

KANDIDATAFHANDLING

COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL

CAND.MERC.(JUR.)

15. MAJ 2023

UDELUKKELSE AF TILBUDSGIVER EFTER UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 3

*Exclusion of tenderer under
section 137(1)(3) of the Public Procurement Act*

AF:

ANNE FLINDT NIELSEN: 129120

IBEN SOFIE FRIMODT RASMUSSEN: 127027

VEJLEDERE:

ANDERS ULRIK KRISTOFFERSEN (JURIDISK)

THOMAS RØNDE (ØKONOMISK)

ANTAL ANSLAG: 270.804

ANTAL NORMALSIDER: 114

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze when a contracting authority should exclude a tenderer due to indications of anticompetitive behavior in procurement situations, and how the wording of section 137(1)(3) of the Public Procurement Act affects the contracting authority's incentive to use it. Furthermore, the aim is to investigate to what extent the contracting authority's incentive can be optimized. To answer this the thesis is composed of three main parts consisting of a legal, economic, and integrated analysis.

The legal analysis examines when the contracting authority should exclude a tenderer due to anticompetitive behavior. This includes an examination of how self-cleaning can be carried out under section 138(1) of the Act. Based on relevant regulations and case law, it is concluded that there is currently no lower limit for when a contracting authority should investigate a bid due to the ambiguity of the provision. The contracting authority has discretion in its assessment, which is reflected in the practice of the Complaints Board for Public Procurement. Finally, the analysis concludes that a tenderer should have the opportunity to restore its reliability through self-cleaning.

The economic analysis examines the incentives of the contracting authority to apply Section 137(1)(3) of the Public Procurement Act in accordance with the legislator's intention, and whether the new self-cleaning provision contributes to fulfillment of the legislator's purpose. It is concluded that the contracting authority's incentives for using the provision are few due to its focus on short-term anticompetitive effects. If there are few actors in a market, the contracting authority is not considered to have an incentive to use the provision, despite the significant need for exclusion in this situation. Based on a principal-agent analysis, it is concluded that the new self-cleaning rule reduces the contracting authority's ability to pursue its own objectives, which is in the legislature's interest.

Finally, the results from the legal and economic analyses are combined in an interdisciplinary analysis. Using game theory, it is concluded that the individual contracting authority's incentive to use the provision at present is not compatible with the legislature's intention. By highlighting areas of attention, the probability of the contracting authority's correct use of the exclusion ground is assessed to increase. This is expected to lead to an increase in welfare, to the benefit of achieving the legislature's intention.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT.....	1
1. KAPITEL I - INTRODUKTION.....	5
1.1 INDLEDNING	5
1.2 PROBLEMSTILLING	6
1.3 PROBLEMFORMULERINGER.....	6
1.3.1 Juridisk problemformulering	7
1.3.2 Økonomisk problemformulering	7
1.3.3 Integreret problemformulering.....	7
1.4 SYNSVINKEL	7
1.5 AFGRÆNSNING	8
1.5.1 Juridisk afgrænsning	8
1.5.2 Økonomisk afgrænsning	8
1.5.3 Integreret afgrænsning.....	8
1.6 METODE.....	9
1.6.1 Juridisk metode	9
1.6.2 Økonomisk metode.....	14
1.6.3 Integreret metode	17
1.7 STRUKTUR	18
2. KAPITEL II - JURIDISK ANALYSE.....	19
2.1 INDLEDNING	19
2.2 UDBUDSREGLERNES FORMÅL.....	19
2.3 DE UDBUDSRETTLIGE PRINCIPPER	21
2.3.1 Ligebehandlingsprincippet	21
2.3.2 Gennemsigtighedsprincippet.....	22
2.3.3 Proportionalitetsprincippet.....	23
2.4 DE FORVALTNINGSRETTLIGE PRINCIPPER	24
2.5 UDELUKKELSESREGLERNES FORMÅL	25
2.5.1 Formålene med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.....	27
2.6 ANALYSE AF UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 3.....	29
2.6.1 Tilstrækkelige plausible indikationer	29
2.6.2 Indgået en aftale	32
2.6.3 Med henblik på konkurrencefordrejning.....	34
2.7 KLAGENÆVNETS PRAKSIS OM UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 3.....	37
2.7.1 Kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S.....	38

2.7.2	<i>Kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden</i>	39
2.7.3	<i>Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen og ligebehandlingsprincippet i lyset heraf</i>	43
2.8	SAMMENFATNING AF KLAGENÆVNETS PRAKSIS OM TILSTRÆKKELIGE PLAUSIBLE INDIKATIONER OG EFTERPRØVELSE AF ORDREGIVERS SKØN	46
2.9	ANALYSE AF UDBUDSLOVENS § 138, STK. 1 OMHANDLENDE SELF-CLEANING	48
2.10	NY 'ENHED FOR PÅLIDELIGHEDSVURDERING'	51
2.11	JURIDISK DELKONKLUSION	54
3.	KAPITEL III - ØKONOMISK ANALYSE	56
3.1	INDLEDNING	56
3.2	RETSØKONOMISK ANALYSE AF UDBUDSLOVENS §§ 137, STK. 1, NR. 3 OG 138, STK. 1 OM UDELUKKELSE OG SELF-CLEANING	56
3.2.1	<i>Udelukkelsesreglernes formål</i>	56
3.2.2	<i>Supplerende formål med frivillige udelukkelsesregler</i>	59
3.2.3	<i>Udelukkelsesreglerne som kontrolmekanisme</i>	60
3.2.4	<i>Virkingen af frivillige udelukkelsesregler</i>	61
3.2.4.1	Udelukkelsesreglens konkurrencebegrænsende virkninger	61
3.2.4.2	Udelukkelsesreglens præventive effekt	62
3.2.4.3	Udelukkelsesreglens virkninger på kort og langt sigt	64
3.2.5	<i>Formålene med self-cleaning</i>	65
3.2.5.1	Self-cleaning som troværdig mekanisme	66
3.2.6	<i>Ny 'Enhed for pålidelighedsvurdering'</i>	68
3.2.6.1	En vej til et mere troværdigt self-cleaning system?	69
3.3	PRINCIPAL-AGENT ANALYSE	71
3.3.1	<i>Principal-agent teori på et lovgiver/ordregiver forhold</i>	72
3.3.2	<i>Principal-agent problemer i et lovgiver/ordregiver forhold</i>	74
3.3.3	<i>Bidrager den nye self-cleaning bestemmelse til ordregivers anvendelse af udelukkelsesreglen?</i>	78
3.4	MARKEDSSTRUKTURERS EFFEKT PÅ ORDREGIVERS INCITAMENT	82
3.4.1	<i>Forskellige former for markedsstrukturer</i>	82
3.4.1.1	Højt antal tilbudsgivere	83
3.4.1.2	Få antal tilbudsgivere	85
3.5	ØKONOMISK DELKONKLUSION	87
4.	KAPITEL IV - INTEGRERET ANALYSE	89
4.1	INDLEDNING	89

4.2	BETRAGTNINGER OM ORDREGIVERS INCITAMENT TIL ANVENDELSE AF UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 3	90
4.2.1	<i>Ordregivers incitament i en spilteoretisk ramme</i>	92
4.2.1.1	Er ordregivers incitament til anvendelse forenelig med lovgivers intention?.....	93
4.3	INTRODUKTION TIL OPMÆRKSOMHEDSPUNKTER	94
4.3.1	<i>Generelle opmærksomhedspunkter</i>	95
4.3.2	<i>Opmærksomhedspunkt I: Påvirkning af evalueringsmodellen grundet prisspredninger</i>	98
4.3.3	<i>Opmærksomhedspunkt II: Fælles ejerforhold</i>	103
4.3.4	<i>Opmærksomhedspunkt III: Fælles tilbudsafgivelse</i>	105
4.4	OPMÆRKSOMHEDSPUNKTERNES BIDRAG TIL VELFÆRDSFORØGELSE	108
4.5	INTEGRERET DELKONKLUSION.....	111
5.	KAPITEL V - KONKLUSION	112
6.	LITTERATURLISTE	115

1. KAPITEL I - INTRODUKTION

1.1 Indledning

Hvert år indkøber den offentlige sektor i Danmark varer og tjenesteydelser for omtrent 400 milliarder kr.¹ Den store mængde af offentlige anskaffelser reguleres af udbudsreglerne, der søger at sikre effektiv konkurrence på markedet for offentlige kontrakter gennem indgående regulering af, hvordan offentlige ordregivere køber ind. Dette med formål om at sikre *bedst mulig udnyttelse af offentlige midler* gennem lavere priser, højere kvalitet og mere innovative løsninger i tråd med princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning og udbudslovens formålsbestemmelse.²

Foruden at være én af grundstenene for udbudsreglerne, er ønsket om offentlige ordregivers varetagelse af samfundsansvarlige hensyn også genstand for politisk behandling i aftalen *‘Danmark kan mere I’* fra år 2021. Heri har den tidligere regering og dens aftaltparter indgået en samfundskontrakt med målet om at øge den sociale ansvarlighed og sikre ordentlighed, når det offentlige køber ind.³ I kontrast hertil står Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse af karteller, monopoler og unødvendige omkostninger ved udbud, der finder, at ordregivers optrævelse af konkurrencebegrænsende adfærd som oftest står i skyggen af udbudsjuridiske hensyn.⁴

For at sikre at offentlige ordregivere har et redskab til at udelukke tilbudsgivere, hvis de har *tilstrækkelige plausible indikationer* til at konkludere, at tilbudsgivere har indgået aftaler med andre økonomiske karakterer med henblik på konkurrencefordrejning, er den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 blevet til. Ét er at have muligheden for udelukkelse, og andet er at gøre brug af muligheden. Så hvordan sikres, at offentlige ordregivere også har sigte på at reducere konkurrencefordrejende adfærd i udbud, der i sidste ende kan føre til bedst mulig udnyttelse af offentlige midler og social ansvarlighed ved indkøb?

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2022*, marts 2023, s. 5. (Status for offentlig konkurrence 2022, 2023)

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2021*, marts 2022, s. 5. Formålsbestemmelsen findes i udbudslovens § 1. (Status for offentlige indkøb 2021, 2022)

³ Regeringen, *Danmark kan mere I - Flere i arbejde. Danmark skal være rigere, grønnere og dygtigere*, 2021, s. 20.

⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Bliver din kommune snydt? Karteller, monopoler og unødvendige omkostninger ved udbud*, november 2012, s. 8. (Vejledning – Bliver din kommune snydt?, 2012)

1.2 Problemstilling

For at opnå en reducere af konkurrencefordrejende i adfærd i udbud er ordregivers anvendelse af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 magtpåliggende. Andelen af ordregivere der har udelukket tilbudsgivere i år 2021, på baggrund af en frivillig udelukkelsesgrund, er 7,5 pct.⁵ Dette selvom at 36 pct. af alle virksomheder vurderer, at andre virksomheder i deres branche overtræder konkurrencelovgivningen.⁶ Anvendelsesgraden for udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 3 synes i det hele taget at være ringe sammenlignet med de øvrige (og mere præcise) frivillige udelukkelsesgrunde, særligt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1 om tilsidesættelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsretlige område og udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2 om tilbudsgivers konkurs og insolvens.⁷

Det er afgørende for opnåelse af udbudsreglernes formål om effektiv konkurrence, at ordregiver som retsanvender formår at identificere konkurrencefordrejende adfærd og udelukke tilbudsgivere, der udviser denne adfærd. Dette beror på, at lovgiver er i stand til at udlægge til ordregiver med en fornøden klarhed, hvornår ordregiver skal undersøge et forhold nærmere, og derefter bede den nyoprettede 'Enhed for pålidelighedsvurdering' under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at vurdere tilbudsgivers fremlagte dokumentation. En vurdering, som ordregiver indtil nu har haft enekompetence til at foretage.

1.3 Problemformuleringer

Afhandlingen har til hovedformål at analysere, hvornår ordregiver skal udelukke tilbudsgiver ved indikationer på konkurrencefordrejende adfærd i udbudssituationer, og hvordan reglens udformning påvirker ordregivers ageren. Hertil ønskes det undersøgt, om ordregiver anvender reglen efter lovgivers hensigt, og om ændringen af udbudslovens § 138, stk. 1 bidrager til opfyldelse af reglens formål. I forlængelse af dette vil det blive undersøgt, om opstilling af opmærksomhedspunkter kan optimere retstilstanden. Dette søges

⁵ Status for offentlig konkurrence 2022, 2023, s. 64.

⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Virksomhedernes kendskab til konkurrencereglerne*, 2018, s. 9. De 36 pct. som gennemsnit er fordelt på 10 branchegrupper. Mest markant var bygge- og anlægsbranchen, hvor 60 pct. af virksomhederne vurderede, at øvrige virksomheder i branchen brød konkurrencelovgivningen.

⁷ Anvendelsesgraden er udledt på baggrund af de 50 nyeste offentliggjorte udbudsbekendtgørelser i Danmark på TED (Tenders electronic daily) pr. 1.5.2023. Her fandtes 13 af de 50 udbudsbekendtgørelser at indeholde udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Dette svarer til en procentdel på 26 pct. Til sammenligning indeholdte 22 ud af 50 udbudsbekendtgørelser krav om udelukkelse efter lovens § 137, stk. 1, nr. 1 (svarende til 44 pct.) og 27 ud af 50 (svarende til 54 pct.) indeholdte udelukkelsesgrunden i lovens § 137, stk. 1, nr. 2.

besvaret ved nedenstående juridiske og økonomiske problemformuleringer, der sammen skal bidrage til besvarelsen af afhandlingens integreret problemformulering.

1.3.1 Juridisk problemformulering

Hvornår skal ordregiver udelukke tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og hvordan kan self-cleaning foretages efter denne?

1.3.2 Økonomisk problemformulering

Hvilke incitamenter har ordregiver til at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 efter lovgivers hensigt, og i hvilket omfang bidrager den nye self-cleaning bestemmelse i lovens § 138, stk. 1 til ordregivers opfyldelse heraf?

1.3.3 Integreret problemformulering

Hvorvidt er ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 forenelig med lovgivers intention, og hvorledes kan opstilling af opmærksomhedspunkter føre til en velfærdsforøgelse til gavn for opnåelse af lovgivers intention?

1.4 Synsvinkel

I afhandlingen er der anlagt en lovgiversynsvinkel med udgangspunkt i ordregivers ageren. Udgangspunktet for afhandlingen er udbudsloven, hvorfor lovgiver i denne henseende er eksemplificeret ved den danske stat samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anset som dennes forlængede arm. Årsagen til synsvinklen er ønsket om at analysere lovgivers hensigt med reguleringen over for ordregivers anvendelse af reglerne. Ved udformningen af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er ordregiver af lovgiver overlagt kompetencen til at træffe valget om. Afhandlingens analyse beror på antagelsen om, at lovgiver ved at skabe en fornøden klarhed om reglen kan påvirke ordregiver til at tilvælge udelukkelsesgrunden. Det er således ordregivers ageren som retsanvender, der er styrende for lovgivers opfyldelse af reglernes formål.

1.5 Afgrænsning

1.5.1 Juridisk afgrænsning

Afhandlingen tager ikke stilling til udbudslovens øvrige frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1. Hertil foretages der ikke en nærmere analyse af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i lovens §§ 134a-136. I relation til reglerne om self-cleaning i udbudslovens § 138 afgrænses fra at behandle udelukkelsesperiodens længde samt øvrige procedureregler relateret hertil.

Konkurrenceretlige aspekter relateret til hvornår en aftale er i strid med konkurrenceretten, bliver ikke behandlet, hvorfor der heller ikke tages stilling til forskellige former for konkurrencefordrejende adfærd. På samme måde vil undtagelserne om individuelle- og gruppefritagelser i TEUF art. 101, stk. 3 ikke blive behandlet. Derudover tages der i afhandlingen ikke stilling til eventuelle uoverensstemmelser mellem national ret og EU-ret, hvorfor retspraksis fra andre EU-lande ikke vil blive inddraget. I afhandlingen sondres ikke mellem forskellige typer af ordregivende myndigheder, herunder statslige og ikke-statslige ordregivere.

1.5.2 Økonomisk afgrænsning

I nærværende afhandling afgrænses fra en nærmere analyse af markedsstrukturer samt branche- og geografiske forskelle, der kan lede til konkurrencefordrejende adfærd samt opretholdelse heraf. Forskelle i ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesreglen under de respektive udbudsformer vil ikke blive behandlet. Der afgrænses ligeså fra at tage stilling til tilbudsgivers incitament til at udvise konkurrencefordrejende adfærd. Årsagen til dette er, at det ikke er opretholdelsen af en sådan adfærd, der er afhandlingens fokus, men omvendt, hvorledes lovgiver kan få ordregiver til at agere efter dennes hensigt.

1.5.3 Integreret afgrænsning

I afhandlingens integreret analyse afgrænses der fra at behandle flere efficienskriterier, herunder Pareto-optimalitet og Kaldor-Hicks efficiens, som kan være relateret til det opsatte Prisoners Dilemma spil. Disse efficienskriterier vurderes ikke relevante i relation til besvarelsen af afhandlingens integreret problemformulering.

1.6 Metode

1.6.1 Juridisk metode

Retsdogmatisk metode

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode til at fastsætte gældende ret i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og lovens § 138, stk. 1 om self-cleaning. Gældende ret, *de lege lata*, udledes gennem retsdogmatikken ved en systematisering og fortolkning af retskilderne.⁸ Herved udledes *retsfaktum* fra *faktum*, hvorefter *retsfølgen* af afhandlingens juridiske problemformulering afsøges med udgangspunkt i *jus*. Anvendelse af retsdogmatikken fordrer i teorien en korrekt anvendelse af metoden, førend konsensus om gældende ret blandt retsanvendere og domstole kan opnås.⁹

Den retsdogmatiske analyse foretages med udgangspunkt i Alf Ross' (herefter Ross) retskildelære. Ross opdeler normerne, i form af retskilder, i *regulering*, *retspraksis*, *retssædvaner* og *forholdets natur*.¹⁰ Efter Ross' retskildeteori findes ingen rangorden mellem retskildegrupperne, men derimod en rækkefølge, som den juridiske analyse foretages i tråd med.¹¹ Inden for regulering som retskildegruppe eksisterer et reguleringshierarki. Dette både i national og EU-retlig sammenhæng. Uagtet at afhandlingen tager sit udgangspunkt i den danske udbudslov, vil EU-retten tillige blive inddraget. Dette da udbudsloven implementerer direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud (herefter udbudsdirektivet). Doktrinen om EU-rettens forrang¹² indebærer, ud over en forrang for national ret, en pligt til EU-konform fortolkning¹³, hvorefter en national lovregel i udgangspunktet skal fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten.¹⁴ De for afhandlingen relevante nationale og EU-retlige retskilder vil blive gennemgået i de følgende afsnit.

EU-ret

Primærregulering

Primærretten udgøres af de europæiske traktater, grundlæggende rettigheder samt almindelige retsprincipper.¹⁵ Henset til retskildehierarkiet, da har primærregulering

⁸ Tvarnø & Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, 2021, s. 55. (Tvarnø & Nielsen, 2021)

⁹ Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2020, s. 49. (Blume, 2020)

¹⁰ Ross, *Om ret og retfærdighed*, 1966, s. 93. (Ross, 1966)

¹¹ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 468.

¹² Sag 6/64, *Costa mod ENEL*, pr. 7-8.

¹³ Sag 14/83, *Von Colson*, pr. 26-28.

¹⁴ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 154.

¹⁵ *Ibid.*, s. 139.

forrang for bindende sekundærregulering, der har forrang for ikke-bindende sekundærregulering (soft law).¹⁶ For afhandlingen er Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) relevant, da udbudsdirektivet er udstedt med hjemmel i dennes art. 53, stk. 1, art. 62 samt art. 114.¹⁷ Den EU-retlige regulering af offentlige indkøb er baseret på de af traktaten afledte retsprincipper om ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet, ikke-diskrimination og gensidig anerkendelse.¹⁸ Principperne er særligt væsentlige ved fortolkning af udbudsrettens regelsæt. TEUF art. 101 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler inddrages tillige i den juridiske analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.¹⁹

Bindende sekundærregulering

Særligt relevant er udbudsdirektivet, der som en del af den bindende sekundærregulering, har til formål at udmønte traktatens principper i implementerbare retsakter. Direktiver er efter sin art bindende for enhver medlemsstat med hensyn til det sigtede mål, jf. TEUF art. 288. Udbudsdirektivet har til formål at skabe et indre marked, sikre fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser samt sikre en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater.²⁰ Udbudsdirektivet er nationalt implementeret i udbudsloven. Udbudsloven implementerer udbudsdirektivet ved omskrivning og præcisering i overensstemmelse med dansk retstradition med formål om at skabe øget klarhed og gøre loven mere anvendelig for praktikere.²¹ Dette indebærer uoverensstemmelser mellem ordlyden af direktivets bestemmelser og tilsvarende bestemmelser i udbudsloven, hvorfor der ikke er tale om en direkte implementering. I afhandlingen foretages en analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, der med få ubetydelige sproglige ændringer implementerer direktivets art. 57, stk. 4, litra d. Reglerne om self-cleaning i udbudslovens § 138 er implementeret i medfør af direktivets art. 57, stk. 6, hvori det overlades til medlemsstaterne at fastsætte de indholdsmæssige og proceduremæssige rammer.

¹⁶ Neergaard & Nielsen, *EU-ret*, 2020, s. 121 f.

¹⁷ Jf. de indledende betragtninger til udbudsdirektivet (2014/24/EU).

¹⁸ Principperne kan udledes af TEUF art. 18 samt TEU art. 5 og fremgår af udbudslovens § 2.

¹⁹ Hamer, *Udbudsret*, 2021, s. 56. (Hamer, 2021)

²⁰ Sag C-454/06, *Pressetext*, pr. 31.

²¹ Almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 19 fremsat d. 7. oktober 2015 om forslag til udbudsloven, s. 37 f. (L 19, 2015)

Ad fortolkningsbidrag

Udbudsdirektivets forarbejder, herunder præambelbetragtningerne, inddrages i afhandlingen som bidrag til fortolkningen af gældende retstilstand. Præambelbetragtningerne udgør ingen selvstændig retskilde, men anses som et vejledende moment ved fortolknings-tvivil.²² Dette da lovgivers vilje og motiver er nedskrevet i præambelen som en del af lovteksten.²³ EU-Domstolen søger at lægge vægt på disse gennem anvendelsen af objektiv ordlydsfortolkning, hvorefter tvivl om rettens tilstand fortolkes gennem lovteksten og lovmotiverne indeholdt i præambelbetragtningerne.²⁴

Retspraksis

I afhandlingen inddrages retspraksis fra EU-Domstolen til at analysere retstilstanden i relation til de udbudsretlige principper og udelukkelsesreglens formål. Tillige vil retspraksis blive inddraget i relation til de konkurrenceretlige aspekter, som udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra d (udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3) også indeholder. EU-Domstolen har til formål at sikre en ensartet fortolkning af retskilderne i samtlige medlemsstater, sikre lov og ret, jf. Traktaten om Den Europæiske Unions (TEU) art. 19, samt skabe nye retstilstande gennem fortolkning og udfyldning af 'huller' i EU-lovgivningen.²⁵ Retspraksis fra EU-Domstolen udgør et væsentligt fortolkningsbidrag i udbudsretlig henseende i relation til udbudsdirektivet samt udbudsloven. EU-Domstolens praksis er bindende for nationale domstole, jf. pligten til loyalt samarbejde i TEU art. 4, stk. 3.²⁶

Ikke-bindende sekundærregulering (soft law)

Ikke-bindende sekundærregulering i form af henstillinger og udtalelser er ikke retlige bindende for dens modtagere, jf. TEUF art. 288. Disse benyttes hovedsageligt i afhandlingen som fortolkningsbidrag. I den juridiske analyse henvises til Europa-Kommissions dokumenter bestående af lovforslag, meddelelser, clusters og diskussionsoplæg i form af dens grønne bog. Tillige foretages henvisning til Europa-Parlamentets betænkning til lovforslag om udbudsdirektivet.

²² Hamer, 2021, s. 43.

²³ Fenger, *U.2014B.293 - Forarbejders retskildeværdi i EU-retten*, 2014, s. 2.

²⁴ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 148 f.

²⁵ Hamer & Schamburg-Müller, *Juraens verden*, 2020, s. 155.

²⁶ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 179.

National ret

Regulering

Afhandlingen tager sit udgangspunkt i udbudsloven²⁷, hvorfor fokus er på offentlige indkøb underlagt dansk ret. Udbudsloven er en implementering af udbudsdirektiverne²⁸ med dertilhørende danske særregler. Udbudsretten indeholder aspekter fra privatret såvel som offentlig ret, idet privatrettens udgangspunkt om kontraktautonomi begrænses processuelt og personelt gennem den udbudsretlige regulering.²⁹ I afhandlingen foretages en analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og lovens § 138, stk. 1 med henblik på at fastsætte gældende ret om ordregivers udelukkelse af tilbudsgiver. Lov om Klagenævnet for Udbud inddrages tillige i analysen i relation til tilbudsgivers klageadgang og konsekvenserne af en sådan for ordregiver.³⁰

Ad fortolkningsbidrag

De danske domstole anvender overvejende subjektiv ordlydsfortolkning ved tvivlstilfælde om fortolkning af nationale bestemmelser.³¹ Ved anvendelse af subjektiv ordlydsfortolkning tillægges fortolkning af lovmotiverne afgørende betydning. Lovforarbejderne til udbudsloven³² anvendes i afhandlingen som fortolkningsbidrag henset til, at lovforarbejder i sin natur ikke er en selvstændig retskilde.³³ Som fortolkningsbidrag benyttes også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger. Uagtet at vejledninger udarbejdes på baggrund af bindende regulering, anses vejledninger ikke for at være bindende retskilder.³⁴

²⁷ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, som ændret ved lov nr. 204 af 5. marts 2019, lov nr. 1251 af 30. november 2019 og senest ved lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Ændringsloven trådte i kraft d. 1. juli 2022, med undtagelse af ændringen af udbudslovens § 138, stk. 1 med ikrafttræden d. 1. januar 2023.

²⁸ Direktiv 2014/24 om offentlige udbud, direktiv 2014/25 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, direktiv 2014/23 om tildeling af koncessionskontrakter samt håndhævelsesdirektiverne i form af direktiv 89/665/EØF, direktiv 92/13/EØF samt direktiv 2007/66.

²⁹ Ølykke, Ohm & Petersen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2022, s. 37 f. (Ølykke, Ohm & Petersen, 2022)

³⁰ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne ændret ved lov nr. 1556 af 21. december 2010, lov nr. 618 af 14 juni 2011, lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 samt lov nr. 1564 af 15. december 2015.

³¹ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 94 f.

³² L 19, 2015 samt særligt lovforslag nr. 199 fremsat d. 10. maj 2022 i relation til analyse af UBL § 138, stk. 1 om oprettelse af 'Enhed for pålidelighedsvurdering' hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (L 199, 2022)

³³ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 103 f.

³⁴ Ibid.

Retspraksis

Afhandlingen anvender administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet) med henblik på at fastsætte gældende ret. Klagenævnet er den primære retshåndhævende instans på udbudsrettens område. Retskildeværdien af administrativ praksis er omdiskuteret, men i modsætning til praksis fra forvaltningsretlige myndigheder, tillægger Klagenævnet sine kendelser udpræget præcedensvirkning.³⁵ Klagenævnets afgørelser er i sin natur bindende for dets parter. Hertil kan bemærkes, at kendelserne fra Klagenævnet kan omgøres ved indbringelse for de almindelige domstole, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 2.

Reglerne for Klagenævnets håndhævelse følger af lov om Klagenævnet for Udbud, der sigter på at skabe effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. I henhold til lovens § 9 består Klagenævnet af en række sagkyndige medlemmer, hvorfor Klagenævnet alene har kompetence til at træffe afgørelse om udbudsretlige spørgsmål. Kendelser fra Klagenævnet bidrager til analysens fortolkning og udfyldning af udbudsrettens regler. Særligt anvendes Klagenævnets kendelser til fortolkning af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 om udelukkelse ved *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. Dette gælder Klagenævnets kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden* samt kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*.

Retssædvaner og forholdets natur

Ross definerer retssædvaner som værende sædvaner, der er udøvet almindeligt, stadig og længe med overbevisning om, at man er retligt forpligtet dertil.³⁶ Retssædvaner er af begrænset relevans på det udbudsretlige område grundet den indgående regulering, som offentlige indkøb under udbudsretten er genstand for. Anvendelsen af forholdets natur i afhandlingen vil følgelig være begrænset. Forholdets natur som samlebetegnelse henfører til almindelige uskrevne retsgrundsætninger og retsprincipper samt friere overvejelser om fornuftssandheder motiveret af kulturtradition.³⁷ Foruden de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 er ordregiver som offentlig myndighed underlagt forvaltningsretlige

³⁵ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 191 f.

³⁶ Ross, 1966, s. 114.

³⁷ Ibid., s. 120.

principper.³⁸ Dette gælder de forvaltningsretlige principper om forsvarlig økonomisk forvaltning, forbud mod varetagelse af uvedkommende og private hensyn, krav om saglighed, forbud mod at sætte skøn under regel samt det forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip. Udviklingen af de forvaltningsretlige principper beror på en betragtning om forholdets natur, men kan i nutiden henføres til retspraksis.³⁹

Juridisk litteratur

Den retsvidenskabelige litteratur anvendes i afhandlingen som bidrag til analyse af udbudsreglerne. Den retsvidenskabelige litteratur har til formål at reducere usikkerheden om retsanvendelsen ved løsningen af retslige konflikter. Det skal bemærkes, at den juridiske litteratur ikke har selvstændig retskildeværdi, hvorefter der ikke kan støttes ret på denne.⁴⁰ Den retsvidenskabelige litteratur har dog stadig betydning for forståelsen og udviklingen af retskilderne.

1.6.2 Økonomisk metode

Ved besvarelsen af afhandlingens økonomiske problemformulering anvendes den deduktive metode.⁴¹ Den deduktive metode indebærer, at der tages afsæt i eksisterende økonomiske teorier, som overføres på indsamlet empiri, hvorved de økonomiske teoriers forklaringskraft enten accepteres eller forkastes.⁴² I afhandlingen benyttes den deduktive metode til at udlede, hvilke incitament ordregiver har til at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 efter lovgivers hensigt, og hertil om den nye self-cleaning bestemmelse bidrager til at styrke ordregivers incitament. Problemfeltet i afhandlingen angår det relationelle forhold mellem lovgiver og ordregiver, hvorfor det findes relevant at benytte økonomiske teorier inden for den ny-institutionelle økonomi. De økonomiske teorier, der danner udgangspunktet for analysen, vil blive gennemgået nedenfor.

Retsøkonomisk teori

Til at belyse ordregivers incitament i forhold til anvendelsen af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 tages udgangspunkt i retsøkonomisk teori, som er en del af den ny-institutionelle

³⁸ Jf. også principperne i udbudslovens § 193, stk. 5 om offentlige indkøb under tærskelværdien uden offentlig interesse. Principperne under lovens afsnit V gælder uanset ordregivers karakter. Hertil bemærkes det, at de forvaltningsretlige principper implicit varetages gennem anvendelse af udbudsrettens regler.

³⁹ Bønsing, *Almindelig Forvaltningsret*, 2018, s. 56. (Bønsing, 2018)

⁴⁰ Blume, 2020, s. 31 f.

⁴¹ Knudsen, *Økonomisk metodologi*, Bd. 1, 1994, s. 57 f. (Knudsen, 1994)

⁴² Ibid.

økonomi. Karakteristisk for den ny-institutionelle økonomi er, at institutioner spiller en afgørende rolle i at bestemme økonomiske resultater, herunder effektivitet, innovation og velfærd.⁴³ Institutioner kan påvirke, hvordan aktører interagerer med hinanden, og hvordan ressourcer allokeres mest optimalt.⁴⁴ En institution anses i nærværende som lovgiver, der regulerer og styrer interaktioner i samfundet. Særligt kendetegnende for teorien er, at den anvendes til at analysere og optimere retsregler, således at disse kan fordeles på en samfundsøkonomisk optimal måde.⁴⁵

Retsøkonomi som økonomisk disciplin fokuserer på, hvordan retssystemet og institutioner påvirker økonomisk adfærd og beslutninger, hvormed der sikres effektivitet og retfærdighed i udbudsprocesser. Teorien bygger på antagelsen om, at agenter er begrænset rationelle og forsøger at maksimere egne interesser.⁴⁶ Hertil er teorien funderet på, at der er asymmetrisk og imperfekt information mellem parterne, ligesom at der er transaktionsomkostninger forbundet med kontraktmæssige relationer.⁴⁷ Grundet disse forudsætninger kan udformningen af retsregler skabe en inkomplet kontrakt mellem lovgiver og ordregiver, der potentielt kan lede til opportunistisk ageren og uforudsete følgevirkninger.⁴⁸ En anden central antagelse i teorien er, at incitamenter er afgørende for anvendelse af retsregler, og at effektiv ressourceallokering bedst opnås ved fri handel på markedet.⁴⁹ Disse antagelser er grundlæggende for tilgangen til den økonomiske analyse i afhandlingen, hvor retsøkonomien anvendes til at forklare implikationerne af den frivillige udelukkesgrund med udgangspunkt i reglens oprindelse og den nye self-cleaning bestemmelse.

Principal-agent teori

Foruden den retsøkonomiske teori tager den økonomiske analyse afsæt i principal-agent teorien, der også har sin oprindelse i den ny-institutionelle økonomi. Principal-agent teorien anlægger en kontraktøkonomisk tilgang⁵⁰, og baserer sig på, at der i et kontraktforhold mellem principal og agent forekommer risiko for asymmetrisk information.⁵¹ I teorien fokuseres på interaktionen mellem disse parter ud fra antagelserne om begrænset

⁴³ Østergaard, *Julebog 2003*, 2003, s. 273. (Østergaard, 2003)

⁴⁴ Ibid., s. 273.

⁴⁵ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 530 f.

⁴⁶ Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2018, s. 54.

⁴⁷ Østergaard, 2003, s. 269 f.

⁴⁸ Ibid., s. 273.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Knudsen, *Økonomisk metodologi*, Bd. 2, 1997, s. 168 f. (Knudsen, 1997)

⁵¹ Knudsen, 1997, s. 164.

rationalitet og usikkerhed.⁵² Som udgangspunkt antages at både principalen og agenten handler komplet rationelt, hvilket indebærer at parterne er nyttemaksimerende og risikoneutrale.⁵³

Det grundlæggende fokus i teorien er, hvordan nyttemaksimerende aktører ved asymmetrisk information kan designe og indrette incitamentsforenelige kontrakter (dvs. foretage en optimal risikodeling, hvor der blandt andet indgår differentierede risikoprofiler). Dette med henblik på at finde den rette balance mellem parternes incitamenter under hensyn til agentens omkostninger.⁵⁴ I afhandlingen benyttes teorien ikke i dens traditionelle form på et arbejdsgiver-/arbejdstager forhold, men anvendes i en modificeret og tillempet udgave, hvor der mellem parterne antages at kunne designes en incitamentsforenelig aftale om anvendelse af udelukkelsesgrunden. Teorien anvendes til at undersøge, om der for agenten kan være tilskyndelse til at udvise *adverse selection*⁵⁵ og *moral hazard*⁵⁶, som er de problemer en principal kan blive udsat for ved asymmetrisk informationsdeling.⁵⁷ Lovgiver vil i dette tilfælde blive anset som principal og ordregiver som agent. Ved at iagttage parternes individuelle interesser og målsætninger kan principal-agent problemer, der kan bevirke ordregivers forfølgelse af egne interesser, udledes. Dette er udgangspunktet for principal-agent analysen. I analysen inddrages desuden den nye self-cleaning bestemmelse for at undersøge, om ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesreglen styrkes af den nye regel.

Mikroøkonomisk teori

I afhandlingen anvendes mikroøkonomisk teori til at vurdere, hvilken betydning forskellige markedsstrukturer har for konkurrencen om offentlige indkøb. De tre markedsstrukturer; fuldkommen konkurrence, oligopol og monopol er grundlæggende elementer i teorien, og vil i analysen blive behandlet overfladisk for at eksemplificere, hvordan konkurrencen om offentlige opgaver kan se ud.⁵⁸ Hertil vil de respektive markedsstrukturer blive forklaret ud fra en industriøkonomisk model. Dette med henblik på at udlede de forskellige

⁵² Knudsen, 1997, s. 171.

⁵³ Ibid., s. 168 f.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Adverse selection er et ex-ante kontraktproblem, som er knyttet til agenten, der holder information skjult for principalen inden kontrakten er indgået, jf. Knudsen, 1997, s. 167.

⁵⁶ Moral hazard er betegnelsen for, at agenten øger risikoen for en begivenhed til ugunst for principalen, efter at kontrakten er indgået, jf. Knudsen, 1997, s. 167.

⁵⁷ Ibid., s. 165 f.

⁵⁸ Ibid., s. 54.

markedsstruktureres påvirkning på ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesgrunden.

1.6.3 Integreret metode

Afhandlingens integreret analyse indeholder en retspolitisk analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Analysen baserer sig på den retspolitiske metode, *de lege ferenda*, ved at undersøge hvordan udformningen af reguleringen bør være på området i forhold til retsdogmatikkens analyse af, hvad gældende ret er.⁵⁹

Med afsæt i afhandlingens juridiske og økonomiske analyse vil det blive undersøgt, hvorvidt ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er forenelig med lovgivers intention. Dette vil blive analyseret med udgangspunkt i retsøkonomisk teori.⁶⁰ Analysen vil tage afsæt i, hvordan ordregiver bedst muligt kan disponere over egne handlinger ved dennes udarbejdelse af udbudsmaterialet. Udgangspunktet er derfor ordregivers profitmaksimerende overvejelser inden kontraktindgåelse.

Spilteori

Analysen søger at belyse den enkelte ordregivers strategi om anvendelse af udelukkelsesgrunden ved inddragelse af de andre ordregiveres strategivalg. Dette vil blive gjort med udgangspunkt i et Prisoners Dilemma spil. Kendetegnende for et Prisoners Dilemma er, at spillerne vælger deres strategier samtidig (et simultant spil).⁶¹ Aktørerne antages at være strategisk og ubegrænset rationelle, hvilket bevirker, at de træffer optimale strategivalg baseret på forudsætningen om, at alle andre gør det samme.⁶² Spillerne antages også for at have individuel rationel adfærd. Dette ses ud fra deres valg om at vælge en strategi med højere payoff fremfor en strategi med lavere payoff.⁶³ Når spillernes strategier er valgt, løses spillet ved at betragte aktørernes strategier, hvor løsningen er den konstellation, hvor ingen af spillerne har incitament til at vælge en anden strategi.⁶⁴ Løsningen vil således være en Nash-ligevægt.

⁵⁹ Tvarnø & Nielsen, 2021, s. 539.

⁶⁰ Ibid., s. 532.

⁶¹ Knudsen, 1997, s. 94.

⁶² Ibid., s. 83 f.

⁶³ Ibid., s. 94.

⁶⁴ Ibid., s. 96.

1.7 Struktur

Afhandlingens indhold er opdelt i fire kapitler med dertilhørende delkonklusioner. Efter kapitlerne følger en samlet konklusion i afhandlingens kapitel V.

Kapitel I introducerer afhandlingens overordnede emne, problemstilling samt problemformuleringer. Ligeså indeholder kapitlet en præsentation af afhandlingens synsvinkel, metode samt afgrænsninger.

Kapitel II indeholder afhandlingens juridiske analyse, der søger at klarlægge, hvornår ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Bestemmelsens enkelte dele samt praksis fra Klagenævnet analyseres i relation til udbudsreglernes og bestemmelsens formål for at udlede generelle standarder om *tilstrækkelige plausible indikationer*. Efterfølgende foretages en analyse af self-cleaning reglen i lovens § 138, stk. 1.

Kapitel III indeholder afhandlingens økonomiske analyse. Analysen består af en undersøgelse af udelukkelses- og self-cleanings reglernes formål samt reglernes virkning på ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Kapitlet søger at belyse de principal-agentproblemer, der kan opstå mellem lovgiver og ordregiver, og herunder om den nye 'Enhed for pålidelighedsvurdering' bidrager til at styrke ordregivers incitament til anvendelse af bestemmelsen. Som afrunding på kapitlet analyseres hvilken effekt forskellige markedsstrukturer har på ordregivers incitament.

Kapitel IV sammenholder resultaterne fra den juridiske og økonomiske analyse i en interdisciplinær analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Indledningsvist undersøges hvorvidt ordregivers incitament til at anvende bestemmelsen er forenelig med lovgivers intention i et spilteoretisk øjemed. Dette henleder til opstilling af opmærksomhedspunkter, der skal udgøre en guidance til ordregiver om, hvad der kan udgøre mulige tegn på konkurrencefordrejende adfærd, og som denne bør være observant på. Kapitlet afrundes med en opsamling på, om opmærksomhedspunkterne fører til en velfærdsforøgelse til gavn for opnåelse af lovgivers intention.

Afslutningsvis vil afhandlingens problemformuleringer blive besvaret på baggrund af resultaterne fra de foregående kapitler i en samlet konklusion i *kapitel V*.

2. KAPITEL II - JURIDISK ANALYSE

2.1 Indledning

I nærværende analyse vil det blive undersøgt, hvornår ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd. Dette både i en situation hvor ordregiver har tilvalgt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 i udbudsbekendtgørelsen, og når dette ikke er tilfældet. Det overordnede fokus vil være på den førstnævnte situation. Her har lovgiver givet ordregiver kompetencen til at træffe valget om indskrivning af bestemmelsen i udbudsbekendtgørelsen, udelukkelse af tilbudsgiver samt endelig vurdering af pålideligheden af tilbudsgivers dokumentation (self-cleaning).

Indledningsvis vil der blive redegjort for udbuds- og udelukkelsesreglernes overordnede formål samt de udbudsretlige principper med henblik på en analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. For at besvare den juridiske problemformulering vil der blive foretaget en analyse af bestemmelsens enkelte elementer i et forsøg på at udlede generelle standarder for ordregivers anvendelse. Efterfølgende vil det blive undersøgt, hvordan self-cleaning kan foretages, når ordregiver i første omgang har fundet anledning til at udelukke en tilbudsgiver på baggrund af *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. Reglerne herom vil blive behandlet med afsæt i lovændringen af lovens § 138, stk. 1 pr. 1. januar 2023.

2.2 Udbudsreglernes formål

Udbudsreglerne sigter på at skabe og opretholde et indre marked for offentlige kontrakter gennem afskaffelse af enhver konkurrencebegrænsende og diskriminerende praksis.⁶⁵ Af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1 fremgår, at tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i TEUF om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af

⁶⁵ Arrowsmith, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, 2012 jf. også sag C-412/04, *Kommisjonen mod Italien*, pr. 2.

tjenesteydelser, samt de principper der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkefor-skelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.

I forbindelse med den danske implementering af udbudsdirektivet har lovgiver valgt at indskrive en selvstændig formålsbestemmelse i udbudslovens § 1. Herefter sigter loven på bedst mulig udnyttelse af offentlige midler gennem effektiv konkurrence og en rationel indkøbspolitik. En effektiv konkurrence ønskes fremmet gennem skabelse af de bedst mulige rammer for konkurrencen gennem lige adgang til offentlige kontrakter for både store virksomheder og for små- og mellemstore virksomheder.⁶⁶ Med tilføjelsen af *bedst mulig udnyttelse af offentlige midler* lægges op til en omkostningsbetragtning, navnlig et hensyn til transaktionsomkostninger ved offentlige indkøb. I medfør af lovbemærkningerne til udbudsloven § 1 kan der ikke støttes selvstændig ret på formålsbestemmelsen, hvorfor der også kan stilles spørgsmålstejn til bestemmelsens reelle betydning i praksis.⁶⁷ Omvendt kan det argumenteres, at bedst mulig udnyttelse af offentlige midler kan anses som en afledt effekt af et velfungerende indre marked og en lige konkurrence.

Desuagtet ønsket om at sikre mest valuta for pengene ikke fremgår af udbudsdirektivets formålsbetragtning, blev formålet forud for vedtagelse af direktivet fremhævet af Europa-Kommissionen i sin Grønbog som en del af sin moderniseringsstrategi for offentlige indkøb.⁶⁸ Valget om at fremhæve målet om mest valuta for pengene har i den juridiske litteratur været genstand for kritik, hvori det argumenteres at EU ikke har kompetence til at forfølge et sådant mål.⁶⁹ Udbudsreglernes formål om at sikre et indre marked uden konkurrencebegrænsende adfærd og diskrimination, må således anses som det primære formål. Af samme grund må den danske formålsbestemmelse om bedst mulig udnyttelse af offentlige midler, i tilfælde af tvister, vige for formålet om opretholdelse af det indre marked og lige konkurrence. Dette synes gentagne gange at være bekræftet i praksis, hvor ordregivers ønske om at begrænse transaktionsomkostninger næppe kan begrunde en for

⁶⁶ Lige adgang til offentlige kontrakter skal sikre optimal udnyttelse af offentlige midler, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 2 samt L 19, 2015, s. 51.

⁶⁷ Hamer, 2021, s. 38.

⁶⁸ Europa-Kommissionen, *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb*, KOM(2011) 15, 2011, s. 4. (Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb, 2011)

⁶⁹ Arrowsmith, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform* i Konkurrenceverket, 2012, s. 84 f., jf. Hamer, 2021, s. 35.

det indre marked utilbørlig disposition.⁷⁰ Synspunktet understøttes tillige af den manglende mulighed for at støtte ret på den danske formålsbestemmelse.

Som et supplement til de øvrige hensyn sigter udbudsreglerne på samfundsmæssig ansvarlighed gennem varetagelse af sociale- og miljømæssige hensyn ved offentlige indkøb. Varetagelse af disse hensyn er eksemplificeret ved udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 134a-137.

Foruden udbudsrettens overordnede formål skal ordregiver tage hensyn til de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet under alle dele af udbudsprocessen, jf. udbudslovens § 2.⁷¹ Hertil kommer en række forvaltningsretlige principper, som ordregiver i sin natur af offentlig myndighed, er underlagt. Disse vil blive behandlet i det følgende.

2.3 De udbudsretlige principper

2.3.1 Ligebehandlingsprincippet

Princippet om ligebehandling er afledt af diskriminationsforbuddet i TEUF art. 18, hvorefter der gælder et forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet. Ligebehandlingsprincippet indebærer, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles lige, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet.⁷² I udbudsretlig sammenhæng gælder et forbud mod forskelsbehandling af tilbudsgivere, herunder overfor deltagende tilbudsgivere i udbuddet, men også overfor en bredere ubestemt gruppe af potentielle tilbudsgivere.⁷³ For ordregiver bevirker dette, at forpligtelsen til ligebehandling gælder i alle udbuddets stadier.

For udelukkelsesområdet betyder det, at hvis ordregiver tilvælger en udelukkelsesgrund, er denne forpligtet til ikke at tage nogen tilbud i betragtning, som er omfattet af udelukkelsesgrunden. Ordregiver kan ikke efterfølgende undlade at benytte udelukkelsesgrunden, eftersom der vil være tale om en ændring af et grundlæggende element i strid med

⁷⁰ Se f.eks. sag 31/87, *Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat*.

⁷¹ Udbudslovens § 2 er implementeret på baggrund af udbudsdirektivets art. 18.

⁷² L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 2.

⁷³ Sag C-16/98, *Kommissionen mod Frankrig*, pr. 107 jf. også Ølykke, Ohm & Petersen, 2022, s. 126.

princippet. En sådan ændring er potentielt egnet til at udvide antallet af tilbudsgivere, hvorfor ordregiver vil være underlagt en fornyet udbudspligt.⁷⁴

Ligebehandlingsprincippet stiller omvendt ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 2. Ligebehandlingsprincippet er således ikke et værn mod, at ordregiver tilvælger en udelukkelsesgrund velvidende, at en eller flere potentielle tilbudsgivere afskæres for at deltage i udbuddet.

2.3.2 Gennemsigtighedsprincippet

Princippet om gennemsigtighed er i lighed med ligebehandlingsprincippet afledt af diskriminationsforbuddet i TEUF art. 18.⁷⁵ Princippet har til formål at sikre offentlighed og åbenhed omkring udbudsprocessen. Dette indebærer, at processen skal være klart beskrevet for interesserede tilbudsgivere, hvorefter de kan tage stilling til deres deltagelse.⁷⁶

I praksis anvendes gennemsigtighedsprincippet som et middel til at sikre den ligebehandling af tilbudsgivere, der tilsigtes med udbudsdirektivet.⁷⁷ Dette fremgår blandt andet af sag C-92/00, *Hospital Ingenieure mod Stadt Wien*, hvori EU-domstolen udtalte at: ”Ligebehandlingsprincippet (...) indebærer en forpligtelse til gennemsykuelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt.”⁷⁸ For ordregiver medfører princippet, at der skal skabes en fornøden klarhed over kontraktens genstand og procedure.⁷⁹ Særligt indeholder gennemsigtighedsprincippet et kontrolelement, da ordregiver skal kunne dokumentere sine handlinger og disses forenelighed med udbudsretten i tilfælde af tvister.⁸⁰

På udelukkelsesområdet skal ordregiver være opmærksom på gennemsigtighedsprincippet og dette på godt og ondt. Forpligtelsen til gennemsigtighed øger i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 risikoen for konkurrencefordrejning, idet tilbudsgiver inden tilbudsafgivelse er vidende om ordregivers fremgangsmåde ved tildeling. Hertil skal ordregiver ved valget om at tilvælge en eller flere frivillige udelukkelsesgrunde være

⁷⁴ Jf. udbudslovens § 178, jf. også lovens § 24, nr. 37 om definition af ændring af et grundlæggende element.

⁷⁵ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 2, s. 58.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, 2000, s. 25.

⁷⁸ Sag C-92/00, *Hospital Ingenieure mod Stadt Wien*, pr. 45.

⁷⁹ Sag C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, pr. 42.

⁸⁰ Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, pkt. 5.2. (Fabricius, 2017)

opmærksom på princippet betydning. Hensynet til de potentielle tilbudsgivere, der kunne have indgivet et tilbud, men som ikke har valgt at gøre det, bevirker at ordregiver ikke frit kan se bort fra sit tilvalg af frivillige udelukkelsesgrunde. Ordregiver vil således være forpligtet til at udelukke tilbudsgivere, der er omfattet af de tilvalgte udelukkelsesgrunde. Vælger ordregiver ikke at gøre dette vil det stride imod gennemsigtigheds- såvel som ligebehandlingsprincippet.⁸¹

2.3.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet som et alment grundprincip⁸² udspringer af TEU art. 5. Princippet er yderligere fortolket og fastlagt i retspraksis fra EU-domstolen.⁸³ Princippet indebærer i udbudsretlig henseende, at ordregiver er forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde.⁸⁴ Dette bevirker, at lovligheden af foranstaltninger for ordregiver er: *"(...) 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 i forhold til de tilsigtede mål."*⁸⁵ Proportionalitetsprincippet er eksplicit nævnt i udbudsdirektivets art. 18 samt implementeret i udbudslovens § 2. I lighed med de andre principper, finder proportionalitetsprincippet anvendelse i alle udbuddets faser.

Klagenævnet har i kendelse af 2. august 2016, *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden*, udtalt, at proportionalitetsprincippet formål er: *"(...) at sikre, at de beslutninger, som træffes, (...) er forholdsmæssige sammenholdt med de mål, som ønskes opnået. Der skal efter princippet således foretages en bedømmelse af foranstaltningens egnethed til at varetage det hensyn, som er målet med foranstaltningen, og en vurdering af nødvendigheden af foranstaltningen, dvs. om det pågældende hensyn kunne være varetaget med en mindre indgribende foranstaltning."*⁸⁶ Ordregiver har dermed et bredt skøn ved afgørelsen af, om en

⁸¹ Jf. bl.a. sag C-532/06, *Lianakis*, pr. 36, hvori EU-Domstolen udtalte, at gennemsigtighedsprincippet medfører, at tilbudsgiverne på det tidspunkt, hvor de forbereder deres tilbud, skal have kendskab til alle forhold som ordregiver tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud og disse forholds relative betydning.

⁸² Jf. præambelbetragtning nr. 1 i udbudsdirektivet (2014/24/EU). (Udbudsdirektivets præambelbetragtning)

⁸³ Jf. bl.a. sag T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen*, pr. 57.

⁸⁴ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 2.

⁸⁵ Sag 331/88, *The Queen mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food og Secretary of State for Health, Ex Parte Fedesa m.fl.*, pr. 13.

⁸⁶ Kendelse af 2. august 2016, *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden*, s. 19-20.

foranstaltning står i et rimeligt forhold til det tilsigtede mål.⁸⁷ Dette skøn findes hverken i EU-Domstolens eller Klagenævnets praksis at skabe grundlag for ordregivers fravigelse af de entydigt fastsatte regler i udbudsmaterialet.⁸⁸ Ordregiver skal derfor iagttage proportionalitetsprincippet ved udelukkelse af tilbudsgiver efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og samtidig sikre at udelukkelse ikke er uproportionalt.

2.4 De forvaltningsretlige principper

Foruden de udbudsretlige principper er ordregiver i sin natur af offentlig myndighed underlagt forvaltningsretlige regler. Varetagelse af de forvaltningsretlige principper har til formål at sikre saglig forvaltning i overensstemmelse med magtfordrejlslæren ved indgåelse af offentlige kontrakter.⁸⁹ Ordregivers pligt til at handle i overensstemmelse med forvaltningsretten bekræftes af udbudslovens § 193, stk. 5, hvorefter ordregiver ved indkøb under tærskelværdien skal varetage de forvaltningsretlige principper om saglighed, forsvarlig økonomisk forvaltning, forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlings- og proportionalitetsprincippet. Bestemmelsen synes at være af informativ karakter, eftersom offentlige myndigheder i sin egenskab uanset bestemmelsens indhold vil være underlagt de forvaltningsretlige principper.⁹⁰

Ad forsvarlig økonomisk forvaltning

Det forvaltningsretlige princip om *forsvarlig økonomisk forvaltning* tilsiger, at ordregiver tildeler kontrakten til den tilbudsgiver, som er i stand til at levere den efterspurgte ydelse på den bedste og billigste måde. Det er væsentligt at holde for øje, at ordregiver ikke nødvendigvis er forpligtet til at antage det billigste tilbud. Princippet relaterer sig derimod til et krav om ansvarlighed ved brug af offentlige midler, så unødige udgifter undgås.⁹¹ I lighed hermed følger af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, at ordregiver altid bør overveje omkostningerne forbundet med de stillede krav. Dette med henblik på at vurdere om den merpris der betales for opfyldelsen af disse krav, er rimelig i forhold til det formål, der forfølges. Foruden at være et udtryk for proportionalitet synes dette også at være et udtryk

⁸⁷ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 2, s. 58.

⁸⁸ Fabricius, 2017, pkt. 5.3 samt sag C-171/15, *Connexion Taxi Services mod Holland*.

⁸⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Hvad er de forvaltningsretlige principper?*, 2019. (Hvad er de forvaltningsretlige principper?, 2019)

⁹⁰ Det skal dog bemærkes, at bestemmelsen pålægger offentligretlige organer, jf. udbudslovens § 24, nr. 27 en pligt til at varetage de forvaltningsretlige principper. Pligten hertil vil almindeligvis ikke gælde for offentligretlige organer, da disse ikke kan henregnes til forvaltningen. Pligten gælder derfor som udgangspunkt for statslige, regionale og kommunale myndigheder.

⁹¹ Revsbech, *Kommunernes opgave*, 2015, s. 110. (Revsbech, 2015)

for et krav om forsvarlig økonomisk forvaltning. Ordregiver bør derfor altid overveje, om et givent indkøb er nødvendigt og sikre sig, at et sådant sker på sædvanlige markedsvilkår.⁹² I relation til nærværende problemstilling synes antagelse af tilbud, hvis pris baserer sig på en konkurrencefordrejende adfærd, ikke at være en iagttagelse af princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning. Om princippet er iagttaget, beror imidlertid på en konkret vurdering, underlagt antagelsen om at ordregiver har et vist spillerum inden for anlægsrammen.⁹³

Ad magtfordrejningslæren og forbuddet mod at sætte skøn under regel

Af anden relevans for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 samt lovens § 138, stk. 1 er det forvaltningsretlige princip om *forbud mod at sætte skøn under regel*. Fælles for disse udbudsbestemmelser er et skønselement. I medfør af princippet er ordregiver forpligtet til at foretage et skøn, når denne ved en lovbestemmelse er tillagt en skønsebeføjelse. Et skøn er defineret ved at være et bevidst valg fra lovgiver om at udtrykke sig upræcist, således at den offentlige myndighed efterlades et spillerum til udfyldning af skønnet.⁹⁴ Udfyldning af skønnet skal ske i overensstemmelse med *magtfordrejningslæren* som samlebetegnelse for de saglige hensyn, der kan inddrages i skønudøvelsen.⁹⁵ Efter magtfordrejningslæren gælder et forbud mod varetagelse af private principper og et krav om overholdelse af ligebehandlingsprincippet.⁹⁶

Afsluttende skal det kort bemærkes, at det fælles for de forvaltningsretlige principper i udbudsretlig kontekst gælder, at Klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til tilsidesættelse og overtrædelse af forvaltningsretten.⁹⁷

2.5 Udelukkelsesreglernes formål

Omdrejningspunktet for afhandlingens analyse er udbudslovens regler om udelukkelse. Først vil de overordnede formål med udelukkelsesgrunde blive behandlet, hvorefter formålet med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 vil følge. Ud fra et samfundsmæssigt

⁹² Hamer, 2021, s. 68.

⁹³ Revsbech, 2015, s. 110.

⁹⁴ Bønsing, 2018, s. 317.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Hvad er de forvaltningsretlige principper?, 2019.

⁹⁷ Jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1, jf. også kendelse af 28. maj 2018, *Danske Slagtemestre mod Høje-Taastrup Kommune*, hvor påstanden om at have sat skøn under regel ikke blev taget under påkendelse. Påstande herom skal i stedet forfølges ved de almindelige domstole.

perspektiv er der en interesse i at sikre, at den virksomhed der tildeles en offentlig kontrakt, ikke har begået lovovertrædelser. Udbudsdirektivet indeholder af denne grund regler, der udelukker tilbudsgiver fra deltagelse i udbudsproceduren. Udbudslovens §§ 134a-137 viderefører udbudsdirektivets art. 57, der udlægger det til medlemsstaterne at fastsætte nærmere indholdsmæssige regler.

Af EU-Domstolens praksis kan udledes, at udbudsdirektivet ikke tilsigter en ensartet anvendelse af de nævnte udelukkelsesgrunde inden for Unionen: *"(...) for så vidt som medlemsstaterne har mulighed for at undlade at anvende disse udelukkelsesgrunde, eller at integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning, på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nationalt plan. Herefter har medlemsstaterne kompetence til at lempe kriterierne i bestemmelserne eller gøre dem mere fleksible."*⁹⁸ Medlemsstaterne har således en fleksibilitet i forbindelse med gennemførelsen af udelukkelsesgrundene i art. 57. I Danmark har lovgiver, i tråd med udbudsdirektivets minimumsregulering, valgt at gøre visse af de frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske.⁹⁹

Obligatoriske udelukkelsesgrunde indebærer udelukkelse som følge af alvorlige forseelser, ofte af strafferetlig karakter, som for tilbudsgiver medfører, at ordregiver som udgangspunkt er forpligtet til at udelukke disse. Frivillige udelukkelsesgrunde skal, i modsætning til obligatoriske udelukkelsesgrunde, være anført i udbudsbekendtgørelsen, førend tilbudsgiver kan udelukkes. Ordregiver *kan* derved frivilligt vælge at angive en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6 i udbudsbekendtgørelsen. Såfremt der tilvælges en frivillig udelukkelsesgrund, *skal* ordregiver udelukke en tilbudsgiver, hvis denne befinder sig i en af de i § 137 nævnte situationer.¹⁰⁰

I overensstemmelse med udbudsloven skal ordregiver, når denne benytter sig af en frivillig udelukkelsesgrund, overholde principperne i lovens § 2.¹⁰¹ Ordregiver er dermed forpligtet til at behandle tilbudsgivere ens i ensartede situationer, og kan ikke udelukke en tilbudsgiver fra et udbud, hvis dette er uproportionalt. Af udbudsdirektivets

⁹⁸ Sag C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici mod Comune di Milano*, pr. 36.

⁹⁹ Se eksempelvis den nye bestemmelse i udbudslovens § 136, stk. 4 om alvorlige forsømmelser, der per 1. januar 2023 overgik fra at være en frivillig udelukkelsesgrund til at være en obligatorisk udelukkelsesgrund.

¹⁰⁰ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 137, s. 152.

¹⁰¹ *Ibid.*, s. 153.

præambelbetragtning nr. 101¹⁰² samt lovbemærkningerne til udbudsloven¹⁰³ fremgår, at bagatelagte forhold ikke kan give anledning til udelukkelse. Flere gentagne forhold kan dog føre til tvivl om tilbudsgivers troværdighed, og kan begrunde en udelukkelse af denne.

Reglen om at ordregiver *kan* tilvælge en frivillig udelukkelsesgrund efter udbudslovens § 137, stk. 1, bidrager til, at ordregiver kan inddrage sekundære hensyn som supplement til udbudsreglernes overordnede formål. Dette kan dels omhandle miljø-, social- og arbejdsretlige hensyn efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, og dels samfundsmæssig ansvarlighed gennem varetagelse af konkurrence- eller skattemæssige forhold efter lovens § 137, stk. 1, nr. 3 og 6. Inddragelse af de frivillige udelukkelsesgrunde giver således ordregiver mulighed for at specificere og gennemsigttiggøre, hvilke krav de har til tilbudsgiver som kontraktpart, og samtidig angive hvilke forhold de mener sår tvivl om tilbudsgivers integritet og pålidelighed.¹⁰⁴ Særligt gennemsigttigheden bliver styrket af tilvalget af de frivillige udelukkelsesgrunde, hvorved tilbudsgiver har et bedre grundlag for at vurdere, om de ønsker at deltage i udbuddet.¹⁰⁵

2.5.1 Formålene med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3

I det følgende vil formålene med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 om konkurrencefordrejende adfærd blive afsøgt med henblik på en senere analyse af bestemmelsens indhold og anvendelse. Bestemmelsen er implementeret på baggrund af udbudsdirektivet fra 2014, jf. dennes art. 57, stk. 4, litra d. Uagtet at bestemmelsen først er implementeret ved det nyeste udbudsdirektiv, var der allerede fra udbudsdirektivet fra 2004 indlagt mulighed for at udelukke tilbudsgivere grundet konkurrencefordrejning. Udelukkelse af tilbudsgiver kunne foretages i henhold til dagældende direktivs art. 45, stk. 2, litra c og d. Ingen af disse bestemmelsers ordlyd vedgik konkurrencefordrejning, og henset til at bevisbyrden fandtes at være streng, da udelukkelse enten krævede (i) en dømt strafbar handling eller at ordregiver (ii) beviseligt havde konstateret en alvorlig fejl hos tilbudsgiver, ønskede lovgiver ved det nye direktiv at præcisere ordlyden og lempe ordregivers bevisbyrde.¹⁰⁶

¹⁰² Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 101.

¹⁰³ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 137, s. 153.

¹⁰⁴ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 101.

¹⁰⁵ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 137, s. 152.

¹⁰⁶ Ølykke, Ohm & Petersen, 2022, s. 656.

Ændringen er afstedkommet efter forslag fra Europa-Kommissionen i lovforslag til direktiv om offentlige indkøb fremsat den 20. december 2011 (herefter forslaget) med ønske om at begrænse ulovlig adfærd, herunder konkurrencemanipulation.¹⁰⁷ Forslaget skal ses i sammenhæng med anbefalinger fra *Organisation for Economic Co-operation and Development* (herefter OECD), der i år 2009 fremkom med henstillinger til retningslinjer, der skulle bekæmpe konkurrencefordrejende adfærd i forbindelse med offentlige indkøb og hjælpe ordregivere med at sikre mest valuta for pengene.¹⁰⁸

Af forslagens betragtning nr. 7 og art. 22 fremgår, at aftaler for at manipulere resultatet af udbudsprocessen medfører overtrædelser af grundprincipperne i EU-lovgivningen og bevirker alvorlig konkurrencefordrejning. I forlængelse heraf fremgår et forslag om, at tilbudsgiver skal fremsende en tro- og loveerklæring på, at de ikke deltager i ulovlige konkurrencefordrejende aktiviteter. Såfremt erklæringen hidrører fra urigtige oplysninger, skal tilbudsgiver udelukkes fra udbuddet, jf. forslagens art. 68, litra b, jf. art. 22, litra b.

I cluster 8 tydeliggøres det, at erklæringen om, at tilbudsgiver ikke deltager i konkurrencefordrejende aktiviteter, beror på princippet om *Certificates of Independent Bid Determination*.¹⁰⁹ Certifikatet anvendes som instrument til at forhindre bid-rigging og anden konkurrencemanipulation, hvorfor tilbudsgiver ved erklæringsafgivelse indestår for, at deres tilbud er udarbejdet uafhængigt af konkurrenter og uden nogen former for kommunikation, kontrakt, stiltiende forståelse eller aftale herimellem.¹¹⁰

Ved førstebehandling af forslaget valgte lovgiver imidlertid at lade art. 22 om fremsættelse af tro- og loveerklæring udgå under henvisning til, at det var op til medlemsstaterne at indføre de nødvendige regler for forebyggelse og identifikation af ulovlige konkurrencefordrejende aktiviteter.¹¹¹ Desuagtet må det ud fra ovenstående udledes, at bestemmelsen i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra d, og i forlængelse heraf udbudslovens § 137, stk. 1,

¹⁰⁷ Europa-Kommissionen, *Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM(2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD)*, fremsat d. 20. december 2011. (Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, 2011)

¹⁰⁸ OECD, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, 2009. (Guidelines for fighting bid rigging in public procurement, 2009)

¹⁰⁹ Rådet for Den Europæiske Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures*, 2011/0438 (COD), fremsat d. 14. juni 2012, s. 9.

¹¹⁰ OECD, *Tool: Certificate of independent bid determination*, 2009, s. 2.

¹¹¹ Europa-Parlamentet, *Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb*, COM(2011)0896, 2011.

nr. 3, har til formål at forhindre tilbudskoordinerings og anden konkurrencefordrejende adfærd. Bestemmelsen har således til formål at muliggøre udelukkelse på baggrund af overtrædelser af konkurrencelovgivning i offentlig indkøbsregi. Afsluttende skal det bemærkes, at bestemmelsen er udtryk for en undersøgelsespligt og ikke en direkte udelukkelsespligt. Udelukkelse kan ikke ske uden forudgående mulighed for self-cleaning, jf. lovens § 138, stk. 1, hvilket er udtryk for et beskyttende element over for tilbudsgiver, der skal sikre disse mod arbitrær behandling. Af samme grund er ordregivers udelukkelse af tilbudsgiver naturligt indskærpet af udbudsrettens forpligtelser, hvorefter bagatelagtige forhold ikke bør føre til udelukkelse.¹¹²

2.6 Analyse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3

Bestemmelsen tillader ordregiver at udelukke tilbudsgiver fra offentlige indkøb, hvis:

"Ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning." (vores understregninger)

Hertil kommer at endelig udelukkelse forudsætter, at tilbudsgiver ikke er i stand til at dokumentere sin pålidelighed tilstrækkeligt efter § 138, stk. 1. Først vil følge en analyse af bestemmelsens anvendelsesområde med særligt fokus på beviskravet, herunder hvornår ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer* til at konkludere tilstedeværelsen af bestemmelsens andet led om *aftaler med henblik på konkurrencefordrejning*. Disse vil blive gennemgået særskilt med det formål at undersøge, hvornår ordregiver skal udelukke tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd.

2.6.1 *Tilstrækkelige plausible indikationer*

En korrekt anvendelse af bestemmelsen forudsætter, at ordregiver udelukker, når beviskravet om *tilstrækkelige plausible indikationer* er opfyldt, og ikke udelukker, når beviskravet ikke er opfyldt. Med henblik på at konkludere, hvornår ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd, skal det indledningsvist undersøges, hvad der i lovens forstand forstås ved *tilstrækkelige plausible indikationer*. Bevisbyrden kan i henhold til ordlyden udledes til at være ordregivers.

¹¹² L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 137, s. 153.

Til sammenligning med de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde, synes bevisbyrden at være af lempeligere karakter. Dette fremhæves af ordlyden, eftersom de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde stiller krav om en reel faktisk påvisning, jf. *kan påvise*. En *tilstrækkelig plausibel indikation* behøves således ikke at være påvist. Ved *påvist* kan man formentlig forestille sig et krav om fremlæggelse af beviser, der postulerer et givent forhold med sikkerhed. Modsætningsvist kan det argumenteres, at en *tilstrækkelig plausibel indikation* ikke kræver fremlæggelse af beviser, der postulerer en konkurrencefordrejende aftale med sikkerhed.

Ud fra en objektiv ordlydsfortolkning må der antageligvis foreligge troværdige indikationer på konkurrencefordrejning, der med en vis sandsynlighed er korrekte. Indiciene formodes ikke at skulle være stærke, men akkurat stærke nok til at være udslagsgivende og tilstrækkelige for en indikation. Spørgsmålet er herefter, hvad der må forstås som en plausibel indikation. Ved plausibel forstås efter ordlyden troværdighed, hvorefter indikationer i henhold til bestemmelsen med rimelighed skal være til at stole på. Om indikationer anses for troværdige synes at knytte sig til et subjektivt element, men yderligere kan ikke udledes af ordlyden. Da synes den objektive ordlydsfortolkning kun at bidrage sparsomt til forståelse af ordregivers beviskrav i relation til anvendelse, hvorfor yderligere subjektiv ordlydsfortolkning er nødvendig for forståelse af *tilstrækkelige plausible indikationer*. Subjektiv ordlydsfortolkning foretages med udgangspunkt i lovbemærkningerne.

Af lovbemærkningerne kan det udledes, at der er tale om en konkret vurdering af, hvad der er plausible indikationer. Hertil bemærkes, at det vil være tilstrækkeligt, hvis ordregiver fremlægger dokumentation, der troværdigt indikerer, at tilbudsgiver har indgået aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.¹¹³ Formuleringens tvetydighed rejser dog en række spørgsmål. Om denne tvetydighed bemærkede Klagenævnet i kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, at den modvirker vilkårlighed og usikkerhed i forhold til udelukkelse af tilbudsgiver.¹¹⁴ På samme tid giver bestemmelsens ordlyd ordregiver hjemmel til at afvise tilbudsgivere, der ikke bør deltage i konkurrencen.¹¹⁵ Ved Klagenævnets udtalelse bekræftes bestemmelsens

¹¹³ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 137, s. 154.

¹¹⁴ Kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*, s. 16. (Bayer mod Banedanmark, 2018)

¹¹⁵ Bayer mod Banedanmark, 2018, s. 16.

formål om at sikre tilbudsgiver mod arbitrær behandling, samtidig med at ordregiver sikres mod konkurrencefordrejende adfærd. Om bestemmelsens ordlyd i realiteten modvirker vilkårlighed vil blive afsøgt i det følgende. I lovbemærkningerne fremføres to konkrete eksempler på dokumentation, som kan være udslagsgivende for en *tilstrækkelig plausibel indikation*.

For det første er det tilstrækkeligt, hvis der er rejst tiltale mod en eller flere tilbudsgivere for at have indgået konkurrencefordrejende aftaler.¹¹⁶ Udelukkelse efter bestemmelsen forudsætter således ikke en domfældelse. Har ordregiver tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og der er rejst tiltale mod en tilbudsgiver om overtrædelse af konkurrencelovgivningen, vil ordregiver have en pligt til at undersøge forholdet nærmere. Dette da ordlyden af lovbemærkningerne ikke efterlader tvivl om, at en tiltale vil være en *tilstrækkelig plausibel indikation*. Tærsklen for hvad der skal til, før at ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer*, synes ud fra det fremlagte eksempel i lovbemærkningerne at være høj.

For det andet kan det i henhold til lovbemærkningerne være tilstrækkeligt, hvis oplysninger fra andre myndigheder indikerer, at tilbudsgiver har indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Dette eksempel efterlader grundet den mindre konkrete formulering spørgsmål om, hvilke oplysninger der på tilstrækkelig vis indikerer en konkurrencefordrejning. Henset til ordlyden kan der ikke udledes en pligt til undersøgelse ved forekomsten af specifikke oplysninger fra andre myndigheder. I tråd med eksemplet bemærkes det, at plausible indikationer ikke nødvendigvis skal stamme fra det konkrete udbud, men også kan stamme fra tidligere udbud hos en anden ordregiver.¹¹⁷

Eftersom det fortsat er uklart, hvad der kan anses for *tilstrækkelige plausible indikationer*, vil der som yderligere bidrag til belysningen i det følgende blive inddraget retspraksis fra Klagenævnet. For at komme bestemmelsens ordlyd nærmere, skal det først klarlægges, hvad der forstås ved de øvrige dele af bestemmelsen. Herunder særligt *hvornår der er indgået en aftale*, og *hvornår en sådan aftale er indgået med henblik på konkurrencefordrejning*.

¹¹⁶ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 137, s. 154.

¹¹⁷ Ibid.

2.6.2 *Indgået en aftale*

Det skal i det følgende undersøges, hvad der forstås ved, at tilbudsgiver har *indgået en aftale* med andre økonomiske aktører. Ud fra en objektiv fortolkning synes det ikke muligt at udlede, hvornår tilbudsgiver har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Der foretages derfor en subjektiv ordlydsfortolkning med inddragelse af lovbemærkningerne.

I lovbemærkningerne er det ikke præciseret, hvad der forstås ved en *indgået aftale*, eller hvilke aftaler der kan ligge til grund for udelukkelse.¹¹⁸ For at komme formuleringen nærmere skal det undersøges, om der i lovbemærkningerne til andre bestemmelser i udbudsloven er angivet, hvad der skal forstås ved en aftale indgået med henblik på konkurrencefordrejning. Her kan fremhæves lovbemærkningerne til udbudslovens § 138, hvoraf det fremgår, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan være den relevante undersøgelsesmyndighed ved konkurrenceovertrædelser i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.¹¹⁹ Med udgangspunkt i denne formulering, herunder særligt henvisningen til konkurrenceretten, synes det nærliggende at undersøge den sidste del af bestemmelsen i konkurrencerettens øjemed. Mere præcist i henhold til TEUF art. 101, stk. 1 der omhandler forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler samt TEUF art. 101, stk. 2 vedrørende forbud mod misbrug af dominerende stilling.

TEUF art. 101, stk. 1 har følgende ordlyd: *Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt (...).*¹²⁰ Bestemmelsen indebærer, ligesom ordlyden af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, at der skal være tale om en aftale mellem virksomheder, der har til formål at fordreje konkurrencen inden for det indre marked. Formuleringen er anderledes end udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, da TEUF art. 101, stk. 1 ikke kun henviser til *aftaler*, men også til *vedtagelser* og *samordnet praksis*.

¹¹⁸ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 137, s. 154.

¹¹⁹ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 138, s. 157.

¹²⁰ I dansk ret svarer konkurrencelovens § 6 til TEUF art. 101, stk. 1 med undtagelse af kravet om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

TEUF art. 102, stk. 1, der forbyder misbrug af dominerende stilling, angiver ikke, at der skal foreligge en aftale, førend der kan være tale om overtrædelse af konkurrenceretten. Bestemmelsen vil således ikke bidrage til at vurdere, hvornår der er *indgået en aftale* med henblik på konkurrencefordrejning. Undersøgelsen af hvad der i lovens forstand forstås ved en *indgået aftale*, vil derfor tage sit udgangspunkt i TEUF, art. 101, stk. 1.

Hvad der herefter skal forstås ved en *aftale*, og hvornår der foreligger en *indgået aftale* efter konkurrenceretten blev af EU-domstolen fastlagt i sag T-41/96, *Bayer AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*. EU-domstolen fandt i sagen: "(...) at det, for at der er tale om en aftale, (...) er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde."¹²¹ Og hvad angår den form, hvorunder den fælles vilje er kommet til udtryk, er det: "(...) tilstrækkeligt, at en bestemmelse er udtryk for parternes vilje til at indrette deres adfærd på markedet efter den pågældende bestemmelse og er ikke nødvendigt, at bestemmelsen har karakter af en bindende og gyldig aftale."¹²² Heraf følger, at begrebet aftale efter traktatens forstand: "(...) forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje."¹²³ Det vil således være tilstrækkeligt for at være omfattet af TEUF art. 101, stk. 1, at alle parter har en fælles vilje til at udøve konkurrencebegrænsende handlinger, og ikke nødvendigt at denne fælles vilje er nedfældet på skrift.

I forhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 synes ovenstående definition at kunne danne grundlag for, hvad der kan indikere en *indgået aftale*. Dette indebærer at såvel mundtlige som stiltiende aftaler om konkurrencefordrejende handlinger, vil være omfattet af bestemmelsen. Hertil må vertikale samt horisontale aftaler som TEUF art. 101, stk. 1 også omfatter, være indeholdt i bestemmelsen.¹²⁴ Spørgsmålet er herefter, hvad der i udbudsrettens forstand henhører under en *aftale*. Som angivet henviser TEUF art. 101, stk. 1 til både aftaler, samordnet praksis samt vedtagelser, hvor udbudsloven alene henviser til aftaler. Samordnet praksis og vedtagelser vil efter ordlyden af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke kunne begrunde en udelukkelse. I henhold til EU-domstolens praksis, er en

¹²¹ Sag T-41/96, *Bayer AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*, pr. 67.

¹²² *Ibid.*, pr. 68.

¹²³ *Ibid.*, pr. 69.

¹²⁴ Fejø & Ølykke, *EU-Konkurrenceret – Almindelig del*, 2014, s. 31. (Fejø & Ølykke, 2014)

præcis sondring mellem disse former for samarbejder ikke central¹²⁵, ligesom Europa-Kommissionen i sine afgørelser refererer til både aftaler og samordnet praksis som en fælles betegnelse.¹²⁶ Dette giver anledning til at undersøge, om vedtagelser og samordnet praksis kan falde ind under en *aftale*. Med henblik på dette skal vedtagelser og samordnet praksis først defineres.

Ved *vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder* forstås beslutninger truffet af kompetente organer uagtet om disse er bindende eller ikke for selskaberne.¹²⁷ *Samordnet praksis* er en koordination af de deltagende virksomheders adfærd, hvor der ikke er indgået en egentlig aftale, men hvor parterne bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med konkurrence med et praktisk samarbejde (en form for samvirke).¹²⁸ Begge definitioner synes at være svære for ordregiver at skelne fra *aftaler*, da ordregiver ikke kan vide, om der i realiteten foreligger en aftale eller blot en koordinering af adfærd. Samtidig vil en snæver definition af begrebet *aftaler* kunne bevirke, at tilbudsgiverne ville kunne foretage samordnet praksis eller træffe vedtagelser, der fordrejede konkurrencen, men som ikke ville blive anset som en *aftale indgået med henblik på konkurrencefordrejning* i udbudsrettens forstand. Dette vurderes ikke at være tilsigtet med bestemmelsen.

Henset til at det ikke er nærmere præciseret i lovbemærkningerne, hvad der forstås ved *aftaler* i henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, findes det på baggrund af ovenstående mest hensigtsmæssigt, at *aftaler* indeholder såvel samordnet praksis som vedtagelser i overensstemmelse med TEUF art. 101, stk. 1.

2.6.3 Med henblik på konkurrencefordrejning

Som sidste led i analysen af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 skal det klarlægges, hvad der i lovens forstand forstås ved en aftale indgået *med henblik på konkurrencefordrejning*. Ordlyden af *med henblik på* samt *konkurrencefordrejning* relaterer sig begge til adfærdens indhold, der kan bevirke udelukkelse af tilbudsgiver.

¹²⁵ Fejø & Ølykke, 2014, s. 34.

¹²⁶ Ibid., s. 45.

¹²⁷ Ibid., s. 42.

¹²⁸ Ibid., s. 46.

For så vidt angår det første led i sætningen *med henblik på*, kan dette med udgangspunkt i en objektiv ordlydsfortolkning, forstås på flere måder. Formuleringen kan forstås som, at det er aftalen (anset som den centrale enhed), der objektivt har til hensigt at skulle fordreje konkurrencen. Hertil kan ordlyden indikere, at tilbudsgiver har haft en subjektiv hensigt om at indgå en aftale om konkurrencefordrejning.

I lovbemærkningerne er det ikke anført, om det er den subjektive hensigt eller aftalens objektive indhold, der skal anvendes ved en vurdering af, om tilbudsgiver skal udelukkes. Imidlertid synes det i den juridiske litteratur at være aftalens objektive indhold, som formuleringen henfører til.¹²⁹ Her sammenlignes formuleringen med det konkurrenceretlige formålsbegreb *til formål* og *til følge*¹³⁰, hvilket også understreges af Klagenævnets brug af samme formulering. Klagenævnet har i sin kendelse af 5. december 2021, *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen* udtalt: ”Klagenævnet finder dog ikke anledning til at tilsidesætte Moderniseringsstyrelsen vurdering, hvorefter der ikke er tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen har haft *til formål* eller *haft til følge* at fordreje konkurrencen.” (vores understregning)¹³¹ Udgangspunktet for en fortolkning af *med henblik på* må derfor bero på en fortolkning af begreberne *til formål* og *til følge* i TEUF art. 101, stk. 1.

I medfør af TEUF art. 101, stk. 1 vil en aftale der har *til formål* at begrænse konkurrencen være at anse som en overtrædelse af bestemmelsen.¹³² Med dette skal forstås, at det er aftalens indhold, målsætning og objektive formål (om at begrænse konkurrencen), der bevirker en overtrædelse, og ikke den subjektive hensigt med aftalen.¹³³ Hvis en aftale ikke har *til formål* at begrænse konkurrencen, skal det i henhold til TEUF art. 101, stk. 1 undersøges, om aftalen har konkurrencebegrænsning *til følge*. Denne vurdering beror på, om aftalen er egnet til mærkbart at begrænse et konkurrencepres på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet såsom pris, produktkvalitet og innovation.

¹²⁹ Jf. bl.a. Fejø & Ølykke, 2014.

¹³⁰ Fejø & Ølykke, 2014, s. 70.

¹³¹ Kendelse af 5. december 2021, *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*, s. 23. (Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen, 2021)

¹³² Fejø & Ølykke, 2014, s. 70.

¹³³ Jf. bl.a. sag C-67/13, *Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen*, pr. 54-57.

Med ovenstående in mente skal det undersøges, om formuleringen *med henblik på* er sammenlignelig med såvel *til formål* og *til følge* efter TEUF art. 101, stk. 1. I den juridiske litteratur er ligheden mellem den udbudsretlige- og konkurrenceretlige formulering omdiskuteret¹³⁴, idet der er vis tvivl om *til følge* er indeholdt i ordlyden. Det gøres i litteraturen dels gældende, at den obligatoriske udelukkelsesgrund i udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 1 i forvejen indeholder *til formål*-overtrædelser i form af kartelaftaler, hvilket bevirker, at *til følge* formentligt vil være indeholdt i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.¹³⁵ Dels vil en undersøgelse af om en aftale har *til følge* at begrænse konkurrencen være i retning af en konkurrenceretlig analyse, som almindeligvis vil falde uden for ordregivers kompetence.¹³⁶ Taget proportionalitetsprincippet i betragtning vurderes det ikke proportionelt at udelukke tilbudsgiver ved en *til følge*-overtrædelse, hvor hensigten med aftalen ikke har været at fordreje konkurrencen. Dette må bevirke, at ligheden mellem formuleringerne ikke kan anses for umiddelbar. Det er væsentligt at bemærke, at aftaler der har *til følge* at begrænse konkurrencen, oftest ikke forfølges af konkurrencemyndigheder på grund af de ressourcer, der er forbundet med at føre bevis for sådanne overtrædelser.¹³⁷ I det lys kan det næppe forventes, at ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer* på sådanne overtrædelser.

En aftale indgået *med henblik på* konkurrencefordrejning skal således i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 forstås og fortolkes i overensstemmelse med TEUF art. 101, stk. 1's ordlyd *til formål*. Hvilken betydning ordlyden af *konkurrencefordrejning* har, skal i det følgende undersøges.

Det kan af lovbemærkningerne ikke udledes, hvordan *konkurrencefordrejning* skal forstås eller fortolkes, hvorfor elementer fra konkurrenceretten inddrages. TEUF art. 101, stk. 1 henviser til aftaler, samordnet praksis eller vedtagelser, der har til formål eller til følge at *hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen* inden for det indre marked. Dette henleder til en undersøgelse af, hvilken betydning *konkurrencefordrejning* har i forhold til TEUF art. 101, stk. 1.

¹³⁴ Jf. bl.a. Hamer, Treumer, Ølykke & Fog.

¹³⁵ Treumer, *Udbudsloven*, 2016, s. 270. (Treumer, 2016)

¹³⁶ *Ibid.*, s. 269.

¹³⁷ Nielsen, Løjmand & Hamer, *Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning*, 2022, s. 156.

Den konkurrenceretlige litteratur fremhæver, at enhver form for konkurrencebegrænsning kan henhøre under formuleringen *hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen* i TEUF art. 101, stk. 1.¹³⁸ Heriblandt kan nævnes kartelaftaler, ulovlige konsortier og pris-aftaler. Såfremt enhver form for konkurrencebegrænsning ikke er tilsvarende gældende for udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, vil ordregiver skulle foretage en konkret vurdering af, hvilken form for påvirkning den enkelte aftale har på konkurrencen. En sådan vurdering kræver indsigt og viden om konkurrencereglerne, som denne formentligt ikke er i besiddelse af.¹³⁹ Udgangspunktet må derfor være, at *konkurrencefordrejning* i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 skal fortolkes i overensstemmelse med TEUF art. 101, stk. 1. Dette forudsat at ordregiver ikke kan udelukke tilbudsgiver fra udbuddet, hvis *aftalen* opfylder kravene i undtagelsesbestemmelsen i TEUF art. 101, stk. 3 omhandlende individuelle- og gruppefritagelser.¹⁴⁰

Opsummerende skal ordregiver ved anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 udelukke en tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd, når ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer* til at konkludere, at tilbudsgiver har *indgået en aftale, samordnet praksis* eller *foretaget vedtagelser* med andre økonomiske aktører, der har *til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen*.

2.7 Klagenævnets praksis om udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3

På baggrund af ovenstående synes det fortsat uklart, hvornår ordregiver i praksis har *tilstrækkelige plausible indikationer* på, at tilbudsgiver har *indgået en aftale, samordnet praksis* eller *vedtagelse*, der har *til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen*. Klagenævnets praksis skal herefter klarlægges for at komme forståelsen af bestemmelsen nærmere, og herunder skal det undersøges, om en generel standard for beviskravet kan udledes. Analysen vil tage afsæt i et repræsentativt, men ikke udtømmende, nedslag i praksis. I det følgende vil tre kendelser særskilt blive analyseret, og efterfølgende sammenfattet, med henblik på at vurdere hvornår ordregiver skal udelukke en tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd. Det skal bemærkes, at analysen er tilpasset de nyeste lovændringer af udbudsloven, hvorfor der henvises til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 frem for § 137, stk. 1, nr. 4.

¹³⁸ Jf. bl.a. Fejø & Ølykke, 2014, s. 70.

¹³⁹ Treumer, 2016, s. 269.

¹⁴⁰ Fejø & Ølykke, 2014, s. 101.

2.7.1 Kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S

Fælles ejerforhold er genstand for behandling i Klagenævnets kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*.¹⁴¹ Ordregiver havde i sagen indskrevet udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 i udbudsbekendtgørelsen. Urbaser A/S (herefter U), der var en forbigået tilbudsgiver, nedlagde påstand om at den vindende tilbudsgiver HCS A/S Transport og Spedition (herefter HCS) og en anden tilbudsgiver City Renovation A/S (herefter CR), havde koordineret deres tilbud, og følgelig burde have været udelukket fra udbuddet.

U anførte, at HCS og RS var koncernforbundne, idet begge tilbudsgivere gennem to holdingselskaber var ejet af de samme to reelle ejere, der hver havde en andel på 50 pct. i begge selskaber. Det fælles ejerskab kom yderligere til udtryk ved, at en angivet kontaktperson i CRs ESPD havde en e-mailadresse, der sluttede på @hcs.dk. Afslutningsvis anførte U, at CRs tilbud var mellem 65-81 pct. dyrere end de resterende tre tilbud, hvorfor der var sket en kunstig påvirkning af tilbudsevalueringen.¹⁴²

Om forholdet angående e-mailadressen bemærkede Klagenævnet, at det på baggrund af denne enkeltstående oplysning ikke kunne lægges til grund, at ordregiver burde have været bekendt med det indbyrdes ejerforhold mellem HCS og CR. Endvidere fastslog Klagenævnet at: *“Det forhold, at den konstaterede prisforskel mellem på den ene side tilbuddet fra City Renovation og på den anden side de tre øvrige tilbud sammenholdt med, at den fastsatte prisevalueringssmodel i væsentlig grad ændrede sig ved en stor prisspredning, i lyset af de oplyste ejerforhold umiddelbart forekommer påfaldende, kan under de nævnte omstændigheder ikke føre til et andet resultat.”* (vores understregninger)¹⁴³

¹⁴¹ Kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*. Kendelsen angik en klage i forbindelse med et offentligt udbud om affaldsindsamling med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Påstand om at ordregiver burde have udelukket den vindende tilbudsgiver, og en anden tilbudsgiver med samme ejer som den vindende. Klagers påstande blev ikke taget til følge på noget punkt. (Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug & Affald, 2021)

¹⁴² Ibid., s. 12. Dette henset til, at CR ved at afgive et markant højere bud havde påvirket evalueringssmodellen, således at prisen havde begrænset vægt i evalueringen grundet de mindre prisforskelle mellem de tre andre tilbudsgivere. Se nærmere herom i afsnit 4.3.2.

¹⁴³ Ibid., s. 22.

Uagtet at Klagenævnet fandt forholdene påfaldende, valgte de ikke at tilsidesætte skønnet, og fandt således ikke at oplysningerne udgjorde *tilstrækkelige plausible indikationer*. Det er værd at bemærke, at Klagenævnet særdeles sjældent benytter sig af ordet 'påfaldende' i sine præmisser.¹⁴⁴ I den udbudsretlige litteratur argumenteres for, at ordvalget er et udtryk for forhold, som Klagenævnet har fundet særligt graverende eller odiøse.¹⁴⁵ Der kan således argumenteres, at konklusionen muligvis havde været en anden, hvis ordregiver havde været bekendt med de forhold, der blev fremsat under klagesagen. Under denne blev ordregiver gjort bekendt med ejerforholdet på baggrund af vedlagte udskrifter fra CVR-registret. Klagenævnet synes at antyde at ejerforholdet kombineret med den betydelige prisforskel, kunne have udgjort *tilstrækkelige plausible indikationer*, og udløst en undersøgelsespligt, forudsat at ordregiver havde været bekendt med ejerforholdene på tildelingstidspunktet.

Spørgsmålet er herefter, om ordregiver ikke allerede ved den betydelige prisforskel og sammenfaldende e-mailadresser burde have gjort sig ulejligheden at baggrundstjekke tilbudsgivernes ejerforhold ved opslag i CVR-registret. Eftersom ejerforhold nemt og uden omkostninger kan klarlægges, kan det formentlig argumenteres, at Klagenævnet burde have prøvet ordregivers skøn mere indgående end blot at konstatere, at sammenfaldet var 'påfaldende'. Dette sammenholdt med at Europa-Kommission også i sin *meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud* nævner, at tilbud afgivet med en anden tilbudsgivers kontaktoplysning bør føre til skærpet mistanke.¹⁴⁶

2.7.2 Kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden

Blandt Klagenævnets nyere praksis findes det hidtil eneste eksempel på, at Klagenævnet har tilsidesat ordregivers skøn i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.¹⁴⁷ Selvom ordregivers vurdering af *tilstrækkelige plausible indikationer* er skønsmæssig, er vurderingen underlagt Klagenævnets efterprøvelse, hvilket kendelse af 29. september 2021,

¹⁴⁴ For nuværende har Klagenævnet benyttet sig af udtrykket i fire kendelser, herunder i kendelse af 12. november 2015, *IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil A/S*.

¹⁴⁵ Hamer, Andhov, Bertelsen & Caranta, *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, 2022, s. 466.

¹⁴⁶ Europa-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, KOM (2021/C 91/01), s. 23. (Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021)

¹⁴⁷ Kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*. Klagenævnet annullerede i sagen ordregivers tildelingsbeslutning som følge af sagens omstændigheder. (OneMed A/S mod Region Hovedstaden, 2021)

OneMed A/S mod Region Hovedstaden understreger. I sagen havde Region Hovedstaden udbudt to delkontrakter om levering af undersøgelseshandsker som offentlige udbud. Hver tilbudsgiver kunne af hensyn til forsyningssikkerheden kun tildeles én kontrakt, hvorefter ordregiver tildelte kontrakterne til Abena A/S (herefter Abena) og Aktum A/S (herefter Aktum). Tilbudsgiverne var vertikalt forbundne, idet Abena som producent var underleverandør til Aktum. Eftersom udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 var tilvalgt¹⁴⁸, nedlagde OneMed A/S (herefter OneMed) påstand om, at ordregiver burde have udelukket Abena og Aktum, da der forelå *tilstrækkelige plausible indikationer* på, at parterne havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

OneMed henviste for det første til, at det åbenbart kunne konstateres, at Abena havde udleveret sin udfyldte kravspecifikation til Aktum forud for tilbudsafgivelse. Dette blev begrundet i at de to tilbud indeholdt flere identiske oplysninger. OneMed anførte således, at der var tale om en direkte og utvetydig afskrivning fra Abenas kravspecifikation.¹⁴⁹ Dette erkendte Aktum også under klagesagen. Endvidere gjorde OneMed gældende, at prisdifferencen mellem Abenas og Aktums tilbud, der udgjorde 2,5 pct., var en indikation på tilbudskoordinerings.

Klagenævnet bemærkede indledningsvis at vurderingen om, hvorvidt Region Hovedstaden burde have haft *tilstrækkelige plausible indikationer* på grundlag af de faktiske omstændigheder, skulle foretages på tildelingstidspunktet. Klagenævnet fandt ikke, at den lille prisdifference på 2,5 pct. alene kunne udgøre en *tilstrækkelig plausible indikation*. Dette henset til at prisdifferencen mellem flere af de øvrige tilbud var i samme størrelsesorden. Imidlertid anførte Klagenævnet at en væsentlig lavere pris end den næstkommende tilbudsgivers pris og de øvrige tilbudsgiveres pris, kan indikere en udbudsstridig konkurrencefordel.¹⁵⁰

Ad væsentlig lavere priser og unormalt lave tilbud efter udbudslovens § 169, stk. 1

Omend en lille prisdifference ikke i sig selv er udslagsgivende for en *tilstrækkelig plausible indikation*, indikerer Klagenævnet ved sin udtalelse, at prisen ikke er uden betydning. I

¹⁴⁸ OneMed A/S mod Region Hovedstaden, 2021, s. 3.

¹⁴⁹ Ibid., s. 19.

¹⁵⁰ Ibid. I nærværende situation havde prissætningen i forbindelse med udbuddet kun været mulig som følge af en leverance på begge delaftaler, hvilket havde været i strid med udbudsbetingelserne og intentionerne bag dette.

udgangspunktet må der derfor gælde en formodning for, at såfremt en eller flere tilbudsgivere tilbyder væsentlige lavere priser end det næstlaveste tilbud, kan dette udgøre en *tilstrækkelig plausibel indikation*. En sådan indikation bevirker en forpligtelse for ordregiver til at undersøge omstændighederne nærmere, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og § 138, stk. 1. Formodningen om Klagenævnets indikering og hvornår et tilbud er væsentligt (unormalt) lavere søges besvaret ved en analogislutning til udbudslovens § 169, stk. 1 omhandlende unormalt lave tilbud. Efter denne skal ordregiver anmode tilbudsgiver om en redegørelse for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, hvis tilbuddet *forekommer* unormalt lavt. Ordlyden af *forekommer* synes at indeholde tilsvarende lempeligere bevisbyrde og subjektive elementer ligesom ordlyden af *tilstrækkelige plausible indikationer*.

En anden væsentlig pointe for analogislutningens eksistens er, at unormalt lave tilbud ud fra et konkurrenceretligt perspektiv kan være et resultat af en predatory pricing strategi grundet en virksomheds dominerende stilling på markedet. Hertil kan en lav pris være et resultat af tilbudskoordinering. Tilbudskoordinering har flere former, og et noget lavere tilbud fra en tilbudsgiver sammenholdt med de øvrige tilbudsgiveres tilbud, kan eksempelvis være et resultat af bid-rotation, hvor tilbudsgiverne skiftes til at vinde.¹⁵¹ Disse situationer bør efter nærværende forfatteres overbevisning føre til undersøgelse af et tilbud efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. For at komme bestemmelsens beviskrav nærmere bør det undersøges, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Dette er - som det også tilfældet med *tilstrækkelig plausible indikationer* - ikke defineret i den udbudsretlige regulering.

Om den manglende definition bemærkede Klagenævnet i kendelse af 3. oktober 2018, *Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund repræsenteret ved Vejdirektoratet* at: "(...) *hvornår et tilbud er "unormalt lavt"*, vil således bero på et konkret skøn fra ordregiverens side. Ordregiver har et forholdsvist frit skøn ved denne vurdering." (vores understregning)¹⁵² Under henvisning til dette tilsidesatte Klagenævnet ikke ordregivers skøn over,

¹⁵¹ Guidelines for fighting bid rigging in public procurement, 2009, s. 2.

¹⁵² Kendelse af 3. oktober 2018, *Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund repræsenteret ved Vejdirektoratet*. Kendelsen omhandler et udbud af etablering og drift af et betalingsanlæg ved broen over Roskilde Fjord. Udbudsproceduren var konkurrencepræget dialog. Klage fra forbigået tilbudsgiver (Efkon) over, at ordregiver burde have anset tilbuddet fra Brobizz Operatør A/S som unormalt lavt. Kendelse er principiel, da den fastslår, at ordregiver kun har pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud i de tilfælde, der er omfattet af lovens § 169, stk. 3.

at den vindende tilbudsgivers pris (Brobizz Operatør A/S) ikke forekom unormalt lav. Dette selvom tilbudsprisen på 65 mio. kr. var væsentligt lavere end det næstlaveste tilbud fra Efkon GmbH på 110 mio. kr.

I henhold til en analog anvendelse af udbudslovens § 169, stk. 1 på lovens § 137, stk. 1, nr. 3 kan en usædvanlig lav tilbudspris ikke i sig selv føre til, at et tilbud hverken forekommer unormalt lavt eller beviseligt er unormalt lavt. En sådan lav tilbudspris kan på den positive side skyldes, at den pågældende tilbudsgiver er dygtigere end de øvrige tilbudsgivere til at tænke i innovative løsninger, eller har en anden omkostningsstruktur. Denne situation er der intet konkurrenceretligt til hinder for. Omvendt kan det ikke udelukkes, at et usædvanligt lavere tilbud er et resultat af en konkurrencefordrejende aktivitet. På baggrund af analogislutningen kan det udledes, at en usædvanlig lav tilbudspris ikke alene kan udgøre en *tilstrækkelig plausibel indikation*.

Ad resultatet af kendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden

Udslagsgivende for at Klagenævnet tog OneMeds påstand til følge, var imidlertid de enslydende tilbud. Tilbuddene var enslydende som resultat af, at Aktum havde modtaget Abenas tilbud og ukritisk afskrevet dokumenterne. Dette indebar flere identiske trykfejl i både produktblade og individuelle besvarelser samt identiske initialleverancer, der netop var et af ordregivers evalueringsparametre.

Hertil skal det bemærkes, at behandlingen ikke går på, om tilbudsgiverne har *indgået en aftale*, og om den er *indgået med henblik på konkurrencefordrejning*. Afgørende synes derimod at være forekomsten af faktiske omstændigheder på tildelingstidspunktet, der kan indikere en form for tilbudskoordinering, hvorefter ordregiver vil have en pligt til at undersøge forholdene nærmere. Under klagesagen kom det frem, at ordregiver ved evalueringen havde været opmærksom på de enslydende tilbud. I et bilag til en evalueringsrapport havde ordregiver anført, at det fremgik, *”direkte og utvetydigt, at en af disse tilbudsgivere har skrevet af i forhold til hinanden i kravspecifikationen”*, og at dette efter ordregivers opfattelse *”ikke kunne være et tilfælde”*. Ordregiver havde videre anført, at afskriften *”bevidner en grad af samordning af tilbud”*, men havde ikke på den baggrund indledt en undersøgelse.¹⁵³ Dette forhold synes at være en væsentlig grund til Klagenævnets

¹⁵³ OneMed A/S mod Region Hovedstaden, 2021, s. 19.

tilsidesættelse af ordregivers skøn, idet de konkluderer, at ordregiver på tildelingstidspunktet havde *tilstrækkelige plausible indikationer*, og derfor burde have undersøgt forholdet nærmere efter udbudslovens § 138, stk. 1. At ordregiver imidlertid ikke valgte at undersøge forholdet nærmere efter sin konstatering synes at være usagligt, hvilket må anses som hovedårsag til Klagenævnets tilsidesættelse af ordregivers skøn.

Uagtet at Klagenævnet ikke på et generelt plan forholder sig til begrebet og beviskravet for *tilstrækkelige plausible indikationer* må det antages, at kendelsen er et eksempel på, hvornår ordregivers alarmklokker alt andet lige bør ringe. I lighed med dette bemærker Europa-Kommissionen, at identiske fejl og stavefejl kan være et tegn på tilbudskoordineret.¹⁵⁴ På samme måde kan det udledes, at ordregiver er forpligtet til at handle, når denne i første omgang har formodninger om konkurrencefordrejende adfærd, og udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er tilvalgt.

Befinder ordregiver sig modsat i den situation, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke er tilvalgt, vil retstilstanden være en anden. Med nedenfor følgende principielle kendelse vil ordregivers beviskrav og forpligtelser ved formodninger for konkurrencefordrejende adfærd i denne situation blive analyseret. Dette med henblik på at vurdere betydningen af ordregivers tilvalg af udelukkelsesgrunden i relation til dennes forpligtelser.

2.7.3 Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen og ligebehandlingsprincippet i lyset heraf

Som anført i afsnit 2.3.1 er det et grundlæggende udbudsretligt princip, at alle tilbudsgivere behandles lige i udbudsprocessen. I relation til nærværende afhandlings problemformulering har ligebehandlingsprincippet fået særlig betydning efter Klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen* (herefter Peak Consulting mod Skatteministeriet).¹⁵⁵

¹⁵⁴ Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021.

¹⁵⁵ Kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*. Kendelsen angår et begrænset udbud af en rammeaftale om rådgivningsydelser. Klage fra forbigået tilbudsgiver om en af de vindende tilbudsgiveres brug af støtteenhed var udtryk for en konkurrencebegrænsende aftale. Dertil påstand om at ordregiver havde begået fejl ved den kvalitative tilbudsevaluering, og at ordregivers evalueringsmodel var uegnet. Klagen ikke taget til følge på noget punkt. (Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet, 2021)

Konkret angår kendelsen et begrænset udbud af en rammeaftale, hvori den frivillige udelukkelsesgrund ikke var indskrevet i udbudsbekendtgørelsen, hvorfor Klagenævnet kun i et begrænset omfang forholder sig til bestemmelsen. Peak Consulting Group A/S gjorde i sin klage gældende, at én af de vindende tilbudsgiveres tilbud var baseret på fem konkurrerende støtteenheder, der udgjorde en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, stk. 1.¹⁵⁶ Efter klagers opfattelse var støtteenhederne at anse som konkurrenter, der var i stand til individuelt at afgive et tilbud, hvorfor den fælles budafgivelse var konkurrencebegrænsende. Spørgsmålet var herefter, om ordregiver havde en generel pligt til at udelukke et tilbud baseret på konkurrencebegrænsende adfærd i medfør af ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2.

Indledningsvis bemærkede Klagenævnet, at såfremt støtteaftaler er stridende mod konkurrencelovgivningen, vil en sådan aftale være ugyldig, og introducere en ny forpligtelse i forhold til konkurrencebegrænsende aftaler på udbudsrettens område ved udtalelsen: *”Selvom udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, ikke er tilvalgt, må det efter udbudslovens § 2 påhvile en ordregiver at foretage en undersøgelse af, om et tilbud er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i tilfælde, hvor der er anledning til tvivl herom.”*¹⁵⁷ Der er på nuværende tidspunkt ikke tilsvarende retspraksis fra EU-Domstolen, hvorfor der er tale om en principiel kendelse.

Efter kendelsen påhviler der i tvivlstilfælde ordregiver en handlepligt til at undersøge, om et tilbud er baseret på en konkurrencefordrejende (og dermed ugyldig) aftale. Viser undersøgelsen, at dette er tilfældet, vil ordregiver efter kendelsen være forpligtet til at udelukke tilbuddet uanset tilvalg af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

Om bevisbyrden ved udelukkelse i henhold til ligebehandlingsprincippet anføres, at der kræves et *mere sikkert grundlag* end efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 før handlepligten indtræder.¹⁵⁸ Ordregiver har altså et udvidet skøn efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 sammenlignet med skønnet efter ligebehandlingsprincippet. Løftelsen af bevisbyrden efter ligebehandlingsprincippet forudsætter en sikker dokumentation på, at et tilbud er

¹⁵⁶ Af konkurrencelovens § 6 følger, at det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

¹⁵⁷ Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet, 2021, s. 54.

¹⁵⁸ Ibid., s. 55.

udarbejdet i strid med konkurrencereglerne. Dette vil alt andet lige kræve et indgående kendskab til konkurrencelovgivningen. Et så indgående kendskab vil næppe være tilfældet, og kombineret med at en vurdering forudsætter omfattende undersøgelser af markedet, kan ligebehandlingsprincippet's praktiske betydning på udelukkelsesområdet betvivles.

Ad tilstrækkelige plausible indikationer efter kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting mod Skatteministeriet

I relation til *tilstrækkelige plausible indikationer*, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, bemærker Klagenævnet i kendelsen at: *"Den omstændighed, at der står flere virksomheder bag et tilbud kan (...) ikke i sig selv udgøre "tilstrækkelige plausible indikationer" som nævnt i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Eksempelvis vil der derimod kunne være klar anledning til at foretage nærmere undersøgelse, hvis de deltagende virksomheder i konsortie- eller støtteaftalen i andre fuldstændig lignende udbud har afgivet tilbud alene."*¹⁵⁹

Ved udtalelsen kan udledes at den omstændighed, at de deltagende virksomheder i en konsortie- eller støtteaftale tidligere har afgivet bud alene, kan anses som en tilstrækkelig indikation på konkurrencefordrejende adfærd. At tilbudsgiver tidligere har været i stand til at byde ind på et identisk udbud, kan være en indikation på, at denne har kapaciteten til at udføre opgaven alene, hvorfor der i så fald skal være sket ændringer i dennes kapacitet. Kapacitetsændringer vil være en plausibel forklaring på deltagelse i konsortiet, hvorefter tilbudsgiver ikke kan udelukkes under henvisning hertil. Tilbudsgivers kapacitet i en konkret kontraktperiode kan for ordregiver være svær at forholde sig til, da ordregiver ikke på tildelingstidspunktet har den fornødne viden om tilbudsgivers interne forhold. Det forekommer derfor ikke overraskende, at konsortier bestående af tidligere individuelle tilbudsgivere er en *tilstrækkelig plausibel indikation*, som ordregiver bør undersøge nærmere. For præcisering af dette forhold henvises til afsnit 4.3.4.

Sammenfattende er retstilstanden efter kendelsen, at ordregiver til enhver tid er forpligtet til at påse tilbuddenes forenelighed med konkurrenceretten, indlede en undersøgelse ved tvivl om dette, og slutteligt udelukke i tilfælde af tilbuddenes uforenelighed. Dette gælder uanset om udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 3 er tilvalgt. Det taler for at

¹⁵⁹ Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet, 2021, s. 55.

tilvælge udelukkelsesgrunden, at bevisbyrden er lempet og skønnet er større, idet der kun kræves tilstedeværelse af *tilstrækkelige plausible indikationer* og ikke *et mere sikkert grundlag* som efter ligebehandlingsprincippet. På den anden side er grænsen for, hvornår ordregiver er forpligtet til at undersøge forholdet nærmere efter ligebehandlingsprincippet, tilsvarende lavere. Sikkert er, at ordregiver er forpligtet til at undersøge tilbud, der er udtryk for konkurrencefordrejning, uanset om udelukkelsesgrunden er tilvalgt i udbudsbekendtgørelsen eller ikke. Dette skyldes at antagelse af tilbud, der ikke er udarbejdet selvstændigt og uafhængigt, i sig selv vil stride imod ligebehandlingsprincippet på grund af den opnåede konkurrencefordel.

2.8 Sammenfatning af Klagenævnets praksis om tilstrækkelige plausible indikationer og efterprøvelse af ordregivers skøn

I det foregående afsnit er tre kendelser¹⁶⁰ på området blevet indgående behandlet med henblik på at konkludere, hvornår ordregiver har indikationer på konkurrencefordrejende adfærd. For nuværende kan én absolut standard om ordregivers undersøgelsespligt udledes af lovbemærkningerne, navnlig i det tilfælde hvor der er rejst tiltale mod en tilbudsgiver for overtrædelse af konkurrencelovgivningen. I modsætning til denne udledte øvre grænse, har det ikke ud fra klagenævnspraksis været muligt at udlede en nedre grænse for, hvornår ordregiver bør have *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. De behandlede kendelser indikerer, at ordregivers viden på tildelings-tidspunktet er afgørende for vurderingen. Samtidig kan det argumenteres at grænsen for, hvornår ordregiver *skal* udelukke en tilbudsgiver, er relativt høj grundet bestemmelsens uklarhed. Af kendelserne kan det udledes, at der skal mere til end blot en enkeltstående konstatering om betydelige prisforskelle, fælles ejerforhold eller identiske fejl i tilbudsmaterialet.

I relation til Klagenævnets prøvelse af ordregivers skøn kan det ud fra kendelserne konstateres, at Klagenævnet er noget tilbageholdende med at prøve skønnet indgående. Ordregiver er tillagt et skøn inden for de udbudsretlige rammer og inden for rammerne af sin egen udarbejdede udbudsbekendtgørelse. Som offentlig myndighed er ordregiver forpligtet til at udøve et skøn i de situationer, hvor lovgiver i lovbestemmelsen har tillagt

¹⁶⁰ Herunder kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*, kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden* samt kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*.

ordregiver en skønsbeføjelse. Skønnet skal udøves i overensstemmelse med magtfordrejningslæren, hvortil der gælder et forbud mod at sætte skøn under regel. Grundlæggende gælder det, jf. afsnit 2.4 om de forvaltningsretlige principper, at Klagenævnet kan prøve ordregivers skøn. Klagenævnet tilkendegiver klart i sin praksis, at skønnet alene tilsidesættes, hvis grænserne for saglighed og rigtighed åbenbart er overskredet, herunder hvis de udbudsretlige principper om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet er tilsidesat.

Ordregiver er på udelukkelsesområdet, særligt i forhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, tillagt et forholdsvist frit skøn, hvilket Klagenævnets kendelser er udtryk for. Der skal således meget til, førend Klagenævnet tilsidesætter ordregivers skønsmæssige vurdering. Dette eksempelvis som følge af en faktisk viden og formodning på tildelingstidspunktet, der ikke udmunder sig i nærmere undersøgelse af forholdene som tilfældet i kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*. Klagenævnets efterprøvelse af ordregivers skøn begrænses yderligere af nævnets manglende kompetencer på konkurrencerettens område. Klagenævnet pointerer flere gange i sin praksis, at de ikke har kompetence til at tage stilling til, om konkurrencereglerne er overtrådt, hvilket understreger vigtigheden af, at ordregiver er i stand til at foretage et korrekt skøn.

Ud fra praksis kan det tillige udledes, at tilbudsgiver ikke skal regne med at få medhold i sin klage omhandlende ordregivers skønsmæssige vurdering af *tilstrækkelige plausible indikationer*. Klagenævnets manglende kompetence på konkurrencerettens område sammenholdt med ordregivers frie skøn, uden særlig vejledning til skønnet, vurderes at være til fare for den tilsigtede beskyttelse af tilbudsgiver mod arbitrær behandling i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

En anden konsekvens af beviskravets uklarhed er, at ordregiver ved tilbudsevalueringen skal forholde sig til konkurrenceretten og dens kompleksitet. Herunder skal ordregiver være i stand til at identificere, om et tilbud blot er et konkurrencedygtigt tilbud, eller om det baserer sig på konkurrencefordrejende adfærd. Vurderingen forudsætter et højt kendskabsniveau til konkurrencen på markedet og konkurrenceretten i sin helhed, hvorfor vurderingen indebærer betydelige transaktionsomkostninger for ordregiver. Dette da konkurrencebegrænsende aftaler per definition er hemmelige, og identificering af sådanne aftaler forudsætter informationer og kompetencer som ordregiver ikke forventes at

besidde. Tilbage står formodninger, antagelser, tvivl og sund fornuft, som ordregiver i stedet må basere sit skøn på.

Uhensigtsmæssigheden i dette kan bevirke til en anden anvendelse end tilsigtet med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Ordregiver kan risikere at udelukke den tilbudsgiver med det økonomisk mest fordelagtige tilbud ubegrundet til fare for udbudslovens formål om bedst mulig udnyttelse af offentlige midler og det forvaltningsretlige princip om forsvarlig økonomisk forvaltning. Uklarhederne vanskeliggør anvendelsen af bestemmelsen, hvorfor der er holdepunkter for at argumentere, at det reelt er hensynet til ordregiver der gør, at § 137, stk. 1, nr. 3 ikke er gjort obligatorisk men er forblevet frivillig. At forpligtelsen til at udelukke tilbud baseret på konkurrencefordrejende aftaler allerede gælder efter ligebehandlingsprincippet, jf. kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting mod Skatteministeriet* synes at tale for argumentationen.

Foruden ordregivers skøn ved fortolkning af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og den vanskelighed som anvendelsen indebærer, tilkommer der ordregiver et skøn i relation til lovens § 138, stk. 1 om self-cleaning. Finder ordregiver efter en konkret vurdering at have *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd, vil denne være forpligtet til at udelukke tilbudsgiver fra udbuddet. Dokumenterer tilbudsgiver imidlertid sin pålidelighed, kan denne ikke udelukkes fra udbuddet, jf. udbudslovens § 138, stk. 1, 1. pkt. Reglerne om self-cleaning fungerer derfor som en sikkerhedsventil for ordregivers ukorrekte anvendelse af § 137, stk. 1, nr. 3, og sikrer tilbudsgiver mod arbitrær behandling. Rammerne for ordregivers skøn i relation til tilbudsgivers dokumentation, og ændringerne i medfør af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens nyoprettede 'Enhed for pålidelighedsvurdering' vil i det følgende blive afsøgt. Dette grundet antagelsen om at reglerne om self-cleaning og udelukkelsesreglerne uløseligt hænger sammen.

2.9 Analyse af udbudslovens § 138, stk. 1 omhandlende self-cleaning

I det følgende skal det undersøges, hvordan self-cleaning kan foretages, når ordregiver (i) har tilvalgt udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og (ii) finder at have *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. Muligheden for self-cleaning er implementeret på grundlag af udbudsdirektivet art. 57, stk. 6, og beror på en proportionalitetstankegang. For at sikre proportionalitet, idet udelukkelse må

betegnes som en alvorlig sanktion, gives en udelukket tilbudsgiver mulighed for at rette op på sine overtrædelser og/eller dokumentere sin uskyld.¹⁶¹ Ved at give tilbudsgiver mulighed for at rette op på ukorrekt adfærd, motiveres tilbudsgiver til effektivt at iværksætte forebyggende foranstaltninger med ønsket om at genoprette sin pålidelighed. Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 102 udlægger det til medlemslandene at bestemme, om vurderingen af tilbudsgivers pålidelighed, skal foretages hos ordregiver eller hos kompetente myndigheder. Denne vurderingskompetence har forud for den seneste lovændring af udbudsloven¹⁶² været ordregivers alene.

Udbudslovens § 138, stk. 1, 1. pkt. foreskriver, at ordregiver ikke kan udelukke en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed. Hvad der anses som tilstrækkelig dokumentation er forsøgt præciseret i lovens § 138, stk. 3, nr. 1-3. Kravene er ikke kumulative i den forstand, at alle kravene skal være opfyldt, før tilbudsgiver kan anses for rensat. Med særlig relevans for udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1. nr. 3 er § 138, stk. 3, nr. 2 og 3. Efter disse er en tilbudsgivers dokumentation tilstrækkelig, hvis tilbudsgiver har gjort indgåede rede for overtrædelse af konkurrencereglerne gennem et aktivt samarbejde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, eller har truffet passende tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge øvrige overtrædelser.

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 138 fremgår, at tilstrækkeligheden af tilbudsgivers dokumentation for pålidelighed beror på en konkret vurdering, der skal foretages under hensyn til forseelsens karakter, de truffede foranstaltninger samt konkrete forhold ved kontrakttildelingen.¹⁶³ Desuden skal ordregiver, som et udtryk for en proportionalitetsbetragtning, tage hensyn til grovheden af overtrædelsen og særlige omstændigheder i øvrigt.

Ordregivers konkrete vurdering af tilbudsgivers dokumentation har været genstand for behandling ved Klagenævnet i flere sager. Et eksempel herpå er kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*, hvori Klagenævnet bemærkede at ordregiver ved vurderingen af passende tekniske, organisatoriske og personalemæssige

¹⁶¹ Treumer, 2016, s. 247.

¹⁶² Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

¹⁶³ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 138, s. 156.

foranstaltninger har et betydeligt skøn.¹⁶⁴ Om tilsidesættelse af ordregivers vurdering anførte Klagenævnet, at de alene tilsidesætter skønnet, hvis det er usagligt, fejlbehæftet eller hvis ordregiver har skønnet åbenbart forkert.¹⁶⁵ Det er derfor det klare udgangspunkt, at Klagenævnet ikke tager stilling til ordregivers vurdering af tilbudsgivers fremlagte dokumentation for pålidelighed efter lovens § 138, stk. 1. Dette er ikke at forveksle med, at Klagenævnet ikke prøver, om en sådan vurdering reelt er foretaget, hvilket var tilfældet i kendelse af 9. december 2021, *Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden*. Heri bemærkede Klagenævnet, at ordregiver ikke havde foretaget en vurdering af tilbudsgivers dokumentation i overensstemmelse med bestemmelsen.¹⁶⁶

Finder ordregiver at tilbudsgiver ikke på tilstrækkelig vis har dokumenteret sin pålidelighed, vil denne endeligt blive udelukket fra udbuddet. Udelukkelsesperiodens længde er, foruden at være reguleret af proportionalitetsprincippet, også reguleret af udbudsloven. Tidsrammen er ved vedtagelse af den nye ændringslov¹⁶⁷ forlænget fra to år til tre år, jf. udbudslovens § 138, stk. 7. Forlængelsen kan rummes af de i udbudsdirektivet udlagte rammer, der fastsætter en maksimal udelukkelsesperiode på tre år, jf. udbudsdirektivets art. 57, stk. 7. Ordregiver skal allerede i udbudsbekendtgørelsen anføre udelukkelsesperioden, jf. også gennemsigtighedsprincippet.¹⁶⁸

Det skal afslutningsvis bemærkes, at selvom self-cleaning i henhold til § 138 knytter sig til udelukkelsesreglerne, påhviler der ordregiver ved udelukkelse i medfør af ligebehandlingsprincippet en pligt til at foretage nærmere undersøgelse af mistænkelighederne og anmode om redegørelse for de mulige konkurrencebegrænsende forhold.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*, s. 53. (KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune, 2022). Klage fra udelukket tilbudsgiver med påstand om uberettiget udelukkelse. Klager anførte, at sine self-cleaning foranstaltninger var tilstrækkelige, hvilket ordregiver ikke fandt. Klagenævnet tog ikke påstanden til følge under henvisning til ordregivers betydelige skøn på området.

over ordregivers vurdering af, at den udelukkede tilbudsgivers self-cleaning foranstaltninger ikke var tilstrækkelige.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Kendelse af 9. december 2021, *Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden*, s. 18. Kendelsen angår klage over samme udbud som den i *OneMed A/S mod Region Hovedstaden* omhandlende sag.

¹⁶⁷ Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

¹⁶⁸ L 19, 2015, Specielle bemærkninger til § 138, s. 158.

¹⁶⁹ Jf. *Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet*, 2021.

2.10 Ny 'Enhed for pålidelighedsvurdering'

Vurdering af tilbudsgivers fremlagte dokumentation, og dennes tilstrækkelighed, kan vedrøre forhold uden for ordregivers faglige kompetence. Som eksempel herpå vil ordregiver i relation til konkurrencefordrejende adfærd skulle tage stilling til, om tilbudsgivers iværksatte initiativer er egnet til at forebygge fremtidig konkurrencestridig adfærd. Den administrative omkostningsbyrde ved denne vurdering synes i kombination med ovenstående at være betydelig. Under de nuværende regler vil det således være muligt, at en tilbudsgiver udelukkes af en ordregiver i én kommune, og ikke udelukkes af en ordregiver i nabokommunen, hvilket er til fare for både retssikkerheden og overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Ønsket om en mere ensartet pålidelighedsvurdering, et mere effektivt brug af ressourcer og et større fokus på at tildele kontrakter til ordentlige og ansvarlige tilbudsgivere, danner baggrund for vedtagelse af den nationale særregel i udbudslovens § 138, stk. 1, 2. pkt. I medfør af bestemmelsen er 'Enhed for pålidelighedsvurdering' oprettet under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvorved ordregiver er forpligtet til at indhente en vejledende udtalelse af tilbudsgivers fremlagte dokumentation for pålidelighed. Desuagtet at der i henhold til bestemmelsens ordlyd gælder en *pligt* til at indhente en vejledende udtalelse, særligt jf. anvendelsen af *skal*, gælder der ikke en pligt til at lægge den vejledende udtalelse til grund. Valget herom er *frivilligt*, hvilket understreges af anvendelsen af *vejledende* samt af lovbemærkningerne.¹⁷⁰ På denne måde opretholder ordregiver sin vurderingskompetence og muligheden for selvstændigt at foretage sin egen vurdering.

Indførelse af en pligt til at indhente en pålidelighedsvurdering beror på et forslag fra *Arbejdsgruppen for eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen* (herefter *Arbejdsgruppen*).¹⁷¹ Arbejdsgruppen fremsætter i sin rapport anbefaling om, at der: *"(...) oprettes en enhed, der får til opgave at vurdere virksomheders pålidelighed i forbindelse med gennemførelsen af offentlige udbudsprocedurer, således at vurderingen af pålidelighed kan ske*

¹⁷⁰ L 199, 2022, pkt. 2.3 om 'lavere transaktionsomkostninger ved offentlige udbud ved oprettelsen af en enhed for pålidelighedsvurderinger', s. 8.

¹⁷¹ Arbejdsgruppen bestående af repræsentanter fra Erhvervsministeriet, Finansministeriet og Justitsministeriet blev nedsat i februar 2019 med henblik på at fremkomme med en rapport i foråret 2020, jf. Kommissorium for arbejdsgruppe om eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen, Folketingets Finansudvalget 2019-2020. Arbejdsgruppen har haft til formål at revidere udbudslovens regler om udelukkelse og self-cleaning ud fra opnåede erfaringer fra Atea-sagen. (Arbejdsgruppens rapport for eventuelle regelændringer, 2020)

*uafhængigt af ordregivernes interesser, og så vurderingen sker så ens som muligt på tværs af den offentlige sektor.*¹⁷² Bemærkelsesværdigt er det, at Arbejdsgruppen i sin rapport anbefaler at: *”(...) den enkelte ordregivende myndighed skal være forpligtet til at lægge enhedens vurdering til grund, således at de enkelte ordregivere helt fritages for denne opgave. Det vurderes, at det vil være mere effektivt for de enkelte ordregivende myndigheder og tilbudsgiver i forhold til både tid, økonomi og ressourcer.*” (vores understregning)¹⁷³

Denne anbefaling står i kontrast til den vedtagne lovændring, hvor valget om at anvende enhedens pålidelighedsvurdering er gjort frivillig. De ressourcemæssige besparelser ved en frivillig ordning sår Arbejdsgruppen tvivl om, da ordregiver kan vælge ikke at følge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af tilbudsgivers dokumentation.¹⁷⁴ Der må imidlertid være en berettiget forventning om, at ordregiver følger de vejledende udtalelser, hvorfor en administrativ omkostningsbesparelse må forventes. Samtidig bevarer ordregiver sit skøn, og får mulighed for at tillægge andre forhold betydning end dem, der er omfattet af vejledningen.

Processen omkring pålidelighedsvurderingen bliver med den vejledende udtalelse mere omfattende, idet ordregiver skal indsende en begrundelse for udelukkelse af tilbudsgiver samt dennes dokumentation for pålidelighed til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Opstår der undervejs spørgsmål, skal videreformidlingen gå gennem ordregiver. Enheden skal efterfølgende foretage sin vurdering af tilbudsgivers pålidelighed på baggrund af de dokumenter, som tilbudsgiver mener kan dokumentere sin pålidelighed. Hvad der imidlertid kan karakteriseres som troværdig dokumentation, kan ikke præcist udledes af hverken Klagenævnets praksis, lovbemærkningerne eller den juridiske litteratur.

Overordnet må det med udgangspunkt i praksis, lovbemærkningerne og den juridiske litteratur gælde, at de tiltag som tilbudsgiver gennemfører for at dokumentere sin pålidelighed, skal være relateret til de omstændigheder, der førte til udelukkelse. Endvidere skal tiltagene være implementeret i virksomheden, og skal kunne dokumenteres. Det må således ikke anses for tilstrækkeligt, at foranstaltningerne er under planlægning, eller at der findes hensigtserklæringer om, at der vil blive gennemført en række tiltag. Det må bero

¹⁷² Arbejdsgruppens rapport for eventuelle regelændringer, 2020, s. 3.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

på en konkret vurdering af det specifikke udbud, herunder den enkelte udelukkelsesgrund, hvad der kan ses for tilstrækkelig dokumentation, og hvad der kan udgøre nødvendige foranstaltninger.

EU-domstolen har i sin praksis på samme vis ikke udtalt sig om, hvad der kan udgøre tilstrækkelig dokumentation, men har i sag C-124/17, *Vossloh Laeis* behandlet udbudsdirektivets regler om self-cleaning. I sagen fandt EU-Domstolen, at ordregiver skal anmode en økonomisk aktør, der er fundet ansvarlig for en konkurrenceretlig overtrædelse, om at fremlægge konkurrencemyndighedens afgørelse om forseelsen.¹⁷⁵ Hertil fastslog EU-Domstolen, at kravene til tilbudsgivers dokumentation ikke må være unødvendigt strenge eller uproportionale i forhold til kontraktens karakter og omfang, navnlig for at sikre en fair og gennemsigtig udbudsproces.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, anset som lovgivers forlængede arm, har for at hjælpe både ordregiver og tilbudsgiver med dokumentationskravene, valgt at udvikle en skabelon for afgivelse af dokumentation for pålidelighed.¹⁷⁶ Denne er alene en opfordring, der skal være med til at sikre, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtager korrekt bevis for iværksatte foranstaltninger. Hertil har styrelsen udarbejdet en *vejledning om vurdering af pålidelighed*, der skal bidrage til ordregivers endelige vurdering af tilbudsgivers pålidelighed. I dette må også ligge en formodning for, at ordregivers transaktionsomkostninger ved vurderingen bliver mindsket. Vejledningen er offentliggjort i år 2023, og er endnu ikke blevet behandlet ved Klagenævnet.¹⁷⁷

Opsummerende for formålene med centralisering af pålidelighedsvurderingerne er ønsket om sikre ensartede vurderinger gennem et bedre kompetencegrundlag, forøgelse af tilbudsgivers retssikkerhed og ønsket om at bidrage til administrative besparelser gennem styrkelse af ordregivers vurderingsgrundlag. Denne centralisering vurderes alt andet lige at påvirke den måde, hvorpå self-cleaning foretages, når ordregiver (i) har tilvalgt

¹⁷⁵ Sag C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH*, pr. 30.

¹⁷⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Skabelon for en virksomheds dokumentation for pålidelighed*, december 2022.

¹⁷⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, marts 2023. Vejledningen beskriver blandt andet, hvilke faktorer der kan indgå i en vurdering af tilbudsgivers pålidelighed, herunder tidligere overtrædelser af udbudsreglerne og andre relevante love og regler, samt hvilke passende foranstaltninger der kan træffes for at afhjælpe sådanne overtrædelser. (Vejledning om vurdering af pålidelighed, 2023)

udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og (ii) finder at have *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd.

2.11 Juridisk delkonklusion

Indeværende kapitel har haft til formål at undersøge, hvornår ordregiver skal udelukke tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Sammenfattende kan det opsummeres, at pligten til at undersøge et tilbud med henblik på udelukkelse gælder, når ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer* til at konkludere, at tilbudsgiver har *indgået en aftale, samordnet praksis* eller *foretaget vedtagelser* med andre økonomiske aktører, der har *til formål at hindre, begrænse eller fordreje* konkurrencen.

En korrekt anvendelse af bestemmelsen forudsætter, at ordregiver udelukker, når beviskravet om *tilstrækkelige plausible indikationer* er til stede, hvorfor det særligt er blevet undersøgt, hvornår dette er tilfældet. For nuværende kan én absolut standard om ordregivers undersøgelsespligt udledes. Efter denne gælder en undersøgelsespligt, når der er rejst tiltale mod tilbudsgiver for overtrædelse af konkurrencelovgivningen, eller når denne er dømt for forseelsen. Sådanne forhold vil i henhold til lovbemærkningerne altid udgøre en *tilstrækkelig plausibel indikation*. Omvendt har det ud fra Klagenævnets praksis ikke været muligt at udlede en nedre grænse for, hvornår ordregiver bør have *tilstrækkelige plausible indikationer*. Af klagenævnspraksis kan udledes, at der skal mere til end blot en konstaterbar prisforskel, fælles ejerforhold eller identiske fejl i tilbudsmaterialet for at udløse en undersøgelsespligt. Samme praksis indikerer, at ordregivers faktiske viden på tildelingstidspunktet er afgørende. Nærmere om bestemmelsens anvendelse kan ikke udledes af hverken lovgivning, praksis eller juridisk litteratur.

Sikkert er derimod, at ordregiver er tillagt et tilnærmelsesvis frit skøn ved vurderingen. Dette skøn skal udøves i overensstemmelse med magtfordrejningslæren og forbuddet mod at sætte skøn under regel. Ordregivers skøn i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 vurderes at forudsætte et betydeligt kendskab til konkurrenceretten, hvilke kompetencer ordregiver ikke forventes at besidde. Det manglende kendskab vurderes at besværliggøre bestemmelsens anvendelse og indebærer en omkostningstung byrde til fare for både tilbudsgiveres beskyttelse mod arbitrær behandling, udbudslovens formål om bedst mulig

udnyttelse af offentlige midler samt det forvaltningsretlige princip om forsvarlig økonomisk forvaltning. Med udgangspunkt i den behandlede praksis kan det udledes, at Klagenævnet er tilbageholdende med at prøve ordregivers skøn. Skønnet tilsidesættes alene, hvis grænserne for saglighed og rigtighed er klart overskredet, herunder hvis der er tale om en tilsidesættelse af udbudslovens grundlæggende principper i § 2.

Foruden ovenstående kan det konkluderes, at ordregiver kun kan udelukke tilbudsgiver i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvis ordregiver på forhånd har tilvalgt bestemmelsen i udbudsbekendtgørelsen. Dette er ikke enslydende med, at ordregiver ikke i graverende tilfælde kan udelukke tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd. I så tilfælde vil det være under henvisning til ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Anvendelsen forudsætter imidlertid *et mere sikkert grundlag* end efter den frivillige udelukkelsesgrund, jf. kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting mod Skatteministeriet*.

Afsluttende kan det opsummeres, at tilbudsgiver i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet skal have mulighed for at dokumentere sin uskyld eller genoprette sig pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 1, når ordregiver i første omgang har fundet *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. Afgørende for denne vurdering er, om tilbudsgivers dokumentation er tilstrækkelig. Vurderingen skal foretages under hensyn til forseelsens karakter, de trufne foranstaltninger og konkrete forhold ved kontrakttildeling. Finder ordregiver at dokumentationen ikke er tilstrækkelig, skal tilbudsgiver endeligt udelukkes fra udbuddet. På samme vis kan tilbudsgiver ikke udelukkes, hvis denne formår at dokumentere sin pålidelighed og/eller rette op på de konkurrenceretlige overtrædelser. Denne skønsmæssige vurdering har forud for den nyeste lovændring været ordregivers alene. Centraliseringen af pålidelighedsvurderingerne ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har til formål at sikre en mere ensartet vurdering, et mere effektivt brug af ressourcer samt afhjælpe de betydelige omkostninger forbundet med en usikker og kompleks vurdering.

3. KAPITEL III - ØKONOMISK ANALYSE

3.1 Indledning

Den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er i afhandlingens juridiske analyse blevet belyst. Hertil er self-cleaning reglen i udbudslovens § 138, stk. 1, samt oprettelsen af 'Enhed for pålidelighedsvurdering' blevet analyseret. I følgende økonomiske analyse vil formålet med udelukkelses- og self-cleaning reglerne begyndelsesvist blive klarlagt i et økonomisk øjemed. Dette med henblik på at undersøge reglernes virkning på ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 om udelukkelse på baggrund af *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. Undersøgelsen vil danne grundlag for en principal-agent analyse af ordregivers incitament til at forfølge lovgivers ønskede formål med bestemmelsen. Analysen har tillige til hensigt at undersøge, i hvilket omfang den nye self-cleaning bestemmelse bidrager til ordregivers opfyldelse af udelukkelsesreglens formål. Som afrunding på kapitlet vil forskellige markedsstrukturers effekt på ordregivers incitament til anvendelse af bestemmelsen blive afsøgt.

3.2 Retsøkonomisk analyse af udbudslovens §§ 137, stk. 1, nr. 3 og 138, stk. 1 om udelukkelse og self-cleaning

3.2.1 Udelukkelsesreglernes formål

I overensstemmelse med traktatens formål og udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, spiller udbudsreglerne en væsentlig rolle i relation til funktionen og opretholdelsen af det indre marked.¹⁷⁸ Udbudsreglerne er iværksat for at sikre EU's overordnede ønske om et velfungerende og effektivt marked for offentlige indkøb.¹⁷⁹ Dette indebærer, at tilbudsgivere skal have lige konkurrencevilkår uanset EU-landegrænser og konkurrenceforvridninger mellem økonomiske aktører skal undgås.¹⁸⁰ Samtidig skal effektiviteten af offentlige indkøb øges, således at ordregiver får mest valuta for pengene gennem en rationel indkøbspolitik til gavn for samfundet. Dette opnås i henhold til Europa-Kommissionen ved stærkest mulig konkurrence om offentlige kontrakter.¹⁸¹

¹⁷⁸ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, 2011, s. 3.

¹⁷⁹ Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb, 2011, s. 3.

¹⁸⁰ Ibid., s. 4.

¹⁸¹ Ibid.

Som et strategisk virkemiddel for at fremme målsætningen om mest valuta for pengene har lovgiver affattet udelukkelsesreglerne. Affattelsen beror foruden dette mål på et ønske om at understøtte politiske mål, når det offentlige køber ind.¹⁸² Et af disse politiske mål er social ansvarlig ved indkøb, herunder en beslutning om at offentlige kontrakter alene bør tildeles lovlydige og pålidelige aktører. Et af midlerne til at opnå dette skal findes i reglerne om udelukkelse. Efter disse regler skal tilbudsgiver udelukkes fra udbuddet, hvis denne har begået strafbare handlinger, der sår tvivl om tilbudsgivers integritet.

Valget om at muliggøre udelukkelse anses som værende et tydeligt signal til potentielle tilbudsgivere om, at deltagelse i offentlige udbud forudsætter efterfølgelse af lovregler.¹⁸³ Udelukkelse som foranstaltning har til formål at sikre lige vilkår mellem tilbudsgivere. Ønsket herom beror på, at økonomiske aktører der ikke overholder sine juridiske forpligtelser, kan have en utilbørlig konkurrencefordel og som følge heraf drive pålidelige tilbudsgivere ud af markedet.¹⁸⁴ Hertil kommer at antagelse af tilbud, der beror på konkurrencefordrejende adfærd, næppe gavner det udbudsretlige formål om mest valuta for pengene. Dette da ordregiver i teorien kan ende med at betale mere for kontrakten end i et marked, hvor der ikke er sket fordrejning af konkurrencen.¹⁸⁵

Foruden disse formål synes der i den økonomiske litteratur at være tre sekundære formål med udelukkelsesreglerne.¹⁸⁶ Disse formål kan inddeles i det *politiske*, det *straffende* og det *beskyttende* rationale.¹⁸⁷ Ud fra det politiske rationale betragtes udelukkelse af tilbudsgiver som en politisk erklæring om manglende tolerance over for konkurrencefordrejning.¹⁸⁸ Udelukkelse af tilbudsgiver sikrer, at offentlige midler ikke anvendes til at støtte kriminelle virksomheder, som kan bruge offentlige kontrakter som et middel til at generere omsætning. Hertil sikres, at offentlige myndigheder anvender sine økonomiske

¹⁸² Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb, 2011, s. 35.

¹⁸³ Williams-Elegbe, *The implications of negotiated settlements for debarment in public procurement: a preliminary enquiry*, 2020, s. 78. (Williams-Elegbe, 2020)

¹⁸⁴ Arrowsmith & Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, 2009, s. 113. ((Arrowsmith & Kunzlik, 2009)

¹⁸⁵ Der må alt andet lige være en risiko for, at ordregiver ender op med en upålidelig kontraktpart, hvis denne vælger at indgå en kontrakt med en tilbudsgiver, der har deltaget i konkurrencefordrejende aktiviteter. En upålidelig kontraktpart kan bevirke høje transaktionsomkostninger for ordregiver efter kontrakten er indgået. Tilbudsgiver kan af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen have modtaget bøde for overtrædelse af konkurrencelovgivningen, hvorved ordregiver kan risikere at skulle annullere kontrakten på baggrund af dette. Hertil er der sandsynlighed for flere klager, der igen kan bevirke høje transaktionsomkostninger efter kontraktindgåelse.

¹⁸⁶ Williams-Elegbe, 2020, s. 77.

¹⁸⁷ Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 113.

¹⁸⁸ Williams-Elegbe, 2020, s. 78.

ressourcer på en måde, der er i overensstemmelse med, og fremmer den offentlige politik.¹⁸⁹ Ved at udelukke økonomiske aktører, der har deltaget i ulovlige aktiviteter, reducerer ordregiver den samlede risiko for at blive forbundet med ulovlig adfærd (offentlig kritik), og sikrer sig mod spild af offentlige ressourcer.

For det andet kan udelukkelse af tilbudsgiver betragtes som en *straf*, der har til formål at afskrække og gengælde for deltagelse i ulovlige aktiviteter. Tilbudsgiver udelukkes fra at levere til det offentlige marked, hvilket kan få økonomisk betydning for denne. Udelukkelse anses derfor som en alvorlig sanktion, idet tilbudsgiver mister muligheden for at få den pågældende kontrakt, og efterfølgende skal foretage selvrensende foranstaltninger.¹⁹⁰ I sådanne tilfælde *straffes* tilbudsgiver. Tilbudsgivers omdømme samt mulighed for fremtidig indtjening i udbud vurderes at blive påvirket negativt af udelukkelse.¹⁹¹

For det tredje kan udelukkelse af tilbudsgiver sikre, at ordregiver kun indgår offentlige kontrakter med egnede og pålidelige aktører. Herigennem skabes en høj standard for integritet og ansvarlighed blandt de deltagende aktører i offentlige udbud. Ordregiver *beskyttes* mod tilbudsgiver, hvis ageren, såsom deltagelse i konkurrencefordrejende aktiviteter, kan have negativ indvirkning på aktørens egnethed som kontraktpart.¹⁹² Muligheden for at tilbudsgiver besudler udbudssystemet med sine lovovertrædelser mindskes som følge af disses udelukkelse, ligesom skatteyderne ikke står over for at skulle bære den økonomiske byrde af tilbudsgivers sandsynlige uetiske eller kriminelle adfærd.¹⁹³ Udelukkelsesreglerne har derfor den virkning, at risikoen for kontraktbrud og unødvendige transaktionsomkostninger mindskes.

Ud over de generelle formål med udelukkelsesreglerne, er der forskellige hensigter med disse afhængig af, om der er tale om frivillige eller obligatoriske udelukkelsesgrunde. Forskellen på de frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde er først og fremmest ordregivers valgfrihed om anvendelse. De obligatoriske udelukkelsesgrunde medfører en pligt til at udelukke tilbudsgiver, hvis denne er dømt for at have begået strafbare handlinger eller har vedtaget bødeforlæg for overtrædelse af loven. Modsat finder de frivillige

¹⁸⁹ Williams-Elegbe, 2020, s. 78.

¹⁹⁰ Treumer, 2016, s. 247.

¹⁹¹ Williams-Elegbe, 2020, s. 78.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid.

udelukkelsesgrunde alene anvendelse, hvis ordregiver har indskrevet en eller flere af disse i udbudsbekendtgørelsen.

3.2.2 *Supplerende formål med frivillige udelukkelsesregler*

Eftersom anvendelse af frivillige udelukkelsesgrunde afhænger af ordregivers tilvalg af disse, da har ordregiver mulighed for at indføre ekstra kontrolmekanismer i sit udbud. Vælger ordregiver at indskrive en eller flere frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen, er ordregiver forpligtet til at udelukke tilbudsgiver til enhver tid under udbudsprocessen.¹⁹⁴

Anvendelsen af frivillige udelukkelsesgrunde vurderes, på baggrund af ordregivers valgfrihed, at skabe et rum for denne til at træffe beskyttende foranstaltninger for at sikre opretholdelse af kontrakten.¹⁹⁵ På samme vis indskærpes risikoen for, at uegnede og upålidelige tilbudsgivere deltager i udbudsprocessen, da ordregiver har mulighed for at målrette udbudsbekendtgørelsen til det enkelte udbud. Ved anvendelse af reglerne kan ordregiver minimere sandsynligheden for unødvendige transaktionsomkostninger efter kontraktindgåelse samt minimere risikoen for kontraktbrud. Endelig kan anvendelse af frivillige udelukkelsesgrunde være med til at øge kvaliteten af de indkomne tilbud og bidrage til at skabe et mere retfærdigt og konkurrencepræget marked for offentlige indkøb.

De frivillige udelukkelsesgrunde afspejler også de af EU's politiske prioriteter, der fortsat er under udvikling.¹⁹⁶ Dette gælder navnlig den frivillige udelukkelsesgrund om plausible indikationer på konkurrencefordrejende adfærd.¹⁹⁷ Samtidig kan de frivillige udelukkelsesgrunde være med til at fremme høje etiske og faglige standarder hos økonomiske aktører. Ved udelukkelse af tilbudsgiver kan ordregiver sende et signal til andre økonomiske aktører om, at de skal opføre sig ansvarligt og overholde loven, såfremt de ønsker at deltage i udbudsprocessen.¹⁹⁸ Anvendelsen vurderes på denne baggrund at styrke tilliden til den offentlige sektor og tilliden mellem den offentlige sektor og økonomiske aktører.

¹⁹⁴ Van Garsse & De Mars, *Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive*, 2016, s. 126. (Van Garsse & De Mars, 2016)

¹⁹⁵ Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 113.

¹⁹⁶ Van Garsse & De Mars, 2016, s. 128.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Auriol & Søreide, *An economic analysis of debarment*, 2017, s. 37. (Auriol & Søreide, 2017)

3.2.3 Udelukkelsesreglerne som kontrolmekanisme

I det følgende afsnit vil udelukkelsesreglerne som værende en kontrolmekanisme blive analyseret. Kontrolmekanismer har karakter af et styringsværktøj i forhold til at kontrollere hvilke tilbudsgivere, der afgiver tilbud, og hvilke tilbudsgivere som kontrakten i sidste ende tildeles.¹⁹⁹ Lovgiver har ved at gøre visse udelukkelsesgrunde obligatoriske indlagt en kontrol, der skal sikre en mindstestandard for tilbudsgivere i offentlige udbud. Samtidig har lovgiver valgt at overlade en række frivillige udelukkelsesgrunde til ordregiver. Ved tilvalg af en eller flere frivillige udelukkelsesgrunde kan ordregiver udøve yderligere kontrol og sikre, at tilbudsgivere der har tilsidesat forpligtelser, eller ikke har opfyldt standarder for integritet og professionalisme, udelukkes fra indkøbsprocessen. Ordregiver har således mulighed for at inddrage egne strategiske overvejelser, når denne skal udfærdige sin udbudsbekendtgørelse. De strategiske overvejelser kan indebære et ønske om en mere grøn og bæredygtig profil eller et ønske om sikre social ansvarlighed, der blandet andet skal påvirke ordregivers omdømme positivt udadtil.

Udelukkelsesgrunde kan på denne baggrund have en afskrækkende virkning over for tilbudsgivere, som overvejer at begå strafbare handlinger eller som ikke opfylder ordregivers krav til miljøretlige forpligtelser, da de ved, at handlingen vil medføre udelukkelse. På samme tid bidrager den kontrol, som udelukkelsesreglerne muliggør, til forøgelsen af de indkomne tilbuds kvalitet og innovation, der følgelig sikrer den vindende tilbudsgivers integritet.

Foruden det behandlede kontrolelement rummer reglerne et strafelement, idet tilbudsgiver udelukkes som konsekvens af sine handlinger. Udelukkede tilbudsgivere mister muligheden for at få tildelt kontrakten, hvilket medfører en række sunk costs.²⁰⁰ Ved dette skal forstås tilbudsgivers spildte omkostninger til udarbejdelse af tilbud og informationsøgning i forbindelse med tilbudsafgivelse. I de tilfælde, hvor tilbudsgiver udelukkes efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, kan de økonomiske aktører, udover at blive udelukket, også risikere potentielle sager og sanktioner fra konkurrencemyndighederne.

¹⁹⁹ Anderson, Kovacic & Müller, *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*, 2010, s. 8. (Anderson, Kovacic & Müller, 2010)

²⁰⁰ Sunk costs er omkostninger der allerede er afholdt, og derved ikke kan inddrives igen. Omkostningerne kan som eksempel inkludere tid og ressourcer benyttet til udarbejdelse af tilbud, jf. Christensen & Rasmussen, *Microeconomics*, 2013, s. 151.

Imidlertid er det relevant at bemærke, at indførelsen af frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsmaterialet primært er en præventiv foranstaltning, der sigter mod at forhindre utroværdige og uetiske tilbudsgiveres deltagelse i offentlige indkøb. Det primære formål er ikke at straffe tilbudsgiver for sine handlemåder, men at sikre kvaliteten og integriteten af udbudsprocessen.²⁰¹ Dette afspejler sig også i den indlagte mulighed for self-cleaning. Self-cleaning som mekanisme vil blive gennemgået i afsnit 3.2.5.

3.2.4 Virkningen af frivillige udelukkelsesregler

Virkningen af udelukkelsesreglerne vil i indeværende afsnit blive afsøgt med henblik på at analysere ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 efter lovgivers hensigt. Først og fremmest tilsigter de frivillige udelukkelsesgrunde at skabe mere effektive, konkurrencedygtige og pålidelige udbudsprocesser grundet reglernes afskrækkende virkning.²⁰² Denne afskrækkende virkning er ønskelig, da den tilsigter, at der kun kontraheres med pålidelige tilbudsgivere.²⁰³ Tilbudsgivers incitament til at deltage i konkurrencefordrejende aktiviteter vurderes at blive mindsket ved ordregivers tilvalg af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, da tilbudsgiver ved, at risikoen for at blive udelukket er større i et sådant tilfælde.

Anvendelse af frivillige udelukkelsesgrunde søger også at begrænse de incitamenter, som økonomiske aktører grundet markedsstrukturer, alt andet lige vil have til at indgå konkurrencefordrejende aftaler. Udelukkelse af tilbudsgiver har derfor karakter af en kontrolmekanisme, hvorved ordregiver sikrer sig mod tilbudsgivere, der udviser konkurrencefordrejende adfærd eller ikke opfylder dennes krav til social ansvarlighed. Dette forudsat at ordregiver er i stand til at identificere konkurrencefordrejende adfærd. Hvis konkurrencefordrejende adfærd identificeres, har ordregiver herefter mulighed for at sanktionere tilbudsgiver ved at udelukke aktøren fra udbuddet.

3.2.4.1 Udelukkelsesreglens konkurrencebegrænsende virkninger

Som fremhævet indebærer tilvalget af frivillige udelukkelsesgrunde, at antallet af deltagere i udbudsprocessen potentielt begrænses. Dette bidrager på den ene side til, at antallet af troværdige tilbudsgivere øges under antagelse om, at tilbudsgivere der deltager i

²⁰¹ Williams-Elegbe, 2020, s. 78.

²⁰² Auriol & Søreide, 2017, s. 2.

²⁰³ Treumer, 2016, s. 262.

konkurrencefordrejende aktiviteter, afskrækkes fra at deltage i udbud. Samtidig bibeholder ordregiver muligheden for at udelukke tilbudsgiver, hvis denne på tildelingstidspunktet har *tilstrækkelige plausible indikationer* på, at tilbudsgiver har indgået konkurrencefordrejende aftaler. I fleksible udbudsprocedurer hvor udarbejdelse af særlige komplekse tilbud er krævende for tilbudsgiver, kan udelukkelse bidrage til højere kvalitet og innovation af tilbuddene, da konkurrencen om selve kontrakten bliver mindre.²⁰⁴

På den anden side har udelukkelse en konkurrencebegrænsende virkning, hvorfor udelukkelsesmekanismens tilsigtede effekt kan blive undermineret. For ordregiver kan den konkurrencebegrænsende virkning medføre højere priser og lavere kvalitet samt forøge risikoen for tilbudsgivers opretholdelse af konkurrencefordrejende adfærd, da det bliver nemmere at observere en afvigelse fra den koordinerede adfærd.²⁰⁵ Alt dette står i kontrast til udbudsreglernes formål om bedst mulig udnyttelse af offentlige midler gennem en effektiv konkurrence. Uanset scenariet kan udelukkelse anses som et tveægget sværd og have uønskede virkninger for ordregiver.²⁰⁶

3.2.4.2 Udelukkelsesreglens præventive effekt

I udgangspunktet er effekten af udelukkelse afhængig af graden af konkurrence på markedet, hvilket understreges af Emmanuelle Auriol og Tina Søreide (herefter Auriol og Søreide) i deres analyse af markedseffekterne af udelukkelse i forbindelse med offentlige indkøb.²⁰⁷ Heri argumenterer Auriol og Søreide for, at udelukkelse på markeder med høj konkurrence ikke har en stor præventiv effekt, mens udelukkelse på markeder med lav konkurrence kan afskrække tilbudsgiver mod at begå konkurrencefordrejende handlinger.²⁰⁸ Antagelsen beror på, at tilbudsgiver tillægger fremtidige offentlige kontrakter en vis værdi, og at tilbudsgiver samtidigt ved, at der er risiko for at blive afsløret i konkurrencefordrejende aktiviteter. Om ordregiver har incitament til at anvende udelukkelsesgrunden, hvor den præventive effekt er stor, vil i det følgende blive undersøgt.

I praksis er markedet for offentlige indkøb i Danmark kendetegnet ved lav konkurrence henset til antallet af tilbudsgivere, der byder ind på offentlige opgaver. En ordregiver

²⁰⁴ Auriol & Søreide, 2017, s. 37.

²⁰⁵ Ibid. Der henvises til afsnit 3.4 for en uddybning af dette.

²⁰⁶ Ibid., s. 39.

²⁰⁷ Ibid., s. 37.

²⁰⁸ Ibid., s. 1.

modtog i gennemsnit 3,4 tilbud ved et offentligt udbud i år 2021 og 2,8 tilbud ved rammeaftaler, hvor omtrent 53 pct. af disse kun modtog ét eller to tilbud.²⁰⁹ Udelukkelse af økonomiske aktører vurderes at reducere antallet af potentielle tilbudsgivere, hvorfor der kan sås tvivl om, hvorvidt udelukkelse fører til mere valuta for pengene. Dette synes tvivlsomt, da et faldende antal tilbudsgivere øger sandsynligheden for tilbudskoordinerings, hvilket netop kan resultere i højere priser eller lavere kvalitet (mindre valuta for pengene).²¹⁰

I og med at antallet af tilbud per udbud allerede er relativt lavt, kan der stilles spørgsmålstegn til ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesgrunden, grundet den konkurrencebegrænsende effekt som reglen vil medføre. Omvendt har markedet for offentlige indkøb i Danmark, med udgangspunkt i fra Auriol og Søreides argumentation, gode forudsætninger for at være et marked, hvor udelukkelsesreglens præventive effekt vil kunne slå igennem. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 vurderes dermed at have stort potentiale som et effektivt redskab i kampen mod upålidelige aktører.

Til gengæld er den konkurrencebegrænsende virkning som udelukkelse vil medføre, betydeligt i et marked som er kendetegnet ved få indkomne tilbud. Opstilles et scenarie hvor ordregiver (i) har tilvalgt udelukkelsesgrunden og (ii) har *tilstrækkelige plausible indikationer* på, at alle tilbudsgivere på et givent marked har deltaget i konkurrencefordrejende aktiviteter, vil udelukkelse af alle tilbudsgivere ramme ordregiver urimeligt hårdt. For så vidt angår den efterspurgte ydelse, vil ordregiver i scenariet skulle finde en anden måde at efterkomme sin efterspørgsel. I den økonomiske litteratur fremhæves, at den afskrækkende virkning som udelukkelsesreglerne tilsigter, i scenariet vil kunne nås ved udelukkelse af kartellets initiativtager(e).²¹¹ Selvom denne løsning er at foretrække for ordregiver, stiller udelukkelse af initiativtageren urimelige krav til ordregivers kompetencer på konkurrenceområdet. Ikke alene skal ordregiver være i stand til at gennemskue konkurrencefordrejende adfærd, men skal tillige være i stand til at identificere initiativtageren til denne adfærd. Scenariet synes derfor ikke at skabe incitament til anvendelse.

²⁰⁹ Status for offentlig konkurrence 2022, 2023, s. 36. Gennemsnittet er beregnet under udbudsformen offentligt udbud. 27,6 pct. af disse udbud modtog kun ét tilbud. 25,2 pct af udbud modtog 25,2 pct. Antallet af udbud, der kun modtager ét tilbud, er steget med 3 procentpoint fra år 2021.

²¹⁰ Levenstein & Suslow, *What Determines Cartel Success?*, 2006, s. 58. Der henvises til afsnit 3.4 for en uddybning af dette.

²¹¹ Auriol & Søreide, 2017, s. 45.

3.2.4.3 Udelukkelsesreglens virkninger på kort og langt sigt

Ved analyse af udelukkelsesreglernes virkninger på markedet for offentlige indkøb synes det hensigtsmæssigt at sondre mellem kortsigtede og langsigtede virkninger. Udelukkelse på kort sigt kan bevirke et reduceret antal af tilbudsgivere og mindre valuta for pengene grundet reglens konkurrencebegrænsende virkninger og afskrækkende effekt. På den anden side kan udelukkelse på kort sigt beskytte ordregiver mod tilbudsgivere, der er uegnede som kontraktparter. De positive effekter skal imidlertid findes på langt sigt. På langt sigt er udelukkelse en nødvendig mekanisme for at sikre forfølgelse af de formål, som udbudsreglerne sigter på. Dette gælder formålet om at sikre tillid til offentlige myndigheder og lige konkurrencevilkår til gavn for både det indre markedes effektivitet og ordregivers pligt til forsvarlig økonomisk forvaltning.

I henhold til Auriol og Søreides argumentation vil utroværdige aktører, der er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, på langt sigt blive fjernet fra markedet for offentlige kontrakter.²¹² Dette da tilbudsgiverne ikke længere vil få tildelt offentlige kontrakter, og vil have sværere ved at overleve i markedet på langt sigt. Tilbage vil der angiveligt kun stå pålidelige og loydlige aktører.²¹³ Den præventive og afskrækkende effekt vil blive øget på langt sigt grundet det strafelement, som udelukkelsesreglerne rummer. Omkostningerne ved at blive udelukket grundet ulovlige forhold stiger på længere sigt, hvorefter det ikke kun er én kontrakt der mistes, men flere. Til omkostningerne ved at miste kontrakten relaterer sig, foruden den mistede omsætning, de sunk costs der for tilbudsgiver er forbundet med forberedelse af tilbuddene.

Antagelsen om stigende omkostninger ved udelukkelse på langt sigt beror på, at ordregiver reelt har mulighed for at identificere og udelukke tilbudsgiver, hvis de finder *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. I så fald vil tilbudsgiver vide, at der er en reel risiko for at blive afsløret i sine handlinger, og den præventive effekt ved udelukkelsesreglerne vil kunne slå igennem, forudsat at fremtidig profit ved offentlige udbud værdisættes af tilbudsgiver.²¹⁴

²¹² Auriol & Søreide, 2017, s. 1.

²¹³ Hjelmeng & Søreide, *Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization*, 2014, s. 5. (Hjelmeng & Søreide, 2014)

²¹⁴ Auriol & Søreide, 2017, s. 45.

Den ønskede effekt på langt sigt opnås derfor bedst, hvis ordregiver anvender udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 som tilsigtet. For hver afvigelse fra udelukkelsesreglen vil tiden før den langsigtede effekt opnås blive forøget.²¹⁵ Ved afvigelse forstås, at ordregiver ikke udelukker en tilbudsgiver, der burde være blevet udelukket, og omvendt vælger at udelukke en tilbudsgiver, der ikke burde være udelukket. Ordregivers incitament til at afvige fra reglernes anvendelse vil blive analyseret i en principal-agent analyse i afsnit 3.3. Forinden skal formålet med self-cleaning reglerne afsøges, hvorefter en diskussion af self-cleaning som en troværdig mekanisme følger. Et redskab der skal medvirke til at sikre færrest mulige afvigelser samt sikre troværdigheden af udelukkelsesgrunden, er reglerne om self-cleaning.

3.2.5 Formålene med self-cleaning

Formålene med self-cleaning vil i nærværende blive afsøgt med henblik på at vurdere, hvorvidt udbudslovens § 138, stk. 1 bidrager til ordregivers opfyldelse af lovgivers hensigt med udelukkelsesreglen. I første del af analysen vil udgangspunktet tages i self-cleaning systemet forinden den nye self-cleaning bestemmelses ikrafttræden. Reglen om self-cleaning tjener til at begrænse ordregivers mulighed for at sanktionere tilbudsgiver med udelukkelse, og beror både på en proportionalitets- og incitamentsbaseret tilgang.²¹⁶ Ved dette forstås, at reglen om self-cleaning har et motiverende aspekt, idet udelukkede tilbudsgivere motiveres til at rette op på sine overtrædelser eller dokumentere sin uskyld. Ellers upålidelige tilbudsgivere får mulighed for at genoprette sin pålidelighed, og lovgiver opnår fortsat, at der alene kontraheres med ansvarlige og integritetsfulde aktører.²¹⁷ Tilbudsgiver har ved at iværksætte tiltag internt i virksomheden mulighed for at afhjælpe konsekvenserne af sin deltagelse i konkurrencefordrejende aktiviteter og effektivt forebygge fremtidige forekomster af ukorrekt adfærd.

Self-cleaning reglen sigter på at minimere den uhensigtsmæssige konkurrencebegrænsende virkning, som udelukkelsesreglen kan have. I en situation hvor tilbudsgiver har dokumenteret sin pålidelighed på tilstrækkelig vis, menes antagelsen af tilbudsgivers tilbud ikke at være forbundet med en forøget risiko for ulovlig konkurrencefordrejende

²¹⁵ Hjelmeng & Søreide, 2014, s. 7.

²¹⁶ Schoenmaekers, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, 2018, s. 8. (Schoenmaekers, 2018)

²¹⁷ Arrowsmith, Prieß & Friton, *Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?*, 2009, s. 13. (Arrowsmith, Prieß & Friton, 2009)

adfærd.²¹⁸ Tanken er, at de fordele tilbudsgiver har ved ulovlig adfærd, udlignes af de omkostninger som self-cleaning indebærer. På denne måde sikres lige konkurrence om offentlige kontrakter, da udelukkede tilbudsgivere ikke længere kan drage fordel af deres ulovlige adfærd.²¹⁹ Denne effekt er forenelig med udelukkelsesreglens formål.

Ved at tillade udelukkede tilbudsgivere at deltage i fremtidige udbud, kan ordregiver opnå en større konkurrence om sine kontrakter, begrænse de omkostninger som udelukkelse medfører samt sikre opfyldelse af egne politiske-, sociale- og økonomiske målsætninger. Dette kan føre til flere konkurrencedygtige tilbud, lavere omkostninger og i sidste ende mere valuta for pengene. Self-cleaning vurderes tillige at være et effektivt redskab, hvis ordregiver befinder sig på et marked med få aktører. Dette da self-cleaning mekanismen øger konkurrencen, hvorved sandsynligheden for tilbudskoordinering mindskes.²²⁰ Self-cleaning synes på denne baggrund at være i alles interesse.

På den anden side kan tilbudsgivers mulighed for self-cleaning være problematisk i forhold til de frivillige udelukkelsesreglers mål om, at markedet på langt sigt kun skal bestå af pålidelige aktører. Alt andet lige er den afskrækkende effekt mindre, når tilbudsgiver gives muligheden for at rette op på forseelsen i tilfælde af udelukkelse.²²¹ Af denne grund vil self-cleaning systemet aldrig kunne stå alene, da sanktionselementet og den afskrækkende effekt ved udelukkelse er nødvendigt for self-cleanings systemets integritet.²²² Udelukkelse og self-cleaning hænger således uløseligt sammen.

3.2.5.1 *Self-cleaning som troværdig mekanisme*

En endelig udelukkelse af tilbudsgiver forudsætter, at tilbudsgiver ikke er i stand til at dokumentere sin pålidelighed på tilstrækkelig vis. Er tilbudsgiver omvendt i stand til at dokumentere sin pålidelighed over for ordregiver, kan denne ikke udelukkes. Vurderingen af hvad der anses som tilstrækkelig dokumentation, har indtil den seneste lovændring af udbudsloven været ordregivers alene.²²³ Som anført i afhandlingens juridiske analyse har lovgiver ved udformning af reglen overladt et betydeligt skøn til ordregiver ved vurdering

²¹⁸ Hjelmeng & Søreide, 2014, s. 12.

²¹⁹ Arrowsmith, Prieß & Frition, 2009, s. 47.

²²⁰ Der henvises til afsnit 3.4 for en uddybning af effekten.

²²¹ Schoenmaekers, 2018, s. 7.

²²² Ibid., s. 8.

²²³ Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

af tilbudsgivers dokumentation. Dertil kommer, at ordregiver ved udelukkelse i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 skal tage stilling til, om tilbudsgivers iværksatte initiativer er tilstrækkelige til at forebygge konkurrencestridig adfærd. U hensigtsmæssigheden ved det betydelige skøn kombineret med ordregivers ofte begrænsede kompetence på konkurrencerettens område synes at være til at føle på, da det kan resultere i inkonsekvent anvendelse. Hertil kan ordregivers uafhængighed af egne incitament er betvivles. At udlægge vurderingen til ordregiver kan føre til vilkårlighed og uforudsigelighed, hvilket kan være problematisk og have en begrænsende effekt på både self-cleaning- og udelukkelses-systemets troværdighed.

Spørgsmålet er herefter, om self-cleaning systemets indretning reelt er troværdig. Umiddelbart synes der at være en problematik ved, at den samme aktør både tager stilling til udelukkelse, og herefter foretager en bedømmelse af, hvorvidt self-cleaning initiativerne er pålidelige. Problematikken forstærkes af, at den tilbudsgiver der vurderes, er en potentiel kommende kontraktpart, hvilket kan så tvivl om upartiskheden i vurderingen af både *tilstrækkelige plausible indikationer* efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og *tilstrækkelig dokumentation* efter lovens § 138, stk. 1. Forestiller man sig at ordregiver har et ønske om at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, der står til at skulle udelukkes, bevirker indretningen af udelukkelses- og self-cleaning systemet, at ordregiver, når denne har anmodet om dokumentation fra tilbudsgiver, er fri til at tildele kontrakten til denne. Ordregiver vil i denne situation have opfyldt sine forpligtelser, som lovgiver pålægger denne. Henset til at dokumentationen blot skal være tilstrækkelig for den konkrete ordregiver, vurderes der at være et stort spillerum for ordregiver til at medtage egne interesser og ønsker i forhold til dennes valg af kontraktpart.

Det synes at være en utopi at forestille sig, at ordregiver som offentlig myndighed ikke vil have nogen ønsker til sine kommende kontraktparter. Ordregiver er som offentlig myndighed også en virksomhed med egne ideer, interesser og forestillinger om, hvem der skal være kommende kontraktpart. Den hidtidige indretning af self-cleaning systemet synes ikke at tage hensyn til disse betragtninger i dets udformning og synes at indebære en implicit antagelse om, at offentlige myndigheder altid vil agere i lovgivers interesse. På denne baggrund finder nærværende forfattere, at der er et reelt behov for at mindske ordregivers spillerum og herigennem øge troværdigheden af systemet.

En anden problematik i indretningen af udelukkelses- og self-cleaning systemet er uforudsigeligheden i ordregivers anvendelse. Hverken tilbudsgiver eller ordregiver vil, grundet inkonsistensen i anvendelsen, på forhånd vide om de iværksatte initiativer er troværdige nok for den specifikke ordregiver, og ingen af parterne kan således regne med, at reglerne bliver anvendt og håndhævet korrekt.²²⁴ Tilbudsgiver kan risikere at blive endeligt udelukket af én ordregiver og omvendt blive anset som rensset af en anden ordregiver. Sammenholdes dette med ordregivers betydelige skøn, kan man betvivle den upartiskhed og objektivitet, som self-cleaning reglerne, for at blive anset som troværdige, alt andet lige bør rumme.²²⁵ Denne problemstilling danner grundlag for en national lovændring, der har til formål at gøre vurderingen knyttet til self-cleaning initiativerne fri for ordregivers interesse og hertil mindske det subjektive spillerum. Om lovændringen fører til mere effektive regler, vil danne grundlag for afhandlingens videre analyse og diskussion.

3.2.6 Ny 'Enhed for pålidelighedsvurdering'

I dansk ret valgte lovgiver ved lovændringen pr. 1. januar 2023 at indføre særreglen om, at ordregiver fremadrettet skal indhente en vejledende udtalelse om tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed hos 'Enhed for pålidelighedsvurdering'.²²⁶ Formålet med den nye bestemmelse er ud fra et økonomisk perspektiv at skabe en ensartethed og objektivitet, der fører til forudsigelighed samt en bedre og mere troværdig self-cleaning mekanisme. Alt dette skal sikre, at reglerne bliver anvendt på en efficient måde og ikke til skade for konkurrencen eller integriteten i udbudsprocessen. Samtidig skal lovændringen sikre, at udelukkelsesreglernes langsigtede præventive virkning på tilbudsgiveres ulovlige adfærd opnås. Spørgsmålet er herefter, om den nye regel er i stand til at øge troværdigheden af self-cleaning som mekanisme.

Umiddelbart kan man forestille sig, at ordregivers tilbøjelighed til at anskue tilbudsgivers pålidelighed er påvirket af ordregivers ønske om kontraktindgåelse med netop denne tilbudsgiver. Der kan argumenteres herfor, hvis tilbudsgivers tilbud enten er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, leverer de ønskede innovative løsninger, som ordregiver har håbet på eller der er tale om en tilbudsgiver som ordregiver har god erfaring med. Forestiller

²²⁴ Hjelmeng & Søreide, 2014, s. 7.

²²⁵ Ibid., s. 4.

²²⁶ Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

man sig, at den udelukkede tilbudsgiver er den med den billigste og bedste løsning, vil der næppe være kortsigtede gevinster for ordregiver ved at udelukke tilbudsgiver endeligt. I denne situation kan det argumenteres, at bedømmelsen af tilbudsgivers dokumentation formentligt vil være mere lempelig.

Henset til udelukkelsesreglernes virkninger vil gevinsterne ved at udelukke utroværdige tilbudsgivere i højere grad vise sig på længere sigt under antagelse af, at disse vil blive konkurreret ud af markedet.²²⁷ En anden situation der på kort sigt kan tænkes at påvirke ordregivers vurdering af tilbudsgivers iværksatte tiltag, er politiske betragtninger, f.eks. ønsket om at støtte lokale virksomheder. Den strenge anlægsramme som ordregiver er underlagt, kan også forestilles at have betydning for valget om både udelukkelse og self-cleaning.²²⁸ Ordregiver vil formentlig være mere tilbøjelig til at forfølge egne budgetmål frem for det overordnede langsigtede mål om social ansvarlighed og integritet ved offentlige indkøb, hvilket ikke synes at være i lovgivers hensigt.²²⁹

3.2.6.1 *En vej til et mere troværdigt self-cleaning system?*

Ovenstående taler for, at centraliseringen af pålidelighedsvurderinger under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil øge troværdigheden af self-cleaning som mekanisme. Den forudsigelighed og kontrol der vil følge med mere ensartede pålidelighedsvurderinger, synes at forøge den præventive og afskrækkede virkning, som både udelukkelsessystemet og self-cleaning sigter mod. Dette da antallet af afvigelser fra korrekt anvendelse af reglerne følgelig vil blive reduceret. Ud fra en omkostningsbetragtning vurderes ordregiver at have større incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Med ændringen følger færre omkostninger til undersøgelse og vurdering af tilbudsgivers dokumentation, og ordregiver vil alene skulle afholde transaktionsomkostninger til identificering af konkurrencefordrejende aktiviteter.

Omvendt har lovgiver alene valgt at gøre pålidelighedsvurderingen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vejledende. På denne måde bibeholder ordregiver muligheden for at foretage sit eget skøn over tilbudsgivers dokumentation samt muligheden for at inddrage andre forhold end dem, som pålidelighedsenheden har inddraget i sin vurdering. Et

²²⁷ Hjelmeng & Søreide, 2014, s. 1.

²²⁸ Kommunernes Landsforening, *Fakta om kommunernes anlægsudgifter*, 2020. Heri kan udledes, at kommunernes samlede anlægsinvesteringer i år 2018 lå 2,1 mia. kr. over den aftalte anlægsramme.

²²⁹ Hjelmeng & Søreide, 2014, s. 6.

argument kan derfor være, at troværdigheden af self-cleaning alt andet lige vil påvirkes mindre positivt, end hvis der var tale om en bindende udtalelse. Det formodes imidlertid, at ordregiver i de fleste tilfælde vil lægge den vejledende udtalelse til grund, blandt andet på grund af den øgede klagerisiko, der forventeligt vil være til stede i det modsatte tilfælde. Indretningen af det nye self-cleaning system vurderes at være i lovgivers interesse, da lovgiver ikke skal foretage den endelige vurdering og dermed ikke skal bære ansvaret samt omkostningerne i tilfælde af klager.

Afslutningsvis må det vurderes, at den nye self-cleaning enhed forbedrer de behandlede problemstillinger relateret til self-cleaning mekanismens troværdighed. Ordregiver vil ikke længere alene skulle tage stilling til udelukkelse af potentielle kontraktparter, hvorfor den nye regel til en vis grad gør op med usikkerheden om ordregivers forfølgelse af egne politiske-, sociale- og omkostningsmæssige interesser. På samme tid vil problemstillingen vedrørende reglernes inkonsistente anvendelse afhjælpes ved, at der fremover vil blive foretaget eksterne vurderinger af tilbudsgivers dokumentation. Forudsætningerne vil således være ens for alle, og vil ikke længere afhænge fra ordregiver til ordregiver.

I relation til vurderingen af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvor ordregiver indtil nu har skulle tage stilling til, om iværksatte initiativer er egnet til at forebygge fremtidig konkurrencestridig adfærd, findes der at være en positiv gevinst ved centraliseringen af dokumentationsvurderingen. Dette da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som konkurrencemyndighed, og de kompetencer denne har, vil kunne skabe en mere strømlinet vurdering, der er afgørende for både udelukkelses- og self-cleaning systemets troværdighed. Dermed ikke sagt, at lovgiver vurderes at være i mål i forhold til opnåelse af udbudsreglernes formål om lige konkurrence og mere valuta for pengene.

Forudsigeligheden der skabes ved det nye system, vurderes at afhjælpe problemet med de nuværende reglers udformning, der er karakteriseret ved et betydeligt skønselment og en vag formulering. Den konsekvente anvendelse der formentlig opnås, vil fremrykke de endelige langsigtede mål med udelukkelsessystemet. På langt sigt vil udelukkelsesreglerne bevirke, at der kun er pålidelige og etiske tilbudsgivere tilbage i markedet grundet udelukkelsesreglernes præventive og afskrækkende effekt. Med dette sikres tillid til offentlige myndigheder og mest valuta for pengene. Disse mål vurderes for nuværende at blive modarbejdet af ordregivers tvivl ved anvendelse af udelukkelses- og self-cleaning

reglerne. For overhovedet at nå de langsigtede mål kræves også en forudsigelighed om anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvorfor en forudsigelighed i relation til vurderingen af *tilstrækkelige plausible indikationer* bør søges. Dette er genstand for behandlingen af handlingen integreret kapitel. Ordregivers anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og hvorvidt ordregiver har incitament til at anvende reglen efter lovgivers hensigt, vil blive afsøgt nedenfor. Analysen vil tage sit udgangspunkt i en principal-agent analyse.

3.3 Principal-agent analyse

Som anført i den første del af den økonomiske analyse bidrager den nye self-cleaning enhed til, at ordregiver ved anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 ikke i samme omfang som tidligere har mulighed for at forfølge egne interesser og mål, når denne skal udelukke tilbudsgiver. Dette synes at være i lovgivers interesse, da udelukkelsesreglen i større grad anvendes efter dens formål. Om den nye 'Enhed for pålidelighedsvurdering' bidrager til ordregivers anvendelse af udelukkelsesreglen, vil blive afsøgt i det følgende. Udgangspunktet for analysen er en principal-agent teoretisk tilgang, der vil bero på lovgivers og ordregivers relation, hvor lovgiver anses som principal og ordregiver som agent. I tråd med ovenstående vil reglen om self-cleaning i udbudsloven blive inddraget, samt de udledte virkninger af udelukkelses- og self-cleaning reglerne.

Affattelsen af udbudsreglerne beror, som angivet i afsnit 3.2, på et ønske om at sikre et velfungerende og effektivt marked for offentlige indkøb. Forudsætningen for at markedet for offentlige indkøb fungerer effektivt er (i) integritet og ansvarlighed i indkøbsprocessen og (ii) effektiv konkurrence blandt tilbudsgivere.²³⁰ Førstnævnte kan anskues som et principal-agent problem, da der er risiko for, at ordregiver kan berige sig på bekostning af lovgiver og/eller offentligheden.²³¹ Dette kommer eksempelvis til udtryk i det skønselement ordregiver besidder i forbindelse med sin vurdering af *tilstrækkelige plausible indikationer* efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Den brede skønsebeføjelse som lovgiver har udlagt til ordregiver, bygger på en implicit antagelse om, at ordregiver til enhver tid er ærlig, og vil agere efter lovgivers hensigt.²³² Ordregiver har ved tilvalg af bestemmelsen, og efter en vurdering af tilbudsgivers dokumentation, mulighed for at udelukke ellers

²³⁰ Anderson, Kovacic & Müller, 2010, s. 1.

²³¹ Ibid.

²³² Auriol & Søreide, 2017, s. 37.

troværdige tilbudsgivere fra udbuddet og omvendt ikke at udelukke tilbudsgivere, der burde være udelukket. Det kan bevirke at reglerne ikke anvendes hensigtsmæssigt i forhold til lovgivers formål med udelukkelsesreglerne.

I forhold til en principal-agent teoretisk tilgang kan problemet udledes som, at der er uoverensstemmelser mellem lovgivers og ordregivers interesser, da ordregiver har egne mål og motiver, som kan afvige fra lovgivers ønsker. For at mindske denne uoverensstemmelse er det nødvendigt at designe en passende incitamentsfordeling, der kan motivere ordregiver til at handle i overensstemmelse med lovgivers ønsker.²³³ En incitamentsfordeling kan blandt andet involvere sanktioner for manglende opfyldelse af mål og resultater, der kan reducere agentens motivation til at afvige fra principalens ønsker og mål.²³⁴ I Danmark kan Klagenævnet samt domstolene (som fører tilsyn med ordregiver) sanktionere ordregiver for overtrædelse af udbudsreglerne. En nærmere analyse af dette vil følge nedenfor. Begyndelsesvist skal det undersøges, i hvilket omfang principal-agent teorien kan anvendes på et lovgiver-/ordregiver forhold.

3.3.1 *Principal-agent teori på et lovgiver/ordregiver forhold*

I klassisk forstand benyttes principal-agent teori til at analysere forholdet mellem to (eller flere) parter i en relation, hvor den ene part (agenten) handler på vegne af, eller som repræsentant for, den anden (principalen).²³⁵ Teorien bygger på problemfeltet mellem principalens og agentens fordeling af information i deres interne forhold samt deres individuelle interesser. Principalen anses som værende den med mindst information om agentens handlinger, hvorved agenten anses som den informationsbærende part.²³⁶ Teoriens hovedformål er at opstille den mest incitamentsforenelige kontrakt, hvor parternes omkostninger, interesser, målsætninger samt eksogene variabler²³⁷ er indregnet.²³⁸ En væsentlig forudsætning for dette er, at principalen ikke kan overvåge agenten og dennes handlinger fuldstændigt.²³⁹

²³³ Knudsen, 1997, s. 164.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Eksogene variabler er udefrakommende omstændigheder, som parterne ikke kan påvirke. Dette gælder som eksempel lovændringer. Eksogene variabler er imidlertid omstændigheder, som parterne skal tage hensyn til, når den efficiente kontrakt skal affattes, jf. Bergen, Dutta & Walker, *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*, 1992, s. 4. (Bergen, Dutta & Walker, 1992)

²³⁸ Bergen, Dutta & Walker, 1992, s. 2.

²³⁹ Ibid.

På trods af at teorien har fokus på at indrette eksplicitte kontrakter, kan teorien i praksis også anvendes på enhver "(...) *mutual agreement governing some aspect of subsequent behavior*".²⁴⁰ Dette under forudsætning af, at principalen fortsat er den dominerende part i forholdet, og ikke kan overvåge agenten i alt dens gøremål.²⁴¹ En incitamentsforenelig kontrakt kan dermed også være en gensidig aftale, der formår at forene de involverede parterers målsætninger og interesser bedst muligt. I nærværende situation vil en sådan aftale være at anse som ordregivers tilvalg af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvilket vil være i overensstemmelse med lovgivers ønske med udelukkelsesreglen.

En grundlæggende antagelse i teorien er også, at hver part handler efter egne interesser og målsætninger, hvilket skaber risiko for asymmetrisk information mellem disse.²⁴² Den asymmetriske information på markedet for offentlige indkøb kan ifølge teorien tilskynde ordregiver til at udvise *adverse selection* og *moral hazard*, som er de problemer, lovgiver kan blive udsat for, når der ikke er symmetri i parternes informationsdeling.²⁴³ Efter teorien forsøger lovgiver såvel som ordregiver at undgå disse problemer ved at have tilstrækkelig information om hinandens ageren.²⁴⁴

Opstår der imidlertid asymmetrisk information mellem parterne, kan det medføre en risiko for, at udelukkelsesreglen ikke anvendes efter reglens formål eller slet ikke anvendes af ordregiver. Fra lovgivers perspektiv er dette ikke ønskeligt. Lovgivers målsætning er at få ordregiver til at handle i overensstemmelse med sit ønske om at skabe lige konkurrencevilkår, bedst mulig udnyttelse af offentlige midler, tillid til offentlige myndigheder samt sikre udelukkelsesreglernes præventive effekt i markedet. Dette opnås ved at få ordregiver til at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og self-cleaning reglen efter hensigten, hvorved det sikres, at ordregiver kun indgår kontrakter med pålidelige og lovlydige aktører.²⁴⁵ Om lovgiver kan få ordregiver til anvende bestemmelsen, og derved forfølge lovgivers mål, skal i det følgende undersøges. Først kan det ud fra en generel økonomisk betragtning fremhæves, at værdien ved at anvende udelukkelsesreglen skal være større, end

²⁴⁰ Bergen, Dutta & Walker, 1992, s. 2.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Knudsen, 1997, s. 164 ff.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Anderson, Kovacic & Müller, 2010, s. 37.

ved ikke at anvende reglen for ordregiver. Er værdien ved at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 større end ved ikke at anvende denne, da vil ordregiver have incitament til at indføre denne i udbudsmaterialet.

3.3.2 *Principal-agent problemer i et lovgiver/ordregiver forhold*

Til brug for en vurdering af om ordregiver har incitament til at forfølge lovgivers formål, skal det undersøges, hvilke problemer asymmetrisk information kan medføre. Dette undersøges ved brug af begreberne adverse selection og moral hazard, der begge omhandler agentens skjulte handlinger. Udgangspunktet for vurderingen vil være en undersøgelse af problemerne inden den nye self-cleaning bestemmelses implementering i udbudsloven. Dette skal udmunde i en efterfølgende undersøgelse af, om bestemmelsen bidrager til ordregivers opfyldelse af lovgivers hensigt.

Adverse selection refererer til den situation, hvor den ene part har mere information om en handling end den anden part på tidspunktet inden en kontraktindgåelse.²⁴⁶ I relation til lovgiver-/ordregiver forholdet kommer dette til udtryk ved, at lovgiver ikke har komplet kendskab til ordregivers informationsmængde eller dennes incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Ordregiver har nærmere bestemt, som følge af sin rolle, kendskab til egen omkostningsstruktur, herunder om det vil være rentabelt at anvende den frivillige udelukkelsesgrund. Desuden har ordregiver viden om egne politiske-, sociale- og økonomiske målsætninger, for eksempel et ønske om at støtte lokale virksomheder samt sikre et positivt image.

Skal ordregiver imidlertid indkøbe på et nyt marked, kan det kræve ekstra omkostninger at vurdere, om den frivillige udelukkelsesregel skal anvendes. Valget herom kan forudsætte gennemførelse af markedsundersøgelser, hvilket kan være en tidskrævende og omkostningstung proces. Omvendt må det vurderes, at den mulighed ordregiver har for at designe og målrette udbudsbekendtgørelsen til det enkelte marked, er gavnlige for ordregiver. På denne måde indskærpes risikoen for at utroværdige tilbudsgivere tildeles kontrakten. I første omgang bevirker dette til et incitament til anvendelse af udelukkelsesreglen. Dette på trods af de yderligere transaktionsomkostninger som inkorporering af reglerne alt andet lige kan medføre.

²⁴⁶ Knudsen, 1997, s. 167.

Befinder ordregiver sig omvendt på et marked, som den i kraft af sin erfaring og sparring med andre ordregivere på forhånd har viden om, har ordregiver mulighed for at vurdere, om der er et reelt behov for anvendelse af udelukkelsesreglen. Ved ordregivers indgående kendskab til markedet vil der ikke i samme grad være incitament til at anvende reglen, når ordregiver positivt ved, at der ikke er behov for dette. Uanset scenariet skaber retstilstanden efter kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting mod Skatteministeriet*²⁴⁷, ud fra et omkostningsmæssigt perspektiv, et lavere incitament til anvendelse, da tilbudsgiver i særligt graverende tilfælde kan udelukkes efter ligebehandlingsprincippet. Ordregiver kan således mindske sine omkostninger ved ikke at tilvælge udelukkelsesreglen, og på samme tid have mulighed for at udelukke tilbudsgiver som følge af dennes ulovlige adfærd. I sidste ende får ordregiver det samme resultat, da utroværdige tilbudsgivere bliver udelukket fra udbuddet. Uagtet at udelukkelse i medfør af ligebehandlingsprincippet forudsætter et mere sikkert grundlag end efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, da synes muligheden for udelukkelse efter princippet ikke at bidrage til udelukkelsesreglens anvendelse.

I forlængelse af dette skal ordregiver i sit valg om at indføre den frivillige udelukkelsesgrund tage stilling til, hvilket signal den ønsker at sende til tilbudsgiver. Det blev i afsnit 3.2.3 udledt, at udelukkelsesreglen har en afskrækkende virkning, hvilket ikke vurderes positivt for markeder, hvor der i forvejen er minimal konkurrence om kontrakten og et fåtal af potentielle tilbudsgivere. I en sådan situation vil ordregiver næppe have incitament til at anvende udelukkelsesreglen.

En anden problematik der kan bevirke adverse selection problemer, er ordregivers usikkerhed omkring anvendelse af udelukkelses- og self-cleaning reglerne. Finder ordregiver at der er indikationer på, at tilbudsgiver har begået ulovlige handlinger, men er usikker på tilstrækkeligheden af dokumentationen, kan dette lede til, at ordregiver ikke anvender bestemmelsen. Samtidig ved ordregiver at tilbudsgivers udelukkelse – eller mangel på samme - kan medføre sandsynlighed for klager. En klage vil yderligere skabe risiko for øgede omkostninger relateret til udbuddet. Hertil kan usikkerheden omkring, hvad der er tilstrækkelig dokumentation efter udbudslovens § 138, stk. 1 og *tilstrækkelige plausible*

²⁴⁷ Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet, 2021.

indikationer efter lovens § 137, stk. 1, nr. 3 bevirke, at ordregiver undlader at indføre udelukkelsesreglen i udbudsmaterialet, og ikke følger lovgivers målsætninger.

Sammenholdt med ovenstående må det vurderes, at der er flere adverse selection problemer, herunder kendskab til konkurrencen på markedet, egen omkostningsstruktur, egne målsætninger og egen usikkerhed relateret til bestemmelsernes anvendelse i forholdet mellem ordregiver og lovgiver. Ordregiver er på denne baggrund i besiddelse af en informationsfordel. Denne informationsfordel kan ordregiver vælge at udnytte til egen fordel ved ikke at tilvælge den frivillige udelukkelsesgrund.

Træffer ordregiver beslutningen om at anføre udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 i udbudsmaterialet, er der tilmed sandsynlighed for, at den asymmetriske information ikke fører til korrekt anvendelse af bestemmelsen. Disse problemer betegnes i henhold til teorien som moral hazard. Kendetegnende for situationen er, at lovgiver ikke kan overvåge ordregiver fuldstændigt, hvilket bevirker, at ordregiver kan have incitament til at udvise opportunistisk adfærd og handle for at optimere egen nytte.²⁴⁸

Den opportunistiske adfærd kan vise sig ved, at ordregiver vælger ikke at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 til at udelukke utroværdige aktører, men omvendt vælger at beholde disse i udbudsprocessen, på trods af deres (måske) ulovlige adfærd. Dette kan udspringe af ordregivers kortsigtede fokus på at nå egne budgetmål, men kan også være forbundet til målet om at skabe en så høj konkurrence som muligt om offentlige opgaver. Virkningen bliver imidlertid, at der er større sandsynlighed for, at ordregiver indgår kontrakter med upålidelige aktører, som undervejs i kontraktperioden kan skabe hold-up problemer, der i sidste ende kan føre til sunk costs for ordregiver. Ved at afvige fra reglerne mindskes virkningen af den præventive og afskrækkende effekt på langt sigt.

Hertil har ordregiver med sit betydelige skønselement mulighed for at udelukke ellers pålidelige tilbudsgivere, hvis ordregiver ønsker dette, og finder at have *tilstrækkelig plausibile indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. På baggrund af den juridiske analyse synes der ikke at kunne udledes en nedre grænse for, hvornår ordregiver bør have plausible indikationer, hvorfor et spillerum alt andet lige er til stede. I en sådan situation

²⁴⁸ Knudsen, 1997, s. 167.

har ordregiver mulighed for at inddrage personlige formodninger samt tidligere erfaring med tilbudsgiver ved valget om at udelukke tilbudsgiver for egen vindings skyld. Resultatet af dette kan være et mindre ønskværdigt output for lovgiver, da ordregiver kan gå glip af et ellers konditionsmæssigt tilbud og samtidig forvrænge konkurrencen om udbuddet.

Begge scenarier kan bevirke en risiko for, at ordregiver bliver pålagt et erstatningsansvar for ukorrekt anvendelse, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 14, stk. 1. Dette som følge af enten (i) uberettiget udelukkelse eller (ii) manglende udelukkelse af tilbudsgiver, der deltager i konkurrencefordrejende aktiviteter. Ved uberettiget udelukkelse af tilbudsgiver kan Klagenævnet pålægge ordregiver at yde erstatning for det tab, som den uberettiget udelukkede tilbudsgiver har lidt. Et pålagt erstatningsansvar forudsætter at dansk rets almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt.²⁴⁹ Erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse kan blive pålagt, hvis det godtgøres at den udelukkede tilbudsgiver ville have vundet udbuddet.²⁵⁰ For det andet kan erstatning tilkendes i en situation med manglende udelukkelse af tilbudsgiver. Godtgør en forbigået tilbudsgiver, at ordregiver ikke har foretaget en korrekt udelukkelse af en konkurrencekrænkende tilbudsgiver, og at den forbigåede tilbudsgiver i stedet ville have fået tildelt kontrakten, kan positiv opfyldelsesinteresse også tilkendes den forbigåede tilbudsgiver. Begge tilfælde af ukorrekt anvendelse indebærer en risiko for erstatningssøgsmål. Foruden dette, er der risiko for, at udbudsprocessen forsinkes, og ordregivers omkostninger til udbuddet forøges. Dette kan lede til at udelukkelsesgrunden ikke, eller kun i et mindre omfang, bliver anvendt.

På samme vis er der risiko for, at forbigåede tilbudsgivere vælger at indgive klager til Klagenævnet over ordregivers skønsmæssige udelukkelse af disse eller manglende udelukkelse af andre tilbudsgivere. Klagenævnet er ligesom domstolene eksterne tilsynsorganer, der er med til at sikre håndhævelse og proceduremæssig kontrol af ordregiver.²⁵¹ Klagenævnets kontrol er begrænset til efterprøvelse af ordregivers skøn i forhold til udelukkelsesreglerne, hvorfor der ikke tages stilling til overtrædelser af konkurrencelovgivningen.²⁵² Klagenævnet har i sin praksis flere gange anført, at de kun tilsidesætter

²⁴⁹ Der gælder fem grundlæggende betingelser for at ifalde erstatningsansvar. Der skal foreligge et *ansvarsgrundlag*, der skal være indtrådt en *skade* hos skadelidte (som har forårsaget et tab) og der skal være *årsagsforbindelse* mellem disse to sider. Hertil er det også en betingelse, at der er *adækvans* mellem skaden og handlingen og *ingen ansvarsfrihedsgrunde*, jf. Von Eyben & Isager, *Lærebog i erstatningsret*, 2019, s. 23.

²⁵⁰ Hamer, 2021, s. 800.

²⁵¹ Anderson, Kovacic & Müller, 2010, s. 16.

²⁵² Jf. § 1 i lov om Klagenævnet for Udbud.

ordregivers skøn, hvis det er usagligt, fejlbehæftet eller hvis ordregiver har skønnet åbenbart forkert.²⁵³ Dette bevirker, at ordregivers skøn kun i særlige graverende tilfælde tilsidesættes, og at risikoen for at tilbudsgiver får medhold i sin klage, er minimal. Antagelsen herom bekræftes af afhandlingens analyse af retspraksis, hvor der på nuværende tidspunkt kun er ét eksempel på, at Klagenevnet har tilsidesat ordregivers skøn ved anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Denne minimale risiko bevirker, at ordregivers incitament til anvendelse af bestemmelsen øges.

Opsummerende synes den asymmetriske information på markedet for offentlige indkøb mellem ordregiver og lovgiver at medføre et spillerum for ordregiver til at forfølge egne målsætninger ved valget om at anvende den frivillige udelukkelsesgrund. Iøjnefaldende er udelukkelsesreglens affattelse og dennes betydelige skønselement, der ud fra et ansvarligheds perspektiv øger ordregivers muligheder for et subjektivt og manipuleret misbrug af sin skønsbeføjelse. Den mængde af information som ordregiver besidder, vurderes ligeså at bevirke inkonsistens og arbitrære beslutninger om udelukkelse, hvorved den afskrækkende virkning ved udelukkelsesreglen minimeres.²⁵⁴ Sammenholdt med retstilstanden efter Klagenevnets kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting mod Skatteministeriet* vurderes ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesgrunden at være minimal. Fra lovgivers synspunkt er dette et betydeligt problem, idet udelukkelsesreglen ikke anvendes til at sikre effektiv konkurrence blandt tilbudsgivere, skabe mere valuta for pengene eller til at sikre integritet og social ansvarlighed i indkøbsprocessen. I det følgende skal det derfor undersøges, om den nye self-cleaning bestemmelse har en positiv indvirkning på ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

3.3.3 Bidrager den nye self-cleaning bestemmelse til ordregivers anvendelse af udelukkelsesreglen?

For at afbøde de principal-agent problemer der er forbundet med ordregivers skønsbeføjelse ved udelukkelse af tilbudsgiver, har lovgiver valgt at oprette 'Enhed for pålidelighedsvurdering'. Som anført i afsnit 2.10 er enhedens formål at lave vejledende udtalelser til ordregiver, hvilket bevirker, at ordregiver fortsat kan inddrage sin egen vurdering af, om dokumentationen er tilstrækkelig. Hensigten med den nye bestemmelse har fra lovgivers side været at skabe forudsigelighed i vurderingen samt reducere af ordregivers

²⁵³ KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune, 2022, s. 53.

²⁵⁴ Treumer, 2016, s. 253.

mulighed for at forfølge egne målsætninger, når denne skal foretage et skøn over tilbudsgivers dokumentation. Om den nye bestemmelse i lovens § 138, stk. 1 minimerer informationsasymmetrien mellem lovgiver og ordregiver, og derved afbøder principal-agent problemerne, vil i det følgende være genstand for undersøgelse.

Forudsigeligheden som den nye vejledende udtalelse skal bidrage med at skabe, synes at bero på en tankegang om en mere gennemsigtig udelukkelsesproces, hvor lovgiver i et større omfang kan overvåge ordregivers ageren. Den manglende overvågning af ordregiver kan bevirke opportunistisk adfærd, hvorfor øget overvågninger er i lovgivers interesse. Foranstaltninger der fremmer gennemsigtigheden af offentlige indkøb, er derfor nyttige, idet disse anses som kontrolmekanismer, der kan mindske ordregivers incitament til egen optimering.²⁵⁵ Gennemsigtige foranstaltninger vurderes at bidrage til at sikre integritet i udbudsprocessen, og minimere ordregivers mulighed for at favorisere tilbudsgivere. Dette vurderes at være i overensstemmelse med lovgivers hensigt, da konkurrencen om offentlige udbud fremmes, tilbudsgivere afskrækkes mod konkurrencefordrejende aktiviteter og effektiviteten af offentlige indkøb styrkes.²⁵⁶ Ligeså skaber gennemsigtighed større tillid til, at tilbuddene og den fremlagte dokumentations tilstrækkelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 1, vurderes på et kompetent og objektivi grundlag.²⁵⁷

Med den nye self-cleaning bestemmelse kommer gennemsigtigheden til udtryk ved, at den vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan offentliggøres til tilbudsgiver, hvis ikke ordregiver fremsender udtalelsen i sin afgørelse.²⁵⁸ Dette vurderes at forbedre lovgivers mulighed for overvågning af ordregiver i udelukkelsesprocessen. Om ordregiver vælger at lægge udtalelsen til grund for udelukkelse, er op til den enkelte ordregiver, men både Klagenævnet såvel som tilbudsgiver vil kunne se, hvis ordregiver ikke har fulgt den vejledende udtalelse. Vælger ordregiver at foretage handlinger i strid med Konkurrence- og forbrugerstyrelsens udtalelse, vil dette alt andet lige bevirke en større sandsynlighed for klager fra tilbudsgivere. Muligheden for at ordregiver efter lovændringen kan agere strategisk i sine beslutninger vurderes dog fortsat til stede, hvilket kan være til ulempe for lovgivers formålsopfyldelse.

²⁵⁵ Anderson, Kovacic & Müller, 2010, s. 38.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Vejledning om vurdering af pålidelighed, 2023, s. 20.

Fra ordregivers perspektiv vurderes den nye bestemmelse at skabe klarhed, når ordregiver skal vurdere tilstrækkeligheden af tilbudsgivers dokumentation. Forinden den nye bestemmelses affattelse kunne særligt usikkerheden omkring bevisførelsen for *tilstrækkelige plausible indikationer* spille ind på ordregivers valg om at udelukke tilbudsgiver. Som eksempel herpå kunne ordregiver være i tvivl om, hvorvidt der mellem flere tilbudsgivere forelå ulovlige samordninger, der i henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, skulle medføre udelukkelse af disse. I en sådan situation ville ordregiver alene skulle tage stilling til tilbudsgivers fremlagte dokumentation og dennes forenelighed med konkurrenceretten. Vurderingen indebærer en konkurrenceretlig undersøgelse, som ordregiver ikke førhen, eller for nuværende, har kompetencer til at foretage. Følgevirkningen af dette kunne potentielt være, at ordregiver undlod at udelukke tilbudsgiver fra udbuddet. Upålidelige aktører kunne dermed ende med at få kontrakten, selvom dokumentationen langt fra var tilstrækkeligt til at afbøde konkurrenceproblemet. Dette til ugunst for samfundet og uforeneligt med lovgivers hensigt.

Ordregiver vil fremadrettet få en hjælpende hånd til at vurdere, om der er grundlag for endelig udelukkelse af tilbudsgiver, hvilket kan fremme en mere sikker håndtering af reglerne fra ordregivers side. Særligt i de tilfælde hvor ordregiver ikke ville have valgt at udelukke en tilbudsgiver inden reglens ikrafttræden, vurderes den nye ordning at bidrage til at styrke ordregivers vurderingsgrundlag. Dette da ordregiver nu har mulighed for at læne sig op ad styrelsens udtalelse i forhold til den endelige beslutning om udelukkelse. Vejledningen vurderes at skabe flere incitamenters for ordregiver til at anvende udelukkelsesreglen, da usikkerheden mindskes i relation til vurderingen af tilbudsgivers iværksatte tiltag og/eller dokumentation.

Der må fremover forventes en administrativ besparelse for ordregiver.²⁵⁹ Omkostningerne mindskes for ordregiver ved ikke selv at skulle undersøge tilbudsgivernes dokumentation for pålidelighed. Samtidig foretages vurderingen af en ekstern enhed, der kan skabe en større forudsigelighed for, hvornår tilbudsgiver tilstrækkeligt har dokumenteret sin pålidelighed i henhold til udbudslovens § 138, stk. 3. Ved at lægge vurderingen til grund mindskes vilkårligheden og uforudsigeligheden for tilbudsgiver, hvilket synes at være positivt for den fremtidige konkurrence samt self-cleaning- og udelukkelsessystemets

²⁵⁹ Vejledning om vurdering af pålidelighed, 2023, s. 6.

troværdighed. Navnlig aspektet om at skabe større konkurrence om offentlige kontrakter vurderes at være i lovgivers såvel som ordregivers interesse.

Imidlertid er det interessant at lovgiver ved indførelse af en forpligtelse til at indhente en udtalelse, men ikke en pligt til at anvende udtalelsen, forsøger at afbøde parternes asymmetriske information og herigennem minimere ordregivers adverse selection og moral hazard-adfærd. Henset til et fortsat ønske om ordregivers fleksibilitet bliver konsekvenserne af den asymmetriske information ikke fuldstændigt fjernet, da ordregiver fortsat skal foretage den endelige vurdering af tilbudsgivers pålidelighed. Lovgiver har i forvejen en begrænset kontrol over ordregiver, hvorfor foranstaltningen ikke vurderes at være tilstrækkelig i henhold til at sikre samfundsøkonomisk velfærd.²⁶⁰²⁶¹ For at øge ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesreglen synes en pligt til at lægge udtalelsen til grund være en mere optimal løsning. En pligt til dette vil i højere grad kunne sikre forfølgelse af lovgivers målsætninger, da kontrol- og overvågningsselementet her vil være større.

Sammenfattende kan det udledes, at den nye self-cleaning bestemmelsen bidrager til at mindske parternes adverse selection- og moral hazard-problemer, og dermed øger ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. For det første styrkes ordregivers vurderingsgrundlag for udelukkelse af tilbudsgiver, hvilket bidrager til mindre usikkerhed ved bestemmelsens anvendelse. For det andet vurderes det, at den vejledende udtalelse særligt vil bidrage til færre moral hazard-problemer, da ordregivers mulighed for vilkårlighed og subjektivitet ved valget om at udelukke tilbudsgiver mindskes. Bestemmelsen afleder positive virkninger på ordregivers ageren, da ordregiver i højere grad vurderes at være tilbøjelig til at anvende bestemmelsen i overensstemmelse med lovgivers hensigt. Ovenstående virkninger afhænger dog af konkurrencen på markedet, hvilket henleder til en undersøgelse af forskellige markedsstrukturers påvirkning på ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

²⁶⁰ Anderson, Kovacic & Müller, 2010, s. 5.

²⁶¹ Samfundsøkonomisk velfærd er defineret som værdien skabt af varen eller tjenesteydelsen minus omkostningen ved at producere varen eller tjenesteydelsen, jf. Rønde, *Økonomiske Analyser af Udbud – Teori og Modeller*, 2021, s. 12. (Rønde, 2021). I relation til offentlige indkøb kan samfundsøkonomisk velfærd defineres som den samlede økonomiske og samfundsmæssige værdi, der opnås ved at ordregiver indgår en kontrakt med den mest fordelagtige tilbudsgiver. Den samfundsøkonomiske velfærd kan være en kombination af flere faktorer som økonomisk effektivitet, bæredygtighed, samfundsansvarlighed og tilsvarende andre.

3.4 Markedsstrukturers effekt på ordregivers incitament

Ordregiver har i kraft af sin rolle en central opgave i at skabe konkurrence om de offentlige opgaver.²⁶² Konkurrence om offentlige opgaver sikrer, at ordregiver opnår højere kvalitet, lavere priser og udvikling af nye og bæredygtige løsninger.²⁶³ Det er derfor både i lovgivers og ordregivers interesse, at der skabes så meget konkurrence som muligt ved offentlige indkøb. Som beskrevet kan udelukkelsesreglen have den modsatrettede effekt i form af konkurrencebegrænsning, såfremt reglerne anvendes forkert eller ved få potentielle tilbudsgivere på markedet. Ordregiver kan ved udelukkelse af tilbudsgiver begrænse konkurrencen om den offentlige kontrakt. Et aspekt som ordregiver særligt har med i sine overvejelser, når denne skal tage stilling til udelukkelsesreglens anvendelse.

Fra ordregivers synsvinkel er kendskabet til konkurrencen og markedsstrukturen en informationsfordel, som ordregiver besidder i forhold til lovgiver. Dette betyder, at ordregiver kan handle på denne information, når denne skal vurdere, om udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 skal indføres i udbudsmaterialet. Ordregiver kan på forhånd have kendskab til antallet af mulige aktører, der potentielt kan deltage i udbuddet, eller kan foretage en markedsundersøgelse i henhold til udbudslovens § 39 med henblik på at få en indikation af antallet af potentielle tilbudsgivere. Antallet af potentielle tilbudsgivere afhænger af strukturen på markedet, hvorfor ordregiver skal have markedsstrukturen in mente, når denne skal tage stilling til anvendelse af bestemmelsen.

3.4.1 *Forskellige former for markedsstrukturer*

Overordnet skelnes der i den mikroøkonomiske teori mellem homogene og heterogene markeder, der begge omhandler produktets karakter.²⁶⁴ Ligeledes sondres der mellem om ordregiver befinder sig på et marked kendetegnet ved fuldkommen konkurrence, oligopol eller monopol.²⁶⁵ Førstnævnte markedsstruktur er karakteriseret ved mange økonomiske aktører, der kan levere det samme produkt (homogenitet), hvor sidstnævnte omvendt er kendetegnet ved én leverandør af det pågældende produkt.²⁶⁶ Imellem disse markedsstrukturer findes oligopol-strukturen, hvorpå der er et antal begrænset økonomiske

²⁶² Status for offentlig konkurrence 2022, 2023, s. 5.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, s. 112. (Frank, 2010)

²⁶⁵ Cabral, *Introduction to Industrial Organization*, 2000, s. 185. (Cabral, 2000)

²⁶⁶ Ibid.

aktører, oftest karakteriseret ved få store aktører og et antal små.²⁶⁷ Markeder med fuldkommen konkurrence er yderst sjældent forekomne, da det er de færreste markeder som opfylder de fem betingelser for fuldkommen konkurrence.²⁶⁸ Med udgangspunkt i ovenstående skal det undersøges, hvordan ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesreglen bliver påvirket af (i) et højt antal tilbudsgivere og (ii) et fåtal antal tilbudsgivere. Disse afspejler yderpolerne på markederne og vil blive benyttet til eksemplificering af markedsstrukturers effekt på ordregivers incitament.

3.4.1.1 Højt antal tilbudsgivere

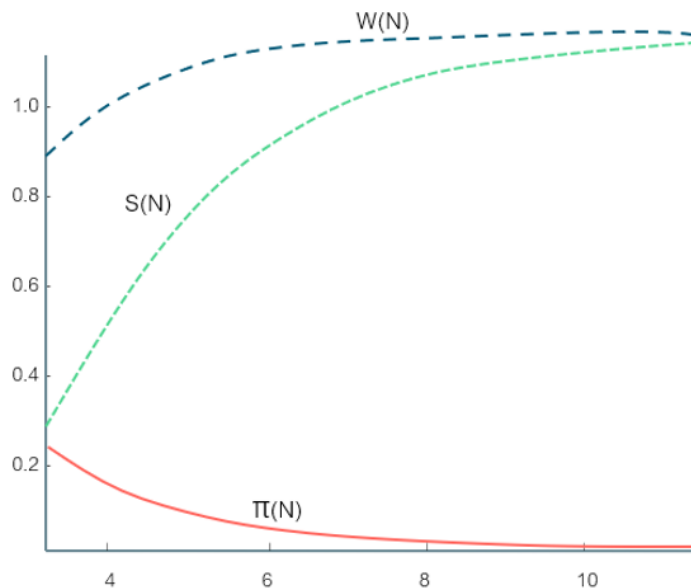
I det tilfælde hvor ordregiver på forhånd har kendskab til antallet af potentielle tilbudsgivere på markedet, og antallet er højt (tilnærmelsesvis fuldkommen konkurrence), vurderes ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesreglen alt andet lige, at være større end ved et fåtal af mulige aktører. Dette da den konkurrencebegrænsende effekt ikke vil være mærkbar ved anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Ordregiver vurderes i en sådan situation at kunne anvende reglen efter dens formål og udelukke en tilbudsgiver, såfremt denne finder at have *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejning. På et marked med mange aktører vil ordregivers forventede payoff ved kontraktindgåelse ikke blive påvirket betydeligt ved én udelukkelse. Dette ses illustreret i nedenstående figur 1.

Figuren viser sammenhængen mellem ordregivers forventede payoff $S(N)$, tilbudsgivers forventede profit $\pi(N)$ og den forventede samfundsøkonomiske velfærd $W(N)$ som funktion af antallet af tilbudsgivere på markedet noteret ved N . Ordregivers forventede payoff udregnes som $V-P$, hvor V anses som værdien for ordregiver og P er den forventede pris for kontrakten. Det er i relation til figuren en antagelse, at tilbudsgiverne er symmetriske, hvorved de alle har en forventet sandsynlighed på $1/N$ for at vinde kontrakten.²⁶⁹ Tilbudsgivernes individuelle forventede profit er på den baggrund $1/N$ -del af den samlede forventede profit $\pi/(N)$.

²⁶⁷ Frank, 2010, s. 415.

²⁶⁸ De fem antagelser er: 1) Der er mange sælgere og købere uden markedsagt. 2) Der er tale om homogene produkter. 3) Alle aktører på markedet har perfekt information. 4) Der er ingen barrierer for indtrængen eller udtrængning og 5) alle aktører er pristagere, jf. Cabral, 2000, s. 85.

²⁶⁹ Rønde, 2021, s. 11.



Figur 1: Egen tilvirkning med udgangspunkt i Rønde, *Økonomiske Analyser af Udbud – Teori og Modeller*, 2021

Af figuren kan udledes, at ordregivers forventede payoff $S(N)$ påvirkes meget lidt i forhold til antallet af N , hvis der er mange tilbudsgivere om udbuddet. Dette ses ved $S(N)$ -kurvens hældning, når antallet af tilbudsgivere er over seks. Herefter ændrer kurvens hældning sig minimalt. Figuren illustrerer også, at tilbudsgivernes profit $\pi(N)$ falder proportionalt med antallet af tilbudsgivere, det vil sige, at prisen bliver lavere for ordregiver, jo flere tilbudsgivere der er om opgaven. Dette øger omvendt værdien af kontrakten for ordregiver. Hertil viser figuren, at når der er mange tilbudsgivere, mindsker én tilbudsgiver ikke ordregivers payoff og den samlede samfundsøkonomiske velfærd betydeligt. Dette synes særligt at være i ordregivers interesse, da ordregiver har mulighed for at udelukke tilbudsgivere fra konkurrencen, der har deltaget i konkurrencefordrejende aktiviteter i andre udbud uden mærkbare konsekvenser for sit payoff. Ligeså påvirkes den samlede samfundsøkonomiske velfærd minimalt ved én udelukket tilbudsgiver på et marked med mange aktører, hvorfor også effektiv konkurrence og et højt antal tilbudsgivere er i lovgivers interesse.

Ved et højt antal tilbudsgivere kan det argumenteres, at sandsynligheden for at tilbudsgiver indgår konkurrencefordrejende aftaler i det udbud, de skal indgive tilbud til, er mindre end hvis ordregiver befinder sig i den modsatte situation med få aktører.²⁷⁰ Dette da størrelsen på konkurrencefeltet gør det sværere for aktørerne at opretholde en bæredygtig

²⁷⁰ Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021, s. 23.

konkurrencefordrejende adfærd. Hvornår en koordineret adfærd kan anses som bæredygtig følger af EU-domstolens sag T-342/99, *Airtours plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*.²⁷¹ I sagen opstillede EU-domstolen fire kumulative betingelser for, at koordineret adfærd kan opstå og opretholdes over tid. Disse fire betingelser er (i) fælles forståelse for hvordan tilbudskoordinerings skal foregå, (ii) høj gennemsigtighed/kontrol af afvigelser fra koordineringen, (iii) troværdig trussel om straf og (iv) muligheden for at modstå eksterne begrænsninger.²⁷²

Med udgangspunkt i *Airtours* kriterierne kan der på et marked med et stort konkurrencefelt være udsigt til, at koordineret adfærd sættes under pres. Ved mange interesserede aktører vurderes det svært at skabe en fælles forståelse og samtidig modstå eksterne begrænsninger. De mange interesserede aktører er med til at mindske gennemsigtigheden på markedet, idet aktørerne ikke kan holde øje med alle, herunder om de afviger fra en bestemt adfærd.²⁷³ Vælger ordregiver at udelukke tilbudsgiver øges gennemsigtigheden i forhold til afvigelser. Imidlertid ikke i en sådan grad, at sandsynligheden for konkurrencefordrejende adfærd stiger, grundet det konkurrencepres som de resterende aktører kan opretholde. Den afskrækkende virkning som udelukkelsesreglen medfører, vil på samme vis som ovenstående mindske sandsynligheden for konkurrencefordrejende aktiviteter. Truslen ved udelukkelse antages således at have en styrende effekt på tilbudsgivers valg om tilbudsafgivelse, når markedsstrukturen tilnærmer sig fuldkommen konkurrence.

3.4.1.2 Få antal tilbudsgivere

Mere sandsynligt er det, at der på markedet for offentlige opgaver vil være få økonomiske aktører, der ønsker at deltage i de enkelte udbud. Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens årlige status for offentlig konkurrence fremgår, at ordregiver i år 2021 i gennemsnit modtog 3,4 tilbud per udbud.²⁷⁴ Dette indikerer, at der er en relativ stor andel af de offentlige udbud med minimal konkurrence om kontrakten. I denne situation vil værdien af én ekstra tilbudsgiver i udbuddet være høj for ordregiver, hvorfor incitamentet til anvendelse af den frivillige udelukkelsesgrund som udgangspunkt vil være lille. En vigtig pointe, der

²⁷¹ Sag T-342/99, *Airtours plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*.

²⁷² *Ibid.*, pr. 62. Betingelserne er blevet bekræftet af EF-Domstolen i dom af 10. juli 2008 i sag C-413/06 P, *Impala II*.

²⁷³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Konkurrencerådsafgørelse den 28. september 2022 - Volvo Danmark A/S' erhvervelse af aktiver og rettigheder fra Titan Lastvogne A/S*, s. 182.

²⁷⁴ Status for offentlig konkurrence 2022, 2023, s. 34.

kan udledes af figur 1 er, at én ekstra interesseret tilbudsgiver, øger ordregivers payoff og den samlede samfundsøkonomiske velfærd betydeligt, når der er få tilbudsgivere om udbuddet.²⁷⁵ Omvendt har én tilbudsgiver mindre i konkurrencen stor effekt på ordregivers payoffs, der af denne grund reduceres.

Befinder ordregiver sig i den situation, at en tilbudsgiver skal udelukkes fra udbuddet i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, kan det potentielt bevirke, at konkurrencen vil blive indskrænket i en sådan grad, at der ikke vil være reel konkurrence om kontrakten. Markedet vil således nærme sig en monopollignende tilstand, hvor ordregiver ikke kan vide sig sikker på, at der er opnået en konkurrencedygtig pris, kvalitet og/eller den mest innovative løsning. Dette ses ofte på markederne for varekøbskontrakter²⁷⁶ og generelt mindre udbud og delkontrakter.²⁷⁷

Med få interesserede aktører i konkurrencen skal ordregiver desuden have for øje, at risikoen for ulovlig koordinering af tilbud kan øges²⁷⁸, hvilket kan svække konkurrencen og medføre højere priser.²⁷⁹ Modsat markedet med mange deltagende tilbudsgivere, kan gennemsigtigheden på markeder med få aktører bevirke, at det er lettere at udveksle oplysninger mellem disse samordnende aktører og overvåge at den ulovlige aftale overholdes af alle parter.²⁸⁰ Dette medfører, at sandsynligheden for tilbudskoordinering samt andre konkurrencefordrejende aftaler er stor ved få antal tilbudsgivere. Hertil kan tilbudsgiver vælge at udnytte sin position i markedet til at opnå en prismæssig gevinst, hvis de ved, at der vil være få aktører i konkurrencen om kontrakten. Dette på bekostning af lovgivers og ordregivers egentlige interesser.

I modsætning til de negative følgevirkninger ved få aktører om udbuddet, vil anvendelse af udelukkelsesreglen på langt sigt bidrage til at sikre, at der kun er pålidelige og lovlydige aktører tilbage, da upålidelige tilbudsgivere udelukkes fra at deltage.²⁸¹ De positive

²⁷⁵ Rønde, 2021, s. 12.

²⁷⁶ Status for offentlig konkurrence 2022, 2023, s. 36.

²⁷⁷ Ibid., s. 31.

²⁷⁸ Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021, s. 4. Som eksempel på markeder, hvor der er optimale muligheder for tilbudskoordinering, kan nævnes asfaltmarkedet samt betonmarkedet, jf. Bertelsen & Madsen, *Konkurrencerettens betydning for udbudsretten i Festskrift til Palle Bo Madsen*, 2021, s. 709. (Bertelsen & Madsen, 2021)

²⁷⁹ Status for offentlig konkurrence 2022, 2023, s. 37.

²⁸⁰ Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021, s. 4.

²⁸¹ Der henvises til afsnit 3.2.2.1 for en uddybning af reglernes virkning på kort og på langt sigt.

virksomheder på langt sigt er dermed gunstige for ordregiver på trods af konsekvenserne på kort sigt. Dette element skal ordregiver have i betragtning, når denne skal tage stilling til, om udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 skal indføres i udbudsbekendtgørelsen.

Opsummerende kan det anføres, at når konkurrencen på markedet nærmer sig fuldkommen konkurrence, har ordregiver størst incitament til at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 efter lovgivers hensigt. Med et større konkurrencefelt mindskes ordregivers payoff minimalt ved at udelukke én tilbudsgiver, hvilket sikrer at ordregiver i højere grad vil forfølge lovgivers formål med udelukkelsesreglen. Dette kan imidlertid virke paradoksalt taget i betragtning af, at ordregivers incitament til at anvende reglen er størst, hvor effekten af anvendelsen er ubetydelig. Omvendt er ordregivers incitament til anvendelse af reglen i et marked med få aktører lavt. Dette synes yderst problematisk, når der på et sådant marked kan være et stort behov for udelukkelse grundet tilbudsgivernes mulighed for at opretholde konkurrencefordrejende adfærd. En mulighed der ikke vurderes at være til stede på et marked med mange aktører. Udelukkelse i et marked med få aktører kan desuden resultere i monopollignende tilstande, hvilket er et eksempel på, at ordregivers kortsigtede incitament kan stå i kontrast til lovgivers langsigtede mål. Effekten nås ikke, hvis ordregiver ikke er i stand til at se bort fra de kortsigtede konsekvenser, der skal kompenseres af de langsigtede positive effekter.

3.5 Økonomisk delkonklusion

Nærværende kapitel har haft til hensigt at undersøge, hvilke incitamentter ordregiver har til at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 efter lovgivers formål, og hertil at analysere, om den nye self-cleaning bestemmelse bidrager til ordregivers opfyldelse heraf. Opsummerende kan det anføres, at lovgiver, foruden udbudsreglernes formål om skabe lige konkurrencevilkår og sikre mest valuta for pengene, har tre sekundære formål, som denne søger at opnå med udelukkelsesreglerne. De tre formål afspejler et politisk ønske om ikke at støtte kriminelle virksomheder, et straffende rationale om, at tilbudsgivere skal straffes for at begå lovovertrædelser ved ikke at kunne deltage i fremtidige offentlige opgaver, samt et beskyttende rationale om, at ordregiver kun skal indgå offentlige kontrakter med egnede og pålidelige aktører for at minimere risikoen for kontraktbrud og uforudsete transaktionsomkostninger.

For det første kan det opsummeres, at den frivillige udelukkelsesregel anses som en kontrolmekanisme, som ordregiver har mulighed for at tilvælge i udbudsbekendtgørelsen med det formål at minimere risikoen for kontraktindgåelse med upålidelige tilbudsgivere. Foruden det behandlede kontrolelement rummer reglen et strafelement. Det kontrollerende og straffende element skaber i forening den afskrækkende virkning, som lovgiver tilsigter med reglernes anvendelse. Den præventive virkning vurderes at opnås på langt sigt ved alle ordregiveres korrekte anvendelse af bestemmelserne.

Af analysen kan det udledes, at virkningerne af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er forskellige på kort og langt sigt. På kort sigt kan udelukkelse have en utilsigtet konkurrencebegrænsende virkning, der medvirker til færre antal tilbudsgivere i udbudsprocessen og en øget risiko for tilbudsgivers opretholdelse af konkurrencefordrejende adfærd. Dette vurderes at stå i kontrast til udbudsreglernes formål om bedst mulig udnyttelse af offentlige midler gennem effektiv konkurrence. I kombination med ordregivers egne politiske-, sociale- og økonomiske målsætninger vurderes udelukkelsesreglens kortsigtede virkninger ikke at skabe incitament til anvendelse. De positive virkninger skal imidlertid findes på langt sigt. På langt sigt vil reglens korrekte anvendelse bevirke at utroværdige aktører fjernes fra markedet grundet reglens præventive og afskrækkende effekt. Tilbage vil alene stå integritetsfulde tilbudsgivere og en sund konkurrence i både lovgivers og ordregivers interesse. En sund konkurrence vurderes at bidrage til lavere priser, højere kvalitet og udvikling af nye og innovative løsninger.

Ud fra en principal-agent analyse kan det konkluderes, at der mellem ordregiver og lovgiver forekommer risiko for asymmetrisk information i form af moral hazard og adverse selection. Informationsasymmetrien skaber incitament hos ordregiver til at forfølge egne interesser, når denne skal tage stilling til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Særligt affattelsen af udelukkelsesgrunden, der indeholder et betydeligt skønselement, vurderes at medføre muligheder for ordregiver til at foretage et subjektivt skøn. I skønseudøvelsen vurderes lovgivers formål at stå i skyggen af ordregivers egne målsætninger til fare for udelukkelsesreglens positive langsigtede effekter. For at afbøde disse problematikker har lovgiver affattet den nye self-cleaning regel i udbudslovens § 138, stk. 1. Denne vurderes at skabe en forudsigelighed i udelukkelsesgrundens anvendelse, mindske ordregivers tvivl om anvendelse samt have en positiv effekt på self-cleaning og udelukkelse som troværdige mekanismer. Hertil mindskes ordregivers mulighed for at udvise

vilkårlighed og subjektivitet ved udelukkelse. Bestemmelsen vurderes at have positive afledte virkninger på ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvilket synes at være i lovgivers interesse.

Afslutningsvis kan det sammenfattes, at ordregivers incitament til anvendelse af udelukkelsesreglen er størst, når markedsstrukturen nærmer sig fuldkommen konkurrence. I denne situation vil udelukkelse af én tilbudsgiver påvirke ordregivers payoff marginalt. Imidlertid kan dette virke paradoksalt, idet effekten af anvendelse i et sådant marked er bagatelagtig grundet den lave sandsynlighed for opretholdelse af konkurrencefordrejende adfærd. Modsat findes ordregiver ikke at have incitament til at anvende bestemmelsen, hvis markedet består af et fåtal af tilbudsgivere, da ordregivers payoff påvirkes væsentligt af én tilbudsgiver mindre i konkurrencen. Den konkurrencefordrejende adfærd vurderes at have gode vilkår for at kunne opretholdes i et sådant marked, hvorfor behovet for udelukkelse vil være betydeligt. At ordregivers incitament er størst hvor effekten er mindst, synes at være uhensigtsmæssig i forhold til lovgivers langsigtede formål med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 samt lovens § 138, stk. 1.

4. KAPITEL IV - INTEGRERET ANALYSE

4.1 Indledning

I indeværende analyse vil det blive afsøgt, hvorvidt ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er forenelig med lovgivers intention. I forlængelse af dette vil det blive undersøgt om opstilling af opmærksomhedspunkter, kan føre til en velfærdsforøgelse til gavn for opnåelse af lovgivers intention.²⁸² Kapitlet vil basere sig på de udledte resultater fra den juridiske samt økonomiske analyse. Afsnittets fokus vil være på den situation, hvor ordregiver har valgt at indskrive bestemmelsen i udbudsmaterialet og efter denne skal tage stilling til, om et forhold i de indkomne tilbud skal undersøges nærmere. Præcisering på området gennem opstilling af opmærksomhedspunkter vil knytte sig til vurderingen af *tilstrækkelige plausible indikationer*, da ordregivers usikkerhed ved anvendelse synes at være forbundet med identifikationen af disse.

²⁸² Med velfærdsforøgelse menes at den samfundsøkonomiske velfærd stiger, hvilket kan resultere i en række fordele for samfundet, såsom et mere effektivt brug af offentlige midler, højere produktkvalitet, øget innovation og flere bæredygtige løsninger.

Indledende vil den enkelte ordregivers incitament over for de øvrige ordregiveres ageren blive undersøgt i en spilteoretisk ramme. Dette med henblik på at vurdere om ordregivers incitament for nuværende er foreneligt med lovgivers intention om en præventiv effekt gennem en troværdig kontrol- og strafmekanisme. Herefter vil flere opmærksomhedspunkter blive opstillet. Afsluttende vil disses virkning blive undersøgt.

4.2 Betragtninger om ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3

Udgangspunktet for afhandlingens forudgående analyser har indtil nu været, at alle ordregivere blev anset som en samlet enhed. I denne del vil det blive undersøgt, hvorvidt den enkelte ordregivers incitament er forenelig med lovgivers intention. Dette under antagelse af at den enkelte ordregivers incitament til anvendelse påvirkes af de øvrige ordregivers ageren.

Lovgivers formål med udelukkelsesreglen afspejler som angivet i afsnit 3.2.4.3 et ønske om, at der kun indgås offentlige kontrakter med pålidelige aktører, der på langt sigt skal bidrage til at skabe et marked, hvor utroværdige tilbudsgivere ikke eksisterer. For at opnå dette er det en forudsætning, at alle ordregivere anvender udelukkelsesreglen, når der foreligger *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. Alle ordregivere får ved korrekt anvendelse fordel af den enkelte ordregivers udelukkelse af tilbudsgiver, idet den udelukkede aktør fremadrettet skal kunne dokumentere sin pålidelighed, såfremt denne ønsker at deltage i fremtidige udbud. Udelukkelse som mekanisme anses derfor som et offentligt virkemiddel, der kommer alle ordregivere til gode. Kendetegnende for et offentligt gode er, at der er fri adgang til brug af dette og at godet er til gavn for samfundet.²⁸³

Udelukkelse som troværdig mekanisme vurderes på baggrund af den økonomiske analyse at forudsætte en korrekt og konsekvent anvendelse. I og med at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er frivillig, vil anvendelse af denne i første omgang afhænge af den enkelte ordregivers incitament til at tilvælge bestemmelsen. Imidlertid fandtes bestemmelsens affattelse ikke at medføre incitament for ordregiver til at anvende bestemmelsen. Bag dette kan ligge et ræsonnement hos den enkelte ordregiver om, at anvendelsen af bestemmelsen er

²⁸³ Andersen, *Forskning, uddannelse, offentlige goder og eksternaliteter*, 2004, s. 1.

forbundet med betydelige omkostninger til undersøgelse og identificering af konkurrencefordrejende adfærd. Ved anvendelse af udelukkelsesgrunden er der udsigt til forsinkelser i udbudsproceduren, som oftest vil medføre administrative og budgetmæssige konsekvenser, der kan afskrække den enkelte ordregiver fra effektivt at håndtere sager, hvor der er mistanke om konkurrencefordrejende aktiviteter.²⁸⁴

Hertil kan ordregiver ofte mangle tilstrækkeligt uddannet og erfarent personale til at opdage ulovlig koordineret adfærd under en udbudsprocedure²⁸⁵, hvilket heller ikke synes at tilskynde til anvendelse af bestemmelsen. Selv når ordregiver opdager et mistænkeligt tilbud, har de ofte ikke fuldt kendskab til de tilgængelige muligheder for at reagere eller de mekanismer, de kan bruge til at indhente ekspertbistand fra centrale udbuds- eller konkurrencemyndigheder.²⁸⁶ I den økonomiske analyse blev det vurderet, at usikkerheden omkring anvendelsen vil blive mindsket, ved at ordregiver fremover skal indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som denne kan lægge til grund for udelukkelse.

Trods dette er det den enkelte ordregiver som bærer ansvaret og de dertilhørende omkostninger, hvis denne vælger at indskrive udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 i udbudsbekendtgørelsen. Tilvalget bevirker en forpligtelse til at udelukke tilbudsgiver, hvis tilbudsgiver er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund. Fjernes en tilbudsgiver fra at deltage i konkurrencen om en offentlig opgave, reduceres konkurrencefeltet for ordregiver, hvilket kan medføre en sandsynlighed for at prisen øges og kvaliteten svækkes, jf. afsnit 3.2.4.1. Dette scenarie er ikke i den enkelte ordregivers interesse, idet ordregivers målsætning er, at der skabes så meget konkurrence som muligt om udbuddet til gavn for ordregiver og dennes politiske-, sociale- samt økonomiske målsætninger. Specielt på de markeder hvor konkurrencefeltet i forvejen er lille, vil forpligtelsen for ordregiver til udelukkelse af tilbudsgiver være en dyr pris at betale for at handle i overensstemmelse med lovgivers intention.

Den positive samfundsøkonomiske effekt ved udelukkelse vurderes alene at kunne opnås ved alle ordregivers kollektive korrekte anvendelse. Den enkelte ordregiver skal dele den

²⁸⁴ Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021, s. 4.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Ibid.

økonomiske gevinst med andre ordregivere, hvorfor udelukkelse som strafmekanisme er til gavn for alle ordregivere i deres fremtidige udbud. Udslagsgivende for den enkelte ordregivers udelukkelse af tilbudsgiver er dennes langsigtede gevinst over for de nuværende konkurrencebegrænsende virkninger, som ordregiver alene skal afholde. Dette vurderes ikke at skabe incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 hos den enkelte ordregiver. Incitamentet skabes derimod ved den enkelte ordregivers viden om, at de andre ordregiver også anvender bestemmelsen til at udelukke utroværdige tilbudsgivere til gavn for alle. På denne måde er den enkelte ordregivers ageren afhængig af de øvrige ordregivers valg om anvendelse af udelukkelsesgrunden. Problematikken ved dette vil blive belyst med udgangspunkt i et Prisoners Dilemma spil.

4.2.1 Ordregivers incitament i en spilteoretisk ramme

Et Prisoners Dilemma spil kan benyttes til at analysere, hvordan forskellige incitamentsstrukturer påvirker forskellige parter samarbejdsrelationer. Det centrale i et Prisoners Dilemma spil er, at hver aktør er afhængig af, hvad den anden aktør foretager af valg, og at ingen af parterne har informationer om hinandens ageren.²⁸⁷ Prisoners Dilemma er i sin generelle form et topersoners spil, hvor spillerne foretager deres strategivalg samtidig.²⁸⁸ For at opnå en efficient løsning på spillet (Nash-ligevægt) kræver det tillid til, at den anden part gør, hvad der bedst for alle og dermed samarbejder. En Nash-ligevægt er den konstellation af strategier, som spillerne med stor sandsynlighed vælger.²⁸⁹ Nash-ligevægten er således den strategi, hvor parterne ikke har incitament til at vælge nogen anden strategi, givet den anden spillers valg.²⁹⁰

I nærværende vil spillet bestå af to ordregivere, der hver især skal tage stilling til, om de ønsker at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 eller ikke. Spillerne har på denne baggrund to strategivalg, der giver hvert sit payoff. Spillernes strategivalg vil nedenfor blive udledt med det formål at komme nærmere, om den enkelte ordregivers incitament til anvendelse er forenelig med lovgivers intention med udelukkelsesreglen. For overskuelighedens skyld benyttes tallene 0, 1, 2, 3. Tallene afspejler ikke enkelte værdier, men

²⁸⁷ Knudsen, 1997, s. 94.

²⁸⁸ Ibid., s. 96.

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Ibid.

derimod et forhold mellem værdierne således at 3 er det bedste og 0 er det dårligste payoff. Payoffs'ene kan rangeres på følgende måde: $3 > 2 > 1 > 0$. Spillet ser herefter således ud:

Ordregiver A/Ordregiver B	Anvende	Ej anvende
Anvende	2,2	0,3
Ej anvende	3,0	1,1

Spil 1: Egen tilvirkning.

Det største payoff spillerne tilsammen kan få, er (2,2) hvor begge parter anvender bestemmelsen. I denne situation vil begge spillere få gavn af udelukkelsesreglens langsigtede virkninger. Omvendt vil begge parter få et lavere payoff (1,1), hvis begge vælger ikke at anvende udelukkelsesgrunden. Det lavere payoff på 1 skal forstås som, at ingen af parterne bruger ressourcer på at anvende bestemmelsen. Vælger ordregiver A at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 samtidig med, at ordregiver B ikke vælger at anvende bestemmelsen, da vil ordregiver A, som anvender udelukkelsesgrunden få det laveste mulige payoff på (0,3). Det lave payoff på 0 afspejler, at det for den enkelte ordregiver ikke er optimalt at anvende udelukkelsesgrunden, uden at den anden ordregiver ikke også gør det. Dette da den enkelte ordregiver ikke får den langsigtede effekts gevinst ved anvendelse, men alene står tilbage med den konkurrencebegrænsende virkning samt risikoen for kontraktproblemer. Vælger ordregiver A ikke at anvende udelukkelsesgrunden, imens ordregiver B vælger at anvende bestemmelsen, får ordregiver A et payoff på 3 og ordregiver B et payoff på 0 (3,0). Dette som resultat af den gevinst ordregiver A modtager ved at få en self-renset tilbudsgiver i markedet, som den ordregiver B har sørget for. Hvilken strategi den enkelte ordregiver vil vælge, skal i det følgende undersøges.

4.2.1.1 *Er ordregivers incitament til anvendelse forenelig med lovgivers intention?*

Ordregiver A kan vælge at anvende eller ikke at anvende bestemmelsen. Hvis ordregiver A vælger at anvende bestemmelsen, vil den få et payoff på 2 eller 0 afhængig af, hvad ordregiver B vælger. Hvis ordregiver A omvendt vælger ikke at anvende bestemmelsen, vil den få et payoff på 3 eller 1. Ordregiver A er som rationel aktør alene interesseret i sit eget payoff, og handler kun for at optimere egen nytte. Derfor vil ordregiver A vælge den strategi med højest mulige payoff, hvilket er ikke at anvende bestemmelsen. På samme vis vil ordregiver B vælge den strategi, hvor denne bliver stillet bedst, uagtet hvad ordregiver A vælger. Ordregiver B vil få samme payoff som A ved ikke at anvende bestemmelsen

og ved at anvende bestemmelsen. Nash- ligevægten i ovenstående spilmatrix er (ej anvende, ej anvende), da det for begge ordregivere er en stærkt dominerende strategi at afvige fra samarbejdet om anvendelse af bestemmelsen. Begge parter får i denne Nash-ligevægt et payoff på 1.

På trods af at det højest mulige payoff for begge parter er 3, vælger hver spiller ikke at samarbejde og fokusere på egen nytte frem for den fælles nytte, de kan opnå. Fra lovgivers perspektiv er det ikke ønskeligt, da reglens langsigtede virkninger ikke kan opnås uden at alle ordregivere anvender udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Havde ordregiver A såvel som ordregiver B tillid til, at den anden part ville anvende bestemmelsen, vil dette kunne føre til samarbejde om anvendelse og i sidste ende til velfærdsforøgelse grundet reglens præventive virkning. Begge ordregivere ville i så tilfælde anvende bestemmelsen som en troværdig kontrol- og strafmekanisme til at udelukke upålidelige aktører, der på langt sigt vil bidrage til et marked alene bestående af troværdige tilbudsgivere. Effekten på langt sigt nås imidlertid ikke, hvis den enkelte ordregiver ikke er i stand til at se bort fra de kortsigtede konsekvenser, der skal kompenseres af de langsigtede positive effekter.

Følgervirkningen af at ordregivers individuelle målsætninger ikke er tilpasset lovgivers intention, kan på baggrund af ovenstående være til ugunst for lovgivers langsigtede mål med udelukkelsesreglen. For at optimere dette udgangspunkt vil der nedenfor blive opstillet flere generelle opmærksomhedspunkter, som skal bidrage til at styrke ordregivers sikkerhed om sit beviskrav i forhold til bestemmelsens ordlyd.

4.3 Introduktion til opmærksomhedspunkter

Ud fra den juridiske analyse kan det ikke udledes, hvornår ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd og dermed en undersøgelsespligt efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Klagenævnets praksis behandler konkrete forhold, der isoleret set ikke kan føre til en undersøgelsespligt af tilbudsgiver, men som sammenholdt med andre forhold kan virke påfaldende. Spørgsmålet er herefter, hvornår et forhold alt andet lige bør få alarmklokkerne til at ringe hos ordregiver.

Konkurrencebegrænsende aftaler er per definition hemmelige, hvorfor det er afgørende for en korrekt anvendelse af udelukkelsesgrunden, at ordregiver er i stand til at

identificere mistænkelige forhold. I mange tilfælde indebærer denne identificering en konkurrenceretlig vurdering, der ligger ud over, hvad der kan forventes af ordregivers kompetencer. Sammenholdt med det betydelig skøn som ordregiver har, vurderes der at være et behov for guidance, således at byrden ved anvendelse af udelukkelsesreglen mindskes. Vurderingen er for ordregiver på nuværende tidspunkt forbundet med væsentlige omkostninger grundet den manglende kompetence. Dette vurderes at være til fare for den præventive effekt, idet hver afvigelse fra korrekt anvendelse øger tiden for opnåelse af den langsigtede virkning.

Der vil i det følgende blive præsenteret en række konkrete opmærksomhedspunkter, som har til formål at lette vurderingen for ordregiver. Det er nærværende forfatteres overbevisning, at lovgiver ved opstilling af opmærksomhedspunkter øger sandsynligheden for ordregivers korrekte anvendelse af lovens § 137, stk. 1, nr. 3. Opmærksomhedspunkterne har ikke karakter af standardiserede retningslinjer men derimod karakter af anbefalinger. Sådanne vejledninger til ordregiver vil almindeligvis hidrøre fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der anses som lovgivers forlængede arm, hvorfor fremførelse af opmærksomhedspunkter af hensyn til afhandlingens synsvinkel synes oplagt.

For det første vil der ikke være tale om generelle retningslinjer, idet ordregiver er forpligtet til at udøve et skøn, jf. det forvaltningsretlige princip om forbud mod at sætte skøn under regel. Efter dette er ordregiver forpligtet til at foretage et skøn, når lovbestemmelsen indeholder et skønselement. For det andet kan der også være et u hensigtsmæssigt aspekt ved at lave standardiserede retningslinjer, da sådanne både vil være tilgængelige for ordregiver og tilbudsgiver. Fastsættes der eksempelvis en konkret retningslinje om, at en prisspredning på $x - procent$ altid bør udgøre en *tilstrækkelig plausibel indikation*, da er verden ikke bedre end at de pågældende tilbudsgivere ville kunne byde ind med en prisspredning på $x - epsilon$. For at undgå dette scenarie, og med forbuddet om at sætte skøn under regel in mente, fremsættes konkrete opmærksomhedspunkter, der skal udgøre advarselslamper for ordregiver. Opmærksomhedspunkterne knytter sig til tidspunktet for ordregivers modtagelse af tilbuddene og inden kontraktens tildeling.

4.3.1 Generelle opmærksomhedspunkter

Som introduktion til de nedenfor behandlede opmærksomhedspunkter, indledes afsnittet med generelle forhold, som ordregiver særligt bør være opmærksom på, når denne

modtager tilbud fra interesserede aktører. Tilbuddene kan indeholde mulige tegn på konkurrencefordrejning, der kan udgøres af (i) advarselstegn i dokumenter, (ii) tilbagetrækning fra en eller flere tilbudsgivere undervejs i udbuddet og (iii) udsagn i tilbudsdokumenter, der antyder en generel koordinering. De generelle forhold udledes på baggrund af Europa-Kommissionens *meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud*, hvori Europa-Kommissionen kommer med forslag til, hvordan ordregiver effektivt kan bekæmpe ulovlig samordning.²⁹¹ De resterende tre opmærksomhedspunkter er nærværende forfatteres forslag til punkter, der kan udgøre indikationer på konkurrencefordrejende adfærd, og som skal styrke ordregivers sikkerhed ved anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

Som et generelt opmærksomhedspunkt skal ordregiver have tilbuddenes ordlyd for øje. Tilbuddenes ordlyd kan som eksempel indeholde de samme tryk- eller stavfejl, der fejlagtigt er efterladt i tilbuddet eller have anvendt de samme formuleringer. Hertil kan forskellige tilbud være udarbejdet med samme brevhoved, kontaktoplysninger, fejlberetninger eller lignende metoder. Disse små detaljer, som normalt ikke bemærkes, kan være udslagsgivende for, at et tilbud skal undersøges nærmere. Dette fastslog Klagenævnet i kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, hvori Klagenævnet tilsidesatte ordregivers skøn på baggrund af ordregivers manglende ageren på de små (store) detaljer. Klagenævnet fandt netop, at der på evaluerings- og tildelingstidspunktet forelå *tilstrækkeligt plausible indikationer* til at konkludere, at Abena og Aktum havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, navnlig begrundet i tilbuddenes enslydende ordlyd.²⁹² Advarselstegnene i tilbudsmaterialet er således et opmærksomhedspunkt, som bør få alarmklokkerne til at ringe hos ordregiver.

Ligeså kan en eller flere tilbudsgivere uventet trække deres tilbud tilbage under en udbudsproces, hvilket kan være en indikation på koordinering af tilbud. Dette ved at den eller de tilbagetrukne tilbudsgivere har indgået aftale med en anden interesseret tilbudsgiver om deres ageren, som derved får større sandsynlighed for at vinde den endelige kontrakt. Tilbudsgiverne kan have udfærdiget en sådan aftale med henblik på, at parterne i et andet udbud bytter roller eller har aftalt, at den tilbagetrukne tilbudsgiver deltager i

²⁹¹ Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021, s. 23 ff.

²⁹² *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*, 2021, s. 19.

kontrakten som underleverandør.²⁹³ Vælger tilbudsgiver at trække sig tilbage fra at deltage i udbuddet, er dette et opmærksomhedspunkt, ordregiver skal være observant på, især hvis ordregiver i forvejen har mistanke om konkurrencefordrejende aktiviteter. Et tegn på koordinering af adfærd kan også være, at de samme aktører igen trækker sig under en procedure, som ordregiver kan have bidt mærke i tidligere. Dette kan således danne et usædvanligt mønster, der hos ordregiver skal give anledning til opmærksomhed. Uanset scenariet vurderes tilbagetrækning fra en offentlig opgave at udgøre en advarselslampe.

Som det tredje bør udsagn i tilbud, der antyder koordinering være et opmærkningspunkt. Disse udsagn kan eksempelvis være henvisninger til kutymen i den pågældende branche, standardmarkedspriser i branchen²⁹⁴ eller en oplysning om at tilbudsgiver ikke sælger inden for et bestemt område eller til bestemte kunder.²⁹⁵ Uden en rimelig forklaring på ovenstående udsagn vurderes det, at disse forhold bør tillægges opmærksomhed. Et tegn på koordinering i sådanne situationer kan som eksempel være, hvis flere tilbudsgivere har vedtaget samtidige og ensartede prisstigninger alene gældende for et geografisk område uden en logisk begrundelse for dette.²⁹⁶ Finder ordregiver at dette gør sig gældende, skal det vække mistanke om samordning af tilbudsgivning. Der kan tillige være omstændigheder, hvor aktørerne har givet udsagn om, at et område eller en kunde 'tilhører' en anden leverandør.²⁹⁷ Disse udsagn skal på samme vis, som ovenfor anførte, vække mistanke om konkurrencefordrejende adfærd.

I det følgende afsnit vil tre konkrete opmærksomhedspunkter blive gennemgået, som nærværende forfattere, på baggrund af afhandlingens analyser, vurderer at skal udgøre advarselslamper for ordregiver. De tre opmærksomhedspunkter omhandler; (i) *påvirkning af evalueringsmodellen grundet prisspredninger*, (ii) *fælles ejerforhold* og (iii) *fælles tilbudsafgivelse*.

²⁹³ Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021, s. 25.

²⁹⁴ Ibid., s. 27.

²⁹⁵ Guidelines for fighting bid rigging in public procurement, 2009, s. 3.

²⁹⁶ Vejledning – Bliver din kommune snydt?, 2012, s. 21.

²⁹⁷ Guidelines for fighting bid rigging in public procurement, 2009, s. 16.

4.3.2 *Opmærksomhedspunkt I: Påvirkning af evalueringsmodellen grundet prisspredninger*

Foruden åbenlyse forhold som ordregiver bør være opmærksom på, bør ordregiver rette sit blik mod store prisforskelle. For det første kan store prisforskelle komme i form af unormalt lave tilbud der som behandlet i afhandlingen, kan indebære tilbud baseret på konkurrencebegrænsende adfærd. For det andet kan store prisforskelle skyldes en væsentligt højere tilbudspris. Uanset om et bud afviger i negativ eller positiv retning, kan et betydeligt afvigende bud (en outlier) medføre en påvirkning af evalueringsmodellen.

Der stilles i udbudslovens § 160, stk. 1 krav om, at ordregiver offentliggør alle dele af sin evalueringsmodel i udbudsmaterialet. Kravet beror på en betragtning om gennemsigtighed og ligebehandling, hvorefter ordregiver på forhånd skal angive, hvordan specifikke parametre i evalueringsmodellen objektivt vil blive fastlagt efter tilbudsåbning. Parametrene omfatter eksempelvis matematiske formler over hælningsgraden i en pointmodel.²⁹⁸ Ordregiver har på denne måde ikke mulighed for at lade de specifikke parametre afhænge af de indkomne tilbud, herunder prisspredningen på disse, hvis metoden hvorpå det vil ske, ikke på forhånd er udførligt beskrevet i udbudsmaterialet. Ordregiver har et vidt skøn under hensyntagen til principperne i udbudslovens § 2, men ikke et ubetinget frit valg i forhold til, hvilken evalueringsmodel der ønskes benyttet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En evalueringsmodel skal gøre det muligt at sammenligne de indkomne tilbud på en objektiv og saglig måde, hvilket de standardiserede evalueringsmodeller såsom pris- og pointmodeller er eksempler på.

En pointmodel er kendetegnet ved at tilbudspriser omregnes til point, hvorefter den tilbudsgiver med det højeste antal point tildes kontrakten. Pointmodeller findes i forskellige former, herunder som lineær og ikke-lineær pointmodeller, hvor den lineære pointmodel er den mest benyttede ved offentlige opgaver.²⁹⁹ Ved lineære pointmodeller foretages omregningen fra pris til point ud fra et prisspænd baseret på den maksimalt forventede

²⁹⁸ Ølykke, Ohm & Petersen, 2022, s. 766.

²⁹⁹ Hamer, 2021, s. 583.

spredning i tilbudspriserne.³⁰⁰ Alle tilbud skal kunne rummes i modellen, før evalueringsmodellen konkret er egnet til at udpege en vinder.³⁰¹

I en prismodel omregnes kvalitative kriterier til point, der herefter omregnes til et kroner og øre beløb, og som slutteligt vægtes med tilbudsprisen.³⁰² Pointene for de kvalitative kriterier fastsættes ud fra en på forhånd angivet pointskala. En ulempe ved modellen kan være den øvelse, der for ordregiver ligger i at sætte beløb på en kvalitet. En pointskala skal kunne rumme variation i tilbuddene, men skal på samme vis være let for ordregiver at differentiere imellem. Tilbuddet med den laveste pris tildeles kontrakten.³⁰³ Første type evalueringsmodel, navnlig pointmodellen, vil være genstand for behandling, idet denne anvendes i nedenstående kendelse.

En omstændighed som ordregiver bør have for øje i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, er en konstateret påvirkning af evalueringsmodellen gennem store prisforskelle ved såkaldte outliers. Markante outlier vurderes at kunne påvirke evalueringsmodellen på en måde, der indebærer en risiko for evalueringsmodellens egnethed til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette indebærer, at modellen kan være konkret uegnet til at afspejle forskelle i de tilbud, der ligger i midten af skalaen. Markante outliers kan på denne måde påvirke resultatet af evalueringen, hvorefter pris som evalueringsparameter vil få en mindre betydning end reelt tilsigtet. Opstilles en situation, hvor to tilbudsgivere koordinerer deres priser på en sådan måde, hvor den ene afgiver et proforma outlier tilbud, kan en påvirkning af ordregivers evalueringsmodel finde sted. En sådan påvirkning danner grundlag for opstilling af opmærksomhedspunkt I. At påvirkningen rent faktisk er mulig, vil blive eksemplificeret ved kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*.

I sagen var den ene tilbudsgivers tilbud (City Renovation) mellem 65-81 pct. dyrere end de resterende tre indkomne tilbud, heriblandt en anden tilbudsgiver med samme ejerforhold (HCS A/S). Ordregiver benyttede i udbuddet en gearret lineær pointmodel. Ud fra

³⁰⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evalueringsmodeller*, 2019, s. 27. (Vejledning om evalueringsmodeller, 2019)

³⁰¹ Kan alle de indkomne tilbud ikke rummes inden for modellen er modellen uegnet, og udbuddet er nødsaget til at gå om. Denne risiko findes derimod ikke i prismodellen, hvori alle indkomne tilbud kan rummes. Prismodellen kommer dog med andre ulemper.

³⁰² Vejledning om evalueringsmodeller, 2019, s. 15.

³⁰³ *Ibid.*, s. 19.

evalueringsmodellen ville tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris få tildelt 8 point. Et tilbud med en 30 pct. højere pris end det laveste tilbud ville få tildelt 0 point. De øvrige tilbud ville få tildelt point ved lineær interpolation mellem yderpunkterne 0 og 8 point. I udgangspunktet ville pointene derfor blive tildelt efter følgende formel:

$$Point = maksimumpoint - \frac{maksimumpoint - minimumpoint}{x = 30 \%} * \frac{pris - lavestepris}{lavestepris}$$

I udbudsmaterialet var angivet, at gearingen (x) på evalueringsmodellen ville blive udvidet med 10 pct. ad gangen indtil alle konditionsmæssige tilbud kunne rummes i modellen, dog maksimalt udvidet til 100 pct.³⁰⁴ Dette ville ske, hvis spredningen mellem de indkomne tilbudspriser var større end 30 pct., hvilket i sagen var tilfældet. Gearingen blev derfor udvidet til 90 pct. De fire indkomne tilbud fik på den baggrund tildelt nedenstående point for prisen. Prisen vægtede 70 pct., hvortil kvaliteten vægtede 30 pct. Eksemplificeringen af opmærksomhedspunktet tager afsæt i pointtildelingen for pris, der netop blev påvirket af store prisforskelle. Pointtildelingen er udledt nedenfor ved brug af formlen afbilledet i tabellen.

Pointtildeling under evalueringsparameteret pris ved en væsentlig højere tilbudspris			
Point = maksimumpoint - $\frac{(maksimumpoint - minimumpoint)}{90 \%} * \frac{pris - lavestepris}{lavestepris}$			
Tilbudsgiver	Pris (vægtning 70 %)		
	Tilbudspris	Point	Vægtet point (point x 0,7)
Urbaser A/S (klager)	30.407.685	8	5,60
Meldgaard Miljø A/S	33.419.134	7,12	4,98
HCS A/S (vinder)	30.848.217	7,87	5,51
City Renovation (samme ejer som HCS)	55.254.654	0,74	0,52

Tabel 1: Egen tilvirkning.

³⁰⁴ Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug & Affald, 2021, s. 7.

Havde City Renovations indgivet et tilbud i samme leje som de øvrige tilbudspriser, da ville alle tilbudspriser kunne rummes ved $x = 30 \text{ pct.}$ Eftersom der ikke ville være en outlier i form af en væsentlig højere tilbudspris, ville pointtildelingen se ud som nedenfor. I tabellen er City Renovations tilbud skønsmæssigt fastsat til fortsat at være højere, men samtidig kunne rummes inden for $x = 30 \text{ pct.}$

Pointtildeling under evalueringsparameteret pris uden outlier			
Point = $\text{maksimumpoint} - \frac{(\text{maksimumpoint} - \text{minimumpoint})}{30\%} * \frac{\text{pris} - \text{lavestepris}}{\text{lavestepris}}$			
Tilbudsgiver	Pris (vægtning 70 %)		
	Tilbudspris	Point	Vægtet point (point x 0,7)
Urbaser A/S (klager)	30.407.685	8	5,60
Meldgaard Miljø A/S	33.419.134	5,36	3,75
HCS A/S (vinder)	30.848.217	7,61	5,33
City Renovation (samme ejer som HCS)	35.254.654	3,75	1,95

Tabel 2: Egen tilvirkning.

Af pointtildelingstabellen ses en større spredning i antal point, når der ikke er en markant outlier. Tilbuddene fra Urbaser A/S, Meldgaard Miljø A/S og HCS A/S har alle vægtede points i intervallet 4,98-5,60 ved en væsentlig højere tilbudspris fra City Renovation. I tabel 2 hvor City Renovations tilbud kan rummes inden for $x = 30 \text{ pct.}$, og der dermed ikke er en markant outlier, da er intervallet mellem de øvrige tilbuds vægtede point 3,75-5,60. Det kan derfor argumenteres, at en højere tilbudspris påvirker tilbudsevalueringen på en usaglig måde. Af nedenstående tabel kan det tillige udledes, at en væsentlig lavere tilbudspris kan påvirke evalueringsmodellen og de tildelte point for pris. Ved en væsentlig lavere tilbudspris vil intervallet mellem Urbaser A/S, Meldgaard Miljø A/S og HCS A/S' vægtede point være 1,43-2,36, hvorfor forskellen igen vil være mindre end i tabel 1. Der er igen tale om en skønsmæssig fastsættelse af City Renovations tilbud alene med henblik på at illustrere en konstaterbar påvirkning.

Pointtildeling under evalueringsparameteret pris ved en væsentlig lavere tilbudspris			
$\text{Point} = \text{maksimumpoint} - \frac{(\text{maksimumpoint} - \text{minimumpoint})}{90\%} * \frac{\text{pris} - \text{lavestepris}}{\text{lavestepris}}$			
Tilbudsgiver		Pris (vægtning 70 %)	
	Tilbudspris	Point	Vægtet point (point x 0,7)
Urbaser A/S (klager)	30.407.685	3,37	2,36
Meldgaard Miljø A/S	33.419.134	2,04	1,43
HCS A/S (vinder)	30.848.217	3,18	2,23
City Renovation (samme ejer som HCS)	20.000.000	8	5,60

Tabel 3: Egen tilvirkning.

På baggrund af det mindre prisspænd mellem tilbudsgiverne ved en outlier i form af en væsentlig højere og væsentlig lavere pris, kan det udledes, at prisens betydning reelt mindskes. Omvendt kan det argumenteres, at kvalitetskriterierne reelt får en større betydning end tilsigtet ved evalueringsmodellen. Kombineret med at ordregiver har et betydeligt kvalitativt skøn ved anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, kan en sådan påvirkning være uhensigtsmæssig, og ordregiver bør derfor være opmærksom herpå. Dette da et outlier tilbud bevidst kan afgives med ønske om at opnå en sådan effekt, særligt hvor den ene tilbudsgiver har en fordel i den kvalitative evaluering.

I henhold til de ovenstående udledte virkninger vil anbefalingen til ordregiver være at have evalueringsmodellens resultater for øje, særligt i forbindelse med indkomne tilbud, der er betydeligt højere eller betydeligt lavere end de resterende tilbud. Modellens brugbarhed kan blive påvirket, og kan i yderste konsekvens føre til, at modellen konkret er uegnet. Findes en evalueringsmodel at være uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan den efter klagenævnspraksis tilsidesættes, og udbuddet skal

derfor gå om.³⁰⁵ Klagenævnets praksis viser dog også, at der skal ganske meget til, førend evalueringsmodel tilsidesættes, hvis modellen klart er beskrevet i udbudsmaterialet.³⁰⁶

I den konkrete sag havde City Renovation og HCS A/S reelt samme ejere, hvorefter Urbasers (klagers) påstand var, at der var tale om et tilbud afgivet på skrømt til fordel for HCS A/S og dermed tilbudskoordineret. Ordregiver havde på tildelingstidspunktet ikke kendskab til det indbyrdes ejerforhold. Dette leder til næste opmærksomhedspunkt om fælles ejerforhold.

4.3.3 Opmærksomhedspunkt II: Fælles ejerforhold

Tilbudsgivers fælles ejerforhold, herunder tilbudsgiveres interne forbundethed, udgør opmærksomhedspunkt II. Der gælder på nuværende tidspunkt ikke et krav om, at ordregiver skal lave et baggrundstjek på ejerforholdet ved vurdering af, om der foreligger *tilstrækkelige plausible indikationer*. Et sådant krav er der ikke udbudsretligt noget til hinder for, idet det allerede i medfør af udbudslovens § 141, stk. 1 kan kræves, at tilbudsgiver er registreret i CVR-registeret.³⁰⁷

Med udgangspunkt i klagenævnets praksis synes en objektiv detalje om tilbudsgivers ejerforhold at være en faktisk omstændighed, der i kombination med andre forhold, kan føre til en undersøgelsespligt af tilbudsgiver i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Særligt klagenævnets kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*³⁰⁸ synes at indikere, at et fælles ejerforhold kombineret med en betydelig prisspredning kan udgøre en *tilstrækkelig plausible indikation*. I sagen blev ordregiver først under klagesagen bekendt med, at HCS A/S (den vindende tilbudsgiver) og City Renovation (en anden deltagende tilbudsgiver) havde samme to reelle ejere, der hver ejede 50 pct. i begge selskaber. Ordregiver blev først gjort bekendt med ejerforholdet i forbindelse med klagesagen ved klagers fremsendelse af udskrift fra CVR-registeret. Et fælles ejerforhold

³⁰⁵ Jf. bl.a. kendelse af 4. marts 2010, *Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune*, jf. Hamer, 2021, s. 573.

³⁰⁶ Jf. bl.a. kendelse af 28. august 2019, *Knud Erik Hessel A/S mod Sønderborg Affald A/S*. Kendelsen understreger, at ordregiver har et betydeligt skøn i vurderingen af evalueringsmodellens egnethed.

³⁰⁷ I henhold til udbudslovens § 141, stk. 1 kan ordregiver i forbindelse med tilbudsgivers egnethed kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er optaget i et relevant fagligt register eller handelsregister i det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren har hjemsted.

³⁰⁸ *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug & Affald*, 2021.

vurderes således særligt at være relevant, hvis ordregiver har øvrige indikationer på konkurrencefordrejende adfærd.

Forinden yderligere praksis vil blive gennemgået, med henblik på at komme nærmere, hvorledes fælles ejerforhold kan underbygge en *plausibel indikation*, skal det bemærkes, at der intet udbudsretligt er til hinder for, at flere selskaber i samme koncern eller med samme ejerforhold begge afgiver tilbud i et udbud.³⁰⁹ Optræder to eller flere koncernforbundne selskaber imidlertid som én virksomhed, og hemmeligholder det for markedet, vil dette kunne anses som problematisk rent konkurrenceretligt.³¹⁰

Ud fra ovenstående kendelse vurderes et indbyrdes ejerforhold eller et fælles ejerforhold (også kendt som søsterselskaber) at udgøre omstændigheder, som kan være udslagsgivende for en plausibel indikation. At et fælles ejerforhold kan udgøre en konkurrencefordel i strid med ligebehandlingsprincippet, kan drages analogt fra udbudslovens § 39, stk. 2. Efter denne må en økonomisk aktør, der har tilknytning til en anden økonomisk aktør (eksempelvis som koncernforbundne), ikke have fået en betydelig konkurrencefordel ved den ene parts involvering i forberedelsen til et udbud. Befinder to eller flere tilbudsgivere sig inden for samme koncern, kan det indebære en sandsynlighed for koordinering af tilbud eller en konkurrencefordel, som ordregiver skal have for øje, når denne skal tage stilling til undersøgelse af tilbuddene. Det er derfor vores anbefaling, at ordregiver af lovgiver vejledes til at tjekke ejerforholdet ved påfaldende forhold eller som et generelt krav ved tilbudsevalueringen.

I kendelse af 6. juli 2021, *SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune, Teknik og Miljø mfl.*³¹¹, blev et tidligere ejerforhold mellem to prækvalificerede tilbudsgivere, R og E, ikke anset som indikation for, at ordregiver skulle have undersøgt forholdet nærmere. R havde indtil år 2002 ejet en væsentlig andel af E, men var på tidspunktet for tilbudsafgivning, ikke ejer af selskabet mere. Klagenævnet fandt på denne baggrund, at der ikke var personsammenfald i ledelserne, der kunne underbygge en *plausibel*

³⁰⁹ Kendelse af 12. august 2013, *Medtronic Danmark A/S mod Region Midtjylland*, s. 54.

³¹⁰ Det følger af konkurrencelovens § 5, at konkurrencereglerne ikke gælder mellem koncernforbundne virksomheder. Dog vil to koncernforbundne virksomheder, der afgiver tilbud i forening rent udbudsretligt stride imod ligebehandlingsprincippet. Dette da virksomhedernes tilbud ikke er afgivet selvstændigt og uafhængigt af hinanden jf. også Bertelsen & Madsen, 2021, s. 700.

³¹¹ Kendelse af 6. juli 2021, *SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune, Teknik og Miljø mfl.*

indikation for konkurrencefordrejende adfærd. Uanset udfaldet af kendelsen, findes klagenævnets udtalelser interessante for nærværende. Det at Klagenævnet går ind og udtaler sig om ejerforholdet mellem selskaberne og yderligere muligheden for personsammenfaldet indikerer, at koncernstrukturen og ejerforholdet er parametre, som ordregiver skal være særlig opmærksom på, hvis ordregiver har mistanke om konkurrencefordrejende aktiviteter.

Sammenholdes de to ovenforstående sager, vurderes et faktisk påvist ejerforhold i forning med andre mistænkelige forhold at kunne underbygge en *tilstrækkelig plausibel indikation*, hvorefter ordregiver har mulighed for at have et objektivt støtteelement i sin vurdering. Imidlertid kan det også udledes af kendelserne, at et påvist ejerforhold skal være til stede på tildelingstidspunktet, førend ordregiver kan benytte forholdet som grundlag for en undersøgelse. Har ordregiver mistanke om, at de tilbud der er indgivet, er koordinerede, vurderes et baggrundstjek om ejerforhold at være et nyttigt element, der potentielt kan bidrage til at opdage ulovlig konkurrencefordrejende adfærd.³¹² Selvom det ikke nødvendigvis synes indlysende, at nogle selskaber vil have adgang til forberedelsen af hinandens tilbud, eller at de muligvis har valgt at koordinere deres tilbud, kan tilbud fra forbundne selskaber dække over en koordineret aftale.³¹³ Derfor er det vigtigt, at ordregiver er opmærksom på tilbudsgivers fælles ejerforhold.

4.3.4 Opmærksomhedspunkt III: Fælles tilbudsafgivelse

I modsætning til tilbudskoordinering, der i sin natur er skjult for ordregiver, er de faktiske forhold ved en fælles tilbudsafgivelse kendt for ordregiver. Ordregiver bør derfor rette sin opmærksomhed på fælles tilbud i form af konsortier og andre former for samarbejde om tilbudsafgivelse. Den fælles tilbudsafgivelse i form af konsortier vil være opmærksomhedspunktets hovedfokus, idet konsortier også var omdrejningspunktet for kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting mod Skatteministeriet*. I henhold til kendelsen er ordregiver forpligtet til at udelukke ulovlige konsortier efter ligebehandlingsprincippet og efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

³¹² Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning, 2021, s. 17-18.

³¹³ Ibid., s. 26.

Vurderingen af om der foreligger konkurrenceovertrædelser ved konsortier er den samme, som ordregiver skal foretage ved individuelle tilbudsafgivelser. Forskellen er blot, at den fælles tilbudsafgivelse er synlig for ordregiver, hvorfor ordregivers byrde i forbindelse med undersøgelse af mulig konkurrencebegrænsende adfærd vurderes at kunne lettes. Dermed ikke sagt at vurderingen er let. Ordregiver har en betydelig interesse i ikke at indgå kontrakter med ulovlige konsortier, idet risikoen kan være at kontrakten er ugyldig, og dermed bevirker til et nyt (omkostningstungt) udbud.

Afgørende for et konsortiets lovlighed er dens forenelighed med konkurrencelovens § 6 samt TEUF art. 101, stk. 1. Henset til konkurrencen om en offentlig kontrakt vil konsortier i sin lovlige form være gavnlige. Dette da konsortier kan bidrage til øget konkurrence og flere tilbudsgivere, da små- og mellemstore virksomheder kan få mulighed for at byde ind på en offentlig opgave. Konsortier kan også have den modsatte effekt i form af færre tilbudsgivere og en begrænsning af konkurrencen i strid med både TEUF art. 101, stk. 1 og konkurrencelovens § 6. Et konsortium i strid hermed vil bevirke en undersøgelsespligt efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvorfor anbefalingen til ordregiver altid vil være at have et ekstra øje på konsortier og andre former for fælles tilbudsafgivelse. Imidlertid er det væsentligt, at potentielle konkurrencebegrænsende (og ulovlige) konsortier bliver identificeret. Vejen til en identificering vil blive udpenslet i det følgende.

Bestemmende for om et konsortium er konkurrencebegrænsende, er om virksomhederne i sammenslutningen kan anses for (i) aktuelle eller potentielle konkurrenter, og dermed i stand til at byde ind på den konkrete opgave alene, og at (ii) undtagelsesbetingelserne i TEUF art. 101, stk. 3 ikke er opfyldt.³¹⁴ Af lovforarbejderne til konkurrencelovens § 6 følger: *”Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer).”*³¹⁵ Det er væsentligt at pointere, at ordregiver ikke har en egentlig pligt til at tage stilling til et konsortiums forenelighed med konkurrenceretten, da en sådan vurdering ligger ud over de forventelige kompetencer for en ordregiver, jf. Klagenævnets kendelse af 5. december 2019, *Kailow Graphic A/S mod*

³¹⁴ Bertelsen & Madsen, 2021, s. 766.

³¹⁵ Lovforslag nr. 172 fremsat d. 20. februar 1997 om forslag til konkurrencelov, s. 19.

Moderniseringsstyrelsen.³¹⁶ I denne vurdering formodes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at være rette klageorgan. Antagelsen for gennemgangen som følger er derfor, at ordregiver ikke nødvendigvis skal have håndfaste beviser for et ulovligt konsortium men blot *tilstrækkelige plausible indikationer*.

Helt grundlæggende kan udledes, at ordregiver altid bør undersøge et tilbud fra et konsortium, hvis én eller flere af deltagerne tidligere i et lignende udbud har budt ind alene, og ordregiver ikke er bekendt med ændringer i dennes kapacitet. Dette både i lignende udbud under samme ordregiver eller lignende udbud ved andre ordregivere. Udbydes en kontrakt som en delaftale, da skal ordregiver være opmærksom på, om virksomhederne i konsortiet tidligere har været i stand til at byde ind på de enkelte delaftaler. Har virksomhederne kapacitet til at byde ind på en eller flere delaftaler individuelt, så anses de som værende konkurrenter på de relevante delaftaler. Der vil således være tale om et ulovligt konsortium, der reelt begrænser og eliminerer konkurrencen på markedet.³¹⁷

For det andet bør ordregiver skærpe sin opmærksomhed på den situation, hvor samme tilbudsgiver deltager på flere måder i et udbud eksempelvis både som tilbudsgiver og som medlem af et konsortium. Dette kan indikere, at den pågældende tilbudsgiver selv er i stand til at løfte opgaven, hvilket kan pege i retning af et konkurrencebegrænsende konsortium, der alt andet lige bør undersøges i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 samt efter ligebehandlingsprincippet ved manglende tilvalg af udelukkelsesgrunden. En dobbelt-tilbudsafgivelse kan ikke i sig selv føre til direkte udelukkelse, jf. proportionalitetsprincippet og EU-Domstolens dom af 23. december 2009.³¹⁸ Efter nærværende forfatteres vurdering vil der i sådanne tilfælde dog altid være tale om en *tilstrækkelig plausibel indikation* og dermed en undersøgelsespligt efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

³¹⁶ Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen, 2021. Sagen angik et offentligt udbud af en rammeaftale. Påstand om at to tilbudsgivere burde være udelukket efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og at et konsortium var i strid med konkurrencelovgivningen. Ingen af påstandene blev taget til følge. Klagenævnet henviste til sin manglende kompetence på konkurrencerettens område.

³¹⁷ Jf. U.2020.524 H, Højesterets Dom af d. 27. november 2019 i sag 191/218 (2. afd.) i "Vejstribesagen". Højesteret fandt i sagen, at det var i strid med konkurrencereglerne at Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S gik sammen i et konsortium og afgav fælles bud på tre delaftaler. Virksomhederne havde hver især kapacitet til at byde ind på enkelte delaftaler, hvorfor det fælles bud og en forhåndsfordeling af delaftaler udgjorde en aftale med henblik på konkurrencebegrænsning.

³¹⁸ Sag C-376/08, *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl mod Comune di Milano*.

4.4 Opmærksomhedspunkternes bidrag til velfærdsforøgelse

I det foregående er flere opmærksomhedspunkter blevet præsenteret. Disse opmærksomhedspunkter vurderes at lette ordregivers beviskrav for *tilstrækkelige plausible indikatorer* i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Med opmærksomhedspunkterne vil ordregiver fremover få en guidance til at identificere konkurrencefordrejende adfærd, der har til formål at øge incitamentet til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 til gavn for opnåelse af lovgivers intention. På nuværende tidspunkt er undersøgelsen og identificeringen af konkurrencefordrejende adfærd forbundet med væsentlige omkostninger for den enkelte ordregiver, hvilket afspejler sig i ordregivers lave incitament til anvendelse.

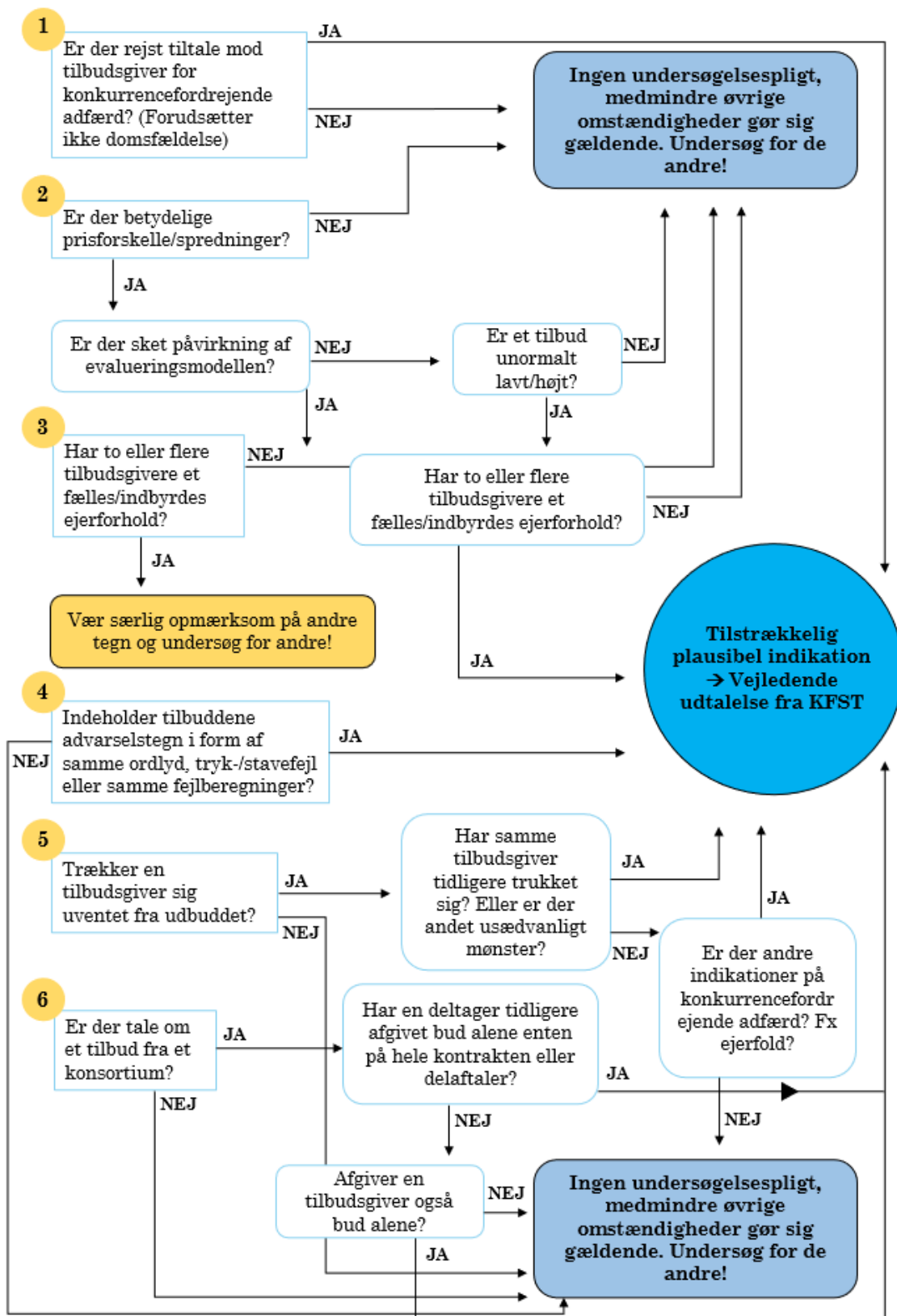
Indledende fandtes ordregivers incitament til anvendelse at være afhængig af en positiv viden om andre ordregivers anvendelse af bestemmelsen. En kollektiv og konsekvent anvendelse af udelukkelsesreglen vurderes at være udslagsgivende for opnåelse af lovgivers intention om velfærdsforøgelse. Samtidig vurderes en fælles anvendelse også at være afgørende for troværdigheden af udelukkelse og self-cleaning som kontrol- og strafmekanisme. Ved anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 skal den enkelte ordregiver dele den positive gevinst med andre ordregivere, mens den enkelte ordregiver står tilbage med omkostningerne samt konsekvenserne ved anvendelse af bestemmelsen. Dette vurderes at være til ugunst for lovgivers intention med udelukkelsesreglen og den velfærdsforøgelse, der kan opnås ved en kollektiv anvendelse. Opmærksomhedspunkterne skal bidrage til at minimere ordregivers transaktionsomkostninger ved undersøgelse og identificering af en konkurrencebegrænsende adfærd, således ordregivers korrekte anvendelse fremmes. En korrekt og konsekvent anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 vurderes at føre til en velfærdsforøgelse til gavn for lovgivers intention.

Med udgangspunkt i praksis har nærværende forfattere udledt tre konkrete opmærksomhedspunkter, der skal bidrage til ordregivers opfyldelse af lovgivers intention. De tre punkter vedrører (i) påvirkning af evalueringsmodellen grundet prisspredninger, (ii) fælles ejerforhold og (iii) fælles tilbudsafgivelse. I relation til identificering af konkurrencefordrejende adfærd skal de opstillede punkter udgøre røde flag for ordregiver og samtidig mindske ordregivers usikkerhed ved anvendelse. Dette da ordregiver fremover har nogle pejlemærker for, hvilke forhold der kan indeholde konkurrencefordrejende adfærd, og som

derfor bør undersøges. På langt sigt skal opmærksomhedspunkterne bidrage til at skabe et marked kun indeholdende pålidelige aktører grundet udelukkelsesreglernes præventive og afskrækkende effekt, en mere effektiv konkurrence og mere valuta for pengene. For nuværende skal punkterne styrke ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

For at visualisere ordregivers potentielle brug af opmærksomhedspunkterne, er disse blevet opstillet i en model. Modellen viser de vurderingsvalg, som ordregiver står overfor ved modtagelse af tilbud i et udbud. Modellen skal fungere som et konkret værktøj ved indikationer på konkurrencefordrejende adfærd. De nummererede bokse viser seks konkrete udsagn, som ordregiver bør tage stilling til i forbindelse med identificeringen af *tilstrækkelige plausible indikationer*. Hvert udsagn indebærer stillingtagen i form af en bekræftelse 'ja' eller en afkræftelse 'nej', hvorefter en pil følger til et andet udsagn. Afslutningsvist vil ordregiver befinde sig i en boks med henholdsvis '*ingen undersøgelsespligt*' eller '*tilstrækkelige plausible indikationer*', der udløser en undersøgelsespligt. Herved vejledes ordregiver til hvornår et tilbud, på baggrund af afhandlingens udledte konklusioner, bør indsendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens 'Enhed for pålidelighedsvurdering'.

Hvornår har ordregiver tilstrækkelige plausible indikationer og dermed en undersøgelsespligt efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3?



Figur 2: Egen tilvirkning.

4.5 Integreret delkonklusion

Formålet med det integreret kapitel har været at undersøge, hvorvidt ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens 137, stk. 1, nr. 3 er forenelig med lovgivers intention. Hertil er det blevet undersøgt, hvorledes opstilling af opmærksomhedspunkter fører til en velfærdsforøgelse til gavn for opnåelse af lovgivers intention. Sammenfattende kan det opsummeres, at ordregivers incitament på nuværende ikke er foreneligt med lovgivers intention. Dette da ordregiver vurderes at have fokus på de kortsigtede konkurrencebegrænsninger virkninger ved anvendelse af udelukkelsesgrunden. Ud fra et Prisoners Dilemma spil kan det udledes, at lovgivers intention først opnås ved samarbejde og tillid mellem alle ordregivere. Ved samarbejde skal forstås alle ordregiveres kollektive, korrekte og konsekvente anvendelse af bestemmelsen. Først her vil bestemmelsen blive anset som en troværdig kontrol- og strafmekanisme, der på langt sigt skal sikre bestemmelsens præventive effekt og en velfærdsforøgelse.

For at optimere ordregivers incitament til anvendelse af bestemmelsen er der i kapitlet blevet opstillet konkrete opmærksomhedspunkter, der vurderes at føre til velfærdsforøgelse i tråd med lovgivers intention. Opmærksomhedspunkterne er udledt med henblik på at styrke ordregivers beviskrav for *tilstrækkelige plausible indikationer*, hvorved vurderingen af den mulige konkurrencefordrejende adfærd lettes. Opmærksomhedspunkterne vedrører foruden generelle forhold, (i) påvirkning af evalueringsmodellen grundet prisspredninger, (ii) fælles ejerforhold og (iii) fælles tilbudsafgivelse. Med opstilling af opmærksomhedspunkter vurderes sandsynligheden for ordregivers korrekte anvendelse at øges, da ordregivers usikkerhed ved bestemmelsens beviskrav mindskes. Hertil får ordregivere fremadrettet en guidance i, hvilke forhold der særligt skal vække mistanke om konkurrencefordrejende adfærd. Opmærksomhedspunkterne vurderes dermed at være et skridt i den rigtige retning mod opfyldelse af lovgivers intention.

5. KAPITEL V - KONKLUSION

Afhandlingen har haft til formål at undersøge, hvornår ordregiver skal udelukke tilbudsgiver på grund af konkurrencefordrejende adfærd i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. I forlængelse heraf er det blevet undersøgt, hvilke incitamenter ordregiver har til at anvende bestemmelsen efter lovgivers hensigt, og om den nyoprettede 'Enhed for pålidelighedsvurdering' bidrager til opfyldelse af lovgivers formål med udelukkelsesreglen. Afslutningsvis har afhandlingen ønsket at undersøge, hvorvidt ordregivers incitament til at anvende udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er forenelig med lovgivers intention. Afhandlingen har desuden haft til hensigt at undersøge, hvorledes opstilling af opmærksomhedspunkter kan føre til en velfærdsforøgelse til gavn for opnåelse af lovgivers intention.

Den juridiske analyse har vist, at ordregiver ved tilvalg af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 har en pligt til at undersøge et tilbud, når ordregiver har *tilstrækkelige plausible indikationer* til at konkludere, at tilbudsgiver har *indgået en aftale, samordnet praksis* eller *foretaget vedtagelser* med andre økonomiske aktører, der har *til formål at hindre, begrænse eller fordreje* konkurrencen. Af analysen kan udledes, at der for nuværende kun gælder en absolut standard for ordregivers undersøgelsespligt, navnlig når der er rejst tiltale mod tilbudsgiver for overtrædelse af konkurrencelovgivningen eller denne er dømt for selvsamme forhold. Klagenævnet for Udbuds praksis har vist, at en betydelig prisforskel, sammenfald i ejerforhold eller enslydende fejl i tilbudsmaterialet ikke alene kan udløse en undersøgelsespligt for ordregiver. En nedre grænse for ordregivers beviskrav i relation til *tilstrækkelige plausible indikationer* har ikke været mulig at udlede af hverken lovgivning, praksis eller juridisk litteratur. Det kan imidlertid konkluderes, at ordregiver er tillagt et tilnærmelsesvist frit skøn i sin vurdering. Skønnet skal udøves i overensstemmelse med magtfordrejningslæren og forbuddet mod at sætte skøn under regel. Identificeringen af tilbudsgivers konkurrencefordrejende adfærd forudsætter et betydeligt kendskab til konkurrenceretten, som ordregiver forventeligt ikke besidder. Dette sammenholdt med ordregivers frie skøn vurderes at besværliggøre anvendelsen af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Den skønsmæssige vurdering indebærer en omkostningstung byrde til fare for både tilbudsgiveres beskyttelse mod arbitrær behandling, udbudslovens formål om bedst mulig udnyttelse af offentlige midler samt det forvaltningsretlige princip om forsvarlig økonomisk forvaltning. På baggrund af analysen kan det konkluderes, at Klagenævnet for Udbud er tilbageholdne med at foretage en indgående prøvelse af ordregivers skøn.

Klagenævnet for Udbud tilsidesætter alene skønnet, hvis de finder, at grænserne for saglighed og rigtighed er åbenbart overskredet, herunder hvis de udbudsretlige principper i udbudslovens § 2 ikke er iagttaget. Det kan tilmed udledes af kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet/v Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*, at ordregiver i medfør af ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 har en pligt til at udelukke et tilbud baseret på konkurrencefordrejende adfærd. Dette forudsætter et mere sikkert grundlag end efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Slutteligt konkluderer analysen, at ordregiver i overensstemmelse med lovens § 138, stk. 1 og proportionalitetsprincippet skal give tilbudsgiver mulighed for at genoprette sin pålidelighed eller bevise sin uskyld, når ordregiver (i) har tilvalgt udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og (ii) har fundet *tilstrækkelige plausible indikationer* på konkurrencefordrejende adfærd. Vurderingen skal foretages under hensyn til forseelsens karakter, de trufne foranstaltninger og konkrete forhold ved kontrakttildeling. Ved lovændringen pr. 1. januar 2023 er vurderingen af tilbudsgivers pålidelighed centraliseret ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med ønsket om at sikre et mere effektivt brug af ressourcer, få en tiltrængt ensartethed i vurderingen af tilbudsgivers dokumentation, styrke ordregivers vurderingsgrundlag og afhjælpe de betydelige omkostninger forbundet med ordregivers komplekse vurdering.

Med udgangspunkt i den økonomiske analyse kan det udledes, at lovgivers hensigt med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 er at skabe lige konkurrencevilkår på markedet for offentlige kontrakter, således udbudslovens formål om bedst mulig udnyttelse af offentlige midler sikres. Foruden disse kan det konkluderes, at udelukkelsesreglernes affattelse afspejler et politisk ønske om ikke at indgå kontrakter med kriminelle aktører, et straffende rationale om at udelukke utroværdige aktører fra fremtidig deltagelse i offentlige udbud samt et beskyttende rationale om at sikre egnede og pålidelige kontraktparter. Analysen har vist, at udelukkelsesgrunden skal anses som en kontrolmekanisme, der i forening med reglens straffende element, skaber en afskrækkende virkning over for potentielle tilbudsgivere. På langt sigt skal den afskrækkende og præventive effekt bevirke, at der kun indgås kontrakter med pålidelige og integritetsfulde aktører, som skal bidrage til sund konkurrence. De kortsigtede konkurrencebegrænsende virkninger ved udelukkelse vurderes ikke at skabe incitament til anvendelse grundet ordregivers mulighed for at forfølge egne politiske-, sociale- og økonomiske målsætninger. Dette vurderes at være til fare for den langsigtede positive effekt samt opfyldelse af lovgivers formål. Af afhandlingens principal-agent analyse kan det også udledes, at den nye self-cleaning bestemmelse i lovens § 138,

stk. 1 på sin vis styrker ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, og i sidste ende bidrager til opfyldelse af lovgivers formål. Reglen vurderes at skabe en forudsigelighed i udelukkelse- og self-cleaning reglernes anvendelse, mindske ordregivers usikkerhed om anvendelse samt have en positiv effekt på både self-cleaning- og udelukkelsesmekanismens troværdighed. Afsluttende konkluderer analysen, at ordregivers incitament til at anvende udelukkelsesgrunden er marginalt på et marked med få potentielle tilbudsgivere. I et sådant marked vurderes den konkurrencefordrejende adfærd at have gode forudsætninger for opretholdelse, hvorfor behovet for udelukkelse vil være stort. Paradoksalt er det imidlertid, at ordregiver i den omvendte situation med mange potentielle tilbudsgivere vil have størst incitament til at anvende udelukkelsesgrunden. I denne situation vurderes behovet for udelukkelse at være ubetydelig, da sandsynligheden for opretholdelse af en konkurrencefordrejende adfærd er lav. Ordregivers incitament konkluderes derfor at være størst, hvor effekten af udelukkelse er mindst, hvilket synes at være særdeles uhensigtsmæssigt og til fare for opfyldelse af lovgivers langsigtede formål med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og lovens § 138, stk. 1.

Endeligt kan det konkluderes, at den enkelte ordregivers incitament til anvendelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 på nuværende tidspunkt ikke er forenelig med lovgivers intention. Ordregiver vurderes på kort sigt at have egne konkurrencebegrænsende konsekvenser samt egne omkostninger for øje. Med udgangspunkt i et Prisoners Dilemma spil kan det udledes, at opnåelse af lovgivers intention om en velfærdsforøgelse, er betinget af alle ordregivers samarbejde om anvendelse af bestemmelsen. Ved alle ordregivers kollektive, korrekte og konsekvente anvendelse vil bestemmelsen anses som en troværdig kontrol- og strafmekanisme, der skal sikre lovgivers intention og udelukkelsesreglens præventive effekt. For at styrke ordregivers incitament til anvendelse har nærværende forfattere foruden generelle forhold opstillet opmærksomhedspunkterne (i) påvirkning af evalueringsmodellen grundet prisspredninger, (ii) fælles ejerforhold og (iii) fælles tilbudsafgivning. Opmærksomhedspunkterne skal lette ordregivers vurdering af konkurrencefordrejende adfærd og *tilstrækkelige plausible indikationer*, hvorved sandsynligheden for ordregivers korrekte anvendelse øges. Dette skal bidrage til at opnå en forenelighed mellem ordregivers incitament og lovgivers intention om en langsigtet velfærdsforøgelse.

6. LITTERATURLISTE

EU-retlig regulering

Primær regulering

Traktaten for den Europæiske Unions Funktionsmåde, ”TEUF”

Traktaten om den Europæiske Union, ”TEU”

Sekundær regulering

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-04-30 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18/EF), ”Udbudsdirektivet 2004”

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2014-02-26 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (2014/24/EU), ”Udbudsdirektivet 2014”

Ikke-bindende sekundær regulering

Europa-Kommissionen, *Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb*, KOM(2011) 896 endelig, 2011/0438 (COD), fremsat den 20. december 2011 i Bruxelles

Europa-Kommissionen, *Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb*, KOM(2011) 15, 2011

Europa-Kommissionen, *Meddelelse om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund*, KOM (2021/C 91/01)

Europa-Parlamentet, *Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb*, COM(2011)0896, 1. november 2011

Rådet for Den Europæiske Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures*, 2011/0438 (COD), fremsat den 14. juni 2012 i Bruxelles

National regulering

Love

Lov nr. 1564 af 15. december 2015, som ændret ved lov nr. 204 af 5. marts 2019, lov nr. 1251 af 30. november 2019 og senest ved lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, "Udbudsloven"

Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne ændret ved lov nr. 1556 af 21. december 2010, lov nr. 618 af 14 juni 2011, lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 samt lov nr. 1564 af 15. december 2015, "Lov om Klagenævnet for Udbud"

Lovbekendtgørelse nr. 360 af 4. marts 2021, "Konkurrenceloven"

Fortolkningsbidrag

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Bliver din kommune snydt? Karteller, monopoler og unødvendige omkostninger ved udbud*, 2012

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Skabelon for en virksomheds dokumentation for pålidelighed*, 2022

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2022*, 2023

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2021*, 2022

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Vejledning om vurdering af pålidelighed*, 2023

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Velfungerende markeder – Kontrolundersøgelser*, 2018

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Virksomhedernes kendskab til konkurrencereglerne*, 2018

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evalueringsmodeller*, 2019

Folketinget 2015-16, Lovforslag nr. 19 fremsat d. 7. oktober 2015 om ændring af udbudsloven fremsat den 7. oktober 2015, "L 19, 2015"

Folketinget 1996-97, Lovforslag nr. 172 fremsat d. 20. februar 1997 om forslag til konkurrencelov

Folketinget 2021-22, Lovforslag nr. 199 fremsat d. 10. maj 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, ”L 199, 2022”

Retspraksis

EU-Domstolens retspraksis

Sag 14/83, *Von Colson*, ECLI:EU:C:1984:153

Sag 31/87, *Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat*, EU:C:1988:422

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

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

Sag C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH*, ECLI:EU:C:2018:316

Sag C-16/98, *Kommissionen mod Frankrig*, ECLI:EU:C:2000:541

Sag C-171/15, *Connexion Taxi Services mod Holland*, ECLI:EU:C:2016:948

Sag C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici mod Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2014:2063

Sag C-376/08, *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl mod Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2009:808

Sag C-412/04, *Kommissionen mod Italien*

Sag C-413/06 P, *Impala II*, ECLI:EU:C:2007:790

Sag C-42/13, *Cartiera dell’Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345

Sag C-454/06, *Pressetext*, ECLI:EU:C:2008:351

Sag C-532/06, *Lianakis*, ECLI:EU:C:2008:40

Sag C-67/13, *Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen*,
ECLI:EU:C:2014:2204

Sag C-92/00, *Hospital Ingenieure mod Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2002:379

Sag T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen*, ECLI:EU:T:2009:491

Sag T-342/99, *Airtours plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*,
ECLI:EU:T:2002:146

Sag T-41/96, *Bayer AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*,
ECLI:EU:T:2000:242

National retspraksis

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Konkurrencerådsafgørelse den 28. september 2022 - Volvo Danmark A/S' erhvervelse af aktiver og rettigheder fra Titan Lastvogne A/S*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. august 2013, *Medtronic Danmark A/S mod Region Midtjylland*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. november 2015, *IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil A/S*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. august 2016, *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. maj 2018, *Danske Slagtemestre mod Høje-Taastrup Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2018, *Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund repræsenteret ved Vejdirektoratet*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. april 2021, *Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. juli 2021, *SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune, Teknik og Miljø mfl.*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. september 2021, *OneMed A/S mod Region Hovedstaden*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2021, *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. december 2021, *Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune*

Litteratur

Anderson, Robert D., Kovacic, William E, & Müller, Anna Caroline, *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance i The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2010

Bergen, Mark, Dutta, Shantanu & Walker, Orville C., *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*, Journal of Marketing, vol. 56, 1992

Bertelsen, Erik & Madsen, Andreas Riis, *Konkurrencerettens betydning for udbudsretten i Festskrift til Palle Bo Madsen*, DJØF Forlag, 1. udg., 2021

Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udg., 2020

Bønsing, Sten, *Almindelig Forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udg., 2018

Cabral, Luis M. B., *Introduction to Industrial Organization*, Cambridge: MIT Press, second edition, 2000

- Christensen, Leslie & Rasmussen, Jens Helmer, *Microeconomics*, Pearson Education Ltd., 2013
- Eide, Erling & Stavang, Endre, *Rettsøkonomi*, Cappelen Akademisk Forlag, 2. udg., 2018
- Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 4. udg., 2017
- Fejø, Jens & Ølykke, Grith Skovgaard, *EU-Konkurrenceret - Almindelig del*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udg., 2014
- Frank, Robert H., *Microeconomics and Behavior*, McGraw Hill, 2nd. edition, 2010
- Hamer, Carina Risvig & Schamburg-Müller, Sten, *Juraens verden*, DJØF Forlag, 1. udg. 2020
- Hamer, Carina Risvig, Andhov, Marta, Bertelsen, Erik & Caranta, Roberto, *Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer*, Ex Tuto Publishing, 2022
- Hamer, Carina Risvig, *Udbudsret*, DJØF Forlag, 2. udg., 2021
- Knudsen, Christian, *Økonomisk metodologi*, Bd. 1, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994
- Knudsen, Christian, *Økonomisk metodologi*, Bd. 2, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997
- Neergaard, Ulla, & Nielsen, Ruth, *EU-ret*, Karnov Group. 8. udg., 2020
- Revsbech, Karsten, *Kommunernes opgave*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udg., 2015
- Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed*, Nyt Nordisk Forlag, 4. udg., 1966
- Steinicke, Michael, *Konkurrencerettens grænser i Festskrift til Palle Bo Madsen*, DJØF Forlag, 1. udg., 2021
- Treumer, Steen, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000
- Treumer, Steen, *Udbudsloven*, Ex Tuto Publishing A/S, 1. udg., 2016

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier*, DJØF Forlag, 6. udg., 2021

Von Eyben, Bo & Isager, Helle, *Lærebog i erstatningsret*, DJØF Forlag, 9. udg., 2019

Ølykke, Grith Skovgaard, Ohm, Mette & Petersen, Cecilie Fanøe, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, DJØF Forlag, 3. udg., 2022

Østergaard, Kim, *Julebog 2003*, DJØF Forlag, 2003

Artikler

Andersen, Peter, *Forskning, uddannelse, offentlige goder og eksternaliteter*, Samfundsøkonomen nr. 2, 2004

Arrowsmith, Sue & Kunzlik, Peter, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge University Press, 2009

Arrowsmith, Sue, Prieß, Hans-Joachim and Friton, Pascal, *Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law*, Public Procurement Law Review, 2009

Arrowsmith, Sue, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, Cambridge University Press, vol. 14, 2012

Arrowsmith, Sue, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, Konkurrenceverket, 2012

Auriol, Emmanuelle & Søreide, Tina, *An economic analysis of debarment*, International Review of Law and Economics, 2017

Fenger, Niels, *U.2014B.293 - Forarbejders retskildeværdi i EU-retten*, Ugeskrift for Retsvæsen, 2014

Hjelmeng, Erling & Søreide, Tina, *Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, no. 2014-32, 2014

Levenstein, Margaret C., & Suslow, Valerie Y., *What Determines Cartel Success?*, Journal of Economic Literature, vol. 44, no. 1, 2006

Nielsen, Rasmus Horskjær, Løjmand, Heidi & Hamer, Carina Risvig, *Når konkurrencen om offentlige kontrakter tager en forkert drejning*, Ugeskrift for Retsvæsen, U.2022 B.151, 2022

Rønde, Thomas: *Økonomiske Analyser af Udbud – Teori og Modeller*, Copenhagen Business School, 2021

Schoenmaekers, Sarah, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, vol. 13, no. 1 (2018), 2018

Van Garsse, Steven & De Mars, Sylvia, *Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive*, Larcier, 2016

Williams-Elegbe, Sobe, *The implications of negotiated settlements for debarment in public procurement: a preliminary enquiry*, Forthcoming, Tina Soreide and Abiola Makinwa, Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach, 2020

Hjemmesider

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Hvad er de forvaltningsretlige principper?*, 2019 (besøgt d. 1. maj 2023)

Rapporter

Folketingets Erhvervsudvalg 2020-21, *Arbejdsgruppens afrapportering for eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen*

Kommunernes Landsforening, *Fakta om kommunernes anlægsudgifter*, 2020

OECD, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, 2009

OECD, *Tool: Certificate of independent bid determination*, 2009

Regeringen, *Danmark kan mere I - Flere i arbejde. Danmark skal være rigere, grønnere og dygtigere*, udgivet på Finansministeriets hjemmeside, september 2021