

Begrundelsespligtens funktion i udbudsretten

The function of the duty to state reasons for decisions in public procurement law

Specialet er udarbejdet af: Kristina Lauridsen

Studieretning: Cand.merc.(jur.)

Hovedvejleder: Carina Risvig Hamer

Juridisk Institut

Økonomisk bivejleder: Doris Tranberg Jørgensen

Institut for Virksomhedsledelse og Økonomi

Afleveringsdato: Den 4. januar 2021

Antal anslag: 139.881

Tro- og love erklæring:

Det erklæres herved på tro og love, at undertegnede egenhændigt og selvstændigt har udformet denne rapport. Alle citater i teksten er markeret som sådanne, og rapporten eller væsentlige dele af den har ikke tidligere været fremlagt i anden bedømmelsessammenhæng.

Kristina Lauridsen 02/01/2021

KRISTINA LAURIDSEN

Abstract

This paper offers an examination of the duty to state reasons regarding the decision to award a contract in the procurement law. During a procurement procedure, the tenderers must be informed on the most important decisions made by the contracting authority. Some of these decisions are so essential that the contracting authority is obligated to state reasons for the decision to the unsuccessful tenderers, among these is the decision to award a contract. This duty to state reasons is regulated in art. 55 of the directive of the European Parliament and Council on public procurement from 2014 and in section 171 of the Danish Public Procurement Act from 2016. This paper examines the function of this duty to state reasons and the consequences of such inadequate explanations, the explanation's significance regarding the standstill period and lastly the correlation between the duty to state reasons and transaction costs. The duty to state reasons to unsuccessful tenderers is differentiated in relation to explanations for the rejection of respectively unacceptable and acceptable tenders. These explanations should make the motives and justifications of the decision to award the contract clear to the unsuccessful tenderers and enable them to decide whether there are reasons to submit a complaint to the competent court. Therefor the reasons for the decision need to be adequate, however with deference to confidentiality. According to case law from the Danish Complaints Board for Public Procurement, violation of the duty to state reasons meets no consequences. The General Court of the European Union however has a much stricter interpretation of this duty, where a violation can lead to annulment. As well has the duty to state reasons no impact on the initiation of the standstill period according to the Complaints Board. But because complaints only obtain automatic suspensive effect in the standstill period, it is very important that the unsuccessful tenderers receive sufficient information, to assess the possible reasons for a complaint. It can therefore be discussed whether the state of law is fitting, or if the duty to state reasons is trivialized. A procurement procedure will inevitably result in transactions costs for both the contracting authorities and tenderers. Still, because of the premise of bounded rationality and opportunistic behavior, insufficient explanations for the decision to award a contract is likely to raise the transaction costs due to increased disclosure requests and complaints. However, it is likely that adequate explanations can contribute not only to minimize such transaction costs, but also provide useful and constructive feedback to the unsuccessful tenderers, so they can prepare better tenders in the future, which thereby strengthens the future competition.

Indholdsfortegnelse

1.	Indledning og problemformulering	1
1.1.	Metode	3
1.2.	Den retsdogmatiske metode	3
1.2.1.	Retskilder og fortolkningsbidrag	3
1.2.2.	Det udbudsretlige regelgrundlag	4
1.2.3.	Praksis	6
1.3.	Retsøkonomi og transaktionsomkostninger	7
1.3.1.	Retsøkonomien	7
1.3.2.	Transaktionsomkostninger	8
1.4.	Afgrænsning	10
2.	Begrundelsespligtens regelgrundlag og udvikling	11
2.1.	Begrundelse efter anmodning	11
2.2.	En summarisk begrundelse	12
2.3.	En kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen	13
2.4.	Begrundelsespligten i udbudsloven	14
3.	Indholdet af en tilstrækkelig begrundelse	15
3.1.	Underretningen og begrundelsespligten	15
3.2.	Begrundelsen efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1	16
3.3.	Begrundelsen efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2	17
3.4.	Begrundelsens indholdsmæssige begrænsninger	22
3.5.	Delkonklusion	26
4.	Retsvirkninger af en utilstrækkelig begrundelse	27
4.1.	Annulation af tildelingsbeslutningen	27
4.2.	Delkonklusion	31
5.	Begrundelsespligten og standstill-perioden	32
5.1.	Standstill-perioden	32
5.2.	Effektiv klageadgang	33
5.2.1.	Underretningen og begrundelsen	33
5.2.2.	Klagefrister og standstill-perioden	35
5.2.3.	Standstill-perioden og effektiv klagemulighed	38
5.3.	Delkonklusion	40
6.	Et transaktionsomkostningsmæssigt perspektiv på begrundelsespligten	41
6.1.	Transaktionsomkostninger i udbud	41

6.2.	Begrundelsespligten og transaktionsomkostninger	44
6.3.	Aktindsigter og klagesager	45
6.3.1.	Aktindsigtsanmodninger	45
6.3.2.	Klagesager	47
6.4.	Minimering af transaktionsomkostninger via begrundelsespligten.....	50
6.5.	Delkonklusion	52
7.	Konklusion	53
	Litteraturliste	56

1. Indledning og problemformulering

Den offentlige sektor køber hvert år ind for 370 mia. DKK,¹ og disse indkøb er reguleret af udbudsreglerne. Udbudsreglerne har til formål at sikre en effektiv og åben konkurrence om offentlige kontrakter med fokus på ligebehandling og gennemsigtighed.

Når en ordregiver udbyder en kontrakt eller rammeaftale, skal denne tildeles den eller de leverandører, som giver det økonomisk mest fordelagtige tilbud jf. udbudslovens § 161. I de udbudsforretninger, hvor der er mere end én tilbudsgiver i spil til en offentlig kontrakt, vil der således stå forbigåede tilbudsgivere tilbage, som kan konstatere at deres tilbud ikke har ført til tildeling af en kontrakt. For de forbigåede tilbudsgivere kan afslaget være af stor økonomisk betydning for deres virksomhed ift. markedsansede, omsætning og fremtidige forretninger. Derfor er det særligt relevant for en forbigået tilbudsgiver, at kende baggrunden for ordregiverens tildelingsbeslutning og især årsagen til at de ikke fik tildelt kontrakten. Efter udbudsloven har ordregivere en pligt til at underrette tilbudsgiverne om de væsentlige beslutninger i udbudsprocessen, herunder tildelingsbeslutningen i medfør af udbudslovens § 171, stk. 1. nr. 3. Nogle af ordregiverens beslutninger er dog af så stor betydning, at der indtræder en begrundelsespligt. Ordregivere har derfor overfor forbigåede tilbudsgivere pligt til at begrunde tildelingsbeslutningen jf. udbudslovens § 171, stk. 4;

”En ordregiver skal i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 3, angive, hvornår standstillperioden udløber, jf. § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud. Beslutningerne skal være ledsaget af følgende begrundelser:

- 1) Til tilbudsgivere, der afgiver et uantageligt tilbud, skal ordregiveren angive grundene til, at tilbudsgiverens tilbud er afvist.*
- 2) Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen. Ved innovationspartnerskab, udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog skal ordregiveren herudover redegøre for forløbet af forhandlingerne eller dialogen med tilbudsgiverne. ”*

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Status for offentlig konkurrence 2019, s. 4

Begrundelsen har til formål at skabe gennemsigtighed omkring tildelingsbeslutningen og gøre de forbigåede tilbudsgivere i stand til at vurdere, hvorvidt der er grund til at indgive en klage over udbudsforretningen, så de kan udnytte deres klageadgang til at få afprøvet, hvorvidt der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne. Det har derfor en retssikkerhedsmæssig betydning for de forbigåede tilbudsgivere, at begrundelsespligten opfyldes. Men hvad indbefatter denne begrundelsespligt for ordregivere? Og hvad skal der til for at begrundelsespligten er opfyldt, og hvilken betydningen har det for henholdsvis ordregivere og tilbudsgivere, hvis den afgivne begrundelse er utilstrækkelig?

En udbudsforretning er også en ressourcekrævende proces for både ordregivere og tilbudsgivere. Det er derfor nærliggende at spørge, hvordan begrundelsespligten ved tildelingsbeslutningen påvirker transaktionsomkostningerne for ordregivere og tilbudsgivere? Hertil om utilstrækkelige begrundelser kan have indflydelse på omfanget af klagesager og aktindsigtsanmodninger, samt om begrundelsespligten kan anvendes som transaktionsomkostningsminimerende værktøj og eventuelt bidrage til at de forbigåede tilbudsgivere kan afgive bedre tilbud i fremtiden. Derfor vil begrundelsespligten i et tværfagligt perspektiv også blive behandlet ift. tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger.

Med udgangspunkt i ovenstående vil begrundelsespligten ved ordregiveres underretning om tildelingsbeslutningen være genstand for denne afhandling, som har til formål at behandle følgende problemformulering(er);

Hvilken funktion har begrundelsen ved ordregivers underretning om tildelingsbeslutningen og hvad er konsekvenserne af en mangelfuld begrundelse?

Hvilken betydning har begrundelsen for standstill-perioden?

Har begrundelsespligten på nuværende tidspunkt en hensigtsmæssig og tilstrækkelig funktion set i et transaktionsomkostningsmæssigt perspektiv?

1.1. Metode

De metodemæssige overvejelser i denne afhandling vil på grundlag af dets tværfaglige perspektiv basere sig på flere metodiske tilgange. Den juridiske behandling af problemstillingen vil basere sig på den retsdogmatiske metode med det formål at udlede gældende ret. Afhandlingens økonomiske behandling vil være baseret på retsøkonomien ved inddragelse af perspektiver omkring begrundelsespligtens effekt på adfærden hos parterne i en udbudsforretning og ved at begrundelsespligten vil blive behandlet i et transaktionsomkostningsmæssigt perspektiv.

1.2. Den retsdogmatiske metode

Den juridiske analyse baserer sig på den retsdogmatiske metode, med det formål at beskrive gældende ret.² Gældende ret kan defineres som ”... *summen af de regler der finder anvendelse på et område, som er underlagt retlig regulering*”.³ Den retsdogmatiske metode beskriver derved retstilstanden gennem en systematisering og analysering af de relevante retskilder.⁴

1.2.1. Retskilder og fortolkningsbidrag

Udgangspunktet for den retsdogmatiske metode er derfor de relevante retskilder på området og supplerende fortolkningsbidrag.⁵ Retskilder betragtes som bindende juridiske kilder, hvor ikke-bindende kilder betragtes som fortolkningsbidrag.⁶ Retsforskrifternes funktion er at fungere som juridiske argumenter, som ved den retsdogmatiske metode klarlægges og afvejes overfor hinanden for at besvare en retlig problemstilling.⁷ Fortolkningsbidrag, heriblandt juridisk litteratur, bidrager til forståelsen af en retsforskrifts udformning og lovgiverens intention med lovgivningen.⁸ Forordninger og direktiver indledes med en præambel med betragtninger, som er udtryk for de bagvedliggende hensyn og er derfor et vigtigt fortolkningsbidrag.⁹ Forarbejderne hertil har derimod ingen betydning i EU-retten,¹⁰ men det er anerkendt i dansk ret at anvende lovforarbejder, herunder lovbemærkninger, til fortolkning af en retstilstand i medfør af pågældende lov.¹¹

² Peter Blume. *Retssystemet og juridisk metode*, s. 40

³ Ibid, s. 54

⁴ Ibid, s. 40

⁵ Christina D. Tvarnø m.fl. *Få styr på metoden!* s. 53

⁶ Ibid, s. 37

⁷ Peter Blume. *Retssystemet og juridisk metode*, s. 105-106

⁸ Ibid, s. 140

⁹ Ibid, s. 279

¹⁰ Ibid, s. 279

¹¹ Carina Risvig Hamer, m.fl. *Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*

1.2.2. Det udbudsretlige regelgrundlag

Udbudsreglerne udspringer af EU-retten, hvorfor forholdet mellem EU-retten og national ret kort vil blive skitseret i det følgende. Udbudspligt opstår ved offentlige gensidigt bebyrdende kontrakter mellem en eller flere ordregivere og en eller flere økonomiske aktører angående levering af varer, tjenesteydelser eller udførslen af bygge- og anlægsarbejder, hvor værdien af kontrakten er over en vis værdi, kaldet tærskelværdierne.¹²

De EU-retlige retskilder kan opdeles i den primære ret, sekundære retskilder og retspraksis fra EU-Domstolen.¹³ Den primære EU-ret består af Traktaten om den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) samt de grundlæggende EU-retlige principper.¹⁴ Sekundære retskilder af relevans for denne afhandling er udbudsdirektivet¹⁵, som regulerer indgåelsen af offentlige kontrakter med en værdi over de gældende tærskelværdier, hvor håndhævelsen af udbudsreglerne er reguleret ved kontroldirektiverne¹⁶. Direktiverne udgør rammen for EU's medlemslandenes nationale implementering og har til formål at harmonisere retsstillingen imellem medlemslandene. Udbudsdirektivet er vedtaget med hjemmel i TEUF og er derfor en foranstaltning til at opnå et indre marked med fri bevægelighed for offentlige kontrakter.¹⁷ Den nugældende danske udbudslov trådte i kraft den 1. januar 2016 og er den danske implementering af 2014-udbudsdirektivet. Kontroldirektiverne har til formål at sikre en effektiv og hurtig håndhævelse af udbudsreglerne ved at fastsætte minimumskrav til medlemslandenes klagesystemer og regler om håndhævelse af udbudsreglerne.¹⁸ Reglerne om håndhævelse af udbudsreglerne i kontroldirektiverne er i dansk ret implementeret ved den nugældende Lov om Klagenævn for Udbud (herefter klagenævnsløven). Det skal hertil pointeres, at EU-retten har forrang for national ret, således at såfremt der er uoverensstemmelser mellem den danske implementering og EU-retten, så viger de nationale regler og disse skal ligeledes fortolkes i overensstemmelse med direktiverne grundet princippet om EU-konform fortolkning.¹⁹

¹² Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 94-95

¹³ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 39

¹⁴ Ibid, s. 39

¹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2014-02-26 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (2014/24)

¹⁶ Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66.

¹⁷ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 32

¹⁸ Ibid, s. 794-795

¹⁹ Ibid, s. 45

De udbudsretlige principper er en del af primærretten og er af stor betydning ved fortolkning af udbudsreglerne.²⁰ Af særlig relevans for begrundelsespligten er ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Ligebehandlingsprincippet udspringer af det generelle EU-retlige princip om forbud mod nationalitetsdiskrimination, men har også den funktion at opstille et forbud mod forskelsbehandling af de økonomiske aktører.²¹ At der ikke må ske forskelsbehandling vil i denne sammenhæng sige, at med mindre der er et sagligt grundlag for det modsatte, så skal lige forhold behandles lige, og derved forskellige forhold behandles forskelligt.²² Formålet er at sikre en fair konkurrence mellem tilbudsgiverne.²³ Ligebehandlingsprincippet kommer bl.a. til udtryk ved at beslutningen om tildeling skal meddeles samtidigt til de berørte ansøgere og tilbudsgivere jf. udbudslovens § 171, stk. 1. Et af hovedhensynene bag begrundelsespligten er at skabe gennemsigtighed omkring baggrunden for en beslutning.²⁴ Gennemsigtighedsprincippet bygger på åbenhed og offentlighed omkring udbuddene, samt klarhed omkring vilkår og proceduren.²⁵ Ligebehandlingsprincippet hænger tæt sammen med gennemsigtighedsprincippet, forstået på den måde, at det er via gennemsigtigheden, at det er muligt at kontrollere om ligebehandlingsprincippet er blevet fulgt.²⁶ Gennemsigtighedsprincippet betyder derfor, at der skal være overensstemmelse mellem angivelserne i udbudsmaterialet og den faktiske gennemførelse af udbuddet.²⁷ Denne gennemsigtighed sigter på, at vilkårene for udbuddet er udformet således, at rimelige oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan forstå udbudsmaterialet.²⁸ I relation til begrundelsespligten medfører gennemsigtighedsprincippet, at ordregiveren skal angive det eller de forhold, der reelt har været bestemmende for ordregiverens tildelingsbeslutning, således at det bliver gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvad der har været baggrunden for tildelingen og derfor også for deres afslag.

²⁰ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 56

²¹ Steen Treumer. *Udbudsretten*, s. 42

²² Ibid, s. 43

²³ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 110-113

²⁴ Ingrid Opdebeek m.fl.. *Duty to Give Reasons in the European Legal Area*, s. 131

²⁵ Steen Treumer. *Udbudsretten*, s. 45

²⁶ Ibid, s. 128

²⁷ Ibid, s. 45

²⁸ Ibid, s. 45

1.2.3. Praksis

Hvor retsforskrifter er lovregler, der kan fortolkes på forskellige situationer, er retspraksis en fastsættelse af gældende ret i specifikke situationer.²⁹ Den Europæiske Unions Domstol er den øverste domstol i EU og fortolker gældende EU-ret,³⁰ med henblik på at sikre en ensartet anvendelse i medlemslandene.³¹ EU-Domstolen udøver en dynamisk fortolkning af EU-retten og har derfor en selvstændig retsskabende funktion.³² EU-retlige afgørelser har en høj retskildemæssig værdi, da afgørelserne er bindende og skal lægges til grund af alle medlemslandene.³³ Praksis fra EU-Domstolen er derfor en vigtig kilde til fortolkning af udbudsreglerne. Der sondres mellem praksis fra Domstolen og Retten. Domstolen afgør præjudicielle spørgsmål om fortolkning af EU-retten, traktatbrudssager om medlemslandenes overholdelse af deres EU-retlige forpligtigelser samt appelsager angående retsspørgsmål fra Retten.³⁴ Retten behandler som første instans sager om overtrædelse af udbudsreglerne ved offentlige kontrakter udbudt af EU's institutioner.³⁵ Det skal dog bemærkes, at EU's institutioner skal følge udbudsreglerne efter finansforordningen,³⁶ og altså ikke udbudsreglerne efter udbudsdirektiverne som skal følges af ordregivere i EU's medlemslande. Udbudsreglerne efter finansforordningen svarer dog indholdsmæssigt til udbudsdirektiverne og EU's institutioner skal ligeledes følge de udbudsretlige principper, hvorfor afgørelser fra Retten ligeledes kan være relevante for fortolkningen af udbudsdirektivets udbudsregler, og Klagenævnet For Udbud (herefter klagenævnet) henviser også jævnligt til Rettens afgørelser i deres kendelser.³⁷

Klagenævnet er den danske klageinstans, som varetager klager over overtrædelser af udbudsreglerne og obligatorisk første instans for klager indgivet i standstill-perioden, men ud over dette tilfælde kan en klage frit indgives til enten klagenævnet eller domstolene.³⁸ I udbudsretten er kendelser fra klagenævnet en praktisk vigtig kilde til forståelse af gældende ret i forbindelse med udbud.³⁹ Kendelser fra klagenævnet vil derfor i høj grad blive inddraget i afhandlingen. Der vil i

²⁹ Peter Blume. *Retssystemet og juridisk metode*, s. 56

³⁰ Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2017), s. 789

³¹ Christina D. Tvarnø m.fl. *Få styr på metoden!* s. 169

³² Steen Treumer. *Udbudsloven*, s. 551

³³ Peter Blume. *Retssystemet og juridisk metode*, s. 280

³⁴ Christina D. Tvarnø m.fl. *Få styr på metoden!* s. 170-174

³⁵ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 771-772

³⁶ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012

³⁷ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 53, 54 og 857

³⁸ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 802

³⁹ Ibid, s. 69

afhandlingen blive henvist til praksis, som er afgjort under historiske udbudsretlige regler, herunder det forrige udbudsdirektiv, tidligere danske bekendtgørelser samt danske love angående håndhævelsen af udbudsreglerne. Selvom der er tale om historiske regler inddrages disse og tilhørende praksis for at belyse udviklingen og de forskellige perspektiver på begrundelsespligten. Dertil vil flere af de historiske retsfor skrifter indholdsmæssigt svare til de nugældende regler,⁴⁰ hvorfor det fortsat er relevant at medtage denne praksis.

1.3. Retsøkonomi og transaktionsomkostninger

1.3.1. Retsøkonomien

Retsøkonomien er en økonomisk disciplin, som anvender økonomisk teori til at behandle juridiske regler.⁴¹ Formålet med at anvende økonomisk teori er, at denne kan bidrage til at forudsige og forklare de økonomiske virkninger af juridiske regler.⁴² Retsøkonomien kan derfor være et supplement til analysen af gældende ret i form af økonomiske forklaringer af retten og betragtninger til optimering af reguleringen.⁴³ Analyseniveauet for retsøkonomien er det samfundsmæssige niveau, og analyseenheden er retten.⁴⁴

Retsøkonomien bygger på nogle aktørforudsætninger, som kommer til udtryk i de økonomiske teoriretninger, som ligger bag retsøkonomien, henholdsvis den neoklassiske teori samt den nyinstitutionelle teori.⁴⁵ Begge disse økonomiske teoriretninger har markedet som analyseniveau og virksomheden som analyseenhed.⁴⁶ Den neoklassiske teori er standardteorien inden for økonomisk teori, som bygger på forudsætningen om virksomheden som en fuldt rationel beslutningsenhed, som vil søge nyttemaksimering af sine begrænsede ressourcer.⁴⁷ Antagelserne i denne teoriretning er derfor, at der er fuldkommen konkurrence som bl.a. indebærer fuld rationalitet, perfekt information og derfor fravær af transaktionsomkostninger og teorien repræsenterer derved et ideelt marked.⁴⁸ I den nyinstitutionelle teori fraviges disse aktørforudsætninger til fordel for forudsætningerne om

⁴⁰ Carina Risvig Hamer. *Lov om håndhævelse af udbudsreglerne*, s. 84

⁴¹ Christina D. Tvarnø, m.fl. *Retskilder og Retsteorier*, s. 430-431

⁴² Ibid, s. 434 og 439

⁴³ Ibid, s. 432

⁴⁴ Ibid, s. 434

⁴⁵ Ibid, s. 434

⁴⁶ Kim Østergaard. *Metode på Cand.merc.jur-studiet*, s. 272

⁴⁷ Christina D. Tvarnø, m.fl. *Retskilder og Retsteorier*, s. 433

⁴⁸ Kim Østergaard. *Metode på Cand.merc.jur-studiet*, s. 272

begrænset rationalitet, asymmetrisk information og muligheden for opportunistisk adfærd.⁴⁹ Den nyinstitutionelle økonomi indfører med disse antagelser derved tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger i markedet og betragtes som det mest realistiske billede af et marked og dets aktører.⁵⁰ Netop tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger vil være omdrejningspunktet for den retsøkonomiske analyse af ordregiverens begrundelsespligt i forbindelse med underretningen om tildelingsbeslutningen.

Analysen af gældende ret ift. begrundelsespligten vil derfor blive suppleret af en retsøkonomisk analyse af parternes adfærd på baggrund af aktørforudsætningerne i den nyinstitutionelle økonomi samt tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger. Afhandlingen vil således behandle, hvordan begrundelsespligten kan have en indflydelse på transaktionsomkostningerne ved udbud for både ordregivere og tilbudsgivere. Transaktionsomkostninger som økonomisk begreb vil derfor kort blive skitseret nedenfor.

1.3.2. Transaktionsomkostninger

Begrebet transaktionsomkostninger blev præsenteret i Ronald Coases artikel »*The nature of the firm*«, som den væsentligste årsag til eksistensen af virksomheder,⁵¹ og transaktionsomkostninger er herefter behandlet af bl.a. Oliver Williamson (herefter Williamson), der behandler transaktionsomkostninger som “... *the costs of running the economic system.*”⁵² Ifølge Williamson vil en transaktion altid være forbundet med omkostninger udover selve produktionsomkostningerne.⁵³ Williamson beskriver disse som friktionsomkostninger, også kaldet transaktionsomkostninger, som skal forstås som omkostninger i forbindelse med processen omkring udformning, gennemførsel og kontrol af transaktionen.⁵⁴ Der sondres mellem ex ante transaktionsomkostninger relateret til kontraktindgåelsen, og ex post transaktionsomkostninger ved den videre håndtering og opfølgning af den kontraktmæssige relation.⁵⁵ I udbudsretlig sammenhæng udgør ex ante transaktionsomkostninger de omkostninger, der er forbundet med forberedelse og gennemførslen af udbuddet samt indgåelse af kontrakten,⁵⁶ hvorfor

⁴⁹ Ibid, s. 273

⁵⁰ Ibid, s. 273-274

⁵¹ Christian Knudsen. *Økonomisk metodologi: Virksomhedsteori og industriøkonomi*, s. 206-210

⁵² Oliver Williamson. *The economic institutions of capitalism* (1985), s. 18

⁵³ Martin Lippert-Rasmussen, m.fl. *Transaktionsomkostningsteorien: en introduktion til Williamson*, s. 10

⁵⁴ Ibid, s. 10

⁵⁵ Christian Knudsen. *Økonomisk metodologi: Virksomhedsteori og industriøkonomi*, s. 224

⁵⁶ Ole Helby Petersen, m.fl. *Transaktionsomkostninger ved udbud af offentlige opgaver*, s. 12

transaktionsomkostningerne forbundet med begrundelsespligten derfor vil være ex ante transaktionsomkostninger.

Der er i den første halvdel af 2010'erne foretaget flere undersøgelser om ordregiveres og tilbudsgiveres adfærd i udbudsforretninger samt udbudskulturen. Disse undersøgelser har derved været baseret på udbud, som er afviklet efter historiske regler. Men da de nugældende regler er en videreførelse af tidligere ret som beskrevet i afsnit (1.2.3), medtages disse undersøgelser for at belyse begrundelsespligten i et transaktionsomkostningsmæssigt perspektiv, samt belyse ordregiveres og tilbudsgiveres syn på begrundelsespligten. En metodisk svaghed ved disse undersøgelser er dog, at flere af disse er baseret på spørgeskemaer til en gruppe af ordregivere og tilbudsgivere. Der kan derfor være usikkerhed ift. repræsentativitet og det vil også være de deltagende ordregivere og tilbudsgiveres egne vurderinger af udbudsforretningerne og transaktionsomkostningerne, som lægges til grund og omdannes til data. En usikkerhed forbundet med de indsamlede data kan ligeledes være forskellige opfattelser af, hvad der kan betegnes som transaktionsomkostninger, og hvad der opfattes som almindelig daglig drift.⁵⁷ Ligeledes kan der være usikkerhed ift. hvilke faktorer ved udbuddet, der hovesagligt udløser transaktionsomkostningerne, og hvordan transaktionsomkostningerne fordeler sig i udbudsprocessens faser.

⁵⁷ Udbudsrådet. *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 16

1.4. Afgrænsning

Genstanden for denne afhandling er den begrundelsespligt, som påhviler ordregivere i forbindelse med underretningen af de forbigåede tilbudsgiverne omkring tildelingsbeslutningen jf.

udbudslovens § 171, stk. 4 og udbudsdirektivets artikel 55, stk. 2. Afhandlingen vil dog afgrænse sig fra ordregiverens redegørelse for forløbet af forhandlinger eller dialog med tilbudsgiverne under anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, 2. pkt.

Begrundelsespligten finder anvendelse ved EU-udbud omfattet af udbudslovens afsnit II samt EU-udbud omfattet af light regimet i udbudslovens afsnit III jf. udbudslovens § 188, stk. 2.

Afhandlingen afgrænser sig derfor fra offentlige indkøb omfattet af udbudslovens afsnit IV og V. Ligeledes er afhandlingen afgrænset fra forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet, forsvars- og sikkerhedsdirektivet samt tilbudsloven. Afhandlingen behandler heller ikke udbudsreglerne efter finansforordningen, men praksis fra Retten vil blive inddraget som beskrevet under afsnit (1.2.3.). Afhandlingen behandler således begrundelsespligten i et dansk perspektiv, som i medfør af princippet om EU-retten forrang og EU-konform fortolkning skal ses i lyset af EU-retten. Andre medlemslandes implementering og praksis angående begrundelsespligten behandles således ikke.

Klagenævnet har forskellige reaktionsmuligheder ved overtrædelser af udbudsreglerne, heriblandt opsættende virkning, annullation, uden virkning og økonomisk sanktion. Afhandlingen vil berøre disse reaktionsmuligheder, men der vil ikke være en komplet gennemgang af hverken omfang eller retsvirkninger af disse reaktionsmuligheder.

Ligesom udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3 anvender begrebet kontrakt uden sontring ift. hvorvidt der er tale om tildeling af en kontrakt eller en rammeaftale, vil ”kontrakt” blive anvendt som begrebsramme i afhandlingen. Det bemærkes, at ordregiverens pligt til at underrette om tildelingsbeslutning alene består overfor berørte ansøgere og tilbudsgivere jf. udbudslovens § 171, stk. 1. Da selve spørgsmålet om, hvornår en økonomisk aktør kan betragtes som en berørt ansøger eller tilbudsgiver i sig selv kan rumme en hel analyse, vil dette forhold ikke blive berørt yderligere. Der vil løbende i afhandlingen blive henvist til forbigåede tilbudsgivere, som forstås som tilbudsgivere, der i en udbudsforretning ikke har fået tildelt kontrakt og som derfor skal have en begrundelse efter udbudslovens § 171, stk. 4.

2. Begrundelsespligtens regelgrundlag og udvikling

I dette afsnit vil udviklingen i begrundelsespligtens regelgrundlag blive behandlet med henblik på at belyse udviklingen i ordregiverens pligt til at underrette om tildelingsbeslutningen og de indholdsmæssige krav til den hertil hørende begrundelsespligt overfor de forbigåede tilbudsgivere.

2.1. Begrundelse efter anmodning

I 2004 blev udbudsreglerne for varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsopgaver samlet i ét udbudsdirektiv.⁵⁸ Tidligere var udbudsreglerne for disse områder reguleret i separate direktiver, henholdsvis indkøbsdirektivet, tjenesteydelsesdirektivet samt bygge- og anlægsdirektivet.⁵⁹ I disse separate direktiver bestod ordregiveres forpligtigelse i hurtigst muligt at underrette tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen, hvorimod pligten til at begrunde beslutningen først opstod efter anmodning herom fra de forbigåede tilbudsgivere ud fra følgende formulering;

*”Senest 15 dage efter datoen for modtagelsen af en skriftlig anmodning herom skal den ordregivende myndighed over for alle forbigåede ansøgere eller bydende begrunde, hvorfor deres ansøgning eller bud er forkastet, og til bydende, der har afgivet et antageligt bud, give oplysning om det antagne buds egenskaber og relative fordele samt navnet på den bydende, hvis bud er antaget.”*⁶⁰

Dette tidligere samlede udbudsdirektiv blev som ved de forrige separate direktiver implementeret i dansk ret ved en bekendtgørelse,⁶¹ hvorefter udbudsdirektivets danske tekst var direkte anvendelig i dansk ret. Reglerne angående meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere, og derved begrundelsespligten, fremgik herefter af dette samlede udbudsdirektivs art. 41. Ordregiverens begrundelsespligt heri svarede indholdsmæssigt til de forudgående separate direktiver, dog var ordlyden af begrundelsespligten i art. 41, stk. 2 ændret til at omfatte det antagne tilbuds

⁵⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18)

⁵⁹ Udbudsdirektivet afløste med virkning fra 1. januar 2005 Bygge- og Anlægsdirektivet (Rdir 93/37 som ændret ved EP/Rdir 97/52 og Kdir 01/78), indkøbsdirektivet (Rdir 93/36 som ændret ved EP/Rdir 97/52 og Kdir 01/78), samt tjenesteydelsesdirektivet (EP/Rdir 97/52 som ændret ved Kdir 01/78).

⁶⁰ Bygge- og Anlægsdirektivet (Rdir 93/37 som ændret ved EP/Rdir 97/52 og Kdir 01/78) art. 8, stk. 1, indkøbsdirektivet (Rdir 93/36 som ændret ved EP/Rdir 97/52 og Kdir 01/78) art. 7, stk. 1, tjenesteydelsesdirektivet (EP/Rdir 97/52 som ændret ved Kdir 01/78 art. 12, stk. 1).

⁶¹ Bekendtgørelse 2004-09-16 nr. 937 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

karakteristika. Begrundelsen skulle være korrekt og tilstrækkelig dækkende til at give den forbigåede tilbudsgiver indtryk af grundlaget bag ordregiverens beslutning, så den forbigåede tilbudsgiver kunne tage stilling til om der var anledning til klage, samt skulle begrundelsen være fyldestgørende nok til at kunne danne grundlag for en prøvelse.⁶²

Indførslen af det forrige udbudsdirektiv ændrede derfor ikke på, at ordregivere kun af egen drift skulle begrunde beslutninger angående annullation af en af udbudsforretning jf. art. 41, stk. 1 og først efter anmodning skulle begrunde tildelingsbeslutningen jf. art. 41, stk. 2.

2.2. En summarisk begrundelse

Omfanget af ordregiveres begrundelsespligt ændrede sig dog ved standstill-bekendtgørelsen i 2006, som implementerede § 6 a i bekendtgørelse 2004-09-16 nr. 937.⁶³ Herefter skulle ordregivere hurtigst muligt og samtidig skulle underrette tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen jf. § 6 a, stk. 1 og 2 og derudover skulle underretningen *mindst indeholde en summarisk begrundelse for den trufne beslutning* jf. § 6 a, stk. 3.

De forbigåede tilbudsgivere skulle derved allerede ved ordregiverens underretning gøres bekendt med de overordnede forhold omkring baggrunden for ordregiverens tildelingsbeslutning. Indførslen af denne summariske begrundelse gik derfor videre end det tidligere udbudsdirektiv.⁶⁴ Men bortset herfra skulle underretningen overholde kravene i art. 41 jf. § 6 a, stk. 4. Set i forhold til begrundelsen for tildelingsbeslutningen efter art. 41, stk. 2 var det accepteret, at den summariske begrundelse var mere generel og kortfattet.⁶⁵ Den fulde og individuelle begrundelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen skulle derfor fortsat først forelægges de forbigåede tilbudsgivere efter anmodning herom.⁶⁶

⁶² Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2010), s. 496-497

⁶³ Bekendtgørelse 2006-06-12 nr. 588 om ændring af bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Samtidig underretning af samtlige ansøgere og tilbudsgivere mv.)

⁶⁴ Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2010), s. 494

⁶⁵ Ibid, s. 496

⁶⁶ Ibid, s. 496

2.3. En kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen

Lov om håndhævelse af udbudsreglerne (håndhævelsesloven), som trådte i kraft i 2010 erstattede den tidligere klagenævnslov, samt standstill-bekendtgørelsen.⁶⁷ Loven implementerede ændringsdirektivet fra 2007, som ændrede i de oprindelige kontroldirektiver.⁶⁸ Selve begrundelsespligten blev herefter reguleret af håndhævelseslovens § 2, stk. 2, hvorefter ordregiverens underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen blev udvidet til at skulle;

”... være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Underretningen skal endvidere angive, hvornår standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, udløber. ”

Den korte redegørelse skulle indholdsmæssigt ikke blot oplyse overordnet om resultatet og fremgangsmåden for beslutningen, men skulle indeholde en konkret begrundelse for beslutningen og angive de relevante grunde herfor, samt skulle redegørelsen angive de pågældende karakteristika og relative fordele ved det vindende tilbud, således at de forbigåede tilbudsgivere kunne vurdere, om der var grund til at indgive en klage over udbudsforretningen.⁶⁹ Det fremgår af lovbemærkningerne til håndhævelseslovens § 2, at kravene til *en kort redegørelse* derfor var en udvidelse ift. kravet om en *summarisk begrundelse*. Denne udvidelse af begrundelsespligten udsprang af kontroldirektivets art. 2a, stk. 2,⁷⁰ indført ved ændringsdirektivet, hvorefter underretningen om tildelingsbeslutningen skulle ledsages af *en kort redegørelse for de relevante grunde* i overensstemmelse med de indholdsmæssige krav i det tidligere udbudsdirektivs art. 41, stk. 2. Kravene til den korte redegørelse var derved ikke mindre end kravene til en begrundelse efter anmodning efter udbudsdirektivets art. 41, hvorfor implementeringen af ændringsdirektivet i håndhævelseslovens § 2, stk. 2 egentlig betød en fremrykning af tidspunktet for hvornår ordregivere skulle meddele en fuld begrundelse og dette af egen drift.⁷¹ Hensynet hertil var ifølge lovbemærkningerne til håndhævelseslovens § 2, at give de forbigåede tilbudsgivere en bedre indsigt i forholdene omkring ordregiverens tildelingsbeslutning og derved også bedre mulighed for at vurdere grundlaget for en eventuel klage.

⁶⁷ Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

⁶⁸ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageproceduren i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

⁶⁹ Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2012), s. 561

⁷⁰ Rådets direktiv 89/665/EØF

⁷¹ Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2012), s. 562

2.4. Begrundelsespligten i udbudsloven

I 2014 trådte det nyeste (og gældende) udbudsdirektiv i kraft, hvorefter begrundelsespligten er reguleret i art. 55, stk. 2. Udbudsdirektivet blev implementeret med den danske udbudslov i 2016 og i denne sammenhæng blev titlen på håndhævelsesloven ændret tilbage til lov om klagenævnet for udbud, (herfra klagenævnsloven).

Ved ikrafttrædelse af udbudsloven blev reglerne om underretning af tilbudsgiverne samt begrundelsespligten for udbud omfattet af det nye udbudsdirektiv flyttet fra § 2, stk. 2 i den tidligere håndhævelseslov til udbudslovens § 171 som implementerer udbudsdirektivets art. 55.

I den nugældende begrundelsespligt for tildelingsbeslutningen i § 171, stk. 4 er terminologien ændret fra *en kort redegørelse* til *en begrundelse*. Ændringen i ordlyden har dog ikke betydning for begrundelsespligten, da den tidligere håndhævelseslovs § 2 og udbudslovens § 171 indholdsmæssigt er tilsvarende.⁷² Den nugældende klagenævnslovs relevans for begrundelsespligten er reglerne om standstill samt opsættende virkning, som bliver behandlet i afsnit 5.

⁷² Carina Risvig Hamer. *Lov om håndhævelse af udbudsreglerne*, s. 84

3. Indholdet af en tilstrækkelig begrundelse

I dette kapitel vil begrundelsespligten blive analyseret med henblik på at klarlægge omfanget af de indholdsmæssige krav til begrundelsen for tildelingsbeslutningen og praksis fra klagenævnet og Retten vil blive inddraget til belysning af, hvad der kræves for at en begrundelse kan betragtes som fyldestgørende.

3.1. Underretningen og begrundelsespligten

Begrundelsespligten henhører til ordregiverens pligt til at underrette berørte ansøgere og tilbudsgivere om tildelingsbeslutningen i medfør af udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3. Udbudslovens § 171, stk. 1 foreskriver, at en underretning skal gives hurtigst muligt og samtidigt til tilbudsgiverne samt at underretningen skal være skriftlig. Denne underretning skal ledsages af en begrundelse til de forbigåede tilbudsgivere, hvor det i lovbemærkningerne til udbudslovens § 171 er uddybet, at omfanget af ordregiverens begrundelse afhænger af det konkrete udbuds udformning og kompleksitet. Udbudslovens § 171, stk. 4 sonder mellem begrundelser til forbigåede tilbudsgivere som har givet et uantageligt tilbud og forbigåede tilbudsgivere som har givet et antageligt tilbud;

”... Beslutningerne skal være ledsaget af følgende begrundelser:

- 1) Til tilbudsgivere, der afgiver et uantageligt tilbud, skal ordregiveren angive grundene til, at tilbudsgiverens tilbud er afvist.*
- 2) Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen.... ”*

Nedstående gennemgang vil således tage udgangspunkt i begrundelsespligten som den er udtrykt i den gældende udbudslovs § 171, stk. 4, dog vil der blive refereret til praksis under historiske regler.

3.2. Begrundelsen efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1

Uantagelige tilbud vedrører den situation, hvor tilbudsgiverens tilbud diskvalificeres fra udbuddet. Det kan bl.a. dreje sig om at tilbuddet ikke er indgivet til tiden, at tilbudsgiveren ikke opfylder kravene til egnethed eller andre minimumskrav eller at tilbuddet indeholder forbehold for grundlæggende elementer.

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 171, stk. 4 fremgår det, at begrundelser efter nr. 1 skal indeholde oplysninger om, hvad der har ført til at det pågældende tilbud afvises som uantageligt. Begrundelsen til disse forbigåede tilbudsgivere skal indeholde de konkrete grunde for hvorfor tilbuddet er afvist, hvorfor generelle formuleringer som fx at tilbuddet ikke er i overensstemmelse med udbudsmaterialet ikke vil være tilstrækkeligt.⁷³ I kendelsen 17. juni 2009, *Anlægsgartner Gottlieb A/S mod Psykiatrisk Center Sct. Hans*, udtalte klagenævnet, at ordregiveren ikke havde afgivet en fyldestgørende begrundelse, da ordregiveren kun havde angivet ét af flere forhold, der reelt lå til grund for beslutningen om at afvise tilbuddet. Klagenævnet har også i 2019 udtalt sig om denne begrundelsespligt for uantagelige tilbud, i kendelsen af 23. juli 2019, *Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune*, hvorefter det kan udledes, at for at begrundelsen er fyldestgørende skal den indeholde oplysninger om og i så fald hvordan den forbigåede tilbudsgivers indsendte oplysninger er blevet inddraget i vurderingen af antageligheden.

Begrundelsens omdrejningspunkt er derfor selve uantageligheden i det pågældende tilbud, og vedrører derfor ikke forholdet til de øvrige afgivne tilbud, hvilket klagenævnet bl.a. har statueret i kendelsen fra den 18. december 2012, *Stryker mod Region Syddanmark*, hvor klageren med et uantageligt tilbud ikke havde krav på at blive bekendt med den vindende tilbudsgivers pris eller karakteristika. De forbigåede tilbudsgivere med uantagelige tilbud har altså ikke krav på at blive gjort bekendt med oplysninger om hverken det vindende tilbud eller de eventuelle øvrige tilbudsgiveres (antagelige eller uantagelige) tilbud.⁷⁴ Dog skal den forbigåede tilbudsgiver stadig oplyses om navnet på den vindende tilbudsgiver, selvom det ikke fremgår direkte af ordlyden i § 171, stk. 4, nr. 1, hvilket egentlig relaterer sig tilbage til selve underretningen omkring tildelingsbeslutningen. Klagenævnet har fastslået i kendelsen af 21. december 2016, *Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune*, at oplysningen om navnet på den vindende tilbudsgiver er indbefattet i selve underretningen om *tildeling af kontrakt* efter udbudslovens § 171,

⁷³ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 700

⁷⁴ T-8/09, Rettens dom af 13. september 2011, *Dredging International og Ondernemingen Jan de Nul mod EMSA*, pr. 107-108

stk. 1, nr. 3. Klagenevnet anså således oplysningen om den vindende tilbudsgivers navn som dokumentation for, at der faktisk var sket en underretning om tildelingsbeslutningen, som er nødvendig for igangsættelse af standstill-perioden, hvilket vil blive yderligere behandlet i afsnit 5.

En forbigået tilbudsgiver skal således som led i selve underretningen om tildelingsbeslutningen have oplyst navnet på den vindende tilbudsgiver, samt udløbet af standstill-perioden, hvor begrundelsespligten dog medfører, at den forbigåede tilbudsgiver skal oplyses om årsagen til at tilbuddet er afvist som uantageligt.

3.3. Begrundelsen efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2

For tilbudsgivere med antagelige tilbud er situationen derimod, at pågældende tilbud lever op til udbudsbetingelserne, men der er et andet tilbud som ordregiveren har evalueret som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Omdrejningspunktet for denne begrundelse er derfor at belyse overfor de forbigåede tilbudsgivere, hvorfor dette vindende tilbud vandt over deres.

At navnet på den vindende tilbudsgiver skal oplyses fremgår direkte af ordlyden i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, men klagenevnet synes at sammenkæde dette krav mest med selve underretningsforpligtelsen. I starten af 2020 i kendelsen af 3. april 2020, *Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia*, anførte ordregiveren bl.a. i sine anbringender, at *"Det følger af udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, 1. pkt., at forpligtelsen til at oplyse navnet på den vindende tilbudsgiver kun er aktuel, hvis der udelukkende er én vinder af tilbuddet og de øvrige tilbudsgivere er blevet forbigået."* Endvidere angav ordregiveren, at det konkrete udbuds opbygning betød, at alle tilbudsgivere var vindere, hvorfor der ikke var grundlag for at oplyse navnet på den vindende tilbudsgiver. Klagenevnet gjorde gældende, at muligheden for at indgå flere rammeaftaler ved dette udbud var betinget af, at disse tilbudsgivere frivilligt accepterede at levere til de samme priser som den vindende tilbudsgiver, altså den tilbudsgiver som havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, hvorfor der ved undladelsen af denne oplysning ikke var sket lovmæssig *underretning* om den faktiske vinder.

I forhold til begrundelsen efter § 171, stk. 4, nr. 2 opstår spørgsmålet om hvad der rummes i udtrykket *det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud*, og hvor meget der så skal til for at begrundelsen er tilstrækkelig?

Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 171, stk. 4, at ”... *begrundelsen skal have et niveau, hvor den berørte tilbudsgiver klart og utvetydigt får kendskab til de betragtninger, som ordregiveren har lagt til grund ved beslutningen.* ”, hvorfor begrundelsen skal oplyse om de forhold der er lagt vægt på og ikke må undlade at oplyse om andre forhold, der er tillagt betydning ved tildelingsbeslutningen. Det vil derfor ikke være tilstrækkeligt, at ordregiveren blot angiver resultatet af tildelingsbeslutningen og ordregiverens fremgangsmåde.⁷⁵ Begrundelsen skal således oplyse om det vindende tilbuds karakteristika og fordele ift. de enkelte underkriterier og delkriterier så den forbigåede tilbudsgiver bliver oplyst om de centrale elementer, der har væsentlige og udslagsgivende ved bedømmelsen af både sit eget og vinderens tilbud.⁷⁶ Begrundelsen skal gøre den forbigåede tilbudsgiver i stand til at vurdere, hvorvidt evalueringen er sket inden for rammerne af det af ordregiveren angivne tildelingskriterie og den angivne evalueringsmodel i medfør af udbudslovens § 160.⁷⁷ Hertil kan nævnes kendelsen af 10. januar 2018, *Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune*, hvor begrundelsen for tildelingsbeslutningen efter klagenævnets vurdering gav det indtryk, at flere af underkriterierne i ordregiverens evaluering ikke havde haft den ligelige vægtning som ellers var udtrykt i udbudsmaterialet, da ordregiveren i begrundelsen havde angivet, at visse af underkriterierne havde haft en særligt afgørende betydning, samt havde ordregiveren angivet nogle forhold i begrundelsen, som ikke var beskrevet i udbudsmaterialet. Klagenævnet tillagde i den konkrete sag klagen opsættende virkning.

Begrundelsen skal gives med udgangspunkt i den enkelte forbigåede tilbudsgiveres tilbud.⁷⁸ Den forbigåede tilbudsgiver kan dog ikke kræve at blive gjort bekendt med hvordan det vindende tilbud er vurderet bedre ift. andre øvrige tilbudsgivere.⁷⁹ Andre tilbudsgiveres ståsted i konkurrencen er derfor også irrelevant i begrundelsen for antagelige tilbud. Hvis der imidlertid er blevet antaget flere tilbud på samme kontrakt eller rammeaftale, så er alle disse vindende tilbudsgiveres tilbud dog relevante for begrundelsen, hvilket klagenævnet tog stilling til i kendelsen af 27. juni 2016, *Konsortiet QVARTZ P/S og Copenhagen Economics A/S mod SKI*, hvor 7 virksomheder blev tildelt samme delaftale. Begrundelsen indeholdte i denne sag primært årsagen til at klagerens tilbud *ikke* var blandt de 7 antagne vindere. I forhold til angivelse af det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud, så indeholdt begrundelsen oplysninger om hvordan

⁷⁵ Lovbemærkninger til § 171 LFF 2015-10-07 nr. 19

⁷⁶ Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2017), s. 723

⁷⁷ Ibid, s. 723

⁷⁸ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 703

⁷⁹ Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2017), s. 724

klagerens tilbud var ringere end den sidst tildelte tilbudsgivers tilbud, altså 7. pladsen, men ikke andre oplysninger om dette sidst tildelte tilbud eller de øvrige vindende tilbud, hvorfor begrundelsen ikke var tilstrækkeligt fyldestgørende. Hvor der tildeles kontrakt til flere tilbudsgivere må alle disse tilbudsgiveres tilbud derfor skulle betragtes som vindende tilbud, og en forbigået tilbudsgiver skal derfor have en begrundelse ift. hver af de vindende tilbuds relative fordele og karakteristika. Da ordlyden af udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2 angiver at tilbudsgivere, der har angivet et antageligt tilbud skal oplyses om det vindende tilbuds karakteristika og fordele kan der anføres det perspektiv, at hvor der ved indgåelse af en rammeaftale antages flere tilbud skal vinderne ligeledes have en begrundelse for, hvorfor de øvrige vindende tilbud er antaget, dog med hensyn til hvorledes tildelingen af de efterfølgende kontrakter skal forløbe.⁸⁰ Omfanget af begrundelsens oplysninger om de øvrige vindende tilbuds karakteristika og fordele må derfor bero på om tildelingen af de efterfølgende kontrakter sker ved genåbning af konkurrencen efter udbudslovens § 100, eller om tildelingen er låst efter en kaskade-model eller rotationsordning.⁸¹ Udbudslovens § 171 giver dog ikke anledning til at antage, at hvor der kun er én vindende tilbudsgiver, at denne skal modtage nogen begrundelse for hvordan hans eller hendes tilbud udmærkede sig som det bedste i forhold til de forbigåede tilbudsgiveres tilbud, selvom dette var en efterspørgsel fra flere tilbudsgivere i Udbudsrådet analyse fra 2011.⁸²

Begrundelsen angående det vindende tilbuds karakteristika og fordele dækker dog ikke over, at ordregiveren skal redegøre for vurdering af konditionsmæssigheden af det vindende tilbud.⁸³ Begrundelsen skal dog rumme på hvilke punkter det vindende tilbud er evalueret bedre end den forbigåede tilbudsgivers tilbud og hvorfor.⁸⁴ Det er således ikke tilstrækkeligt, at ordregiveren blot oplyser om hvordan den forbigåede tilbudsgivers tilbud er evalueret ringere.⁸⁵ At den vindende tilbudsgiver har fået tildelt kontrakten fordi denne har opnået højere karakterer eller point er en intetsigende og indholdsløs begrundelse, hvis der ikke ligeledes oplyses om hvorfor den vindende tilbudsgivere har opnået denne bedre bedømmelse.⁸⁶ I 2014 udførte Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde en analyse af den dagældende udbudskultur baseret på en spørgeskemaundersøgelse

⁸⁰ Onlineversionen af Karnovs Lovsamling, note 759 til udbudslovens § 171 konsolideret den 2020-01-01, kommentator Michael Ellehauge, Torkil Høg og Claus Berg

⁸¹ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 162

⁸² Udbudsrådet. *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 43

⁸³ Kendelse af 25. september 2019, e-boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen

⁸⁴ Jesper Fabricius. *Offentlige indkøb i praksis*. (2017), s. 723

⁸⁵ Ibid, s. 723

⁸⁶ Ibid, s. 725-726

besvaret af 209 ordregivere og 94 tilbudsgivere angående deres seneste henholdsvis afholdelse og deltagelse i et udbud.⁸⁷ Analysen viste, at der var en væsentlig forskel imellem andelen af ordregivere og tilbudsgivere, som opfattede, at begrundelsen for tildelingsbeslutningen i de pågældende udbud havde været meget specifik.⁸⁸ Heri angiv 47% af ordregiverne, at begrundelsen havde været meget specifik, herunder også med angivelse af på hvilke punkter det pågældende tilbud havde haft sine styrker og svagheder. Denne oplevelse havde dog kun 16% af de adspurgte tilbudsgivere. Hertil havde 47 % af tilbudsgiverne angivet, at begrundelsen havde været overordnet, hvor 32% af ordregiverne også var af denne opfattelse.⁸⁹ Det er en helt naturlig følge af deltagelsen i et udbud, at de forbigåede tilbudsgivere har behov for at vide, hvorfor deres tilbud ikke var det økonomisk mest fordelagtige og ikke blot blive oplyst om, at tilbuddet ikke vandt. For at de forbigåede tilbudsgivere kan få en forståelse for ordregiverens beslutning, er det vigtigt, at de forbigåede tilbudsgivere bliver oplyst om deres tilbuds styrke og svage sider ift. det vindende tilbud. På delkriterieniveau skal en ordregiver dog kun begrunde evalueringen, for de delkriterier, som har haft væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen.⁹⁰ Ordregiveren har altså ikke pligt til at foretage en fuldstændig sammenlignende analyse af det vindende tilbud overfor de øvrige tilbud eller at begrundelsen skal vedrøre alle detaljer i tilbuddene.⁹¹

I relation til en begrundelse kun indeholdende klagerens og vinderens samlede evalueringstekniske pris og samlede angivelse af point på underkriterieniveau har klagenævnet dog udtalt, at *”... der mangler dermed centrale oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og de relative fordele, som kan gøre det muligt at forstå, hvad der har været udslagsgivende for, at det vindende tilbud er fundet ”mere økonomisk fordelagtigt”.*”.⁹² En begrundelse indeholdende rene pointangivelser kan derfor som udgangspunkt ikke stå alene, da dette ikke vil indeholde tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele.⁹³

Prisen betragtes som værende en del af det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele, og skal derfor oplyses i begrundelsen.⁹⁴ Dette udgangspunkt afviges kun såfremt det vil være muligt for tilbudsgiverne at bagudregne del- eller enhedspriser blot ud fra oplysningen om den totale

⁸⁷ Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde. *Analyse af udbudskulturen i Danmark 2014*, s. 5

⁸⁸ Ibid, s. 62

⁸⁹ Ibid, s. 66

⁹⁰ Lovbemærkninger til § 171 LFF 2015-10-07 nr. 19

⁹¹ Sag T-536/11, Rettens dom af 8. juli 2015, *European Dynamics Luxembourg SA m.fl. mod EU-Kommissionen*

⁹² Kendelse af 26. juli 2016, *Holmriss.Designbrokers A/S mod SKI*

⁹³ Lovbemærkninger til § 171 LFF 2015-10-07 nr. 19

⁹⁴ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 94-95

tilbudssum,⁹⁵ eller der er tale om de vindende priser ved en indgået kontrakt efter udbud omfattet af fritvalgsordninger, hvor priserne har været bestemt til at blive tilgængelige for en bred kreds af personer.⁹⁶ Ved rent prismæssige evalueringer kan en pointangivelse eller oplysning om den samlede tilbudssum, selvsagt ofte være tilstrækkeligt til at de forbigåede tilbudsgivere kan forstå baggrunden for tildelingsbeslutningen. Men i tilfælde hvor den tilbudsgiver som har afgivet den laveste pris ikke tildeles kontrakt, selvom prisen vægtede højt i den samlede evaluering, er kravene til ordregiverens begrundelse for fravalget af denne tilbudsgiver dog skærpet,⁹⁷ hvilket også harmonerer med gennemsigtighedsprincippet. Der kan også være tilfælde, hvor der er anvendt en kompliceret beregningsmetode, der nødvendiggør en nærmere forklaring for at skabe gennemsigtighed. For at tilbudsgiverne kan få fornødent indblik i grundlaget for ordregiverens beslutning, skal der derfor i begrundelsen redegøres for hvordan pointtildelingen er sket, og herunder oplyses om den anvendte pointskala.⁹⁸

Angående tilbudsevalueringer med kvalitative elementer, fremgår det af lovbemærkningerne til udbudslovens § 171, at såfremt pointangivelsen ikke er tilstrækkelig selvforklarende skal der som udgangspunkt også gives en forklaring om årsagen bag hvordan pointene er tildelt og dermed de kvalitative forskelle mellem vinderens tilbud og den forbigåede tilbudsgivers tilbud. Som eksempel kan fremhæves kendelsen af 2. maj 2014, *Eurographic Danmark A/S mod Ministeriet for Børn og Undervisning*, hvor ordregiveren i pågældende udbud havde evalueret tilbudsgiverne ud fra en skala med 5 mulige placeringer mellem *meget tilfredsstillende* til *ikke tilfredsstillende*. Begrundelsen til klageren indeholdt dog kun en angivelse af, hvilken placering som klageren og den vindende tilbudsgiver havde opnået, men ikke nogen kort redegørelse for hvad der havde ført til den forskellige pointtildeling. Klagenævnet vurderede, derfor at begrundelsen var utilstrækkelig. At forklaringen angående pointangivelsen således skal vedrøre både den forbigåede tilbudsgivers tilbud og det vindende tilbud, belyses endvidere i en nylig kendelse af 13. juni 2019, *Joca Trading A/S mod Allerød Kommune m.fl.*, hvor ordregiveren med pointfordelingen havde angivet på hvilke punkter henholdsvis det vindende tilbud og klagerens tilbud havde udmærket sig, dog var der udelukkende oplyst årsagerne bag klagerens point. Fordi der ikke var givet nærmere oplysninger omkring det vindende tilbuds karakteristika og fordele vurderede klagenævnet, at ordregiveren ikke havde givet en tilstrækkelig begrundelse for de centrale elementer, der havde været udslagsgivende

⁹⁵ Kendelse af 18. december 2012, *Stryker mod Region Syddanmark*

⁹⁶ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 122-123

⁹⁷ Lovbemærkninger til § 171 LFF 2015-10-07 nr. 19

⁹⁸ Kendelse af 1. februar 2013, *Abena A/S mod SKI*

i vurderingen af både klagerens tilbud og det vindende tilbud. Det blev i denne sag også fremhævet af klageren, at *”den manglende indsigt de elementer i [det vindende] tilbud, som [ordregiveren] lagde vægt på, har indebåret, at det reelt var umuligt for [klageren] at efterprøve evalueringens lovlighed.* ”.⁹⁹

At begrundelsen angående afvisningen af de antagelige tilbud er tilstrækkelig til at sætte de forbigåede tilbudsgivere i stand til at forstå baggrunden for ordregiverens tildeling til det vindende tilbud, og derved også fravalget af deres eget tilbud, må på ovenstående baggrund derfor betragtes som essentielt for, at de forbigåede tilbudsgivere har en reel mulighed for at forholde sig til, om der er blevet tildelt kontrakt til tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra rammen for det pågældende udbud, eller om der derimod er grundlag for at klage.

3.4. Begrundelsens indholdsmæssige begrænsninger

Ovenstående gennemgang af de indholdsmæssige krav til begrundelsen for tildelingsbeslutningen viser, at en begrundelse skal have et vist indhold for at være fyldestgørende. Ordregiverens meddelelse af oplysninger i begrundelsen er dog ikke uden begrænsninger. I det følgende vil disse begrænsninger i begrundelsens indhold derfor blive belyst ift. udbudsreglerne og de danske aktindsigtsregler. Der er tale om en behandling med udgangspunkt i den udbudsretlige begrundelsespligt, og derved ikke en komplet gennemgang af aktindsigtsreglerne.

Da et af hovedmålene med udbudsreglerne på EU-plan er at sikre adgangen til en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter i medlemsstaterne, må ordregivere derfor ikke afsløre oplysninger om procedurer til indgåelse af offentlige kontrakter, hvis oplysningerne kan anvendes til at fordreje konkurrencen om enten den aktuelle eller fremtidige konkurrencer om offentlige kontrakter.¹⁰⁰ Af denne grund indeholder udbudslovens § 5 en bestemmelse om fortrolighed i udbudsforretninger, hvorefter med mindre andet følger af udbudsloven eller af anden lovgivning må en ordregiver ikke udlevere fortrolige oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med udbudsproceduren har fremsendt. En sådan undtagelse i udbudsloven er dog netop ordregiverens pligt til at underrette om tildelingsbeslutningen samt begrundelsen herfor i udbudsloven § 171.¹⁰¹ Hertil rummer udbudslovens § 172 dog en særlig undtagelse, hvorefter

⁹⁹ Kendelse af 13. juni 2019, *Joca Trading A/S mod Allerød Kommune m.fl.*

¹⁰⁰ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 333

¹⁰¹ Lovbemærkninger til § 5 LFF 2015-10-07 nr. 19

ordregivere kan undlade visse oplysninger i begrundelsen, såfremt det ville være i strid med offentlige interesser eller skade offentlige eller private aktørers økonomiske interesser eller hvis videregivelsen af oplysningerne vil skade konkurrencen mellem de økonomiske aktører. Denne undtagelse i § 172 skal dog efter de almindelige EU-retlige fortolkningsprincipper fortolkes indskrænkende.¹⁰²

Ordregiverens pligt til at begrunde tildelingsbeslutningen med angivelse af det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele indebærer dog ikke, at ordregiveren kan angive oplysninger, som ordregiveren ikke ville kunne udlevere som følge af en aktindsigt.¹⁰³ Udbudsdirektivet og udbudsloven regulerer ikke adgangen til aktindsigt i forbindelse med udbud, hvorfor de nationale regler om aktindsigt bliver udslagsgivende for rækkevidden af ordregiverens begrundelsespligt i udbudslovens § 171, stk. 4.¹⁰⁴ Tildelingsbeslutningen er ikke en forvaltningsafgørelse,¹⁰⁵ hvorimod offentlighedsloven finder anvendelse ved al virksomhed, der udøves af den offentlige forvaltning jf. offentlighedslovens § 2 og hvorefter enhver har ret til aktindsigt jf. § 7. Udgangspunktet i offentlighedsloven er, at der gives så meget aktindsigt som muligt.¹⁰⁶ Så selvom udbudsloven som udgangspunkt bygger på fortrolighed, så betyder de nationale aktindsigtsreglers forrang, at fortrolighedsbestemmelsen derfor ikke har nogen praktisk betydning, så snart der i en udbudsforretning kommer en anmodning om aktindsigt.¹⁰⁷ En tilbudsgiver må derfor ved deltagelse i et udbud være forberedt på, at der ikke i medfør af udbudslovens § 5 kan forventes fuld hemmeligholdelse af de fremsendte oplysninger og at der vil være en risiko for oplysningerne kan blive udleveret som følge af aktindsigtsanmodninger.¹⁰⁸ Offentlighedsloven rummer dog også nogle undtagelser således at sager, dokumenter eller oplysninger kan undtages fra aktindsigt. I forhold til tildelingsbeslutningen vil det være relevant for de forbigåede tilbudsgivere at få indsigt i ordregiverens evaluering af tilbuddene samt i oplysninger fra de øvrige og ofte vinderens tilbud. Hverken et udbud eller et tilbud kan undtages i sin helhed fra aktindsigt.¹⁰⁹ Ordregiverens interne dokumenter relateret til evalueringen af tilbuddene, vil dog kunne undtages efter offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1, bortset fra faktiske oplysninger og faglige eksterne

¹⁰² *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*, s. 244

¹⁰³ *Ibid.*, s. 242

¹⁰⁴ *Ibid.*, s. 244

¹⁰⁵ Steen Treumer. *Udbudsretten*, s. 550

¹⁰⁶ *Ibid.*, s. 550

¹⁰⁷ *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*, s. 553-554

¹⁰⁸ Steen Treumer. *Udbudsretten*, s. 550

¹⁰⁹ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 109

vurderinger.¹¹⁰ Dog skal der som udgangspunkt gives aktindsigt i endelige dokumenter.¹¹¹ I forhold til oplysninger om de øvrige tilbud er det relevant at vurdere offentlighedslovens undtagelsesbestemmelse i § 30, stk. 1, nr. 2 angående ”*tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes.*” Undtagelsesmuligheden rummer en vurdering i to led; dels hvorvidt der er tale om sådanne oplysninger og dels om aktindsigt heri vil udgøre en væsentlig økonomisk skadevirkning for virksomheden (tilbudsgiveren) som oplysningerne vedrører.¹¹² Når tilbudsgiverne afgiver tilbud vil disse i sin natur bestå af visse oplysninger om drifts- og forretningsforhold. Der er dog ikke tale om en automatisk undtagelse fra aktindsigt blot fordi oplysningerne hører under denne kategori, da en undtagelsesbestemmelse skal fortolkes indskrænkende. Klagenævnet har udtalt om den tilsvarende undtagelse i forvaltningsloven, at der som udgangspunkt ikke er grundlag for at konkludere, at der ikke vil være ret til aktindsigt i tilbuddene i en udbudsforretning.¹¹³ Såfremt der er tale om oplysninger om drifts- eller forretningsforhold gælder der dog en formodning for, at aktindsigt heri medfører en nærliggende risiko for at virksomheden, som oplysningerne angår, vil lide skade af betydning.¹¹⁴ Denne formodningsregel medfører dog ikke, at ordregivere ikke skal foretage en konkret vurdering og begrunde en eventuel undtagelse af sådanne oplysninger. Ordregivere bør derfor høre den pågældende virksomhed, hvis oplysninger der anmodes om aktindsigt i, da denne er nærmest til at vurdere risikoen for økonomisk skadevirkning.¹¹⁵ Den endelige vurdering tilfalder dog ordregiveren uanset udtalelsen fra den berørte virksomhed, men en velbegrundet udtalelse tillægges betydning.¹¹⁶ Uanset at der er tale om en drifts- eller forretningsoplysninger, og at pågældende virksomhed betragter disse som fortrolige, er det altså ordregiverens vurdering, hvorvidt der er belæg for at undtage disse oplysninger grundet væsentlig økonomisk betydning for pågældende virksomhed. Såfremt visse oplysninger undtages fra aktindsigt, skal der dog fortsat gives indsigt i de øvrige dele af tilbuddet.¹¹⁷

¹¹⁰ Ibid, s. 110

¹¹¹ Ibid, s. 112-114

¹¹² Ibid, s. 118

¹¹³ Kendelse af 23. september 2005, *Sjælsø Entreprise A/S mod Statsbiblioteket i Århus*

¹¹⁴ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 773

¹¹⁵ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 130-131

¹¹⁶ Ibid, s. 117

¹¹⁷ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 792

Som tidligere beskrevet, betragtes tilbudsprisen som en del af det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele og skal derfor angives i begrundelsen til de forbigåede tilbudsgivere efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2. Men det samme gør sig ikke gældende for delpriser. Fast praksis fra klagenævnet fastslår, at delpriser betragtes som fortrolige, da konkurrerende virksomheders kendskab hertil vil udgøre en nærliggende risiko for forringelse af pågældende tilbudsgivers konkurrenceevne ved fremtidige udbud, og undtages derfor fra aktindsigt.¹¹⁸ Andre oplysninger af karakter af drifts- og forretningsforhold som efter klagenævnspraksis kan undtages fra aktindsigt er oplysninger i ansattes CV'er om særligt relevante kompetencer.¹¹⁹ Ligeledes vil oplysninger om en virksomheds omsætning og indtægter undtages fra aktindsigt.¹²⁰

Aktindsigtsspørgsmålet er altså en afvejning af ansøgerens interesse i indsigt og udgangspunktet om fuld åbenhed kontra beskyttelsen af konkurrenceevnen for virksomheden som oplysningerne angår.¹²¹

¹¹⁸ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 119-120

¹¹⁹ Ibid, s. 122-125

¹²⁰ Ibid, s. 122

¹²¹ Klagenævnet for Udbud - Årsberetning 2016, s. 37

3.5. Delkonklusion

Af ovenstående kapitel kan det derfor udledes, at omfanget af begrundelsen og hvornår denne kan betragtes som fyldestgørende beror på en konkret vurdering. De indholdsmæssige krav til ordregiverens begrundelse varierer efter hvorvidt begrundelsen til den forbigåede tilbudsgiver vedrører et uantageligt tilbud eller et antageligt tilbud, hvor kravene til begrundelsen for de fravalgte antagelige tilbud er strengere og mere omfattende. Det kan dog konkluderes, at en forbigået tilbudsgiver altid skal gøres bekendt med navnet på den tilbudsgiver, der tildeles kontrakt. Det væsentligste ved indholdet i en begrundelse til en forbigået tilbudsgiver er den *individuelle* belysning af *årsagerne* bag ordregiverens beslutning om enten at afvise tilbuddet grundet uantagelighed eller hvorfor tilbuddet ikke blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige. Selvom begrundelsen efter § 171, stk. 4, nr. 1 er mindre omfattende end begrundelsen efter nr. 2, så skal begrundelsen fortsat være tilstrækkelig. En fyldestgørende begrundelse for afvisningen af et uantageligt tilbud kræver derfor, at det gøres den pågældende forbigåede tilbudsgiver klart, hvorfor tilbuddet er vurderet uantageligt, herunder hvordan og hvorledes ordregiveren ud fra tilbudsgiverens tilbud har konkluderet dette. I begrundelsen til forbigåede tilbudsgivere med antagelige tilbud er det især belysningen af på hvilke punkter både den pågældende tilbudsgivers tilbud og den vindende tilbudsgivers tilbud havde sine forcer og svagheder, samt *årsagerne* hertil.

Meddelelse af oplysninger i begrundelsen er dog ikke ubegrænset. Det kan konkluderes, at udbudslovens § 5 om fortrolighed ikke påvirker begrundelsen, samt at denne reelt er uden betydning, ved anmodninger om aktindsigt. Selvom udgangspunktet i offentlighedsloven er fuld aktindsigt, så følger det af praksis, at oplysninger om en tilbudsgivers delpriser, omsætningsforhold samt visse CV'er kan undtages fra aktindsigt. Men herudover kan oplysninger om drifts- og forretningsforhold undtages fra aktindsigt, når det kan begrundes i nærliggende risiko for væsentlig økonomisk skade for pågældende virksomhed. Den endelige vurdering heraf påhviler ordregiveren. Her kan en velbegrundet udtalelse fra den berørte virksomhed dog kan danne grundlag for undtagelse af oplysningerne. Reglerne om aktindsigt kan således umiddelbart bibringe forbigåede tilbudsgivere en betydelig indsigt i de øvrige tilbud, dog med undtagelser af hensyn til den pågældende virksomheds konkurrenceevne. Hvad angår sådanne oplysninger, kan det derfor være svært for de forbigåede tilbudsgivere at komme disse oplysninger nærmere via en aktindsigtsanmodning.

4. Retsvirkninger af en utilstrækkelig begrundelse

I det følgende vil retsvirkningerne af en utilstrækkelig begrundelse blive behandlet med henblik på at klarlægge konsekvenserne af, hvis ordregivere ikke opfylder denne forpligtelse til at give en fyldestgørende begrundelse til de forbigåede tilbudsgivere ved underretningen om tildelingsbeslutningen. Til belysning heraf vil praksis fra klagenævnet og Retten blive inddraget med fokus på om en mangelfuld begrundelse kan medføre annullation af tildelingsbeslutningen.

4.1. Annullation af tildelingsbeslutningen

Der er flere forhold som kan gøre en begrundelse for tildelingsbeslutningen mangelfuld. Det kan dels være at begrundelsen ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger, indeholder forkerte oplysninger, at der er afgivet en forkert begrundelse eller at der slet ikke er givet en begrundelse.¹²²

Klagenævnet har i medfør af klagenævnslovens § 13 mulighed for at annullere en udbudsforretning eller de af ordregiveren ulovlige truffede beslutninger, hvilket ofte vedrører tildelingsbeslutningen.¹²³ At en begrundelse er mangelfuld medfører dog efter klagenævnets faste praksis *ikke* i sig selv annullation af tildelingsbeslutningen, hvilket bl.a. ses af kendelsen af 13. juni 2019, *Joca Trading A/S mod Allerød Kommune m.fl.*¹²⁴ Denne praksis bekræftes ligeledes af, at hvor klagenævnet har konstateret en overtrædelse af begrundelsespligten og der er sket annullation af tildelingsbeslutningen, da har klagenævnet henvist til en anden overtrædelse af udbudsreglerne end selve begrundelsespligten som baggrund for annullationen.¹²⁵

Et perspektiv til denne praksis er anskuelsen af, at begrundelsespligten er en formel regel, og en overtrædelse heraf derfor blot betragtes som en mindre udbudsretlig overtrædelse. For at der kan ske annullation af tildelingsbeslutningen skal overtrædelsen af udbudsreglerne have en vis grovhed, da annullation betragtes som en alvorlig sanktion.¹²⁶ For at klagenævnet bringer sanktionen

¹²² Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 641

¹²³ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 351

¹²⁴ Dette ses bl.a. også af klagenævnets kendelser af 1. februar 2013, *Abena A/S mod SKI*, d. 8. januar 2019, *Finmann VVS/Entreprise ApS mod Udviklingsselskabet By og Havn I/S* samt 14. oktober 2014, *Grontmij A/S mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter*.

¹²⁵ Dette ses bl.a. i kendelserne af 5. maj 2010, *Remmer A/S mod SKI*, samt 6. oktober 2011, *Rambøll Management Consulting Attractor A/S mod Index Award A/S*.

¹²⁶ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 351 og 356

annullation i spil kræves det derfor, at der er tale om en væsentlig retslig mangel og at der ikke er særlige forhold som taler afgørende imod annullation af tildelingsbeslutningen eller udbuddet.¹²⁷

Retslige mangler ift. efterlevelsen af udbudsreglerne opdeles i henholdsvis materielle og formelle mangler på trods af, at udbudsreglerne som lovgivning er procedureregler og derfor dybest set allesammen sagsbehandlingsregler.¹²⁸ Materielle mangler dækker over overtrædelser af regler, der tilsigter at ordregiveren vælger den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, altså at der er sket overtrædelse af regler som har haft betydning for udfaldet af udbuddet fx ulovligt eller uegnet udbudsmateriale eller fejl ved selve evalueringen af tilbudsgiverne eller tilbuddene.¹²⁹ Formelle mangler anses primært som sagsbehandlingsfejl, og herunder hører bl.a. mangler ved underretninger, begrundelsen, tidsfrister m.m.¹³⁰ Disse reglers omdrejningspunkt vil ofte være at sikre gennemsigtighed, men betragtes ikke som regler, der har indflydelse på afgørelsen af hvem der tildeles kontrakt.¹³¹ Praksis er således, at disse formelle overtrædelser ikke alene kan føre til annullation af hverken udbudsforretningen eller tildelingsbeslutningen, da overtrædelsen skal have haft indflydelse på udfaldet af udbuddet.¹³² Synspunktet om formelle og materielle mangler medfører altså, at overtrædelse af begrundelsespligten betragtes altså som en mangel der ikke har haft betydning for selve afgørelsen, og at tildelingsbeslutningen sandsynligvis ville have været den samme uagtet begrundelsen. Betragtningen om at tildelingsbeslutningen anses for upåvirket uanset at der er sket overtrædelse af begrundelsespligten har klagenævnet bl.a. udtrykt i kendelsen af 17. juni 2009, *Anlægsgartner Gottlieb A/S mod Psykiatrisk Center Sct. Hans*.

Der kan argumenteres for, at der er et ræsonnement i at klagenævnet antager denne betragtning om formelle mangler, herunder at overtrædelse af begrundelsespligten, ikke bliver mødt af en meget byrdefuld sanktion i form af annullation af tildelingsbeslutningen, som i stedet forbeholdes de grove (materielle) overtrædelser af udbudsreglerne. Synspunktet om den formelle karakter af begrundelsespligten synes at være, at en overtrædelse af udbudsreglerne som har haft betydning for tildelingsbeslutningen ikke beror sig til selve begrundelsen, men til forhold forud for begrundelsen. Begrundelsesmanglen udgør således ikke den tyngende (materielle overtrædelse) fejl og kan derfor ikke medføre annullation af tildelingsbeslutningen. Men selvom begrundelsespligten kan betragtes

¹²⁷ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 819

¹²⁸ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 357

¹²⁹ Ibid, s. 357-360

¹³⁰ Ibid, s. 356-357

¹³¹ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 820

¹³² Ibid, s. 820

som en forpligtigelse, der højst kan udgøre en formel mangel, så har begrundelsen dog en meget vigtig funktion for de forbigåede tilbudsgivere ift. netop at skabe gennemsigtighed omkring denne tildelingsbeslutning og at fungere som deres vurderingsgrundlag ift. om der er baggrund for at starte en klagesag. Begrundelsen er altså et vigtigt redskab til at synliggøre eventuelle fejl i udbudsforretningen og overtrædelser af udbudsreglerne. Der kan derfor også anlægges det perspektiv at denne (om end formelle) overtrædelse, i høj grad risikerer at sløre billedet af, hvorvidt der er sket en materiel overtrædelse af udbudsreglerne, hvorfor efterlevelsen af begrundelsespligten ikke synes blot at være en formalitet.¹³³

Rettens fortolkning af begrundelsespligten efter finansforordningen er dog markant strengere end klagenævnets praksis, da Retten i flere tilfælde har anvendt annulation overfor EU-institutionernes tildelingsbeslutninger på baggrund af utilstrækkelige begrundelser.¹³⁴ At en overtrædelse af begrundelsespligten i sig selv kan være nok til at medføre annulation af tildelingsbeslutningen ses bl.a. af følgende udtalelse fra Retten i Veloss-dommen; ”. . . *The contested decision was vitiated by failure to state reasons and is to be annulled on that ground.*”¹³⁵. Retten anlægger altså en markant anden fortolkning af begrundelsespligten. Den generelle pligt for EU's institutioner til at begrunde deres beslutninger udspringer af TEUF art. 296,¹³⁶ og ligeledes har Retten i sagen *Evropaïki Dynamiki mod Frontex* henvist til formålet med begrundelsespligten i TEUF art. 296 hvorefter begrundelsen skal formidles på en klar og utvetydig måde for, på den ene side at gøre det muligt for de berørte personer at fastslå årsagerne hertil så de kan forsvare deres rettigheder, og på den anden side gøre det muligt for den kompetence ret at udøve sin prøvelsesret.¹³⁷

Af Rettens praksis fremgår, at den ordregivende EU-institution har en vid skønsbeføjelse ift. tildelingsbeslutningen, og at Rettens efterprøvelse af denne beslutning er begrænset til at vurdere, hvorvidt reglerne angående procedure og begrundelse er overholdt, at fakta er korrekte, og at skønnet ikke er åbenbart urigtigt eller om der er sket magtfordrejning.¹³⁸ Dog har Retten også udtalt ved flere lejligheder, at når en ordregivende myndighed besidder en vid skønsbeføjelse, må der

¹³³ Ingrid Opdebeek m.fl.. *Duty to Give Reasons in the European Legal Area*, s. 104-105

¹³⁴ Dette ses bl.a. følgende domme fra Retten; T-57/09 af 20. oktober 2011, *Alfastar Benelux mod Rådet*, T-667/11, af 14. januar 2015, *Veloss International og Attimedia mod Parlamentet*, T-461/08 af 20. september 2011 - *Evropaïki Dynamiki mod EIB*, T-556/11 af 27. april 2016, *European Dynamics Luxembourg m.fl. mod EUIPO* samt T-447/10 af 17. oktober 2012, *Evropaïki Dynamiki mod Domstolen*

¹³⁵ T-667/11, dom af 14. januar 2015, *Veloss International og Attimedia mod Parlamentet*, præmis 71

¹³⁶ Ingrid Opdebeek m.fl.. *Duty to Give Reasons in the European Legal Area*, s. 101

¹³⁷ T-554/10, dom af 22. april 2015, *Evropaïki Dynamiki mod Frontex*, pr. 50

¹³⁸ T-17/09, dom af 22. maj 2012, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, pr. 37

lægges endnu større vægt på garantierne ved den administrative sagsbehandling, herunder kravet om at ordregiveren i sine beslutninger angiver en tilstrækkelig begrundelse.¹³⁹

I EU-retten betragtes begrundelsespligten som en af de væsentlige proceduremæssige krav, særligt ift. at sikre retten til effektive retsmidler for modtageren af beslutningen.¹⁴⁰ Dette kommer bl.a. til udtryk i Rettens dom, *Evropaiki Dynamiki mod EIB*, hvor Retten udtalte at, "*For at kravet om en effektiv domstolsbeskyttelse fastholdes, skal den ordregivende myndighed endelig overholde den begrundelsespligt, der påhviler den . . . , ved at give en fyldestgørende begrundelse til alle de forbigåede tilbudsgivere, der anmoder om det, således at de kan udøve denne ret under de bedst mulige betingelser . . .*"¹⁴¹. Begrundelsen anses altså som en væsentlig formskrift, hvor tilsidesættelse heraf efter Rettens praksis vil medføre annullation,¹⁴² med mindre overtrædelsen ikke har påvirket klageren eller dennes interesser.¹⁴³

Der kan altså konstateres en markant forskel i klagenævnets og Rettens praksis angående mangelfulde begrundelser. Om end der er tale om forskellige retsregler, ved udbudsdirektivet og finansforordningen, så er regelsættene ift. udbudsreglerne indholdsmæssigt sammenfaldende, hvorfor Rettens praksis ofte inddrages af klagenævnet til fortolkning af udbudsdirektivet og heraf udbudsloven. Dog må det konstateres, at den danske klagenævnpraksis angående begrundelsespligten i høj grad bygger på betragtningen om, at en utilstrækkelig begrundelse er en formel mangel, der ikke har indflydelse på tildelingsbeslutningen. Såfremt der har været begået fejl op til tildelingsbeslutningen, vil det være selve disse fejl der vil kunne begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen, uagtet om dette kunne udledes af begrundelsen for denne fejlbehæftede beslutning.

Der kan spørges om denne praksis er hensigtsmæssig, både med tanke på gennemsigtighedsprincippet og de forbigåede tilbudsgiveres klagemulighed. Hensigtsmæssigheden i den nuværende praksis synes at være perspektivet i at tildelingsbeslutningen er truffet på baggrund af udbudslovens bestemmelser om udbudsprocedure, udelukkelse, egnethed, dokumentation, tildeling m.m. samt ordregiverens egne udbudsbetingelser. Begrundelsen er derfor et efterfølgende

¹³⁹ Dette ses bl.a. af T-89/07, Dom af 20. maj 2009, *VIP Car Solutions SARL mod Europa-Parlamentet*, pr. 61, T-447/10, Dom af 17. oktober 2012, *Evropaiki Dynamiki mod Domstolen*, pr. 70 samt T-394/12, dom af 25. november, *Alfastar Benelux SA*, pr. 27

¹⁴⁰ Ingrid Opdebeek m.fl. *Duty to Give Reasons in the European Legal Area*, s. 130 samt T-461/08, Rettens dom 20. september 2011 - *Evropaiki Dynamiki mod EIB*, præmis 122

¹⁴¹ T-461/08, dom af 20. september 2011 - *Evropaiki Dynamiki mod EIB*, præmis 122

¹⁴² Ibid, præmis 130-131

¹⁴³ Ingrid Opdebeek m.fl. *Duty to Give Reasons in the European Legal Area*, s. 131

element som derfor ikke har haft indflydelse på valget af tilbudsgiver, hvorfor en mangel i opfyldelsen af denne pligt ikke bør kunne begrunde at tildelingsbeslutningen eller udbudsforretningen forkastes. Til støtte for at en mangelfuld begrundelse bør kunne medføre annullation af tildelingsbeslutning kan anføres, at det ikke er rimeligt at beslutningen opretholdes, når der ikke redegøres tilstrækkeligt for de bagvedliggende årsager, så det er gennemsigtigt at beslutningen faktisk indbefatter tildeling af kontrakt til det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Hvorvidt denne klagenævns praksis er hensigtsmæssig eller om begrundelsespligten bagatelliseres kan altså diskuteres.

4.2. Delkonklusion

Baggrunden for ordregiverens begrundelsespligt er at skabe gennemsigtighed om tildelingsbeslutningen og gøre de forbigåede tilbudsgivere det klart hvorfor deres tilbud enten er afvist eller ikke var det økonomisk mest fordelagtige, samt gøre dem i stand til at vurdere om der er baggrund for at indgive en klage. Begrundelsen skal derfor være tilstrækkelig til at opfylde dette formål, hvilket både konstateres i klagenævnets og Rettens praksis.

Det kan imidlertid konkluderes, at efter klagenævnets praksis medfører afgivelsen en utilstrækkelig begrundelse ganske vist en konstatering heraf, men overtrædelsen er bortset herfra reelt uden konsekvenser. En overtrædelse af begrundelsespligten kan ikke efter dansk klagenævnspraksis danne grundlag for annullation af tildelingsbeslutning, hvor begrundelsespligten for EU's institutioner dog fortolkes meget strengere af Retten, hvor denne overtrædelse i sig kan betyde annullation. Klagenævnets praksis må derfor på dette område betragtes som værende meget ordregiverstemt.

5. Begrundelsespligten og standstill-perioden

Begrundelsen skal være tilstrækkelig til at skabe gennemsigtighed omkring tildelingsbeslutningen, så de forbigåede tilbudsgivere på et veloplyst grundlag kan tage stilling til, hvorvidt der er grund til at indgive en klage. Hertil har særligt reglerne om standstill og opsættende virkning en afgørende betydning for de forbigåede tilbudsgiveres mulighed for en effektiv klageadgang. Reglerne herom vil derfor i det følgende blive sat i sammenhæng med begrundelsespligten for at undersøge de forbigåede tilbudsgiveres mulighed for effektivt at anvende deres klageadgang.

5.1. Standstill-perioden

Standstill-perioden er en obligatorisk pause i udbudsprocessen mellem tildelingsbeslutningen og selve kontraktindgåelsen, hvor ordregiveren ikke må underskrive kontrakten med den vindende tilbudsgiver. Standstill-perioden finder anvendelse ved udbud omfattet af udbudslovens afsnit II og III, og det fremgår direkte af udbudslovens § 173 og § 188, stk. 3 at ordregivere tidligst må indgå kontrakt efter udløbet af standstill-perioden i henhold til klagenævnslovens § 3. Alt afhængig af kommunikationsmiddel varer standstill-perioden 10 eller 15 dage jf. klagenævnslovens § 3, stk. 1.

Som det fremgår af de generelle lovbemærkninger til klagenævnsloven, så er grundtanken bag reglerne om standstill at sikre, at der kan indgives en klage inden kontrakten underskrives, og hvor en eventuel overtrædelse af udbudsreglerne således stadig kan afhjælpes, så det sikres, at udbudsprocessen får det korrekte udfald. Yderligere har standstill-perioden den funktion at klager, som er indgivet inden for denne periode, opnår automatisk opsættende virkning i 30 dage jf. klagenævnslovens § 12, stk. 2 og 3. Opsættende virkning har den funktion, at udbudsprocessen midlertidigt standses indtil klagenævnet har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges yderligere opsættende virkning indtil der foreligger en endelig kendelse af hvorvidt udbudsreglerne er blevet overtrådt.¹⁴⁴ Såfremt der underskrives kontrakt i standstill-perioden eller i en periode hvor en klage har opsættende virkning er der knyttet sanktionen, at den udbudte kontrakt henholdsvis *kan* eller *skal* erklæres for uden virkning, jf. klagenævnsloven §§ 16 og 17. Standstill-perioden og reglerne om automatisk opsættende virkning er derfor af stor betydning for muligheden for effektive klageprocedurer.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Steen Treumer. *Udbudsretten*, s. 513

¹⁴⁵ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 805

5.2. Effektiv klageadgang

5.2.1. Underretningen og begrundelsen

En underretning om tildelingsbeslutningen skal angive udløbet af standstill-perioden, som i denne sammenhæng har den funktion at sikre de forbigående tilbudsgivere muligheden for en effektiv klageadgang ved, at der er tid til at indbringe en klage inden kontraktindgåelsen.¹⁴⁶ Men hvis de forbigående tilbudsgivere ikke bliver tilstrækkeligt oplyst via begrundelsen i denne underretning, så kan det siges, at de ikke har samme nytte af standstill-perioden til at udnytte deres klageadgang, da de ikke har det fornødne grundlag for at vurdere om der overhovedet er baggrund for at klage og ej heller et tilstrækkeligt grundlag til at opbygge en klage. Et spørgsmål som har været diskuteret i denne forbindelse er, hvorvidt begrundelsen derfor kan siges at være en sådan del af selve underretningen om tildelingsbeslutningen, at udeblivelsen af en begrundelse eller en mangelfuld begrundelse får den virkning, at der ikke er sket en korrekt eller fuldstændig underretning, således at standstill-perioden ikke er igangsat?

Efter klagenævnsløven § 3, stk. 1 begynder standstill-perioden at løbe fra dagen efter ordregiveren har afsendt underretningen om tildelingsbeslutningen. Klagenævnet har hertil fastslået i flere kendelser, at standstill-perioden igangsættes fra dagen efter underretningen om tildelingsbeslutningen, *uagtet* om underretningen indeholder den i udbudslovens § 171, stk. 4 krævede begrundelse.¹⁴⁷ Som tidligere beskrevet, så er det dog nødvendigt at underretningen indeholder oplysning om navnet på den vindende tilbudsgiver for at standstill-perioden igangsættes. Af udbudslovsudvalgets rapport angående implementeringen af det nye udbudsdirektiv i dansk lovgivning, angives det ift. art. 55 at bestemmelsen dels indeholder en underretningspligt og dels en begrundelsespligt, som dog er en del af underretningspligten.¹⁴⁸ Hertil vedrører underretningspligten indholdet af en af ordregiveren truffet beslutning, hvor begrundelsespligten angår den bagvedliggende årsag til beslutningen.¹⁴⁹ Denne opfattelse synes dog ikke at spejle sig i klagenævnets faste praksis, hvor begrundelseskravet betragtes som et selvstændigt krav som kan overtrædes.¹⁵⁰ Klagenævnet opfatter således underretningen af tilbudsgiverne og begrundelsen for

¹⁴⁶ Her forstået som selve udløbsdatoen for standstill-perioden jf. kendelsen af 29. august 2012, *HP Byg A/S mod Boligselskabet af 1964 i Hjørring*, afd. 1932

¹⁴⁷ Dette ses bl.a. af kendelserne af 18. december 2012, *Stryker mod Region Syddanmark*, den 19. december 2012, *Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune* samt den 22. februar 2013, *Marius Pedersen A/S mod Hvidovre Kommune*.

¹⁴⁸ *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*, s. 697

¹⁴⁹ *Ibid*, s. 697

¹⁵⁰ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 90

tildelingsbeslutningen som to forskellige led, hvor en mangelfuld begrundelse ikke har betydning for standstill-perioden.¹⁵¹ Grundet denne sontring har klagenævnet ligeledes i kendelsen af 15. marts 2013, *Cowi A/S mod SKI A/S*, angivet, at en ny begrundelse for tildelingsbeslutningen ikke igangsætter en ny standstill-periode.¹⁵² Der kan dog være situationer, hvor ordregiveren efter underretningen om den oprindelige tildelingsbeslutning har brug for at omgøre denne evaluering og foretage en ny tildelingsbeslutning, fx hvis der er fremkommet nye oplysninger eller ordregiveren er blevet opmærksom på fejl ved evalueringen af tilbudsgiverne eller tilbuddene.¹⁵³ Ordregiveren har i medfør af udbudslovens § 170 mulighed for at tilbagekalde sin tildelingsbeslutning under visse betingelser, og træffe en ny. En ny tildelingsbeslutning medfører dog, at ordregiveren skal afholde en ny standstill-periode,¹⁵⁴ hvilket også kun virker oplagt ift. at sikre tilbudsgiverne mulighed for at forholde sig denne nye tildelingsbeslutning, om end en ny tildelingsbeslutning ikke nødvendigvis medfører ændring af vinderen. Men da begrundelsen skal belyse årsagerne bag tildelingsbeslutningen, synes det også relevant at tilbudsgiverne ved en ny begrundelse får tid til at forholde sig hertil, om end der er tale om den samme tildelingsbeslutning.

I forhold til den tidligere beskrevne sontring mellem formelle og materielle mangler, så kan reglerne omkring standstill og opsættende virkning ligeledes betragtes som regler, der ikke har indflydelse på tildelingsbeslutningen og derfor som formelle regler.¹⁵⁵ Dette perspektiv kan også udledes af klagenævnenslovens §16, hvor klagenævnet har *mulighed* for erklære en kontrakt for uden virkning, hvor kontrakten er indgået i en standstill-periode eller en periode med opsættende virkning, men det er ikke en automatisk selvfølge jf. klagenævnenslovens § 16, jf. § 18, stk. 2, nr. 1. Den formelle karakter af underretningen og standstill synes også at komme til udtryk i kendelsen af 19. marts 2012, *VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen*, hvor ordregiveren ikke havde underrettet klageren om hvilken beslutning, der var truffet med hensyn til tildeling af kontrakt, altså oplysning om de vindende tilbudsgivere og ligeledes manglede angivelsen af standstill-periodens udløb. Klagenævnet konstaterede overtrædelserne, men en annullation af tildelingsbeslutningen kunne ikke begrundes grundet karakteren af overtrædelserne.

¹⁵¹ Ibid, s. 144

¹⁵² Katja Høegh m.fl. *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten - endnu en gang*«

¹⁵³ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 595

¹⁵⁴ Kendelse af 6. marts 2012, *RenoNorden A/S mod Skive Kommune*

¹⁵⁵ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 363

Der kan stilles spørgsmål ved om denne sondring mellem underretningen og begrundelsespligten er hensigtsmæssig, henset til at standstill-perioden skal tilvejebringe muligheden for effektive klageprocedurer, men det er begrundelsen der skal sætte de forbigåede tilbudsgivere i stand til veloplyst at vurdere grundlaget for en klage, så de kan udnytte denne prøvelsesret effektivt.

5.2.2. Klagefrister og standstill-perioden

Formålet med klagefrister er at sikre retssikkerheden for ordregivere og de påtænkte kontraktparter.¹⁵⁶ Det er dog essentielt at tilbudsgiverne har tid til at vurdere, hvorvidt der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne, og at klagefristerne ikke er en hindring herfor.¹⁵⁷ Men tager den nuværende praksis tilstrækkelig højde for muligheden for en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne, hvor de forbigåede tilbudsgivere står med en mangelfuld begrundelse?

En af klagerens anbringender i kendelsen fra 18. december 2012, *Stryker mod Region Syddanmark* var især, at grundet ordregiverens mangelfulde begrundelse skulle standstill-perioden først regnes fra det tidspunkt, hvor tilbudsgiveren havde modtaget de relevante og nødvendige oplysninger. Følgende betragtning til ændringsdirektivet støtter umiddelbart dette standpunkt; “. . . *Standstill-perioden bør give de berørte tilbudsgivere tilstrækkelig tid til at gennemgå tildelingsbeslutningen og vurdere, om det er hensigtsmæssigt at indlede en klageprocedure. Når tilbudsgiverne underrettes om tildelingsbeslutningen, bør de have de relevante oplysninger, der er nødvendig for en effektiv klageadgang.*”¹⁵⁸ EU-praksis af særlig betydning for dette spørgsmål er Domstolens besvarelse af et præjudicielt spørgsmål i sagen *Uniplex*.¹⁵⁹ Denne sag vedrørte spørgsmålet om, fra hvilket tidspunkt klagefrister igangsættes, hvor ordregiveren var af den opfattelse af klagefristen skulle løbe fra underretningen om tildelingsbeslutningen, hvorimod klageren mente, at fristen først skulle løbe fra det tidspunkt, hvor klageren havde været i stand til konstatere, om der var sket overtrædelse af udbudsreglerne, altså fra den uddybende begrundelse. Domstolen udtalte, at sikringen af en effektiv mulighed for at indgive en klage over mulige overtrædelser af udbudsreglerne, kun ville kunne opfyldes, hvis fristerne for indgivelse af en sådan klage først løber

¹⁵⁶ Grith Skovgaard Ølykke, m.fl. *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 799

¹⁵⁷ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 218

¹⁵⁸ Betragtning 6 til Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007

¹⁵⁹ C-406/08, Domstolens dom 28. januar 2010, *Uniplex (UK) Ltd mod NHS Business Services Authority*

fra det tidspunkt, hvor klageren havde eller burde have haft kendskab til overtrædelsen.¹⁶⁰ Ligeledes har Retten udtalt, at fordi klagefristen først begynder at løbe fra tidspunktet, hvor den begrundede beslutning bliver meddelt tilbudsgiveren, så påvirkes tilbudsgiverens retssikkerhed angående klageadgangen ikke af at skulle afvente begrundelsen.¹⁶¹

Denne omtalte EU-praksis omhandler dog klagefrister og standstill-perioden er ikke en klagefrist, men en tidsperiode, hvori en klage kan opnå automatisk opsættende virkning, således at eventuelle overtrædelser af udbudsretten kan afhjælpes inden kontrakten indgås. I medfør af klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1 løber klagefristen for indgivelse af klager over udbud efter udbudslovens afsnit II og III fra ordregiverens bekendtgørelse om indgået kontrakt. Denne klagefrist er således ikke betinget af, at der er givet tilstrækkelige informationer til de forbigåede tilbudsgivere i begrundelsen. Efter ordlyden af klagenævnslovens § 7 har begrundelsen således kun betydning for igangsættelse af klagefristerne angående klager over beslutninger om prækvalifikation, indgåelse af en kontrakt tildelt på baggrund af miniudbud, indgåelse af kontrakt i et dynamisk indkøbssystem eller ved indkøb efter udbudslovens afsnit IV og V. Men udgangspunkt i *Uniplex*-dommen kan der dog argumenteres for, at en mangelfuld begrundelse for tildelingsbeslutningen bør skulle have den konsekvens, at der ikke gælder nogen klagefrist,¹⁶² eller at denne klagefrist først løber fra det tidspunkt, hvor ikke alene bekendtgørelsen om indgåelse af kontrakt er offentliggjort, men hvor den forbigåede tilbudsgiver samtidig havde eller burde have kendskab til overtrædelsen.

Bekendtgørelsen om indgåelse af kontrakt skal indgives senest 30 dage efter kontraktindgåelsen jf. udbudslovens § 129, stk. 1, hvorefter der er en klagefrist på 45 dage jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1. På dette tidspunkt er kontrakten selvsagt underskrevet. Tidspunktet hvor de forbigåede tilbudsgivere har brug for denne fyldestgørende begrundelse synes derfor i høj grad at være i standstill-perioden, hvor kontrakten fortsat ikke er underskrevet. Der kan hertil tilføjes, at hovedparten af klagerne til klagenævnet netop indgives i standstill-perioden.¹⁶³ Man kan derfor spørge om perspektivet om, at klagefrister først løber fra tidspunktet, hvor tilbudsgiverne havde eller burde have kendskab til overtrædelsen, bør kunne overføres til standstill-perioden?

Udbudslovens § 171, stk. 4 medfører en pligt for ordregivere til at give en fyldestgørende begrundelse allerede ved underretningen og man kan derfor sige, at tidspunktet hvor tilbudsgiveren

¹⁶⁰ C-406/08, Domstolens dom 28. januar 2010, *Uniplex (UK) Ltd mod NHS Business Services Authority*, pr. 32

¹⁶¹ Sag T-461/08, Rettens dom 20. september 2011 - *Evropaiki Dynamiki mod EIB*, præmis 107

¹⁶² Claus Berg. *Udbudsret i byggeriet*, s. 794

¹⁶³ Carina Risvig Hamer. *Lov om Klagenævnet for Udbud*, s. 134

havde eller burde have haft kendskab til en overtrædelse af udbudsreglerne allerede bør være ved underretningen, hvorfor en igangsættelse af standstill-perioden her vil være i tråd med *Uniplex*. Men hvad med de tilfælde hvor begrundelsen for tildelingsbeslutningen ganske vist er givet samtidig med underretningen om beslutningen, men er utilstrækkelig? Bør det så skulle have den virkning, at standstill-perioden ikke igangsættes før der er givet en fyldestgørende begrundelse? Klagenævnets sontring af underretningen og begrundelsespligten afkræfter dette perspektiv. Der kan argumenteres for at denne sammenkædning af standstill-perioden og fyldestgørende begrundelser er for voldsom henset til, at det altid er en konkret vurdering om begrundelsespligten er opfyldt. Derudover vil det ikke i forhold til effektive klageprocedurer være holdbart, at klagenævnet altid skulle ”godkende” begrundelsen forud for standstill-periodens igangsættelse,¹⁶⁴ og ligeledes vil det skabe en betydelig usikkerhed hos ordregivere ift. perioden hvori der ikke må underskrives kontrakt og om ordregiveren derfor er tilstrækkelig overbevist om, at denne har efterlevet begrundelsespligten så kontraktindgåelsen kan igangsættes. Ligeledes medfører igangsættelsen ved underretningen retssikkerhed for ordregiveren og kontraktparten, ift. at der er klarhed omkring udløbet af standstill-perioden, så kontrakten kan blive underskrevet og leverandøren kan påbegynde kontraktens udførsel.¹⁶⁵ Dette er således klare argumenter som taler for den gældende retstilstand, hvorefter standstill-perioden udelukkende igangsættes af underretningen. Men på den anden side, så er begrundelsen de forbigåede tilbudsgiveres redskab til at kunne vurdere, om der er grundlag for at indgive en klage og derfor et grundlæggende element for en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.¹⁶⁶ Perspektivet om tilbudsgivernes effektive klagemulighed vil derfor blive behandlet nedenfor.

¹⁶⁴ Katja Høegh m.fl. *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten - endnu en gang*

¹⁶⁵ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 641

¹⁶⁶ *Ibid*, s. 641

5.2.3. Standstill-perioden og effektiv klagemulighed

Til støtte for den faste klagenævnsspraksis om, at en mangelfuld begrundelse ikke har indflydelse på igangsættelsen af standstill-perioden kan anføres argumentet, at de forbigåede tilbudsgivere fortsat vil kunne varetage deres interesser ved at klage i standstill-perioden, hvor klagen tillægges opsættende virkning.¹⁶⁷

Det kan klart konstateres, at uanset om en forbigået tilbudsgiver modtager en fyldestgørende eller mangelfuld begrundelse, så vil den blotte viden om standstill-periodens udløb gøre, at denne kan indgive en klage til klagenævnet og så klagen opnår automatisk opsættende virkning. Men selve formålet med begrundelsen er jo netop at tilbudsgiverne via begrundelsen skal modtage de informationer, som er nødvendige for at forstå baggrunden for ordregiverens tildelingsbeslutning og gøre dem i stand til at vurdere, om der i det hele taget er grund til at klage. Som reaktion på at have modtaget en mangelfuld begrundelse kan en forbigået tilbudsgiver forsøge at blive gjort bekendt med den nødvendige information via adgangen til aktindsigt. En myndighed, her forstået som ordregiveren, har 7 arbejdsdage fra modtagelsen af en aktindsigtsanmodning til enten at give en afgørelse eller en begrundelse for hvorfor afgørelsen ikke kan træffes indenfor fristen jf. offentlighedslovens § 36, stk. 2. Men standstill-perioden løber fortsat i denne periode. Der er derfor risiko for at standstill-perioden udløber inden at tilbudsgiveren modtager svar på sin aktindsigtsanmodning, især hvor den vindende eller øvrige tilbudsgivere høres forud for afgørelsen om aktindsigt. Dette manglende sammenspil mellem offentlighedsloven og klagenævnssloven sætter derfor en markant begrænsning i at reglerne om aktindsigt kan hjælpe tilbudsgiveren i standstill-perioden, hvor begrundelsen for tildelingsbeslutningen ikke har været tilstrækkelig. Ved mangelfulde begrundelser er derfor risiko for at standstill-perioden ikke bidrager optimalt til effektive klageprocedurer, da tilbudsgiverne ikke kan træffe beslutning omkring indgivelse af klage på et veloplyst grundlag. Ordregivere har dog efter klagenævnsslovens §3, stk. 2 mulighed for at fastsætte en længere standstill-perioden end den lovbestemte, hvori klager som indgives i denne forlængede periode ligeledes opnår automatisk opsættende virkning.¹⁶⁸ Ordregiveren kan dog også inden for den oprindelige standstill-periode forlænge denne.¹⁶⁹ Der kan derfor argumenteres for, at det vil være hensigtsmæssigt at anvende muligheden for at forlænge standstill-perioden, hvor der er

¹⁶⁷ Carina Risvig Hamer. *Grundlæggende udbudsret*, s. 641, note 21

¹⁶⁸ Ibid, s. 650

¹⁶⁹ Ibid, s. 650-651

indenfor denne periode er indgivet aktindsigtsanmodninger af forbigåede tilbudsgivere, således at tilbudsgiverne har mulighed for at modtage afgørelsen og forholde sig til oplysningerne heri.

Der synes umiddelbart at være to potentielle risici, hvor tilbudsgiverne ved underretningen blot modtager information om udløbet af standstill-perioden, uden samtidig at få en tilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen. For det første vil en tilbudsgiver, der ikke modtager en fyldestgørende begrundelse risikere at miste muligheden for at rette op på fejl i udbudsforretningen fordi denne ikke kan gennemskue, hvorvidt der er sket overtrædelser af udbudsreglerne og derfor ikke klager fordi denne er i den tro, at der ikke er grundlag herfor.¹⁷⁰ Hertil kan selvfølgelig også påpeges, at de forbigåede tilbudsgivere nok aldrig vil kunne vide sig helt sikre på at have fået alle nødvendige oplysninger. For det andet kan en mangelfuld begrundelse sammenholdt med tidsperspektivet i standstill-perioden betyde, at tilbudsgiverne indgiver ufuldstændige klager, for at sikre at klagen opnår automatisk opsættende virkning. Uanset om tilbudsgiveren har forsøgt sig med aktindsigt eller ej, så kan tidsrammen i standstill-perioden altså presse tilbudsgiveren til at indgive en klage uden at have fået tilstrækkelige informationer til vurderingen. Alternativt må tilbudsgiverne udskyde indgivelsen af klagen, som derved ikke opnår automatisk opsættende virkning og hvor kontrakten potentielt så er underskrevet når klagen indgives. Når klager indgives på et ufuldstændigt grundlag er der risiko for, at klagen er helt uberettiget, men at tilbudsgiverne grundet bagkanten ved standstill-perioden og de utilstrækkelige informationer om tildelingsbeslutningen ikke havde mulighed for at indse dette. Derved er der unødigt brugt både tid og økonomiske ressourcer for klageren, ordregiveren og klagenævnet, som behandles nærmere i afsnit 6. Det synes på denne baggrund derfor ikke oplagt, at de forbigåede tilbudsgivere også ved en mangelfuld begrundelse fortsat vil kunne varetage deres interesser og udnytte deres klageadgang tilfredsstillende.

¹⁷⁰ Ibid, s. 641

5.3. Delkonklusion

Det kan efter klagenævnets faste praksis konkluderes, at begrundelsespligten ved underretningen om tildelingsbeslutningen ikke har indflydelse på standstill-perioden. Standstill-perioden igangsættes således udelukkende på baggrund af afsendelsen af underretningen jf. klagenævnslovens §3, stk. 1.

Begrundelse for tildelingsbeslutningen til de forbigåede tilbudsgivere har dog relevans ift. reglerne om standstill, da det er i denne tidsafgrænsede periode, at de forbigåede tilbudsgivere har muligheden for at indgive en klage, som automatisk opnår opsættende virkning. Det er derfor essentielt, at tilbudsgiverne ved underretningen om tildelingsbeslutningen bliver gjort bekendt med de fornødne informationer i begrundelsen, så de bliver i stand til at vurdere, hvorvidt der er belæg for at indgive en klage. Perspektivet i *Uniplex* om at igangsættelse af klagefrister kræver, at tilbudsgiverne har modtaget en fyldestgørende begrundelse, synes umiddelbar svær at overføre til standstill-perioden. Udover den markante usikkerhed for ordregivere ift. standstill-periodens igangsættelse og udløb, vil det ikke være effektivt for klageproceduren, at der forud for igangsættelse af standstill-perioden skal ske en prøvelse af om den enkelte begrundelse er fyldestgørende. Samtidig synes det dog også tilbudsgivernes nytte og effektive klageadgang via standstill-perioden markant forringes, når deres værktøj til vurdere baggrunden for at indgive en klage er mangelfuldt.

Det kan også være svært for de forbigåede tilbudsgivere inden for standstill-perioden, at nå at danne sig et tilstrækkeligt overblik over, hvorvidt udbuddet er afviklet korrekt. For at tilbudsgiverne ikke forpasser muligheden for at klagen tillægges automatisk opsættende virkning og at eventuelle overtrædelser bliver afhjulpet inden kontraktindgåelse, kan dette tidspres derfor betyde, at tilbudsgiverne indgiver ufuldstændige klager. Der kan derfor argumenteres for, at det vil give mening at standstill-perioden blev forlænget, hvor der indgives anmodninger om aktindsigt, således at disse anmodninger kan blive behandlet og tilbudsgiverne kan forholde sig til afgørelsen inden der skal træffes beslutning om at indgive klage inden for standstill-perioden, hvilket potentielt kunne mindske at ufuldstændige og uberettigede klager indgives grundet tidspres.

6. Et transaktionsomkostningsmæssigt perspektiv på begrundelsespligten

Formålet med følgende afsnit er at supplere de udbudsretlige regler omkring begrundelsespligten med betragtninger angående transaktionsomkostninger samt adfærden hos ordregivere og tilbudsgivere ud fra de nyinstitutionelle adfærdsantagelser. Det vil således blive behandlet, hvilken indflydelse begrundelsespligten har på tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger i udbudsforretningen, herunder med perspektiv på risikoen for aktindsigter og klagesager. Sidst vil afsnittet behandle, hvorvidt reglerne omkring begrundelsespligt vil kunne anvendes som et transaktionsomkostningsminimerende værktøj til fordel for både ordregivere og tilbudsgivere.

6.1. Transaktionsomkostninger i udbud

Af de generelle lovbemærkninger til udbudsloven fremgår det bl.a., ” *Alene omfanget af de offentlige indkøb indebærer, at det har stor betydning, hvordan der købes ind. Det er afgørende, at der købes effektivt ind, så den offentlige sektor får mest muligt ud af sine indkøb, og sådan at de omkostninger, der er forbundet med udbud for både offentlige myndigheder og tilbudsgivere minimeres.* ”.

I udbudsmæssig sammenhæng er transaktionsomkostninger en samlet betegnelse for ordregiveres og tilbudsgiveres omkostninger ved henholdsvis at udbyde og byde på en opgave.¹⁷¹ En nylig undersøgelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fra 2019 viser, at transaktionsomkostningerne ved danske EU-udbud i gennemsnit for ordregivere beløber sig til 2,6% af kontraktværdien og 2,0% for de vindende tilbudsgivere.¹⁷² Dog har en undersøgelse angående udbud i staten vist eksempler på, at transaktionsomkostningerne i gennemsnit havde forløbet sig til 17% af indkøbets værdi og 38% af indkøbets værdi ved udvalgte annonceringer, samt tilfælde med udbud, hvor de samlede transaktionsomkostninger havde udgjort mere end 50% af indkøbets værdi.¹⁷³

¹⁷¹ Rådgivningsenheden Statens indkøb, *Fem enkle veje til at undgå høje transaktionsomkostninger*

¹⁷² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud*, s. 11

¹⁷³ Folketinget Statsrevisorerne. *Transaktionsomkostninger ved udbud i staten*, s. 2

Den samfundsmæssige gevinst ved udbud mindskes som følge af unødige transaktionsomkostninger.¹⁷⁴ Grunden hertil er, at formålet med udbudsprocessen er at opnå det bedste indkøb gennem konkurrence.¹⁷⁵ Øget konkurrence er medvirkende til lavere priser, bedre kvalitet og forbedrer virksomhedernes konkurrencedygtighed.¹⁷⁶ Højere transaktionsomkostninger betyder, at den samlede opgave bliver dyrere for tilbudsgiverne, hvilket medfører højere priser for ordregivere.¹⁷⁷ Det er et naturligt resultat, at tilbudsgiverne vil inkorporere højere transaktionsomkostninger i deres tilbudspriser,¹⁷⁸ og ligeledes kan høje transaktionsomkostninger virke afskrækkende for tilbudsgiverne og som resultat svække konkurrencen, hvilket også medfører et højere prisniveau fra markedet.¹⁷⁹ Sat på spidsen kan uhensigtsmæssige transaktionsomkostninger derfor medføre, at gevinsten ved udbudsforretningen bliver udhulet.¹⁸⁰ Det er derfor både i ordregivernes og tilbudsgivernes interesse at mindske transaktionsomkostningerne ved udbudsforretninger. Derved vil den offentlige sektor kunne opnå mest værdi for skattekrone, mens de private virksomheder får lavere omkostninger og dermed potentielt bedre indtjening.¹⁸¹

Det er vigtigt at fremhæve, at det er uundgåeligt at have et vist niveau af transaktionsomkostninger. De lovgivningsmæssige procedurer i udbudsreglerne er forbundet med transaktionsomkostninger, men disse procedurer har også til formål at sikre en effektiv konkurrence og ligebehandling.¹⁸² Der er derfor nogle transaktionsomkostninger, som er nødvendige i henhold til at opfylde lovgivningen, men også hensigtsmæssige ift. at sikre gennemsigtighed og ligebehandling, herunder transaktionsomkostningerne forbundet med selve underretningen om tildelingsbeslutningen og begrundelsen til de forbigåede tilbudsgivere. Det giver derfor ikke mening at diskutere, om transaktionsomkostninger i udbud helt kan elimineres, men det er relevant at sætte fokus på, hvordan disse kan holdes på et fornuftigt niveau.¹⁸³

¹⁷⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud*, s. 5

¹⁷⁵ Folketinget Statsrevisorerne. *Transaktionsomkostninger ved udbud i staten*, s. 3

¹⁷⁶ Andrew Erridge, m.fl. *An Assessment of Competitive Tendering using Transaction Cost Analysis*

¹⁷⁷ Udbudsrådet. *En vejledning til en udbudsproces med færre transaktionsomkostninger*, s. 5

¹⁷⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud*, s. 5

¹⁷⁹ Ibid, s. 5

¹⁸⁰ Udbudsrådet. *En vejledning til en udbudsproces med færre transaktionsomkostninger*, s. 5

¹⁸¹ Altinget.dk, *Forskere: Store forskelle i virksomheders omkostninger ved at byde på offentlige opgaver*

¹⁸² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud*, s. 5

¹⁸³ Altinget.dk, *Forskere: Store forskelle i virksomheders omkostninger ved at byde på offentlige opgaver*

Transaktionsomkostninger vil være til stede i en hver transaktion, fordi der er ufuldkommen information og aktørerne er begrænset rationelle, hvilket betyder tab af økonomisk effektivitet.¹⁸⁴ Begrænset rationalitet opstår fordi vi som individer og som en samling af individer (virksomheder og ordregivere), hverken kan huske, forstå eller vide alt, samt kommunikere så entydigt, at der aldrig kan ske misforståelser.¹⁸⁵ En aktør vil derfor vælge den adfærd, som for denne forekommer som rationel, kaldet subjektiv rationalitet.¹⁸⁶ Denne adfærd kan godt være den subjektive mest rationelle adfærd ud fra aktørernes tilgængelige informationer, uden dette med sikkerhed også er det faktiske mest optimale træk, altså det objektive rationelle.¹⁸⁷ Begrænset rationalitet kommer i udbud til udtryk ved at tilbudsgiverne ikke har fuld indsigt i ordregivers krav og forventninger, deres egen eller andres evne til at løfte opgaven samt antallet af konkurrenter.¹⁸⁸ Hertil kan også nævnes indgivelse af klager på ufuldstændigt grundlag som beskrevet i afsnit 5. Ligeledes er ordregivere ikke fuldt rationelle ift. at kunne lave det perfekte udbudsmateriale og kommunikere utvetydigt.

Derudover er *muligheden* for opportunistisk adfærd et yderligere transaktionsomkostningsskabende element.¹⁸⁹ Opportunistisk adfærd betegnes som handlinger, der er egennyttige og som går videre end nytteoptimering i neoklassisk teori, da opportunistisk adfærd kan medføre snyderi, løgn, passivitet og handlinger uden for rammen af hvad der opfattes som ”fair play”.¹⁹⁰

Transaktionsomkostninger opstår grundet denne mulighed for opportunistisk adfærd, da det er fordyrende at foretage foranstaltninger med henblik på at hindre opportunistisk adfærd.¹⁹¹

Opportunisme kan bl.a. afspejle sig i tilbudsgivernes incitament til at indgive klager med ønsket om ændre udfaldet af udbudsforretningen til egen fordel eller ønsket om at skade ordregiveren og kontraktparten ved forsinkelse af kontraktstarten. Ordregiveres bekymring herfor, resulterer derfor ofte i øgede transaktionsomkostninger grundet ressourceforbruget i at forberede sig på aktindsigtsanmodninger, og i at forsøge at gardere sig imod klager i bl.a. udarbejdelsen af udbudsmaterialet.¹⁹² Ligeledes kan situationer, hvor ordregivere tilbageholder eller forvrænger oplysninger til tilbudsgiverne, fx i begrundelsen, betragtes som et eksempel på opportunistisk adfærd.

¹⁸⁴ Henrik Sornn-Friese. *Hvad er en virksomhed*, s. 103

¹⁸⁵ Martin Lippert-Rasmussen. *Transaktionsomkostningsteorien*, s. 13

¹⁸⁶ Ibid, s. 14-15

¹⁸⁷ Ibid, s. 15

¹⁸⁸ COPS. *Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud*, s. 13

¹⁸⁹ Martin Lippert-Rasmussen. *Transaktionsomkostningsteorien*, s. 22

¹⁹⁰ Ibid, s. 16

¹⁹¹ Ibid, s. 16-17

¹⁹² Udbudsrådet. *Anbefalinger til god udbudskultur – udbud med omtanke*, s. 4

6.2. Begrundelsespligten og transaktionsomkostninger

Udbudsrådet konstaterede i en analyse af transaktionsomkostninger ved udbud fra 2011, at ordregivere generelt havde fokus på at give gode og rimelige begrundelser til de forbigåede tilbudsgivere, både med det formål at undgå aktindsigter og klager, men også fordi mange ordregivere ligeledes betragtede begrundelsen som en del af en naturlig og retfærdig behandling af de forbigåede tilbudsgivere med tanke på de omkostninger, der har været ved at afgive tilbud.¹⁹³ Dog viste analysen også en stor variation i ordregivernes tilbagemelding til de forbigåede tilbudsgivere, hvor de fleste ordregivere i pågældende undersøgelse anvendte en standardskrivelse med meget variation i omfanget af informationen.¹⁹⁴

I Rådet for Offentlig-Privat Samarbejdes analyse af udbudskulturen fra 2014, blev de forbigåede tilbudsgivere spurgt, hvilke reaktioner de havde haft efter modtagelsen af afslaget ved det seneste udbud, hvor 33% angav ikke at have foretaget sig yderligere, mens 49% af tilbudsgiverne angav at de havde søgt yderligere dialog med ordregiveren for at få en forklaring på afslaget.¹⁹⁵ I pågældende analyse kan det altså siges, at omtrent halvdelen af tilbudsgiverne ikke ved modtagelsen af afslaget oplevede at være tilstrækkeligt informeret om baggrunden for beslutningen. I samme analyse angav 42% af tilbudsgiverne som baggrund for at deres valg om at søge aktindsigt eller klage, at de ikke kunne gennemskue, hvorfor de ikke vandt udbuddet, mens det for 44% af tilbudsgiverne skyldtes at de følte sig urimeligt behandlet.¹⁹⁶ Derudover angav 35% af tilbudsgiverne, at overvejelserne skyldtes oplevelsen af, at udbudsreglerne var blevet overtrådt.¹⁹⁷ Der var altså en markant andel af tilbudsgiverne, hvis overvejelser om at søge aktindsigt eller klage, var baseret på utilstrækkelige begrundelser eller deres opfattelse af ordregiverens behandling af dem under udbuddet.

Hvis en forbigået tilbudsgiver står tilbage med oplevelsen af at have fået en mangelfuld begrundelse kan det derfor være startskuddet til store transaktionsomkostninger i form af aktindsigtsanmodninger og klagesager, som er meget omkostningstunge for både ordregivere og tilbudsgivere. Problematikker angående klagesager og aktindsigtsanmodninger vil derfor blive behandlet i det følgende.

¹⁹³ Udbudsrådet. *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 42

¹⁹⁴ Ibid, s. 42

¹⁹⁵ Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde. *Analyse af udbudskulturen i Danmark 2014*, s. 68

¹⁹⁶ Ibid, s. 79

¹⁹⁷ Ibid, s. 79

6.3. Aktindsigter og klagesager

6.3.1. Aktindsigtsanmodninger

Efter underretningen om tildelingsbeslutning kan de forbigåede tilbudsgivere føle behov for at undersøge eller få bekræftet rigtigheden af ordregiverens tildelingsbeslutning, selvom begrundelsespligtens funktion er at tilvejebringe denne gennemsigtighed. Aktindsigtsanmodninger kan således være reaktionen fra de forbigåede tilbudsgivere i deres forsøg på at få indblik i de informationer, som de oplever mangler i begrundelsen herunder indblik i ordregiverens bedømmelse af tilbuddene og ofte bedømmelsen samt indholdet af det vindende tilbud for at kunne vurdere om der er grund for at klage. I analysen af udbudskulturen fra Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde angav 15% af ordregiverne og 16% af tilbudsgiverne at der var blev indgivet aktindsigtsanmodninger efter underretningen om tildelingsbeslutningen.¹⁹⁸

I Udbudsrådets analyse af transaktionsomkostninger ved udbud blev det konstateret, at frygten for især aktindsigtsanmodninger gav anledning til et stort ressourceforbrug for ordregiverne ved forberedelse på eventuelle aktindsigtsanmodninger, og at aktindsigtsanmodninger, sammenlignet med klagesager, af ordregiverne blev oplevet som den mest omkostningstunge opgave.¹⁹⁹ Det skal dog også nævnes, at netop forberedelse på aktindsigter også er blevet et redskab for ordregivere til at minimere transaktionsomkostningerne når selve anmodningen skal behandles.²⁰⁰ Denne forberedelse medfører dog i sig selv transaktionsomkostninger, uden at det er garanteret, at der vil komme nogen anmodninger om aktindsigt. Udbudsrådet vurderede dog samtidig, at det umiddelbart ville kunne betale sig for ordregivere at lægge så meget information som muligt frem for de forbigåede tilbudsgivere i begrundelsen for tildelingsbeslutningen, for netop at mindske omfanget af aktindsigtsanmodninger.²⁰¹ Da omfanget af begrundelsen som behandlet i afsnit 3, kun i yderst begrænset omfang er indskrænket i medfør af udbudsloven og ved offentlighedsloven er begrænset af specifikke undtagelsesbestemmelser, kan der argumenteres for, at der vil være et rationale for ordregivere i at forholde sig til hvilke konkrete oplysninger i vinderens tilbud, som er undtaget fra udlevering og anvende de øvrige oplysninger til at levere en tilstrækkelig begrundelse til de forbigåede tilbudsgivere. Begrundelsens indhold er dog også en balancegang, da jo mere detaljeret

¹⁹⁸ Ibid, s. 68

¹⁹⁹ Udbudsrådet. *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 8 og 43

²⁰⁰ Ibid, s. 44

²⁰¹ Ibid, s. 43

begrundelsen er, jo flere forhold er der også for tilbudsgiverne at slå ned på ved en eventuel klage.²⁰² Herved opstår en situation med muligheden for opportunistisk adfærd, ved at ordregivere kan undlade eller forvrænge information i begrundelsen. Dog kan en tynd (og måske også mangelfuld) begrundelse også give det indtryk at ordregiveren skjuler information, og styrke de forbigåede tilbudsgiveres incitament til at anmode om aktindsigt. Der kan derfor argumenteres for, at hvis begrundelsen fremlægger så mange informationer som muligt, så tilbudsgiverne bliver i stand til at vurdere om det vindende tilbud har været antageligt og at evalueringen er sket inden for den angivne ramme, vil dette kunne medføre færre aktindsigtsanmodninger, som i et transaktionsomkostningsmæssigt perspektiv for ordregivere vil være at foretrække. Dog kun for så vidt informationen er relevant, da for meget (og ikke brugbart) information også kan medføre uigennemsigthed.²⁰³

Som det er beskrevet i afsnit (5.2.3.) så kan det manglende sammenspil imellem standstill-periodens længde og ordregiverens svarfrist ved aktindsigtsanmodninger dog gøre det vanskeligt at bruge adgangen til aktindsigt som redskab til at få fyldestgørende oplysninger angående tildelingsbeslutningen inden for standstill-perioden, hvori hovedparten af klager indgives. Tilbudsgiveren kan heller ikke vide sig sikker på at kunne få besvaret sin aktindsigtsanmodning af ordregiveren inden for den periode, hvor klagenævnet træffer afgørelse omkring yderligere opsættende virkning. Klagenævnet har i den forbindelse udtalt at ”... *den omstændighed, at en ordregiver ikke, inden der træffes afgørelse om opsættende virkning, kan nå at tage stilling til, hvorvidt klageren kan meddeles aktindsigt, kan ikke medføre processuel skadevirkning for ordregiver.* ”²⁰⁴ Hvor en forbigået tilbudsgiver oplever, at begrundelsen for tildelingsbeslutningen ikke tilvejebringer tilstrækkelig gennemsigthed er det derfor ikke alene vanskeligt for tilbudsgiveren at vurdere hvorvidt der er baggrund for en klage, men det er også vanskeligt at opbygge en klage. Hvis tilbudsgiveren kunne sikres tid til at få svar på sin anmodning om aktindsigt og tid til at gennemgå disse informationer forinden indgivelsen af klagen, kunne disse informationer have bragt tilstrækkelig klarhed til at unødige klagesager kunne have været undgået. Set i forhold til retssikkerhed og også transaktionsomkostninger kan det derfor være en overvejelse at udsætte standstill-perioden, når der er indgivet anmodning om aktindsigt fra en forbigået tilbudsgiver. Ressourcemæssigt burde en længere standstill-periode kunne tolereres af hensyn til at en forbigået

²⁰² IKA Podcast: Klagesagen - strategi, taktik og ansvarlig sagsførelse

²⁰³ Ingrid Opdebeek m.fl.. *Duty to Give Reasons in the European Legal Area*, s. 133

²⁰⁴ Kendelse af 12. november 2015, *IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil AS*

tilbudsgiver kan blive tilstrækkeligt oplyst, set i forhold til risikoen for en klagesag og omkostningerne forbundet hermed.

6.3.2. Klagesager

Klagesager medfører betydelige omkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere. I en analyse fra Udbudsrådet fra 2012 angående offentlig-privat samarbejde i Danmark og Sverige, angav de adspurgte danske ordregivere, at frykten for klagesager var den væsentligste økonomiske barriere ift. om det kunne betale sig at gennemføre udbud, da 40% af disse ordregivere oplevede, at risikoen ved omkostninger til sådanne klagesager oversteg gevinsterne ved at afholde udbud.²⁰⁵ Begge parter vil som følge af en klagesag have sagsomkostninger til intern håndtering og forberedelse af sagen samt eventuelle advokatomkostninger. Derudover pålægges klageren, altså tilbudsgiveren, at betale et klagegebyr, såfremt klageren ikke opnår helt eller delvis medhold.²⁰⁶ Ved en klagesag kan klagenævnet efter de nugældende regler derudover vælge at pålægge den tabende part helt eller delvist at betale modpartens omkostninger ved klagesagen.²⁰⁷ Så udover egne sagsomkostninger, og for tilbudsgiverne klagegebyret, har parterne altså også risikoen at blive pålagt at betale som udgangspunkt op til 75.000 kr. af modpartens sagsomkostninger.²⁰⁸ Hertil kan tilføjes at de reelle sagsomkostninger oftest vil være langt højere end de af klagenævnet pålagte sagsomkostninger.²⁰⁹

At klagesager giver anledning til meget bekymring hos ordregivere, kommer også til udtryk i Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde analyse af udbudskulturen.²¹⁰ I forhold til betydningen for ordregiverne i at undgå klagesager svarede 8% at det var deres vigtigste fokus, mens det for 46% var en af de væsentligste prioriteter sammen med forhold som kvalitet, pris og udvikling.²¹¹ For de ordregivere som angav det som deres vigtigste eller et af deres vigtigste fokusområder at undgå klagesager, blev omkostningerne der er forbundet med klagesagerne fremhævet og ligeledes betydningen af ikke at blive opfattet som en myndighed der begår fejl og risikoen for eventuel

²⁰⁵ Udbudsrådet. *Offentlig-privat samarbejde i Danmark og Sverige*, s. 49

²⁰⁶ Bekendtgørelse 2011-08-11 nr. 887 om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 3

²⁰⁷ Ibid, § 9, stk. 4

²⁰⁸ Ibid, § 9, stk. 5

²⁰⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Danske klagesager om udbud*, s. 35

²¹⁰ Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde. *Analyse af udbudskulturen i Danmark 2014*.

²¹¹ Ibid, s. 76-77

uønsket omtale i pressen.²¹² For kun for 9% af de adspurgte ordregivere spillede risikoen for klagesager ikke nogen større eller betydningsfuld rolle.²¹³

Der kan være forskellige bevæggrunde for hvorfor de forbigåede tilbudsgivere indgiver klager i udbudssager, hvorfor der kan tales om forskellige typer af klager, heriblandt kommercielle og følelsesbetonede klager,²¹⁴ som vil blive behandlet i den følgende. I Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde analyse af udbudskulturen angav 2% af tilbudsgiverne, at de altid overvejede at søge aktindsigt eller klage.²¹⁵ Denne tendens kan betegnes som klageøkonomi, hvor nogle tilbudsgivere altid vil have incitament til at klage, grundet økonomiske eller strategiske forhold.²¹⁶ Disse kommercielt begrundede klager kan derfor være vanskelige at undgå. En kommerciel klage kan dreje sig om en klage fra den nuværende leverandør, som ikke har vundet genudbuddet, og derfor står til at miste sin omsætning hos ordregiveren. Den nuværende leverandør kan derfor have et ønske om optimere sin egen position ved at forsinke ordregiverens kontraktindgåelse med den nye leverandør med henblik på at ordregiveren bliver nødsaget til må søge alternative måder til at opretholde sin forsyning i perioden, hvor ordregiveren kan stå uden leverandør.²¹⁷ Håndteringen af forsinkelse i udbudsforretningen kan ske ved ordregivers indgåelse af nødkontrakter, som ikke vil have de samme konkurrencemæssige fordele eller priser, eller ved forlængelserne hos den nuværende leverandør. Dette er samfundsøkonomisk uhensigtsmæssigt, da det kan betyde en dyrere løsning for den offentlige sektor, og såfremt man forudsætter at det vindende tilbud reelt også er det økonomisk mest fordelagtige, så vil det også kunne betyde at det offentlige og borgerne ikke får leveret den optimale service eller ydelse. Ved sådanne kommercielle klager er tilbudsgivernes klageadfærd således styret af udsigten til at miste markedsandele og omsætning. Klagesagerne er en belastning for ordregiveren og den vindende tilbudsgiver, da opstarten af den udbudte kontrakt som minimum forsinkes, men også i værste tilfælde er truet, hvis der skulle blive statueret en overtrædelse af udbudsreglerne. Udbuddet forsinkes som minimum indtil klagenævnet har taget stilling til om klagen skal tillægges yderligere opsættende virkning, hvilket vil sige op til 30 dage. Hvis klagesagen ikke afsluttes efter delkendelsen om opsættende virkning, ved ordregiverens annullering af udbuddet eller tilbagekaldelse af tildelingsbeslutning eller at klagen trækkes tilbage, så er sagsbehandlingstiden for den endelige kendelse pr. november 2020 opgjort til gennemsnitligt

²¹² Ibid, s. 78

²¹³ Ibid, s. 76-77

²¹⁴ IKA Podcast: Klagesagen - strategi, taktik og ansvarlig sagsførelse

²¹⁵ Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde. *Analyse af udbudskulturen i Danmark 2014*, s. 79

²¹⁶ IKA Podcast: Klagesagen - strategi, taktik og ansvarlig sagsførelse

²¹⁷ Udbudsrådet. *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 44

3,3 mdr.²¹⁸ Det skal her nævnes, at klagenævnet sjældent tillægger en klage opsættende virkning frem mod den endelige kendelse, i 2019 skete dette i 4 tilfælde, hvor klagenævnet havde modtaget 8 klager uden for standstill-perioden og 39 klager i standstill-perioden.²¹⁹ Der er altså et stort klageincitament i disse kommercielle situationer, og det kan derfor være svært at komme udenom disse klager uanset ordregivers ageren i udbudsprocessen, og ordregiverens bestræbelser på at give en tilstrækkelig begrundelse kan derfor næppe påvirke indgivelsen af disse klager.

Ved følelsesbetonede klager, er klagelysten derimod styret af de forbigåede tilbudsgiveres følelser og udspringer ofte af udbud med evaluering af kvalitative elementer.²²⁰ De følelsesmæssige klager bunder ofte i, at tilbudsgiveren har fået en lavere bedømmelse end forventet, og som de ikke opfatter som værende rimelig og som udtryk for deres faktiske kunnen.²²¹ Der kan ofte være en ubalance mellem de ressourcer som tilbudsgiverne bruger på at udfærdige tilbuddet og fremlægge af deres faglighed, kontra den tilbagemelding der gives af ordregiveren.²²² Korte og upræcise begrundelser for et afslag kan give anledning til stor frustration hos tilbudsgiverne, som har investeret ressourcer i at afgive tilbuddet. Det kan være en uhyre vanskelig balancegang for ordregivere at formidle, hvorfor et tilbud ikke var det stærkeste og samtidig hverken underminere tilbudsgiverens indsats eller kompetencer. Disse klager bunder derfor lidt firkantet sagt i at tilbudsgiverne ikke føler, at tildelingsbeslutningen er rimelig eller velbegrundet, og klagelysten udspringer derfor ofte af såret stolthed, manglende anerkendelse og en følelse af uretfærdighed.

Det kan dog være svært for den forbigåede tilbudsgiver at komme igennem med disse klager, da ordregivere har et vidt skøn om kvalitative elementer, som klagenævnet ikke erstatter med sit eget med mindre skønnet er åbenbart overskredet eller foretaget usagligt.²²³ Begrundelsen til de forbigåede tilbudsgivere kan derfor med fordel bruges til i højere grad at forklare baggrunden for tildelingsbeslutningen, anerkende tilbudsgiverens faglighed og afbøde disse følelsesbetonede klager. Hvis tilbudsgiveren i højere grad føler sig anerkendt, fair behandlet og velinformeret om processen og baggrunden for tildelingsbeslutningen kan sådanne negative følelsesmæssige reaktioner eventuelt mindskes, også med den effekt at tilbudsgiverne i højere grad vil kunne bruge begrundelsen som konstruktiv feedback til fremtidige udbud, så udbudsprocessen heller ikke

²¹⁸ Nævnenes Hus, Sagsbehandlingstider og sagsbeholdningsalder. Lokaliseret den 8.12.2020

²¹⁹ Klagenævnet for Udbud - Årsberetning 2019, s. 56

²²⁰ IKA Podcast: Klagesagen - strategi, taktik og ansvarlig sagsførelse

²²¹ Ibid

²²² Ibid

²²³ Steen Treumer. *Udbudsretten*, s. 55

opleves som helt forgæves.²²⁴ Denne dialog er også i ordregivers interesse, da tilbudsgivernes mulighed for at optimere deres tilbud til fremtidige udbud gavner konkurrencesituationen.

Det er som nævnt absolut ikke omkostningsfrit for tilbudsgivere at indgive en klage, hvorfor det i et samfundsøkonomisk perspektiv vil give mening for tilbudsgiverne at overveje om omkostningerne ved klagesagen kan stå på mål med den af tilbudsgiveren forventede gevinst i at klage. Foruden omkostningerne for tilbudsgiverne, så koster klagesager mange ressourcer for samfundet både ift. de enkelte ordregiveres ressourcer, men også ift. klagenævnets virksomhed, som er offentlig finansieret.²²⁵ Men netop i disse overvejelser hos de forbigåede tilbudsgivere kan begrundelsen spille en betydelig rolle. Derfor er det i et samfundsøkonomisk perspektiv desto mere relevant, at de forbigåede tilbudsgivere via begrundelsen kan forstå baggrunden for ordregivers tildelingsbeslutning, således at indgivelsen af uberettigede klager mindskes.²²⁶

6.4. Minimering af transaktionsomkostninger via begrundelsespligten

Allerede i 2011 konkluderede Udbudsrådet i en analyse af transaktionsomkostningerne ved danske udbud, at der er et stort potentiale i minimering af transaktionsomkostninger ved at begrundelserne for tildelingsbeslutningen anvendes som værktøj til at mindske omfanget af aktindsigtsanmodninger samt klagesager.²²⁷ I Udbudsrådets anbefalinger til en god udbudskultur fra 2012 blev en konstruktiv dialog angående tildelingsbeslutningen ligeledes fremhævet som et centralt element for en god udbudskultur, samt at der afsættes de fornødne ressourcer til at give de forbigåede tilbudsgivere en individuel begrundelse for afslaget af deres tilbud.²²⁸

Oftest vil håndteringen af de forbigåede tilbudsgivere ikke være forbundet med store omkostninger.²²⁹ Dog så kan der være tilfælde, hvor pligten til at begrunde tildelingsbeslutningen kan blive ret så omfattende. Fx hvor der er anvendt en lang række delkriterier til underkriterier, hvor især begrundelserne ved de afviste antagelige tilbud i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2 kan variere meget i omfang grundet kravet om en individualiseret angivelse af fordelene og karakteristikaene ved vinderens og den pågældende tilbudsgivers tilbud. Der er selvfølgelig forskel på om fx en kommune skal give underretninger med tilhørende begrundelser til 2-3 forbigåede tilbudsgivere

²²⁴ Bedreudbud.dk. *Kvalificeret afslutning*

²²⁵ Udbudsrådet. *Klagemønstret i udbudsklagesager*, s. 60

²²⁶ Ibid, s. 60

²²⁷ Udbudsrådet. *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 45

²²⁸ Udbudsrådet. *Anbefalinger til god udbudskultur – udbud med omtanke*, s. 18 og 32

²²⁹ Udbudsrådet. *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, s. 45

eller om det drejer som om +20 begrundelser som alle skal være individuelle ved store udbud hos fx indkøbsfællesskaber eller indkøbscentraler. Det kan således være en omfattende proces for ordregivere at skulle give en individuel begrundelse til hver forbigået tilbudsgiver. Det kan derfor tænkes, at der vil være en optimeringsovervejelse hos ordregiveren i sådanne tilfælde, hvor efterlevelsen af begrundelsespligten vil være en tung opgave, ved at der sker en afvejning til fordel for en utilstrækkelig begrundelse eftersom der ingen konsekvenser er ved overtrædelsen heraf efter klagenævnets praksis. Det kan derfor tænkes, at ordregivere vil kunne spekulere i, hvor lidt man kan "slippe af sted med" at skrive begrundelsen, hvilket kan betragtes som opportunistisk adfærd.

Når de forbigåede tilbudsgivere står tilbage efter underretningen uden tilstrækkelige informationer i begrundelsen, er der dog større risiko for, at den beslutning de træffer, som set ud fra tilbudsgiverens synspunkt er subjektiv rationel, ikke også er den objektive optimale beslutning. Her forstået som både den situation hvor tilbudsgiverne undlader at klage fordi de fejlagtigt befinder sig i god tro om at der ikke er grundlag herfor, samt den situation hvor udbudsreglerne er overholdt, men begrundelsen ikke giver tilbudsgiverne et tilstrækkeligt indblik i evalueringen og baggrunden for tildelingsbeslutningen og der derfor indgives uberettigede klager. Det vil selvfølgelig være mere ressourcekrævende for ordregivere, jo større udførlighed i begrundelserne, men umiddelbart langt mindre ressourcekrævende end aktindsigtsanmodninger eller klagesager.²³⁰ Som gennemgået så giver aktindsigtsanmodninger og klagesager (og derved forsinkelse af kontraktstarten) anledning til megen bekymring hos ordregivere og er fordyrende elementer i udbudsprocessen. Spørgsmålet er derfor, om denne mulige mindske af disse aktindsigtsanmodninger og klagesager, kan være et tilstrækkeligt argument og incitament for ordregivere, på trods af de manglende konsekvenser, til alligevel at bruge tid på at give fyldestgørende begrundelser. Derudover kan den ekstra opmærksomhed på begrundelsen være med til at gøre ordregivere mere opmærksomme ift. om der er sket fejl i ved evalueringsfasen.²³¹

Begrundelsen kan på denne baggrund være et relevant transaktionsomkostningsminimerende værktøj især ift. risikoen for følelsesmæssige klager og som redskab til give de forbigåede tilbudsgivere bedre forudsætninger for at forbedre sig til andre udbud, hvilket kan styrke konkurrencen.

²³⁰ Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde. *Analyse af udbudskulturen i Danmark 2014*, s. 63

²³¹ Udbudsrådet. *Anbefalinger til god udbudskultur – udbud med omtanke*, s. 32

6.5. Delkonklusion

En udbudsproces med dets mange procedureregler vil uundgåeligt medføre transaktionsomkostninger. Disse kan dog være hensigtsmæssige ved, at der sikres gennemsigtighed og ligebehandling, men et uhensigtsmæssigt niveau af transaktionsomkostninger kan få negative indvirkninger på en udbudsproces for både ordregivere og tilbudsgivere ved at konkurrencen og tilbuddene forringes, samt at gevinsten ved afholdelsen af udbuddet mindskes.

At de forbigåede tilbudsgivere ikke har fået en tilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen kan medføre en risiko for øgede transaktionsomkostninger ved enten aktindsigtsanmodninger eller ikke-velovervejede eller ikke-velbegrundede indgivelse af klager, eller en kombination heraf. Det kan tænkes at en prioritering i at sikre opfyldelsen af begrundelsespligten, netop kan være medvirkende til at forebygge omfanget af aktindsigtsanmodninger og klagesager, som er meget ressourcetunge for ordregivere og kan være ødelæggende for udbuddet. Det er ligeledes byrdefuldt for tilbudsgiverne at igangsætte unødige klager. Særligt med tanke på følelsesmæssigt betonedede klager, er der mulighed for at disse vil kunne punkteres ved at tilbudsgiveren fik en fyldestgørende begrundelse. Ligeledes vil indgivelsen af uberettigede klager kunne mindskes, hvis tilbudsgiverne fik besvaret deres aktindsigtsanmodning og tid til at forholde til sig indholdet heraf inden for standstill-perioden, hvilket kan tale for at standstill-perioden burde udsættes ved aktindsigtsanmodninger. Udover at mindske antallet af aktindsigtsanmodninger og klagesager, kan en fyldestgørende begrundelse ligeledes give de forbigåede tilbudsgivere bedre forudsætninger for at forbedre sig til fremtidige udbud til gavn for konkurrencen.

7. Konklusion

Denne afhandling har haft til formål at undersøge funktionen af den udbudsretlige begrundelsespligt ved tildelingsbeslutningen i udbudslovens § 171, stk. 4. Der kan angives forskellige rationaler bag begrundelsespligten, 1) fra tilbudsgivernes perspektiv bidrager begrundelsen til en mere gennemsigtig beslutningsproces og beskyttelse af tilbudsgiverne mod vilkårlighed, 2) for ordregivere kan begrundelsen hjælpe til at beslutningen træffes på et mere overvejet og sikkert grundlag i og med at beslutningen skal forklares, 3) og for den kompetente ret udgør begrundelsen et grundlag for at vurdere, hvorvidt en beslutning var uforholdsmæssig.²³² Begrundelsespligten har således til formål at skabe gennemsigtighed omkring tildelingsbeslutningen ved at tilbudsgiverne modtager en så tilstrækkelig begrundelse, at de bliver i stand til at vurdere om der grundlag for at indgive en klage og derved udnytte deres klageadgang til at få afprøvet, hvorvidt der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne.

Udbudslovens § 171, stk. 4 sonderer imellem begrundelser til de forbigåede tilbudsgivere efter om disse har afgivet et uantageligt eller et antageligt tilbud. Det væsentligste ved indholdet i en begrundelse er den *individuelle* belysning af *årsagerne* bag ordregiverens beslutning om enten at afvise tilbudsgiverens tilbud som uantageligt eller hvorfor tilbuddet ikke blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige. Begrundelsen for afvisningen for de antagelige tilbud er dog mere omfattende, hvor indholdet af en fyldestgørende begrundelse kan koges ned til en beskrivelse af evalueringsmetoden, en forklaring bag evalueringen af henholdsvis tilbudsgiverens tilbud og det vindende tilbud i forhold til de karakteristika og fordele som lå bag det vindende tilbud, dog med iagttagelse af beskyttelse af tilbudsgivernes fortrolige oplysninger, som heller ikke ville kunne offentliggøres under aktindsigt. Hvornår en begrundelse er fyldestgørende afhænger dog af det konkrete udbuds form og kompleksitet, hvorfor det ikke altid er så simpel en opgave for ordregivere, hvilket også kommer til udtryk gennem en omfattende klagenævnsspraksis og praksis fra Retten.

Spørgsmålet i denne sammenhæng er derfor også, hvilke konsekvenser, der er forbundet med mangelfulde begrundelser? Efter klagenævnets faste praksis er der reelt ikke nogen konsekvenser ved, at ordregivere ikke opfylder begrundelsespligten i udbudslovens § 171, stk. 4. En mangelfuld begrundelse kan efter klagenævnets praksis ikke i sig selv medføre annullation af

²³² Ingrid Opdebeek m.fl., *Duty to Give Reasons in the European Legal Area*, s. 104-105

tildelingsbeslutningen. I dansk klagenævns praksis betragtes begrundelsespligten som en formel regel, der ikke har indflydelse på tildelingsbeslutningen, og en overtrædelse heraf mødes derfor ikke af hårde sanktioner. Ved udbud afholdt af EU's institutioner efter finansforordningen fortolkes begrundelsespligten dog markant strengere af Retten, hvor mangelfulde begrundelse kan være den direkte årsag til annullation af tildelingsbeslutninger. I EU-praksis betragtes begrundelsespligten som en væsentlig forskrift, der skal gøre det muligt for modtageren at forstå årsagerne bag beslutningen, så de kan forsvare deres rettigheder og ligeledes gøre det muligt for den kompetente ret at udøve sin prøvelsesret. Der kan altså konstateres en markant forskel i klagenævnets og Rettens praksis angående overtrædelser af begrundelsespligten.

I forhold til de forbigåede tilbudsgiveres effektive klageadgang er reglerne om standstill og opsættende virkning særlig relevante, da det er i denne tidsafgrænsede periode, hvor ordregiveren ikke må indgå kontrakt, at tilbudsgiverne har mulighed for at indgive en klage til klagenævnet som automatisk opnår opsættende virkning. Det er derfor essentielt, at tilbudsgiverne i begrundelsen for tildelingsbeslutningen modtager de relevante og nødvendige oplysninger, så de bliver i stand til at vurdere, hvorvidt der baggrund for at indgive en klage, og derved gøre brug af reglerne om automatisk opsættende virkning. Efter klagenævnets faste praksis har begrundelsespligten dog ingen indflydelse på igangsættelsen af standstill-perioden, da klagenævnet anser ordregiverens underretningsforpligtigelse og begrundelsespligt som adskilte forpligtigelser, og at det efter klagenævnslovens § 3 er selve underretningen, som igangsætter standstill-perioden.

Men er det hensigtsmæssigt, at det er uden konsekvenser for ordregivere at overtræde denne begrundelsespligt? Begrundelsen er et essentielt værktøj for de forbigåede tilbudsgivere til at vurdere, hvorvidt ordregiveren har truffet en lovlig tildelingsbeslutning i overensstemmelse med udbudsbetingelserne og udbudsreglerne. Utilstrækkelige begrundelser kan efterlade tilbudsgiverne med tvivl og uklarhed omkring tildelingsbeslutningen, således at de undlader at indgive en klage, fordi eventuelle påklagelige forhold i evalueringen eller overtrædelser af udbudsreglerne ikke synliggøres i begrundelsen. Utilstrækkelige begrundelser medfører i denne kontekst derfor en risiko for, at eventuelle fejl eller overtrædelser ikke afhjælpes. Når begrundelsen for tildelingsbeslutningen ikke har nogen indvirkning på standstill-perioden, så kan det også siges, at utilstrækkelige begrundelser forringer de forbigåede tilbudsgivere gavn af standstill-perioden, fordi de ikke i denne korte periode har et tilstrækkeligt grundlag for at vurdere baggrunden for en klage. Ligeledes kan virkningen være, at tilbudsgiverne tilskyndes til at klage grundet det korte tidsmæssige vindue, hvori klagen tillægges automatisk opsættende virkning, uanset om

vurderingsgrundlaget er ufuldstændigt. Der kan dog argumenteres for at klagefristen i klagenævnslovens § 7 i medfør af EU-praksis ikke aktiveres før de forbigående tilbudsgivere havde eller burde have haft kendskab til en overtrædelse af udbudsreglerne, altså fra tidspunktet hvor der er afgivet en fyldestgørende begrundelse. Det samme synes dog svært at overføre til standstill-perioden. Det synes dog hensigtsmæssigt, at bringe muligheden for en længere standstill-periode i spil ved aktindsigtsanmodninger både ift. at sikre tilbudsgiverne mulighed for at få tilstrækkelige informationer i standstill-perioden og derved mindske indgivelsen af uberettigede klager, samt at eventuelle overtrædelser afhjælpes inden kontrakten underskrives.

Der vil uundgåeligt være transaktionsomkostninger forbundet med gennemførslen af et udbud for både ordregivere og tilbudsgivere. Begrundelsespligten medfører i sig selv transaktionsomkostninger, som dog må betragtes som nødvendige for at efterleve udbudsloven og sikre gennemsigtighed. Det er dog relevant at overveje om og hvordan begrundelsespligten vil kunne anvendes til at minimere transaktionsomkostningerne. De bagvedliggende faktorer for tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger, begrænset rationalitet og muligheden for opportunistisk adfærd, synes at sandsynliggøre en risiko for at utilstrækkelige begrundelser kan medvirke til en adfærd hos parterne, der øger aktindsigtsanmodninger og klagesager, og derved øge transaktionsomkostningerne for både ordregivere og tilbudsgivere. Et fokus på gode begrundelser vil dog kunne medvirke til at tilvejebringe en tilstrækkelig gennemsigtighed omkring tildelingsbeslutningen, således at aktindsigtsanmodninger og uberettigede klagesager mindskes og sidst men ikke mindst give de forbigåede tilbudsgivere en brugbar og konstruktiv feedback, så de kan udarbejde bedre tilbud i fremtiden og derved styrke den fremtidige konkurrence.

Sammenfattet kan det siges, at selvom det ikke synes forholdsmæssigt, at en mangelfuld begrundelse per se skal medføre hårde sanktioner eller en forudgående prøvelse af begrundelsen, så synes den nuværende retsstilling også at bagatellisere begrundelsespligten. Med tanke på at begrundelsespligten har til formål at tilvejebringe en gennemsigtig beslutningsproces, samt bidrage til en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne ved at de forbigåede tilbudsgiverne sættes i stand til vurdere klagegrundlaget og derved effektivt anvende deres klageadgang, så kan det siges at begrundelsespligten og dens funktion måske bør veje tungere?

Litteraturliste

Lovmateriale:

Lov 2015-12-15 nr. 1564 Udbudsloven

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

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

Bekendtgørelse 2011-08-11 nr. 887 om Klagenævnet for Udbud

Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge og anlægskontrakter

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

Bekendtgørelse 2006-06-12 nr. 588 om ændring af bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Samtidig underretning af samtlige ansøgere og tilbudsgivere mv.)

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012

Lovbekendtgørelse 2020-02-24 nr. 145 om offentlighed i forvaltningen

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18)

Bekendtgørelse 2004-09-16 nr. 937 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Bygge- og Anlægsdirektivet (Rdir 93/37 som ændret ved EP/Rdir 97/52 og Kdir 01/78)

Indkøbsdirektivet (Rdir 93/36 som ændret ved EP/Rdir 97/52 og Kdir 01/78)

Tjenesteydelsesdirektivet (EP/Rdir 97/52 som ændret ved Kdir 01/78).

Bekendtgørelse nr. 649 af 30. juli 2002 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter i Den Europæiske Union

Bekendtgørelse nr. 650 af 30. juli 2002 om fremgangsmåderne ved offentlige indkøb af varer i Den Europæiske Union

Bekendtgørelse nr. 651 af 30. juli 2002 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler i Den Europæiske Union

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud:

Kendelse af 23. september 2005, Sjælsø Entreprise A/S mod Statsbiblioteket i Århus

Kendelse af den 5. maj 2010, Remmer A/S mod SKI

Kendelse af den 6. oktober 2011, Rambøll Management Consulting Attractor A/S mod Index Award A/S

Kendelse af d. 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune

Kendelse af 6. marts 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune

Kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen

Kendelse af 29. august 2012, HP Byg A/S mod Boligselskabet af 1964 i Hjørring, afd. 1932

Kendelse af den 18. december 2012, Stryker mod Region Syddanmark

Kendelse af den 19. december 2012, Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune

Kendelse af den 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI

Kendelse af den 22. februar 2013, Marius Pedersen A/S mod Hvidovre Kommune.

Kendelse af 15. marts 2013, Cowi A/S mod SKI A/S

Kendelse af den 2. maj 2014, Eurographic Danmark A/S mod Ministeriet for Børn og Undervisning

Kendelse af den 14. oktober 2014, Grontmij A/S mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter

Kendelse af 12. november 2015, IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil AS

Kendelse af d. 27. juni 2016, Konsortiet QVARTZ P/S og Copenhagen Economics A/S mod SKI

Kendelse af den 26. juli 2016, Holmrís.Designbrokers A/S mod SKI

Kendelse af den 21. december 2016, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune

Kendelse af den 10. januar 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune

Kendelse af den 8. januar 2019, Finmann VVS/Entreprise ApS mod Udviklingsselskabet By og Havn I/S

Kendelse af den 13. juni 2019, Joca Trading A/S mod Allerød Kommune m.fl.

Kendelse af den 23. juli 2019, Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune

Kendelse af den 3. april 2020, Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia Kommune

Praksis fra EU-Domstolen og Retten:

C-406/08, Domstolens dom 28. januar 2010, Uniplex (UK) Ltd mod NHS Business Services Authority,

T-17/09, Rettens dom af 22. maj 2012, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen

T-394/12, dom af 25. november, Alfastar Benelux SA

T-447/10, Rettens dom af 17. oktober 2012 — Evropaïki Dynamiki mod Domstolen

T-461/08, dom af 20. september 2011 - Evropaïki Dynamiki mod EIB.

T-536/11. Rettens dom af 8. juli 2015, European Dynamics Luxembourg SA m.fl. mod Europa-Kommissionen

T-554/10, Rettens dom af 22. april 2015 - Evropaïki Dynamiki mod (Frontex)

T-556/11 af 27. april 2016, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod EUIPO

T-57/09, dom af 20. oktober 2011 —Alfastar Benelux mod Rådet

T-667/11, dom 14. januar 2015 — Veloss International og Attimedia mod Parlamentet

T-8/09, Rettens dom af 13. september 2011 — Dredging International og Ondernemingen Jan de Nul mod EMSA

T-89/07, Rettens dom af den 20. maj 2009, VIP Car Solutions SARL mod Europa-Parlamentet

Bøger:

Berg, Claus. (2012). Udbudsret i byggeriet. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Blume, Peter. »Retssystemet og juridisk metode« (3. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016.

Daniel, Bugge Thorbjørn., Elholm, Thomas., Starup, Peter. & Steinicke, Michael. »Grundlæggende EU-ret: EU efter Lissabontraktaten« (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011.

Fabricius, Jesper. »Offentlige indkøb i praksis«. (2. udg.). Karnov Group 2012.

Fabricius, Jesper. »Offentlige indkøb i praksis«. (4. udg.). Karnov Group 2017.

Fabricius, Jesper. »Offentlige indkøb i praksis«. Thomson Reuters 2010.

Hamer, Carina Risvig. »Grundlæggende udbudsret«. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016.

Hamer, Carina Risvig. »Lov om Klagenævnet for Udbud: Med kommentarer af Carina Risvig Hamer«. (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020.

Hamer, Carina Risvig. »Lov om håndhævelse af udbudsreglerne: Med kommentarer af Carina Risvig Hamer«. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015.

Knudsen, Christian. *»Økonomisk metodologi: Virksomhedsteori og industriøkonomi«*. (2. udg., Bd. 2). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997.

Lippert-Rasmussen, Martin. & Mols, Niels Peter. *»Transaktionsomkostningsteorien: en introduktion til Williamson«*. CCP 1994.

Sornn-Friese, Henrik. (2007). *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. (1. udg.). Forlaget Samfundslitteratur.

Treumer, Steen. *»Udbudsloven«*. ExTuto Publishing 2016.

Treumer, Steen. *»Udbudsretten«*. ExTuto Publishing 2019.

Tvarnø, Christina D. & Denta, Sarah Maria. *»Få styr på metoden!: Introduktion til juridisk metode og tværfaglig samfundsvidenskabelig projektmetode«* (2. udg.). ExTuto Publishing 2018.

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. *»Retskilder og Retsteorier«* (5. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017.

Ølykke, Grith Skovgaard. & Nielsen, Ruth. *»EU's udbudsregler - i dansk kontekst«*. (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017.

Østergaard, Kim. Julebog 2003. I: Kim. Østergaard (Red.), *»Metode på Cand.merc.jur-studiet«* (s. 269-285). Djøf Forlag 2003.

Artikler:

Andrew Erridge, Ruth Fee & John McIlroy (1999). »*An Assessment of Competitive Tendering using Transaction Cost Analysis*«, Public Money and Management, page 37-42.

<https://doi.org/10.1111/1467-9302.00177>

Bedreudbud.dk. (03.09.2018). *Kvalificeret afslutning*. Besøgt den 22.21 2020 på

<https://bedreudbud.dk/cases-og-viden/kvalificeret-afslutning>

Hansen, Jesper Rosenberg., Petersen, Ole Helby., Villadsen, Anders Ryom. & Houlberg, Kurt. (27.08.2017). *Forskere: Store forskelle i virksomheders omkostninger ved at byde på offentlige opgaver*. Altinget.dk. Besøgt den 22.12 2020 på <https://www.altinget.dk/digital/artikel/forskere-store-forskelle-i-omkostninger-ved-bud-paa-offentlige-opgaver>

Høegh, Katja & Thorup, Kirsten. »*Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten - endnu en gang*«. U.2016B.403

Oliver Williamson (1985). »*The economic institutions of capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*«. New York Free Press.

<https://pdfs.semanticscholar.org/a4d6/1a75c4b99d414084cc84f404e5dd259b903b.pdf>

Opdebeek, Ingrid, & De Somer, Stéphanie. »*Duty to Give Reasons in the European Legal Area: a Mechanism for Transparent and Accountable Administrative Decision-Making? A Comparison of Belgian, Dutch, French and EU Administrative Law*«. Rocznik Administracji Publicznej 2016 (2). Side 97–148. <https://www.ejournals.eu/sj/index.php/RAP/article/view/6731>

Rådgivningsenheden Statens indkøb, (04.02.2020). *Fem enkle veje til at undgå høje transaktionsomkostninger*. Statensindkøb.dk. Besøgt den 22.12 2020 på

<https://statensindkob.dk/seneste-nyt/nyhedsarkiv/2020/februar/fem-enkle-veje-til-at-undgaa-hoeje-transaktionsomkostninger/>

Risvig Hamer, Carina. & Horskjær Nielsen, Rasmus. »*Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*«. U.2020B.114.

Rapporter:

»Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning«. December 2014.

<https://www.kfst.dk/media/2278/rapport-fra-udvalg-om-dansk-udbudslovgivning-december-2014.pdf>

Center for forskning i offentligt-privat samspil (COPS). Hansen, J. R., Petersen, O. H., Villadsen, A. og Houlberg, K. (2017): »Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud - en survey-undersøgelse på tværs af brancher«. Roskilde Universitet.

Folketinget Statsrevisorerne. Juni 2019-18/2018 - Rigsrevisionens beretning afgivet til Folketinget med Statsrevisorernes bemærkninger. »Transaktionsomkostninger ved udbud i staten«. 2019.

Klagenævnet for Udbud - Årsberetning 2016

Klagenævnet for Udbud - Årsberetning 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. »Danske klagesager om udbud. Fra 1. juni 2013 til 30. juni 2016«. Februar 2018. <https://www.kfst.dk/media/49894/danske-klagesager-om-udbud.pdf>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. »Transaktionsomkostninger ved EU-udbud«. April 2019. <https://www.kfst.dk/media/54393/20190425-transaktionsomkostninger-ved-eu-udbud.pdf>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: »Status for offentlig konkurrence 2019«, udgivet december 2019. <https://www.kfst.dk/media/a14bkdc/status-for-offentlig-konkurrence-2019.pdf>

Petersen, Ole Helby og Bækkeskov, Erik. »Transaktionsomkostninger ved udbud af offentlige opgaver - en analyse af offentlige myndigheders udbudsomkostninger«. Denne rapport præsenterer resultaterne af del-undersøgelse 5 fra forskningsprojektet »Dokumentation af effekter ved konkurrenceudsættelse af offentlige opgaver«. November 2015

Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde. »Analyse af udbudskulturen i Danmark 2014«. Januar 2014.

Udbudsrådet. »Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud«. December 2011.

Udbudsrådet. »Anbefalinger til god udbudskultur – udbud med omtanke«. November 2012.

Udbudsrådet. »En vejledning til en udbudsproces med færre transaktionsomkostninger«. December 2011. <https://udbudsportalen.dk/wp-content/uploads/2016/06/en-vejledning-til-en-udbudsproces-med-faerre-transaktionsomkostninger.pdf>

Udbudsrådet. »Klagemønstret i udbudsklagesager«. April 2012

Udbudsrådet. »Offentlig-privat samarbejde i Danmark og Sverige«. April 2012.

Øvrige kilder og websider:

Nævnenes Hus, *Sagsbehandlingstider og sagsbeholdningsalder*. Lokaliseret den 8.12 2020 på <https://naevneneshus.dk/sagsbehandlingstider/>

IKA Podcast: *Klagesagen - strategi, taktik og ansvarlig sagsførelse*. (1. juni 2020). IKA - Foreningen af Offentlige Indkøbere i samarbejde med PUBLICURE. Optagelse kan findes på; <https://podcasts.apple.com/dk/podcast/juni-klagesagen-strategi-taktik-og-ansvarlig-sagsfoerelse/id1521744559?i=1000488059096>

IKA Podcast: *Aktindsigt - Hvad er status for undtagelser?* (8. oktober 2020). IKA - Foreningen af Offentlige Indkøbere i samarbejde med PUBLICURE. Optagelse kan findes på; <https://podcasts.apple.com/dk/podcast/oktober-aktindsigt-hvad-er-status-for-undtagelser/id1521744559?i=1000494034292>