ordregiver ved udløbet af fristen, at tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed efter UBL § 138, stk. 1, er utilstrækkelig, skal ordregiver begrunde dette over for tilbudsgiver.⁶⁷ Forbigåede tilbudsgivere bliver efter underretningsforpligtelsen i UBL § 171, stk. 1, nr. 3, bekendtgjort med beslutninger truffet af ordregiveren, herunder hvem der har vundet udbuddet. Ordregiver skal angive det vindende tilbuds egenskaber og fordele, set ift. det afviste tilbud. Begrundelsen skal have et niveau, hvor den afviste tilbudsgiver klart og utvetydigt får indblik i de betragtninger som ordregiver har lagt til grund.⁶⁸ Dette medfører gennemsigtighed i tildelingsbeslutningen, og giver forbigåede tilbudsgivere mulighed for at klage over processen. Kontraktindgåelsen kan først ske efter udløbet af en standstillperiode, jf. UBL § 173. Længden på perioden er fastsat i Lov om Klagenævnet for Udbud⁶⁹ (LKU), § 3, stk. 1⁷⁰ og 2.

Forelå der omstændigheder på tidspunktet for tildeling af kontrakten, der burde have foranlediget udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, kan ordregiver bringe kontrakten til ophør, jf. UBL § 185, stk. 1, nr. 2. Dette kan f.eks. være relevant, hvis det viser sig, at der er fejl i den fremlagte dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke var omfattet af udelukkelsesgrunde. Efter kontraktindgåelse er det således ikke en pligt for ordregiver at udelukke den vindende tilbudsgiver, men en mulighed.

Ovenstående gennemgang af proceduren ved offentligt udbud, viser at processen med at inkorporere UBL § 137, stk. 1, nr. 5 er umiddelbart praktisk anvendelig for enhver ordregiver med kendskab til offentlige udbud. Dette kan udledes da fremgangsmåden, og de bestemmelser ordregiver skal anvende, er de samme ved alle offentlige udbudsprocesser, og det må derfor formodes at ordregiver kender til proceduren.

⁶⁷ Se 2.4.5 Tilbudsgiver meddelt udelukkelse

⁶⁸ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 171, stk. 4, nr. 2. S. 194

⁶⁹ Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud

⁷⁰ Af LKU § 3, stk. 1, fremgår det at standstillperioden er minimum 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har afsendt elektronisk underretning.

2.4 Udelukkelse

2.4.1 Overblik og definition

UBL kapitel 11 indeholder bestemmelserne for udelukkelse fra offentlige udbud, hvorefter en tilbudsgiver skal/kan, blive udelukket fra en udbudsprocedure, såfremt de er omfattet af en af disse bestemmelser. Udelukkelsesgrundene sætter grænser for hvilke tilbudsgivere en ordregiver kan kontrahere med, og er således med til at sikre pålidelige og valide kontraktparter.⁷¹ Dette kan begrundes ud fra objektive formål om at sikre troværdigheden og seriøsiteten hos tilbudsgiver.⁷²

UBL skelner mellem obligatoriske- og frivillige udelukkelsesgrunde,⁷³ hvor de obligatoriske udelukkelsesgrunde (præceptive) findes i UBL §§ 135 og 136, og de frivillige udelukkelsesgrunde (fakultative) i UBL § 137. Der er tale om udtømmende lister, hvortil det skal bemærkes at medlemsstaterne ved implementeringen, har muligheden for ikke at anvende de fakultative udelukkelsesgrunde, eller integrere dem med den strengthed de ønsker, og derved gøre dem obligatoriske.⁷⁴ Der er således ikke tilsigtet en ensartet anvendelse af bestemmelserne inden for Unionen, men medlemsstaterne kan integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning, hvorefter medlemsstaterne har kompetence til at lempe kriterier i bestemmelsen eller gøre dem mere fleksible.⁷⁵ Denne mulighed for medlemsstaterne, til at implementere de frivillige udelukkelsesgrunde på den måde de ønsker, understøtter ikke ideen om at udvikle et sammenhængende retssystem vedrørende offentlige indkøb på EU-plan.⁷⁶ Danmark har ved

⁷¹ Hamer, 2021. S. 469

⁷² Generaladvokatens udtalelse i sag C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og RTI Mantovani e Guerrato*, pr. 53. For referat, se Bilag 1.L

⁷³ Vejledning om udbudsreglerne, 2016. S. 172

⁷⁴ UBD art. 57 stk. 4 og 7

⁷⁵ Som muligt efter sag C-210/20 *Rad Service Srl Unipersonale*, pr. 28: Det følger af artikel 57, stk. 4 og 7, i direktiv 2014/24, at medlemsstaterne har mulighed for ikke at anvende de fakultative udelukkelsesgrunde, der er angivet i disse bestemmelser, eller for at integrere dem i den nationale lovgivning med en grad af strengthed, der kan variere alt efter tilfældet og ud fra juridiske, økonomiske eller sociale overvejelser, som gør sig gældende på nationalt niveau

⁷⁶ Kuźma, K. & Hartung, W. (2019) *Exclusion grounds - the practice of application in the EU and EFTA states. Chapter 1: Understanding of the concept of the non-compulsory nature of grounds in directive 2014/24/EU*. Public Procurement Law Association Poland. S. 14

implementeringen skærpet graden af strenghed, men stadig ladet UBL § 137, stk. 1, nr. 5 forblive frivillig. Obligatoriske udelukkelsesgrunde behøver ikke fremgå af udbudsbkg., og er alvorlige specifikke lovovertrædelser, hvorfor ordregiver er forpligtet til at udelukke tilbudsgivere, der befinder sig i en af disse udelukkelsesgrunde.⁷⁷ Frivillige udelukkelsesgrunde skal være angivet i udbudsbkg., og dækker over både lovovertrædelser og forsømmelser, og kan være relevante at anvende, for at sikre at tilbudsgiverens udførelse af opgaven, ikke strider mod ordregiverens interesser.⁷⁸

2.4.2 Lovforslag om ændring af Udbudsloven, 2022

Folketinget har d. 10. maj 2022 fremsat Lovforslag nr. L 199, Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter. Der er lagt op til, at ændringerne - såfremt 2022-lovforslaget vedtages - træder i kraft 1. juli 2022 og finder anvendelse på alle udbud offentliggjort herefter. 2022-lovforslaget er udarbejdet med baggrund i den faglige vurdering Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (KFST) har lavet ved deres evaluering af udbudsloven i hhv. 2019 og 2020.⁷⁹

2022-lovforslaget indeholder fire overordnede holdepunkter, hvoraf særligt to af fokuspunkterne er relevante, herunder styrkelse af muligheden for at udelukke virksomheder, som ikke overholder reglerne og lavere transaktionsomkostninger ved offentlige udbud ved oprettelse af en enhed for pålidelighedsvurderinger (self-cleaning). Styrkelsen af muligheden for at udelukke virksomheder der ikke overholder reglerne, er en skærpelse af den nuværende bestemmelse i UBL § 137, stk. 1, nr. 3. Denne nuværende frivillige udelukkelsesgrund foreslås at gøres til en obligatorisk udelukkelsesgrund. Med ændringen indføres således en pligt for ordregiver til fremover at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, der har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om vedkommendes integritet. Denne ændring fra en frivillig- til en obligatorisk udelukkelsesgrund berører dog ikke nærværende speciales analyse af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, der stadig forbliver en frivillig udelukkelsesgrund.

⁷⁷ Hansen, K. L., & Offersen, R. (2016) *Udbudsprocessen*. (2. udgave. 1. oplag.) Kbh: Karnov Group. S. 60

⁷⁸ Hamer, 2021. S. 470

⁷⁹ Evalueringsrapport af udbudsloven, 2021

2022-lovforslaget indebærer samtidigt at den maksimale udelukkelsesperiode forlænges fra 2 år til 3 år, hvis ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en af de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1. Med denne ændring vil tilbudsgivere således fremover være afskåret fra at deltage i udbudsprocedurer i længere tid, såfremt de er omfattet af en af de frivillige udelukkelsesgrunde. Denne ændring vil, hvis vedtaget, ændre i udelukkelsesperioden for tilbudsgivere udelukket efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Formålet med denne forlængelse, er ifølge lovbem.,⁸⁰ at øge den generalpræventive effekt af udelukkelsesreglerne, samt ”påtvinge” udelukkede tilbudsgivere til at overveje om deres iværksatte foranstaltninger til dokumentation af pålidelighed, er tilstrækkelig. Det bemærkes at ændringen ultimativt blot medfører, at UBL fremover vil følge de maksimale udelukkelsesperioder, der er fastsat i UBD.

De potentielt lavere transaktionsomkostninger der vil forekomme ved offentlige udbud, sker ved oprettelse af en enhed for pålidelighedsvurderinger (self-cleaning). Det foreslås således, at ordregiver fremover skal indhente en vejledende udtalelse hos KFST om den af tilbudsgiver fremsendte dokumentation for pålidelighed, inden ordregiver træffer beslutning om, hvorvidt tilbudsgiveren skal udelukkes. Formålet med at indføre pligten for ordregiver til at indhente en vejledende udtalelse fra KFST er ifølge lovbem.⁸¹, at samle viden og erfaring om sådanne vurderinger, og dermed sikre et bedre kompetencegrundlag for gennemførelsen af vurderinger af dokumentation af pålidelighed. Der er dog alene tale om en vejledende udtalelse fra KFST, og ordregiver vil således ikke være forpligtet til at følge denne.

Denne oprettelse af et organ der skal stå for vurderingen af om en tilbudsgiver har foretaget tilstrækkelig dokumentation af pålidelighed, vil påvirke – hvis vedtaget – alle ordregivere der vælger at gøre brug af muligheden for at skrive UBL § 137, stk. 1, nr. 5 ind i udbudsbkg. Dette vil alt andet lige medføre en forlængelse af udbudsproceduren, hvilket ordregiver fremover bør have in mente i planlægningen. Den foreslåede ændring vil således få praktisk betydning for ordregiveres gennemførelse af udbudsprocedurer.⁸²

⁸⁰ L 199, 2022, Specielle bemærkninger til nr. 24. S. 28

⁸¹ L 199, 2022, Specielle bemærkninger til nr. 22. S. 27

⁸² Se 4.2 Indførelsen af en ny proces til vurdering af self-cleaning

2.4.3 Formål og generelle betragtninger

Det følger af UBL § 1, at formålet med loven er: *”at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”*. Det centrale formål er således at sikre effektiv konkurrence på markedet, hvortil offentlige midler skal udnyttes bedst muligt.⁸³ Reglerne om udelukkelse efter UBL § 137, stk.1, nr. 5 bidrager til dette formål, da der efter denne bestemmelse kan udelukkes tilbudsgivere, der tidligere har vist, at de ikke kan overholde kontraktforpligtelser og derved har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt.

Udelukkelse som følge af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, medfører den fordel, at ordregivere ikke fremadrettet skal samarbejde med aktører, som de har dårlige erfaringer med. Udelukkelse kan anses som at have en præventiv effekt, da det formodes at give et incitament til tilbudsgiver om ikke at misligholde sine kontraktforpligtelser, da dette kan medføre udelukkelse fra fremtidige udbud, og dermed et potentielt økonomisk tab. Ordregiver kan dermed i højere grad sikre at den efterfølgende kontrakt bliver overholdt, og blandt andet spare omkostningerne ved at finansiere en ny udbudsproces, hvilket sikrer den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler. Omvendt antages det at bestemmelsen også kan have en begrænsende effekt på antallet af tilbudsgivere, og potentielt begrænse konkurrencen unødigt.

Udelukkelse af en tilbudsgiver kan have store økonomiske konsekvenser, hvorfor proportionalitetsprincippet skal iagttages ved vurderingen af, om tilbudsgiveren skal udelukkes.⁸⁴ Det er endvidere anledningen til, at der er kodificerede regler om self-cleaning i UBL, hvorefter en tilbudsgiver kan dokumentere sig pålidelighed, og stadig deltage i udbuddet.⁸⁵ Dette følger ligeledes formålet bag udelukkelsesgrunden, om at søge at opnå en effektiv konkurrence. I relation hertil er der

⁸³ Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne, Pr. 81-82. For referat, se Bilag 1.M

⁸⁴ Se 2.2.1.3 Proportionalitetsprincippet

⁸⁵ Se 2.5 Dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

fastsat en begrænset periode for udelukkelse, der medfører at en tilbudsgiver kan deltage i udbuddet, hvis årsagen til udelukkelsen, er forældet i medfør af denne udelukkelsesperiode.⁸⁶

2.4.4 Procedure ved udelukkelse

For at kunne anvende en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde, skal ordregiver på forhånd have anført i udbudsbkg., at en tilbudsgiver der befinder sig i en af de frivillige udelukkelsesgrunde, vil blive udelukket fra udbudsproceduren.⁸⁷ Ordregiver er altid bundet af de betingelser, som opstillet i udbudsbkg., hvilket medfører at hvis en frivillig udelukkelsesgrund er angivet, er ordregiver forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver fra udbuddet.⁸⁸ Har der ikke i udbudsbkg. været angivet at ordregiver vil gøre brug af en af de frivillige udelukkelsesgrunde, kan ordregiver ikke med hjemmel i en af disse, senere udelukke en tilbudsgiver, medmindre udelukkelsen sker med henvisning til de udbudsretlige principper.⁸⁹ Kravet om offentliggørelse af de valgte frivillige udelukkelsesgrunde, er henset til princippet om gennemsigtighed,⁹⁰ hvorefter økonomiske aktører der er omfattet af en udelukkelsesgrund, kan vurdere om de vil deltage i udbuddet.

Ordregiver skal tage stilling til en tilbudsgivers udelukkelse ved modtagelse af tilbuddet. Dette gøres ved at den økonomiske aktør udfylder Det Fælleseuropiske Udbudsdokument⁹¹, hvorefter ordregiver foretager en vurdering af, om tilbudsgiveren er omfattet af én eller flere udelukkelsesgrunde efter UBL §§ 135-137.⁹² Vil ordregiver udelukke en tilbudsgiver fra udbuddet, skal ordregiver informere om at denne påtænker at udelukke tilbudsgiveren.⁹³ Hertil skal tilbudsgiveren have en passende frist til at fremlægge dokumentation for self-cleaning. På baggrund af den fremlagte dokumentation må ordregiver foretage en vurdering af om tilbudsgiveren skal udelukkes.⁹⁴

⁸⁶ Jf. UBL § 138, stk. 7. Se 2.4.7 Udelukkelsesperioden

⁸⁷ Hamer, 2021. S. 483

⁸⁸ Evaluerings af udbudsloven, 2021. S. 136

⁸⁹ Hamer, 2021. S. 484

⁹⁰ Se 2.2.1.1 Gennemsigtighedsprincippet

⁹¹ Se 2.4.6 Det Fælleseuropæiske Udbudsdokument (ESPD)

⁹² Se 2.6.3 Bevisbyrden: Kan påvise

⁹³ Se 2.4.5 Tilbudsgiver meddelt udelukkelse

⁹⁴ Se 2.5 Dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

2.4.5 Tilbudsgiver meddelt udelukkelse

Ordregiver kan alene udelukke en tilbudsgiver fra udbudsprocessen, hvis ordregiver efter UBL § 138, stk. 2 har meddelt tilbudsgiveren, at den pågældende er omfattet af en udelukkelsesgrund, og tilbudsgiveren ikke inden en af ordregiveren bestemt passende frist efter tilbudsfristens udløb, har forelagt tilstrækkelig dokumentation for dennes pålidelighed.⁹⁵ Bestemmelsen gennemfører ikke en bestemmelse i UBD og indebærer udelukkende et nationalt krav, som er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.⁹⁶ På baggrund af den fremlagte dokumentation må ordregiver foretage en vurdering af, om tilbudsgiveren skal udelukkes fra deltagelse.⁹⁷ Efter fristens udløb skal ordregiver begrunde sin beslutning over for tilbudsgiver, såfremt ordregiver vurderer, at tilbudsgivers foranstaltninger mhp. at genoprette sin pålidelighed efter UBL § 138 stk. 1, ikke er tilstrækkelig, jf. UBL § 138, stk. 5. Først efter denne begrundelse, kan ordregiver tildele kontrakten til den vindende tilbudsgiver.

2.4.6 Det Fælleseuropæiske Udbudsdokument

Det Fælleseuropæiske Udbudsdokument (ESPD)⁹⁸ er en egenerklæring fra økonomiske aktører, der anvendes i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer.⁹⁹ ESPD er en standardformular udformet af Europa-Kommissionen,¹⁰⁰ med formål om at ensrette udbudsproceduren på tværs af landene i EU, og tjener som foreløbig dokumentation i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger en udelukkelsesgrund, og om de relevante minimumskrav til egnethed er opfyldt.¹⁰¹ Forpligtelsen for

⁹⁵ Se 2.5 Dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

⁹⁶ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 2. S. 156

⁹⁷ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 2. S. 157

⁹⁸ UBL §§ 148-151

⁹⁹ Europa-Kommissionen. *European single procurement document and eCertis*. Besøgt d. 27. februar 2022. https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital-procurement/european-single-procurement-document-and-ecertis_da samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. September 2020. *ESPD - Det fælles europæiske udbudsdokument*.

¹⁰⁰ Standardformularen er udformet af Europa-Kommissionen og udgør bilag til Kommissionens Gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)

¹⁰¹ Jf. UBL § 24, stk. 1, nr. 13

tilbudsgiver til at anvende ESPD'et følger af UBL §§ 148-151.¹⁰² Hensynet bag anvendelsen af ESPD'et er at reducere omfanget af tilbudsgivers arbejde ved udformning af et tilbud,¹⁰³ samt hensynet om at udbudsprocesser skal være gennemsigtige, og at der skal ske ligebehandling af alle tilbudsgivere.¹⁰⁴ Dokumentationskravet skal således sikre at der ikke tildeles offentlige opgaver, til tilbudsgivere der har begået forsømmelser, eller som er økonomisk og teknisk uegnede til at udføre opgaven.

Af lovbem. til UBL § 137, stk. 1, nr. 6. fremgår det, at det kan være grundlag for udelukkelse, såfremt en tilbudsgiver har givet vildledende oplysninger i ESPD'et vedrørende udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5.¹⁰⁵ Lovbem. til UBL § 148, stk. 1 angiver at groft urigtige oplysninger, eller tilbageholdelse af oplysninger, skal medføre udelukkelse efter UBL § 136, stk. 1, nr. 3.¹⁰⁶ Retsstillingen på området, for så vidt angår konsekvenserne af at der afgives forkerte eller vildledende oplysninger i ESPD'et er uklar. Da ESPD'et udgør et centralt dokument til brug for ordregivers vurdering, antages det at udelukkelsesgrundene i UBL §§ 136, nr. 3 og 137, stk. 1, nr. 6, kan anvendes også ved afgivelse af forkerte eller vildledende oplysninger i ESPD'et. Hvis tilbudsgiver således ikke informerer om mulige udelukkelsesårsager i ESPD'et, og ordregiver bliver bevidst om dette, skal tilbudsgiveren udelukkes, hvis dette har haft væsentligt indflydelse på beslutningen vedrørende udelukkelsen.¹⁰⁷

2.4.7 Udelukkelsesperioden

Såfremt en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, vil denne være udelukket fra udbud, i udelukkelsesperioden. Udelukkelsesperioden for frivillige udelukkelsesgrunde fremgår af UBL § 138 stk. 7, og medfører at ordregiver skal udelukke tilbudsgiveren i op til to år fra datoen for den relevante

¹⁰² Bestemmelserne implementerer UBD art. 59, med undtagelse af hjemlen for Erhvervs- og Vækstministeren i UBL § 149, jf. L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 149, S. 172

¹⁰³ KFST. *Det fælles europæiske udbudsdokument – ESPD*. Besøgt d. 3. marts 2022. <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/espd/>

¹⁰⁴ Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 100

¹⁰⁵ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 6. S. 155

¹⁰⁶ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 148, stk. 1. S. 170

¹⁰⁷ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 6. S. 155

handling der kan begrunde udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5.¹⁰⁸ Af lovbem. til UBL § 138, stk. 7,¹⁰⁹ fremgår det at ordregiver har bevisbyrden for at tilbudsgiveren kan udelukkes.¹¹⁰ Heraf følger det også, at ordregiver ikke kan udelukke en tilbudsgiver med henvisning til, at andre ordregivere har udelukket denne.¹¹¹

Af lovbem. til UBL § 138, stk. 7 fremgår det at ordregiver kan oplyse i udbudsbkg. hvis denne har besluttet, at udelukkelsesperioden skal være kortere end 2 år.¹¹² Tidspunktet for vurderingen af om, en tilbudsgiver er omfattet af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er ifølge lovbem., tidspunktet for beslutning om kontrakttildeling.¹¹³ Dette medfører, at ved kontrakttildelingstidspunktet skal ordregiver kigge to år tilbage og vurdere, hvorvidt der er optrådt en handling omfattet af UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Er dette tilfældet, er ordregiver forpligtet til at udelukke den pågældende tilbudsgiver.¹¹⁴ Lovbem. til UBL § 138, stk. 7 anfører at ved vurderingen om udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er det tidspunktet for ophævelsen eller den lignende sanktion, der er afgørende ift. beregningen af den maksimale udelukkelsesperiode.¹¹⁵

2.5 Dokumentation af pålidelighed (Self-cleaning)

Udbudsloven indeholder begrænsede undtagelser til, at udelukkelse af tilbudsgivere der befinder sig i en af udelukkelsesgrundende, ikke skal finde sted. Undtagelserne er til for at sikre at der sker størst mulig konkurrence om offentlige kontrakter, hvilket sikres ved ikke at begrænse antallet af tilbudsgivere disproportionalt.

¹⁰⁸ Der gøres her opmærksom på lovforslaget behandlet i pkt. 2.4.2, om ændring af udelukkelsesperioden fra to til tre år.

¹⁰⁹ Folketinget 2019, Forslag Til Lov om ændring af Udbudsloven, Lovforslag nr. 3. Fremsat d. 3. oktober 2019. (L 3, 2019), Specielle bemærkninger, (L 3, 2019, Specielle bemærkninger)

¹¹⁰ Se 2.6.3 Bevisbyrden: Kan påvise

¹¹¹ L 3, 2019, Specielle bemærkninger til nr. 19, S. 27

¹¹² Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 134

¹¹³ L 3, 2019, Specielle bemærkninger til nr. 19, S. 27

¹¹⁴ Se 2.5 Dokumentation af pålidelighed (self-cleaning)

¹¹⁵ L 3, 2019, Specielle bemærkninger til nr. 19, S. 27

Ved Lov 2019-11-30 nr. 1251 om ændring af udbudsloven¹¹⁶ er der indsat en særlig undtagelse i UBL § 138, stk. 4, der medfører at tilbudsgivers ret til at dokumentere deres pålidelighed fjernes, for de tilbudsgivere der ved endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse. Denne bestemmelses anvendelse ses for begrænset i Danmark, da det ikke er muligt for en virksomhed at få en dom, hvor det er en konsekvens, at man samtidigt er udelukket fra udbud fremadrettet.¹¹⁷ En offentlig ordregiver vil dog skulle udelukke en deltager fra et udbud i Danmark, hvis en virksomhed har en sådan dom.

En tilbudsgiver, som er omfattet af en udelukkelsesgrund, har mulighed for at fremlægge dokumentation for, at denne imidlertid er pålidelig,¹¹⁸ hvilket fremgår af UBL § 138, stk. 1, som dokumentation af pålidelighed (self-cleaning).¹¹⁹ Formålet er, at en virksomhed skal have muligheden for at genoprette sig selv, hvorefter der ikke længere er en grund til at denne skal udelukkes. Ordregiver kan ikke udelukke en tilbudsgiver fra deltagelse i et udbud, før denne har haft mulighed for at dokumentere self-cleaning, jf. UBL § 138, stk. 2. Muligheden for self-cleaning sikrer, at tilbudsgivere ikke udelukkes fra udbud i længere tid, end hvad der er proportionelt, hvilket kan have en effekt på konkurrencen om opgaven og kvaliteten af det vindende tilbud.¹²⁰ En tilbudsgiver som efter vurdering af ordregiver, har foretaget tilstrækkelig self-cleaning, kan ikke udelukkes, også selvom udelukkelsesperioden ikke er udløbet.¹²¹ UBD præambelbetragtning 102 anfører, at der bør tages hensyn til muligheden for at økonomiske aktører kan iværksætte self-cleaning mhp. at afhjælpe konsekvenserne af forsømmelser og effektivt forebygge yderligere forekomster. Derfor, såfremt de trufne foranstaltninger på en tilstrækkelig måde sikrer tilbudsgiverens pålidelighed, kan tilbudsgiveren ikke udelukkes, jf. lovbem. til § 138.¹²²

¹¹⁶ Loven indeholder bestemmelser, der gennemfører Udbudsdirektivet. EU-Tidende 2014, nr. L 94, S. 65. Baggrunden for bestemmelsen er regeringens modtagelse af Europa-Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2018/2270, hvori Kommissionen anfører, at artikel 57, stk. 6, fjerde afsnit ikke er gennemført i dansk ret.

¹¹⁷ Hamer, 2021, S. 503

¹¹⁸ Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 134

¹¹⁹ Implementering af UBD art. 57, stk. 6

¹²⁰ Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 134

¹²¹ Se 2.4.7 Udelukkelsesperioden samt Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 134

¹²² L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 138, stk. 1. S. 156

Tilbudsgiver skal orienteres om, at ordregiver påtænker at udelukke denne efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, og herefter gives en passende frist, til at fremlægge tilstrækkelig dokumentation for self-cleaning. Dokumentationen er tilstrækkelig, hvis denne følger de kumulative betingelser i UBL § 138, stk. 3. Efter fristens udløb skal ordregiver begrunde sin beslutning, såfremt denne vurderer, at tilbudsgiverens foranstaltninger mhp. at genoprette sin pålidelighed, ikke er tilstrækkelig, jf. UBL § 138, stk. 5. Først efter denne begrundelse, kan ordregiver tildele kontrakten til den vindende tilbudsgiver. Vurderingen af om self-cleaning er tilstrækkelig, foretages af den enkelte ordregiver.

Det er efter KFST uhensigtsmæssigt, at det er den enkelte ordregiver der skal vurdere, hvorvidt en tilbudsgiver har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt.¹²³ Det faktum at det er en individuel vurdering ved hvert udbud, kan risikere at medføre, at ordregivere afvejer dokumentationen af foranstaltningerne forskelligt. Hvor nogle vil se dokumentationen som tilstrækkelig, kan andre risikere at se det som utilstrækkelig.¹²⁴ De enkelte foranstaltninger skal sammenholdes med grovheden af, og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af udelukkelsesgrunden. Dermed får proportionalitets-princippet stor betydning for tilstrækkelighedsvurderingen.¹²⁵

KFST har ved det fremsatte lovforslag som benævnt i pkt. 2.4.2, anbefalet en decentraliseret enhed der fremadrettet skal varetage vurderingen af hvorvidt dokumentationen af pålidelighed er tilstrækkelig. Det må derfor bemærkes at der – hvis vedtaget – forekommer en ændring i den måde vurderingen af pålidelighed fremadrettet sker på.

2.6 Analyse af Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 5

For at kunne besvare nærværende speciales juridiske problemformulering, findes det nødvendigt at foretage en dybdegående analyse af UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Dette gøres for at vurdere, hvordan bestemmelsen skal fortolkes af ordregivere, så disse kan anvende bestemmelsen korrekt i praksis.

2.6.1 Formålet med UBD art. 57, stk. 4, litra g

Til fortolkningen af den frivillige udelukkelsesgrund, findes det nødvendigt at analysere hvilket formål bestemmelsen søger at følge. Til analysen inddrages UBD art. 57, stk. 4, litra g, da den danske

¹²³ Evaluerings af udbudsloven, 2021. S. 143

¹²⁴ Hamer, 2021. S. 507

¹²⁵ Se 2.2.1.3 Proportionalitetsprincippet

bestemmelse i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er implementeret på baggrund af denne, dog uddybet ift. direktivets ordlyd. UBD art. 57, stk. 4, litra g, er en ny bestemmelse i UBD og fremgik således ikke af det gamle 2004-direktiv. UBD art. 57, stk. 4 er en videreførelse af den tidligere regulering, med enkelte udvidelser ift. 2004-direktivets art. 45, stk. 2, da der i dette direktiv blandt andet ikke eksisterede en frivillig udelukkelsesgrund der omhandlede betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt.¹²⁶

For nærmere forståelse af formålet med UBD art. 57, stk. 4, litra g, findes det relevant at inddrage den lignende mulighed for udelukkelse, med hjemmel i 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra d.¹²⁷ Den daværende retstilstand ved 2004-direktivet, vedrørte *alvorlige fejl* begået af tilbudsgiveren i forbindelse med sit erhverv og gav ordregiver mulighed for at udelukke en tilbudsgiver ved manglende overholdelse af kontraktretlige forpligtelser.

Der er i national dansk ret truffet afgørelse om udelukkelse af den økonomiske aktør, som følge af 2004-direktivets art. 45, stk. 2 litra d. Først behandlet ved KLUs kendelse af 19. oktober 2009, DSV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding.¹²⁸ Sagen angik om I/S Vestforbrænding (I/S) var berettiget til, i medfør af direktivets artikel 45, stk. 2, litra d, at udelukke DSV Transport A/S (DSV) fra fremtidige udbud. Dette på baggrund af at DSV uberettiget havde ophævet kontrakten om transport af affald fra genbrugsstationen i et tidligere kontraktforhold med I/S. DSV tabte en efterfølgende voldgiftssag anlagt af I/S om ophævelsen af kontrakten. Ved voldgiftskendelsen af 16. marts 2009 fastslog voldgiftsretten, at ophævelsen af kontrakten var uberettiget., og at DSV Transport begik en fejl ved at ophæve kontrakten. Ved vurderingen af om fejlen var alvorlig i 2004-direktivets forstand, måtte der foretages en samlet vurdering af parternes kontraktvist og forløbet ved ophævelsen. KLFU fandt at DSVs uberettigede ophævelse ikke var en *alvorlig fejl* efter 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra d, og at der heller ikke var tale om en fejl, der efter en saglig, objektiv vurdering var af betydning

¹²⁶ Ordlyden gengivet er UBD art. 57, stk. 4, litra g. 2004-direktivets art. 45, stk. 2 litra a) - g) angav de frivillige udelukkelsesgrunde.

¹²⁷ Efter 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra d kunne ordregiver udelukke en tilbudsgiver, hvis det bevisligt kunne konstateres, at denne har begået en alvorlig fejl i forbindelse med dennes erhverv.

¹²⁸ KLFU kendelse af 19. oktober 2009, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S. For referat, se Bilag 1.N

for DSV's egnethed som kontraktpart. KLFU henviste til forskellige omstændigheder herunder bl.a. baggrunden for den tvist, der førte til voldgiftssagen, og forløbet under tvisten, og til parternes øvrige generelt velfungerende samarbejde gennem en årrække.

Sagen blev indbragt for Østre Landsret¹²⁹, hvorefter denne dom blev anket til Højesteret, der afsagde dom i sagen d. 4. juni 2013.¹³⁰ Højesteret fandt ved vurdering af hvorvidt det var proportionalt at udelukke DSV, at den fejl som DSV begik ved at ophæve kontrakten, ikke kunne betegnes som en så alvorlig fejl, at den berettigede til udelukkelse fra fremtidige udbud. Højesteret lagde navnlig vægt på, at der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, og at DSV fortsatte med at udføre sine opgaver efter ophævelsen af kontrakten. Alle tre instanser kom således frem til samme resultat; DSV var uberettiget blevet udelukket fra udbudsproceduren hos I/S. Højesteret henviste i deres afgørelse til EUD sag C-465/11, Forposta SA, hvor det blev fastslået, at 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra d, omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende virksomheds faglige troværdighed, og at en virksomheds manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser i princippet kan betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelse af erhverv.¹³¹

Der blev således på baggrund af sagens konkrete omstændigheder ved Højesterets dom af 4. juni 2013, med henvisning til sag C-465/11, åbnet op for situationer hvor tilbudsgiver der væsentligt misligholder sine kontraktforpligtelser, potentielt kunne være omfattet af udelukkelsesgrunden i 2004-direktivets art. 45, stk. 2, litra d, vedrørende alvorlige fejl, begået af tilbudsgiveren i forbindelse med sit erhverv. Med henvisning til sag C-465/11, kunne Højesteret konstatere at der skulle meget til, følgelig at misligholdelsen skulle være alvorlig, før ordregiver var berettiget til at udelukke. Begrebet *alvorlige fejl* henviser i almindelighed til en adfærd hos virksomheden, som må karakteriseres som misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor. Afgørelsen af, om der foreligger en alvorlig fejl, beror på en konkret og individuel vurdering.

¹²⁹ Østre Landsrets dom af 22. marts 2011 (9. afd.), B-150-10, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S. For referat, se Bilag 1.N

¹³⁰ Højesteret dom af 2013-06-04 (sag 103/2011), I/S Vestforbrænding mod DVS Transport A/S. For referat, se Bilag 1.N

¹³¹ Sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact. For referat, se Bilag 1.O

Der er ved det nye UBD, som nævnt ovenfor, indsat en særskilt bestemmelse til den konkrete situation, i UBD art 57, stk. 4 litra g. Generaladvokaten har i Delta mod CNAIR udtalt, at UBD art. 57, stk. 4, litra g, kan karakteriseres som *lex specialis*, ift. UBD art. 57, stk. 4, litra c, om alvorlige forsømmelser.¹³² Ifølge Udbudslovsudvalgets overvejelser til UBD art. 57, stk. 4, litra g, er denne bestemmelse en væsentlig udvidelse af dagældende ret, og anses som et ønske om at styrke ordregivers muligheder for at udelukke tilbudsgivere ved misligholdelse af kontraktforpligtelser.¹³³ Det fremgår ikke klart af Udbudslovsudvalgets overvejelser eller Kommissionens Grønbog¹³⁴ hvad hensynet bag bestemmelsen er. Et af de hensyn der må formodes at ligge bag bestemmelsens udvidelse, er derfor et forsøg på at ligestille offentlige ordregivere med private ordregivere. Således at offentlige ordregivere får tilsvarende muligheder for at udelukke misligholdende aktører, som private ordregivere der ikke er underlagt reglerne om udelukkelse i UBL.¹³⁵ Derved er offentlige ordregivere, ligesom private ordregivere, ikke forpligtet til at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver, der ikke har kunnet udføre sine kontraktuelle forpligtelser ved tidligere kontrakts-samarbejder. Denne mulighed kan reducere risikoen for økonomisk- og tidsmæssigt ressourcespild for både ordregiver og tilbudsgiver, og derved opnå bedst mulig udnyttelse af offentlige midler. Det er dyrt at ophæve en kontrakt og iværksætte en ny udbudsproces, blandt andet pga. de omkostninger der ligger i at udforme et nyt udbudsmateriale, foretage ny evalueringsproces mm., hvorfor offentlige ordregivere nu på forhånd kan udelukke aktører, der tidligere har vist at de ikke evner at opfylde deres kontraktforpligtelser, uden væsentlig misligholdelse. De omkostninger der foreligger ved at foretage et nyt udbud skal dog sammenholdes med de omkostninger der er for en ordregiver til at dokumentere en tilbudsgivers pålidelighed. Hertil henvises til lovforslaget som gennemgået i 2.4.2 samt 2.5.

¹³² Sag C-267/18, Delta mod CNAIR. For referat, se Bilag 1.C

¹³³ Udbudslovsudvalget (2014) *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning*. S. 714

¹³⁴ Europa-Kommissionen: Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked – KOM (2011) 15 endelig – 27. januar 2011. S. 18, mf.

¹³⁵ KFST. *Er private aktører omfattet af udbudsreglerne, hvis de får offentlig støtte?* Besøgt d. 26. april 2022. <https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/er-private-aktoerer-omfattet-af-udbudsreglerne-hvis-de-faar-offentlig-stoette/>

Det kan hertil udledes af UBD præambelbetragtning 101, at en af hensynene bag den frivillige udelukkelsesgrund er muligheden for en ordregiver til at identificere økonomiske aktørers integritet, og pålidelighed. I sag C-267/18, Delta mod CNAIR,¹³⁶ fastslog EUD, at udelukkelsesgrunden er indført med det formål, at kunne vurdere en tilbudsgivers integritet og pålidelighed. Derudover forudsætter tillidsforholdet, at en ordregiver ikke automatisk er bundet af en tidligere ordregivers vurdering, men upartisk selv foretager en vurdering af omstændighederne, med særlig vægt på proportionalitetsprincippet.

Det kan på baggrund af ovenstående udledes at formålet med UBD art. 57, stk. 4 litra g, er at styrke offentlige ordregiveres mulighed for at udelukke økonomiske aktører, ved enhver culpøs adfærd udført med indvirkning på de kontraktretlige forpligtelser. Dette med ønsket om at en offentlig ordregiver ikke indgår i et kontraktforhold, der kan ende med en kontrakts forfald før tid, og dermed dårlig udnyttelse af offentlige midler. Det kan hertil fastslås at UBD art 57, stk. 4, litra g, udvider anvendelsesområdet for denne problemstilling om væsentlig misligholdelse, ift. 2004-direktivet.

2.6.2 Ordlydsfortolkning af UBL § 137, stk. 1, nr. 5

UBD art. 57, stk. 4, litra g, er implementeret i dansk ret ved UBL § 137, stk. 1, nr. 5, hvoraf det følger: *En ordregiver skal anføre i udbudsbkg., hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis*

Nr. 5) ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller koncessionskontrakt og misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion

Ordlyden af UBL § 137, stk. 1 fremgår klar og præcis, og giver således ikke anledning til tvivl. Det er således ordlyden af nr. 5) der vil blive fokuseret på i nedenstående.

2.6.3 Bevisbyrden: Kan påvise

Af bestemmelsens første punkt fremgår det, at ordregiver *kan påvise* misligholdelsen, førend denne bestemmelse kan anvendes. Efter ordlyden må dette krav om påvisning, antages at kunne sidestilles med at bevise og dokumentere. Det er ikke defineret nærmere i UBD eller UBL, hvad der skal forstås ved dette beviskrav, blot at ordregiver skal kunne leve op til det, ved hver konkrete vurdering om

¹³⁶ Sag C-267/18, Delta mod CNAIR. For referat, se Bilag 1.C

udelukkelse. Da beviskravet ikke er nærmere fastslået, findes det nødvendigt at foretage en subjektiv ordlydsfortolkning og inddrage lovbem., for at afklare, hvornår beviskravet er opfyldt.

2.6.3.1 Retspraksis og lovbemærkninger

Ordregiver bærer bevisbyrden for, at denne retmæssigt har udelukket en tilbudsgiver fra deltagelse.¹³⁷ Lovbem. foreskriver, at der er tale om en konkret vurdering, men at det vil være tilstrækkeligt *påvist*, såfremt ordregiver kan fremlægge dokumentation, som beviser at der er sket væsentlig misligholdelse. Dette rejser spørgsmålet om, hvilken form for dokumentation, der tilstrækkeligt *påviser* dette.

Lovbem. til UBL § 137, stk. 1, nr. 5 angiver at bevisbyrden kan løftes ved endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn.¹³⁸ Bevisbyrden efter denne frivillige udelukkelsesgrund er strengere for ordregiver at løfte, end den der forekommer efter UBL § 137, stk. 1, nr. 2, 4 og 7. og lovbem. synes således at statuere, at det at *påvise* noget er en strengere bevisbyrde at løfte. Det er desuden ordregivers ansvar, at der foretages en individuel bedømmelse, og ordregiver kan således ikke basere sin beslutning på en anden ordregivers vurdering alene.¹³⁹

Ud fra lovbem. findes det uklart, hvor bredt beviskravet er for at *påvise* misligholdelse. KFST har med udgangspunkt i lovbem., udarbejdet en vejledning om udbudsreglerne, hvori det fastslås, at der skal foretages en konkret vurdering for hvert forhold.¹⁴⁰ De oplistede eksempler på dokumentation som ordregiver kan bruge til at påvise tilbudsgivers misligholdelse, er de samme som nævnt i lovbem. Det vil således være ordregiver der i hvert tilfælde skal foretage en vurdering af, om det grundlag vedkommende baserer sin udelukkelse på, er godt nok, og dermed om det er beviser nok.

¹³⁷ Hamer, 2021. S. 484

¹³⁸ Et domstolslignende administrativt nævn er f.eks. Klagenævnet for Udbud. Nævnenes hus. *Find det nævn, du vil klage til.* besøgt d. 8. marts 2022. [Start din klage \(naevneneshus.dk\)](https://naevneneshus.dk)

¹³⁹ Sag C-267/18, Delta mod CNAIR. For referat, se Bilag 1.C samt Hamer, 2021, S. 497

¹⁴⁰ Vejledning om udbudsreglerne, 2016. S. 186

Det er ikke kun endelige afgørelser, der er tilstrækkelige til at opfylde ordregivers bevisbyrde. Da der er tale om en konkret vurdering, kan anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer, efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse.¹⁴¹ Ordregiver kan derfor henvise til egne erfaringer, og aktuelle sager med en tilbudsgiver. Dette ses i KLFU kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen.¹⁴² Bygningsstyrelsen afholdte et 2. fase udbud, hvor B. Nygaard Sørensen A/S (BNS) anmodende om prækvalifikation. Bygningsstyrelsen havde i oktober 2015, efter gentagne varsler, ophævet en entreprisekontrakt med BNS. Bygningsstyrelsen opfattelse var, at BNS var i væsentlig misligholdelse pga. uberettiget standsning af arbejderne. På baggrund af dette valgte Bygningsstyrelsen at udelukke BNS mht. UBL § 137, stk. 1, nr. 5. BNS mente, at der var tale om uberettiget opsigelse. Bygningsstyrelsen gav forud for udelukkelsen BNS mulighed for at iværksætte self-cleaning efter UBL § 138.

KLFU gjorde generelt gældende at: "... dokumentation fra egne eller andres erfaringer efter omstændighederne begrundet udelukkelse efter bestemmelsen. ... Bygningsstyrelsens egen erfaring med BNS kan være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke BNS." Dertil konkluderede KLFU: "Bygningsstyrelsen har påvist, at kontrakten er ophævet på grund af forhold, som efter styrelsens skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at styrelsen dermed har dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, er opfyldt."¹⁴³

Dermed konkluderede KLFU, at der bevismæssigt var sket berettiget udelukkelse af BNS på baggrund af væsentlig misligholdelse. Selvom kendelsen behandler den noget usikre bevisbyrde, ved at anvende anden dokumentation, som efter omstændighederne kan være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse, efterlader det ordregiver med et konkret skøn af, om dokumentationen er tilstrækkelig, ved hvert forhold. Dette kan anses som uhensigtsmæssigt, da hvis ordregiver mener at der er forekommet væsentlig misligholdelse af kontraktforpligtelserne, men dette ikke er slået fast ved endelig dom, voldgiftsret eller af et andet domstolslignende administrativt nævn, kan denne stadig

¹⁴¹ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 5. S. 155, samt Vejledning om udbudsreglerne, 2016. S. 186

¹⁴² KLFU kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen. For referat, se Bilag 1.D

¹⁴³ KLFU kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen. S. 16. For referat, se Bilag 1.D

udelukke en tilbudsgiver. Tilbudsgiveren kan være af en anden overbevisning, og det er derfor ordregivers juridiske vurdering af tvisten i den tidligere kontrakt, der er afgørende. Det må antages at begrundelsen med at bero sig på egne eller andres erfaringer, ofte vil lede til klager hos KLFU. Dette på baggrund af at denne vurdering er meget ensidig, da det alene er ordregiver der foretager en vurdering af om de har nok dokumentation til rådighed, for at vurdere om en tilbudsgiver skal udelukkes på baggrund af ordregivers egne erfaringer. Det må anses som at være en vurdering der let kan anfægtes af tilbudsgiveren. Dette kan føre til et potentielt erstatningsansvar for ordregiver i en tvist om uretmæssig udelukkelse.¹⁴⁴

2.6.4 Væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt

Vurderingen af hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt, er en konkret vurdering. Af ordlyden *væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt*, ses misligholdelsen ikke kan kunne stå alene. Ordet væsentligt har en betydning for graden af misligholdelse, men hvad der skal forstås ved ordet væsentligt, er ikke klart og det er derfor nødvendigt at foretage en subjektiv fortolkning, for at fastlægge rækkevidden af bestemmelsen.

2.6.4.1 Væsentligt har misligholdt

Forud for indgåelsen af en offentlig kontrakt iagttages udbudsreglerne, men når kontrakten først er indgået, bliver aftaleretten og kontraktretten særligt relevant. Således vil det være relevant at anvende kontraktretten til fortolkning af kontrakten ved fx væsentlig misligholdelse eller når det skal vurderes hvilke elementer der omfattes af kontrakten.¹⁴⁵ Formål med kontrakten, inden for kontraktretten, er at fastlægge det nærmere indhold af parternes forpligtelser. Ved udbudsret suppleres den indbyrdes kontrakt af udbudsmaterialet, og kontrakten står således ikke alene.¹⁴⁶ Hvor kontraktretten handler om forholdet inter partes, regulerer udbudsretten, hvordan kontrakten indgås. Offentlige kontrakter indeholder ofte en lang række af kontraktbetingelser, der er knyttet til kontraktens udførelse. Herunder vil ordregivers misligholdelsesbeføjelser, være angivet i kontrakten. Disse kan bl.a. omfatte

¹⁴⁴ Treumer, S. & Berg, C. (2016). *Udbudsloven*. (1. udgave.). Ex Tuto. (Treumer & Berg, 2016) S. 300

¹⁴⁵ Hamer, C. R. *Grænseflader mellem kontraktret og udbudsret - særligt om sanktionen uden virkning af offentlige kontrakter*. Bidrag til bog: Clausen, N. J m.fl. (2017). *Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen*. (1. udgave. 1. oplag.). Jurist- og Økonomforbundet. (Hamer, 2017) S. 171

¹⁴⁶ UBL § 24, nr. 36 definerer udbudsmaterialet som: De dokumenter, som ordregiveren udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt.

bestemmelser om bod, erstatning, og mulighed for at hæve kontrakten.¹⁴⁷ De almindelige obligationsretlige regler vil derfor anvendes til at foretage en konkret vurdering af, hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse efter kontraktens genstand.

Væsentlig misligholdelse i obligationsretten, vil ikke altid omfatte forhold, der vedrører vedvarede mangler, men kan også være enkeltstående forhold.¹⁴⁸ I obligationsretlig forstand beror kategoriseringen af en misligholdelse som væsentlig på de konkrete omstændigheder, hvorefter der skal foretages en helhedsvurdering.¹⁴⁹ Det kan være en helt almindelig betingelse i kontrakten, som er gjort væsentlig ved specifik angivelse. Her kan f.eks. nævnes et almindeligt krav om underleverandørs arbejdsvilkår i Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden.¹⁵⁰ Dette krav tydeliggør hvordan et almindeligt krav vha. betingelserne i kontrakten, kan gøres væsentligt: ”Overholder Entreprenøren ikke de ovennævnte krav (pkt. 10.1.1 og 10.1.2), foreligger der væsentlig misligholdelse af aftalen.” KLFU foretog en helhedsvurdering af kontrakten, og fandt at kravet ikke brød med proportionalitetsprincippet, og at et brud mod Region Hovedstadens krav til arbejdsvilkår, var en væsentlig misligholdelse.¹⁵¹ Det er således et konkret skøn ved hvert forhold, hvorvidt der foreligger en væsentlig misligholdelse. Generaladvokaten har i sag C-267/18, Delta mod CNAIR¹⁵² anført, at bestemmelsen skal opfattes således, at kravet om mangler snarere er kvalitativt end kvantitativt, således at én enkelt betydelig mangel i sig selv kan medføre udelukkelse. Dertil afhænger alt af forholdet mellem foranstaltningen og grovheden af adfærden.¹⁵³

Væsentlig misligholdelse er en obligationsretlig problemstilling som analyseres vha. kontraktretten. Det skal nævnes at medlemsstaterne ved implementeringen af UBD, har kompetencen til at fortolke og gennemføre retsakterne i egen form, ift. hvordan de vil gennemføre direktivet og opnå målet hermed. Det er derfor interessant, sidestillet med kontraktrettens ordlyd, hvordan UBD ordlyd af

¹⁴⁷ Hamer, 2017. S. 173

¹⁴⁸ Hamer, 2021. S. 495

¹⁴⁹ Gomard, B. (2003). *Obligationsret. 2. del* (3. udgave.). Jurist- og Økonomforbundet. (Gomard, 2003) S. 87

¹⁵⁰ KLFU kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden. S. 4-5. For referat, se Bilag 1.E

¹⁵¹ KLFU kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden. S. 21. For referat, se Bilag 1.E

¹⁵² Sag C-267/18, Delta mod CNAIR. For referat, se Bilag 1.C

¹⁵³ For behandling af Sag C-267/18, Delta mod CNAIR, se 2.6.5 Diskussion

væsentlig misligholdelse er, for derved at få et indblik i hvad der er implementeret i dansk ret. UBD præambelbetragtning 101, 2. afsnit, 2. led giver eksempler på hvad *væsentlig misligholdelse* indeholder. Misligholdelsen mht. væsentlige krav, kan f.eks. være manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved den leverede vare eller tjenesteydelse som har gjort den ubrugelig til det påtænkte formål, eller ukorrekt adfærd, som har sæt alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed.

Det er på baggrund af ovenstående obligationsretlige ”definition” af væsentlig misligholdelse, sammenholdt med ordlyden af præambelbetragtningen fra UBD, svært at fastslå præcist hvad *væsentlig misligholdelse* er. Ifølge obligationsretten skal der foretages et konkret skøn ved hver kontrakt, ift. om den misligholdelse der er sket, er så væsentlig at den retfærdiggør udelukkelse fra fremtidige udbud. Denne udlægning giver ordregiver en mere åben fortolkning af væsentlig misligholdelse, da det skal ses i lyset af hvad kontraktens genstand er. Det må derfor fastslås at ved implementeringen af UBD i UBL, har Regeringen ønsket en bredere fortolkningsmulighed, end der hidtil har været i UBD. Det giver ordregiver muligheden for at argumentere for, at en enkelt hændelse de mener kvalitativt er væsentligt misligholdelse, kan retfærdiggøre udelukkelse.

Den væsentlige misligholdelse i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, skal have medført at den tidligere kontrakt er ophævet før tid, eller den kunne have været ophævet.¹⁵⁴ Ophævelse af en kontrakt sker, når en kontraktpart retmæssigt bringer begge partes forpligtelser til ophør ved meddelelse til den anden part. En ensidig ophævelse af en kontrakt, er en ensidig tilintetgørelse af kontrakten, som sker straks i det øjeblik den ophævende part har gjort ophævelsen gældende. En berettiget ophævelse af kontrakten kræver som altovervejende hovedregel væsentlig misligholdelse af kontrakten fra den anden part.¹⁵⁵ Den ensidige ophævelse er ofte forbundet med et erstatningskrav fra den ophævende part, pga. den anden parts væsentlige misligholdelse. Dette kan ses af kendelsen fra KFST hvor Bygningsstyrelsen

¹⁵⁴ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 5. S. 155, samt Vejledning om udbudsreglerne, 2016. S. 186

¹⁵⁵ Det skal bemærkes den væsentlige forskel på opsig og ophæve. Forskellen på en opsigelse og ophævelse er i grove træk, om ophøret af kontraktforholdet sker som led i aftalen (opsigelse) eller om der er tale om en væsentlig misligholdelse og aftalen mister retskraft (ophævelse).

ville udelukke en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocessen, på baggrund af tidligere misligholdelse af offentlig kontrakt, hvor den tidligere kontrakt var blevet ophævet.¹⁵⁶

Er den tidligere kontrakt ikke blevet ophævet, er det en forudsætning for anvendelse af UBL § 137, stk. 1, nr. 5, at den væsentlige misligholdelse er sanktioneret på anden vis.¹⁵⁷ Lovbem. angiver, at sanktionen kan ske gennem erstatning, bod, eller andre forhold, der er væsentligt set ift. kontraktens karakter.¹⁵⁸ Dette forhold er ikke helt i overensstemmelse med UBD, da en erstatning ikke nødvendigvis er en lignende sanktion, hvorfor UBLs bestemmelse må ses som en skærpelse. Bod sidestilles i UBL med erstatning,¹⁵⁹ hvilket også ses at finde i kendelsen fra KFST, hvor Bygningsstyrelsen på baggrund af BNS' forsinkelser, kunne opkræve dagsbøder, på baggrund af en aftale i kontrakten. Årsagen til denne sidestilling kan desuden ses i entrepriseretten, hvor ordregiver ikke kan opnå erstatning for forsinkelse, hvis der er aftalt en dagsbod.¹⁶⁰ Det er dermed en alternativ sanktion til erstatning. Det skal dog bemærkes at ordregiver er nødt til at have sammenhængen med hvad boden er sket for in mente. Det bør ikke være således at fordi en virksomhed har accepteret en bod, medfører det udelukkelse fra fremtidige kontrakter.¹⁶¹

Væsentlig misligholdelse er således en specifik vurdering ift. de konkrete omstændigheder, og kravet er nærmere kvalitativt ift. hvordan det påvirker kontraktens genstand, end kvantitativt. Således kan én enkelt betydelig mangel i sig selv medføre ophævelse af en kontrakt, og udelukkelse fra fremtidige udbud. Risikoen for tilbudsgiver for at blive udelukket fra fremtidige udbud, pga. en væsentlig misligholdelse af en tidligere kontrakt, vil antageligt kunne motivere tilbudsgiverne til i højere grad,

¹⁵⁶ KLFU kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen, S. 16. For referat, se Bilag 1.D

¹⁵⁷ UBL § 137, stk. 1, nr. 5, 2 led.

¹⁵⁸ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 5. S. 155

¹⁵⁹ En dagbod er en aftalt sanktion, hvor der i tilfælde af forsinkelse skal betales en bestemt aftalt, daglig eller ugentlig bøde, jf. Gomard, 2003, S. 236-238

¹⁶⁰ Almindelige Betingelser For Arbejder Og Leverancer I Bygge- Og Anlægsvirksomhed (Ab 18). Udfærdiget af et udvalg, nedsat af klima-, energi- og bygningsministeren, jf. betænkning nr. 1570 afgivet den 21. juni 2018. AB 18 § 40, stk. 2.

¹⁶¹ Hamer, 2021. S. 496

at udfordre ordregiverens brug af misligholdelsesbestemmelser i kontrakten, særligt hvis hæveadgangen i kontrakten syntes at være ekstrem.¹⁶²

2.6.4.2 En tidligere offentlig kontrakt

For at kunne anvende den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er det et krav at der er sket misligholdelse af *en tidligere offentlig kontrakt*. Offentlige kontrakter defineres i UBL § 24, nr. 24, som: Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser. Den tidligere kontrakt kan endvidere omhandle en kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller koncessionskontrakt, hvortil disse skal forstås i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet¹⁶³ og koncessionsdirektivet.¹⁶⁴¹⁶⁵ Således er også private forsyningsvirksomheders kontrakter omfattet, uanset at disse ikke kaldes for *offentlige* kontrakter. Dette følger af UBD art. 57, stk. 4, litra g, hvorefter ”*tidligere offentlig kontrakt eller en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt*” også falder under anvendelsesområdet for UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Dertil gælder det desuden, at kontrakter med en anslået værdi under tærskelværdierne også er omfattet af bestemmelsen.

I KFST vejledning om udbudsreglerne angives der at udelukkelsesgrunden godt *kan* være sket på et tidligere tidspunkt end i det konkrete udbud, hvor den frivillige udelukkelsesgrund benyttes.¹⁶⁶ Dette er dog ikke retvisende ift. ordlyden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, da det her udelukkende er tidligere kontrakter, der er omfattet af bestemmelsen. Der er i KFST notat til denne vejledning ikke blevet ændret i formuleringen, hvorfor det for en ordregiver der anvender vejledningen til brug for udførelsen af et offentligt udbud, er misvisende og dermed svært at forstå.¹⁶⁷ Udelukkelsesgrunden

¹⁶² Treumer & Berg, 2016. S. 275

¹⁶³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

¹⁶⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

¹⁶⁵ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til UBL § 137, stk. 1, nr. 5. S. 155

¹⁶⁶ Vejledning om udbudsreglerne, 2016. S. 186

¹⁶⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen notat. (18. juni 2020) *Rettelsesblad til ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne, 2016”*

binder sig til virksomheden, men det er udelukkende tidligere kontrakter, der kan henvises til ved udelukkelse.

2.6.5 Diskussion

UBD art. 57, stk. 4, litra g, er indført med formål om at styrke ordregivers muligheder for at udelukke tilbudsgivere i en udbudsproces, hvor ordregivere med hjemmel i bestemmelsen kan udelukke en tilbudsgiver, hvis denne ikke har kunnet udføre sine forpligtelser, i et tidligere samarbejde. I DSV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding kunne det fastslås, at før ordregiver ville være berettiget til at udelukke, skulle der alvorlige fejl til, dvs. misligholdelsen skulle være væsentlig, og have indvirkning på den pågældende virksomheds faglige troværdighed.¹⁶⁸

Ved implementeringen af UBD art. 57, stk. 4, litra g, i national ret, har lovgiver valgt at supplere graden af strenghed, men stadig lade UBL § 137, stk. 1, nr. 5 forblive frivillig.¹⁶⁹ Udelukkelsesmuligheden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5 er med til at reducere den risiko, der er for økonomisk- og tidsmæssigt ressourcespild, ved at være med til at sikre at parterne i et kontraktforhold er pålidelige. Ressourcespild, kan bl.a. forekomme, hvis en ordregiver er nødt til at ophæve kontrakten med den vindende tilbudsgiver, som følge af væsentlig misligholdelse af kontraktforpligtelserne, og dermed skal påbegynde en ny udbudsproces. Det må formodes at en ordregiver søger at følge formålet med UBL, om at opnå bedst muligt udnyttelse af offentlige midler, og derfor ikke ønsker at ende i en situation hvor udbuddet skal gå om. Ved indførelsen af udelukkelsesgrunden i national ret, er det ifølge ordlyden af bestemmelsen, enhver væsentlig misligholdelse der er tilstrækkelig, og det må indledningsvist formodes, at ordregiver vil have let ved at udelukke en tilbudsgiver, på baggrund af en tidligere væsentlig misligholdelse. Ordregiver skal dog foretage en proportionalitetsafvejning i forbindelse med den konkrete vurdering.

Den dokumentation der tilstrækkeligt påviser, og dermed løfter bevisbyrden, er eksempelvis endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Såfremt der ikke foreligger en af disse dokumentationer, er det op til ordregiver selv at tage stilling til, om de mener

¹⁶⁸ Se 2.6.1 Formålet med UBD art. 57, stk. 4 litra g

¹⁶⁹ Som muligt efter sag C-210/20 *Rad Service Srl Unipersonale*. Pr. 28.

der i det tidligere kontraktforhold, er sket væsentlig misligholdelse af kontraktforpligtelserne. Af kendelsen B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen, ses det, at der for ordregiver blev åbnet op for at dokumentation fra egne eller andres erfaringer, efter omstændighederne kan være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse.¹⁷⁰ Denne bevisbyrde må formodes at være mere lempelig end hidtil, men kendelsen indikerer dog, at et vist kendskab til faktum er nødvendigt, også selvom regler om tavshedspligt, mv. kan begrænse muligheden for ordregiver til at få indsigt i de nødvendige oplysninger.

Ud fra ovenstående analyse af UBL § 137, stk. 1, nr. 5 kan det udeledes at ordregiver, på kontrakttildelingstidspunktet, står over for en næsten umulig opgave, når de skal vurdere hvorvidt de kan *påvise*, at en tilbudsgiver har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt. Det kan fastslås at en ordregiver i forbindelse med en udbudsproces, ønsker at identificere de økonomiske aktørers pålidelighed og integritet, da disse parametre kan lede til en god samarbejdsrelation og, antageligt, en kontraktrelation hvor parterne opfylder deres forpligtelser. Ved sag C-267/18, Delta mod CNAIR¹⁷¹ har EUD belyst, hvilken selvstændig vurdering den ordregivende myndighed skal foretage, før en udelukkelse kan ske, som følge af misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt. Sagen angik en tvist mellem en ordregiver (CNAIR) og en tilbudsgiver (Delta) i forbindelse med et offentligt udbud af en kontrakt, hvor CNAIR udelukkede Delta fra deltagelse. Delta havde som en del af et konsortium, indgået en kontrakt med en rumænsk kommune (kommunen). Kommunen ophævede sidenhen kontrakten med henvisning til, at konsortiet havde misligholdt denne. Delta afgav efterfølgende tilbud (som en del af et andet konsortium) på et udbud afholdt af CNAIR. CNAIR blev under sit udbud bekendt med kommunens ophævelse af kontrakten, og indhentede som følge heraf udtalelser om årsagerne til kontraktens ophævelse. CNAIR udelukkede konsortiet fra udbudsprocessen med henvisning til kommunens ophævelse af kontrakten, og henviste i den forbindelse til udelukkelsesgrunden i det gældende udbudsdirektiv, art 57, stk. 4, litra g. Delta anlagde herefter sag med påstand om annullation af afgørelsen om udelukkelse, hvilket førte til forelæggelsen af et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen om fortolkningen af artikel 57, stk. 4, litra g.

¹⁷⁰ Se 2.6.3.1 Lovbemærkninger og retspraksis

¹⁷¹ Sag C-267/18, Delta mod CNAIR. For referat, se Bilag 1.C

EUD konstaterede, at udelukkelsesgrunden er indført med det formål at kunne vurdere tilbudsgivers integritet og pålidelighed¹⁷², samt at opbygningen af tillid i et kontraktforhold, forudsætter at ordregiver ikke automatisk er bundet af tidligere ordregiveres vurdering, men selv foretager en upartisk vurdering med særlig vægt på proportionalitetsprincippet.¹⁷³ CNAIR skulle således foretage en vurdering af, om Delta havde væsentligt misligholdt den tidligere kontrakt, dvs. vurdere, om konsortiets adfærd under kontrakt med kommunen, efter CNAIR's opfattelse, var udtryk for misligholdelse, der påvirkede væsentlige krav i kontrakten. EUDs konklusion stiller således store krav til ordregivers undersøgelsespligt. EUD forholder sig ikke til hvilket oplysningsgrundlag en ordregiver skal tilvejebringe til brug for sin selvstændige vurdering, når der er tale om tilfælde, hvor en ordregiver ønsker at basere sig på tidligere ordregiveres erfaringer. Oplysningsgrundlaget, de oplysninger som ordregiver skal lægge til grund for sin vurdering, vil i de fleste tilfælde hvor ordregiver beror sig på andres erfaringer, alene være tilgængelige for den tidligere ordregiver der har ophævet kontrakten.

Sag C-267/18 kan anvendes til at fastslå en generel hovedregel ift. ordregivers skøn ved vurdering af, om en tilbudsgiver skal udelukkes. Dommen efterlader dog ordregiver med ubesvarede spørgsmål, herunder om det i praksis er muligt at udelukke en virksomhed med henvisning til dennes misligholdelse af en offentlig kontrakt. Hertil findes det uhensigtsmæssigt, at ordregivere selv skal foretage et skøn af, hvad der er nok dokumentation i henhold til oplysningsgrundlaget, såfremt de skal bero sig på andre ordregiveres erfaring, og vil anvende denne erfaring til at udelukke en tilbudsgiver fra en udbudsproces. Den øvre grænse for, hvornår en tilbudsgiver kan udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, må således anses for at være i de situationer, hvor der foreligger endelig dom, voldgiftkendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Hvor den nedre grænse går, er imidlertid stadig uklart, da det ikke er tydeligt for ordregivere, hvordan de skal løfte bevisbyrden, og påvise væsentlig misligholdelse i de konkrete udbud. På baggrund af ovenstående diskussion vurderes det at bevisbyrden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, i praksis er tung at løfte for en ordregiver, når der endnu ikke foreligger en endelig dom, som ordregiver kan støtte sin vurdering, herunder sit oplysningsgrundlag, på.

¹⁷² Pr. 26

¹⁷³ Pr. 27-29

2.7 Delkonklusion

Den indledende gennemgang af proceduren ved offentligt udbud, viser at *processen* med at inkorporere UBL § 137, stk. 1, nr. 5 i udbudsmaterialet, er praktisk mulig for enhver ordregiver. Ud fra ovenstående analyse kan det dog konkluderes, at der foreligger uklarheder forbundet med at anvende UBL § 137, stk. 1, nr. 5 i praksis. Selvom bestemmelsen blev implementeret i national ret med formålet om at klarlægge og uddybe i hvilke tilfælde ordregiver kan udelukke en tilbudsgiver for væsentligt misligholdelse af en tidligere kontrakt, giver bestemmelsen anledning til undren. Anskuer man alene ordlyden af bestemmelsen, skal ordregiver kunne påvise at der er sket væsentlig misligholdelse af en kontrakt i et tidligere forhold, men dykker man ned i bestemmelsens praktiske anvendelighed, viser det sig at det er tvivlsomt, hvornår ordregivere kan anse en tilbudsgiver for at være omfattet af bestemmelsen.

Det fremgår ikke tydeligt i hvilke tilfælde ordregiver kan løfte bevisbyrden *påvise*. Da der er tale om en konkret vurdering, skal ordregiver foretage et skøn af, om denne har dokumentation nok til at bevise, at en tilbudsgiver skal udelukkes. Dokumentationen kan bl.a. ske ved endelig dom, voldgiftskendelse, eller ved egne eller andres erfaringer. Om en ordregiver har dokumentation nok i henhold til oplysningsgrundlaget til at foretage udelukkelse, er op til den enkelte ordregiver at vurdere, og der er hverken i national eller EUD retspraksis fastlagt rammer for hvad og hvor meget, der skal fremlægges, når der er tale om tilfælde, hvor en ordregiver ønsker at basere sig på tidligere ordregiveres eller egne erfaringer, hvilket modarbejder bestemmelsens anvendelighed i praksis. Det er således uklart, hvor bredt beviskravet er for at *påvise* misligholdelse, og ordregivers vurdering af hvad der er nok dokumentation ift. oplysningsgrundlaget, til at bevise at en tilbudsgiver væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, syntes umulig. Bevisbyrden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er derfor i praksis tung at løfte for ordregiver. Hverken lovgivning, lovbem. eller litteraturen, giver et klart billede af, hvornår ordregiver kan forvente at udelukke berettiget. Den nye retspraksis medvirker til en klarere forståelse af hvad der skal forstås ved væsentlig misligholdelse, hvortil én enkelt betydelig mangel i sig selv kan medføre udelukkelse, dog afhængigt af forholdet mellem foranstaltningen og grovheden af adfærden.

Foruden ovenstående kan det konkluderes, at tiltag efter UBL § 138, stk. 3, er relevante for ordregivere, ved vurdering af tilbudsgiverens dokumentation af pålidelighed. Generelt foreligger der et bredt skøn, når ordregivere skal vurdere en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed, hvortil

graden til kravet om dokumentation af self-cleaning, afhænger af de tiltag en tilbudsgiver har foretaget samt grovheden af de forhold der skal rettes op på. Da der ikke foreligger praksis på området, på baggrund af en udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, har ordregiver ikke noget at støtte sig til, ved vurderingen af om dokumentationen for pålidelighed er tilstrækkelig.

Det må således fastslås, at ud fra et fair konkurrenceperspektiv er det problematisk, at en tilbudsgiver kan misligholde sine tidligere kontraktforpligtelser og alligevel vinde et fremtidigt offentligt udbud. Da bestemmelsens ordlyd pålægger ordregiver en streng bevisbyrde, *påvise*, hvor fortolkningen heraf er relativt uklar, synes den frivillige udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, i mange henseender ikke at være anvendelig i praksis for ordregivere ved offentlige udbud.

Kapitel III – Økonomisk analyse

3.1 Indledning

Med udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 5 er det blevet muligt for ordregivere at udelukke en tilbudsgiver fra deltagelse i udbudsproceduren, dog ses det efter den juridiske analyse, at denne bestemmelse sjældent anvendes. Den begrænsede anvendelse af udelukkelsesgrunden i praksis giver anledning til i en økonomisk sammenhæng, at undersøge om ordregivere har et incitament til at udelukke tilbudsgivere på baggrund af væsentlig misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt. Dette er interessant, da det i national dansk ret ikke er tilladt at tage højde for forskellige tidligere præstationer, hvilket potentielt kan favorisere dårlige tilbudsgivere.¹⁷⁴

I nærværende kapitel vil der indledningsvist blive redegjort for de strategiske overvejelser en ordregiver skal have in mente, ved udførelsen af en udbudsproces. Derefter vil der foretages en analyse af incitamentsmekanismen ved udelukkelse, herunder tilbudsgiver og ordregivers individuelle incitamenter, samt hvordan udelukkelse kan anvendes som strafmekanisme.

¹⁷⁴ Spagnolo, G. (2012) *Reputation, competition, and entry in procurement*. (Vol. 30, Issue 3) International Journal of Industrial Organization. (Spagnolo, 2012) S. 293

3.2 Strategiske overvejelser

3.2.1 Transaktionsomkostninger

Et af målene med udbudsloven er at skabe mere klarhed, forenkling og fleksibilitet, der samtidigt skal resultere i lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som tilbudsgivere.¹⁷⁵ Transaktionsomkostninger definerer de omkostninger, der er forbundet med organiseringen af økonomiske aktiviteter.¹⁷⁶ Uanset hvilken tilbudsgiver en ordregiver vælger at indgå kontrakt med, vil der være transaktionsomkostninger forbundet med processen.¹⁷⁷ Dette gælder bl.a. i forbindelse med udarbejdelsen af udbuddet, indgåelse af kontrakten og dokumentation af forskellige krav, der kan stilles til tilbudsgiveren. For offentlige udbud gælder en række proces- og dokumentationskrav, som følge af udbudsreglerne, og disse er med til at sikre ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocessen.¹⁷⁸

Ved at anvende tilstrækkelige ressourcer på forberedelsen af et udbud, kan en ordregiver spare unødige omkostninger senere i udbudsprocessen.¹⁷⁹ Unødige transaktionsomkostninger er ikke nødvendige ift. at sikre en sund konkurrence om opgaven, ligebehandling blandt tilbudsgiverne, eller et godt samarbejde mellem parterne.¹⁸⁰ Dårlig forberedelse af udbudsmaterialet kan lede til højere omkostninger ex post for ordregiver, da et upræcist og fejlbehæftet udbudsmateriale kan medføre at økonomiske aktører, der ikke kan overholde de forpligtelser og krav som ordregiver har tilstræbt, kan afgive det vindende tilbud ved tilbudsfristen. Ordregiver kan på baggrund af fejl og mangler i

¹⁷⁵ Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 6-7

¹⁷⁶ Arrow, K. J. (1969) *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*. The Joint Economic Committee of Congress. S. 12, samt Williamson, O. E. (1985) *Transaction cost economics: The comparative contracting perspective*. (Vol. 8, Issue 4) Journal of Economic Behavior & Organization. S. 618

¹⁷⁷ Laffont, J. & Tirole, J. (1993) *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. MIT Press. (Laffont & Tirole, 1993) S. 3

¹⁷⁸ Se 2.2 Udbudsrettens grundlæggende principper i relation til udelukkelse og 2.3 Procedure ved offentlige udbud

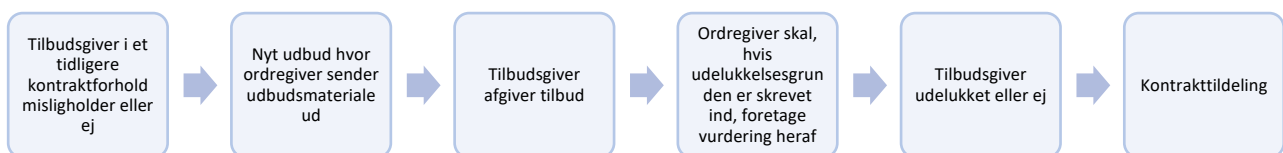
¹⁷⁹ Laffont & Tirole, 1993. S. 4

¹⁸⁰ Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 32

udbudsmaterialet,¹⁸¹ foretage annullation af udbuddet, og vælge at præcisere udbudsmaterialet. Der skal her foretages en ny udbudsproces, som er omkostningsfyldt. Det må derfor fastslås at omkostningerne ved udarbejdelsen af et præcist og grundigt udbudsmateriale skal være høje indledningsvist for ordregiver, da udbudsmaterialet er fundamentet for opgaveløsningen og tilbudsgivers grundlag for at byde på opgaven. Dette kan mindske ressourceforbruget og mindske risikoen for annullation og genudbud.¹⁸²

3.2.2 Tidslinje for udbudsprocessen

Udbudsprocessen sker som følgende: Tilbudsgiver i et tidligere kontraktforhold misligholder deres kontraktforpligtelser eller ej. Der sker et nyt udbud, hvori ordregiver her skal vurdere, hvorvidt denne vil anvende den frivillige udelukkelsesgrund. Herefter offentliggør ordregiver udbudsmaterialet for alle økonomiske aktører. Det er herefter muligt for tilbudsgivere at afgive tilbud. Ordregiver skal herefter vurdere om en tilbudsgiver skal udelukkes, som efter den frivillige udelukkelsesgrund. Efter denne vurdering sker kontrakttildelingen.



Figur 1: Egen tilvirkning

3.3 Incitamentsmekanismer

Det primære formål med at anvende offentlige udbud er for ordregiver at få mere valuta for pengene. I en udbudsproces kan der kun opnås lavere priser, bedre kvalitet og produktudvikling, hvis der forekommer effektiv konkurrence mellem agenterne, dvs. de fastsætter deres vilkår og betingelser ærligt og uafhængigt af hinanden.¹⁸³ Misligholdende agenter tager ressourcer fra principalerne og dermed skatteyderne, mindsker offentlighedens tillid til udbudsprocessen, og underminerer fordelene

¹⁸¹ 23,7 % af alle EU-Udbud annulleres som følge af fejl i udbudsmaterialet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse. 2019. *Annullationer af danske EU-udbud*. (Annullationer af danske EU-udbud, 2019) S. 13

¹⁸² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. 2019. *Transaktionsomkostninger ved EU-Udbud*. (Transaktionsomkostninger ved EU-udbud, 2019) S. 15

¹⁸³ OECD (2009) Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb. (OECD, 2009) S. 2

af et konkurrencepræget marked.¹⁸⁴ Der er derfor først og fremmest tale om et principal-agent problem, hvor tilbudsgiveren beriger sig selv på bekostning af offentligheden.¹⁸⁵

3.3.1 Principal-Agent problemer

Til at undersøge i hvilket omfang ordregiver har et incitament til at udelukke tilbudsgiver på baggrund af væsentlig misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt, analyseres de incitamentsmekanismer der foreligger som følge af potentiel anvendelse af udelukkelsesgrunden. Til at belyse dette anvendes P/A teoriens tankegang. Dette for at forklare tilbudsgivers incitament til at overholde sine kontraktforpligtelser, samt ordregivers incitament til at anvende udelukkelsesgrunden. Da denne udelukkelsesgrund er frivillig skal ordregiver have skrevet den ind i udbudsmaterialet inden udbuddet, hvorefter der foreligger et krav om at anvende den. I nedenstående analyse vil ordregiver være benævnt principalen, da denne udbyder kontrakten og dermed bliver arbejdsgiver for tilbudsgiveren, der herefter benævnes agenten.¹⁸⁶

P/A teoriens fokus er på at determinere den mest effektive kontrakt til at styre et bestemt forhold, i betragtning af de involverede parter karakteristika og det faktum, at eksogene variabler og omkostningerne, gør det umuligt for principalen at overvåge agenten fuldstændigt.¹⁸⁷ P/A teorien bygger på problemfeltet mellem principalen og agentens fordeling af information, hvor principalen anses for at have mindre information vedrørende agentens handlinger end agenten selv,¹⁸⁸ samt deres individuelle interesser. Hvordan en kontrakt mellem en principal og en agent bedst kan udformes, afhænger først og fremmest af at der foreligger informationsasymmetri.¹⁸⁹ P/A teorien anvendes for at analysere i hvilket omfang der foreligger et incitament for principalen til at udelukke agenten på

¹⁸⁴ (OECD, 2009). S. 2

¹⁸⁵ Anderson, R. D, Kovacic, W. E & Müller, A. C. (2010) *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*. Cambridge University Press. S. 1

¹⁸⁶ Andersen, L. B, (2019). *Økonomiske incitamenter i den offentlige sektor: muligheder og begrænsninger for styringen af adfærd og performance*. (2. udgave.). Hans Reitzel. (Andersen, L., 2019) S.17

¹⁸⁷ Bergen, M., Dutta, S. & Walker, jr., O. (1992) *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*. (Vol. 56, No. 3) Sage Publications, Inc. on behalf of American Marketing Association. S. 2

¹⁸⁸ Knudsen, 1997. S. 164

¹⁸⁹ Ibid. S.18-19

baggrund af væsentlig misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt, hvordan et incitamentssystem opbygges, samt hvilken incitamentsstruktur der er mest optimal, for at begge parter opfylder deres kontraktretlige forpligtelser.

I nærværende vil ordene *anvende udelukkelsesgrunden* betegne, at principalen skriver udelukkelsesgrunden ind i udbudsmaterialet forud for udbudsprocessen, og dermed er forpligtet til at anvende den.

3.3.2 Generelt om incitament

Et incitament er en regel, der knytter økonomiske belønninger til bestemte handlinger.¹⁹⁰ Aktørerne handler generelt så deres egne interesser fremmes, og incitamenter forventes derfor, at fremme den adfærd der udløser bestemte ønskværdige resultater.¹⁹¹ Incitament er kort sagt en aftale der har til formål at øge viljen hos agenten, og det er således korreleret til moral.¹⁹² Det må indledningsvist formodes, at for at principalen har et incitament til at anvende udelukkelsesgrunden, skal dette være at foretrække og det bedre alternativ, end ikke at anvende den.

3.3.2.1 Bedste alternativ for begge parter i et kontraktforhold

Misligholdelse kan forekomme at være økonomisk mere efficient end opfyldelse. Hvis agenten befinder sig i en bedre situation efter at have kompenseret principalen for misligholdelsen, og principalen samtidigt hellere ville have ophævet kontrakten end fuldført den, er misligholdelsen, og dermed kontraktens afslutning ønskværdig.¹⁹³ Det skal således være bedre for begge parter at kontrakten ophæves, dvs. det samlede payoff for begge parter er højere ved misligholdelse end ved at kontrakten fuldbyrdes. Dette kan fx ske ved en generel stigning i råvarepriser, der medfører at leveringen af varer bliver eksponentielt dyrere for agenten at udføre, samtidigt med at betalingen for ydelsen bliver eksponentielt højere for principalen. Det er således i begge parters interesse at få ophævet kontrakten.

¹⁹⁰ Andersen, L., 2019. S.17

¹⁹¹ Ibid. S.18

¹⁹² Davidson, J. P., Florence, P. S., Gray, B., & Ross, N. S. (1958) *Productivity and economic incentives*. George Allen and Unwind Ltd. S. 26

¹⁹³ Farber, D. A. (1980) *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract* (Vol. 66, No. 8) Virginia Law Review. (Farber, 1980) S. 1444

3.3.3 Den enkelte agents incitament

Brugen af P/A teori, til at udlede hvorvidt principalen har et incitament til at anvende udelukkelsesgrunden, kan ske da der ved P/A teori ses på begge parter individuelle incitamenter. For at analysere principalens incitament, skal agentens incitament indledningsvist analyseres.

3.3.3.1 Incitament til at misligholde kontraktforpligtelserne

Agentens motivation til at udmærke sig, er størst når virksomheder drevet af profitmaksimering, konkurrerer indbyrdes i at søge at opnå at vinde udbuddet.¹⁹⁴ Indledningsvist fastslås det at der foreligger et incitament for agenten til at opfylde sine kontraktforpligtelser, hvis værdien ved at overholde kontraktforpligtelserne er større, end den værdi agenten får ved at misligholde kontrakten.

Der kan dog opstå episoder, som gør, at agenten får et incitament til at misligholde kontrakten. En af grundene til at dette incitament kan forekomme, er at der kan være sket noget, som medfører, at det er i agentens kortsigtede interesse at misligholde kontraktforpligtelserne. Den kortsigtede interesse betyder at det er interessant for agenten lige nu i dette kontraktforhold at misligholde deres forpligtelser, men at det derimod ikke gavner agenten på lang sigt. Kortsigtet incitament til misligholdelse kan bl.a. opstå ved at der forekommer en eksogen hændelse, som ikke er forudset af agenten ved indgåelse af kontrakten. Disse hændelser kan figurere som forsinkelser fra en underleverandør, økonomiske problemer, råvarepriserne er steget, eller andre uventede problemer, der kan forhindre agenten i at opfylde sine forpligtelser som angivet i kontrakten.¹⁹⁵ Disse scenarier gør, at det på den korte bane kan være mere interessant for agenten at misligholde kontraktforpligtelserne, da opfyldelse kan være blevet mere omkostningsfyldt end forventet på kontraktindgåelsestidspunktet.

Tilbud om en anden kontrakt med højere betaling kan også være incitamentgivende for agenten, ift. misligholdelse af kontraktforpligtelser. Misligholdelsesbeføjelserne er designet til at sætte den ikke-misligholdende part i præcis samme situation, som opfyldelse af kontrakten havde gjort. I henhold til

¹⁹⁴ Schooner, S. L. (2002) *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*. (Vol. 11) Public Procurement Law Review. (Schooner, 2002) S. 103

¹⁹⁵ Mehaffy Weber. *What to Do If You're Sued for Breach of Contract*. Besøgt d. 28. april 2022. <https://www.mehaffyweber.com/news/what-to-do-if-youre-sued-for-breach-of-contract/>

denne kompensationsstandard har agenten et incitament til at misligholde, hvis overskuddet (betalingen for den nye kontrakt) overstiger omkostningerne for kompensationen ved misligholdelse.¹⁹⁶ Har agenten udsigt til en højere aflønning (X) ved en anden kontrakt (B), og de omkostninger (Y) der er i forbindelse med misligholdelsen af den første kontrakt (A), er mindre end aflønningen for B, vil agenten således have et incitament til at misligholde A. Scenariet kan opstilles som følgende betingelse: $X(B) > Y(A)$ = incitament for agenten til misligholdelse.

Der foreligger derfor en timing i udbuddet for agenten: udbud → agenten vinder → sker en hændelse → vælge om de misligholder kontrakten eller ej → udbud afsluttet (ved ophævelse af kontrakt eller opfyldelse) → næste udbud.

Hvis en agent kun tager sig af de kortsigtede interesser, risikerer de at skabe problemer på længere sigt, ved udelukkelse fra alle fremtidige udbud, hvor udelukkelsesgrunden er anvendt.¹⁹⁷ Det må derfor fastslås, at hvis der forekommer en hændelse som vil medføre høje omkostninger for agenten i et eksisterende kontraktsforhold, vil der foreligge et kortsigtet incitament til at misligholde kontraktforpligtelserne, men ikke nødvendigvis et langsigtet.

3.3.3.2 Agentens mulige handlinger i et kontraktforhold

Agentens mulige handlinger i et kontraktforhold kan groft opdeles i to scenarier. Ét scenarie hvor agenten opfylder kontraktforpligtelserne, et andet scenarie hvor agenten ikke overholder sine forpligtelser som efter kontrakten, og denne bringes til ophør. Agenterne har hver deres incitamentsbaggrund og søger at vinde udbuddet ved opfyldelse af egne incitamenter.¹⁹⁸

3.3.3.2.1 Første scenarie

Ved overholdelse af de kontraktforpligtelser som agenten har indvilget til, vil agenten ikke kunne udelukkes fra et fremtidigt udbud på baggrund af væsentlig misligholdelse, da agenten har opfyldt de forpligtelser, der var forventet af det første kontraktforhold. En fremtidigt principal kan derfor ikke påkalde sig udelukkelsesgrunden overfor agenten, selvom denne er skrevet ind i udbudsbkg.

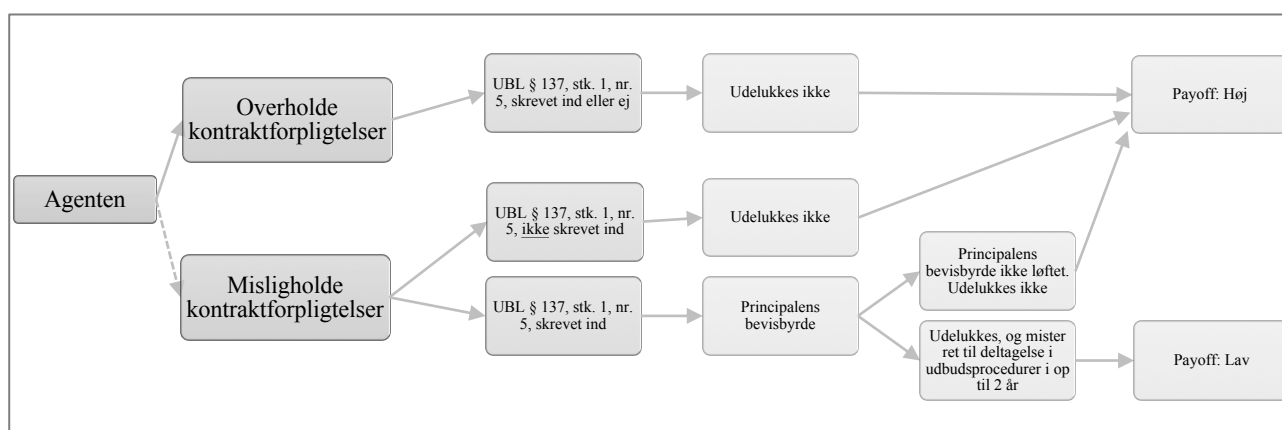
¹⁹⁶ Farber, 1980. S. 1443

¹⁹⁷ Se 2.4.7 Udelukkelsesperioden

¹⁹⁸ Hagen, K. P. (2005). *Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*. (2. udgave) Cappelen Akademisk Forlag. S. 155 ff.

Agentens deltagelse i udbud med offentlige principaler vil derfor ikke være afskåret i op til to år,¹⁹⁹ og denne kan derfor deltage i, og vinde fremtidige udbud i stedet for at være udelukket. At agenten ikke bliver udelukket, medfører samtidigt at denne ikke mister den potentielt store indkomst, der er ved at vinde disse udbud. Agentens overholdelse af kontraktforpligtelserne, må formodes at medføre høj anseelse, også med det faktum in mente at UBL i betydelig grad begrænser muligheden for at bruge tidligere resultater i forbindelse med udvælgelsen af tilbud. Omdømmet kan dog stadig potentielt øge muligheden for at vinde fremtidige udbud, herunder også med samme principal.²⁰⁰ Er principalen en offentlig enhed der hyppigt foretager udbud, kan dette gode renommé muligvis gavne agenten, da principalen vil foretrække at indgå kontrakter med en agent denne kender, dog under overholdelse af ligebehandlingsprincippet.²⁰¹

Det kan illustreres som nedenstående sekventielle spil, hvordan en incitamentsstruktur med udelukkelse, potentielt kan øge agentens incitament til at overholde kontraktforpligtelserne. Der er tale om et sekventielt spil da agenten og principalen foretager deres træk efter hinanden.²⁰²



Figur 2: Egen tilvirkning. Payoff: Agenten. Payoff er potentielt. Der er her tale om en skitsering af forløbet for agenten.

Som set illustreret øverst i Figur 2, vil payoff ved at overholde kontraktforpligtelserne ikke blive påvirket af, hvorvidt udelukkelsesgrunden er skrevet ind i udbudsbkg. eller ej. Agenten er således garanteret et højt payoff ved at vinde et udbud, uden tidligere at have misligholdt sine

¹⁹⁹ Se 2.4.7 Udelukkelsesperioden

²⁰⁰ Spagnolo, 2012. S. 293

²⁰¹ Se 2.2.1.1 Ligebehandlingsprincippet

²⁰² Se Figur 1 i 3.2.2 Tidslinje for udbudsprocessen

kontraktforpligtelser, da en fremtidig principal, som nævnt ovenfor, ikke kan udelukke en agent efter den frivillige udelukkelsesgrund, hvis denne har opfyldt sine forpligtelser i et tidligere kontraktforhold.

Det eneste agentens høje payoff afhænger af, hvis agenten overholder sine forpligtelser, er hvorvidt denne vinder fremtidige udbud. Incitamentet til at overholde kontraktforpligtelserne er derfor indledningsvist højt, da agenten i alle fremtidige udbud denne vinder, er garanteret et højere payoff. Incitamentet for agenten til at opfylde kontraktforpligtelserne, afhænger således af et ønske om at opretholde en stærk virksomhed med et godt omdømme, samtidigt med der foreligger et potentiel stort indkomstgrundlag.

3.3.3.2.1 Andet scenarie

Det andet scenarie hvor agenten ikke overholder sine forpligtelser som efter kontrakten, og kontrakten bringes til ophør på baggrund af væsentlig misligholdelse vil gennemgås i nedenstående. Der er her to potentielle udspil: et hvor den nuværende principal *ikke* har skrevet udelukkelsesgrunden ind i udbudsbkg., og et andet hvor den nuværende principal har skrevet udelukkelsesgrunden ind i udbudsbkg. Udelukkelsesgrunden skal være skrevet ind i udbudsbkg. ved offentliggørelse for alle økonomiske aktører ved starten af udbudsproceduren, og agenten ved derfor om denne udelukkelsesgrund vil blive gransket i udbudsprocessen.²⁰³

3.3.3.2.1.1 Principalen har ikke skrevet udelukkelsesgrunden ind i udbudsbkg.

Har principalen ikke skrevet udelukkelsesgrunden ind i udbudsbkg., kan denne ikke udelukke agenten fra udbuddet, hvilket agenten er bekendt med når denne afgiver tilbud. Agenten kan derfor stadig modtage et højt payoff, selvom denne har misligholdt sine tidligere kontraktforpligtelser, hvis denne afgiver tilbud ved udbud, hvor udelukkelsesgrunden ikke er anvendt. Se hertil Figur 2 nederst.

Agenten kan, hvis denne ved at en fremtidig principal ikke anvender udelukkelsesgrunden, afgive tilbud uden at blive udelukket, og potentielt vinde et højt payoff. Som fastslået ovenfor, vil en agent der kun fokuserer på de kortsigtede interesser, risikere at skabe problemer på længere sigt. En agent der misligholder og forventer at søge ind på fremtidige udbud, kan være begrænset i antallet af tilgængelige udbudsprocesser, som denne kan deltage i. Hvis der fx er tale om et marked med få

²⁰³ Se 2.4.4. Procedure ved udelukkelse

principaler, vil agenten formodentligt blive mødt med forhindringer, der gør at den kortsigtede misligholdelse der gav en bedre aflønning lige i øjeblikket, udelukker agenten langsigtet. Det følger dog af den ovenstående juridiske analyse, at udelukkelsesgrunden sjældent ses anvendt i praksis, og det må derfor antages at der potentielt kan forekomme et mørketal af agenter der bør være udelukket, men som ikke er det.²⁰⁴

3.3.3.2.1.2 Principalen har skrevet udelukkelsesgrunden ind i udbudsbkg.

Er der tale om en agent, der afgiver tilbud på mange offentlige udbud, vil udelukkelse hos flere principaler afspejle sig negativt hos agenten bl.a. ved at føre til, at denne ikke kan opretholde virksomhedens markedsstatus eller i værste tilfælde, at dennes finansielle stilling er i fare.²⁰⁵ Indledningsvist må det formodes, at hvis agenten risikerer at blive udelukket fra fremtidige udbud, miste en strategisk vigtig offentlig kontrakt, tabe deres indkomstgrundlag og skade deres omdømme, kan det skabe et incitament til at overholde kontraktforpligtelserne. Det er jf. den juridiske analyse svært for en principal at løfte bevisbyrden, og dermed påvise at en agent har væsentlig misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, hvis der ikke foreligger en endelig dom, principalen kan støtte ret på. Har agenten denne viden, må det formodes at kunne føre til spekulation om, hvorvidt det er bedre for agenten ikke at overholde kontraktforpligtelserne, for derved at få en fremtidig principal til at forsøge at løfte den tunge bevisbyrde. Principal kan evt. ikke løfte bevisbyrden, således agenten ikke bliver udelukket, og modtager derved, det høje payoff som angivet i Figur 2, hvis denne vinder udbuddet.

Agentens risikoprofil vil her være med til at bestemme hvorvidt denne er villig til at løbe risikoen.²⁰⁶ Er agenten risikoavers og dermed har en lav risikovillighed, ønsker den ikke at påtage sig risikoen, hvis der er en sandsynlighed for at blive udelukket og som følge heraf få et lavt payoff fremadrettet. Er agenten derimod risikoelsker, er den mere tilbøjelig til at misligholde sine kontraktforpligtelser ved udsigten til, at principalen ikke kan løfte bevisbyrden, og agenten derfor modtager det høje payoff.

²⁰⁴ Se 2.7 Delkonklusion

²⁰⁵ Flynn, A. (2019) *Grieving the loss of a public contract: De La Rue and the Brexit passport*. (Vol. 20 Issue 1) Journal of Public Procurement. (Flynn, 2019) S. 20

²⁰⁶ Dutta, P. K. (199) *Strategies and Games: Theory and Practice*. The Mit Press Cambridge, Massachusetts London, England. S. 443

Det må derfor afslutningsvist fastslås at risikoprofilen for en agent spiller en rolle, ift. dennes incitament til at overholde kontraktforpligtelserne.²⁰⁷

3.3.3.3 Sammenfatning

Det understreges således, at agenten ikke har et klart incitament til at overholde de kontraktforpligtelser denne har. For at der foreligger et incitament for agenten til at overholde forpligtelserne, skal værdien heraf være større, end den værdi agenten får ved at misligholde kontrakten. Der foreligger en mulighed for, at agenten modtager det høje payoff i et fremtidigt udbud, selvom denne har væsentligt misligholdt sine kontraktforpligtelser, hvis dette ikke kan påvises af en fremtidig principal. Der foreligger derfor ikke et klart incitament til at overholde kontraktforpligtelserne. Det skal derfor vurderes om denne misligholdelse af kontraktforpligtelser, som det er tænkeligt at agenten vil foretage, er sket på baggrund af grundig overvejelse, eller om det er sket på baggrund af eksogene variabler. Spørgsmålet er derfor om agenten er en type af virksomhed der spekulerer i at væsentligt misligholde sine forpligtelser men ikke følgelig udelukket. Dette på baggrund af, at udelukkelsesgrunden ses sjældent anvendt i praksis, og når den så er, er bevisbyrden næsten umulig at løfte.²⁰⁸

3.3.4 Den enkelte principals incitament

Udelukkelse af en agent sker på baggrund af et tidligere kontraktsforhold, og den nuværende principal skal således tage stilling til, om der skal ske anvendelse af udelukkelsesgrunden i eget udbud. Denne vurdering foretages ex ante, og skal dermed anskues som et præ-kontraktuelt spørgsmål, der opstår forinden indgåelsen af kontrakten. Der er flere typer kontrakter og rigtig mange dimensioner, så det ikke altid er let for en principal at vælge den rigtige incitamentsstrategi. Et dårligt kontraktvalg kan have negative konsekvenser for en principal ift. bl.a. omkostninger.²⁰⁹

Der er tre typer af regulatoriske begrænsninger. I praksis forhindrer begrænsningerne lovgiver i at implementere den foretrukne incitamentspolitik. Informationsasymmetri begrænser kontrollen

²⁰⁷ Albano, G. L., Calzolari, G., Dini, F., Iossa, E. & Spagnolo, G. (2009) *Procurement Contracting Strategies*. Cambridge University Press. (Albano, Calzolari, Iossa & Spagnolo, 2009) S. 84

²⁰⁸ Se 2.7 Delkonklusion

²⁰⁹ Albano, Calzolari, Iossa & Spagnolo, 2009. S. 82

principalen har med agenten, og der distingveres generelt mellem to typer af informationsasymmetri: Moral Hazard og Adverse Selection.²¹⁰ Disse to teorier er understøttende til P/A teorien, og beskriver de tvistpunkter en principal kan blive udsat for ved informationsasymmetri,²¹¹ samt den risiko der kan foreligge ved at en kontraktpart udnytter den ekstra information, som denne er i besiddelse af. Ved udformningen af en incitamentsmekanisme står principalen over for to begrænsninger: den skal give agenten incitament til at indgå i forholdet til principalen, samtidigt med at den skal give agenten incitament til at rapportere sin type sandfærdigt. Mekanismen skal således være incitamentskompatibel.²¹² Adverse Selection ses at være relevant at analysere, da det kan fortælle noget om typen af agent, herunder sandsynligheden for at denne vil misligholde kontraktforpligtelserne igen.

3.3.4.1 Virksomhedstype (Adverse Selection problem)

Karakteristikaet ved et Adverse Selection (AS) problem er, at det eksisterer før kontraktindgåelsestidspunktet. Det har karakter af et præ-kontraktuelt problem, hvor principalen ikke har kendskab til agentens informationsmængde, dennes evner til opfyldelse af kontraktforpligtelserne, og agentens egen interesse for indtrædelse i kontraktforholdet. AS er betegnelsen for den skjulte information en agent afholder fra principalen under incitamentet for egenoptimering, og opstår når agenten har mere information end principalen, omkring en eksogen variabel.²¹³ Principalen har ikke information om agentens generelle interesse for at opfylde kontraktforpligtelserne, og problemet er således at designe en optimal incitamentsmekanisme baseret på agentens type.²¹⁴ Det antages, at agenten altid vil have profitmaksimering for øje, når denne søger at indgå i et kontraktforhold, med dertilhørende forpligtelser overfor en anden part.²¹⁵

²¹⁰ Laffont & Tirole, 1993. S. 2

²¹¹ Knudsen, 1997. S. 165 ff.

²¹² Page, F.H. (1991). *Optimal contract mechanisms for principal-agent problems with moral hazard and adverse selection*. Econ Theory. (Page, 1991) S. 324

²¹³ Laffont & Tirole, 1993. S. 3

²¹⁴ Page, 1991. S. 323

²¹⁵ Knudsen, 1997. S. 53 ff.

Sædvanligvis er AS illustreret ved et citronproblem, der refererer til spørgsmål, som opstår vedrørende værdien af et produkt, pga. asymmetrisk information som køber og sælger besidder. Citronproblemet hævder, at på markedet for brugte biler har sælgeren flere oplysninger om køretøjets sande værdi end køberen. Det resulterer i, at køberen ikke vil betale mere end gennemsnitsprisen på bilen, selvom den er af god kvalitet. Dette gavner sælgeren, hvis bilen er en citron, dårlig kvalitet, men er en ulempe, hvis bilen er af god kvalitet.²¹⁶ Citronproblemet er i nærværende problemstilling anvendt analogt, da det her fastslås at agenten har mere information om dennes type end principalen, og principalen derfor ikke kan se hvorvidt den bør anvende udelukkelsesgrunden eller ej. AS betegner den type, agenten er på markedet, og dermed hvordan denne generelt opfører sig. En agent kan derfor have en *type*, hvor denne som altovervejende hovedregel overholder sine forpligtelser, eller denne misligholder sine forpligtelser.

3.3.4.1.1 Misligholdte ikke med vilje

Det kan diskuteres hvorvidt en agent kan misligholde sine tidligere kontraktforpligtelser ved et uheld, da der skal være tale om væsentlig misligholdelse, der har ført til ophøret af en kontrakt, og denne misligholdelse derfor skal være af en særlig grov karakter ift. kontraktens genstand.²¹⁷ Hvad der er væsentlig misligholdelse ift. kontraktens genstand er beskrevet i kontrakten, og er ofte af grov karakter og vedrører de centrale elementer. Det må derfor fastslås, at en agent ikke kan bryde sine forpligtelser ved et uheld, og dermed sætte dem selv i en position hvor de kan blive udelukket.

Der kan ske misligholdelse af kontraktforpligtelserne som følge af eksogene variabler, som agenten ikke har kunnet styre, hvorved det ikke har været med vilje at kontraktforpligtelserne blev misligholdt. At den væsentlige misligholdelse sker ved et uheld, betyder ikke at agenten har en bestemt *type*. En type er en ting man som person eller virksomhed er, ærlig (ikke misligholdende) eller uærlig (misligholdende). Der kan fx være tale om, at agenten ved indgåelsen af kontrakten ikke havde forudset en forestående pandemi, der ville påvirke leveringstiden. Er der ikke i kontrakten angivet at en sådan pandemi vil høre under en force-majeure klausul og ansvarsfritstille agenten for

²¹⁶ Akerlof, G. A. (1970). *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. (Vol. 84, No. 3.) The Quarterly Journal of Economics. Oxford University Press. S. 489

²¹⁷ Se 2.6.4 Væsentligt har misligholdt

forsinket levering, vil det medføre at denne har misligholdt sine kontraktforpligtelser.²¹⁸ Denne form for misligholdelse fortæller ikke noget om typen, men blot at denne har været uheldigt påvirket af eksogene variabler. Principalen har derfor ikke et incitament til at udelukke agenter der ikke misligholder med vilje, da det ikke giver en indikation af, hvorvidt agenten vil misligholde kontrakten med den næste principal.

3.3.4.1.2 Misligholdte med vilje

Har agenten derimod væsentligt misligholdt kontraktforpligtelserne med vilje, og vidst at de har handlet i strid med deres forpligtelser, er det en indikation af, at de er en type af virksomhed der spekulerer i dette. AS opstår, når principalen accepterer en ineffektiv agents bud, fordi den ikke kan observere agentens forventede omkostninger, før kontrakten tildeles.²¹⁹ Informationsfordelen og antagelsen om eksistensen af en interessekonflikt mellem principalen og agenten, kan generere opportunistisk adfærd fra agentens side. At agenten har opportunistisk adfærd, medfører at ønsket om at gennemføre egne personlige interesser er i fokus.²²⁰ Opportunistisk adfærd hænger sammen med den mængde af ressourcer, der er i spil ved offentlige udbud, hvilket for agenten kan tilskynde til misligholdelse. Den store andel af offentlige udgifter der går til offentlige udbud, udgør et incitament for agenter, til at forsøge at påtvinge deres egne tilbud på bekostning af deres konkurrenters.²²¹ En agent der handler efter egen-optimering, vil således søge at få den højest mulige betaling for deres arbejde, selvom de godt ved, at de ikke vil fuldføre arbejdet som efter kontrakten. Der kan fx være tale om levering af it-systemer der koster principalen et bestemt beløb hver måned i kontraktens løbetid, således at agenten ikke har et incitament til at færdiggøre kontrakten.²²²

²¹⁸ Dansk Industri. *Force majeure og coronavirus*. Besøgt d. 3. maj 2022. <https://www.danskindustri.dk/brancher/di-handel/nyhedsarkiv/nyheder/2020/3/force-majeure-og-coronavirus/>

²¹⁹ Cox, J. C., Isaac, M. R., Cech, P. A. & Conn, D. (1996) *Moral Hazard and Adverse Selection in Procurement Contracting*. (Vol 17 Issue 2) Games And Economic Behavior. S. 148

²²⁰ Chrisidu-Budnik, A. & Przedańska, J. (2017) *The Agency Theory Approach To The Public Procurement System*. Wroclaw Review of Law, Administration & Economics. S. 155

²²¹ Arnáiz, T. M. (2006) *Grounds For Exclusion In Public Procurement- Measures In The Fight Against Corruption In European Union*. International public procurement conference proceedings. (Arnáiz, 2006) S. 333

²²² Finans.dk. *Minister tænder et håb for KMD: Det er lettere sagt end gjort at udelukke en bestemt leverandør*. Besøgt d. 3. maj 2022. <https://finans.dk/erhverv/ECE9316170/minister-taender-et-haab-for-kmd-det-er-lettere-sagt-end-gjort-at-udelukke-en-bestemt-leverandoer/?ctxref=ext>

Slutresultatet ved opportunistisk adfærd, er et tab af konkurrenceevne i den kontraktlige proces. I mangel af reel konkurrence er udførelsen af offentlige udbud dyrere for principalen, og efterlader en risiko for, at betydelige offentlige ressourcer omdirigeres til at forsøge at afhjælpe et mindretals væsentlige misligholdelse.²²³ Manglende gennemsigtighed kan medføre et betydeligt tab for den offentlige indkøber, da kontrakterne ikke går til den mest effektive agent. Ekstraomkostningerne tilføjet til kontrakten for en enkelt udbudsprocedure kan nå 20-25%, men kan i nogle tilfælde stige så højt som til 50%.²²⁴

Principalens incitament til at anvende udelukkelsesgrunden i sin udbudsproces afhænger derfor af, om virksomheden som afgiver tilbud, er en bestemt *type* af virksomhed, der misligholder sine kontraktforpligtelser med vilje. Det må fastslås at principalens anvendelse af udelukkelsesgrunden, sker med interesse i at udelukke *korrupte* virksomheder, der spekulerer i misligholdelse, dvs. har det som en del af deres forretningsmodel, og ikke virksomheder som misligholder sine kontraktforpligtelser på baggrund af et uheld.

3.3.4.2 Omkostninger ved anvendelse af udelukkelsesgrunden

Veldesignede kontrakter er afgørende for effektive indkøb.²²⁵ Ved at fastlægge forpligtelser beskytter kontrakten hver part i en udbudstransaktion mod risikoen for uventede ændringer i den anden parts fremtidige adfærd, og muliggør derved effektiv planlægning, investering og produktion. Udelukkelsesgrunden er derfor god at anvende for principalen, til at sikre at denne får en højere gevinst af at udelukke en agent, end denne får ved ikke at gøre det. Da ingen i praksis ved, hvad der ville have været de endelige omkostninger ved udbudsprocessen, hvis den mest effektive agent frem for den agent der misligholder, havde vundet udbuddet, er det ikke muligt at estimere de reelle omkostninger.²²⁶

²²³ Arnáiz, 2006. S. 333

²²⁴ Evenett, S. J. & Hoekman, B. M. (2005). *Government procurement: market access, transparency and multilateral trade rules*. European Journal of Political Economy. (Evenett & Hoekman, 2005) S. 170

²²⁵ Albano, Calzolari, Iossa & Spagnolo, 2009. S. 82

²²⁶ Auriol, E. (2006) *Corruption in procurement and public purchase*. International Journal of Industrial Organization. S. 868

Er der tale om anvendelse af udelukkelsesgrunden, hvor det rammer de agenter der anvender misligholdelsen som efter AS-problemet, vil det ikke forekomme at være omkostningsfyldt for principalen. Ved at anvende udelukkelsesgrunden undgår principalen at ende med en misligholdende kontraktpart, der medfører højere omkostninger ex post, ved at principalens indkøb ikke opfyldes som forventet.²²⁷ Der foreligger omkostninger ved indarbejdelsen af udelukkelsesgrunden i udbudsmaterialet, og det skal derfor vægtes, om denne omkostning er mindre end ex-post omkostningen ved ikke at have udelukkelsesgrunden med. Skulle der ske misligholdelse som forventet på baggrund af AS, og udelukkelsesgrunden er skrevet ind i udbudsbkg., foreligger der klare retningslinjer for opgørelse af omkostninger og erstatning. Principalen skal, hvis agenten er en type af virksomhed der spekulerer i dette, anvende udelukkelsesgrunden, og dermed skabe højere værdi ex post, ved at få et stærkt samarbejdsforhold med en anden agent.

Udelukkelse kan være omkostningsfyldt for principalen selv, ved at denne er den eneste der anvender udelukkelsesgrunden, og agenterne med den misligholdende forretningsmodel, kan søge ind på alle andre udbud. Det er dermed ikke i principalens snævre interesse at udelukke, da denne ikke som sådan får noget ud af anvendelsen,²²⁸ men det kan sætte et eksempel over for agenterne, om at denne principal ikke tolererer misligholdelse. Dette kan være effektivt, hvis man er en principal der foretager mange udbud, og man ønsker at få opbygget et omdømme der lyder: hvis en agent ikke opfylder sine forpligtelser med andre principaler, får man ikke en kontrakt med os. Dette kan medføre et incitament til agenten, hvis denne ønsker at vinde kontrakter hos netop denne principal, fordi det måske er anseeligt i branchen og kontraktværdierne er høje, om at gøre sig umage og opfylde sine kontraktforpligtelser. Principalen udelukker derfor ikke pga. den kortfristede interesse i det enkelte udbud, men med et ønske om at etablere et ry, om at agenter bliver straffet hvis de misligholder.

Det må derfor fastslås, at principalen skal anvende udelukkelsesgrunden i de tilfælde hvor omkostningerne ved at anvende den, er lavere end de eventuelle omkostninger, der er ved, at

²²⁷ Evenett & Hoekman, 2005. S. 170

²²⁸ Albano, Calzolari, Iossa & Spagnolo, 2009. S. 82

kontrakten bliver misligholdt. Derudover kan principalen skabe et omdømme, der medfører at agenter der ønsker et samarbejde, skal leve op til en vis standard.

3.3.5 Potentielt smalt felt ved udelukkelse

Ud over virksomhedens type afhænger principalens incitament til at anvende udelukkelsesgrunden også af konkurrencen på markedet agenten agerer på. Det er faktum, at konkurrence er et centralt mål for de nationale indkøbssystemer, dvs. afgørende for god præstation. Ved at maksimere den effektive udnyttelse af konkurrencen, får principalen sin bedste værdi ift. pris, kvalitet og kontraktvilkår.²²⁹ Da udelukkelsesgrunden er frivillig, har principalen muligheden for at vælge, hvorvidt denne vil anvende grunden i sin udbudsproces. Det er derfor relevant for principalen at kende markedet, for at finde ud af hvorvidt en anvendelse af udelukkelsesgrunden vil begrænse den allerede snævre konkurrence yderligere, eller om det er muligt at anvende udelukkelsesgrunden, således at der stadig er stor konkurrence på markedet, og anvendelsen af udelukkelsesgrunden kun rammer de aktører, det er tiltænkt.

3.3.5.1 Markedet

Et offentlig udbud er et marked, og ligesom for andre markeder er konkurrence af central betydning for den økonomiske velfærd.²³⁰ Markedsstrukturen kan have indflydelse på principalens pris på den udbudte opgave, samt have indvirkning på principalens incitament til at anvende udelukkelsesgrunden. Der er flere faktorer, der påvirker markedsstrukturen. Dette kan bl.a. afhænge af antallet af økonomiske aktører, adgangen til markedet, og virksomhedernes evne til at differentiere deres produkter fra konkurrenternes.²³¹ Der er generelt to ekstreme markedskonstruktioner; et marked med en enkelt leverandør, eller et marked hvor der er mange leverandører. Disse er henholdsvis monopol og fuldkommen konkurrence. Situationer med fuldkommen konkurrence repræsenterer et idealbillede, da fuldkommen konkurrence er en betingelse for, at markedet er efficient, dog er det de færreste markeder, der opfylder betingelserne for fuldkommen konkurrence.²³²

²²⁹ Schooner, 2002. S. 103

²³⁰ Rønde, T. (2021). *Økonomiske Analyser af Udbud – Teori og Modeller*. Note. Copenhagen Business School. (Rønde, 2021) S. 2

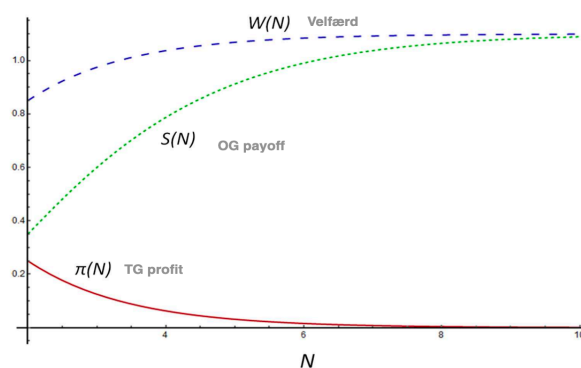
²³¹ Perloff. (2018). *Microeconomics* (Global edition, Eighth edition.). Pearson. S. 246

²³² Robinson, J. (1934) *What is Perfect Competition?* (Vol 49 Issue 1) The Quarterly Journal of Economics. S. 120

3.3.5.2 Stor konkurrence

Vil principalen foretage et udbud på et marked hvor konkurrencen er stor, såsom et marked der tilnærmer sig fuldkommen konkurrence, vil principalens incitament til at anvende udelukkelsesgrunden, formodes at være større, end hvis der er få agenter på markedet. Principalen bør have mange alternativer at vælge imellem ved kontrakttildelingen, set i lyset af at denne kun har udelukket én agent på baggrund af tidligere misligholdelse. Jo flere agenter der byder på udbuddet, jo større er konkurrencen om udbuddet. Da der ved fuldkommen konkurrence er mange agenter, vil den negative ændring i antallet af agenter, ved at principalen anvender udelukkelsesgrunden, ikke påvirke principalens payoff betydeligt, da effekten ved at miste en agent falder, jo flere agenter der er.

Dette ses ved Figur 3, der illustrerer sammenhængen mellem principalens payoff og agentens profit, afhængigt af antallet af agenter på markedet. I nedenstående er antallet af agenter noteret som N . Principalens forventede payoff er noteret som en funktion af N , $S(N)$, og udregnes ved $V - P$. Hvor V er værdien for principalen, og P er den forventede pris som principalen skal betale. Det antages at agenterne er symmetriske, og derfor har de alle en forventet sandsynlighed på $\frac{1}{N}$ for at vinde udbuddet. Deres individuelle forventede profit er derfor $\frac{1}{N}$ del af den samlede forventede profit, $\pi(N)$.²³³



Figur 3: Egen tilvirkning med inspiration fra Rønde, 2021, S. 12.

At den negative ændring ikke afspejler sig betydeligt i principalens payoff ses i Figur 3, ved at $S(N)$ kurvens hældning aftager, forholdsvis til antallet af agenter. Dvs. ved et højt antal agenter på

²³³ Rønde, 2021. S. 11-12

markedet påvirkes principalens payoff marginalt ift. N , da værdien V for principalen ikke falder, men den forventede pris P falder som følge af N . Det ses, at ved $N > 6$ ændrer kurvens hældning sig marginalt lidt, ift. ved $N < 6$.

Det må derfor fastslås, at en ekstra agent øger principalens payoff og den samlede velfærd meget, når der er få agenter, men betydningen af en ekstra agent er proportionelt faldende i antallet af ekstra agenter. Principalens payoff bliver således ikke påvirket betydeligt ved at udelukke agenter som har væsentligt misligholdt deres kontraktforpligtelser i et tidligere kontraktsforhold, hvis konkurrencen på markedet er stor. Forekommer der anseelig konkurrence på et marked, vil det derfor ikke påvirke principalens udbudsprocedure negativt at udelukke en agent, hvorfor incitamentet for at anvende udelukkelsesgrunden må konstateres at være stort.

3.3.5.3 Lille konkurrence

Er markedet som en principal ønsker at foretage udbud på, præget af ikke særlig stor konkurrence, vil udelukkelse af en agent formodentligt have større effekt. Som anvist i Figur 3, vil principalens payoff og den samlede velfærd blive påvirket positivt af en enkelt agent, hvis antallet af agenter er få, men betydningen af en ekstra agent er faldende, jo flere agenter der er. Er konkurrencen på markedet lille, kan incitamentet for principalen til ikke at vælge at anvende udelukkelsesgrunden, være lavt. Udelukkelse vil potentielt medføre, at konkurrencen bliver for indsnævret, således at der reelt set ikke sker konkurrence på markedet, og man får indskrænket antallet af aktører til en monopollignende tilstand. Det er ofte ved store komplekse kontrakter, hvor kontraktværdien er høj, fx hospitalsbygninger, vedligehold af offentlige rum mm., at konkurrencen er lille.²³⁴ Indskrænker man den endnu mere, risikerer man at ende med et udbud hvor der potentielt kun er én agent der kan levere opgaven.²³⁵

Principalen skal ved udarbejdelsen af sin udbudsbkg. vurdere om udelukkelse af misligholdende agenter, vil medføre ineffektiv konkurrence. Dette skal vurderes, da principalen således bliver mere afhængig af de agenter, der er tilbage efter udelukkelsen, og de derfor kan opføre sig værre, da

²³⁴ Arnáiz, 2006. S. 333

²³⁵ Dette sammenholdes med at principaler i 2019, i gennemsnit modtog 4,2 tilbud på udbud hvor der anvendtes udbudsproceduren offentligt udbud. Jf. Status for offentlig konkurrence 2020, 2021. S. 25

principalen ikke kan substituere. Dertil kan principalen ikke vide sig sikker på, om der er opnået en konkurrencedygtig pris og kvalitet, hvis antallet af indkomne tilbud er få, og agenterne kan derfor udnytte deres position til at opnå en fordel uden at tage hensyn til offentlighedens interesser.²³⁶ Antallet af tilbud kan derfor ses som en indikation på, om konkurrencen om opgaven kan styrkes.

Derudover antages det, at på et marked med lille konkurrence, hvor man som principal er afhængig af de få agenter der er, vil udelukkelse medføre, at det kan blive proportionelt dyrere for principalen. Konkurrencen bliver begrænset, samtidigt med at agenterne ved, at principalen er nødsaget til at tildele kontrakten til en af dem. Dermed kan agenterne sætte prisen forholdsmæssigt op, eller opføre sig værre i kontraktforholdet.²³⁷ Incitamentet for principalen til at anvende udelukkelsesgrunden ved monopollignende konkurrence, må på baggrund af ovenstående, udledes til at være lav. En begrænsning af den allerede snævre konkurrence, kan medføre at kontrakten bliver uforholdsmæssigt dyrere for principalen, henset til at denne ikke har mulighed for at substituere sit produkt, og erhverve det fra en anden agent.

3.3.5.4 Sammenfatning

Det kan på baggrund af ovenstående analyse udledes, at tilnærmer konkurrencen på et marked sig fulkommen konkurrence, også kendt som perfekt konkurrence, foreligger der et incitament for principalen til at anvende udelukkelsesgrunden. Konkurrence bør således begunstiges og styrkes, for at principalen har mulighed for at udvælge de mest effektive og innovative agenter.²³⁸ Incitamentet til at anvende udelukkelsesgrunden findes ikke at være til stede ved monopollignende konkurrence, da det indsnævrer det allerede få antal agenter, der således kan agere værre over for principalen ved bl.a. at hæve priserne. Det findes dertil problematisk, at det ofte er ved kontrakter med høje værdier, at konkurrencen findes at være lille. Det er netop ved disse kontrakter, at en principal kan drage nytte af at have skrevet udelukkelsesgrunden ind, da det må formodes at omkostningerne ved misligholdelse af en kontrakt med høj værdi, er betragteligt større, end en kontrakt med lav værdi. Dette incitament for principalen til kun at anvende udelukkelsesgrunden ved stor konkurrence på

²³⁶ Arnáiz, 2006. S. 334

²³⁷ I 2019 udgjorde de offentlige udbud, hvor der indløb ét eller to tilbud, knap 45 pct. Jf. Status for offentlig konkurrence 2020, 2021. S. 25

²³⁸ Racca, G. M., Perin, R. C. & Albano, G. L. (2011) *Competition In The Execution Phase Of Public Procurement*. (Vol. 42 No. 1) Public Contract Law Journal. S. 94

markedet medfører at agenter der leverer varer/tjenesteydelser kun meget få kan, kan misligholde deres kontraktforpligtelser i et tidligere samarbejdsforhold, og potentielt ikke blive udelukket i fremtiden

3.3.6 Udelukkelse som strafmekanisme

At anvende udelukkelsesgrunden som strafmekanisme, er en måde at opbygge en incitamentsstruktur på, således at agenten får øget incitamentet til at overholde dennes forpligtelser. Strafmekanismen er en beskyttelse, man som principal kan anvende, som giver agenten et incitament til at overholde kontraktforpligtelserne, ud over en godt konciperet kontrakt. Der er flere typer kontrakter og rigtig mange dimensioner, så det ikke let for en principal at vælge den rigtige incitamentsstrategi. Et dårligt kontraktvalg kan have negative konsekvenser for en principal, ift. misligholdelsesomkostningerne.²³⁹ Ved udformningen af en incitamentsforenelig mekanisme står principalen over for to hæmninger; mekanismen skal give agenten incitament til at indgå i forholdet med principalen, samtidigt men at denne skal give agenten incitament til at rapportere sin type af virksomhed korrekt til principalen, altså hvorvidt denne vil misligholde igen eller ej.²⁴⁰

Udelukkelsesgrunden anses som værende en beskyttelse af offentlige midler, mod de økonomiske og andre konsekvenser der kan være, ved indgåelse af kontrakter med agenter der tidligere har været involveret i kontraktmisligholdelse. Årsagen til at udelukke disse agenter, der har været involveret i tidligere forseelser, er den berettigede antagelse om, at der er en højere risiko for, at de ikke opfylder deres forpligtelser ved udførelsen af den pågældende kontrakt.²⁴¹ Principalen har ikke information om agentens ønske om at opfylde kontraktforpligtelserne, og problemet er således at designe en optimal incitamentsmekanisme baseret på agentens type.²⁴² Er virksomheden en type der misligholder med vilje og har gjort dette til deres forretningsmodel, vil det være bedre for principalen at udelukke dem, hvis konkurrencen på det pågældende marked er stor, da der derved er mulighed for at indgå i et samarbejde med en agent, med et homogent gode. Er konkurrencen lille, er det ikke

²³⁹ Albano, Calzolari, Iossa & Spagnolo, 2009. S. 82

²⁴⁰ Page, 1991. S. 324

²⁴¹ Arrowsmith, S., Priess, H. & Friton, P. (2009) *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* (issue 6) Public Procurement Law Review. (Arrowsmith, Priess & Friton, 2009) S. 31 ff.

²⁴² Page, 1991. S. 323

i principalens snævre interesse at udelukke, da det indskrænker konkurrencen disproportionalt, og kan medføre en dyrere kontrakt.

Er agenten uheldigt påvirket af eksogene variabler, og på baggrund heraf misligholder sine forpligtelser, foreligger der ikke et incitament for principalen til at udelukke agenten, da det ikke fortæller noget om deres type. Da agenten ikke er en type, vil den misligholdelse der er sket på baggrund af et uheld, ikke have betydning for hvorvidt agenten vil opfylde kontrakten med den næste principal. Udelukkelse kan anses som at have en præventiv effekt. Er udelukkelsesgrunden skrevet ind i principalens udbudsbkg., kan agenten miste et potentielt stort indkomstgrundlag, hvorfor denne med fordel kan afholde sig fra at være omfattet af udelukkelsesgrunden.

For at opbygge en incitamentsstruktur der er optimal, skal denne medføre at begge parter opfylder deres kontraktretlige forpligtelser. Der foreligger, som fastslået tidligere, et incitament for agenten til at opfylde sine kontraktforpligtelser, hvis værdien ved at overholde kontraktforpligtelserne er større, end værdien ved at misligholde kontrakten.²⁴³ Derudover foreligger der et incitament til overholdelse, hvis agentens omdømme og muligheden for at vinde fremtidige udbud ved samme principal, påvirkes negativt ved misligholdelsen.²⁴⁴ Det kan også påvirke agentens virksomhed negativt, ved bl.a. at aktiekurserne falder, efter meddelelse om at denne ikke har formået at sikre en vigtig kontrakt.²⁴⁵ Hermed er der en motivation for agenten til ikke at misligholde sine kontraktforpligtelser og udføre kontrakterne hensigtsmæssigt.²⁴⁶

Hvis ingen principaler anvender udelukkelsesgrunden, virker denne ikke som en strafmekanisme som kan være præventiv for dårlige kontraktforhold. Der er således ikke en indikation til agenterne om, at de skal være mere påpasselige med at misligholde kontrakterne, da det ikke er sædvane at principalerne anvender udelukkelsesgrunden, og agenterne bliver straffet. Derfor findes det, at udelukkelse som strafmekanisme ikke vil være i den enkelte principals snævre interesse, da det begrænser konkurrencen. Principalen har ikke et incitament til at udelukke den enkelte agent fra

²⁴³ Se 3.3.3.1 Incitament til at misligholde

²⁴⁴ Spagnolo, 2012. S. 293

²⁴⁵ Flynn, 2019. S. 20

²⁴⁶ Arrowsmith, Priess & Friton, 2009. S. 31 ff.

udbudsprocessen, og der bliver derfor ikke skabt en kutyme, hvor udelukkelse af agenter der misligholder kontraktforpligtelser, generelt bliver udelukket. Den enkelte principal ønsker at udelukke *korrupte* virksomheder, der spekulerer i misligholdelse, dvs. har det som en del af deres forretningsmodel, og ikke virksomheder som misligholder sine kontraktforpligtelser på baggrund af et uheld.

3.3.7 Anden principal der skal udøve strafmekanismen

Den strafmekanisme som udelukkelse tilstræber at være, kan en principal i et allerede eksisterende kontraktforhold ikke anvende. Udelukkelsen kan kun ske ved at agenten foretager væsentlig misligholdelse i et tidligere kontraktforhold, og den håndhævende part bliver derfor en fremtidig principal. Udelukkelse skal anvendes som strafmekanisme, hvorved det skal gøres dyrt for agenten at misligholde sine kontraktforpligtelser i et tidligere samarbejde. Principalen kan øge omkostningerne for agenten, ved at denne ikke vinder det næste udbud, og derfor ikke har den tiltænkte indkomst den er nødsaget for at opretholde sin status som virksomhed på markedet.²⁴⁷ Problemet med strafmekanismen er at det ikke altid er den principal der oplever misligholdelsen, som skal udføre straffen. Udbudsprocessen medfører at agenten efter misligholdelsen af sine kontraktforpligtelser, kan søge ind på et nyt udbud. Den pågældende principal der skal anvende udelukkelsesgrunden og straffe agenten for sin tidligere misligholdelse, har måske ikke et incitament herfor. Dette på baggrund af konkurrencen på markedet, samt en vurdering af grovheden af hvordan agenten tidligere har misligholdt sine forpligtelser. Værdien for principalen ved at udelukke en agent, skal være større end værdien ved at indgå i et kontraktforhold med denne. Dertil skal medregnes den mulige omkostning, der er ved, at agenten misligholder sine kontraktforpligtelser igen, hvis denne er en bestemt type af virksomhed, som efter AS.

Efter den juridiske analyse kan en principal bero sig på andre eller egne erfaringer, ved vurdering af om der er sket væsentlig misligholdelse af kontraktforpligtelserne. Det er her vigtigt at have in mente at principalen skal anvende udelukkelsesgrunden på tidligere kontrakter, også kontrakter som principalen selv har haft med den misligholdende agent. Hvis agenten har misligholdt principalens egne tidligere kontrakter, har principalen relativt god indsigt i, hvad der er sket i kontraktforholdet, og kan derfor effektivt anvende udelukkelsesgrunden, da principalen har den information der skal til.

²⁴⁷ Spagnolo, 2012. S. 296

Skal principalen derimod udelukke en agent som følge af kontraktbrud med en anden principal, kan informationen der er tilvejebragt herfor potentielt være utilstrækkelig, og principalen har måske ikke et incitament til at udelukke den pågældende agent fra udbudsprocessen. Der bliver derfor ikke skabt en sædvane, hvor udelukkelse af agenter der misligholder kontraktforpligtelser, generelt bliver udelukket.

At udelukkelse skal anvendes som strafmekanisme af principalen, vil derfor kun være efficient hvis principalen ved, at skulle den opleve misligholdelse i dens kontraktforhold med agenten, vil en fremtidig principal anvende udelukkelsesgrunden mod den misligholdende agent. Dvs. for den enkelte principal er det måske ikke efficient at udelukke agenten, jf. ovenstående analyse om det potentielt smalle felt ved udelukkelse, men for samfundet kan det være en måde at skabe en mekanisme, hvorpå markedet for offentlige udbud skilles af med agenter, der misligholder deres kontraktforpligtelser, og dermed spilder skatteydernes penge.

3.4 Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående analyse konkluderes, at der ikke foreligger et generelt incitament for ordregiver til at skrive den frivillige udelukkelsesgrund ind i deres udbudsbkg. Dette skyldes, at ordregivers tilstræbte effekt ved anvendelsen af udelukkelsesgrunden, er at udelukke korrupte aktører der spekulerer i misligholdelse af kontraktforpligtelser, dvs. har det som en del af deres forretningsmodel, og ikke virksomheder som misligholder sine kontraktforpligtelser på baggrund af uheld. Er tilbudsgiveren uheldigt påvirket af eksogene variabler, og på baggrund heraf misligholder sine forpligtelser, foreligger der ikke et incitament for ordregiver til at udelukke tilbudsgiveren, da den misligholdelse der er sket, ikke er en indikator for hvorvidt tilbudsgiveren vil opfylde sine fremtidige kontrakter.

Ordregivers incitament afhænger således af, om virksomheden som afgiver tilbud på baggrund af udbudsbkg., er af en bestemt type af virksomhed, der misligholder sine kontraktforpligtelser med vilje. Årsagen til at incitamentet for at udelukke tilbudsgiverne er forskellig afhængigt af typen, er den berettigede antagelse om, at der er en højere risiko for, at tilbudsgivere der tidligere har misligholdt deres kontraktforpligtelser, gør det igen. Ud over virksomhedens type afhænger ordregivers incitament til at anvende udelukkelsesgrunden også af konkurrencen på markedet. Incitamentet for ordregiver til at anvende udelukkelsesgrunden ved monopollignende konkurrence er lavt, og en begrænsning af den allerede snævre konkurrence, kan medføre at de resterende

tilbudsgivere kan agere værre over for ordregiver. Er der anseelig konkurrence, vil det ikke påvirke ordregiverens udbudsprocedure negativt at udelukke en tilbudsgiver, hvorfor incitamentet for at anvende udelukkelsesgrunden må konstateres at være stort.

Det må således på baggrund af analysen konkluderes, at udelukkelse som strafmekanisme ikke vil være i den enkelte ordregivers snævre interesse, da det begrænser konkurrencen på det pågældende marked, og kun har en effekt på vedkommende ordregiver. Ordregiver har derfor ikke et klart og generelt incitament til at udelukke den enkelte tilbudsgiver fra udbudsprocessen, og der bliver derfor ikke skabt en sædvane, hvor tilbudsgivere der misligholder kontraktforpligtelser, generelt bliver udelukket.

Kapitel III – Integreret analyse

4.1 Indledning

Formålet med dette kapitel er at besvare hvorledes en ændring i lovgivningen med indførelsen af et eksternt vurderingsorgan, vil bidrage til en mere efficient retsstilling for ordregivere. I nærværende vil ordene *anvende udelukkelsesgrunden* betegne, at ordregiver skriver udelukkelsesgrunden ind i udbudsmaterialet, og dermed er forpligtet til at anvende den.

4.1.1 Betragtninger om den eksisterende retstilstand

Formålet med bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, er muligheden for en ordregiver til at identificere økonomiske aktørers integritet og pålidelighed. Dette med ønsket om at en offentlig ordregiver ikke indgår i et kontraktforhold, der kan ende med en kontrakts forfald før aftalt tid, og dermed dårlig udnyttelse af offentlige midler. Det er konkluderet, at der findes et incitament til at udelukke aktører der tidligere har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, og det findes derfor bemærkelsesværdigt, at bestemmelsen ikke ses anvendt i praksis. Ved den eksisterende retstilstand har ordregivere næsten en umulig opgave, når de skal vurdere hvorvidt de kan *påvise*, at en tilbudsgiver har væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, og det er derfor ikke klart hvor bredt beviskravet i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, for at *påvise* misligholdelse er. I relation til UBL § 138, foreligger der ikke praksis på området, på baggrund af en udelukkelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, og ordregiver har således ikke noget at støtte sig til, ved vurderingen af om dokumentationen for pålidelighed er tilstrækkelig. Denne usikkerhed medfører et lavere incitament for den enkelte ordregiver til at anvende udelukkelsesgrunden, da det ikke er i deres snævre interesse kun at udelukke tilbudsgivere ved deres eget udbud, da det mindsker konkurrencen og kan påvirke bl.a. priserne.

Lovforslagets tilsigtede virkning er en øget effektivitet ift. anvendelsen af udelukkelsesgrunden, samt en mere ensartet vurdering, der skal medføre lavere transaktionsomkostninger for ordregiver. Det findes derfor interessant at diskutere, på baggrund af ovenstående analysers konklusioner om at bestemmelsen i UBL § 137, stk. 1, nr. 5 er gavnlig for samfundet, men dens potentiale ikke er aktiveret fordi incitamentsstrukturen for hver enkelt ordregiver er forkert, hvorvidt denne indførelse af et eksternt vurderingsorgan vil ændre retsstillingen og dermed føre til en mere efficient retsstilling, herunder et højere incitament for alle ordregivere til at anvende udelukkelsesgrunden.

4.2 Indførelsen af en ny proces til vurdering af self-cleaning

Som introduceret i den juridiske analyse²⁴⁸ har Folketinget d. 10. maj 2022 fremsat Lovforslag nr. L 199, Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter. I dette lovforslag findes et forslag om indsættelsen af et eksternt organ til hjælp med vurderingen af, hvorvidt der skal ske udelukkelse efter en af de frivillige udelukkelsesgrunde, herunder UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Af lovforslagets bemærkning nr. 21 fremgår det: *I § 138, stk. 1, indsættes efter 1. pkt. som nyt punktum: ”Til vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation af pålidelighed skal ordregiveren indhente vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.”*

Efter den juridiske analyse kan en tilbudsgiver, forelægge dokumentation der viser, at tilbudsgiveren skal anses for at være pålidelig.²⁴⁹ Er dokumentationen for de foretagne foranstaltninger tilstrækkelig til at sikre tilbudsgiverens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund, kan ordregiveren ikke udelukke tilbudsgiveren. Denne konkrete vurdering af dokumentation, beror på at ordregiver ved hver enkelt tilbudsgiver som denne mener, bør udelukkes efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, skal foretage et skøn af den af tilbudsgiver fremsendte dokumentation.

Det foreslås, at proceduren hvorpå dokumentationen vurderes ift. om denne er væsentlig nok til at dokumentere pålidelighed, flyttes fra ordregiver selv til et eksternt organ hos KFST. Ordregiver skal

²⁴⁸ Se 2.4.2 Lovforslag om ændring af Udbudsloven, 2022

²⁴⁹ Se 2.5 Dokumentation af pålidelighed (Self-cleaning)

fremover indhente vejledende udtalelse om den af tilbudsgiver fremsendte dokumentation for pålidelighed, inden ordregiver træffer beslutning om, hvorvidt tilbudsgiveren skal udelukkes. Formålet med denne ændring af proceduren er at samle den nødvendige viden og erfaring, og dermed sikre et bedre kompetencegrundlag for gennemførelsen af vurderingerne.²⁵⁰ Denne oprettelse af et organ der skal stå for vurderingen af om en tilbudsgiver har foretaget tilstrækkelig dokumentation af pålidelighed, vil påvirke – hvis vedtaget – alle ordregivere der vælger at anvende UBL § 137, stk. 1, nr. 5.

4.2.1 Det tidsmæssige aspekt

At ordregivere fremover *skal* indhente en vejledende udtalelse hos KFST, inden ordregiver træffer beslutning om, hvorvidt tilbudsgiver skal udelukkes, medfører at ordregiver er bundet til at afvente svaret fra KFST før der foretages yderligere i udbudsprocessen. Lovforslaget indeholder ikke oplysninger om sagsbehandlingstiden hos KFST, men det vil alt andet lige medføre en forlængelse af processen, hvilket ordregiver fremover bør have in mente ved planlægningen af ressourcer. Hvor ordregiver selv har skullet foretage vurderingen undervejs i deres proces, er de efter lovforslaget nødsaget til at vente på vejledende udtalelse, hvortil de ikke er forpligtet til at følge denne. Der er således kun tale om en *vejledende* udtalelse, der skal give ordregiver en indikation af hvad KFST mener der bør ske videre i forløbet.

Før lovforslaget har den store tidsmæssige faktor ift. vurderingen ikke været i selve udbudsprocessen, men ex post hvor forbigåede/udelukkede tilbudsgivere, har kunnet klage over afgørelsen til Klagenævnet for Udbud. Den selvstændige vurdering skabte risiko for en varierende praksis, som tilbudsgivere indgav klage over. Denne ex post tunge tidsmæssige faktor, må formodes at mindskes, da der vil ske en ensartning af behandlingen af tilbudsgivere, ved at der sikres et bedre kompetencegrundlag på baggrund af viden og erfaring. Den foreslåede ændring vil således få praktisk betydning for ordregiveres gennemførelse af udbudsprocedurer. En ændring i retstilstanden vil formodentligt lede til færre klager over vurderingen af, om dokumentationen for pålidelighed er tilstrækkelig på baggrund af kompetenceopbygningen, og dermed en overordnet forkortelse af udbudsprocessen fra start til afsluttet klage.

²⁵⁰ L 199, 2022, Specielle bemærkninger til nr. 22. S. 27

4.2.2 Foretage indledende vurdering selv

Udover den tilsendte dokumentation, skal ordregivere informere KFST om baggrunden for udelukkelse af den pågældende tilbudsgiver. Dette indbefatter at ordregiver allerede inden KFST vejledende udtalelse skal have foretaget en vurdering af, hvorfor de mener tilbudsgiver bør udelukkes fra udbuddet, dvs. de skal allerede have anvendt ressourcer på at foretage en vurdering. Det er her vigtigt at skelne mellem vurderingen af om ordregiver mener der er sket væsentlig misligholdelse i et tidligere kontraktforhold, og vurderingen af om dokumentationen for pålidelighed er tilstrækkelig. Ordregiver er stadig, efter lovforslaget, ansvarlig for vurderingen af om der er sket væsentlig misligholdelse, for derefter at give tilbudsgiver besked. Tilbudsgiver skal herefter indsende dokumentation for pålidelighed til ordregiver, som sammen med deres begrundelse for udelukkelse, sender dokumentationen til KFST.

Efter lovforslagets ordlyd kan ordregivere *vælge* at lægge den vejledende udtalelse til grund ved vurderingen af, om virksomheden skal udelukkes eller ej. Dvs. det må ud fra lovforslagets ordlyd, vurderes at ordregiver godt kan se bort fra udtalelsen og vælge at udelukke en tilbudsgiver på baggrund af egen vurdering, selvom KFST vurdering ikke anbefaler det, og omvendt. Der er dog efter lovforslaget en forventning om, at ordregiverne i høj grad vil gøre brug af denne viden og erfaring.

4.2.3 Økonomisk besparelse for ordregiver

De lavere transaktionsomkostninger der vil forekomme for ordregivere ved offentlige udbud, sker ved at en del af ressourcerne ved den tunge bevisbyrde rykkes fra ordregivers enhed til KFST.²⁵¹ Det er ikke muligt at vurdere størrelsesordenen heraf. Det afhænger bl.a. af, om centralisering også medfører en stramning af håndhævelsen af dokumentation af pålidelighed samt de organisatoriske rammer for KFST, der kan indrettes på flere måder.²⁵² Det udgør derfor en administrativ besparelse for ordregivere, da de ikke skal foretage den ressource- og kompetencekrævende vurdering. Ved at ordregivere indgår i kontrakt med en opportunistisk tilbudsgiver der misligholder, kan ekstraomkostningerne tilføjet til kontrakten for en enkelt udbudsprocedure nå 20-25%.²⁵³ Ordregiver sparer derfor både de ressourcer det kræver for den enkelte medarbejder der skal foretage

²⁵¹ L 199, 2022, Almindelige bemærkninger pkt. 2.3.2. S. 8

²⁵² Evaluering af udbudsloven, 2021. S. 144

²⁵³ Se 3.3.4.1.2 Misligholdte med vilje

vurderingen, og derudover kan de, hvis der vha. KFST kommer mere erfaring og viden på området, spare de eventuelle ekstraomkostninger, der kan forekomme ved at indgå kontrakt med en misligholdende part.

4.2.4 Sammenfatning

Lovgiver har med lovforslaget forsøgt at forme en incitamentsmekanisme for ordregivere til at anvende de frivillige udelukkelsesgrunde oftere. Den forhindring som bevisbyrden *påvise* er for ordregiver, bliver med det nye lovforslag – hvis det vedtages – fjernet delvist. Ordregiver skal indsende den af tilbudsgiver tilsendte dokumentation af pålidelighed til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og ikke foretage hele den ressource- og kompetencekrævende vurdering selv.

At ordregivere ikke selv skal forestå hele vurderingen af hvorvidt en tilbudsgiver skal udelukkes på baggrund af den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, kan medføre et øget incitament til at skrive udelukkelsesgrunden ind i udbudsbkg. At incitamentet til at anvende udelukkelsesgrunden stiger, må antages at lede til flere tilfælde hvor udelukkelsesgrunden bliver skrevet ind i udbudsbkg., da ordregiver ved at de ikke selv skal forestå vurderingen af den dokumentation som tilbudsgiver tilsender. Dette vil ligeledes føre til flere tilfælde hvor udelukkelsesgrunden aktiveres, og en tilbudsgiver bliver udelukket som følge af væsentlig misligholdelse. Det er således vurderingen, at det vil være mere effektivt for de enkelte ordregivende myndigheder og tilbudsgivere i forhold til både tid, økonomi og ressourcer.

Det at der opbygges viden og erfaring hos KFST, ift. vurdering om dokumentation af pålidelighed, medfører et formodeligt fald i antallet af indgivne klager om afgørelsen af udelukkelse. Ordregiver undgår således at skulle spille skatteyderens penge, og det følger derved formålet med udbudsloven om at udbudsomkostningerne skulle være så lave som mulige for ordregivere og tilbudsgivere.²⁵⁴ Det må derfor fastslås at incitamentet for den enkelte ordregiver til at skrive udelukkelsesgrunden ind i deres udbudsbkg., vil øges efter indførelsen af et eksternt organ til vurdering af tilbudsgiveres dokumentation af pålidelighed (self-cleaning). Det skal dertil vurderes om indførelsen af et sådant organ også øger den samfundsøkonomiske effektivitet, efficiensen, for alle ordregivere.

²⁵⁴ Evalueringsrapport af udbudsloven, 2021. S. 6-7

4.3 Samfundsefficient med udelukkelse som strafmekanisme

Det blev på baggrund af den økonomiske analyse fastslået, at den enkelte ordregiver i en udbudsproces ikke har et klart incitament til at skrive den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, ind i deres udbudsbkg., og udelukkelse som strafmekanisme er derfor ikke i den enkelte ordregivers snævre interesse. Dette til dels pga. den svære bevisbyrde som gransket i den juridiske analyse, dels begrænsningen af konkurrencen på det pågældende marked, samt at udelukkelsen som strafmekanisme skal anvendes af en anden ordregiver, end den der har oplevet den misligholdelsen. Der bliver derfor ikke skabt en sædvane, hvor tilbudsgivere der misligholder kontraktforpligtelser, generelt bliver udelukket, med den incitamentsstruktur der foreligger nu.

Brugen af udelukkelsesgrunde kan sigte mod at skabe en kulturel ændring. Sådanne mål kan opfyldes, hvis ordregiver undgår at forbinde sig direkte gennem sine udbud med aktører, der ikke tidligere har overholdt de relevante forpligtelser.²⁵⁵ Ved en ændring af loven som efter 2022-lovforslaget vil incitamentet for den enkelte ordregiver til anvendelse af udelukkelsesgrunden formodentligt øges, jf. ovenstående. Det er derfor relevant om det er i fællesskabets interesse at flere ordregivere skriver udelukkelsesgrunden ind i deres udbudsbkg.

4.3.1 Prisoners Dilemma

Til at belyse hvorledes det vil være samfundsefficient at alle ordregivere anvender udelukkelsesgrunden i deres individuelle udbudsprocesser, anvendes Prisoners Dilemma (PD). PD er udviklet inden for spilteorien, og anvendes til at analysere kollektiv handling i forskellige sammenhænge. Spilteori er studiet af strategisk gensidig afhængighed. Det er opstillet ved situationer, hvor den ene aktørs handlinger påvirker både sin egen velfærd og den anden aktørs velfærd.²⁵⁶ PD lægger vægt på incitamentsproblemer i samarbejdsrelationer, hvor det centrale i spillet er, at hver deltager er afhængig af, hvad de andre gør, og at ingen har sikker information om dette.²⁵⁷ Derfor rejser spillet på en overskuelig måde spørgsmål om basale værdier og om grundlaget for at have tillid

²⁵⁵ Arrowsmith, Priess & Friton, 2009. S. 36 ff.

²⁵⁶ Spaniel, W. (2014). *Game theory 101: the complete textbook*. (Spaniel, 2014) S. 1

²⁵⁷ Lave, L. B. (1962) *An Empirical Approach to the Prisoners' Dilemma Game*. (Vol. 76, No. 3) The Quarterly Journal of Economics. Oxford University Press. (Lave, 1962) S. 425

til andre.²⁵⁸ I sin generelle form er PD et topersoners, ikke-konstant spil, hvor det for eksperimentel enkelhed ikke er tilladt at kommunikere mellem spillere.²⁵⁹ Spillerne foretager deres træk simultant, og ved derfor ikke hvad den anden spiller gør.

I nærværende analyse bliver spillet opstillet som en matrice med to ordregivere, der hver har to forskellige strategier til rådighed, samt hver ordregivers payoffs for egne og den anden ordregivers samtidige og uafhængigt foretagne strategivalg.

4.3.1.1 Payoffs

Spilteori analyserer, hvad der skal ske givet spillernes ønskede payoffs.²⁶⁰ Der er opsat forskellige payoffs, der viser henholdsvis Ordregiver 1 (O1) og Ordregiver 2 (O2) payoff ved forskellige udfald af spillet. Disse vil blive gennemgået for at anskueliggøre, hvorfor det netop er nedenstående payoffs, der finder anvendelse. Generelt betragtes hver spillers payoffs som en rangering af dennes mest foretrukne resultat til dennes mindst foretrukne resultat. PD matricen tager kun højde for konsekvenserne ved at anvende/ikke anvende UBL § 137, stk. 1, nr. 5. Payoffs er fastlagt som følgende, hvor 4 repræsenterer en spillers mest foretrukne resultat, og 1 repræsenterer det mindst foretrukne resultat.

		Ordregiver 2	
		Anvende	Ikke anvende
Ordregiver 1	Anvende	(3,3)	(1,4)
	Ikke anvende	(4,1)	(2,2)

Figur 4: Egen tilvirkning. Payoffs: (O1, O2)

Payoff på 1 er angivet i de situationer, som er mindst at foretrække for ordregivere. Det er udbudssituationer, hvor de selv anvender udelukkelsesgrunden, men andre ordregivere ikke gør. Det er ikke optimalt for ordregivere at anvende udelukkelsesgrunden som ene ordregiver, da den ikke får sædvane af en strafmekanisme, samt at ordregiver mindsker konkurrencen ved eget udbud. Derudover

²⁵⁸ Jensen. P. B, (2003). *Praktiske øvelser med udgangspunkt i fangernes dilemma*. Department of Organization and Management, The Aarhus School of Business. S. 5

²⁵⁹ Lave, 1962. S. 425

²⁶⁰ Spaniel, 2014. S. 4

vil ordregiver potentielt ende op med en misligholdelse kontraktpart, da ingen andre udelukker tilbudsgiveren. Payoff på 2 angiver de situationer, der er lidt bedre end 1. Det er hvor alle ordregivere *ikke anvender* udelukkelsesgrunden, og der er derfor ikke én ordregiver der bruger ressourcer på at anvende udelukkelsesgrunden. Det er dog stadig ikke optimalt for alle ordregivere, da der stadig er risiko for at få en misligholdende kontraktpart.

Et payoff på 3 er i de situationer, hvor alle ordregivere anvender udelukkelsesgrunden. Der er ingen ordregivere, der er bedre stillet end de andre, og udelukkelsesgrunden bliver anvendt til det ønskede formål, nemlig som en strafmekanisme. Ordregiverne får et payoff på 4 i de situationer hvor de andre ordregivere anvender udelukkelsesgrunden, men de ikke selv gør. De skal ikke bære de omkostninger der er ved at anvende udelukkelsesgrunden, dog med den risiko at kontraktparten kan være misligholdende.

4.3.1.2 Strengt dominerende strategi og resultatet af Prisoners Dilemma

For at finde ud af hvilken strategi hver enkelt ordregiver skal vælge, er det nødvendigt at isolere hvert scenarie.

Fra O1s synsvinkel. Hvis det antages, at O1 vidste, at O2 ville anvende udelukkelsesgrunden. Eftersom O1 kun er interesseret i sit eget payoff, er O2 payoff angivet med X. O1 bør derfor vælge strategien *ikke anvende*, da denne giver det højeste payoff, og er det foretrukne resultat. Bemærk, at O2s payoff er fuldstændig irrelevant for O1s beslutning. X'et kan således være et hvilket som helst tal, og O1s optimale beslutning givet O2s træk, vil forblive det samme.

		Ordregiver 2
		Anvende
Ordregiver 1	Anvende	(3,X)
	Ikke anvende	(4,X)

Ligeledes fra O1s synsvinkel, dog antages det her, at O1 vidste, at O2 ikke ville anvende udelukkelsesgrunden. *Ikke anvende* er igen O1s foretrukne strategi. Ved at sætte disse to oplysninger sammen, nås der frem til en vigtig konklusion. O1 er bedre stillet ved at benytte strategien *ikke anvende* uanset O2s strategi. Således kan O1 effektivt ignorere, hvad de tror, O2 vil gøre, da *ikke anvende* giver et højere payoff i begge scenarier.

		Ordregiver 2
		Ikke anvende
Ordregiver 1	Anvende	(1,X)
	Ikke anvende	(2,X)

Ved at se fra O2s synsvinkel, hvis denne ved at O1 vil anvende udelukkelsesgrunden, selvom vi fra ovenstående ved at O1 ikke gør dette, vil den optimale strategi for O2 være *ikke anvende*. Ved O2, at O1 vil benytte strategien ikke anvende, skal O2 således også bruge strategien *ikke anvende*. Endnu en gang foretrækker O2 strategien *ikke anvende*, uanset hvad O1 gør. Således har vi nået en løsning: begge spillere benytter strategien *ikke anvende*, og begge spillere modtager et payoff på 2.

		Ordregiver 2	
		Anvende	Ikke anvende
Ordregiver 1	Ikke anvende	(X,1)	(X, 2)

		Ordregiver 2	
		Anvende	Ikke anvende
Ordregiver 1	Anvende	(X,3)	(X, 4)

		Ordregiver 2	
		Anvende	Ikke anvende
Ordregiver 1	Anvende	(3,3)	(1, 4)
	Ikke anvende	(4 ,1)	(2 ,2)

Denne matrice viser et eksempel på en strengt dominerende strategi. Strategien *ikke anvende* dominerer strengt strategien *anvende* for en ordregiver, da *ikke anvende* giver et større payoff for den pågældende ordregiver end

anvende, uanset hvad de andre ordregivere gør. Dette Prisoners Dilemma spil har således en løsning foreskrevet af en naiv anvendelse af dominansbegrebet, da *ikke anvende* dominerer for begge spillere, er (2,2) løsningen. Punktet (3,3) giver et højere udbytte til hver spiller, og der vil derfor ske et tab i payoff for begge spillere, hvis de spiller deres strengt dominerende strategi.²⁶¹ At O1 og O2 spiller en enkelt omgang i dette spil, vil derfor medføre at de ender i nederste højre hjørne med et nettotab på én hver.

Strategien alle ordregivere vælger, som efter ovenstående, er derfor *ikke anvende*, da det giver et større payoff i hvert scenarie, uagtet hvad andre ordregivere gør. Dette resultat må fastslås ikke at være samfundsefficient, da udelukkelsesgrunden således ikke bliver anvendt som en strafmekanisme for væsentlig misligholdelse.

4.3.2 Kaldor-Hicks kriteriet

Den samfundsøkonomiske tankegang, tager udgangspunkt i hvad der er hensigtsmæssigt for samfundet som helhed. I økonomisk teori siges en ændring i allokeringen af ressourcer at være

²⁶¹ Spaniel, 2014. S.6

Kaldor-Hicks effektiv, når den giver flere fordele end omkostninger. En Pareto-effektivitet opstår, når mindst én person får det bedre, og ingen får det dårligere. Det er dog i praksis vanskeligt at foretage ændringer uden at mindst én person stilles dårligere. Under Kaldor-Hicks kriteriet er et resultat effektivt, hvis den der er bedre stillet, i teorien kunne kompensere dem, der er dårligere stillet, og dermed producere et Pareto-effektivt resultat.²⁶² Der kan således opnås en velfærdsforøgelse efter Kaldor-Hicks-kriteriet, hvis vinderne ved en omfordeling af ressourcerne, er i stand til at kompensere taberne. Derfor vil det være mere optimalt at ordregivere ”samarbejdede” og anvendte udelukkelsesgrunden, for derved at få det størst mulige samlede payoff $(3,3) = 6$, frem for $(2,2) = 4$.

4.3.4 Sammenfatning

Som fastslået ovenfor vil en ændring af loven som efter lovforslaget, formodentligt øge incitamentet for den enkelte ordregiver til at anvende udelukkelsesgrunden. Hvis dette er tilfældet vil Kaldor-Hicks kriteriet understøtte det faktum, at det er i fællesskabets interesse at have flere ordregivere, der anvender udelukkelsesgrunden, således at de ikke handler som efter deres strengt dominerende strategi i Prisoners Dilemma, og kun får 2 i payoff, men handler efter det øgede incitament og samfundsinteressen, og derved får 3 i payoff. Ved at udelukkelse bliver til en sædvane, vil det fungere som en strafmekanisme, hvortil alle ordregivere potentielt kan modtage det høje payoff, ved at alle benytter strategien *anvende*.

Det vil derfor medføre en optimering af payoff, hvis incitamentet til at anvende udelukkelsesgrunden øges for alle ordregivere, da alle ordregivere derfor formodentligt vil modtage et højere payoff på lang sigt. Det fastslås derfor, at det er hensigtsmæssigt for samfundet at alle ordregivere anvender udelukkelsesgrunden, men at det nødvendigvis ikke er i den enkelte ordregivers snævre interesse. Derfor vil indførelsen af et eksternt vurderingsorgan potentielt medføre en højere udnyttelse af udelukkelsesgrunden, og øge den samfundsøkonomiske effektivitet, for derved at opfylde formålet med udbudsloven om effektiv konkurrence og udnyttelse af ressourcer.

4.4 Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes at incitamentet for den enkelte ordregiver til at skrive udelukkelsesgrunden ind i deres udbudsbkg., vil øges efter indførelsen af et eksternt organ hos

²⁶² Smullen, J. & Law, J. (2008) *A Dictionary of Finance and Banking* (4 ed.) Oxford University Press.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til vurdering af tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed (self-cleaning).

At ordregivere ikke selv skal forestå hele vurderingen af hvorvidt en tilbudsgiver skal udelukkes på baggrund af den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, og dermed ikke skal kunne løfte den tunge bevisbyrde *påvise* selv, må antageligt medføre flere tilfælde hvor udelukkelsesgrunden bliver skrevet ind i udbudsbkg. Dette vil samtidigt føre til flere tilfælde hvor udelukkelsesgrunden bliver bragt i anvendelse, og en tilbudsgiver bliver udelukket som følge af tidligere væsentlig misligholdelse af en offentlig kontrakt.

Det blev i den økonomiske analyse konkluderet, at den enkelte ordregiver der foretager et udbud, ikke har et klart incitament til at skrive den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 5, ind i deres udbudsbkg. Det følger hertil, at udelukkelse som strafmekanisme ikke er i den enkelte ordregivers snævre interesse, da den strengt dominerende strategi for hver spiller er *ikke anvende*, da det giver et større payoff i hvert scenarie, uagtet hvad andre ordregivere gør. Dette fastslås ikke at være samfundsefficient, da udelukkelsesgrunden således ikke bliver anvendt som en strafmekanisme for væsentlig misligholdelse. Bliver incitamentet ved indførelsen af det 2022-lovforslag øget, vil det medføre en optimering af payoff, da alle ordregivere formodentligt vil modtage et højere payoff på lang sigt, ved at benytte strategien *anvende* i stedet. Ved at anskue matricens payoff fra et Kaldor-Hicks perspektiv, vil strategien *anvende*, *anvende* medføre det højeste samlede payoff, og dermed være samfundsefficient.

Det konstateres derfor at indførelsen af et eksternt vurderingsorgan hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen potentielt medfører en højere udnyttelse af udelukkelsesgrunden, og øger den samfundsøkonomiske effektivitet, for derved at opfylde formålet med udbudsloven om effektiv konkurrence og udnyttelse af ressourcer.

Kapitel V – Konklusion

UBL § 137, stk. 1, nr. 5 blev implementeret i national ret med formålet om, at klarlægge og uddybe i hvilke tilfælde ordregivere kan udelukke en tilbudsgiver for væsentligt misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt, men det konkluderes imidlertid, at bestemmelsen giver anledning til tvivl ift. anvendelsen i praksis. Vurderingen af hvorvidt en tilbudsgiver tidligere har væsentligt misligholdt en offentlig kontrakt, beror på et konkret skøn fra ordregiver. Det er særligt i tilfælde, hvor ordregiver beror sig på egne eller andres erfaringer, at bevisbyrden er svært at løfte, og det er ikke tydeligt for ordregiver, i hvilke tilfælde denne kan løfte bevisbyrden *påvise*, herunder hvilken dokumentation der er egnet og nok i henhold til oplysningsgrundlaget. Det er hverken i national ret eller i EU-Domstolens praksis, fastlagt hvilke og hvor mange oplysninger der skal fremlægges, når der er tale om tilfælde, hvor en ordregiver ønsker at basere sig på egne eller andres erfaring. Det er således uklart, hvor bredt beviskravet er for at *påvise* væsentlig misligholdelse efter UBL § 137, stk. 1, nr. 5, og ordregivers vurdering af hvad der er nok dokumentation efter oplysningsgrundlaget, fastslås at være vanskelig. Det konkluderes således ud fra et fair konkurrenceperspektiv og et formål om at forvalte offentlige midler så effektiv som muligt, at på baggrund af ordregivers strenge bevisbyrde *påvise*, hvor fortolkningen heraf er relativt tvivlende, findes den frivillige udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, i mange henseender ikke at være anvendelig i praksis, for ordregivere ved offentlige udbud.

Det konkluderes endvidere, at der ikke foreligger et generelt incitament for den enkelte ordregiver til at skrive den frivillige udelukkelsesgrund ind i deres udbudsbkg. Dette skyldes, at ordregivers tilstræbte effekt ved anvendelsen af udelukkelsesgrunden er at udelukke korrupte aktører, der spekulerer i misligholdelse af kontraktforpligtelser, og ikke aktører der misligholder på baggrund af eksogene variabler. Årsagen til at incitamentet for at udelukke tilbudsgiverne er forskellig afhængigt af typen, er den berettigede formodning om, at der er en højere risiko for, at tilbudsgivere der tidligere har misligholdt deres kontraktforpligtelser, gør det igen.

Incitamentet for ordregiver afhænger af konkurrencen på det vedkommende marked. Ved monopollignende konkurrence er incitamentet for at anvende udelukkelsesgrunden lavt, og begrænsningen af konkurrencen kan medføre værre ageren fra de resterende tilbudsgivere. Betydningen af en ekstra tilbudsgiver er proportionelt faldende i antallet af ekstra tilbudsgivere på

markedet. Er der tale om anseelig konkurrence, vil udelukkelsen af en tilbudsgiver derfor ikke påvirke ordregiveren markant negativt, hvorfor incitamentet for at anvende udelukkelsesgrunden må konstateres at være højt. Det konkluderes, at udelukkelse som strafmekanisme ikke vil være i den enkelte ordregivers snævre interesse, da det begrænser konkurrencen på det pågældende marked, og kun har en effekt på vedkommende ordregiver, hvilket ses ved den strengt dominerende strategi *ikke anvende*. Ordregiver har derfor ikke et klart og generelt incitament til at udelukke den enkelte tilbudsgiver fra udbudsprocessen, og der bliver derfor ikke skabt en sædvane, hvor udelukkelse sker generelt. Dette konkluderes ikke at være samfundsefficient, da udelukkelsesgrunden således ikke bliver anvendt som en strafmekanisme for væsentlig misligholdelse.

Selvom incitamentet for den enkelte ordregiver findes at være lavt, vil en ændring i retstilstanden for ordregiver medføre, at incitamentet for den enkelte ordregiver vil øges efter indførelsen af et eksternt vurderingsorgan hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Ordregiver skal ikke forestå vurderingen af, om dokumentationen af pålidelighed er tilstrækkelig, og skal dermed ikke løfte hele den tunge bevisbyrde *påvise*, alene. Det konstateres, at en mindre ressource- og kompetencekrævende vurdering for ordregiver vil medføre flere tilfælde hvor UBL § 137, stk. 1, nr. 5 skrives i udbudsbkg. Det vil hertil føre til flere tilfælde, hvor udelukkelsesgrunden bringes i anvendelse, og tilbudsgivere bliver udelukket som følge af tidligere væsentlig misligholdelse af en offentlig kontrakt. Et øget incitament medfører en optimering af payoff, da alle ordregivere vil modtage et højere payoff på lang sigt ved at benytte strategien *anvende*. Ved at anskue ordregivers payoff ud fra et Kaldor-Hicks perspektiv vil strategien *anvende, anvende* være samfundsefficient.

Det konkluderes derfor, at retsstillingen bør være en indførelse af et eksternt vurderingsorgan, der medfører en højere udnyttelse af udelukkelsesgrunden, og øger den samfundsøkonomiske effektivitet for derved at opfylde formålet med udbudsloven om effektiv konkurrence og udnyttelse af ressourcer.

Litteraturliste

Regulering

Primærregulering

- Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, Dokument 12016E/TXT
- Traktaten om Den Europæiske Union, Dokument 12016M/TXT
- Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, (2000/C 364/01)

Bindende sekundærregulering

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (Udbudsdirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004-direktivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter
- Kommissionens Gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)

Dansk regulering

- Lov 2015-12-15 nr. 1564, Udbudsloven, som ændret ved L 2019-03-05 nr. 204 og L 2019-11-30 nr. 1251 (Udbudsloven)
- Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud (LKU)
- Lov 2019-11-30 nr. 1251 om ændring af udbudsloven

Fortolkningsbidrag

- Folketinget 2015-16, Forslag til Udbudsloven, Lovforslag nr. L 19. Fremsat den 7. oktober 2015 (L 19, 2015), Specielle bemærkninger - (**L 19, 2015, Specielle bemærkninger**)
-

- Folketinget 2022, Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, Lovforslag nr. L 199. Fremsat d. 10. maj 2022 (L 199, 2022), Specielle bemærkninger – **(L 199, 2022, Specielle bemærkninger)**
- Folketinget 2019, Forslag Til Lov om ændring af Udbudsloven, Lovforslag nr. 3. Fremsat d. 3. oktober 2019. (L 3, 2019), Specielle bemærkninger – **(L 3, 2019, Specielle bemærkninger)**
- Almindelige Betingelser For Arbejder Og Leverancer I Bygge- Og Anlægsvirksomhed (Ab 18). Udfærdiget af et udvalg, nedsat af klima-, energi- og bygningsministeren, jf. betænkning nr. 1570 afgivet den 21. juni 2018.
- Europa-Kommissionen: Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked – KOM (2011) 15 endelig – 27. januar 2011.

EU retspraksis

- Sag 6/64 Costa/ENEL
- Sag 26/62 Van Gend en Loos
- Sag C-267/18, Delta mod CNAIR.
- Sag C-810/79, Überschär
- Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Storebælt
- Forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom
- Sag C-336/12, Manova
- Sag C-92/00, Hospital Ingenieure
- Sag C-331/88, Fedesa
- Sag C-178/16, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og RTI Mantovani e Guerrato
- Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne
- Sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact

Dansk retspraksis

- KLFU kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen
- KLFU kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, Østre Landsrets dom af 22. marts 2011 (9. afd.), B-150-10, I/S Vestforbrænding mod DSV

Transport A/S, samt Højesteret dom af 2013-06-04 (sag 103/2011), I/S Vestforbrænding mod DVS Transport A/S.

Bøger

- Andersen, I. (2019). *Den skinbarlige virkelighed: vidensproduktion i samfundsvidenskaberne*. (6. udgave.). Samfundslitteratur.
- Andersen, L. B. (2019). *Økonomiske incitamenter i den offentlige sektor: muligheder og begrænsninger for styringen af adfærd og performance*. (2. udgave.). Hans Reitzel. – **(Andersen, L., 2019)**
- Dahl, B. (2020). *Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv*. (15. udgave.). Djøf.
- Davidson, J. P., Florence, P. S., Gray, B., & Ross, N. S. (1958) *Productivity and economic incentives*. George Allen and Unwind Ltd.
- Dutta, P. K. (199) *Strategies and Games: Theory and Practice*. The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England.
- Gomard, B. (2003). *Obligationsret. 2. del* (3. udgave.). Jurist- og Økonomforbundet. – **(Gomard, 2003)**
- Hagen, K. P. (2005). *Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*. (2. udgave) Cappelen Akademisk Forlag
- Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret* (2. udgave.). Djøf Forlag. – **(Hamer, 2021)**
- Hamer, C. R. *Grænseflader mellem kontraktret og udbudsret - særligt om sanktionen uden virkning af offentlige kontrakter*. Bidrag til bog: Clausen, N. J m.fl. (2017). *Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen*. (1. udgave. 1. oplag.). Jurist- og Økonomforbundet. – **(Hamer, 2017)**
- Hansen, K. L, & Offersen, R. (2016) *Udbudsprocessen*. (2. udgave. 1. oplag.) Kbh: Karnov Group.
- Knudsen, C. (1997). *Økonomisk metodologi / Bind 2, Videnskabsteori og industriøkonomi*. (2. udgave, 1. oplag.). Jurist- og Økonomforbundet. – **(Knudsen, 1997)**
- Perloff. (2018). *Microeconomics* (Global edition, Eighth edition.). Pearson
- Spaniel, W. (2014). *Game theory 101: the complete textbook*. – **(Spaniel, 2014)**
- Treumer, S. & Berg, C. (2016). *Udbudsloven*. (1. udgave.). Ex Tuto. – **(Treumer & Berg, 2016)**
- Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2021). *Retskilder og retsteorier* (6. rev. udgave.). Kbh: Djøf Forlag. – **(Tvarnø & Nielsen, 2021)**

Artikler og noter

- Anderson, R. D, Kovacic, W. E & Müller, A. C. (2010) *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*. Cambridge University Press.
- Akerlof, G. A. (1970). *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. (Vol. 84, No. 3.) The Quarterly Journal of Economics. Oxford University Press.
- Albano, G. L, Calzolari, G., Dini, F., Iossa, E. & Spagnolo, G. (2009) *Procurement Contracting Strategies*. Cambridge University Press. – **(Albano, Calzolari, Iossa & Spagnolo, 2009)**
- Arnáiz, T. M. (2006) *Grounds For Exclusion In Public Procurement- Measures In The Fight Against Corruption In European Union*. International public procurement conference proceedings – **(Arnáiz, 2006)**
- Arrow, K. J. (1969) *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*. The Joint Economic Committee of Congress.
- Arrowsmith, S., Priess, H. & Friton, P. (2009) *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?* (issue 6) Public Procurement Law Review. – **(Arrowsmith, Priess & Friton, 2009)**
- Auriol, E. (2006) *Corruption in procurement and public purchase*. International Journal of Industrial Organization.
- Bergen, M., Dutta, S. & Walker, jr., O. (1992) *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*. (Vol. 56, No. 3) Sage Publications, Inc. on behalf of American Marketing Association.
- Chrisidu-Budnik, A. & Przedańska, J. (2017) *The Agency Theory Approach To The Public Procurement System*. Wroclaw Review of Law, Administration & Economics
- Cox, J. C., Isaac, M. R., Cech, P. A. & Conn, D. (1996) *Moral Hazard and Adverse Selection in Procurement Contracting*. (Vol. 17 Issue 2) Games And Economic Behavior.
- Evenett, S. J. & Hoekman, B. M. (2005). *Government procurement: market access, transparency and multilateral trade rules*. European Journal of Political Economy. – **(Evenett & Hoekman, 2005)**
- Farber, D. A. (1980) *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract* (Vol. 66, No. 8) Virginia Law Review. – **(Farber, 1980)**
- Flynn, A. (2019) *Grieving the loss of a public contract: De La Rue and the Brexit passport*. (Vol. 20 Issue 1) Journal of Public Procurement. – **(Flynn, 2019)**

- Jensen, P. B. (2003). *Praktiske øvelser med udgangspunkt i fangernes dilemma*. Department of Organization and Management, The Aarhus School of Business.
- Laffont, J. & Tirole, J. (1993) *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. MIT Press.
- **(Laffont & Tirole, 1993)**
- Lave, L. B. (1962) *An Empirical Approach to the Prisoners' Dilemma Game*. (Vol. 76, No. 3) The Quarterly Journal of Economics. Oxford University Press. – **(Lave, 1962)**
- Page, F.H. (1991). *Optimal contract mechanisms for principal-agent problems with moral hazard and adverse selection*. Econ Theory. – **(Page, 1991)**
- Racca, G. M., Perin, R. C. & Albano, G. L. (2011) *Competition In The Execution Phase Of Public Procurement*. (Vol. 42 No. 1) Public Contract Law Journal.
- Robinson, J. (1934) *What is Perfect Competition?* (Vol 49 Issue 1) The Quarterly Journal of Economics.
- Rønde, T. (2021). *Økonomiske Analyser af Udbud – Teori og Modeller*. Note. Copenhagen Business School. – **(Rønde, 2021)**
- Schooner, S. L. (2002) *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*. (Vol. 11) Public Procurement Law Review. – **(Schooner, 2002)**
- Smullen, J. & Law, J. (2008) *A Dictionary of Finance and Banking* (4 ed.) Oxford University Press.
- Spagnolo, G. (2012) *Reputation, competition, and entry in procurement*. (Vol. 30, Issue 3) International Journal of Industrial Organization. – **(Spagnolo, 2012)**
- Williamson, O. E. (1985) *Transaction cost economics: The comparative contracting perspective*. (Vol. 8, Issue 4) Journal of Economic Behavior & Organization.

Rapporter, notater, mv.

- OECD. (2009) Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb. – **(OECD, 2009)**
- Kuźma, K. & Hartung, W. (2019) *Exclusion grounds - the practice of application in the EU and EFTA states. Chapter 1: Understanding of the concept of the non-compulsory nature of grounds in directive 2014/24/EU*. Public Procurement Law Association Poland
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen notat. (18. juni 2020) *Rettelsesblad til ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne, 2016”*
- Udbudslovsudvalget (2014) *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning*.

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Januar 2016. *Udbudsloven, vejledning om udbudsreglerne – (Vejledning om udbudsreglerne, 2016)*
- Kommissionens Gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Maj 2021. *Evalueringsrapport af Udbudsloven – (Evalueringsrapport af udbudsloven, 2021)*
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. September 2020. *ESPD - Det fælles europæiske udbudsdokument.*
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Januar 2021. *Status for offentlig konkurrence 2020. – (Status for offentlig konkurrence 2020, 2021)*
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. 2019. *Transaktionsomkostninger ved EU-Udbud. – (Transaktionsomkostninger ved EU-udbud, 2019)*
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse. 2019. *Annulationer af danske EU-udbud. – (Annulationer af danske EU-udbud, 2019)*

Hjemmesider

- Udbudsmedia. *Udelukkelse fra offentlige udbud.* Besøgt d. 5. april 2022. <https://udbudsmedia.dk/markedsplads/udelukkelse-fra-offentlige-udbud/>
- KFST. *Det fælles europæiske udbudsdokument – ESPD.* Besøgt d. 3. marts 2022. <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/espd/>
- Europa-Kommissionen. *European single procurement document and eCertis.* Besøgt d. 27. februar 2022. https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital-procurement/european-single-procurement-document-and-ecertis_da
- Nævnenes hus. *Find det nævn, du vil klage til.* besøgt d. 8. marts 2022. [Start din klage \(naevneneshus.dk\)](https://naevneneshus.dk)
- Mehaffy Weber. *What to Do If You're Sued for Breach of Contract.* Besøgt d. 28. april 2022. <https://www.mehaffyweber.com/news/what-to-do-if-youre-sued-for-breach-of-contract/>
- Dansk Industri. *Force majeure og coronavirus.* Besøgt d. 3. maj 2022. <https://www.danskindustri.dk/brancher/di-handel/nyhedsarkiv/nyheder/2020/3/force-majeure-og-coronavirus/>

- Finans.dk. *Minister tænder et håb for KMD: Det er lettere sagt end gjort at udelukke en bestemt leverandør*. Besøgt d. 3. maj 2022. <https://finans.dk/erhverv/ECE9316170/minister-taender-et-haab-for-kmd-det-er-lettere-sagt-end-gjort-at-udelukke-en-bestemt-leverandoer/?ctxref=ext>
- Nævnenes hus. *Søgeresultat*. Besøgt d. 22. marts 2022. <https://klfu.naevneneshus.dk/soeg?sort=score&S=137,%20stk.%201,%20nr.%205&size=20>
- KFST. *Er private aktører omfattet af udbudsreglerne, hvis de får offentlig støtte?* Besøgt d. 26. april 2022. <https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/er-private-aktoerer-omfattet-af-udbudsreglerne-hvis-de-faar-offentlig-stoette/>

Liste over forkortelser

Regulering

CHGR	Charteret om Grundlæggende Rettigheder
LKU	Lov om Klagenævnet for Udbud
TEU	Traktaten om den Europæiske Union
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde
UBD	Udbudsdirektivet (2014/24/EU)
UBL	Udbudsloven

Andet

ESPD	Det fælles europæiske udbudsdokument
EUD	EU-Domstolen
KFST	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
KLFU	Klagenævnet for Udbud
Lovbem.	Lovbemærkning
OG	Ordregiver
P/A teori	Principal Agent teori
TG	Tilbudsgiver
Udbudsbkg.	Udbudsbekendtgørelse
2022-lovforslaget	Lovforslaget som fremsat i maj 2022

Bilag

Bilag 1 – Domsreferater

A. Sag 6/64 Costa/ENEL

EU-rettens forrang: En national regel, der strider mod EU-retten, skal tilsidesættes. Dommen vedrører regelkonflikt mellem national ret og direkte anvendelig EU-ret. Det var i denne sag, at EU-retten fik forrang overfor national ret i tilfælde af konflikt mellem national ret og EU-ret. Sammen med doktrinen om umiddelbar virkning fra sagen Van Gend en Loos, er doktrinen om direkte forrang den vigtigste for EU-retten. De to doktriner gør tilsammen, at EU-retten bliver den nationale ret overlegen.

B. Sag 26/62 Van Gend en Loos

Omhandler bestemmelserne i TEUF's direkte vertikale virkning. Om EØF-traktatens artikel 12 har national virkning, med andre ord, om de retsundergivne i medfør af denne artikel kan påberåbe sig individuelle rettigheder, som dommeren skal beskytte. EU-retten derfor ikke blot pålægger private forpligtelser, men også giver dem rettigheder.²⁶³ Den omstændighed, at det i henhold til artikel 30 TEUF er medlemsstaterne, der er pligtsubjekter, ikke medfører, at deres statsborgere ikke kan drage fordel af den.²⁶⁴

C. Sag C-267/18, Delta mod CNAIR

Præjudiciel forelæggelse om, hvorledes artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24 skal fortolkes ift. anvendelsen af underentreprise, og dennes betydning for mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under kontrakten, der medfører, at den økonomiske aktør udelukkes fra deltagelse i en senere udbudsprocedure.

Sagen angik en tvist mellem en ordregiver (CNAIR) og en tilbudsgiver (Delta) i forbindelse med et offentligt udbud af en kontrakt, hvor CNAIR udelukkede Delta fra deltagelse. Delta havde som en del af et konsortium, indgået en kontrakt med en rumænsk kommune (kommunen). Kommunen ophævede sidenhen kontrakten med henvisning til, at konsortiet havde misligholdt denne. Delta

²⁶³ Pr. 10

²⁶⁴ Pr. 14

afgav efterfølgende tilbud (som en del af et andet konsortium) på et udbud afholdt af CNAIR. CNAIR blev under sit udbud bekendt med kommunens ophævelse af kontrakten, og indhentede som følge heraf udtalelser om årsagerne til kontraktens ophævelse. CNAIR udelukkede konsortiet fra udbudsprocessen med henvisning til kommunens ophævelse af kontrakten, og henviste i den forbindelse til udelukkelsesgrunden i det gældende udbudsdirektiv, art 57, stk. 4, litra g. Delta anlagde herefter sag med påstand om annullation af afgørelsen om udelukkelse, hvilket førte til forelæggelsen af et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen om fortolkningen af artikel 57, stk. 4, litra g.

EUD belyst, hvilken selvstændig vurdering den ordregivende myndighed skal foretage, før en udelukkelse kan ske, som følge af misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt.²⁶⁵ EUD fastslog at udelukkelsesgrunden er indført med det formål, at kunne vurdere en tilbudsgivers integritet og pålidelighed.²⁶⁶ Generaladvokaten udtalte at UBD art. 57, stk. 4, litra g, kan karakteriseres som *lex specialis*, ift. UBD art. 57, stk. 4, litra c, om alvorlige forsømmelser.²⁶⁷ Sag C-267/18 kan anvendes til at fastslå en generel hovedregel ift. ordregivers skøn ved vurdering af, om en tilbudsgiver skal udelukkes.

D. KLFU kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen

Bygningsstyrelsen afholdt et udbud og modtog anmodning om prækvalifikation fra B. Nygaard Sørensen (BNS). Bygningsstyrelsen havde i oktober 2015 efter gentagne varsler ophævet kontrakten med BNS vedrørende et andet byggeri. Det var bygningsstyrelsens opfattelse, at BNS var i væsentlig misligholdelse pga. uberettiget standsning af arbejderne. Bygningsstyrelsen udelukkede derfor BNS. Bygningsstyrelsen havde givet BNS mulighed for at foretage dokumentation af pålidelighed. Klagenævnet udtalte: "... dokumentation fra egne eller andres erfaringer efter omstændighederne begrundet udelukkelse efter bestemmelsen. Det er således ikke et krav, at der f.eks. skal foreligge en endelig dom eller en voldgiftskendelse, idet

²⁶⁵ Pr. 27-29

²⁶⁶ Pr. 23

²⁶⁷ Pr. 26

Bygningsstyrelsens egen erfaring med BNS kan være tilstrækkelig begrundelse for udelukkelse.”²⁶⁸

Klagenævnet fandt det dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, var opfyldt.

E. KLUFU kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden

Sagen drejede sig om et udbud vedrørende en kontrakt om et delprojekt omfattende udbygning af Herlev Hospital. Klagen var indgivet af Dansk Byggeri, der er en klageberettiget organisation i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud. Dansk Byggeri gjorde bl.a. gældende, at Region Hovedstaden havde handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip ved i udbudsmaterialet at pålægge tilbudsgiveren: 1) fuldt ud at kompensere en underentreprenørs ansatte og at betale bod til regionen, hvis underentreprenøren ikke lever op til udbudsmaterialets krav til løn- og arbejdsvilkår 2) at betale bod til regionen, hvis en underentreprenør har ladet arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse. Klagenævnet fandt, at regionen ikke havde handlet i strid med proportionalitetsprincippet. Dette blev bl.a. begrundet med, at en hovedentreprenør selv kan sikre sin overholdelse af kontraktvilkårene ift. egne ansatte. På den måde sikres det, at omkostningerne endeligt bæres af en underentreprenør, der ikke overholder arbejdsklausulen. Arbejdsklausulerne udgjorde på den baggrund en passende foranstaltning ift. at sikre korrekte løn og arbejdsvilkår. Klagenævnet tog derfor ikke disse påstande til følge.

F. Sag C-810/79, Überschär

Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. Præjudiciel afgørelse om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet. Peter Überschär, en tysk statsborger, som har indbetalt alderspensionsbidrag i en anden medlemsstat og som efterfølgende, men med tilbagevirkende gyldighed, ønsker at efterbetale tyske pensionsbidrag for tidligere perioder, skal først indbetale tyske bidrag for perioder, som er dækket af bidrag i en anden medlemsstat.²⁶⁹ Den forskellige

²⁶⁸ S. 16

²⁶⁹ Pr. 3-4

behandling mellem tyske arbejdstagere og arbejdstagere fra andre medlemsstater, indebærer ikke diskrimination til skade for førstnævnte. Det er ikke gunstigere for den ene kategori af arbejdstagere end den anden.²⁷⁰ Det generelle lighedsprincip, som forbundet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er blot en speciel udformning af, er et grundlæggende princip i fællesskabsretten.²⁷¹ Domstolen fandt at det forelagte spørgsmål skulle besvares således at en tysk statsborger, som har indbetalt bidrag til en alderspensionsforsikring i en anden medlemsstat, og som efterfølgende, men med tilbagevirkende gyldighed, ønsker at indbetale tyske pensionsbidrag for tidligere perioder, kan forpligtes til at betale tyske bidrag for de perioder, som er dækket af bidrag i en anden medlemsstat.

G. Sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark, Storebælt

Sagen omhandler det udbud, der ledte til opførslen af Storebæltsbroen. Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen havde indbudt til afgivelse af bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skal anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel, ved bygge- og anlægskontrakten omhandlende Storebælt.²⁷² Kommissionen anførte at en klausul med en sådan formulering tilsidesatte de forpligtelser, som fremgik af det daværende direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne mht. indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakt, herunder princippet om ligebehandling, som lå til grund for direktivet.²⁷³ Danmark var dog ikke enig i, at princippet om ligebehandling kunne finde anvendelse i sagen og hævdede, at der var tale om et nyt element, som blev tilføjet til retsgrundlaget. Dette blev dog afvist af domstolen, som fremhævede, at selvom det ikke specifikt fremgik af direktivet, så fulgte det af selve hovedformålet med direktivet, at princippet skulle overholdes, da det fremgik af præamblen, at direktivet blandt andet tog sigte på at udvikle en effektiv konkurrence.²⁷⁴ Kongeriget Danmark har derfor tilsidesat de forpligtelser, som påhviler det i henhold til fællesskabsretten.

²⁷⁰ Pr. 6, 10 og 11

²⁷¹ Pr. 16

²⁷² Pr. 4

²⁷³ Pr. 11

²⁷⁴ Pr. 33

H. Forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom

Præjudiciel afgørelse vedrørende lovligheden af nationale bestemmelser, der under visse betingelser er til hinder for, at en person, der er ansvarlig for de forberedende arbejder i forbindelse med en offentlig kontrakt, eller virksomheder der er tilknyttet denne person, deltager i eller byder på disse offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbs- eller tjenesteydelsesaftaler.²⁷⁵

Pligten til at overholde princippet om ligebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter, det bl.a. tager sigte på at favorisere udviklingen af en effektiv konkurrence.²⁷⁶ Dertil følger det af retspraksis at ligebehandlingsprincippet kræver at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt.²⁷⁷ Myndigheden skal altid foretage en konkret vurdering af, om den virksomhed, der har ydet den offentlige myndighed teknisk rådgivning, har opnået en konkurrencefordel, som gør, at virksomheden må udelukkes fra udbuddet.²⁷⁸ Virksomheden skal behandles på samme måde som enhver anden bydende, jf. Ligebehandlingsprincippet.²⁷⁹ Den omhandlede regel om udelukkelse, rækker derfor videre end det der er nødvendigt for at nå ligebehandling af samtlige bydende.²⁸⁰

I. Sag C-336/12, Manova

Præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af ligebehandlingsprincippet. Anmodningen er indgivet under en sag mellem Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser og Manova A/S vedrørende lovligheden af en udbudsprocedure iværksat af Undervisningsministeriet. Spørgsmålet angik om ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af

²⁷⁵ Pr. 25

²⁷⁶ Pr. 26

²⁷⁷ Pr. 27

²⁷⁸ Pr. 29-30

²⁷⁹ Pr. 31

²⁸⁰ Pr. 34

dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, hvis fremsendelse var krævet i udbudsannoncen, men som den pågældende ansøger ikke havde medsendt i sin ansøgning om deltagelse i udbudsproceduren.²⁸¹ Anvendelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger.²⁸² Domstolen fandt at ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet.

J. Sag C-92/00, Hospital Ingenieure

Præjudiciel afgørelse omhandlende hvorvidt det er en betingelse at en ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud vedrørende tjenesteydelser kan prøves under en klageprocedure og eventuelt ophæves.²⁸³ Det fremgår af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsækelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt.²⁸⁴ Domstolen fandt således at det er en betingelse at den ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale kan gøres til genstand for en klageprocedure og i givet fald kan annulleres med den begrundelse, at den tilsidesætter fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser.

K. Sag C-331/88, Fedesa

En præjudiciel afgørelse vedrørende gyldigheden af Rådets direktiv 88/146/EØF af 7. marts 1988 om forbud mod anvendelse af visse stoffer med hormonal virkning inden for husdyravl. Det er

²⁸¹ Pr. 25

²⁸² Pr. 28-29

²⁸³ Pr. 23

²⁸⁴ Pr. 45

blevet gjort gældende, at det pågældende direktiv tilsidesætter proportionalitetsprincippet ud fra tre synspunkter. For det første er totalforbuddet mod at indgive de fem omhandlede hormoner uegnet til at opnå de erklærede formål, For det andet er forbuddet ikke nødvendigt, Endelig medfører forbuddet helt urimelige ulemper, navnlig betragtelige økonomiske tab for de berørte erhvervsdrivende ift. de fordele, som angiveligt skabes i almenhedens interesse.²⁸⁵ Efter Domstolens faste praksis hører proportionalitetsprincippet til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger. I henhold til dette princip er lovligheden af foranstaltninger, hvorved de erhvervsdrivende forbydes at udøve en økonomisk virksomhed, betinget af, at foranstaltningerne er egnede til og nødvendige for at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser; såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være uforholdsmæssige ift. de tilsigtede mål.²⁸⁶ Domstolen fandt at gennemgangen af de forelagte spørgsmål intet har frembragt.

L. Sag C-178/16, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og RTI Mantovani e Guerrato

Præjudicielt spørgsmål, hvor den forelæggende ret ønskes nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2004/18, og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, retssikkerhedsprincippet, ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet samt princippet om gennemsigtighed skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, der gør det muligt for en ordregivende myndighed i henhold til betingelser, som denne selv har fastsat, at tage hensyn til en straffedom og at udelukke denne virksomhed fra deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure. Hvad angår proportionalitetsprincippet skal det undersøges, hvorvidt dette kan finde anvendelse, henset til betydningen af den dato, hvorfra den administrerende direktørs culpøse adfærd kan antages at medføre udelukkelse af den tilbudsgivende virksomhed.²⁸⁷

Domstolen fandt at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004, samt ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet skal fortolkes således, at de ikke er til

²⁸⁵ Pr. 12

²⁸⁶ Pr. 13

²⁸⁷ Udtalelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona. Pr. 53

hinder for en national lovgivning, som gør det muligt for en ordregivende myndighed: i henhold til betingelser, som myndigheden selv har fastsat, at tage hensyn til en straffedom hvorved den administrerende direktør i en tilbudsgivende virksomhed er blevet dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om virksomhedens faglige hæderlighed, når den administrerende direktør er fratrådt sin stilling året inden offentliggørelsen af udbudsbkg., og at udelukke denne virksomhed fra deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure med den begrundelse, at virksomheden ikke fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den administrerende direktørs adfærd.

M. Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne

En præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af i hvilket omfang der må tages hensyn til miljøforhold ved vurderingen af, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Det fastslås, at forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter, der bl.a. tager sigte på at favorisere udviklingen af en effektiv konkurrence på de områder, der henhører under deres respektive anvendelsesområder, og som angiver kriterier for tildeling af kontrakten, der skal sikre en sådan konkurrence.²⁸⁸ På baggrund af dette fandt domstolen, at underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal have forbindelse med kontraktens genstand, men at de ikke nødvendigvis alle skal være af rent økonomisk karakter. EF-domstolens udtalelse om, at underkriterierne ikke må overlade den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, skal ses i relation til sagens omstændigheder, og dermed i relation til den effektive konkurrence.

N. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, Østre Landsrets dom af 22. marts 2011 (9. afd.), B-150-10, I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, samt Højesteret dom af 2013-06-04 (sag 103/2011), I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S.

DVS havde ophævet kontrakten, da aktøren var af den overbevisning, at nye mængder af reaydelsen (transport af containere til og fra en genbrugsstation) var en ændring af en væsentlig forpligtelse i kontrakten. Denne ophævelse var dog uberettiget, hvilket blev fastslået ved voldgiftskendelse af 16. marts 2009, og ophævelsen var dermed alene en væsentlig misligholdelse

²⁸⁸ Pr. 81-82

af kontrakten, jf. Østre Landsrets begrundelse, som gengivet i Højesteretsdommen: ”Den væsentlige misligholdelse af aftalen, som DSV’s uberettigede ophævelse af denne indebar, og som DSV også har betalt erstatning for...”. Højesteret konstaterede, at uberettiget ophævelse som en væsentlig misligholdelse i sig selv var en alvorlig fejl, men foretog, ligesom Klagenævnet for Udbud i sin tidligere kendelse og Landsretten i forudgående instans, en vurdering af om det var proportionelt at udelukke DSV fra fremtidige udbud. Da DSV havde fortsat med at opfylde kontrakten dog under andre betingelser, havde betalt den af Voldgiftsretten fastsatte erstatning, og at der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, fandt Højesteret, ligesom Klagenævnet for Udbud og Landsretten, at det ikke var proportionalt at udelukke den økonomiske aktør. Udelukkelsen var derfor uberettiget.

O. Sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact

Forsyningsvirksomhed inden for postsektoren, udelukkede virksomheden Forposta med henvisning til en polsk bestemmelse om, at en tilbudsgiver skulle udelukkes, når denne havde fået ophævet en kontrakt. Spørgsmålet var derfor om den nationale var i overensstemmelse med bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet om alvorlige fejl.

EU-domstolen konkluderede, at *”... fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed, og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævreste forstand, som konstateres af et vedrørende dette erhverv fastsat disciplinært organ, eller ved en retskraftig dom”*.²⁸⁹

²⁸⁹ Pr. 27