

Sortimentsudbud

Strategisk prissætning og de afledte udfordringer

Assortment tenders

Strategic pricing and the derivative challenges



Copenhagen Business School, cand.merc.(jur.)

Kandidatafhandling 2020

Vejledere:

Grith Skovgaard Ølykke (juridisk)

Lasse Holt (økonomisk)

Udarbejdet af:

Arian Dzeladini (102536)

Fahad Anjum (102024)

Antal anslag: 272.583

Antal sider: 117, eksklusiv forside og litteraturliste

Antal normalsider: 119,8

Afleveringsdato: 14. maj 2020

Executive summary

This thesis examines whether the Danish Procurement Act section 45 which allows public authorities to refer to product categories (assortment tenders) coherence with the EU Public Procurement Directive (2014/24/EU) as the directive doesn't include such a section. In addition to this the thesis seeks to investigate whether such procurement can cause strategic pricing from the tenderers. In conjunction with procurements where the public authorities refer to product categories the relevant forms of strategic pricing are examined.

Due to that the thesis finds that assortment tenders can cause strategic pricing from the tenderers it is from a legal point of view investigated whether the public authorities can intervene against such tenders. In conjunction with public authorities' possible intervention against strategic pricing, the Danish Procurement Act section 169 and 137 are analyzed.

From an economic point of view, it is initially investigated which inter-partes collaboration challenges that can occur in assortment tenders. In correlation with the collaboration challenges it is examined whether a public authority can solve these using post contractual incentives.

Finally, it is investigated which measures a public authority can use to reduce the risk of strategic pricing. This investigation contains the implementation of different remedies, such as delivery obligation with and without a purchase obligation and the use of competitive procedure with negotiation and dynamic purchasing systems.

EXECUTIVE SUMMARY	1
KAPITEL 1	6
1.1 Indledning	6
1.2 Problemstillinger	8
1.2.1 Indledende problemstilling	8
1.2.2 Juridisk problemstilling	8
1.2.3 Økonomisk problemstilling	8
1.2.4 Integreret problemstilling	8
1.3 Synsvinkel.....	8
1.4 Metode til kapitel 2	9
1.5 Juridisk teori og metode til kapitel 3	9
1.5.1 Retsrealismen	9
1.5.2 Retsrealismen og retsdogmatisk metode	10
1.5.2.1 Regulering	10
1.5.2.1.1 National regulering.....	10
1.5.2.1.1.1 Fortolkningslæren i national ret.....	11
1.5.2.2 Retspraksis	11
1.5.2.2.1 National praksis	11
1.5.2.2.3 Svensk praksis	12
1.5.3 EU-ret	13
1.5.3.1. EU-regulering.....	13
1.5.3.1.1 Primær regulering	13
1.5.3.1.2 Bindende sekundærregulering	13
1.5.3.1.3 Ikke-bindende sekundærregulering.....	13
1.5.3.2 EU-praksis.....	14
1.5.3.3 EU-rettens forrang	14
1.5.3.4 EU-konform fortolkning	14
1.5.3.5 Fortolkningslæren i EU-retten	14
1.6 Økonomisk metode til kapitel 4.....	15
1.6.1 Transaktionsomkostningsteori	15
1.6.2 P/A teori.....	16
1.6.3 Spilteori	16
1.7 Integreret metode til kapitel 5	17
1.8 Afgrænsning.....	17
1.8.1 Afgrænsning til kapitel 2.....	17
1.8.2 Juridisk afgrænsning til kapitel 3	17
1.8.3 Økonomisk afgrænsning til kapitel 4.....	18
1.8.4 Integreret afgrænsning til kapitel 5	18

1.9 Struktur	19
KAPITEL 2 - RAMMERNE FOR SORTIMENTSUDBUD OG STRATEGISK PRISSÆTNING	21
2.1 Indledning	21
2.2 Rammeaftaler	21
2.2.1 Direkte tildeling	22
2.2.2 Miniudbud.....	22
2.3 Sortimentudbud, UDBL § 45	22
2.4 UDBL § 45's overensstemmelse med Udbudsdirektivet	23
2.4.1 Hvorvidt opfylder UDBL § 45 kravene til beskrivelsen af de tekniske specifikationer i Udbudsdirektivets art. 42?	23
2.4.2 Gennemsigtighedsprincippet	25
2.4.3 Ligebehandlingsprincippet	27
2.4.4 Overensstemmelse med udbudsdirektivet?	27
2.5 Forholdet mellem sortimentsudbud og strategisk prissætning	28
2.5.1 Varekurvsmodellen, UDBL § 45, stk. 2	28
2.6 Strategisk prissætning.....	31
2.6.1 Predatory pricing.....	31
2.6.2 Unbalanced bidding - Hold-up strategy	34
2.6.2.1 Unbalanced bidding.....	34
2.6.2.2 Materialistisk- og matematisk unbalanced bidding	35
2.6.2.3 Hold-up strategy	36
2.6.3 Tilbudskoordinering.....	36
2.6.3.1 Tilbudskoordinering som strategi.....	36
2.7 Strategisk prissætning og forholdet til unormalt lave tilbud.....	37
2.8 Delkonklusion	38
KAPITEL 3 - JURIDISK ANALYSE.....	39
3.1 Indledning	39
3.2 Unormalt lave tilbud	39
3.2.1 Vurdering af unormalt lave tilbud.....	41
3.2.2 Lovbemærkninger til UDBL § 169, stk. 2	43
3.3 Predatory pricing.....	46
3.3.1 Kan et tilbud, som er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform " <i>predatory pricing</i> " afvises af ordregiver?.....	46
3.3.2 Kan en økonomisk aktør som har gjort brug af predatory pricing og misbrugt sin dominerende stilling udelukkes fra fremtidige udbud i medfør af UDBL § 137, stk. 1, nr. 3?	53

3.4 Unbalanced bidding	55
3.4.1 Kan et tilbud, som er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform “ <i>unbalanced bidding</i> ” afvises af ordregiver?	55
3.4.2 Er der i medfør af <i>unbalanced bidding</i> , en hold-up risiko ved udførelsen af kontrakten?	61
3.5 Tilbudskoordinerings	62
3.5.1 Kan et tilbud, som er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform “ <i>tilbudskoordinerings</i> ” afvises af ordregiver?	62
3.5.2 Muligheden for at anvende UDBL § 137, stk. 1, nr. 4	62
3.6 Delkonklusion	66
 KAPITEL 4 - ØKONOMISK ANALYSE	 68
4.1 Indledning	68
4.2 Den prækontraktuelle fase	68
4.2.1 Transaktionsomkostninger	68
4.2.1.1 Inkomplette kontrakter	69
4.2.1.2 Hvilke transaktionsomkostninger forekommer i den prækontraktuelle fase af et sortimentsudbud?	70
4.2.3 P/A-teori	71
4.2.3.1 Adverse selection	72
4.2.3.1.1 Screening	73
4.2.3.1.2 Signaling	73
4.3 Den postkontraktuelle fase	74
4.3.1 Transaktionsomkostningsteori	74
4.3.1.1 Kontrolomkostninger	75
4.3.2 Moral Hazard	76
4.3.3 Spilteoriens bidrag i kontraktuel kontekst	77
4.3.3.1 Gentagne spil	79
4.3.3.2 Sortimentsudbud i spilteoretisk perspektiv	80
4.3.3.3 Samarbejdet	81
4.3.4 Incitamentskontrakter	81
4.3.4.1 The Informativeness Principle	82
4.3.4.2 The Monitoring Intensity Principle	83
4.3.4.3 Equal Compensation Principle	84
4.3.4.4 The Ratchet Principle	84
4.3.5 Påvirkningen af mængden af aktører og markedsstrukturer	86
4.3.5.1 Risikoen for tilbudskoordinerings	87
4.3.5.2 Økonomiske konsekvenser af tilbudskoordinerings	89
4.4 Delkonklusion	91
 KAPITEL 5 - INTEGRERET ANALYSE	 93

5.1 Indledning	93
5.2 Inkorporering af kontraktbetingelser	93
5.2.1 Hvorvidt kan inkorporering af en leveringsforpligtelse medføre, at risikoen for strategisk prissætning mindskes?	93
5.2.2 Hvorvidt kan inkorporering af en leveringsforpligtelse med aftageforpligtelse medføre, at incitamentet til at samarbejde forøges?.....	95
5.3 Evalueringsmetoden og de dertilhørende tildelingsmekanismer	97
5.3.1 Evalueringsmodellen ved et sortimentsudbud	97
5.3.2 Tildelingsmekanismer	97
5.3.2.1 Direkte tildeling	97
5.3.2.1.1 Kaskademodellen.....	97
5.3.2.1.2 Indkøbskurvs-modellen.....	98
5.3.2.2 Miniudbud	99
5.3.2.3 Hybrid.....	100
5.4 Udbud med forhandling.....	102
5.4.1 UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra c	102
5.4.2 UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra d	103
5.4.3 De økonomiske aspekter ved udbud med forhandling.....	104
5.4.3.1 Transaktionsomkostninger ved udbud med forhandling	104
5.4.3.2 Udbud med forhandling - Kontraktuel værditilvækst	105
5.4.4 Hvorvidt kan udbud med forhandling bidrage til at mindske risikoen for strategisk prissætning?	107
5.5 Dynamisk indkøbssystem.....	108
5.5.1 Risiko for tilbudskoordinerings	110
5.5.2 Gentagne spil - ubegrænset periode.....	110
5.5.3 Transaktionsomkostninger i et dynamisk indkøbssystem	111
5.5.4 Hvorvidt er dynamiske indkøbssystemer et velegnet tiltag til at mindske risikoen for strategisk prissætning?	112
5.6 Delkonklusion	114
KAPITEL 6 - KONKLUSION	116
LITTERATURLISTE	118

Kapitel 1

1.1 Indledning

Den offentlige sektor i Danmark foretager årligt indkøb af varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsopgaver for omtrent 370 mia. kr.¹ Det offentlige indkøb er reguleret af Udbudsloven² (herefter UDBL), som implementerer Udbudsdirektivet³. Formålet med UDBL er at skabe en effektiv konkurrence om de offentlige opgaver, jf. UDBL § 1. Af bestemmelsen fremgår, at “*der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulig udnyttelse af de offentlige midler*”. En effektiv konkurrence om de offentlige opgaver medfører, at de private virksomheder forceres til at tilbyde det, i situationen, optimale tilbud, både i relation til pris og kvalitet.⁴

Ved komplekse udbud, der består af et omfattende udbudsmateriale og varesortiment, er det derfor altafgørende, at tilbudsgiverne kan prissætte deres tilbud konkurrencedygtigt. Større komplekse udbud indebærer høje transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere. Dette står i misforhold med formålet i UDBL § 1 om at skabe bedst mulige rammer for offentlige udbud, hvilket blandt andet indebærer lavest mulige transaktionsomkostninger.⁵

I UDBL er der ved udbud af mange varenumre indsat en hjemmel til at udbyde disse i form af produktkategorier jf. UDBL § 45. Sådanne udbud benævnes sortimentsudbud og indeholder en stor mængde varenumre, hvilket implicit, såfremt der skal foretages en fuldstændig udtømmende beskrivelse af alle varenumre, vil indebære uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger.⁶

Transaktionsomkostninger, som er unødvendige og hverken sikrer en sund konkurrence om udbuddet, ligebehandling blandt de økonomiske aktører, og som derudover ikke bidrager til et billigere eller forbedret produkt anses som de mest skadelige transaktionsomkostninger.⁷

Unødvendige transaktionsomkostninger medfører, at den, for tilbudsgiverne, forventede gevinst ved at deltage i udbuddet reduceres, hvilket kan afholde dem fra at deltage i udbuddet. Som konsekvens af

¹ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen; *Status for offentlig konkurrence*, 2019, s. 4

² Lov nr. 1564 af 15.12.2015

³ Direktiv 2014/24/EU

⁴ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen; *Status for offentlig konkurrence*, 2019, s. 4

⁵ Forslag til Udbudsloven, lovforslag L 19; Fremsat den 7.10.2015 af erhvervs- og vækstministeren Troels Lund Poulsen, s. 56 (herefter L 19)

⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Sortimentsudbud gennem brug af rammeaftaler*, 2014, s. 4

⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Status for offentlig konkurrence*, 2019, s. 5

dette forringes konkurrencen, hvorfor ordregiveren potentielt kommer til at betale en højere pris for de efterspurgte varer/ytelser.⁸

Såfremt der foreligger unødvendige transaktionsomkostninger ved at deltage i et udbud og ordregiverne stiller unødige krav til tilbudsgiverne, vil tilbudsgiverne som konsekvens heraf, overvælge disse faktorer i deres tilbudspriser.⁹

Uagtet, at der i UDBL § 45 er indsat en særlig national hjemmel til at gennemføre sortimentsudbud, afføder sådanne udbud i praksis stadig udfordringer. Disse udfordringer opstår da et sortimentsudbud ofte omfatter indkøb af flere hundrede eller tusinde forskellige varer, hvor ordregivers nøjagtige behov stadig er ukendt eller vanskeligt at definere på tidspunktet for iværksættelsen af udbuddet.¹⁰

Udfordringerne består i, hvorledes udbudsmaterialet skal udarbejdes, herunder især kravspecifikationen og tilbudslister, således at udbudsmaterialet opfylder kravene til principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt beskrivelsen af de tekniske specifikationer.

Ud over ovenstående er en nærliggende problemstilling, hvorvidt sortimentsudbud giver anledning til strategisk prissætning. Klagenævnet for Udbud (herefter KLFU) har i kendelse af 28. juni 2016¹¹ udtalt, at *“Et sortimentsudbud som det omhandlede på et marked med, som det kan antages, tæt konkurrence må ordregiveren som også anført af Stadsing kunne gå ud fra, at tilbudsgiverne i høj grad tænker ”strategisk” ved udformningen af tilbuddene”*. En afledt problemstilling af tilbudsgivernes strategiske priser, er, at det kan medføre, at tilbudsgivernes pris kan forekomme tilsyneladende unormalt lave. Hensigtsmæssigheden ved at gribe ind over for unormalt lave tilbud kan dog diskuteres. På markeder, som er kendetegnet ved, at der er en effektiv priskonkurrence, vil det sædvanlige være, at en vares pris dækker hhv. virksomhedens variable og faste omkostninger, samt bidrager med en fortjeneste.¹² Det anses dog samtidig også sædvanligt, at en tilbudsgiver ikke altid får dækket samtlige omkostninger. Det er oftest et tegn på sund konkurrence, at dækningsbidraget til tider, som konsekvens af konkurrencen, er på et meget lavt niveau.¹³ Modsat kan unormalt lave tilbud dog føre til konkurrenceforvridninger, hvorved en afvisning af sådanne tilbud vil være hensigtsmæssig. Sortimentsudbud giver grobund for problemstillinger vedrørende prisfastsættelsen¹⁴, hvorfor det er værd at analysere, i hvilket omfang det

⁸ Ibid. s. 13

⁹ Ibid.

¹⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Sortimentsudbud gennem brug af rammeaftaler*, 2014, s. 4

¹¹ Stadsing A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S

¹² Westh, Sven og Kristensen, Bente Skovgaard; *Konkurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) - principper og praksis, U.2003B.225*, s. 1

¹³ Ibid.

¹⁴ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 287

er tilfældet, og hvorvidt ordregiver har hjemmel til at gribe ind overfor strategisk prissætning. I forlængelse heraf vil det undersøges, hvilke samarbejdsudfordringer, der kan udspringe af et sortimentsudbud, samt om ordregiver kan afhjælpe disse.

1.2 Problemstillinger

1.2.1 Indledende problemstilling

Hvorvidt er Udbudslovens § 45 i overensstemmelse med Udbudsdirektivet, og i hvilket omfang giver Udbudslovens § 45 anledning til strategisk prissætning?

1.2.2 Juridisk problemstilling

Hvilke muligheder har ordregiver for at gribe ind over for strategisk prissætning i et sortimentsudbud uden leveringsforpligtelse?

1.2.3 Økonomisk problemstilling

Hvilke samarbejdsudfordringer giver sortimentsudbud anledning til, og hvorvidt kan anvendelsen af postkontraktuelle incitamenter bidrage til at øge samarbejdet mellem ordregiver og tilbudsgiver?

1.2.4 Integreret problemstilling

Hvilke tiltag kan ordregiver anvende ved gennemførelsen af et sortimentsudbud for at mindske risikoen for strategisk prissætning?

1.3 Synsvinkel

I afhandlingen anlægges og analyseres de opstillede problemstillinger fra ordregivers synsvinkel. Denne synsvinkel anlægges da det findes udbytterigt, fra et juridisk perspektiv, at analysere, hvilke muligheder eller begrænsninger, der foreligger for ordregiver til at kunne gribe ind over for strategisk prissætning.

Fra et økonomisk perspektiv findes det også mest gavnligt at betragte afhandlingens problemstillinger fra ordregivers synsvinkel, da udbudsmaterialet, kontraktvilkår- og betingelser, som udarbejdes af ordregiver, har indflydelse på tilbudsgivernes incitament til at opfylde de konkrete kontrakter i et sortimentsudbuds løbetid.

Ved at foretage henholdsvis en juridisk og økonomisk analyse, hvor ordregivers synsvinkel er anlagt, er formålet at videreføre denne synsvinkel i en integreret analyse. Det vil undersøges, hvorledes ordregiver

kan anvende tiltag ved gennemførelsen af et sortimentsudbud, som mindsker risikoen for strategisk prissætning og samtidig forholder sig til konklusionerne fra de to foregående analyser.

1.4 Metode til kapitel 2

UDBL § 45 er en national bestemmelse, som ikke implementerer en bestemmelse fra Direktiv 2014/24/EU, men som alene er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.¹⁵

Et direktiv er i medfør af TEUF art. 288, bindende for alle medlemsstater. Implementeringen af et direktiv overlades dog til medlemsstaternes nationale myndigheder, som skal sikre, at direktivets tilsigtede mål opnås.¹⁶

Det vil i den forbindelse undersøges om indførelsen af UDBL § 45 er i overensstemmelse med Udbudsdirektivet. Konkret foretages dette ved at undersøge om UDBL § 45 opfylder kravene, der stilles til beskrivelsen af de tekniske specifikationer og kravene til at sikre gennemsigtighed og ligebehandling i UDBL § 2. Ved denne undersøgelse anvendes den juridiske metode, se hertil afsnit 1.5.

1.5 Juridisk teori og metode til kapitel 3

Nærværende afsnit er en gennemgang af den juridiske teori og metode, som der tages udgangspunkt i. Hensigten hermed er at danne rammerne for et juridisk værktøj, som kan bruges til at besvare den juridiske problemstilling. Som følge af, at UDBL er en implementering af Udbudsdirektivet vil retstilstanden mellem national- og EU-ret skildres.

1.5.1 Retsrealismen

Afhandlingens teoretiske fundament vil basere sig på retsrealismen, herunder Alf Ross. Retsrealismen er en prognoseteori,¹⁷ som medfører, at de lege lata fastsættes ud fra de regler som en dommer vil anvende i en hypotetisk retssag.¹⁸ I retsrealismen opdeles retskilderne i fire hovedgrupper, der udgøres af *regulering, retspraksis, retssædvaner, og forholdets natur*. Alf Ross' realistiske retsteori anser alle fire hovedgrupper som hjemmelsgrundlag og ligevægtige hjemler, hvorved forstås, at der ingen rangorden er iblandt hovedgrupperne. Omend at Alf Ross har fastslået, at der ikke foreligger en rangorden retskilderne imellem, foreligger der dog, ved udledning af de lege lata, en metodisk rækkefølge. Denne

¹⁵ LF 19, s. 90

¹⁶ Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 105

¹⁷ Ibid., s. 375

¹⁸ Ibid.

metodiske rækkefølge indebærer, at regulering anvendes før praksis, hvorefter retssædvaner og forholdets natur afslutningsvis følger.¹⁹

1.5.2 Retsrealismen og retsdogmatisk metode

Formålet med retsrealismen er at gøre retsvidenskab (retsdogmatikken) til egentlig videnskab ved at udfinde de lege lata, som er empirisk understøttet.²⁰ Formålet med retsdogmatikken er at foretage en analyse, systematisering og fortolkning af retskilderne for at udlede gældende ret.²¹ Det er kun de retskilder, der er relevante for problemstillingen, der inddrages, og som redegøres for nedenfor. Som følge af retsrealismens retsdogmatiske analyse udledes gældende dansk ret.²² Retsrealismen kan på denne baggrund siges at være forankret i det nationale retssystem og retskildelære, selvom EU-retten i høj grad påvirker disse. Retsrealismen giver dog mulighed for at inddrage EU-retten under retskildelæren, således at EU-retten indgår på lige fod med danske retskilder.²³ Baggrunden for inddragelsen af EU-retten, skal ses i sammenhæng med retsrealismen. Heraf følger, at de lege lata er den ideologi, som er virksom i dommerens sind, da den af dommeren opleves som socialt forbindende og derfor effektivt efterleves.²⁴ En dansk dommer vil i det omfang EU-retten er virksom i dennes sind inddrage EU-retlige kilder ved udledningen af de lege lata.²⁵ Retsrealismen giver adgang til at inddrage EU-retten, dog er Alf Ross' dualistiske syn på dansk ret ikke adapteret EU-rettens reelle påvirkning af dansk ret, set fra et retsteoretisk perspektiv.²⁶

1.5.2.1 Regulering

1.5.2.1.1 National regulering

I afhandlingen anvendes UDBL under hovedgruppen *regulering*. Ved anvendelsen af UDBL analyseres hovedsageligt bestemmelserne i § 45 om sortimentsudbud, § 169 om unormalt lave tilbud, samt § 137, stk. 1, nr. 3 og 4 omhandlende de frivillige udelukkelsesgrunde.

¹⁹ Ibid. s. 33

²⁰ Ibid. s. 371

²¹ Ross, Alf; *Ret og retfærdighed*, 1953, s. 92

²² Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 482

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

1.5.2.1.1.1 Fortolkningslæren i national ret

I sammenhæng med analysen, hvori bestemmelser fra UDBL analyseres og fortolkes, inddrages både objektiv og subjektiv fortolkning.

Ved objektiv fortolkning skal forstås, at der i første omgang alene henses til de relevante bestemmelser i UDBL, uden inddragelse af forarbejderne. Dette indebærer, at afhandlingens problemstillinger som udgangspunkt analyseres ud fra de relevante bestemmelsers ordlyd.²⁷

Ved subjektiv fortolkning skal forstås, at uklarheder i en lovtekst, skal afklares ved brug af lovforarbejder. Lovgivers hensigt med de enkelte lovbestemmelser inddrages, akkurat som de fremstår i lovforarbejderne.²⁸ I den juridiske analyse vil forarbejderne til de relevante bestemmelser således inddrages til fuldstændiggørelse af analysen, i de tilfælde, hvor lovbestemmelserne fremstår uklare.

Fortolkningsbidrag

Ved den juridiske analyse vil der udover lovforarbejderne også henses til andet relevant fortolkningsbidrag såsom betænkninger, vejledninger, rapporter samt udtalelser fra relevante myndigheder. Disse har udelukkende vejledende karakter og kan ikke anses som værende bindende, men inddrages i afhandlingen da de hidrører fra relevante myndigheder med omfattende indsigt i udbudsreglerne.²⁹

Juridisk litteratur vil også inddrages i afhandlingen, uagtet at dette ikke har nogen retskildemæssig værdi. Dette vil bidrage til forståelsen af de analyserede juridiske bestemmelser og principper.

Litteraturen vil i denne sammenhæng også anvendes til diskussion af afhandlingens problemstillinger.

1.5.2.2 Retspraksis

1.5.2.2.1 National praksis

For analysens relevans, og med det formål at kunne udlede de lege lata, er der foretaget en identificering og udvælgelse af relevant national retspraksis. Fremgangsmåden har været at undersøge og klarlægge retspraksis vedrørende strategisk prissætning. Da strategisk prissætning indeholder et element af en lav pris³⁰, er der henset til praksis omhandlende unormalt lave tilbud. Formålet med dette har været at kunne

²⁷ Blume, Peter; *Retssystemet og juridisk metode*, 2016, s. 69

²⁸ Ibid.

²⁹ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 55

³⁰ Se afsnit 2.7 for sammenhængen mellem strategisk prissætning og unormalt lave tilbud

definere unormalt lave tilbud og analysere retstilstanden herom samt sammenhængen med strategisk prissætning.

KLFU anses som et administrativt nævn, hvis afgørelser er bindende for parterne i sagen, og kan have præcedensvirkning for KLFU's egne fremtidige afgørelser.³¹ Som led i deres afgørelser fastlægges de relevante bestemmelsers indhold samt retsfaktum. I forlængelse heraf foretager KLFU en sådan fortolkning og udfyldning af bestemmelserne, som forventes at kunne danne præcedens ved fremtidige kendelser fra KLFU.³² KLFU's kendelser kan ændres ved de nationale domstole, men er dog en vigtig kilde til at danne et indtryk af, hvad der gælder i forskellige udbudssituationer.³³ Det er tvivlsomt, hvorvidt sådanne kendelser udgør en selvstændig retskilde under retsrealismen. Som følge af, at kendelser fra KLFU ikke danner præcedens for de nationale domstole, hvilket i henhold til Ross' prognoseteori medfører, at kendelserne som udgangspunkt ikke udgør en retskilde. KLFU er dog den primære retshåndhævende instans inden for udbudsområdet i Danmark,³⁴ og deres kendelser tillægges stor betydning af praktikere, og vurderes relevant at inddrage ved udledningen af de lege lata.³⁵ Inddragelsen af kendelser fra KLFU ved udledningen af de lege lata understøttes endvidere af, at EU-Domstolen (herefter EUD) i sag C-275/98, Unitron,³⁶ fastslog, at KLFU kan anses som en ret, der er berettiget til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EUD. På baggrund af dette vurderes det at være relevant at inddrage kendelser fra KLFU ved analysen af den juridiske problemstilling.

1.5.2.2.3 Svensk praksis

Til brug for afhandlingens juridiske analyse inddrages fremmed, national retspraksis fra Sverige. Formålet med inddragelsen af retspraksis fra Sverige, er, at det skal tjene som inspiration til afhandlingens retsdogmatiske analyse, og til besvarelsen af afhandlingens juridiske problemstilling.³⁷ Svensk retspraksis kan ikke anses som en retskilde i Danmark og tillægges ikke nogen retskildeværdi i analysen. Formålet med inddragelse af svensk retspraksis er udelukkende at kunne skabe en forbedret mulighed for at belyse problemerne og løsningsmulighederne i dansk ret.³⁸

³¹ Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 163

³² Ibid.

³³ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 69

³⁴ Jakobsen, Peter Stig m.fl.; *EU-Udbudsretten*, 2016, s. 53

³⁵ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 54

³⁶ EUD's dom af 18. november 1999 i sag C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, pr. 15

³⁷ Lando, Ole i Nielsen, Ruth; *Juridisk Instituts Julebog*, 1998, s. 149

³⁸ Lando, Ole i Hasselbalchet, Ole; *Juridisk forskning*, s. 83-95

Baggrunden for anvendelsen af retspraksis fra Sverige, skal findes i, at der i Danmark er et begrænset omfang af afgørelser vedrørende strategisk prissætning. Inddragelsen af de fremmede retsinstansers stillingtagen til et juridisk problem understøttes af Lando, som anfører, at:

*“I sager, hvor landets ret ikke er klar, eller hvor der er tale om at ændre praksis, bør domstolene efter min opfattelse (...) søge vejledning i retten i det eller de lande, der kan indeholde egnede løsninger.”*³⁹

Relevant svensk retspraksis er blevet tilgængeliggjort af Grith Skovgaard Ølykke og Johan Nyström.

1.5.3 EU-ret

1.5.3.1. EU-regulering

1.5.3.1.1 Primær regulering

Primærretten i form af TEUF⁴⁰ art. 101 og 102 vil ydermere inddrages.⁴¹ Inddragelsen af TEUF art. 101 og 102 foretages i sammenhæng med afhandlingens analyse af UDBL §§ 169 og 137, stk. 1, nr. 3 og 4. Formålet med inddragelsen af primærretten er at analysere, hvornår predatory pricing kan udgøre misbrug af dominerende stilling, samt analysere, hvad der udgør konkurrencefordrejende adfærd.

1.5.3.1.2 Bindende sekundærregulering

Den bindende sekundærregulering i form af Udbudsdirektivet vil i nærværende sammenhæng inddrages ved vurderingen af UDBL § 45's overensstemmelse med Udbudsdirektivet.⁴²

1.5.3.1.3 Ikke-bindende sekundærregulering

I afhandlingen inddrages endvidere soft law, hvorved skal forstås:

*“...rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and (that) are aimed at and may produce practical effects”.*⁴³

³⁹ Lando, Ole; *Kort indføring i komparativ ret*, 2009, s. 199

⁴⁰ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF): Konsolideret version offentliggjort i EUT 2012 C 326/47 af 26. oktober 2012.

⁴¹ Blume, Peter; *Retssystemet og juridisk metode*, 2016, s. 98

⁴² Ibid. s. 104

⁴³ Senden, Linda; *Soft law in European Community law*, 2004, s. 112

I denne sammenhæng vil blandt andet vejledninger, herunder explanatory notes inddrages. Disse har ikke nogen retskildemæssig værdi, hvorfor afhandlingen ikke alene ud fra sådanne kilder kan statuere de lege lata. Disse kilder tjener formålet om at sikre en ensartet forståelse og anvendelse af retskilderne.⁴⁴

1.5.3.2 EU-praksis

Retspraksis består herudover også af praksis fra EUD og Retten. Denne praksis er anvendt ved behandlingen af UDBL § 45's overensstemmelse med Udbudsdirektivet og til definitionen af begrebet unormalt lave tilbud. Herudover er praksis fra førnævnte instanser anvendt i forbindelse med inddragelsen af TEUF.

1.5.3.3 EU-rettens forrang

EU-retten har forrang for national ret, hvilket blev fastslået i Costa mod ENEL-sagen.⁴⁵ Baggrunden for, at EU-retten har forrang for national ret skal ses i lyset af, at medlemsstaterne ved at oprette et fællesskab på ubegrænset tid, med egne institutioner, partshabilitet og egne beføjelser, faktisk har begrænset deres suverænitet.⁴⁶ Som følge heraf har Udbudsdirektivet forrang for UDBL, i de tilfælde, hvor der forekommer uoverensstemmelser mellem disse.

1.5.3.4 EU-konform fortolkning

Pligten til EU-konform fortolkning er et fortolkningsprincip, der indebærer en pligt til, at medlemsstaterne på EU-regulerede områder skal fortolke den nationale lov i overensstemmelse med EU-retten.⁴⁷ Afhandlingen er som udgangspunkt en analyse af UDBL. Det findes nødvendigt at inddrage Udbudsdirektivet ved analysen om UDBL's overensstemmelse med denne. Dette er særligt relevant med den nationale særbestemmelse i UDBL § 45 omhandlende sortimentsudbud.

1.5.3.5 Fortolkningslæren i EU-retten

Ved fortolkningen af EU-retlige retskilder tages der afsæt i objektiv formålsfortolkning. Denne fremgangsmåde anlægges, da selve formålet med EU-retlige retsakter tydeliggøres af selve retsaktens. Anvendelsen af Udbudsdirektivet vil dermed være underlagt en objektiv formålsfortolkning, da direktivet med indholdet af præambelbetragtninger klart forholder sig til fortolkningen af retsaktens

⁴⁴ EUD's dom af 13. december 1989 i sag C-322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles, pr. 18

⁴⁵ EUD's dom af 15. juli 1964 i sag 6/64, Flaminio Costa mod ENEL

⁴⁶ Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 114f

⁴⁷ Ibid.

enkelte bestemmelser.⁴⁸ Ydermere vil den juridiske analyse i sammenhæng med analysen af strategisk prissætning inddrage TEUF art. 101 og 102. Herved vil der ligeledes tages afsæt i objektiv formålsfortolkning.

1.6 Økonomisk metode til kapitel 4

Ved udarbejdelsen af den økonomiske analyse anlægges en deduktiv tilgang. I medfør af denne tilgang, tages der udgangspunkt i en valgt teori og dennes underliggende antagelser, hvorefter der logisk deduceres frem til et validt resultat.⁴⁹

Den økonomiske analyse har til formål at få belyst den økonomiske problemstilling fra et kontraktøkonomisk perspektiv. Det søges i denne sammenhæng afklaret, hvorvidt og hvorledes, ordregiver og tilbudsgiver kan maksimere værdien af en bestemt udbudskontrakt, som repræsenterer analysens centrale objektet. Til brug for afklaringen inddrages et antal forskellige økonomiske modeller og teorier, heriblandt *transaktionsomkostningsteori*, *P/A teori* og *spilteori*.

1.6.1 Transaktionsomkostningsteori

En af hovedrepræsentanterne for transaktionsomkostningsteori, og dennes anlagte nyinstitutionelle retning, anses at være Oliver Williamson.⁵⁰ Udgangspunktet for Williamsons videnskabelige artikler vedrørende transaktionsomkostningsteorien er Ronald Coase og dennes bidrag til teorien i form af *The nature of the firm*⁵¹. Blandt andet Williamson anses for at have præsenteret transaktionsomkostningsteorien som et selvstændigt forskningsprogram.⁵²

Transaktionsomkostningsteoriens nyinstitutionelle retning, adskiller sig fra den neoklassiske teori ved, at transaktionsomkostningsteorien ikke tager udgangspunkt i et optimum, der anskues som paretooptimalt.⁵³

De underliggende antagelser i transaktionsomkostningsteorien er, (i) at økonomiske agenter er begrænset rationelle og (ii) at økonomiske agenter er opportunistiske.⁵⁴

Transaktionsomkostningsteorien opererer herudover med tre typer af omkostninger, som samlet karakteriserer teorien; (1) søgeomkostninger, (2) forhandlingsomkostninger og (3)

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi*, bind 2, 1997, s. 207

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Coase, Ronald H.; *The nature of the firm*, 1937

⁵² Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi*, bind 2, 1997, s. 206

⁵³ Ibid. s. 210

⁵⁴ Ibid. s. 213

kontrolomkostninger.⁵⁵

Ovenstående omkostninger afholdes henholdsvis præ- og postkontraktuelt.⁵⁶

1.6.2 P/A teori

Principal-agent teori (P/A-teori) anvendes til at undersøge incitamentsstrukturer i en kontraktuel sammenhæng, mellem en principal (i afhandlingen underforstået *ordregiver*) og en agent (i afhandlingen underforstået *tilbudsgiver*).

I sådan en kontraktuel sammenhæng, vil der foreligge asymmetrisk information kontraktparterne imellem, hvilket kan medføre inefficente incitamentsstrukturer.⁵⁷ Asymmetrisk information medfører vanskeligheder i den prækontraktuelle- som den postkontraktuelle fase.⁵⁸ Økonomisk betegnes disse som adverse selection⁵⁹ og moral hazard⁶⁰, hvor førstnævnte relaterer sig til den prækontraktuelle fase, hvorimod sidstnævnte relaterer sig til den postkontraktuelle fase. Asymmetrisk information kan potentielt besværliggøre efficient kontrahering i både den prækontraktuelle- og den postkontraktuelle fase.

1.6.3 Spilteori

Spilteorien anses som værende en videreudvikling af neoklassisk teori, men skal samtidig anses som værende et selvstændigt forskningsprogram,⁶¹ da teorien som udgangspunkt har udskiftet dele af den neoklassiske teoris hårde kerne og dele af dennes positive heuristik.⁶² Formålet med spilteorien som selvstændigt forskningsprogram er dermed ikke kun, at skulle udvide domænet for økonomisk teori, men samtidig søge at løse nogle af de anomalier, der var en faktor, som indsnævrede den neoklassiske teoris problemløsningskapacitet.⁶³ Det spilteoretiske forskningsprogram opererer ikke med fuld rationelle økonomiske aktører, men agenterne er på en helt anden måde individuelt rationelle.⁶⁴ Dette medfører, at agenterne er bevidste om, at de strukturelle vilkår, der ageres under, ikke er naturgivne, men til gengæld afhængig af de andre agents ageren i det pågældende interaktionssystem.⁶⁵

⁵⁵ Eide, Erling og Stavang, Endre; *Rettsøkonomi*, 2016 s. 129

⁵⁶ Cumberland, Flemming; *Indtrængningsproblematikken og udvalgte erhvervsøkonomiske teoriområder*, 2005, s. 17

⁵⁷ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi*, bind 2, 1997, s. 164

⁵⁸ Ibid. s. 165

⁵⁹ Dutta, Prajit K.; *Strategies and Games*, 1999, s. 395

⁶⁰ Ibid. s. 293

⁶¹ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi*, bind 2, 1997, s. 88f

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid. s. 94

⁶⁵ Ibid. s. 88f

1.7 Integreret metode til kapitel 5

Formålet med den integrerede analyse er at udarbejde en kontraktøkonomisk analyse. Herved skal forstås, at analysen er en naturlig fortsættelse af den juridiske- og økonomiske analyse, hvorved resultaterne fra disse to selvstændige analyser sammenkobles, og videreføres til en selvstændig integreret analyse, hvori der søges svar på problemstillingen.

Med den kontraktøkonomiske analyse søges undersøgt, hvorvidt der under de lege lata kan anvendes tiltag ved gennemførelse af sortimentsudbud, som mindsker risikoen for strategisk prissætning, hvorved ingen af parterne har incitament til at bryde kontrakten. Analyseniveauet i afhandlingen vil være mellem markedets parter, herved forstås ordregiver og tilbudsgiver.⁶⁶

De modeller og teorier, der inddrages i denne forbindelse, oprinder henholdsvis fra det juridiske og økonomiske fagområde, men sammenkobles i den integrerede analyse, hvor der arbejdes i en gråzone mellem jura og økonomi.

I den integrerede analyse anvendes blandt andet den økonomiske teori "*law of diminishing marginal returns*". Denne bruges til at analysere, hvorvidt brugen af *udbud med forhandling* i et sortimentsudbud bidrager til samarbejde mellem parterne, hvilket kan skabe kontraktuel merværdi.

1.8 Afgrænsning

1.8.1 Afgrænsning til kapitel 2

Ved analysen af afhandlingens indledende problemstilling, som behandles nærmere i kapitel 2, afgrænses der fra en fuldstændig analyse af alle potentielle strategiske prissætningsformer. Der afgrænses ydermere fra, en behandling af, hvad der, ved evalueringen af indkomne tilbud på et sortimentsudbud, udgør et repræsentativt udsnit. Sortimentsudbud udbudt som dynamiske indkøbssystemer behandles ikke i kapitel 2, men er dog behandlet i afhandlings kapitel 5.

1.8.2 Juridisk afgrænsning til kapitel 3

I den juridiske analyse behandles sortimentsudbud under de fastsatte tærskelværdier i UDBL §§ 6-8⁶⁷ ikke. Som følge af, at sortimentsudbud under tærskelværdierne ikke behandles, afgrænses der også fra

⁶⁶ Østergaard, Kim i Juridisk Institut; *Julebog 2003*, s. 278

⁶⁷ Tærskelværdierne er genstand for ændring og revideres af EU-Kommissionen hvert andet år, jf. UDBL § 9.

en behandling af den nationale Konkurrencelov⁶⁸. Denne afgrænsning er en følge af, at der ved sortimentsudbud over tærskelværdierne vurderes at være samhandelspåvirkning, hvorfor Konkurrenceloven ikke finder anvendelse,⁶⁹ men der må i stedet henses til de relevante bestemmelser i TEUF.

I den juridiske analyse behandles sortimentsudbud udbudt i form af dynamiske indkøbssystemer ikke. Sortimentsudbud udbudt som dynamiske indkøbssystemer er dog behandlet i afhandlingens kapitel 5.

Andre områdespecifikke udbudsretlige direktiver⁷⁰, udover det gældende Udbudsdirektiv, vil ikke blive behandlet nærmere i denne afhandling.

1.8.3 Økonomisk afgrænsning til kapitel 4

I den økonomiske analyse afgrænses fra en fuldkommen analyse af den prækontraktuelle fase af et sortimentsudbud. Denne fase analyseres dog kort, da elementer herfra er essentielle i analysen af den postkontraktuelle fase.

Sortimentsudbud udbudt som dynamiske indkøbssystemer behandles ikke i den økonomiske analyse, men er dog behandlet i afhandlings kapitel 5.

Spilteoretiske kontraktspil, såsom Battle of the Sexes, Chicken Game og Koordinationsspil behandles ikke.

I den principal-agent teoretiske analyse afgrænses fra en fuldkommen analyse af Incentive Intensity Princippet. Dette princip inddrages dog sporadisk i forbindelse med behandlingen af andre incitamentsstrukturer, hvor det anses at have relevans.

1.8.4 Integreret afgrænsning til kapitel 5

Ved besvarelsen af afhandlingens integrerede problemstilling, som behandles nærmere i kapitel 5, afgrænses der fra en vurdering af, hvorvidt UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra a og litra b tillader brugen af udbud med forhandling i et sortimentsudbud.

⁶⁸ Lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018

⁶⁹ Fejø, Jens & Ølykke, Grith Skovgaard; *EU-Konkurrenceret - Almindelig del*, 2014, s. 291

⁷⁰ Forsyningsvirksomhedsdirektiv 2014/25/EU og 2004/17/EF; Koncessionsdirektiv 2014/23/EU; Forsvars- og sikkerhedsdirektiv 2009/81/EF.

I nærværende sammenhæng afgrænses fra en behandling af udbudsformen *Konkurrencepræget dialog*, selvom betingelserne for brugen heraf er identiske med brugen af udbud med forhandling.

Der afgrænses herudover fra at inddrage andre evalueringsmodeller end varekurvsmodellen, da valget af evalueringsmodellen vurderes at være en konkret vurdering afhængig af det specifikke sortimentsudbud.

Slutteligt afgrænses der fra en fuldkommen analyse af dynamiske indkøbssystemer og indholdet af disse, da det er selve kontraktformen, samt muligheden for løbende optagelse af tilbudsgivere, som vurderes at have relevans for analysen.

1.9 Struktur

Afhandlingen konstrueres af fire selvstændige analyser, hvis formål er at besvare de respektive problemformuleringer i afsnit 1.2.1 - 1.2.4. De fire selvstændige analyser afsluttes med delkonklusioner, hvor analysen og fortolkningen sammenholdes med teori og empiri, for at bidrage til besvarelsen af de enkelte problemstillinger, i konsensus med Enderuds model.⁷¹

Baggrunden for nedenstående struktur er, at det er fundet nødvendigt, at analysen indledes med et kapitel, som fastlægger rammerne for afhandlingen, herunder definitionen af et sortimentsudbud, samt de økonomiske og juridiske rammer for strategisk prissætning. Dette er efterfulgt af en juridisk analyse, da det er fundet mest hensigtsmæssigt, først at analysere ordregivers muligheder for at gribe ind over for strategisk prissætning, inden de økonomiske samarbejdsudfordringer, som kan være afledt af strategisk prissætning, analyseres. På grund af de udfordringer, der udspringer af kapitel 4 og 5, er det afslutningsvist fundet nødvendigt at afslutte med en integreret analyse, hvorved der analyseres, hvilke tiltag ordregiver kan gøre brug af for at mindske risikoen for strategisk prissætning.

Kapitel 1 sætter rammerne for afhandlingen. Dette kapitel indeholder en præsentation af afhandlingens problemstillinger, samt hvordan disse problemstillinger konkret vil gribes an. Derudover indeholder kapitlet en præsentation af de konkrete metoder og værktøjer, der vil benyttes i afhandlingens videre forløb.

Kapitel 2 indeholder indledningsvist en beskrivelse af sortimentsudbud og rammerne for UDBL § 45. I forlængelse heraf undersøges UDBL § 45 overensstemmelse med Udbudsdirektivet, herunder om kravene til beskrivelsen af de tekniske specifikationer gennemsigtighed og ligebehandling er overholdt. Derudover indeholder kapitlet en analyse af, hvorvidt sortimentsudbud giver anledning til strategisk

⁷¹ Andersen, Ib; *Den skinbarlige virkelighed*, 2014, s. 23ff

prissætning. I denne sammenhæng præsenteres, analyseres og kontekstualiseres de relevante strategiske prissætningsformer.

Kapitel 3 indeholder en juridisk analyse. Kapitlet søger at løse, hvorvidt ordregiver har mulighed for at gribe ind over for strategisk prissætning. Analysen vil blandt andet inddrage UDBL § 169 omhandlende unormalt lave tilbud og i den forbindelse ordregivers mulighed for at gribe ind over for strategisk prissætning med hjemmel heri. Ydermere undersøges hvorvidt tilbudsgivere, som har gjort brug af strategisk prissætning kan udelukkes i medfør af udelukkelsesgrundene i UDBL § 137, stk. 1, nr. 3 og 4. I denne forbindelse inddrages konkurrenceretten i form af TEUF art. 101 og 102.

Kapitel 4 omfatter en økonomisk analyse. Indledningsvist analyseres den prækontraktuelle fase, og de udfordringer, som har indflydelse på den postkontraktuelle fase. Hvad angår den postkontraktuelle fase analyseres transaktionsomkostningerne, der forekommer i et sortimentsudbud. Herefter foretages en spilteoretisk analyse af samarbejdet mellem ordregiver og tilbudsgiver. Afslutningsvist analyseres P/A-udfordringerne i et sortimentsudbud, samt ordregivers muligheder for at øge incitamentet til at samarbejde i den postkontraktuelle fase.

Kapitel 5 indeholder den integrerede analyse. Dette kapitel skal ses som en naturlig videreførelse af kapitel 2, 3 og 4, og har til formål at undersøge, hvordan ordregiver kan gennemføre et sortimentsudbud, som danner rammerne for et samarbejde mellem ordregiver og tilbudsgiver, samt mindsker risikoen for strategisk prissætning.

Kapitel 6 indeholder den overordnede konklusion. Dette kapitel tager udgangspunkt i delkonklusionerne for kapitel 2-5 og søger at sammenfatte delkonklusionerne til én samlet konklusion.

Kapitel 2 - Rammerne for sortimentsudbud og strategisk prissætning

2.1 Indledning

I nærværende kapitel vil der foretages en analyse af den særlige nationale bestemmelse i UDBL § 45 omhandlende sortimentsudbud og de heraf afledte problemstillinger. Herunder analyseres, hvorvidt UDBL § 45 er i overensstemmelse med Udbudsdirektivet.

Derudover vil det undersøges, i hvilket omfang sortimentsudbud giver anledning til strategisk prissætning. I denne forbindelse vil der foretages en redegørelse for og analyse af, hvilke relevante strategiske prissætningsmuligheder, der foreligger.

2.2 Rammeaftaler

Rammeaftaler udgør en særlig kontraktform, som er udbudspligtig. Dette selvom rammeaftaler ikke opfylder kravene til at være en udbudspligtig kontrakt, da rammeaftaler som udgangspunkt ikke er gensidigt bebyrdende.⁷² Rammeaftaler anses som værende en indkøbsmetode,⁷³ som er tidsbegrænsede og kan som udgangspunkt højst have en løbetid på 4 år. Rammeaftaler kan dog i ekstraordinære tilfælde have en længere løbetid, jf. UDBL § 95, stk. 2. En rammeaftale indebærer, som udgangspunkt, ikke en forpligtelse for ordregiver til at aftage en bestemt mængde varer og ydelser på bestemte tidspunkter, men giver ordregiver mulighed for at aftage varer og ydelser når et konkret behov opstår.⁷⁴ UDBL § 98, stk. 1 oplister to tildelingsmekanismer som ordregiver kan gøre brug af, når ordregiveren vælger at aftage varer/ydelser fra en rammeaftale. Dette kan ske:

- 1) Ved direkte tildeling, eller
- 2) ved genåbning af konkurrencen (miniudbud)

UDBL § 98, stk. 2 tillader, at ordregiver i en konkret rammeaftale gør brug af både *direkte tildeling* og *miniudbud*, en såkaldt *hybrid*.⁷⁵ Ordregivers brug herimellem må ikke være fri, men skal ske på baggrund af objektive kriterier, der skal være angivet i udbudsmaterialet.⁷⁶

⁷² Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 410

⁷³ Fabricius, Jesper; *Offentlig indkøb i praksis*, 2017, s. 243

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Se afsnit 5.3.2.3

⁷⁶ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 248

2.2.1 Direkte tildeling

Såfremt ordregiver tildeler kontrakterne i løbet af en rammeaftale ved *direkte tildeling*, skal tildelingen af de enkelte kontrakter ske direkte på grundlag af betingelserne og de objektive kriterier, der er fastsat i udbudsmaterialet, jf. UDBL § 99, hvorved der ikke modtages nye konkrete tilbud. Ordregiveren må ved direkte tildeling ikke have et frit valg mellem leverandørerne, men rammeaftalen skal indeholde en fremgangsmåde herfor.⁷⁷

2.2.2 Miniudbud

Som anført ovenfor, kan ordregiver foretage konkrete indkøb i løbet af en rammeaftale på baggrund af miniudbud. Af UDBL § 100, stk. 1, fremgår det, at et miniudbud skal baseres på:

- 1) *de samme vilkår, som var gældende i forbindelse med tildelingen af rammeaftalen,*
- 2) *om nødvendigt mere præcist formulerede vilkår eller*
- 3) *eventuelt andre vilkår, der er fastsat på forhånd i udbudsmaterialet for rammeaftalen.*

Ved en rammeaftale med flere virksomheder, og hvor der foretages afkald på baggrund af miniudbud, genåbnes konkurrencen om de specifikke kontrakter. Leverandørerne afgiver således løbende “endelige” tilbud under afholdelse af miniudbuddene.⁷⁸

2.3 Sortimentssudbud, UDBL § 45

UDBL indeholder en særlig national regel omhandlende udbud i form af produktkategorier, såkaldte sortimentsudbud, jf. UDBL § 45.⁷⁹ Et sortimentsudbud kan være både en rammeaftale og et dynamisk indkøbssystem, som indeholder et omfattende antal produkter.⁸⁰

Lovbemærkningerne til UDBL § 45, anfører, at der ved produktkategorier skal forstås

“en betegnelse, der kendetegner, ikke et specifikt produkt men en flerhed af produkter eller varianter heraf med de samme grundlæggende karakteristika. (...) En produktkategori kan dog godt være så bred, at det bliver uklart, hvilke produkter eller varianter heraf, der vil være omfattet af den indgåede kontrakt eller rammeaftale.

⁷⁷ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 249

⁷⁸ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 179

⁷⁹ Piening, Anja i Treumer, Steen (red.); *Udbudsloven*, 2016, s. 403

⁸⁰ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 177

Selve brugen af sortimentsudbud har i praksis affødt adskillige kendelser fra KLFU. Særligt to problemstillinger behandles i disse kendelser. Først og fremmest problemstillingen omhandlende, hvorledes og hvor uddybende ordregiver skal beskrive de tekniske specifikationer for det omfattende antal varelinjer som udbuddet indeholder.⁸¹ Herudover problematikken omkring, hvordan ordregiver evaluerer de modtagne tilbud, hvilket er i relation til det omfattende antal varelinjer.⁸²

2.4 UDBL § 45's overensstemmelse med Udbudsdirektivet

UDBL § 45 er en dansk bestemmelse og gennemfører ikke en bestemmelse i Udbudsdirektivet.⁸³ I forlængelse heraf vil det undersøges, hvorvidt UDBL § 45 opfylder kravene til beskrivelsen af de tekniske specifikationer, jf. Udbudsdirektivets art. 42, samt hvorvidt kravene til at sikre gennemsigtighed og ligebehandling, jf. Udbudsdirektivet art. 18 er opfyldt.

2.4.1 Hvorvidt opfylder UDBL § 45 kravene til beskrivelsen af de tekniske specifikationer i Udbudsdirektivets art. 42?

Det fremgår af Udbudsdirektivets art. 42, at en ordregiver i de tekniske specifikationer skal have fastsat hvilke egenskaber, som kræves af et efterspurgt bygge- og anlægsarbejde, en tjenesteydelse eller en vare, og skal give potentielle tilbudsgivere lige adgang til udbudsproceduren.⁸⁴ Ordregiver skal derfor som udgangspunkt specificere samtlige varer/ydelse, som efterspørges.⁸⁵

Ved sortimentsudbud indgår der et stort antal produkter, hvorved der kan opstå tvivl om, hvordan kontraktens genstand skal beskrives.⁸⁶ Dog er der, som ovenfor beskrevet, indført en særlig national regel i UDBL § 45. På baggrund af formuleringen i UDBL § 45 kan ordregiver ved sortimentsudbud undlade at specificere samtlige varer indeholdt i sortimentsudbuddet, men udelukkende beskrive og henvise til produktkategorier.⁸⁷

⁸¹ Se KLFU's kendelse af 28. februar 2012, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune og kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune

⁸² Se KLFU's kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune, hvor evalueringen var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Se herudover kendelse af 3. oktober 2008, Creative Company A/S mod Århus Kommune, hvor evalueringen var tilstrækkelig.

⁸³ LF 19, s. 90

⁸⁴ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 277

⁸⁵ Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 177; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 142.

⁸⁶ Ibid. s. 286

⁸⁷ Piening, Anja i Treumer, Steen (red.); *Udbudsloven*, 2016, s. 404

Baggrunden for, at der gives mulighed for at henvise til produktkategorier, skal ses i anledning af, at produkterne/ydelserne, der indkøbes, kan være af sådan en størrelse, at det er omkostningstungt for ordregiver at udarbejde en fuldstændig beskrivelse af kontraktens genstand.⁸⁸

Det fremgår dog hverken af UDBL § 45 eller lovforarbejderne hertil, hvor stor en del af kontraktens genstand, der skal beskrives, og dermed, hvor meget, der skal til for, at beskrivelsen er tilstrækkelig præcis.⁸⁹ Det er derfor ordregivers skøn at vurdere, hvor stor en del af kontraktens genstand, der skal beskrives, og dette skøn vurderes at være ganske vidt.⁹⁰

EUD har vedrørende detaljeringsgraden af de tekniske specifikationer tidligere udtalt, at

*“Det er ligeledes af betydning, at de tekniske specifikationers detaljeringsgrad overholder proportionalitetsprincippet, hvilket navnlig indebærer en undersøgelse af, om denne detaljeringsgrad er nødvendig med henblik på at gennemføre de tilsigtede formål.”*⁹¹ (Vores markering).

Af EUD's udtalelse kan udledes, at der skal henses til proportionalitetsprincippet ved beskrivelsen af de tekniske specifikationer. Set i sammenhæng med sortimentsudbud er det som tidligere angivet omkostningstungt at foretage en fuldstændig beskrivelse af alle de varer/ydelser, som ønskes indkøbt. Herved kan udledes, at det potentielt kan være uproportionalt at foretage en sådan udtømmende beskrivelse af hele sortimentet, hvilket taler for berettigelsen i UDBL § 45, til at henvise til produktkategorier.

KLFU har i kendelse af 16. juni 2009, Tødin A/S mod Tønder Kommune forholdt sig til, hvorvidt en henvisning til produktkategorier var lovlig og udtalte, at:

“Beskrivelserne af de udbudte varer var tilstrækkelig til at identificere de typer diabetesprodukter, som indklagede ønskede tilbud på (...)”.

I denne konkrete sag, har beskrivelsen af kontraktgenstanden i form af produktkategorier været tilstrækkelig, da de pågældende tilbudsgivere i det konkrete marked, har kunne identificere, hvilke produkter, der efterspurges ved beskrivelsen af produktkategorierne.

⁸⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 152

⁸⁹ Piening, Anja i Treumer, Steen (red.); *Udbudsloven*, 2016, s. 404

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ EUD's dom af 25. oktober 2018 i sag C-413/17, sag anlagt af »Roche Lietuva« UAB, pr. 41.

KLFU har tidligere behandlet konkrete situationer, hvor det af klager har været påstået, at beskrivelsen af kontraktens genstand ikke var tilstrækkelig præcis.⁹² Disse vurderes dog at være konkrete sager, hvorfra der ikke kan statueres et generelt udgangspunkt for, hvor stor en del af kontraktens genstand, der skal beskrives for at opfylde kravene til beskrivelsen af de tekniske specifikationer i Udbudsdirektivets art. 42.

Dog antyder en udtalelse fra EUD i C-413/17, at det ikke i alle henseende er nødvendigt med en fuldstændig beskrivelse af alle varelinjer. Det anføres, at:

“Artikel 18 og 42 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU (...) skal fortolkes således, at de i princippet ikke pålægger en ordregivende myndighed ved fastsættelsen af de tekniske specifikationer i et udbud vedrørende erhvervelse af medicinske varer at tillægge enten de individuelle egenskaber ved de medicinske apparater eller resultaterne af disse apparaters funktionsmåde betydning, men kræver, at de tekniske specifikationer som helhed overholder ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet”⁹³, (vores markeringer).

Det vurderes på baggrund af ovenstående analyse, at UDBL § 45, og dennes adgang til en ikke-udtømmende beskrivelse af alle varelinjer ved sortimentsudbud, er i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 42. Vurderingen skal ses i lyset af, at KLFU gennem praksis har fundet, at beskrivelsen af kontraktgenstanden i form af produktkategorier er tilladelig, samt at der i UDBL § 45 gives udtrykkelig hjemmel hertil. Ydermere har EUD udtalt, at det ikke i alle henseender er proportionalt med en udtømmende beskrivelse af alle varer, jf. sag C-413/17, pr. 46. Vurderingen skal dog ses i sammenhæng med, at beskrivelsen af produktkategorierne skal være tilstrækkelig præcis, herunder være gennemsigtig, ligebehandlende samt proportional.

2.4.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er på lige fod med ligebehandlingsprincippet et af de vigtigste og fundamentale principper i udbudsretten. Dette princip medfører, at en ordregiver forpligtes til at sikre offentlighed og åbenhed omkring den iværksatte udbudsproces, således at potentielle tilbudsgivere har

⁹² Se kendelse af 16. juni 2009, Tødin A/S mod Tønder Kommune, kendelse af 21. juni 2001, Hørkram Foodservice A/S mod Roskilde Kommune, kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune, hvor KLFU statuerede, at beskrivelsen af kontraktens genstand i form af produktkategorier var tilstrækkelig præcis. Se modsat kendelse af 15. januar 2009, Ortos A/S m.fl. mod Odense Kommune, hvor beskrivelsen af produktkategorierne ikke var tilstrækkelig.

⁹³ EUD's dom af 25. oktober 2018 i sag C-413/17, sag anlagt af »Roche Lietuva« UAB, pr. 46

mulighed for at udtrykke deres interesse i udbuddet.⁹⁴ Derudover sikrer gennemsigtighedsprincippet ansvarlighed og mindsker risikoen for korrupsion.⁹⁵ Hvad angår åbenhed om udbudsprocessen, sikres det med gennemsigtighedsprincippet at åbne markedet op i hele EU, ved offentligt at annoncere et iværksat udbud.⁹⁶ Når en ordregiver iværksætter et sortimentsudbud, bidrager annonceringen til at sikre gennemsigtighed og konkurrence,⁹⁷ som følge af, at ordregiver forpligtes til at sikre åbenhed og offentlighed omkring udbudsprocessen.

Brugen af sortimentsudbud og dennes overholdelse af gennemsigtighedsprincippet giver anledning til udfordringer omkring, hvor meget produktkategorierne skal beskrives. Produktkategorier er en benævnelse af en flerhed af produkter eller ydelser med de samme fundamentale karakteristika.⁹⁸ Beskrivelse af produktkategorier kan forekomme meget bred, men ordregiver skal kunne beskrive produktkategorierne tilstrækkelig klart, således at potentielle tilbudsgivere har mulighed for at vurdere, om de er interesseret i at afgive tilbud og hvilke varer/ydelser, der kan afgives tilbud med.⁹⁹ Beskrivelsen af produktkategorierne må ikke være så bred, at potentielle tilbudsgivere ikke kan gennemskue, hvilke produkter og ydelser, der efterspørges.¹⁰⁰ Hvor specifik beskrivelsen af produktkategorierne skal være, beror således på en konkret vurdering for hvert sortimentsudbud og de produkter, der ønskes indkøbt.¹⁰¹

På baggrund af dette, kan det konkluderes, at UDBL § 45 anses for at være i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, da UDBL § 45 og forarbejderne hertil sikrer, at ordregivere, der iværksætter et sortimentsudbud forpligtes til at beskrive de efterspurgte produktkategorier i en sådan grad, at det står klart for potentielle tilbudsgivere, hvad der efterspørges. Denne beskrivelse må ikke være for bred, og skal være specificeret i en sådan grad, at man kan identificere produktkategoriernes fundamentale karakteristika.¹⁰²

⁹⁴ LF 19, s. 58

⁹⁵ Balshøj, Dorthe Kristensen; *Public procurement and framework agreements*, 2018, s. 165

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ LF 19, s. 90

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Sortimentsudbud gennem brug af rammeaftaler*, 2014, s. 15

¹⁰² Ibid.

2.4.3 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet indebærer, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt og forskellige forhold ikke må behandles ens, medmindre dette er objektivt begrundet.¹⁰³ Dette udgør sammen med de oplyste principper i Udbudsdirektivet art. 18 fundamentet for udbudsreglerne.

Ved ordregivers brug af sortimentsudbud kan der opstå tvivl om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet er overholdt, da et sortimentsudbud typisk er et indkøb af mange forskellige varer/ytelser. Når ordregiver iværksætter et sortimentsudbud er det en betingelse, at dette sortimentsudbud skal gennemføres i henhold til de almindelige udbudsregler, herunder under overholdelse af ligebehandlingsprincippet, jf. UDBL § 2, der eksplicit nævner, at ordregiver skal overholde principperne ved offentlige indkøb efter UDBL's afsnit II-IV.

Udfordringer med sortimentsudbud kan opstå i forbindelse med, at ordregiver typisk indkøber et stort antal forskellige varelinjer, hvor det for ordregiver kan være vanskeligt at beskrive alle de varer/ytelser, der ønskes. Som det er statueret i afsnit 2.4.2, skal ordregiver alene sørge for at beskrive efterspurgte produktkategorier i en sådan grad, at det står klart for potentielle tilbudsgivere, hvad der efterspørges.

Det faktum, at der i medfør af gennemsigtighedsprincippet skabes offentlighed og åbenhed omkring det iværksatte sortimentsudbud, sikrer også, at alle tilbudsgivere behandles ens, da alle potentielle tilbudsgivere får den samme mængde information angående de fastsatte udbudsbetingelser.¹⁰⁴

Ordregiver skal i denne sammenhæng sørge for, at der i udbudsmaterialet ikke stilles unødige krav, som indskrænker konkurrencen væsentligt og dermed medfører, at kun en enkelt leverandør kan afgive tilbud, såkaldte skræddersyede udbud.¹⁰⁵

Såfremt ordregiver sikrer dette, og som følge af, at alle potentielle tilbudsgivere får adgang til det samme udbudsmateriale, anses sortimentsudbud for at være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

2.4.4 Overensstemmelse med udbudsdirektivet?

På baggrund af ovenstående analyse kan det konkluderes, at den særlige nationale bestemmelse i UDBL § 45, er i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 42, gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet. Denne vurdering understøttes tillige af, at det i litteraturen¹⁰⁶ er statueret, at

¹⁰³ EUD's dom af 3. marts 2005 i sag C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA mod État belge, pr. 27

¹⁰⁴ Balshøj, Dorthe Kristensen; *Public procurement and framework agreements*, 2018, s. 165

¹⁰⁵ Se KLFU's kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune m.fl. KLFU fandt det ikke berettiget at stille krav om, at tilbudsgiver havde 4.000 varenumre.

¹⁰⁶ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 288

den nationale bestemmelse skal kodificere hovedlinjerne fra praksis fra KLFU. Denne praksis har været forankret på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. På baggrund af disse hensyn er den nationale bestemmelse uproblematisk fra et EU-retligt synspunkt.¹⁰⁷

2.5 Forholdet mellem sortimentsudbud og strategisk prissætning

Nærværende afsnit vil undersøge, hvorvidt sortimentsudbud og den heraf følgende evaluering af tilbud giver anledning til strategisk prissætning. I denne sammenhæng skal der ved strategisk prissætning forstås alle tilfælde, hvor en tilbudsgiver forsøger at udnytte svagheder eller på anden måde tilpasse sig betingelserne i udbudsmaterialet for at blive optaget på et sortimentsudbud. Strategisk prissætning kan føre til et værre resultat for den ordregivende myndighed. Dette skyldes, at en tilbudsgiver alene eller sammen med andre udnytter svagheder og handler imod de intentioner, som den ordregivende myndighed har stillet.¹⁰⁸

2.5.1 Varekurvsmodellen, UDBL § 45, stk. 2

Evalueringen af de indkomne tilbud i et sortimentsudbud reguleres af UDBL § 45, stk. 2. Det angives i bestemmelsen, at evalueringen kan ske på grundlag af *et repræsentativt udsnit*. Hvad der udgør et repræsentativt udsnit, er en konkret vurdering fra udbud til udbud, og der er, ved vurderingen, efterladt et skøn hos ordregiver.¹⁰⁹ KLFU har tidligere vurderet, hvorvidt konkrete varekurve udgjorde et repræsentativt udsnit¹¹⁰, men disse kendelser anses som værende konkrete vurderinger, hvorfor der endnu ikke er en entydig definition af *et repræsentativt udsnit*.

I UDBL § 45, stk. 2 henvises til UDBL § 160, hvoraf det af dennes stk. 1 fremgår, at:

“En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges”
(vores markering).

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Lundvall, Karl & Pedersen, Kristian; *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, 2011, s. 39

¹⁰⁹ Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 179; Piening, Anja i Treumer, Steen (red.); *Udbudsloven*, 2016, s. 403

¹¹⁰ Se KLFU's kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune m.fl.; KLFU's kendelse af 10. januar 2011, KIDS Leg og Lær A/S mod K-17- Indkøbsfællesskabet for kommunerne i Region Sjælland; KLFU's kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune; KLFU's kendelse 27. juni 2018 Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S; KLFU's kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

I medfør af UDBL § 160, stk. 1 har ordregiver som udgangspunkt pligt til at beskrive alle dele af evalueringsmodellen. Dette indebærer en pligt hos ordregiver til på forhånd at anføre, hvilke varer, der indgår i varekurven.

Det fremgår dog af *Forslag til ændring af Udbudsloven* fremsat den 12. december 2018 af Erhvervsminister Rasmus Jarlov, s. 6, at:

“Pligten til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet indebærer eksempelvis, at ordregiver i forbindelse med sortimentsudbud skal oplyse, hvilke varer der vil danne grundlag for evalueringen. Det er eksempelvis relevant, hvis ordregiver i forbindelse med et sortimentsudbud anvender en varekurv. Her skal det fastlægges og beskrives, hvilke varer fra varekurven, som vil danne grundlag for evalueringen.”

En sådan beskrivelse kan påtænkes at være uhensigtsmæssig set i sammenhæng med strategisk prissætning. Dette på grund af, at såfremt tilbudsgiverne, inden afgivelsen af tilbud, har kendskab til den endelige sammensætning, vil det kunne medføre en ringere kvalitet og have negativ indvirkning på den samlede pris.¹¹¹ Hvis tilbudsgiverne forinden ved, hvilke varer, der vil indgå ved evalueringen af den endelige kvalitet af de tilbudte varer, har tilbudsgiverne incitament til at afgive tilbud, der indeholder høj kvalitet på de varer, der bliver evalueret og ringe kvalitet på de varer, der ikke indgår i evalueringen af tilbuddene.¹¹² Tilbudsgiverne vil som konsekvens af dette kunne afgive strategiske tilbud, som kan forbedre deres mulighed for at få tildelt kontrakter i et sortimentsudbuds løbetid.

Det anføres i Betænkning over Forslag til Udbudsloven (lovforslag L 125), fremsat den 31. januar 2019 af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget, at ovenstående vil være uoverensstemmende med hensigten ved at gennemføre et udbud.¹¹³ Erhvervsministeren anmodede af denne grund om, at de specielle bemærkninger til UDBL § 160, stk. 1, 1. pkt., blev præciseret således, at:

“Bestemmelsen stiller i sådanne situationer alene krav om, at ordregiveren entydigt og klart har beskrevet, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven, således at den endelige sammensætning af varekurven blot vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen uden mulighed for efterfølgende ændringer af denne fremgangsmåde.”¹¹⁴

¹¹¹ Betænkning over Forslag til Udbudsloven (Lovforslag L 125), fremsat den 31. januar 2019 af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget (Erhvervsminister Rasmus Jarlov), s. 1

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid.

Af betænkningen kan det udledes, at der stilles skrappe krav til beskrivelsen af fremgangsmåden, hvilket blandt andet kan udledes af følgende “(...) således at den endelige sammensætning af varekurven blot vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen (...)”.¹¹⁵

KLFU har efter den førnævnte ændring af UDBL, haft anledning til at tage stilling til beskrivelsen af fremgangsmåden, i kendelse af 3. januar 2020, A-sport A/S mod Københavns Kommune. KLFU udtalte, at:

“Det var i den forbindelse ikke beskrevet i udbudsmaterialet, hvordan kommunen, om muligt, ville sikre, at udvælgelsen af produktgrupper og varer kom til at finde sted på en saglig måde, der tog højde for den vilkårlighed, der lå i, at det ikke på forhånd var kendt, hvilke varer tilbudsgiverne hver især ville tilbyde henholdsvis undlade at tilbyde med den konsekvens, at en vare eller eventuelt en hel produktgruppe udgik af evalueringen (...)”.

KLFU fandt, at ordregiver ikke entydigt og klart havde beskrevet hvilken fremgangsmåde der ville blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven. Af kendelsen kan udledes, at ordregivere på forhånd i udbudsmaterialet skal have angivet, hvilke principper, der vil danne grundlag for sammensætningen af varekurven. Varekurvens sammensætning må endvidere ikke afhænge af tilbuddenes indhold. Såfremt ordregiver angiver, at “sammenlignelige” produkter vil indgå i varekurven, skal det på forhånd oplyses, hvad der forstås herved. Oplysningen af dette må dog som udgangspunkt ikke ske ved henvisning til bestemte fabrikater jf. UDBL § 42, stk. 1. Disse forhåndsoplysninger skal dermed give tilbudsgiverne et passende grundlag til at indrette deres tilbud. Om disse krav er opfyldt, vurderes af forfatterne at være en konkret vurdering, og må anses at være baseret på et skøn.

Af betænkningen og kendelsen kan det dog udledes, at der stilles skrappe krav til den udførlige og klare beskrivelse af fremgangsmåden til sammensætningen af varerne i varekurven, hvilket ifølge forfatterne er modstridende med formålet bag den tidligere citerede betænkning.¹¹⁶

En sådan udførlig beskrivelse medfører efter forfatternes overbevisning, at tilbudsgiverne på forhånd kan udlede, hvilke varer, der højst sandsynligt kommer til at indgå i varekurven og dermed bliver evalueret. Forfatterne er af denne grund, af den overbevisning, at det “lempeligere” krav til beskrivelsen af varekurven, som fremgår af lovforarbejderne, i praksis ikke tjener sit formål. Sortimentssudbud og den dertilhørende varekurvsmodel og kravet til den udførlige beskrivelse af fremgangsmåden bag

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

udvælgelsen af varerne, der evalueres, vurderes at give anledning til, at tilbudsgivere potentielt set afgiver strategiske tilbud.¹¹⁷

2.6 Strategisk prissætning

Omdrejningspunktet for afhandlingens juridiske analyse er, i hvilket omfang strategisk prissætning er inden for lovens rammer, samt hvorvidt ordregiver har mulighed for at gribe ind over for strategisk prissætning. Ydermere er det relevant for afhandlingens økonomiske analyse, hvorvidt strategisk prissætning skaber samarbejdsudfordringer i den postkontraktuelle fase. Dette giver anledning til at analysere begrebet “strategisk prissætning” og de nærliggende problemstillinger, som begrebet afføder, hvilket vil foretages i nærværende afsnit.

Strategisk prissætning er i litteraturen defineret af flere forfattere¹¹⁸. Sammenfattende kan opstilles tre strategiske prissætningsformer, som vurderes relevante for afhandlingen. Disse benævnes følgende:

- Predatory pricing¹¹⁹
- unbalanced bidding¹²⁰ - Hold-up strategy¹²¹, og
- tilbudskoordinerings¹²²

2.6.1 Predatory pricing

Predatory pricing, anses i konkurrenceretlig henseende, som urimeligt lave priser, der har en ekskluderende karakter, hvis formål er at eliminere lige så effektive konkurrenter fra markedet.¹²³

Sondringen mellem hård priskonkurrence og predatory pricing er dog vanskelig at skildre i praksis, da

¹¹⁷ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 287; KLFU's kendelse af 28. juni 2016, Stadsing A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S

¹¹⁸ Ølykke, Grith Skovgaard & Nyström, Johan (2018); Lundvall, Karl & Pedersen, Kristian (2011); Gravengaard, Martin Andreas (2006); Westh, Sven & Kristensen, Bente Skovgaard (2003); Arditi, David og Chotibhongs, Ranon (2009); Baumol, William J. (2003); mfl.

¹¹⁹ Ølykke, Grith Skovgaard & Nyström, Johan; *Defining abnormally low tenders: A comparison between Sweden and Denmark*, 2018, s. 6

¹²⁰ Ølykke, Grith Skovgaard & Nyström, Johan; *Defining abnormally low tenders: A comparison between Sweden and Denmark*, 2018, s. 7; Lundvall, Karl & Pedersen, Kristian; *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, 2011, s. 45

¹²¹ Ølykke, Grith Skovgaard & Nyström, Johan; *Defining abnormally low tenders: A comparison between Sweden and Denmark*, 2018, s. 7 + 8; Lundvall, Karl & Pedersen, Kristian; *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, 2011, s. 10

¹²² Lundvall, Karl & Pedersen, Kristian; *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, 2011, s. 10

¹²³ Fejø, Jens & Ølykke, Grith Skovgaard; *EU-Konkurrenceret, almindelig del*, 2014, s. 335

formålet med førstnævnte er at sikre, at der sker en markedsudvikling, som er til gavn for forbrugerne, mens formålet med sidstnævnte er at begrænse konkurrencen ved at eliminere konkurrenter.¹²⁴

Predatory pricing reguleres af TEUF art. 102. Uden at der sker en fyldestgørende behandling af betingelserne for, hvornår TEUF art. 102 finder anvendelse, vil det i det følgende kort opridses. TEUF art. 102 finder udelukkende anvendelse såfremt følgende fire betingelser er opfyldt:¹²⁵

- 1) *Virksomheden skal have en dominerende stilling,*
- 2) *det skal være en virksomhed i konkurrenceretlig forstand,*
- 3) *der skal foreligge et misbrug af en dominerende stilling, og*
- 4) *samhandlen mellem medlemsstaterne kan påvirkes.*

Forbuddet i konkurrencereglerne er henvendt til virksomheder, og reguleringen af sådannes adfærd på markeder. Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb er funktionelt og omfatter i henhold til praksis fra EUD alle enheder, der udøver “økonomisk aktivitet”, uagtet enhedens retlige status eller finansieringsmåde.¹²⁶ Begrebet “økonomisk aktivitet” indebærer at levere varer og tjenesteydelser på et givent marked, jf. sag 118/85, *Kommissionen mod Italien*, pr. 7.

Da tilbudsgiveres formål med at deltage i en udbudsproces må anses at være at levere varer og tjenesteydelser, indebærer det i konkurrenceretlig kontekst, at deltagelsen i en udbudsproces udgør en økonomisk aktivitet.¹²⁷

Predatory pricing sigter til at drive konkurrenter ud af markedet og/eller samtidig hindre, at nye virksomheder indtræder på det pågældende marked. Dette opnås ved at fastholde en lav pris. I litteraturen¹²⁸ defineres en lav pris i *predatory pricing* henseende, som værende en pris, der enten er under de *kortsigtede marginalomkostninger* eller de *gennemsnitlige variable omkostninger*. Den økonomiske definition af predatory pricing indebærer ikke nødvendigvis at prissætningen er tabsgivende, men at der opnås lavere profit end der ville være opnået under optimal prissætning.¹²⁹ Her anses predatory pricing som værende en to-delt strategi: 1) at drive de nuværende rivaler ud af markedet og 2) få fremtidige rivaler til at tænke to gange om indtræden på markedet.¹³⁰ Dette medfører, at når

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid. s. 291ff

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 865f

¹²⁸ Baumol, William J. i Konkurrenceverket; *The Pros and Cons of Low Prices*, 2003, s. 20; Besanko, David, Dranove, David og Shanley, Mark, Schaefer, Mark; *The Economics of Strategy*, 2016, s. 200; Areeda, Phillip and Turner, Donald F.; *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, 1975, s. 704ff og 709ff.

¹²⁹ Ølykke, Grith Skovgaard; *Abnormally Low Tenders - with an emphasis on public tenderers*, 2010, s. 256

¹³⁰ Besanko, David, Dranove, David og Shanley, Mark; *The Economics of Strategy*, 2016, s. 200

sådan en strategi udføres succesfuldt vil ordregiver på kort sigt nyde godt af lave priser, men på lang sigt vil det medføre mindre konkurrence og højere priser,¹³¹ hvilket ikke er hensigtsmæssigt for ordregiver. Dette som følge af, at strategien kan skade ordregiver, når indtrædende virksomheder ville være blevet mindst lige så effektive som den virksomhed, der udøver predatory pricing, hvis de kunne have fået fodfæste på markedet, erfaring, volumen og sænke deres driftsomkostninger.¹³²

EUD tog stilling til, hvornår en pris kan anses som værende urimeligt lav i sin dom af 3. juli 1991 i sag 62/86, AKZO mod Kommissionen. EUD tog udgangspunkt i sin egen definition, som opstillet i dom af 13. februar 1979, i sag 85/76, Hoffmann-LaRoche mod Kommissionen, og fastslog, at en dominerende virksomhed i medfør af TEUF art. 102 forbydes at styrke sin stilling ved at fjerne en konkurrent, såfremt den dominerende virksomhed griber til andre foranstaltninger end dem der følger af virksomhedens dygtighed.

I AKZO-sagen udviklede EUD AKZO-testen, hvis formål er at identificere, hvornår der foreligger predatory pricing og udtalte:

“Priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, hvorved en dominerende virksomhed søger at eliminere en konkurrent, bør betragtes som misbrug. Formålet hermed kan kun være at fjerne en konkurrent for derefter at hæve sine priser og drage fordel af den monopolistiske situation.

*Priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, der omfatter såvel de faste omkostninger som de variable omkostninger, men som er højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må betragtes som misbrug, når de er fastsat efter en plan, der har til formål at eliminere en konkurrent”.*¹³³

Af AKZO-sagen kan udledes, at der foreligger misbrug i det tilfælde, hvor en aktør udelukkende anvender sin overlegne økonomiske stilling med det formål at udelukke sin konkurrent.¹³⁴ AKZO-teksten er senere gentaget og opretholdt i praksis fra EUD.¹³⁵

EUD har i AKZO-sagen anerkendt, at en virksomhed kan anlægge defensive pristilpasninger, såfremt hensigten hermed er at opretholde virksomhedens faste kundekreds. På baggrund af dette kan det anses, at det for en dominerende virksomhed i TEUF art. 102's forstand er legitimt at foretage defensive

¹³¹ OECD; *Policy Roundtables, predatory foreclosure*, 2004, s. 17

¹³² Ibid. s. 25

¹³³ EUD's dom af 3. juli 1991 i sag 62/86, *AKZO mod Kommissionen*, pr. 71-72

¹³⁴ Mersing, Erik Mohr; *Konkurrencerettens meeting competition-princip*, U.1996B.404, s. 1

¹³⁵ EUD's dom af 14. november 1996 i sag C-333/94, *Tetra pak International SA mod Kommissionen*.; EUD's dom af 2. april 2009 i sag C-202/07 P, *France Télécom SA mod Kommissionen*.

pristilpasninger, hvorved den pågældende virksomhed i god tro matcher en konkurrents lavere pris for på den måde at fastholde virksomhedens faste kundekreds.¹³⁶ Retten til at anlægge sådanne defensive pristilpasninger kan dog ikke anses som værende en absolut ret.¹³⁷ Af dette kan udledes, at en virksomhed, der besidder en dominerende stilling, ikke umiddelbart kan påberåbe sig en ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser, som argument for at legitimere sin adfærd, når formålet utvivlsomt er at styrke den dominerende stilling.

I udbudsretlig sammenhæng er det dog usandsynligt om defensive pristilpasninger, som er under virksomhedens gennemsnitlige variable omkostninger, kan legitimeres. Hertil må det for det første konstateres, at en tilbudsgiver, uagtet dennes virksomhedsstørrelse, ikke har en fast kundekreds af offentlige ordregivere, da alle igangsatte udbud er tilgængelige for nye tilbudsgivere, og at der dermed skabes en helt ny konkurrencesituation. Muligheden for at sidestille sine priser med konkurrentens - såkaldte defensive pristilpasninger - vanskeliggøres ydermere i udbudsretlig sammenhæng ved, at der ikke umiddelbart er mulighed for at "overvåge" sine konkurrenters priser.

Det anføres endvidere i litteraturen, at den af EUD fastlagte AKZO-test kan overføres til den udbudsretlige vurdering af unormalt lave tilbud.¹³⁸

2.6.2 Unbalanced bidding - Hold-up strategy

2.6.2.1 Unbalanced bidding

Unbalanced bidding indebærer, at en tilbudsgiver har bedre information vedrørende indkøbsvolumen end ordregiver. Tilbudsgiveren kan anvende denne viden, og i medfør af dette øge chancerne for at vinde udbuddet. Dette kan eksempelvis foretages ved at prissætte lavt vægtede produkter højt og modsat.¹³⁹ Denne form for strategisk prissætning kan dog kun finde sted under betingelse af, at der tilbydes enhedspriser svarende til en på forhånd fastsat forventet indkøbsvolumen.¹⁴⁰ Dette er blandt andet gældende ved et sortimentsudbud, og den dertilhørende varekurvsmodel.

¹³⁶ Gravengaard, Martin Andreas; *Meeting competition-princippet - et forsvar for prisdiskriminering og predatory pricing?*, U.2006B.137, s. 2ff.; Westh, Sven og Kristensen, Bente Skovgaard; *Konkurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) - principper og praksis*, U.2003B.225, s. 2

¹³⁷ EUD's dom af 2. april 2009 i sag C-202/07 P, *France Télécom SA mod Kommissionen*, pr. 56

¹³⁸ Ølykke, Grith Skovgaard; *Abnormally Low Tenders - with an emphasis on public tenderers*, 2010, s. 255

¹³⁹ Lundvall, Karl & Pedersen, Kristian; *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, 2011, s. 10

¹⁴⁰ Ølykke, Grith Skovgaard & Nyström, Johan; *Defining abnormally low tenders: A comparison between Sweden and Denmark*, 2018, s. 7-8

Strategien ses anvendt i praksis både i form af såkaldte nul-priser og negative delpriser.¹⁴¹ Konteksten af *unbalanced bidding*, og vurderingen af lovligheden af sådan en strategi, samt ordregivers muligheder for at undgå sådanne bud, er betydningsfuldt for sortimentsudbud, da der netop ved sådan et udbud afgives delpriser, som en del af tilbudsgivernes tilbud.

Sådan en prissætning anses som værende en naturlig forretningsadfærd, hvor tilbudsgiveren forsøger at afgive et tilbud så konkurrencedygtigt som muligt, baseret på den viden og de betingelser, der er fastsat i udbudsmaterialet af ordregiver.¹⁴²

Rationalet bag, at en tilbudsgiver vælger at anvende *unbalanced bidding* som strategi til at skævvride sine tilbudspriser, skal ses i den sammenhæng, at såfremt den pågældende tilbudsgiver vinder kontrakten, vil denne kunne forhøje sin profit. Brugen af *unbalanced bidding* i et udarbejdet tilbud, vil medføre, at den pågældende tilbudsgivers tilbud er mere konkurrencedygtigt i den prækontraktuelle fase. Hvad angår den postkontraktuelle fase, vil den vindende tilbudsgiver forhøje sin profit, netop fordi, at den vindende tilbudsgiver har haft en bedre viden end ordregiver i henhold til at estimere ordregivers behov for et givent produkt.¹⁴³ Det kan dermed udledes, at et tilbud er "skævvredet" såfremt tilbudsgiver har dislokeret en del af omkostningerne for et givent produkt over i prisen på et andet tilbudt produkt.

2.6.2.2 Materialistisk- og matematisk unbalanced bidding

I litteraturen¹⁴⁴ anses *unbalanced bidding*, at bestå af to led, som udgøres af *matematisk unbalanced bidding* og *materialistisk unbalanced bidding*.¹⁴⁵

Et matematisk ubalanceret tilbud indebærer, at tilbuddet er konstrueret af henholdsvis lave delpriser for givne produkter og overnormale delpriser for andre produkter. Ved sådan en matematisk ubalanceret prissætning vil hver delpris ikke bære sin egen proportionale del af den samlede tilbudssum.¹⁴⁶

For at et tilbuds prissætning kan anses at være materialistisk ubalanceret, kræver det først og fremmest, at prissætningen er matematisk ubalanceret. Såfremt et tilbud anses for at være matematisk ubalanceret, er der således risiko for, at tilbuddet også er materialistisk ubalanceret. Et materialistisk ubalanceret tilbud indebærer en vurdering af, hvilke omkostninger et matematisk ubalanceret bud medfører. Et tilbud er

¹⁴¹ Ibid. s. 23

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid. s. 8

¹⁴⁴ Arditi, David og Chotibhongs, Ranon; *Detection and prevention of unbalanced bids*, 2009, s. 3

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Modeszt'o, Thomas et al.; *Sealed bidding*, s. 6

materialistisk ubalanceret, hvis der er en begrundet tvivl om, at tildelingen af en kontrakt til en tilbudsgiver, hvis tilbud er matematisk ubalanceret bud, reelt også er tilbuddet, der resulterer i den ultimativt laveste omkostning for ordregiver.¹⁴⁷

2.6.2.3 Hold-up strategy

Hold-up strategy, som på punkter har sammenfald med strategien “*unbalanced bidding*” omfatter, at tilbudsgiveren afgiver et tilbud med en lav pris, og senere ved udførelsen af kontrakten kræver yderligere betaling. Denne form for strategi indebærer, at tilbudsgiveren har viden omkring de dele af kontrakten som er inkomplette, hvilket er altafgørende for opfyldelse af kontrakten. Ved at afgive en lav pris, kan tilbudsgiveren således sikre sig kontrakten, men herefter kræve yderligere betaling grundet disse væsentlige mangler ved kontrakten.¹⁴⁸

2.6.3 Tilbudskoordinering

Denne form for strategisk prissætning defineres som, *to eller flere virksomheder, typisk i samme koncern, der sammensætter deres bud således, at de i en rammeaftale rangeres i forhold til hinanden. Ved opfyldelsen af en konkret kontrakt under et sortimentsudbud, opfyldes kun de kontrakter, hvori der indgår varer, som er prissat korrekt. De kontrakter der omfatter varer, som er prissat lavt, opfyldes ikke, og går dermed videre til næste leverandør.*¹⁴⁹ (vores markering og oversættelse).

2.6.3.1 Tilbudskoordinering som strategi

Tilbudskoordinering omhandler de tilfælde, hvor flere tilbudsgivere, som normalt, men ikke nødvendigvis, tilhører den samme koncern, aftaler at koordinere deres tilbud.¹⁵⁰ Ved tilbudskoordinering afgiver de respektive tilbudsgivere selvstændige tilbud, som hver især indeholder gunstige betingelser inden for nogle produktkategorier, og mindre gunstige betingelser inden for andre kategorier. De gunstige betingelser, der tilbydes af disse tilbudsgivere, medfører, at de sikrer sig så god en gennemsnitlig score, således at de rangeres højt i rammeaftalen/sortimentsudbuddet.¹⁵¹

Med antagelsen om, at konkrete kontrakter under sortimentsudbuddet tildeles til leverandøren med den laveste gennemsnitlige pris, vil tilbudsgivere, som har koordineret deres tilbud, og dermed potentielt har

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ølykke, Grith Skovgaard & Nyström, Johan; *Defining abnormally low tenders: A comparison between Sweden and Denmark*, 2018, s. 7

¹⁴⁹ Lundvall, Karl og Pedersen, Kristian; *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, 2011, s. 10

¹⁵⁰ Ibid. s. 40

¹⁵¹ Ibid.

den laveste pris inden for de produktkategorier som kontrakten omhandler, nægte at levere, såfremt de får tildelt kontrakten. Kontrakten går dermed videre til en tilbudsgiver, der har tilbudt en højere pris. Denne adfærd medfører, at de tilbudsgivere, der ikke koordinerer deres bud, men som forventer at opfylde deres forpligtelser, beregner deres tilbud med højere omkostninger. Dette medfører, at deres mulighed for at få tildelt en kontrakt under en rammeaftale/sortimentsudbud indskrænkes, da deres samlede gennemsnitlige pris, potentielt vil være højere end de tilbudsgivere, der tilbudskoordinerer.

2.7 Strategisk prissætning og forholdet til unormalt lave tilbud

På baggrund af ovenstående skildring af de former for strategisk prissætning, som vil analyseres, defineres "*strategisk prissætning*" som alle tilfælde, hvor en tilbudsgiver forsøger at udnytte svagheder eller på anden måde tilpasse sig betingelserne i udbudsmaterialet, med det formål at vinde et udbud.¹⁵² Karakteristisk for de tre former for strategisk prissætning, som er skildret ovenfor, er, at strategierne indeholder et element af en "lav pris". Som følge af, at de strategiske prissætningsformer indeholder et element af en lav pris, giver det anledning til at undersøge, hvorvidt strategisk prissatte tilbud kan forekomme unormalt lave, hvilket potentielt giver ordregiver en hjemmel til at gribe ind over for sådanne tilbud i medfør af UDBL § 169.

¹⁵² Ibid., s. 36

2.8 Delkonklusion

Det kan på baggrund af analysen konkluderes, at UDBL § 45 er i overensstemmelse med Udbudsdirektivet. Det kan konkluderes, at beskrivelsen af kontraktgenstanden i form af produktkategorier, jf. UDBL § 45, er i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 42. UDBL § 45 overholder ydermere kravene til at sikre ligebehandling og gennemsigtighed.

Det kan endvidere konkluderes, at varekurvsmodellen, som kan anvendes som evalueringsmodel i sortimentsudbud, giver anledning til strategisk prissætning. Dette som følge af, at varekurvsmodellen indebærer, at evaluering foretages på baggrund af et repræsentativt udsnit, som giver anledning til at tilbudsgiverne prissætter deres varer strategisk.

Ordregiver har i denne henseende ikke pligt til at anføre hvilke konkrete varer/ydelser, der indgår i evalueringen, men fremgangsmåden skal dog beskrives så klart, at den endelige sammensætning af varekurven blot er en direkte konsekvens af beskrivelsen. Det er forfatterens vurdering, at dette implicit medfører, at tilbudsgiverne på baggrund af beskrivelsen har mulighed for at kunne identificere varekurven på forhånd og dermed prissætte strategisk.

I forlængelse af dette er der identificeret tre strategiske prissætningsformer:

- 1) *predatory pricing*,
- 2) *unbalanced bidding - hold up strategy*, og
- 3) *tilbudskoordinering*.

Ved en nærmere analyse af de tre prissætningsstrategier kan det udledes, at de indeholder et element af en *lav pris*. Det kan konkluderes, at hensigten herved, er, at tilbudsgivernes brug af sådanne strategier er at forbedre deres egne chancer for at få tildelt kontrakter i et sortimentsudbuds løbetid, uagtet at dette kan skade ordregiver på sådan måde, at ordregiver ikke kan få opfyldt sit konkrete behov.

Kapitel 3 - Juridisk analyse

3.1 Indledning

Dette kapitel søger at analysere ordregivers muligheder for at gribe ind over for strategisk prissætning. I kapitlet vil *unormalt lave tilbud* indledningsvist behandles. Hensigten herved er at definere begrebet og analysere, hvornår et såkaldt *unormalt lavt tilbud* kan anses at forekomme, samt analysere relationen mellem unormalt lave tilbud og strategisk prissætning. Herunder vil det undersøges, hvorvidt strategisk prissatte tilbud kan afvises i medfør af UDBL § 169. Dernæst analyseres ordregivers muligheder for at afvise tilbud, som er fremsat med udgangspunkt i de forskellige strategiske prissætningsstrategier, som er behandlet i kapitel 2, afsnit 2.6.1 - 2.6.3.

3.2 Unormalt lave tilbud

Unormalt lave tilbud reguleres af UDBL § 169, som implementerer Udbudsdirektivets art. 69. Begrebet unormalt lavt tilbud er hverken defineret i UDBL eller Udbudsdirektivet. Begrebet er dog nærmere afgrænset i retspraksis, hvor det af Retten i sag T-392/15¹⁵³ er anført, at:

“Det er navnlig blevet fastslået, at den ordregivende myndighed med henblik på at give en tilstrækkelig begrundelse for, at det antagne bud ikke var unormalt lavt, skulle gøre rede for de overvejelser, på grundlag af hvilke den for det første konkluderede, at et sådant bud ved dets fortrinsvis finansielle egenskaber bl.a. overholdt lovgivningen om aflønning af personale i det land, hvor tjenesteydelserne skal leveres, om bidrag til den sociale sikringsordning og overholdelse af sundheds- og sikkerhedsstandarderne på arbejdspladsen, og for det andet havde den undersøgt, om de foreslåede priser medtog alle de udgifter, der følger af det antagne buds tekniske aspekter” (vores markering).

På baggrund af ovenstående citering, kan det udledes, at Retten er af den overbevisning, at tilbud, som ikke overholder lovgivningskrav omhandlende aflønning/bidrag i det land tjenesteydelsen/varen skal leveres og hvis priser ikke dækker omkostningerne, som følger af de tekniske aspekter, giver en klar indikation for at være unormalt lave tilbud. Retten har endvidere udtalt, at sådanne tilbud især giver anledning til mistanke om, at tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at opfylde kontrakten.¹⁵⁴ Denne

¹⁵³ European Dynamics Luxembourg SA m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur, pr. 91

¹⁵⁴ Se sag Rettens dom af 15. oktober 2013 i sag T-638/11, European Dynamics Belgium m.fl. mod EMA, pr. 68; Rettens dom af 8. oktober 2015 i sag T-90/14, Secolux mod Kommissionen, pr. 61-62. Disse domme foreligger på hverken dansk eller engelsk, men dog på fransk. Retten har endvidere gentaget denne definition i kendelse af 4. februar 2014 i sag T-644/13 R, Serco Belgium m.fl. mod Kommissionen, pr. 55, som foreligger på dansk.

tilgang/præcisering foretaget af Retten er endnu ikke bekræftet af EUD, hvorfor der stadig foreligger usikkerhed omkring en klar definition af begrebet unormalt lave tilbud.

Begrebet er ydermere søgt afklaret i litteraturen¹⁵⁵, og anses som værende et EU-retligt begreb¹⁵⁶. Der henses dog imidlertid til, at begrebet omfatter tilbud, der grundet dets særligt gunstige pris (vilkår) rejser en mistanke om, at tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at udføre kontrakten lovligt i henhold til de tilbudte vilkår.¹⁵⁷ Dette kan medføre en risiko for, at tilbudsgiveren ikke yder det tilbudte, hvorved der samtidig skabes en risiko for, at tilbudsgiveren vil søge ekstra betaling efter kontrakten er indgået.¹⁵⁸

Hvorvidt et tilbud forekommer unormalt lavt må, som anført i lovbemærkningerne til UDBL § 169, stk. 1, bero på en konkret vurdering med inddragelsen af nogle nærmere angivne parametre. Det er i lovbemærkningerne til bestemmelsen anført, at:

“ordregiverens vurdering er altid konkret under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold og andre relevante faktorer der kan have indflydelse på prisspændet”.¹⁵⁹

Såfremt ordregiver vurderer, at et tilbud forekommer unormalt lavt, indtræder der for ordregiver en undersøgelsespligt, jf. UDBL § 169, stk. 1. Undersøgelsespligten indebærer, at ordregiver skal anmode tilbudsgiver om en redegørelse for tilbuddets sammensætning, hvad angår de priser og omkostninger, som er indeholdt i tilbuddet, jf. UDBL § 169, stk. 2. I medfør af UDBL § 169, stk. 2, kan ordregiver afvise et tilbud, som forekommer unormalt lavt og hvis den tilbudte pris- eller omkostningsstruktur ikke kan begrundes. Heraf kan udledes, at der som udgangspunkt er en ret, men ikke en egentlig pligt til at afvise et tilbud, der forekommer unormalt lavt. I UDBL § 169, stk. 3 oplistes dog særlige situationer, hvor ordregiver er forpligtet til at afvise unormalt lave tilbud.

Baggrunden for, at der for ordregiver kan indtræde en undersøgelsespligt er, at den pågældende tilbudsgiver, hvis tilbud vurderes at forekomme tilsyneladende unormalt lavt, skal gives mulighed for at redegøre for de pågældende priser. Dette som følge af, at hovedformålet med bestemmelsen er, at

¹⁵⁵ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 680ff.; Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 585ff.; Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s.674ff.; Arrowsmith, Sue; *The law of public and utilities procurement, volume 1*, 2014, s. 802ff.

¹⁵⁶ Ølykke, Grith Skovgaard: *Abnormally Low Tenders: with an Emphasis on Public Tenderers*, 2010, s. 113 ff.

¹⁵⁷ Arrowsmith, Sue; *The law of public and utilities procurement, volume 1*, 2014, s. 802

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ L 19, s. 190

tilbudsgiverne skal gives mulighed for at undgå at blive udelukket fra et udbud. En tilbudsgiver, hvis tilbud forekommer unormalt lavt, skal derfor have mulighed for at redegøre for indholdet af sit tilbud.¹⁶⁰

Ved tilbudsafgivelse på et sortimentsudbud angives der af tilbudsgiver, som svar på udbudsmaterialet, adskillige delpriser, som samlet udgør en evalueringsteknisk pris. Det er tidligere forekommet i praksis, at tilbudsgivers tilbud kan indeholde lave delpriser, endda priser helt ned til 0 kr. for visse delelementer.¹⁶¹ Disse delpriser kan være resultatet af anvendelsen af forskellige strategiske prissætningsformer,¹⁶² eller en misforståelse af udbudsmaterialet.¹⁶³

KLFU har dog i medfør af sin praksis klargjort, at ordregivers vurdering af, om hvorvidt et tilbud forekommer unormalt lavt, skal baseres på en bedømmelse af den totale pris, og ikke de enkelte delpriser. KLFU udtalte i deres kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune, at:

“Afgørende for, om bestemmelsen i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, nr. 4, om »unormalt lave bud« finder anvendelse, er imidlertid om det samlede tilbud er unormalt lavt”.

Ved vurderingen af tilsyneladende unormalt lave tilbud afgivet på et sortimentsudbud, kan ordregiver ikke udelukkende sammenligne delpriser for at afgøre om et tilbud forekommer unormalt lavt, men skal hense til tilbudsgivernes samlede pris. Dette er afgørende for ordregivers mulighed for at gribe ind over for *unbalanced bidding*, hvor skævvridning af delpriser, er det centrale i prissætningen.

3.2.1 Vurdering af unormalt lave tilbud

Begrebets abstrakthed er også kommet til udtryk i praksis. Da der ikke findes en klar skillelinje for, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt, har ordregiver, ved vurderingen af dette, et skøn.¹⁶⁴ Skønnet kan dog blive genstand for prøvelse, og kræver som regel en vis styrke i argumentationen for ordregivers beslutning, såfremt et tilbud afvises som unormalt lavt.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Rettens dom af 4. juli 2017 i sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg SA m.fl. mod Den Europæiske Jernbaneagentur, pr. 49.

¹⁶¹ KLFU's kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen. KLFU's kendelse af 26. februar 2019, Jydsk Emblem Fabrik A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

¹⁶² Se afsnit 2.6.2.1

¹⁶³ Arrowsmith, Sue; *The law of public and utilities procurement, volume 1*, 2014, s. 808

¹⁶⁴ KLFU's kendelse af 6. marts 2020, Autocentralen.com A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse; KLFU's kendelse af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl Christensen mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

¹⁶⁵ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 685

KLFU har tidligere¹⁶⁶ i forbindelse med afvisningen af unormalt lave tilbud, tilknyttet begrebet “*ganske særlige omstændigheder*” til vurderingen og afvisningen af unormalt lave tilbud. Dette vurderingsmoment har KLFU gentaget i kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen, hvori det anføres, at:

“Det er ordregiverens vurdering, om et tilbud må anses for unormalt lavt, jf. udbudsdirektivets artikel 55, stk. 1, og ordregiveren er ikke forpligtet til at afslå unormalt lave tilbud, medmindre der foreligger ganske særlige omstændigheder.”

I henhold til tidligere praksis fra KLFU vil en “*ganske særlig omstændighed*” foreligge, såfremt der i medfør af en pris, der forekommer unormalt lav, også er en risiko for, at der efterfølgende er behov for korrektion af prisen, jf. kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune.

Der er som tidligere omtalt ikke et klart pejlemærke for ordregiver til at kunne vurdere, hvornår et tilbud er unormalt lavt. På baggrund af praksis fra KLFU vedrørende unormalt lave tilbud tyder det dog på, at tilbud kan anses som værende unormalt lave, hvis den samlede tilbudspris er mindst 30 % lavere end det næstlaveste tilbud.¹⁶⁷

KLFU har i denne forbindelse blandt andet fundet, at det var berettiget at afvise et tilbud, hvis pris var 30 % lavere end det næstlaveste tilbud, samt 45 % lavere end gennemsnittet. Indklagede havde i denne forbindelse foretaget en helhedsvurdering af alle tilbudte priser, samt vurderet hvor realistisk klagers tilbudte forretningsmodel var.¹⁶⁸

I kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen, udtalte KLFU, at et afgivet tilbud, der var 50% billigere end det næstlaveste, var at anse som værende unormalt lavt. KLFU lagde dog afgørende vægt på, at klagers redegørelse for hvorledes tilbuddet var sammensat medførte en sådan tvivl om, at udførelse af kontrakten ville medføre direkte tab for klageren, såfremt der ikke blev foretaget en ændring af den tilbudte pris eller en ændring af tildelingsmekanismen i rammeaftalen. Den tilbudte pris sammenholdt med den begrundede tvivl, medførte, at KLFU vurderede, at indklagede havde været berettiget til at afvise klagers tilbud som værende unormalt lavt.

KLFU udtalte ydermere, at det faktum, at klageren og dennes moderselskab, tilsyneladende havde haft en strategisk interesse i at få tildelt kontrakten, uagtet det forhold, at kontrakten ville medføre tab for

¹⁶⁶ KLFU's kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune

¹⁶⁷ Ølykke, Grith Skovgaard & Nyström, Johan; *Defining abnormally low tenders: A comparison between Sweden and Denmark*, 2018, s. 39

¹⁶⁸ KLFU's kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod Danmarks Radio

klager, ikke kunne resultere i, at indklagede ikke havde været berettiget til at afvise tilbuddet som værende unormalt lavt.

Det forhold, at man som tilbudsgiver afgiver et unormalt lavt tilbud som led i sin forretningsmæssige strategi, er risikabelt. Ordregiver vil ifølge praksis være berettiget til at afvise sådanne tilbud, hvis prisniveauet begrundes en tvivl om, at der er en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten.

3.2.2 Lovbemærkninger til UDBL § 169, stk. 2

De specielle lovbemærkninger til UDBL § 169, stk. 2 anfører, at udover de oplyste eksempler i UDBL § 169, stk. 2, nr. 1-4, kan et tilbud også forekomme unormalt lavt "*pga. tilbudsgivers forretningsmæssige strategier eller øvrige forretningsmæssige begrundelser*".¹⁶⁹ Hertil skal anses, at det kan være en del af en virksomheds forretningsmæssige strategi, at en virksomhed har i sinde at anføre nul-priser eller negative delpriser, og dermed udføre kontrakten, selvom den kan være tabsgivende, for på den måde at opnå erfaring.¹⁷⁰ I medfør af lovbemærkningerne er "*forretningsmæssige strategier eller øvrige forretningsmæssige begrundelser*" en berettiget redegørelse for et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

Dog anses begrebet "*unormalt lave tilbud*" i litteraturen som værende tilbud, der er tabsgivende for tilbudsgiveren.¹⁷¹ Dette er gældende under alle omstændigheder såfremt det prognostiske tab er betydeligt i relation til den pågældende tilbudsgivers økonomiske stilling.¹⁷²

Såfremt en kontrakt er tabsgivende for en tilbudsgiver, og det forudseelige tab er betydeligt i relation til tilbudsgiverens økonomiske stilling, vil der være en reel risiko for, at tilbudsgiverens økonomiske formåen vanskeliggøres, og tilbudsgiveren af den grund ikke kan opfylde forpligtelserne i henhold til kontrakten. Det forudseelige tab vil dog ikke udelukkende indebære et tab for den pågældende tilbudsgiver, men kan også have konsekvenser for ordregiver, hvilket kan være i form af omkostninger ved et nyt udbud, tabte investeringer i henhold til kontrakten, samt vanskeligheder ved at anskaffe den udbudte ydelse frem til en ny kontraktindgåelse.¹⁷³

¹⁶⁹ L 19, s. 190

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 682; Jakobsen, Peter Stig m.fl.; *EU-Udbudsretten*, 2016, s. 549

¹⁷² Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 682

¹⁷³ Ibid. s. 684

I litteraturen¹⁷⁴ anses sådan en situation at kunne berettige ordregiver til at afvise tilbuddet som unormalt lavt i medfør af UDBL § 169, stk. 1. Dette vurderes at være modstridende med de specielle lovbemærkninger til bestemmelsen, hvori det som tidligere omtalt er anført, at en plausibel forklaring på en tilsyneladende *unormal lav pris*, blandt andet kan være, at tilbuddet, som er tabsgivende (negativ margin), er en forretningsmæssig strategi for den pågældende tilbudsgiver. En potentiel afvisning af sådan et tilbud må dog bero på et konkret skøn med inddragelse af andre relevante faktorer. En faktor såsom forholdet mellem tilbuddet og betydningen af tabet for tilbudsgiveren økonomiske stilling bør blandt andet inddrages.¹⁷⁵

Det er dog usikkert om de specielle lovbemærkninger til UDBL § 169, stk. 2 er i tråd med praksis fra EUD. Det anføres i lovbemærkningerne til bestemmelsen, at tilbud, der forekommer tilsyneladende unormalt lave, kan være berettiget:

“F.eks. fordi tilbudsgiver gerne vil opnå erfaring gennem kontrakten, og derfor har en lav margin (eller negativ margin)”.¹⁷⁶

EUD har i forbindelse med udenlandske tilbudsgiveres mulighed for at trænge ind på et andet lands marked, og i den sammenhæng automatisk udelukkelse af unormalt lave tilbud, udtalt at tilbudsgivere, der:

*“(...) ønsker at **begrænse deres avancer** for at kunne trænge mere effektivt ind på det pågældende marked (...)”*¹⁷⁷ (vores markering).

EUD anfører udelukkende, at tilbudsgivere kan være berettiget til *“at begrænse deres avancer”* (e.a. lav margin), men anfører dog ikke, at tilbudsgivere er berettiget til at afgive tilbud med negativ margin *“for at kunne trænge mere effektivt ind på det pågældende marked”*. Ølykke anfører i forbindelse med sin analyse af Udbudsdirektivet art. 69, at:

¹⁷⁴ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 682; Jakobsen, Peter Stig m.fl.; *EU Udbudsretten*, 2016, s. 549

¹⁷⁵ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 685; KLFU's kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen

¹⁷⁶ LF 19, s. 190

¹⁷⁷ EUD's dom af 15. maj 2008 i de forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP SpA og Santorso Soc. Coop. arl mod Comune di Torino, p. 26

“(…) tilbuddet skal være lavt i forhold til kontraktens genstand og vilkår, at et unormalt lavt tilbud er et tilbud, hvor de samlede omkostninger ved at levere i henhold til kontrakten ikke dækkes af prisen.”¹⁷⁸ (vores markering).

De totale/samlede omkostninger skal opgøres ud fra den lovede kvalitet, leveret i rette tid og under overholdelse af de vilkår, der er fastsat i kontrakten.¹⁷⁹

Lovbemærkningerne stemmer som udgangspunkt ikke overens med denne tilgang, da der i lovbe­mærkningerne gives adgang til at afgive tilbud med negativ margin, som led i en forretningsmæssig strategi.

Det anføres dog samtidig af Ølykke, at:

“I henhold til denne tilgang til definitionen af et unormalt lavt tilbud kan ordregiveren vælge at acceptere forklaringer, der begrundet en lavere pris end en pris, der dækker de totale omkostninger, hvis tilbudsgiveren har en god forklaring. Fx at prisen er udtryk for en satsning, med henblik på at etablere et ry som leverandør til den offentlige sektor.”¹⁸⁰ (Vores markering).

Ølykke anfører således implicit, at et tilbud med en negativ margin kan være berettiget under visse omstændigheder. Dette afhænger dog af, hvilken tilgang, der anlægges til definitionen af et unormalt lavt tilbud. Retten har i nyere praksis foretaget en fortolkning af begrebet unormalt lave tilbud, og har i den forbindelse udtalt, at:

“Det er navnlig blevet fastslået, at den ordregivende myndighed med henblik på at give en tilstrækkelig begrundelse for, at det antagne bud ikke var unormalt lavt, skulle gøre rede for de overvejelser, på grundlag af hvilke den (...) for det andet havde den undersøgt, om de foreslåede priser medtog alle de udgifter, der følger af det antagne buds tekniske aspekter”¹⁸¹ (Vores markering).

Det vurderes derfor at være tvivlsomt, hvorvidt berettigelsen i lovbe­mærkningerne til at afgive tilbud med negativ margin er i overensstemmelse med EUD's og Rettens fortolkning af begrebet (tilsyneladende) unormalt lave tilbud. Det vurderes, at et tilbud med negativ margin, som udgangspunkt ikke medtager alle de udgifter, som følger af tilbuddets tekniske aspekter. Ydermere, hvis tilgangen i AKZO-testen omhandlende misbrug af dominerende stilling anlægges på unormalt lave tilbud, vil

¹⁷⁸ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 679

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Rettens dom af 4. juli 2017 i sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg SA m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur, pr. 91

priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger eller de gennemsnitlige samlede omkostninger, hvorved en dominerende virksomhed søger at eliminere en konkurrent, betragtes som unormalt lave. Det er forfatterens vurdering, at adgangen til at afgive tilbud med negativ margin, som på nuværende tidspunkt fremgår af lovbemærkningerne bør betragtes meget snæver og bør holdes op mod formålet med tilbuddet. Berettigelsen understøttes til en vis grad i det ovenfor citerede af Ølykke, som anfører, at ordregiver kan vælge at acceptere forklaringer, der begrundes en lavere pris, end priser, der dækker de totale omkostninger, hvis tilbudsgiveren har en god forklaring.

Forfatterne vurderer i overensstemmelse med dette, at tilbud, som ikke dækker de totale omkostninger (medfører negativ margin), i konkrete tilfælde kan være berettiget. Dog vurderes det at være en konkret vurdering af tabets størrelse, samt en vurdering af, hvorvidt tabet indebærer en risiko for en manglende levering eller et behov for genforhandling af den tilbudte pris ex-post.

3.3 Predatory pricing

3.3.1 Kan et tilbud, som er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform “*predatory pricing*” afvises af ordregiver?

Som anført i afsnit 3.2.2, fremgår det af lovbemærkningerne til UDBL § 169, at en tilsyneladende unormalt lav pris, som ydermere kan være tabsgivende for den pågældende tilbudsgiver, kan begrundes i en *forretningsmæssig strategi*, og dermed være berettiget. Som anført i afsnit 2.6.1, er en tilbudsgiver udelukkende omfattet af TEUF art. 102, såfremt de fire betingelser er opfyldt. Heriblandt betingelsen om, at den pågældende virksomhed skal besidde en dominerende stilling på markedet.

Såfremt en tilbudsgiver anvender *predatory pricing* som strategi indebærer dette ikke nødvendigvis, at kontrakten vil være tabsgivende for tilbudsgiveren. At en tilbudsgiver anvender predatory pricing kan indebære, at den pågældende tilbudsgiver ikke kan prissætte sine varer eller tjenesteydelser optimalt.¹⁸² Såfremt kontrakten er tabsgivende for den pågældende tilbudsgiver, samtidig med det forudseelige tab ikke kan anses at være ubetydeligt i relation til dennes økonomiske stilling, vil sådan et tilbud indebære, at tilbudsgiveren kan befinde sig i økonomiske vanskeligheder, som medfører, at kontrakten ikke kan opfyldes.¹⁸³ Såfremt denne risiko indtræder, vil en afvisning af tilbuddet som værende unormalt lavt som udgangspunkt være legitimeret.¹⁸⁴

¹⁸² Ølykke, Grith Skovgaard; *Abnormally low tenders - with an emphasis on public tenderers*, 2010, s. 256

¹⁸³ *Ibid.* s. 119f

¹⁸⁴ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 684

Det fremgår dog af lovbemærkningerne til UDBL § 169, stk. 2, at en tilbudsgiver bevidst kan afgive et tilbud med tab, som en forretningsmæssig strategi/begrundelse i at opnå den pågældende kontrakt, hvilket potentielt kan anses som en legitim grund. Det anføres i lovbemærkningerne, at:

*“Udover de i stk. 2 nævnte eksempler kan tilbud også forekomme unormalt lavt pga. tilbudsgivers forretningsmæssige strategier eller øvrige forretningsmæssige begrundelser.
F.eks. fordi tilbudsgiver gerne vil opnå erfaring gennem kontrakten, og derfor har en lav margin (eller negativ margin)”*.¹⁸⁵

Det er tvivlsomt, hvorvidt en tilbudsgiver, der besidder en dominerende stilling, kan anvende begrundelsen om, at denne vil opnå erfaring gennem kontrakten, som baggrund for sit tilsyneladende unormalt lave tilbud. Det må forudsættes, at en virksomhed, for at være dominerende, allerede har erfaring på det pågældende marked. Hensigten med predatory pricing er ikke at opnå erfaring ved udførelsen af kontrakten, men derimod, at andre aktører drives ud af eller afskæres fra at indtræde på markedet.¹⁸⁶ Dog ses lovbemærkningerne ikke som værende udtømmende, hvorfor andre redegørelser for en lav margin (eller negativ margin) kan være valide i en konkret situation.

En sådan aktør vurderes herudover at kunne begrunde sin tilsyneladende unormalt lave pris med UDBL § 169, stk. 2, nr. 1-2, hvor det angives:

*“Stk. 2. En ordregiver kan alene afvise et tilbud som unormalt lavt, når det tilbudte pris- eller omkostningsniveau ikke kan begrundes på baggrund af tilbudsgiverens redegørelse.
Redegørelsen kan vedrøre
1) besparelser i forbindelse med produktionsmetoden for varerne eller tjenesteydelserne eller byggemetoden,
2) de anvendte tekniske løsninger eller tilbudsgiverens usædvanlig gunstige betingelser for at levere varerne eller tjenesteydelserne eller for at udføre arbejdet”*

Det er i den ovenfor citerede bestemmelse anført, at redegørelsen for en tilsyneladende unormalt lav pris kan vedrøre *“usædvanlige gunstige betingelser”*. Dette vurderes i sammenhæng med predatory pricing relevant, da det vurderes, at en aktør med en dominerende stilling kan anvende denne begrundelse for sin tilsyneladende unormalt lave pris. *Usædvanlige gunstige betingelser* kan reflekteres i en tilbudsgivers overlegne økonomiske stilling på markedet, og indebærer i realiteten heller ingen risiko for

¹⁸⁵ L 19, s. 190

¹⁸⁶ Baumol, William J. i Konkurrenceverket; *The Pros and Cons of Low Prices*, s. 16.

manglende opfyldelse af kontrakten.¹⁸⁷ Såfremt et tilsyneladende unormalt lavt tilbud er begrundet med usædvanlige gunstige betingelser, som f.eks. ekstraordinære lave omkostninger, snarere end af grunde, der indebærer en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten, vurderes det, at ordregiver ikke kan afvise sådan et tilbud som værende unormalt lavt. En sådan afvisning vurderes samtidig at være modstridende med UDBL's regler om, at ordregiver skal acceptere det økonomiske mest fordelagtige tilbud afgivet af en kvalificeret tilbudsgiver, jf. UDBL § 161.¹⁸⁸ Uagtet, at det ikke udtrykkeligt fremgår af loven, at ordregiver er forpligtet til at acceptere sådan et tilbud, skal redegørelsen for tilbuddets pris- og omkostningskonstruktion tages i betragtning. Såfremt redegørelsen er dokumenteret, vurderes det, at ordregiver ikke har beføjelse til at afvise sådan et tilbud.¹⁸⁹

Såfremt en virksomhed er dominerende, og dermed besidder en så stor markedsandel, vil en begrundelse for en tilsyneladende unormalt lav pris, som er bundet i en forretningsmæssig strategi om at opnå erfaring, ikke nødvendigvis være acceptabel. En tilbudsgiver vil som udgangspunkt ikke kunne sikre sig imod, at ordregiver er berettiget til at afvise dennes tilbud som værende unormalt lavt, selvom tilbudsgiveren bevidst har kalkuleret med tab, med den begrundelse, at kontrakten anses som værende strategisk vigtig.¹⁹⁰ Dog ses begrundelsen omhandlende "*usædvanlige gunstige betingelser*", som værende en legitim begrundelse for en sådan aktørs lave pris, hvilket medfører, at ordregiver, såfremt begrundelsen er valid, som udgangspunkt ikke kan afvise tilbuddet som værende unormalt lavt, jf. UDBL § 169, stk. 2, nr. 2.

En særlig faktor, der skal indgå i ordregivers vurdering af det tilsyneladende unormalt lave tilbud, er tilbudsgiverens økonomiske stilling. Ordregiver har som udgangspunkt ret til at afvise et tilbud som værende unormalt lavt, hvis tilbuddet er tabsgivende for tilbudsgiveren, uanset dennes eventuelle strategiske bevæggrunde, og at tabet ikke er ubetydeligt i forhold til tilbudsgiverens økonomiske stilling. Såfremt sådan en situation forekommer, må ordregiver være berettiget til at beskytte sig ved at afvise tilbuddet som unormalt lavt, da der kan indtræde en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten.¹⁹¹ Dette indikerer, at tilbudsgiverens økonomiske stilling potentielt set kan være udslagsgivende for vurderingen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Som tidligere fastslået,¹⁹² er en af betingelserne for, at *predatory pricing* kan finde sted, at den pågældende økonomiske aktør besidder en dominerende stilling, hvilket dermed bør inddrages i vurderingen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

¹⁸⁷ Arrowsmith, Sue; *The law of public and utilities procurement, volume 1*, 2014, s. 807f

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 685

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Se også afsnit 2.6.1

Denne vurdering er endnu ikke foretaget i praksis fra KLFU eller de danske domstole, hvorfor der i Danmark ingen indikatorer er på, hvorvidt en aktørs dominerende stilling kan legitimere et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

Afvisningen af et sådant tilbud er dog blevet fundet behandlet i svensk retspraksis. I Förvaltningsrätten i Linköpings dom af 20. oktober 2014,¹⁹³ behandlede forvaltningsretten, hvorvidt ordregivers afvisning af et tilbud, som var vurderet som værende et unormalt lavt tilbud, var berettiget. I klagers redegørelse for sit lave tilbud var det anført, at kontrakten var strategisk vigtig for klager, samtidig med, at klager besad en stærk finansiell stilling på det pågældende marked. Klager understøttede sin redegørelse med, at klager i medfør af sin stærke finansielle stilling på markedet kunne håndtere ethvert økonomisk tab som ville opstå ved udførelsen af kontrakten.

Forvaltningsretten fandt, at klagers redegørelse var fyldestgørende og baggrunden for de lave priser var legitime. Forvaltningsretten udtalte, at ordregivers afvisning af tilbuddet som værende unormalt lavt havde været uberettiget, og tilsidesatte vurderingen.

Forvaltningsretten fandt, at en kalkulering med tab, grundet en kontrakts strategiske vigtighed, var berettiget. Dette var understøttet af tilbudsgiverens økonomiske stilling, samt redegørelse for, at tabet ved den pågældende kontrakt ville blive opvejet af profit ved andre kontrakter i løbet af rammeaftalen. Med øje for dommens manglende retskildeværdi vurderes det dog, at en sådan sag underlagt de danske udbudsregler, vil have samme udfald, henset til, at lovbemærkningerne til UDBL § 169, stk. 2 anfører, at en virksomheds tilsyneladende unormalt lave tilbud kan være grundet af *forretningsmæssige strategier*.¹⁹⁴ Henset til, at en virksomhed kan have en forretningsmæssig strategi ved at kalkulere med tab,¹⁹⁵ fordi der vil være overskud fra andre aktiviteter,¹⁹⁶ vil dette betyde, at ordregiveren sandsynligvis ikke vil have mulighed for at afvise et tilbud, der forekommer lavt som følge af predatory pricing.

Det vurderes, at tilbudsgiverens økonomiske stilling bør være et tungtvejende og afgørende moment for vurderingen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Dette er særligt tilfældet ved en sådan strategisk prissætning, hvor der bevidst kalkuleres med tab, grundet kontraktens strategiske værdi for tilbudsgiver. Ved vurderingen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, hvori der er kalkuleret med lav eller negativ margin, vurderes det, at dette skal sættes i relation til, hvorvidt tilbudsgiver i andre aspekter af deres

¹⁹³ Fukt & Saneringsteknik i Norrköping AB mod Hyresbostäder i Norrköping Aktiebolag, mål nr. 3949-14

¹⁹⁴ L 19, s. 190

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Dom afsagt af Förvaltningsrätten i Linköping d. 20.10.2014, Fukt & Saneringsteknik i Norrköping AB mod Hyresbostäder i Norrköping Aktiebolag, mål nr. 3949-14, s. 9

forretning kan opveje denne manglende margin. Ved en sådan vurdering bør aspekter såsom risikoen for manglende opfyldelse af kontrakten også inddrages.

KLFU har dog før UDBL's ikrafttræden vurderet, at et tilbud, som ville medføre direkte tab for tilbudsgiveren, berettigede ordregiver til at afvise tilbuddet som værende unormalt lavt.¹⁹⁷ Dette selvom kontrakten af den pågældende tilbudsgivers moderselskab blev anset som værende strategisk vigtig. Det afgørende i denne sag må dog anses at være, at tilbudsgiveren i medfør af kontrakten ikke kunne opveje tabet, som deres tilbud medførte. Det måtte derfor anses, at der forelå en plausibel risiko for manglende opfyldelse af kontrakten, blandt andet grundet rammeaftalens tildelingsmekanisme. Det er dog tvivlsomt om KLFU vil finde frem til sådan en afgørelse efter UDBL's ikrafttræden. Denne vurdering er som følge af, at der i medfør af forarbejderne til UDBL § 169, stk. 2, tillades, at et tilbud kan være tilsyneladende unormalt lavt "*f.eks. fordi tilbudsgiver gerne vil opnå erfaring gennem kontrakten, og derfor har en lav margin (eller negativ margin)*".¹⁹⁸ Det skal dog i sådan en situation tages i betragtning om der foreligger en plausibel risiko for manglende opfyldelse af kontrakten.

Et tilbud fra en dominerende aktør på et specifikt marked, som forekommer tilsyneladende unormalt lavt, vurderes at kunne være afgivet på grund af konkurrencemæssige hensyn, for at bibeholde sin egen konkurrencemæssige stilling på det specifikke marked. Dette skal ses i sammenhæng med, at predatory pricing eksempelvis kommer til udtryk i form af defensive pristilpasninger for at bibeholde sin egen konkurrencemæssige position på markedet.¹⁹⁹ Netop konkurrencemæssige hensyn er tidligere af KLFU anset som værende en valid begrundelse for et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

I kendelse af 12. juli 2017, Tieto Denmark A/S mod Finansministeriets Koncern, blandt andet omhandlende unormalt lave priser, begrundede en tilbudsgiver sin tilsyneladende unormalt lave pris i konkurrencemæssige hensyn. Det er i indklagedes anbringende til påstand 4 anført, at:

“Redegørelsen fra cBrain A/S bekræftede netop, at fastsættelsen af de lave priselementer i tilbuddet fra cBrain A/S var en bevidst handling, som var sket ud fra konkurrencemæssige hensyn.”

Indklagede havde på baggrund af denne begrundelse samt redegørelsen fra den pågældende tilbudsgiver, foretaget en konkret vurdering af tilbuddets sammensætning. Indklagede havde vurderet, at tilbuddet

¹⁹⁷ KLFU's kendelse af 14.1.2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen

¹⁹⁸ L 19, s. 190

¹⁹⁹ Se afsnit 2.6.1; Westh, Sven og Kristensen, Bente Skovgaard; *Konkurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) - principper og praksis*, U.2003B.225, s. 2

ikke skulle afvises som unormalt lavt. KLFU fandt ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering og udtalte:

“Når dette sammenholdes med svaret fra cBrain A/S og det ovenfor anførte, er der imidlertid heller ikke heri grundlag for at antage, at der er grund til at tilsidesætte Finansministeriets skøn over, at der ikke forelå et unormalt lavt bud”.

KLFU fandt dermed, at *“konkurrencemæssige hensyn”* kunne anses som værende en forretningsmæssig begrundelse, samt at det i den konkrete situation var en valid begrundelse for et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

Det vurderes af forfatterne, at en afvisning af et tilbud, som er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform *predatory pricing*, som udgangspunkt ikke kan afvises som værende unormalt lavt i medfør af UDBL § 169, stk. 2. Forfatterne er af denne overbevisning, da en tilbudsgiver, som afgiver et sådant tilbud, besidder en stærk økonomisk stilling på et pågældende marked. Som følge af dette kan en kontrakt, som medfører en lav eller er tabsgivende for tilbudsgiveren, have så stor en strategisk værdi, at denne er villig til at have en lav/negativ margin ved udførelsen af den pågældende kontrakt. Samtidig vurderes det at være afgørende, at risikoen for en manglende opfyldelse af kontrakten er minimal, hvilket bunder i den strategiske værdi af kontrakten for den pågældende aktør. Denne vurdering er således baseret på en tilgang om, at tilbud, som ikke dækker alle tilbudsgiveres omkostninger er berettiget, såfremt tilbuddet ikke indeholder en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten. Det vurderes, at risikoen for manglende opfyldelse af kontrakten uundgåeligt må være influeret af aktørens økonomiske stilling på markedet, og i den forbindelse, hvorvidt tabet kan dækkes andetsteds. Denne vurdering understøttes både af lovbemærkningerne til UDBL § 169 og i litteraturen²⁰⁰.

En sådan tilgang indebærer dog samtidig risikoen for, at der kan ske en forskelsbehandling mellem SMV'er²⁰¹ og store virksomheder på baggrund af deres økonomiske stilling, hvilket kan være i strid med UDBL § 2. Denne potentielle forskelsbehandling vurderes at være en afledt konsekvens af lovbemærkningernes berettigelse til at afgive tilbud med negativ margin, samt tilgangen til definitionen af unormalt lave tilbud.

Anlægges tilgangen om, at et tilbud skal dække de totale omkostninger, sikres det, at forskelsbehandlingen mellem SMV'er og store virksomheder ikke indtræder. Endvidere sikres der med

²⁰⁰ Fabricius, Jesper; *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 684f

²⁰¹ Forkortelse for *små og mellemstore virksomheder*

en sådan tilgang en overensstemmelse med konkurrencereglerne. Dette skal ses i sammenhæng med AKZO-testen, som kan overføres til vurderingen af unormalt lave tilbud.²⁰² Som følge af AKZO-testen vil et tilbud fra en økonomisk aktør, som er dominerende på det pågældende marked, og hvis pris enten er under de *kortsigtede marginalomkostninger* eller de *gennemsnitlige variable omkostninger*, og hvor formålet er at eliminere en konkurrent, udgøre misbrug og være i strid med konkurrencereglerne.

Som tidligere anført er der dog nu udtrykkelig angivet i lovbemærkningerne, at tilbudsgivere kan være berettiget til at afgive tilbud med negativ margin. Som følge af dette anlægges der i lovbemærkningerne en tilgang til unormalt lave tilbud, hvor det ikke er nødvendigt, at de samlede omkostninger er dækket. Således vurderes det, at det afgørende er, hvorvidt tilbuddet også indeholder en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten.

Der kan potentielt set være adskillige situationer, hvor de to forskellige tilgange til unormalt lave tilbud leder til modstridende vurderinger af, hvorvidt et tilbud skal anses som værende unormalt lavt. En tilbudspris, som ikke dækker de totale omkostninger vil, alt andet lige, medføre en afledt, øget risiko for manglende opfyldelse af kontrakten. At denne risiko indtræder, er ydermere understøttet i retspraksis fra Retten²⁰³, som ved sin fortolkning af begrebet unormalt lave tilbud har angivet, at tilbud, som ikke dækker de totale omkostninger indebærer en mistanke om, at tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at opfylde kontrakten. Retten uddyber i den forbindelse, at denne mistanke især opstår, hvis det ikke er klart, hvorvidt tilbuddet dækker samtlige de omkostninger, som de tekniske aspekter af tilbuddet vil medføre.

Det er på baggrund af ovenstående forfatteres vurdering, at tilgangen, som anlægges i lovbemærkningerne til UDBL § 169, som berettiger tilbud med lav/negativ margin, hvilket, som afledt konsekvens, kan medføre en forskelsbehandling i strid med UDBL § 2. Afvisning af et tilbud, der er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform *predatory pricing*, kan som følge af lovbemærkningerne som udgangspunkt ikke afvises som unormalt lavt i medfør af UDBL § 169, stk. 2. Predatory pricing kan dog være en risikabel strategi, hvis tilbudsgiverens pris- og omkostningsniveau ikke kan begrundes, og ordregiver vurderer, at tilbudsprisen medfører en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten. I sådanne tilfælde vil en ordregiver være berettiget til at afvise sådan et tilbud i medfør af UDBL § 169, stk. 2.

²⁰² Se afsnit 2.6.1

²⁰³ Se hertil fodnote 154

3.3.2 Kan en økonomisk aktør som har gjort brug af predatory pricing og misbrugt sin dominerende stilling udelukkes fra fremtidige udbud i medfør af UDBL § 137, stk. 1, nr. 3?

Som konstateret i analysens foregående afsnit, vurderes det, at ordregiver ikke nødvendigvis har hjemmel til at afvise tilbud udformet på baggrund af predatory pricing som værende unormalt lave. Dette er blandt andet grundet tilgangen, som anlægges til unormalt lave tilbud i lovbemærkningerne, hvor tilbud med negativ margin kan være berettiget. Dette kan dog potentielt udgøre en overtrædelse af konkurrencereglerne, hvis anvendelsen af predatory pricing medfører misbrug af dominerende stilling. I nærværende afsnit vil undersøges, hvorvidt ordregiver har andre muligheder for at gribe ind over for prissætningsformen predatory pricing.

UDBL indeholder i UDBL § 137, stk. 1 de frivillige udelukkelsesgrunde, som aktivt skal tilvælges af ordregiveren. I nærværende afsnit behandles UDBL § 137, stk. 1, nr. 3, som giver ordregiver en potentiel mulighed for at udelukke tilbudsgiver, som har gjort brug af predatory pricing og i den henseende misbrugt sin dominerende stilling. UDBL § 137, stk. 1, nr. 3 bestemmer følgende:

“En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis

(...)

*3) ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren **i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet...**” (vores markering).*

Af lovtæksten fremgår det ikke, hvad formuleringerne *“i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv”* og *“alvorlige forsømmelser”* indebærer, hvorfor det findes nødvendigt at definere disse.

Formuleringen *“i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv”* indebærer, at forsømmelsen skal være begået i forbindelse med tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed. *Erhverv* skal forstås bredt, og omfatter ikke alene alvorlige forsømmelser, der direkte er knyttet til kvaliteten af opgaveudførelsen.²⁰⁴

EUD fik i Forposta-sagen²⁰⁵ mulighed for at eksemplificere, hvilke momenter, der kan henhøre herunder. EUD udtalte, at:

²⁰⁴ LF 19, s. 154

²⁰⁵ EUD's dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA

*“En økonomisk operatørs manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser kan derfor i princippet betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv”.*²⁰⁶

I lovforarbejderne er det defineret, hvad begrebet “*alvorlige forsømmelser*” dækker over. Hertil skal henses forhold såsom:

*“Manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af skatteregler, **konkurrenceregler** eller regler for intellektuel ejendomsret”.*²⁰⁷ (Vores markering).

Ved fortolkningen af, hvad “*alvorlig forsømmelse*” indebærer, har EUD udtalt, at:

*“Begrebet »alvorlig fejl« i almindelighed skal henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, som er udtryk for en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. Følgelig kan enhver delvis, upræcis eller mangelfuld opfyldelse af en kontrakt eller en del af denne således eventuelt påvise en begrænset faglig kompetence hos den økonomiske operatør, men er ikke automatisk lig med en alvorlig fejl”.*²⁰⁸

Som citeret fra lovbemærkningerne til UDBL § 137, stk. 1, nr. 3 indebærer *alvorlige forsømmelser* blandt andet brud på konkurrencereglerne. At brud på konkurrencereglerne er omfattet af bestemmelsen, fremgår ydermere af præambelbetragtning 101 til Udbudsdirektivet, samt er det af EUD i sag C-470/13²⁰⁹ udtalt, at:

*“I øvrigt viser 101. betragtning til direktiv 2014/24, som blev vedtaget efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen – hvori det udtales, at ordregivende myndigheder bør have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, **navnlig for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelse af konkurrenceregler, idet en sådan forsømmelse kan så tvivl om en økonomisk aktørs integritet**”*²¹⁰ (vores markering).

Såfremt en virksomhed anvender *predatory pricing* som prisstrategi, vil det kunne udgøre en alvorlig forsømmelse, hvis den pågældende tilbudsgiver misbruger sin dominerende stilling med det formål at

²⁰⁶ Ibid. pr. 29

²⁰⁷ LF 19, s. 154

²⁰⁸ EUD's dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA, pr. 30

²⁰⁹ EUD's dom af 18. december 2014 i sag C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

²¹⁰ Ibid. pr. 37

udelukke andre virksomheder fra markedet. En sådan adfærd vil være en overtrædelse af konkurrencereglerne, jf. TEUF art. 102, hvilket vil berettige en ordregiver til at udelukke en sådan tilbudsgiver i medfør af UDBL § 137, stk. 1, nr. 3.

UDBL § 137, stk. 1, nr. 3 berettiger en ordregiver til at udelukke en tilbudsgiver omfattet af udelukkelsesgrunden, selvom der på tidspunktet for udelukkelsen endnu ikke foreligger en endelig dom. Det anføres i lovbemærkningerne til bestemmelsen, at:

“Endvidere kan det efter omstændighederne være et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser, hvis ordregiveren kan henvise til et udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer.”²¹¹

Det vurderes, at brugen af den strategiske prissætningsform predatory pricing, og såfremt prissætningen udgør et brud på konkurrencereglerne, jf. TEUF art. 102, er risikabel da det på et senere tidspunkt kan medføre udelukkelse fra fremtidige udbud i medfør af UDBL § 137, stk. 1, nr. 3. Såfremt adfærd udgør et brud på konkurrencereglerne forpligtes ordregiver til at udelukke den pågældende tilbudsgiver i medfør af UDBL § 137, stk. 1, nr. 3, selvom der endnu ikke foreligger endelig dom for en påstået overtrædelse. Ved udelukkelse af en tilbudsgiver i medfør af UDBL § 137, stk. 1, nr. 3, kan en ordregiver som dokumentation henvise til udenretligt forlig, udtalelser fra brancheorganisationer angående forsømmelsens karakter eller sågar også dokumentation fra egne eller andres erfaringer.

3.4 Unbalanced bidding

3.4.1 Kan et tilbud, som er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform “unbalanced bidding” afvises af ordregiver?

En tilbudsgivers lave, eller såkaldte nul-priser for visse ydelser, kan medføre, at den samlede tilbudssum, som er en sum af alle delpriser, kan forekomme tilsyneladende unormalt lav. Ordregiver har i medfør af UDBL som udgangspunkt ikke andre muligheder for at afvise et tilbud som er konstrueret på baggrund af strategien *unbalanced bidding*, end som værende unormalt lavt.

Såfremt ordregiver vurderer, at den samlede tilbudssum, som er konstrueret på baggrund af den strategiske prissætningsform *unbalanced bidding*, forekommer unormalt lav, skal ordregiver som tidligere angivet, give den pågældende tilbudsgiver mulighed for at redegøre for tilbuddets sammensætning, jf. UDBL § 169, stk. 1.

²¹¹ LF 19, s. 154

I nærværende sammenhæng vurderes konkret UDBL § 169, stk. 2, nr. 1-2 at være relevante.

Såfremt en tilbudsgiver i sin redegørelse begrundet den samlede tilsyneladende unormalt lave tilbudssum med, at der ved visse produktkategorier, er angivet lave delpriser grundet hhv. UDBL § 169, stk. 2, nr. 1 og 2, og denne begrundelse fremkommer valid og dokumenteret, kan ordregiver ikke afvise tilbuddet som værende unormalt lavt, jf. UDBL § 169, stk. 2. Det kan i denne forbindelse ikke afvises, at et tilbud som tilsyneladende er konstrueret på baggrund af *unbalanced bidding* reelt er udtryk for, at tilbudsgiveren har besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, og derfor kan afgive meget lave priser for enkelte varer/ydelse. Dette kan resultere i, at den samlede pris fremstår som unormalt lav.

Ydermere fremgår det af lovbemærkningerne til § 169, at:

“Udover de i stk. 2 nævnte eksempler kan tilbud også forekomme unormalt lavt pga. tilbudsgivers forretningsmæssige strategier eller øvrige forretningsmæssige begrundelser.

*F.eks. (...) anføre nul-priser eller negative priser for enkelte poster som en del af virksomhedens forretningsmæssige strategi.*²¹² (vores markering).

Lovbemærkningerne giver adgang til, at tilbudsgivere for enkelte poster (delpriser) kan anføre nul-priser eller sågar negative priser. Sådan en priskonstruktion er det essentielle i *unbalanced bidding*, hvorved lovbemærkningerne implicit, uden konkret at anføre “strategisk prissætning”, tillader sådan en prissætning. Lovbemærkningerne anfører dog i denne forbindelse, at sådan prissætning kan ske som led i tilbudsgivers “forretningsmæssige strategier eller øvrige forretningsmæssige begrundelser.”

Unbalanced bidding kan medføre, at et tilbud forekommer tilsyneladende unormalt lavt, men som ovenfor anført, kan en sådan konstruktion potentielt være lovlig begrundet i *forretningsmæssige strategier eller andre forretningsmæssige begrundelser*, hvorved fortolkningen heraf forekommer meget bred.

Ordregivers hjemmel til at afvise et tilbud konstrueret på baggrund af *unbalanced bidding* som unormalt lavt, vurderes at være, at opfyldelsen af kontrakten vil medføre, at tilbudsgiveren vil befinde sig i økonomiske vanskeligheder, som vil medføre, at kontrakten ikke kan opfyldes. Som anført i afsnit 3.2.1, vil ordregivers vurdering af, at sådan en risiko kan indtræde på baggrund af tilbudsgiverens tilsyneladende unormalt lave tilbud, være en berettiget grund til at afvise tilbuddet som unormalt lavt.

²¹² LF 19, s. 190

Dette under forudsætning af, at den pågældende tilbudsgiver ikke kan redegøre for sit tilsyneladende unormalt lave tilbud, jf. UDBL § 169, stk. 1-2.

I praksis fra KLFU er strategien *unbalanced bidding*, set anvendt adskillige gange.²¹³ Dog er konstruktionen af sådan et tilbud og dets lovlighed sjældent behandlet.

KLFU tog i deres kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen stilling til afvisningen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Det vurderes på baggrund af sagens faktum, at tilbuddet var konstrueret på baggrund af den strategiske prissætningsform *unbalanced bidding*. Af sagens faktum fremgår, at klager for 60% af sine tilbudte ydelser havde tilbudt en pris på 0 kr. Klager havde for de resterende ydelser tilbudt priser, som var markant højere end de resterende tilbudsgiveres priser. Dette indikerer, at klagers strategi kan anses som værende matematisk ubalanceret.²¹⁴ KLFU tog ikke konkret stilling til brugen af strategien, men behandlede i stedet, hvorvidt afvisningen af et sådan tilbud som *unormalt lavt*, kunne anses som værende berettiget. KLFU tog i sagen ej heller stilling til, hvorvidt tilbuddet reelt også var det samlet laveste tilbud, og dermed materialistisk ubalanceret. KLFU udtalte vedrørende ordregivers afvisning af tilbuddet, at afvisningen var berettiget med henvisning til, at:

“Der har på den baggrund bestået en sådan betydelig tvivl om, hvorvidt en aftale med klageren uden en ændring af den unormalt lave pris eller af tildelingsmekanismen i rammeaftalen ville kunne overholdes af klageren, uden at dette samtidig medførte direkte tab for klageren, at indklagede har været berettiget til at afvise tilbuddet som unormalt lavt, jf. udbudsdirektivets artikel 55”, (vores markering).

Det afgørende for KLFU's vurdering kan udledes at være, at klageren ikke ved sit tilbud kunne indvinde tabet fra de ydelser, hvor prisen var 0 kr., ved at have højere priser, på de andre tilbudte ydelser. KLFU begrundede yderligere deres vurdering med, at:

“Forudsætningen om, at manglende indtjening på ydelserne prissat til 0 kr. ville blive modsvaret af en indtjening på de af klageren højt prissatte ydelser inden for normal arbejdstid, forekommer ligeledes uholdbar henset til prismekanismen i aftalen, hvorefter aftagerne er forpligtet til at vælge den billigste leverandør af den enkelte ydelse, og til, at klageren havde prissat ydelserne i normal arbejdstid højere end de øvrige tilbudsgivere ” (vores markering).

²¹³ KLFU's kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen og KLFU's kendelse af 23. januar 2012, Proffice A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

²¹⁴ Se afsnit 2.6.2.2

Henset til tildelingsmekanismen i den pågældende rammeaftale ville klager således udelukkende få tildelt kontrakter, hvor de havde tilbudt den billigste pris, hvilket var for de ydelser, hvor de havde tilbudt 0 kr. Klager ville således på ingen måde kunne indvinde tabet på disse ydelser, da de grundet tildelingsmekanismen ikke ville få tildelt kontrakter omhandlende de ydelser som klageren havde prissat markant højere end konkurrenterne. Indklagede ville i medfør af tildelingsmekanismen være forpligtet til at tildele kontrakter til de tilbudsgivere med laveste pris for de respektive ydelser.²¹⁵

KLFU har ydermere i sin kendelse af 23. januar 2012²¹⁶ taget stilling til, hvorvidt afvisningen af klagers tilbud som værende unormalt lavt var berettiget. Klager havde for visse delposter ifølge ordregiver “angivet unormalt lave priser” og for de resterende delposter angivet priser, som “ikke afviger fra det forventelige”, hvilket vurderes at kunne sidestilles med *unbalanced bidding*. Af sagsfremstillingen fremgår det, at rammeaftalen ikke indeholdte en egentlig pligt til at levere. Klager havde i den forbindelse tilbudt meget lave priser, som ordregiver fandt at være “*markant lavere end de omkostninger tilbudsgiver må formodes at have til lønomkostninger.*”

Efter henvendelse fra ordregiver, fastholdt klager sit tilbud, men ordregiver fandt, at:

“(…) der er dermed en risiko for, at Proffice A/S og Proffice Care A/S ikke vil efterleve de dele af deres tilbud, som er unormalt lavt, og dermed tildele sig selv en uberettiget konkurrencefordel. (...) der er en betydelig risiko for, at Proffice A/S og Proffice Care A/S tildeler sig selv en uhjemlet og uretmæssig begunstiggelse gennem en mulig efterfølgende sortering i hvilke opgaver Proffice A/S og Proffice Care A/S ønsker at påtage sig baseret på om opgaverne tildeles indenfor de områder, hvor de har afgivet unormalt lave priser eller indenfor de områder, hvor deres priser ikke afviger fra det forventelige.”

KLFU fandt at ordregivers afvisning af sådan et tilbud var berettiget, og statuerede, at en risiko for manglende opfyldelse er en berettiget begrundelse for afvisning af et unormalt lavt tilbud. Det skal dog bemærkes, at kendelsen er fra før UDBL og det vurderes at forekomme usikkert, hvorvidt adgangen til at angive nul-priser for delposter, ville have medført et andet udfald i den konkrete sag. Det vurderes dog samtidigt, som tidligere anført,²¹⁷ at en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten stadig hjemler ordregivers adgang til at afvise et tilbud som værende unormalt lavt.

²¹⁵ Förvaltningsrätten i Stockholm dom af 5. marts 2010, *NFB Transport Systems AB mod Danderyds Kommun m.fl.*, mål nr. 21748-10. Förvaltningsrätten fandt, at ordregivers afvisning af NFB's tilbud, som omfattede priser på 0 SEK for prislistens faste del, var acceptabel.

²¹⁶ Proffice A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S

²¹⁷ Se afsnit 3.2.1

I dom af 8. oktober 2014, Språkservice Sverige AB mod Lapplands Kommunalforbund²¹⁸, fandt den svenske Forvaltningsret i Luleå i en tilsvarende situation, at et sådan tilbud var “useriøst”, hvorfor ordregivers afvisning af tilbuddet som unormalt lavt var berettiget.

KLFU har tidligere også taget stilling til, hvorvidt det er tilladeligt/egnet, at ordregiver i sortimentsudbud anvender evalueringsmetoder, som foranlediger, at tilbudsgiverne får mulighed for at spekulere i at tilbyde kunstigt lave priser på ydelser/varer, som vanligt har en høj pris, men dog med en begrænset efterspørgsel. Samtidig skal denne spekulation indebære, at tilbudsgiverne modsat får mulighed for at tilbyde høje priser på den del af sortimentet, som har en høj efterspørgsel og dermed vinde udbuddet. Denne spekulation vurderes at være essensen i prissætningsstrategien *unbalanced bidding*, hvorfor KLFU’s stillingstagen til spørgsmålet behandles nedenfor.

I KLFU’s to kendelser af 1. februar 2013, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, påstod klager, at ordregiver ikke havde fulgt den evalueringsmetode, som var beskrevet i udbudsmaterialet. KLFU anførte følgende i kendelserne:

“At klageren ikke kunne have en berettiget forventning om, at indklagede med svaret på spørgsmål 8 havde bundet sig til at anvende den af klageren påståede evalueringsmetode, bestyrkes tillige af det forhold, at en sådan metode kunne give grundlag for spekulation i at tilbyde meget lave enhedspriser på varelinjer med begrænset efterspørgsel.” (Vores markering).

KLFU anførte ikke udtrykkeligt, at en sådan evalueringsmetode er uegnet, men anlægger ud over en rent juridisk betragtning også en fornuftsbetragtning i sine afgørelser af de to sager²¹⁹, som angik to parallelle sortimentsudbud. KLFU’s egne betragtninger statuerer, at det for ordregiver ikke er tilladeligt at anvende metoder, som giver tilbudsgiverne grundlag for at spekulere i at skævvride deres tilbud.²²⁰

KLFU tog endnu en gang stilling til egnetheden af en evalueringsmetode i et sortimentsudbud, som gav anledning til, at tilbudsgiverne kunne afgive “spekulative priser”, i sin kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud. KLFU anførte følgende vedrørende evalueringsmetoden:

“KomUdbuds evalueringsmodel har favoriseret tilbud, som var udtryk for, at tilbudsgiverne har prioriteret eller spekuleret i at tilbyde lave eller levere priser på forholdsvis dyre produkter med en

²¹⁸ Mål nr.: 1466-14

²¹⁹ Piening, Anja i Treumer, Steen (red.); *Udbudsloven*, 2016, s. 406

²²⁰ *Ibid.* s. 405f

forventet begrænset efterspørgsel og eventuel samtidig tilbyde højere enhedspriser på produkter til få øre, men som forventes at skulle leveres i store mængder”.

KLFU fandt, at en sådan evalueringsmodel ikke var egnet, samtidig med, at ordregiver ved fastlæggelsen af evalueringsmodellen i et sortimentsudbud skal forholde sig til det forventede forbrug af de enkelte varelinjer. Dette antages i litteraturen at gøre sig gældende uanset om ordregiver i øvrigt har valgt at specificere produkterne på varelinjeniveau eller i produktkategorier.²²¹

KLFU har også i en anden kontekst behandlet egnetheden af evalueringsmodeller, som indebærer en risiko for “strategisk prissætning”. I kendelse af 3. marts 2017 Mediq Danmark A/S mod Aalborg Kommune, Brønderslev Kommune og Læsø Kommune, påstod klager, at ordregivers evalueringsmodel var uegnet. Af kendelsen og det deri indeholdte udbudsmateriale fremgår det, at tilbudsgiverne havde haft mulighed for at afgive tilbud på supplerende sortiment. Klager antog, at produkterne i det supplerende sortiment ikke ville blive indkøbt og *“derfor så at sige risikofrit i meget stort antal kunne tilbydes til meget lave priser, hvilket herefter som beskrevet ville kunne influere på resultatet af konkurrencen, således at metoden ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”*

KLFU tiltrådte ikke antagelsen, hvilket KLFU ikke uddybede meget nærmere, men henviste til, at:

“Kommunerne har vurderet tilbuddene i henhold til et i forvejen beskrevet forventet behov (årligt forbrug), men har ved bestemmelsen i kravspecifikation om det supplerende sortiment og ved fastsættelsen af evalueringsmetoden lagt udtrykkelig vægt på, at konkurrencen ikke bare skulle angå de allerede kendte produkter og mærker, men også tilsvarende produkter fra andre mærker, som overholdt de fastsatte mindstekrav.”

KLFU fandt på denne baggrund, at der ikke var grundlag for at antage, at evalueringsmetoden var uegnet og i denne sammenhæng ikke kunne anses at være i strid med UDBL §§ 2 og 160.

Det vurderes på baggrund af ovenstående analyse, at et tilbud konstrueret på baggrund af den strategiske prissætningsform *unbalanced bidding*, som udgangspunkt ikke berettiger ordregiver til at kunne afvise tilbuddet som værende unormalt lavt. Vurderingen understøttes af, at der i lovbemærkningerne til UDBL § 169 gives udtrykkelig hjemmel til at anføre nul-priser og sågar også negative priser for delposter som led i en forretningsmæssig strategi eller øvrige forretningsmæssige begrundelser. En

²²¹ Ibid. s. 405

sådan prissætning vurderes at være hovedelementet i *unbalanced bidding*, hvorved det vurderes, at lovbemærkningerne til UDBL § 169 implicit tillader en sådan prissætning, og ydermere ikke giver ordregiver hjemmel til at afvise sådanne tilbud. Ordregiver kan dog i medfør af UDBL § 169, stk. 2 afvise sådanne tilbud, hvis tilbuddet indebærer en risiko for en hold-up situation ex post eller en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten.

3.4.2 Er der i medfør af *unbalanced bidding*, en hold-up risiko ved udførelsen af kontrakten?

Når virksomheder deltager i en udbudsprocedure, har de muligheden for fremtidig genforhandling in mente.²²² Hvis virksomhederne kan forudse, at ordregivers estimerede behov for delelementer ved et sortimentsudbud vil ændre sig ex post, har virksomhederne incitament til strategisk at skævvride deres bud, med det resultat, at virksomhedernes profit øges, mens omkostninger for den ordregivende myndighed også øges.²²³ At tilbudsgivere ved deres prissætning kalkulerer med, at der ex post vil opstå en genforhandlingssituation, medfører, at ordregiver ender i en penibel situation. Genforhandling indebærer ændringer, hvilket ikke nødvendigvis kan gennemføres.²²⁴ Såfremt disse ændringer ikke kan gennemføres, står ordregiver i en potentiel hold-up situation, hvor tilbudsgiver kræver yderligere betaling for levering af de pågældende ydelser. Sådan en situation kan også ligestilles med, at kontrakten ikke opfyldes, i hvert fald ikke i henhold til de aftalte rammer. Ordregiver skal ved en sådan situation gøre sig mange overvejelser. Netop om ændringerne der kan opstå under en genforhandling, er tilladelige i medfør af UDBL, og hvis ikke, om ordregiver så er nødsaget til at foretage et genudbud. KLFU har i praksis anført, at der kan foreligge en forpligtelse til at afvise tilbud som unormalt lave under omstændigheder, der f.eks. indikerer, at der ved opfyldelsen af kontrakten er behov for en genforhandling ex post.²²⁵

Det vurderes, at unbalanced bidding og i den forbindelse anførelse af lave priser for visse ydelser, kan medføre, at der ex post opstår en hold-up situation. Det vurderes i den forlængelse, at en sådan strategi og tilbud, som er konstrueret således, at de indeholder en risiko for en manglende opfyldelse af kontrakten, grundet en forudsætning om senere genforhandling/justering af prisen, berettiger ordregiver til at afvise tilbuddet som værende unormalt lavt i medfør af UDBL § 169, stk. 2.²²⁶

²²² Arrowsmith, Sue; *The law of public and utilities procurement, volume 1*, 2014, s. 807

²²³ Jung, Hojin et al.; *Strategic bidding and contract renegotiation*, 2019, s. 801

²²⁴ Der skal her sondres mellem *ændring af grundlæggende elementer, væsentlige elementer og uvæsentlige elementer*.

²²⁵ Se KLFU's kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune og KLFU's kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

²²⁶ Arrowsmith, Sue; *The law of public and utilities procurement, volume 1*, 2014, s. 807

3.5 Tilbudskoordinerer

3.5.1 Kan et tilbud, som er afgivet på baggrund af den strategiske prissætningsform “tilbudskoordinerer” afvises af ordregiver?

Ordregiver har ikke specifik hjemmel til at afvise koordinerede tilbud, som værende unormalt lave. Som det dog er angivet i afsnit 2.6.3.1, vil sådanne tilbud indeholde elementer af lave priser for visse produktkategorier og modsat vil den tilbudsgiver som der er tilbudskordineret med, tilbyde lave priser for andre produktkategorier. Selve prissætningen i denne strategi er sammenfaldende med essensen bag unbalanced bidding. Vurderingen af, hvorvidt disse tilbud kan afvises som unormalt lave, vil af denne grund være identisk med vurderingen af afvisningen af *unbalanced bidding* som værende unormalt lavt.²²⁷

Ordregivers mulighed for at gribe ind over for prissætningsstrategien tilbudskoordinerer, skal findes i de frivillige udelukkelsesgrunde. Ordregiver har mulighed for at udelukke en tilbudsgiver, såfremt ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Denne mulighed er en frivillig udelukkelsesgrund og skal derfor tilvælges af ordregiver. Såfremt ordregiver i udbudsbekendtgørelsen angiver, at den pågældende udelukkelsesgrund er tilvalgt, er ordregiver forpligtet til at afvise tilbudsgivere omfattet af udelukkelsesgrunden.²²⁸

3.5.2 Muligheden for at anvende UDBL § 137, stk. 1, nr. 4

For at en ordregivende myndighed kan anvende UDBL § 137, stk. 1, nr. 4 skal der være tilstrækkelige plausible indikationer for at antage, at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale. På baggrund af princippet om EU-konform fortolkning, skal “konkurrencefordrejende” fortolkes i lighed med forbuddet mod “konkurrencebegrænsende” aftaler i TEUF art. 101. Ordvalget i UDBL § 137, stk. 1, nr. 4 giver anledning til, at ordregivers bevisbyrde er lempeligere sammenlignet med andre frivillige udelukkelsesgrunde.²²⁹

Af lovbemærkningerne til UDBL § 137, stk. 1, nr. 4²³⁰ fremgår, at bevisbyrden for “*plausible indikationer*” kan være løftet af ordregiver ved at fremlægge dokumentation, som troværdigt indikerer,

²²⁷ Se afsnit 3.4.2

²²⁸ Kroon, Morten og Hanskov, Mikkel Christopher i Hagel-Sørensen, Karsten (red.): *Aktuel udbudsret II*, 2016, side 96

²²⁹ UDBL §§ 137, stk. 1, nr. 1, 3, 5 og 6, forpligtes ordregiver til at påvise, at en tilbudsgiver er omfattet af en af de nævnte, frivillige udelukkelsesgrunde, såfremt de er anført i udbudsbekendtgørelsen.

²³⁰ L 19, s. 154

at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.²³¹ Bevisbyrden er eksempelvis løftet, såfremt der kan fremlægges dokumentation, der beviser, at der er rejst tiltale mod tilbudsgiveren for at have indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Ydermere kan oplysninger fra myndigheder, som indikerer, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning være tilstrækkeligt.²³²

I medfør af ovenstående vil enhver konkurrencefordrejende aftale være tilstrækkelig til, at UDBL § 137, stk. 1, nr. 4, og de heraf afledte betingelser, er opfyldt. Dette indebærer, at det ikke alene er konkurrencefordrejende aftaler i relation til et udbud, der er omfattet af bestemmelsen, uagtet at sådan en situation vil være UDBL § 137, stk. 1, nr. 4's kerneområde. Bestemmelsen omfatter tilsvarende ikke kun det konkrete udbud, men såfremt ordregiver har tilstrækkelige plausible indikationer for, at en tilbudsgiver har indgået i en konkurrencefordrejende aftale i et tidligere udbud hos en anden ordregiver, vil bevisbyrden også være løftet.²³³ Det skal dog bemærkes, at en tilbudsgiver, som af ordregiver er vurderet til at være omfattet af bestemmelsen, altid skal have mulighed for at kunne dokumentere sin pålidelighed, jf. UDBL § 138, stk. 1-3 og 6, 2. pkt.

Det fremgår dog efter vedtagelsen af Lov nr. 1251 af 30. november 2019 om ændring af Udbudsloven og dennes § 138, stk. 4, at såfremt en ansøger eller tilbudsgiver, som ved endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer, er denne ikke berettiget til at gøre brug af muligheden for at dokumentere sin pålidelighed. Det fremgår i denne forbindelse af lovbemærkningerne, at:

“En ansøger eller tilbudsgiver, der eksempelvis ved dom er udelukket fra deltagelsen i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer i en periode på to år, vil derfor i denne toårige periode med dette ændringsforslag ikke have adgang til at dokumentere sin pålidelighed. Når den toårige periode er udløbet, vil den pågældende ansøger eller tilbudsgiver skulle dokumentere sin pålidelighed for at kunne komme i betragtning til tildeling af en offentlig kontrakt indtil udelukkelsesperioden i § 138, stk. 6, på 4 år er udløbet”²³⁴

KLFU har for nyligt taget stilling til anvendelsen af UDBL § 137, stk. 1, nr. 4. I kendelse af 5. december 2019²³⁵, nedlagde klager to forskellige påstande om, at visse tilbudsgivere var omfattet af førnævnte bestemmelse, og derfor skulle være udelukket fra udbuddet. Klager påstod først og fremmest, at det

²³¹ Ibid.

²³² Ibid.

²³³ Ibid.

²³⁴ Lovforslag L 33 om Forslag til ændring af Udbudsloven fremsat den 3. oktober 2019 af Erhvervsminister Simon Kollerup, (herefter benævnt L 33).

²³⁵ KLFU's kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen

faktum, at en af tilbudsgiverne havde en aktiepost i en af deltagerne i et konsortie, som også var tilbudsgiver ved det konkrete udbud, bør medføre, at disse forhold var i strid med konkurrencereglerne samt UDBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Klager påstod herudover, at dannelsen af konsortiet også var i strid med konkurrencereglerne, samt UDBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Det må dog bemærkes, at der, som udgangspunkt, ikke er noget i vejen for, at virksomheder, som har en indbyrdes tilknytning, også afgiver tilbud ved samme udbud. Det er dog en betingelse, at tilknytningen ikke må have påvirket tilbuddene.²³⁶ KLFU fandt netop vedrørende tilknytningen mellem tilbudsgiverne, at dette ikke havde påvirket tilbuddenes indhold, hvorfor klagepunktet ikke blev taget til følge.

Vedrørende konsortiets deltagelse i udbuddet vurderede KLFU, at ordregiver har et skøn om, hvorvidt der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen har haft til formål eller har haft til følge at fordreje konkurrencen.²³⁷ Da PRINFO Konsortiet har kunnet optimere deres tilbud samtidig med, at konsortiet ikke afgav det laveste tilbud, har konsortiet ikke truet gennemsigtigheden i udbuddet eller fordrejet konkurrencen.

Uagtet, at ordregiver har tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i UDBL § 137, stk. 1, nr. 4, er ordregiver ikke forpligtet til at foretage en egentlig stillingtagen til, hvorvidt konsortiet er i strid med konkurrencelovgivningen. En sådan stillingtagen vurderes også oftest at ligge uden for ordregivers kompetence²³⁸, og KLFU udtalte i sagen også, at ordregiver ikke havde haft pligt til at undersøge, hvorvidt konsortiedannelsen generelt var i strid med konkurrencereglerne. Dog medfører tilvalget af UDBL § 137, stk. 1, nr. 4, at ordregiver skal vurdere, om der er "*tilstrækkelige plausible indikationer*" for, at den pågældende situation har konkurrencefordrejning til formål, jf. formuleringen i UDBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Hvad angår denne strategiske prissætningsstrategi, kan det således konkluderes, at en ordregiver vil være berettiget til at afvise en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i et udbud, hvis ordregiveren for det første har anført og tilvalgt denne frivillige udelukkelsesgrund i udbudsbekendtgørelsen, jf. UDBL § 137, stk. 1. Dernæst skal den ordregivende myndighed kunne bevise, at der er tilstrækkelige

²³⁶ EUD's dom af 17. maj 2018 i sag C-531/16, *Specalizuotas autotransportas UAB*; KLFU's kendelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*

²³⁷ Se vedrørende denne vurdering bl.a. Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*

²³⁸ Ølykke, Grith Skovgaard & Fog, Morten Qvist Piening i Treumer, Steen (red.): *Udbudsloven*, 2016, s. 269

plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået konkurrencefordrejende aftaler.²³⁹

Som tidligere anført skal en ansøger eller tilbudsgiver i sådan en situation have mulighed for at kunne dokumentere sin pålidelighed, jf. UDBL § 138, stk. 1-3 og 6, 2. pkt., dog med forbehold for UDBL § 138, stk. 4.

²³⁹ Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 491

3.6 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at der i UDBL ikke foreligger en selvstændig hjemmel for ordregiver til at afvise strategisk prissætning. De analyserede strategiske prissætningsformer indeholder et element af en "lav pris", og i den sammenhæng har ordregiver i medfør af UDBL § 169, stk. 2 en ret til at afvise tilbud, som forekommer unormalt lave.

Det kan konkluderes, at lovbemærkningerne til UDBL § 169 vanskeliggør afvisningen af strategisk prissatte tilbud, som værende unormalt lave tilbud, da lovbemærkningerne giver mulighed for, at tilbudsgivere, på grund af blandt andet forretningsmæssige strategier, kan afgive priser med lav eller negativ margin. Det kan dog på baggrund af ovenstående analyse konkluderes, at det afgørende for afvisningen af unormalt lave tilbud er risikoen for en manglende opfyldelse af kontrakten på grund af tilbuddet.

I sammenhæng med ovenstående kan det konkluderes, at *predatory pricing* er en risikabel strategi, men ordregivers afvisning af et sådan tilbud som værende unormalt lavt er endnu ikke set behandlet i national praksis. Som angivet i analysen vurderes det vanskeligt at argumentere for, at en dominerende aktør, hvis tilbud indeholder en lav samlet pris, medfører en risiko for en manglende opfyldelse af kontrakten. Dette kan foranledige forskelsbehandling på baggrund af aktørernes økonomiske stilling, hvilket kan være i strid med UDBL § 2. UDBL indeholder dog ikke udtrykkelig hjemmel til at afvise et tilbud konstrueret på baggrund af predatory pricing som værende unormalt lavt, selvom risikoen for dette kan være til stede i en konkret situation. En sådan aktør kan dog i form af predatory pricing misbruge sin dominerende stilling, hvilket er i strid med TEUF art. 102. Det kan konkluderes, at aktører, som har benyttet denne strategi kan blive udelukket fra fremtidige udbud, jf. UDBL § 137, stk. 1, nr. 3.

Vedrørende prissætningsstrategien *unbalanced bidding* ses lovbemærkningerne til UDBL § 169, stk. 2 også at vanskeliggøre ordregivers mulighed for indgriben over for en sådan strategisk prissætning. Lovbemærkningerne giver udtrykkeligt hjemmel til at angive nul-priser eller negative priser for delposter, på baggrund af eksempelvis en forretningsmæssig strategi. Sådan en skævvridning er essensen i *unbalanced bidding*, hvorved lovbemærkningerne til bestemmelsen om unormalt lave tilbud implicit tillader en sådan prissætning.

KLFU har dog i konkrete situationer fundet tilbud, som klart er konstrueret på baggrund af strategien, som værende korrekt afvist af ordregiver som unormalt lave tilbud. Denne konkrete afvisningsmulighed ses dog også at være influeret af en tilstedeværende risiko for manglende opfyldelse af kontrakten. Det kan på baggrund af analysen konkluderes, at tilbud som isoleret set er konstrueret på baggrund af

prissætningsstrategien *unbalanced bidding* ikke kan afvises som værende unormalt lavt. Dog kan det samtidig konkluderes, at såfremt tilbud konstrueret på baggrund af *unbalanced bidding* af ordregiver vurderes at indeholde en risiko for manglende opfyldelse af kontrakten, berettiger ordregiveren til at afvise tilbuddet som værende unormalt lavt i medfør af UDBL § 169, stk. 2.

Det kan slutteligt konkluderes, at ordregiver, for at kunne gribe ind over for den strategiske prissætningsstrategi *tilbudskoordinerings*, skal have tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i UDBL § 137, stk. 1, nr. 4. Ordregiver skal, for at udelukke tilbudsgivere, der har gjort brug af denne prissætningsstrategi, have tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået konkurrencefordrejende aftaler. Som anført i analysen skal en ansøger eller tilbudsgiver i sådan en situation have mulighed for at kunne dokumentere sin pålidelighed, jf. UDBL § 138, stk. 1-3 og 6, 2. pkt., dog med forbehold for UDBL § 138, stk. 4.

Kapitel 4 - Økonomisk analyse

4.1 Indledning

Dette kapitel søger at analysere de afledte økonomiske samarbejdsudfordringer, der knytter sig til sortimentsudbud.

Indledningsvist vil den prækontraktuelle fase kort analyseres, da der allerede i denne fase foreligger faktorer, der kan have betydning for forløbet i den postkontraktuelle fase. I den prækontraktuelle fase findes viden, udvises adfærd, samt udføres handlinger, som er altafgørende for aktørernes ageren i den postkontraktuelle fase.

I dette kapitel søges ydermere analyseret, hvorvidt ordregiver kan anvende postkontraktuelle incitament, som kan forøge samarbejdet mellem en tilbudsgiver og ordregiver ved opfyldelsen af en kontrakt under et sortimentsudbud.

4.2 Den prækontraktuelle fase

Som anført i afhandlingens kapitel 2, vil tilbudsgiveres strategiske prissætning oftest være influeret af, det der i deres øjne er en "bedre viden". Dette indebærer, at tilbudsgiverne har en bedre viden om ordregivers egentlige behov, sammenlignet med den information ordregiver har offentliggjort i sit udbudsmateriale. Denne informationsasymmetri parterne i mellem foreligger i den prækontraktuelle fase. Konciperingen af udbudsmaterialet, herunder kontraktgrundlaget, samt tilbuddene foretages i denne fase, som dog senere udgør rammerne i den postkontraktuelle fase.

4.2.1 Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger opdeles teoretisk i flere hovedgrupper, som redegjort for i afsnit 1.6.1. Disse omkostninger omfatter samtidig de omkostninger, som afholdes ved anskaffelse af viden omhandlende andre agenter, som man indgår i økonomiske relationer med.²⁴⁰ Herudover omfatter transaktionsomkostninger også de omkostninger, der afholdes for at klarlægge de usikkerheder, som potentielt kan opstå i disse forhold.²⁴¹

Af Williamson defineres transaktionsomkostninger som "...the comparative costs of planning, adapting, and monitoring task completion...".²⁴² Teorien bygger som angivet i afsnit 1.6.1 på antagelser

²⁴⁰ Koch, Carsten A. i Hansen, Anders Christian; *Uden for hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori*, 2007, s. 85

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Williamson, Oliver E; *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, 1981, s. 552f

vedrørende begrænset rationalitet samt opportunistisk adfærd. Dette medfører, at teorien sammenholdt med neoklassisk teori samt Principal-Agent teori betegnes som værende uortodoks, da det ikke er muligt at beregne det forventede tab som markedsimperfektioner medfører.²⁴³

Når der i et inter-partes forhold eksisterer usikkerhed og målinkongruens, vil der opstå et stigende behov for at regulere forholdet. Ved afholdelsen af transaktionsomkostninger, skal omfanget af disse opvejes af nytten ved, at en given usikkerhed er reduceret, eller/og en merværdi som der i fremtiden af den kontraktuelle relation kan tilvejebringes.

I nærværende afsnit vil der foretages en analyse af, samt dannes et overblik over, hvilke transaktionsomkostninger, som forekommer i den prækontraktuelle fase af et sortimentsudbud.

4.2.1.1 Inkomplette kontrakter

Inden for kontraktteorien skelnes mellem komplette og inkomplette kontrakter. Hvad angår den komplette kontrakt anses denne for at have taget højde for alle potentielle hændelser, der kan opstå i fremtiden, hvorfor parterne i kontraktkonciperingen kan tage hånd om hændelserne og specificere, hvordan de skal løses. Hvad angår den inkomplette kontrakt, skal denne anses som en kontrakt, hvor parterne ikke har mulighed for at kunne anticipere alle potentielle hændelser, der kan forekomme i fremtiden. Dette skaber en risiko for, at der i kontrakten ikke er konciperet, hvordan en fremtidig diskrepans skal løses.²⁴⁴

Da en rammeaftale i form af et sortimentsudbud er et meget stort og ressourcekrævende udbud, som kan indeholde flere hundrede eller tusinde forskellige varer/tydelser, kan ordregiver have vanskeligheder ved at konciperer alle hændelser heri. Dette skal ses grundet den begrænsede rationalitet, hvorved skal forstås, at beslutningstageren oplever begrænsninger i evnen til at modtage, lagre og behandle de informationer, der er nødvendige for at målene opnås.²⁴⁵ Dette, og de forholdsmæssigt store transaktionsomkostninger, der forekommer ved at udbyde et sortimentsudbud medfører, at en rammeaftale i form af et sortimentsudbud fremstår som inkomplet, da alle fremtidige diskrepanser ikke kan tages hånd om i kontrakten.

²⁴³ Ibid. s. 87f

²⁴⁴ Ayers, Ian and Gertner, Robert: *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, 1992, s. 730

²⁴⁵ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, s. 213

4.2.1.2 Hvilke transaktionsomkostninger forekommer i den prækontraktuelle fase af et sortimentsudbud?

For virksomheder, der ikke er etableret på et givent marked, men som har interesse i at afgive tilbud for at blive optaget på et sortimentsudbud, vil der i første omgang være omkostninger forbundet med at etablere sig på det givne marked, såkaldte entry costs. Sådanne omkostninger er i medfør af transaktionsomkostningsteorien omfattet af *søgeomkostninger*. Ved entry costs skal forstås de omkostninger, der medfører, at det for en potentiel ny virksomhed bliver dyrere at indtræde på et marked, hvor der allerede er etablerede virksomheder. Disse nye potentielle virksomheder skal afholde omkostninger for at indtræde på markedet,²⁴⁶ som blandt andet kan være aktiv specifikke investeringer, hvis anvendelse i en alternativ situation vil være begrænset.²⁴⁷

På baggrund af dette må det forudsætningsvist antages, at det kun vil være potentielle virksomheder, der er overbevist om, at de kan vinde markedsandele, der vil afholde sådanne investeringer. Tilbudsgiverne vil i en sådan situation også være opmærksomme på, at det ikke er sikkert, at de skal levere varer/ydelser i løbet af et sortimentsudbud, og er dermed ikke sikret omsætning, uagtet at de bliver optaget på et sortimentsudbud. Der er ikke en pligt for ordregiver til at aftage varer eller tjenesteydelser i et sortimentsudbud, men alene en ret under de aftalte vilkår.²⁴⁸

Det anføres af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i deres rapport "*Transaktionsomkostninger ved EU-udbud*", at transaktionsomkostningerne ved indgåelse af en rammeaftale i gennemsnit udgør 1,4% af kontraktværdien for ordregivere.²⁴⁹ Det tilsvarende tal er 2,6% af kontraktværdien for offentlige kontrakter.²⁵⁰ For vindende tilbudsgivere udgør de samlede transaktionsomkostninger 2,1% ved rammeaftaler og 2,0% ved offentlige kontrakter.²⁵¹ KFST anfører, at "*Offentlige ordregivere har således betydeligt lavere transaktionsomkostninger ved rammeaftaler (...)*". I rapporten er transaktionsomkostningerne ved indgåelsen af de enkelte kontrakter under et sortimentsudbud/rammeaftale dog ikke medregnet. Herved er det kun omkostningerne i den prækontraktuelle fase, som er grundlaget for tallene i rapporten. Omkostningerne i den prækontraktuelle fase udgøres for ordregiver hovedsageligt af udarbejdelse af udbudsmaterialet. Omkostninger vedrørende dette udgør i alt 47,9% af de samlede transaktionsomkostninger i den prækontraktuelle

²⁴⁶ Viscusi, W. Kip et. al.; *Economics of regulation and antitrust*, 2005, s. 169

²⁴⁷ Hendrikse, George; *Economics and Management of Organizations - Co-ordination, Motivation and Strategy*, 2003, s. 207

²⁴⁸ Se afsnit 2.2

²⁴⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud*, 2019, s. 35

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid.

fase.²⁵² Tilbudsgiverens omkostninger ved udarbejdelsen af tilbud udgør 46,4% af de samlede transaktionsomkostninger i den prækontraktuelle fase.²⁵³

Der ses dog en korrelation mellem ordregivers erfaring med udbuddet samt faldet i ordregivers transaktionsomkostninger.²⁵⁴ Den samme korrelation ses hos den vindende tilbudsgiver. Såfremt tilbudsgiverne tidligere har afgivet tilbud ved den samme rammeaftale, og denne nu genudbydes, falder den vindende tilbudsgivers transaktionsomkostninger i den prækontraktuelle fase.²⁵⁵ Dette kan ses som følge af, at både ordregivere og tilbudsgivere tilegner sig erfaring og viden, som kan anvendes ved efterfølgende genudbud.

4.2.3 P/A-teori

Ved Principal-Agent teorien (herefter P/A-teori) analyseres relationen mellem en principal og en agent. Agenten anses som værende principalens ansat, hvorved agenten skal tilgodese principalens interesser.²⁵⁶ I denne henseende anses ordregiver som værende principalen, mens tilbudsgiver anses at være agenten.

Kernen i P/A-teorien er den informationsasymmetri, der foreligger mellem principalen og agenten. Teorien foreskriver som udgangspunkt, at agenten er den informationsbærende part, da denne typisk råder over større kendskab til markedet og til sine egne hensigter og formåen, hvorfor principalen er informationsunderlegen.²⁵⁷ Det er dog ved et sortimentsudbud ordregiver, som sætter rammerne for agentens handlinger, hvilket sker ved ordregivers udbudsmateriale.²⁵⁸ Disse rammer er til for at få opfyldt ordregiverens mål, og er samtidig baggrunden for det indbyrdes forhold mellem ordregiver og tilbudsgiver.

Da hhv. ordregiveren og tilbudsgiverne ikke har kendskab til hinandens informationsmængde er der i inter-partes forholdet informationsasymmetri. Det søges herved analyseret, hvorvidt det i medfør af P/A-teorien er muligt for ordregiveren, ved indgåelse af en kontrakt under et sortimentsudbud, at tilegne sig viden for at få den vindende tilbudsgiver til at agere i overensstemmelse med ordregiverens ønsker.²⁵⁹

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid. s. 37, figur 4.1

²⁵⁴ Ibid. s. 38 + s. 39, figur 4.3

²⁵⁵ Ibid. s. 39, figur 4.3

²⁵⁶ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 164f

²⁵⁷ Bregm, Kirsten i Hansen, Anders Christian; *Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori*, 2007, s. 116f

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 164f

P/A-teorien understøttes af underteorierne *adverse selection* og *moral hazard*. Underteorierne behandler den risiko, som gør sig gældende ved, at en part drager nytte af den “bedre viden”, som denne råder over.²⁶⁰ I denne prækontraktuelle fase behandles *adverse selection*, mens *Moral Hazard* behandles i afsnit 4.3.2.

4.2.3.1 Adverse selection

Adverse selection omhandler det forhold, hvor en principal prækontraktuelt kan blive eksponeret for asymmetrisk information.²⁶¹

Ordregiveren vil i den prækontraktuelle fase ikke have fuldstændig kendskab til den mængde information en tilbudsgiver besidder. Ydermere vil ordregiver ej heller have komplet kendskab til tilbudsgiverens evne til at opfylde ordregivers ønsker for aftaleforholdet, samt tilbudsgiverens egne incitament for indtrædelsen i aftaleforholdet.

Adverse selection betegner og behandler herved den skjulte information som en tilbudsgiver undlader at informere principalen om, under dennes incitament for egen optimering.²⁶² *Adverse selection* er således et udtryk for en inefficent samfundsøkonomisk tilstand, hvor informationsasymmetri medfører en markedsfejl i den prækontraktuelle fase. Underteorien behandler altså forholdet, hvor en tilbudsgiver besidder information, som potentielt kan være brugbar postkontraktuelt. Grundet informationsasymmetrien kan ordregiver ikke vide, hvorvidt tilbudsgiverens adfærd har været den mest efficiente. Underteorien foreskriver derfor, at informationsasymmetrien kommer tilbudsgiveren til gode.²⁶³

Ovenstående ses blandt andet komme til udtryk ved prissætningsstrategien *unbalanced bidding*. Denne prissætningsstrategi indikerer blandt andet, at tilbudsgiverne har en sådan viden/erfaring, at denne kan skævvride sit tilbud på baggrund af denne informationsasymmetri. *Adverse selection* forekommer derfor at være et *ex ante* problem, hvor den skjulte information, senere i den postkontraktuelle fase kan medføre en uoptimal kontraktsituation for parterne, hvilket vil skabe et samfundsøkonomisk tab.²⁶⁴

²⁶⁰ Bregm, Kirsten i Hansen, Anders Christian; *Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori*, 2007, s. 113

²⁶¹ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 165f

²⁶² Hendrikse, George; *Economics and Management of Organizations. Co-ordination, Motivation and Strategy*, 2003, s. 93

²⁶³ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 165

²⁶⁴ Bregm, Kirsten i Hansen, Anders Christian; *Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori*, 2007, s. 113

4.2.3.1.1 Screening

Screening vedrører det indbyrdes forhold mellem principalen og agenten, samt risikofordelingen inter-partes. Ordregiver, screeneren, er parten, som besidder mindst information og som ved brug af screening kan forsøge at udligne informationsasymmetrien inter-partes. Dette opnås ved, at ordregiver i den prækontraktuelle fase forsøger at tilegne sig oplysninger om tilbudsgiveren.

Ved anvendelse af screening forsøger ordregiver således allerede i den prækontraktuelle fase at differentiere mellem de potentielle tilbudsgivere efter ordregivers specifikke ønsker til kompetencer og kriterier. Ordregiver fastsætter på forhånd, hvilke kompetencer og kriterier som tilbudsgiverne skal opfylde, som er grundlag for screeningen.²⁶⁵ Ved brug af sådan en screeningsmetode kan ordregiver således afbalancere informationsasymmetrien inter-partes, da ordregiver allerede i den prækontraktuelle fase kan frasortere agenter, som ikke besidder de ønskede kompetencer og egenskaber.

I sortimentsudbud foretages screening i udbudsmaterialet. Heri har ordregiveren mulighed for at screene agenterne ved, at der i udbudsmaterialet sættes bestemte krav til tilbudsgivernes egenskaber samt kompetencer i de sammenhænge, hvor det af ordregiveren findes nødvendigt.

Det vurderes dog, at screening ikke isoleret set afhjælper problematikken med adverse selection. Metoden ses kun delvist at påvirke tilbudsgiverens incitamenter. Selvom en bestemt tilbudsgiver opfylder kravene i udbudsmaterialet, kan der stadig foreligge ukendte momenter, der isoleret set kan påvirke tilbudsgiverens incitamenter og adfærd, uanset at den pågældende tilbudsgiver i første omgang har kapaciteten samt kompetencerne til at opfylde kontrakten.²⁶⁶

4.2.3.1.2 Signaling

Signaling anses på lige fod med screening at være en metode som ordregiver kan gøre brug af for at udligne informationsasymmetrien mellem ordregiver og tilbudsgiver i den prækontraktuelle fase. Signaling indebærer, at agenten selv skal dokumentere, hvorvidt pågældende råder over de kompetencer og den formåen som agenten har påstået at råde over. For eksempel kan det være, at en tilbudsgiver har påstået at besidde bestemte faglige, professionelle eller akademiske kompetencer. For at principalen kan vide sig sikker på, at de fremførte påstande er valide, kan principalen kræve at agenten fremlægger dokumentation, som bevis på, at påstandene er sandfærdige.²⁶⁷ Dette medfører, at det er den informerede

²⁶⁵ Milgrom, Paul and Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 157

²⁶⁶ Eisenhardt, Kathleen M.; *Agency theory: An Assessment and Review*, 1989, s. 61

²⁶⁷ Milgrom, Paul and Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 155

part, der foretager det første valg, og ordregiver skal på baggrund af tilbudsgivernes signaler forsøge at udlede, hvilken type agent, der har afgivet tilbud.²⁶⁸

I sortimentsudbud kan ordregiver allerede ved iværksættelsen af et sortimentsudbud stille krav om, at de tilbudsgivere, der bliver optaget på sortimentsudbuddet skal opfylde bestemte krav til økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig formåen. Hvis tilbudsgiverne kan dokumentere, at de opfylder de opstillede krav, vil de på denne baggrund kunne blive optaget på sortimentsudbuddet og ordregiver sikrer, at kun de kvalificerede tilbudsgivere, der opfylder de krav som ordregiver ønsker, bliver taget i betragtning.

Ordregivere skal dog være opmærksom på udfordringen omhandlende self-selection. Self-selection indebærer, at tilbudsgiverne over tid kan udlede, hvilke krav ordregiver stiller og kan på denne baggrund sørge for at komme i besiddelse af eksempelvis certificeringer for opfyldelse af disse krav. Dette som følge af agenterne handler i egen interesse og udviser opportunistisk adfærd og ikke har i sinde at overholde disse. Ordregiver bør derfor vurdere, om de krav, der stilles og som signaleres af tilbudsgiverne også er, hvad ordregiver får gavn af.²⁶⁹ Tilegnelsen af certificeringerne vil dog være omkostningstungt for tilbudsgiverne, og de vil udelukkende tilegne sig sådanne certificeringer såfremt investeringen heri kan genindvindes.

På baggrund heraf vurderes det, at signaling kan medvirke til, at ordregiver får udlignet informationsasymmetrien til en vis grad, da det kun er de tilbudsgivere, der kan dokumentere, at de opfylder de opstillede krav til f.eks. økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig formåen, der bliver optaget på sortimentsudbuddet.

4.3 Den postkontraktuelle fase

4.3.1 Transaktionsomkostningsteori

Ved udbuddet af et sortimentsudbud i form af en rammeaftale er transaktionsomkostninger ex-post en væsentlig faktor. Efter indgåelsen af et sortimentsudbud kan der dog opstå ex-ante lignende omkostninger i den postkontraktuelle fase. Dette i form af, at tilbudsgiverne, som er optaget på aftalen, skal udarbejde nye tilbud, som svar på de miniudbud, der iværksættes i løbet af aftalen. Tilbudsgiverne skal hermed endnu engang afholde blandt andet søgeomkostninger, og de omkostninger, som kræves i forbindelse med udarbejdelsen af deres tilbud. Samtidig skal ordregiver afholde ex-ante lignende

²⁶⁸ Baird, Douglas G. et. al.; *Game theory and the law*, 1994, s. 122ff

²⁶⁹ Milgrom, Paul and Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 155

omkostninger i den postkontraktuelle fase, da ordregiveren skal udarbejde udbudsmateriale til miniudbuddene. Der foreligger dermed i den postkontraktuelle fase omkostninger, som traditionelt afholdes prækontraktuelt. I nogle tilfælde kan det være lige så omkostningsfuldt og ressourcekrævende at gennemføre et miniudbud i et sortimentsudbud/rammeaftale, som ved gennemførelsen af et nyt udbud.²⁷⁰

Såfremt der ikke afholdes miniudbud, men kontrakten tildeles i form af direkte tildeling, vil ordregivere kunne spare omkostninger, da de undgår at skulle iværksætte en ny udbudsprocedure. I sådan en situation spares der omkostninger såsom offentliggørelse af det nye udbud, og det arbejde, der ligger i at forberede udbuddet, samtidig med, at omkostninger i forbindelse med evaluering af tilbud ikke skal afholdes. Derudover kan sortimentsudbud spare tid og omkostninger i forbindelse med, at der for hvert køb indenfor sortimentet ikke skal iværksættes nogen ny udbudsprocedure.²⁷¹

4.3.1.1 Kontrolomkostninger

Udover de i afsnit 4.2.1.2 og 4.3.1 anførte omkostninger, foreligger der i den postkontraktuelle fase væsentlige transaktionsomkostninger som teoretisk går under samlebetegnelsen *kontrolomkostninger*. Kontrolomkostninger indebærer heriblandt omkostninger i forbindelse med undersøgelser og sikring af, at kontrakten opfyldes (contract management), samt sanktionering af manglende opfyldelse af kontrakten.²⁷² Transaktionsomkostningerne herved afhænger af, hvor kompliceret hhv. kontrollen og sanktioneringen er.

Ligesom der afholdes omkostninger ved at ordregiver skal kontrollere, at kontrakten bliver overholdt, forefindes der også væsentlige transaktionsomkostninger ved manglende overholdelse af kontrakten. “*Non compliance costs*” opstår når opportuniste leder til brud på fortrolighed, og andre væsentlige konsekvenser af Moral Hazard.²⁷³ En manglende overholdelse af kontrakten kan ligeledes medføre “*non-performance costs*”, som opstår når opportuniste eller inkompetence leder til, at leveringen forsinkes, samt at præstationen falder.²⁷⁴ Informationsasymmetri kan ydermere medføre, at der postkontraktuelt opstår “*maladaption costs*”, når det er nødvendigt, at en kontrakt “genforhandles”,

²⁷⁰ Udbudsrådet; *Analyse af bedste praksis for brug af rammeaftaler*, 2011, s. 95

²⁷¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 103

²⁷² Eide, Erling og Stavang, Endre; *Rettsøkonomi*, 2016, s. 130

²⁷³ Benaroch, Michel, Lichtenstein, Yossi and Fink, Lior; *Contract Design Choices and the Balance of Ex-Ante and Ex-Post Transaction Costs in Software Development Outsourcing*, 2016, s. 9

²⁷⁴ Ibid.

hvilket kan være som konsekvens af sortimentsopdatering i et sortimentsudbud, eller, at ordregivers behov har ændret sig.²⁷⁵

4.3.2 Moral Hazard

Moral Hazard, som er en af underteorierne til P/A-teorien, behandler forhold der forekommer postkontraktuelt.²⁷⁶ Moral Hazard er et udtryk for den tilstand, hvor agenten i et kontraktforhold udviser opportunistisk adfærd.²⁷⁷ Principalen har i en sådan situation ikke altid mulighed for at overvåge agentens handlinger, hvorfor principalen ikke nødvendigvis besidder viden om, hvorledes agenten agerer. Moral Hazard indebærer og defineres dermed som værende en skjult handling, hvor principalen ikke er vidende om, hvordan agenten handler.²⁷⁸ Det forhold, at agenten udviser opportunistisk adfærd, påvirker både principalens og agentens akkumulerede nytte.

En ordregiver vil i et sortimentsudbud bære risikoen indtil gennemførelsen af den kontraktuelle ydelse, hvorefter tilbudsgiveren, ved kontraktudførelsen, påtager sig risikoen. Som teorien foreskriver, indebærer Moral Hazard, at ordregiver ikke nødvendigvis vil kunne observere agentens egentlige adfærd, hvilket medfører en risiko for, at den vindende tilbudsgiver skulker, og ikke leverer i overensstemmelse med kontrakten. Den manglende mulighed for overvågning medfører en klar risiko for, at der opstår scenarier, hvorved den vindende tilbudsgiver ved udførelsen af en kontrakt under et sortimentsudbud vil følge sine egne interesser, hvilket vil ske på bekostning af ordregiver, og den inter-partes akkumulerede nytte.

Førend Moral Hazard kan forekomme, skal tre betingelser foreligge:

1. Der skal være potentielle afvigende interesser parterne imellem,
2. der skal være et inter-partes forhold/samarbejde, hvoraf parterne kan aflede nytte, og
3. det skal være vanskeligt at afgøre, om aftalevilkårene er overholdt, og om kontrakten er blevet efterlevet.²⁷⁹

Ovenstående betingelser forekommer hyppigst, når overvågning og verificering af oplysninger/handlinger er omkostningstungt eller umuligt. Dette vurderes at forekomme i

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 167

²⁷⁷ Hendrikse, George; *Economics and Management of Organizations. Co-ordination, Motivation and Strategy*, 2003, s. 94

²⁷⁸ Bregm, Kirsten i Hansen, Anders Christian; *Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori*, 2007, s. 113

²⁷⁹ Milgrom, Paul and Roberts, John; *Economics, organization and management*, 1992, s. 167f

sortimentsudbud, da der udbydes en meget stor mængde af varer og tjenester, hvorved monitorering og verificering af agentens handlinger under de enkelte kontrakter anses som vanskeligt og omkostningsfuldt.

Som det er nævnt ovenfor, er det en betingelse for Moral Hazard, at der foreligger informationsasymmetri inter-partes. Der foreligger samtidig en udfordring i, at observeringen af sådanne Moral Hazard-situationer, som udgangspunkt ikke er mulig, hvorfor de heller ikke kan håndhæves i medfør af kontrakten. Forskellige løsningsforslag er dog fremkommet, og måden, hvorpå principalen kan minimere eller eventuelt helt eliminere forekomsten af Moral Hazard, kan blandt andet være monitorering af agentens adfærd og brugen af den viden, der forekommer heraf, ved kontraktkonciperingen. I kontraktsituationer, som ikke er komplekse, foreligger der mulighed for at foretage fuldstændig monitorering, og på denne måde få elimineret informationsasymmetrien parterne imellem. Ved brug af perfekt monitorering elimineres Moral Hazard-forholdet derefter ved, at der indføres misligholdelsesklausuler i kontrakten, som indebærer en straf for dysfunktionel adfærd.²⁸⁰ I et sortimentsudbud vurderes det dog, at perfekt monitorering ikke er muligt, hvilket er grundet vanskelighederne ved at monitorere kontrakter vedrørende så stor en mængde af varer eller/og tjenesteydelser, samtidig med, at perfekt monitorering forekommer omkostningstungt.²⁸¹

Moral Hazard problematikken kan herudover forsøges løst ved at minimere parternes incitament til at udnytte den foreliggende informationsasymmetri i stedet for at forsøge at udligne denne.²⁸²

4.3.3 Spilteoriens bidrag i kontraktuel kontekst

Som det er fastslået i afsnit 2.2 er sortimentsudbud i form af rammeaftaler tidsbegrænsede. Betydningen heraf vil blive analyseret ved brug af en simplificeret spilteoretisk analyse om gentagne spil.

Spilteori kan bidrage til at løse kontraktuelle problemstillinger, da teorien bygger på situationer, hvor forskellige parter indgår i et inter partes-forhold. Spillene, der opstilles, kan modelleres som spil, hvor parterne har incitament til at vælge forskellige strategier, og hvor resultatet for hver enkelt part, er afhængig af hvad de øvrige spillere vælger.²⁸³ Spilteorien er et vigtigt analytisk redskab til at analysere problemstillinger, f.eks. angående spørgsmål i forbindelse med opfyldelse eller brud på kontrakter.²⁸⁴

²⁸⁰ Hölmstrom, Bengt; *Moral Hazard and Observability*, 1979, s. 74

²⁸¹ Se afsnit 4.3.4.2

²⁸² Hölmstrom, Bengt; *Moral Hazard and Observability*, 1979, s. 74; Se hertil afsnit 4.3.4

²⁸³ Eide, Erling og Stavang, Endre; *Rettsøkonomi*, 2016, s. 123

²⁸⁴ Ibid.

Spilteorien bygger, som ovenfor angivet, på, at aktørerne i interaktionen er indbyrdes afhængige således, at deres handling påvirker den anden aktør. Aktørerne i spilteorien anses som værende individuelt rationelle, hvilket resulterer i, at de hver især vælger den strategi, som er forbundet med det højeste payoff for dem selv.²⁸⁵ I spilteorien antages herudover, at aktørerne kan forudse de mulige payoff, samt betragte modpartens træk.

For at foretage analysen anvendes “Fangernes dilemma”, som er et kontraktspil, der demonstrerer, at aktørerne, som følge af, at de er individuelt rationelle, foretager valg, som medfører, at det endelige resultat ikke bliver det rationelt optimale resultat. “Fangernes dilemma” er kendetegnet ved, at aktørerne ved det endelige resultat vil ønske, at modparten havde foretaget et andet valg.²⁸⁶ Det endelige resultat betegnes som en “Nash-ligevægt”, som defineres ved, at strategien for hver aktør i spillet er at vælge den bedste respons på den anden aktørs strategi, og herved ikke vil have incitament til at ændre sit valg.²⁸⁷

Kontraktspillet er bygget på følgende situation: To individer anholdes for en lovovertrædelse som de sammen har begået. De to individer betegnes som Spiller 1 og Spiller 2. At angive modspilleren anses som at snyde, hvorimod benægtelse anses som at samarbejde. Individerne isoleres af myndighederne, og får valget mellem at angive den medsammensvorne, eller at samarbejde om at benægte den fælles forbrydelse. Som nedenstående matrix illustrerer, vil et indbyrdes samarbejde mellem individerne medføre, at begge individer benægter forbrydelsen, hvilket vil indebære en straf på 1. Hvis den ene derimod benægter, mens den anden angiver, vil det medføre, at benægteren får en straf på 6, mens angiveren går fri. Hvis begge individer modarbejder hinanden og dermed angiver hinanden medfører det, at begge får en straf på 5.

²⁸⁵ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 94

²⁸⁶ Raaschou-Nielsen, Agnete og Foss, Nicolai Juul; *Indledning til rets- og kontraktøkonomi*, 1997, s. 70

²⁸⁷ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 96

		Spiller 2	
		Samarbejd (benægt)	Angiv
Spiller 1	Samarbejd (benægt)	-1, -1	-6, 0
	Angiv	0, -6	-5, -5

Figur 1, (payoff: spiller 1, spiller 2)

I dette kontraktspil vil $-5, -5$ (*Angiv, Angiv*) være Nash-ligevægten. $-1, -1$ (*Samarbejd, Samarbejd*) vil i dette tilfælde ikke være en Nash-ligevægt, da parterne hver især har incitament til at vælge strategien *Angiv*. Dette skal ses i lyset af, at parterne hver især opnår et payoff, som er højere end, hvis de samarbejder. (*Angiv, Angiv*) er derfor en dominerende strategi for de respektive parter. Parterne opnår, ved at vælge denne strategi, en kortere fængselsstraf, uanset den medsammensvornes strategi.

4.3.3.1 Gentagne spil

Ved fangernes dilemma er der, som illustreret i figur 1, ikke incitament til at samarbejde. Det vil dog undersøges, hvorvidt dette også er tilfældet, såfremt spillet gentages.

Aktørerne i et sortimentsudbud har gentagne transaktioner med hinanden, da det antages, at ordregiver løbende i sortimentudbuddets løbetid aftager varer/ydelse. Det er derfor nødvendigt, at hhv. tilbudsgiver og ordregiver tager hensyn til, at deres beslutninger under en isoleret transaktion vil påvirke de fremtidige transaktioner under et sortimentsudbud. Dette medfører, at der dannes reciprocitet, hvilket gør, at gentagne spil divergerer fra et enkeltstående spil.²⁸⁸ For at opnå en forståelse af, hvorledes aktørerne handler i disse situationer, analyseres strategierne som de rationelle aktører vælger i spillet, som består af et simpelt spil, der gentages adskillige gange.

Når aktørerne deltager i sådan et spil som beskrevet ovenfor, kan aktørerne anvende adskillige strategier, som på hver sin måde forholder sig til modpartens adfærd. I teorien anføres, at såfremt aktørerne deltager i kontraktspillet "Fangernes dilemma", er det mest effektivt at anvende strategien "tit-

²⁸⁸ Dutta, Prajit K.; *Strategies and games - theory and practice*, 1999, s. 209

for-tat”.²⁸⁹ Denne strategi indebærer, at aktørerne samarbejder i spillets første periode, hvilket vil fortsætte indtil en af aktørerne afviger fra strategien. Når en af parterne afviger fra at samarbejde, vil den anden part gentage modpartens foregående træk i de resterende perioder.²⁹⁰

Sortimentsudbud i form af rammeaftaler er, som tidligere anført, tidsbegrænsede²⁹¹, og derfor vil det gentagne spil under et sortimentsudbud kun gentages i et endeligt antal perioder, E. I den endelige periode E, vil ingen af aktørerne have incitament til at samarbejde, da strategien *angiv* ikke vil medføre nogen former for straf, i form af lavere fortjeneste, da spillet afsluttes når periode E udløber. Da aktørerne i kontraktspillet er individuelt rationelle,²⁹² vil de begge indse, at den anden aktør ikke vil samarbejde. Spiller 1 vil snyde spiller 2 i periode E for selv at tilegne sig et højere payoff end tilfældet er ved at samarbejde med spiller 2. Spiller 2 vil i sådan en situation indse Spiller 1's hensigt og vil af denne grund selv snyde med en intention om at opnå et højere payoff end -6.

På grund af ovenstående har hverken Spiller 1 eller 2 af disse grunde i sinde at samarbejde med modparten i periode E. Den næstsidste periode, som benævnes E-1, vil, af aktørerne, således anses som værende den endelige periode. Spiller 1 vil allerede i periode E-1 angive modparten, for at tilegne sig et udbytte på 0. Spiller 2 indser dette og har derfor selv i sinde at angive Spiller 1 i periode E-1. Denne strategi vil fortsætte ned til første periode, hvilket betyder, at parterne vil ende i en situation som, hvis spillet alene havde en enkelt periode.²⁹³ På baggrund af dette kan det konstateres, at såfremt der ikke foreligger incitamenter til at samarbejde i et spil med én periode, vil flere gentagelser af spillet ikke automatisk skabe sådanne incitamenter.²⁹⁴

4.3.3.2 Sortimentsudbud i spilteoretisk perspektiv

Når en tilbudsgiver og ordregiver indgår en rammeaftale i form af et sortimentsudbud, anses dette, som tidligere angivet, som et gentaget spil, hvor de enkelte kontrakter, der indgås under et sortimentsudbud hver især udgør én interaktion, som således gentages. Aktørerne i sådan model er altså hhv. tilbudsgiver og ordregiver. De hypotetiske payoff, som er opstillet i figur 1, kan dog ikke direkte applikeres på denne situation, hvor ordregiver gentagne gange antager en tilbudsgiver til at løse en given opgave. Formålet med denne analyse er dog at undersøge, hvorvidt der, parterne imellem, er incitament til at samarbejde.

²⁸⁹ Pindyck, Robert S. and Rubinfeld, Daniel L.; *Microeconomics*, 2018, s. 512

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Se afsnit 2.2

²⁹² Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi, bind 2*, 1997, s. 94

²⁹³ Pindyck, Robert S. and Rubinfeld, Daniel L.; *Microeconomics*, 2018, s. 512ff.; Dutta, Prajit K.; *Strategies and games*, 1999, s. 218f

²⁹⁴ Raaschou-Nielsen, Agnete og Foss, Nicolai Juul; *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi*, 1997, s. 77

Sortimentsudbuddet medfører, at der for hver kontrakt, der indgås på baggrund heraf indebærer, at hhv. ordregiver og tilbudsgiver skal beslutte sig for enten at samarbejde eller at undlade at samarbejde.

Ved et sortimentsudbud vil det endelige antal perioder være ukendt af tilbudsgiveren, hvorimod ordregiveren er bevidst om sit eget behov, og derfor også bevidst om, hvornår den sidste kontrakt tildeles. Fra et spilteoretisk perspektiv vil ordregiver altså have incitament til at snyde ved tildelingen af den sidste kontrakt. Tilbudsgiveren bør indse dette, hvilket medfører, at denne ikke vil have incitament til at samarbejde på noget tidspunkt, da tilbudsgiveren er bevidst om, at ordregiveren på et givent tidspunkt vil have incitament til at snyde. Der vil derfor ved et sortimentsudbud opstå en situation, hvor hverken tilbudsgiver eller ordregiver vil have incitament til at samarbejde.

4.3.3.3 Samarbejdet

Det er ovenfor blevet illustreret, at såfremt parterne ikke har incitament til at samarbejde i en enkelt isoleret periode, vil en gentagelse af det samme spil i et endeligt antal perioder ikke resultere i, at parterne af denne grund vil samarbejde. Sortimentsudbud i form af en rammeaftale, som er en tidsbegrænset aftale, indeholder samtidig en risiko for, at tilbudsgivere underinvesterer. Dette som følge af, at et tidsbegrænset sortimentsudbud sandsynligvis skal genudbydes senere, hvorved tilbudsgiveren ikke nødvendigvis bliver optaget som leverandør ved genudbuddet, og af denne grund ikke vil kunne drage fuld nytte af de investeringer, der foretages i løbet af et sortimentsudbud, efter aftalens udløb.

For at samarbejde kan opnås er det derfor nødvendigt, at aktørerne får ensartede interesser, samt deler information mellem sig, hvilket medfører, at tilliden inter-partes øges.

Incitamentbestemmelser/kontrakter kan forene aktørernes interesser, hvilket kan resultere i, at der opstår et tillidsbaseret samarbejde, hvor aktørerne fokuserer på den fælles nytte. Såfremt dette opnås, vil aktørerne anses at være kollektivt rationelle kontra, at parterne tidligere ansås at være individuelt rationelle. Fokusset er således på en fælles optimering, hvilket medfører, at aktørernes strategi bliver at samarbejde, hvilket teoretisk set medfører, at et payoff på $-1, -1$ (samarbejd, samarbejd) opnås. En sådan strategi indebærer således en pareto-forbedring i forhold til, at aktørerne ikke tidligere samarbejdede. Det vil nedenfor analyseres, hvorvidt der findes incitamentsbestemmelser/-kontrakter, som kan bidrage til, at aktørerne opnår incitament til at samarbejde.

4.3.4 Incitamentskontrakter

I *Economics, Organization & Management* beskriver Paul Milgrom og John Roberts forskellige principper, der kan bidrage til at løse Moral Hazard-problemet i et gensidigt forhold.

4.3.4.1 The Informativeness Principle

Dette princip bidrager til at løse Moral Hazard-problematikken i den forstand, at det skal bedømmes, om den økonomiske aktørs samlede præstation er betinget af agentens egen indsats eller er påvirket af udefrakommende begivenheder. Dette er væsentligt at klarlægge, således at principlen kan identificere, hvorledes den økonomiske aktørs præstation skal bedømmes og kompenseres så effektivt som muligt.

Komparativ performance evalueringsteorien, som er en underteori til dette princip, tilsiger, at en agents kompensation ikke skal være betinget af udefrakommende begivenheder, da kompensation herefter vil være uretfærdigt og en for byrdefuld risiko at påtage sig for agenten. Komparativ performance evalueringsteorien bruges ved vurderingen af "*common effects*", som er begivenheder, der berører alle agenter ensartet.

Tværtimod tilsiger princippet anden underteori, den relative performance teori, at en agent skal kompenseres for den præstation, der ydes og de forhold, der påvirker agenten. Denne teori bruges til at vurdere "*random effects*", som er begivenheder, der har forskellig indvirkning på de individuelle agenter. Sammenlignet med den *komparative performance evalueringsteori* medfører den *relative performance teori*, at de forhold, der kompenseres efter, er forhold, der er inden for agentens egen kontrol.²⁹⁵

Når kontrakter udarbejdes mellem en principal og en agent, er det vitalt for en principal at undersøge, hvilken evalueringsform, der er mest virksom (effektiv), i forhold til agentens præstation. For principlen er det vigtigt at udvælge og belønne agenten efter den korrekte evalueringsform, da dette vil medføre, at agentens incitament til at skulke minimeres, som et resultat af, at agentens præstation evalueres på en hensigtsmæssig måde. Hvis agenten bliver evalueret på basis af den korrekte evalueringsform, vil agenten være tilbøjelig til at påtage sig mere risiko.²⁹⁶

Sættes de to evalueringsteorier i sortimentsudbuddets kontekst anses *komparativ performance evalueringsteori* at være den mest realistiske. I et sortimentsudbud vil en økonomisk aktør ikke være sikret en bestemt omsætning, da ordregivers aftagning af varer og tjenesteydelser i et sortimentsudbud vil være en *ekstern hændelse* som de økonomiske aktører ikke kan kontrollere. De usikkerheder, der er forbundet med at være optaget på et sortimentsudbud vil påvirke de økonomiske aktører ens, da ingen økonomisk aktør kan gennemskue om de overhovedet vil afhænde varer og tjenesteydelser, når de bliver optaget på et sortimentsudbud. Disse eksterne forhold, som de økonomiske aktører er påvirket af, vil

²⁹⁵ Milgrom, Paul and Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 220

²⁹⁶ Ibid.

indgå ligeligt i vurderingen af de økonomiske aktørers præstation, og de vil derfor kompenseres herefter.

4.3.4.2 The Monitoring Intensity Principle

The Monitoring Intensity Principle, som i høj grad lægger sig op ad The Incentive-Intensity Principle, indebærer fire faktorer, som er gældende når det skal vurderes, i hvilket omfang der bør skabes incitamenter, som får den pågældende agent til at yde. De fire faktorer, som disse to principper foreskriver, relaterer sig til:

1. Profitten, som principalen opnår ved, at agentens indsats øges,
2. hvor præcist den ønskede aktivitet fuldføres,
3. agentens risikotolerance, og
4. agentens respons på incitamenter ²⁹⁷

Ovenstående faktorer inddrages ved analysen af, hvor stor en mængde af monitorering, som er efficient. Som anført i afsnit 4.3.2, kan monitorering ved et sortimentsudbud forekomme relativt omkostningsfuldt, hvorved gevinsten af monitorering således skal opveje omkostningerne herved. Dette er nødvendigt førend monitorering kan anses som værende et efficient tiltag mod Moral Hazard.²⁹⁸

Set i lyset af sortimentsudbud vurderes det, at ordregiveren postkontraktuelt gennem forskelligartede monitoreringstiltag har mulighed for at øge den vindende tilbudsgivers performance. Ved udførelsen af kontrakter under et sortimentsudbud, kan ordregiver blandt andet indarbejde et vist antal kvalitetstjek af de leverede varer/ydelser. På denne måde er den vindende tilbudsgiver bevidst om, at dennes varer/ydelser vil blive kvalitetstjekket under udførelsen/leveringen af kontrakten. Et sådan monitoreringstiltag vil have forskellige effekter. En af effekterne vil være, at ordregiver får øget sin information vedrørende den vindende tilbudsgivers egentlige performance. Dette har ydermere den effekt, at tilbudsgivere som eksempelvis har gjort brug af *unbalanced bidding*, vil have mindre incitament til at *quality shirke* ved de ydelser, som er prissat lavt af tilbudsgiveren. Ved fastlæggelsen af monitoreringstiltag skal ordregiver dog tage forbehold for alle de fire tidligere anførte faktorer.

²⁹⁷ Ibid. s. 221

²⁹⁸ Ibid. s. 226

4.3.4.3 Equal Compensation Principle

Dette princip, som består af en teori, indebærer at ydelser der vægtes ligeligt af en principal, samtidigt også bør belønnes ligeligt. Teorien relaterer sig til forholdet, hvor agenter grundet manglende belønning ved nogle ydelser, negligerer disse ydelser, hvilket er på grund af, at agenten vil foretrække at levere varer/ydelser, som har den højeste marginale gevinst.²⁹⁹ Dette er i litteraturen³⁰⁰ beskrevet som “multi-tasking”, hvilket indebærer, at agenter foretrækker at levere ydelser efter deres gevinst.

Som følge af dette, vil der ved kontrakter, som indeholder komplekse aktiviteter ikke anvendes performance-relateret belønning. Dette må ses i lyset af, at det er vanskeligt for agenten at kunne identificere hvilke ydelser, som belønnes højere, og agentens incitament til at levere disse ydelser, vil herved ikke blive realiseret.³⁰¹

Vurderes dette i sammenhæng med sortimentsudbud indebærer det således, at såfremt ordregiver i udbudsmaterialet vægter visse produktkategorier højere end andre, er det fundamentalt, at ordregiver også belønner opfyldelsen af disse højere. Forfatterne er dog uenige i sådan en prioritering. Dette indebærer således, at incitament til at levere varer/udføre tjenesteydelser, som af ordregiver hverken evalueres eller vægtes højt, forsvinder. Dog foreskriver teorien, at såfremt ordregiver formår at implementere sådan en belønningsstruktur korrekt, vil risikoen for Moral Hazard minimeres, da den vindende tilbudsgiver således vil fuldføre de aktiviteter, som også er mest værdifulde for ordregiver. Modsat foreskriver teorien, at såfremt ordregiver ikke formår at indarbejde en sådan belønningsstruktur vil det skabe en inefficent tilstand. Det er dog forfatterernes vurdering at en sådan belønningsstruktur ved et sortimentsudbud kan skabe uhensigtsmæssige hold-up problematikker, da incitamentet til at levere visse produktkategorier forrykkes på baggrund af de varer/ydelser ordregiver vurderer som værende de mest essentielle. Ordregiver kan herved risikere, at tilbudsgiverne skævvrider deres tilbud, hvilket i den postkontraktuelle fase kan skabe hold-up problematikker.

4.3.4.4 The Ratchet Principle

Sortimentsudbud forløber over en række perioder, i form af, at potentielt tildeles flere kontrakter i løbet af et sortimentsudbud. Ved en sådan flerperiodemodell, kan adfærden og kontrakterne være influeret af

²⁹⁹ Ibid. s. 228

³⁰⁰ Se Hölmstrom, Bengt and Milgrom, Paul; *Multitask Principal-Agent Analysis: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design*, 1991.; Se endvidere Baker, George P.; *Incentive Contracts and Performance Measurements*, 1992.

³⁰¹ Milgrom, Paul and Roberts, John; *Economics, Organization & Management*, 1992, s. 228

information samt erfaring fra tidligere perioder.³⁰² Den adfærd, som vil anses som værende optimal i en én-periodemodell, kan ikke anses at være optimal i en flerperiodemodell, da der her kan afdækkes information i en forudgående periode, som kan anvendes i kontraktkonciperingen i senere perioder. Såfremt en tilbudsgivers præstation er ringe og begrundelsen herfor er ugunstige kontraktbetingelser, kan ordregiver i senere perioder sørge for at overvåge tilbudsgiveren. Dette kan medføre, at tilbudsgiveren ikke vil fremkomme med sådanne påstande og kravet til indsamling af omkostningsfuld information mindskes.³⁰³

Mens det i en én-periodekontrakt potentielt er fordelagtig for ordregiver at snyde tilbudsgiveren ved at undervurdere dennes målopfyldelse, er dette ikke nødvendigvis tilfældet i flerperiodekontrakter.³⁰⁴ Omdømme i et sortimentsudbud kan teoretisk medføre, at incitamentet til at snyde bliver reduceret. Dog viser den spilteoretiske analyse i afsnit 4.3.6.1, at gentagelsen af en kontrakt ikke isoleret set vil reducere incitamentet til at snyde. Det anføres dog i litteraturen³⁰⁵, at tilliden fra tilbudsgiveren om, at denne bliver behandlet fair, kan have afgørende betydning for dennes engagement i kontraktforholdet. Såfremt ordregiver er vidende om, at tilbudsgiver ikke vil fortsætte kontraktforholdet, hvis ordregiver snyder, skal ordregiver foretage en afvejning af, hvorvidt besparelsen ved at snyde opvejer tabet ved et manglende samarbejde i fremtiden, som foranlediges af, at ordregiver snyder. Denne afvejning er afhængig af diskonteringsfaktoren. Er diskonteringsfaktoren høj medfører dette, at værdien af et fremtidigt arbejde er lille. Modsat vil en lav diskonteringsfaktor medføre, at værdien af et fremtidigt samarbejde vejer tungt, hvorved fristelsen til at snyde vil være lav. Dette selvom intensiteten i incitamentet er stort. Dette medfører, at når diskonteringsfaktoren er lille, vil den optimale kontrakt nærme sig den effektive kontrakt.³⁰⁶

The Ratchet Principle indebærer, at en aktørs performance i en fase sættes som benchmark for kravet til performance i næste fase. The Ratchet Principle indebærer traditionelt set, at der er en tendens til, at kravene til leverandørernes kvalitet/ydeevne øges efter en periode, hvor dennes kvalitet har været god. Dette har dog den konsekvens, at såfremt en leverandør forudser, at fremtidige krav til performance afhænger af den aktuelle performance, vil leverandøren være modvillig til at samarbejde om indsatser vedrørende en øget produktivitet. Leverandører, som er opmærksomme på denne "ratchet effect", vil

³⁰² Bregm, Kirsten i Hansen, Anders Christian; *Uden for hovedstrømmen - Alternative strømninger i økonomisk teori*, 2007, s. 125

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ibid. s. 125f

samtidig være tøvende overfor at inkorporere tiltag, som potentielt kan reducere omkostningerne radikalt, selvom de samtidig bliver lovet yderligere betaling.³⁰⁷

Der kan dog være situationer, hvor der kan være efficiente grunde til at basere kravene til performance på baggrund af tidligere performance. Dette opstår bl.a. ved sortimentsudbud, hvor der i løbet af et sortimentsudbud potentielt set er forskellige leverandører, som får tildelt en kontrakt i forskellige perioder. Samtidig vurderes det, at den præstation, der præsteres i et sortimentsudbuds løbetid, vil have indflydelse på kravene til præstationen ved et senere genudbud af samme ydelser/varer. Dette skal ses i sammenhæng med *the informativeness principle*, hvor det er ønskværdigt at anvende al tilgængelig information. Performance i den aktuelle periode vil ofte afgive brugbar information, som kan anvendes i denne sammenhæng.

I denne sammenhæng forudsiger "*the incentive-intensity principle*" derfor, at når parterne konciperer kontrakten for en periode ad gangen, og når tidligere præstationer indbefatter nyttig information for at evaluere fremtidige præstationer, vil incitamenterne blive mere intense over tid, da parterne bruger tidligere erfaringer til at inkorporere mere præcise forventninger til præstationen i efterfølgende kontrakter.

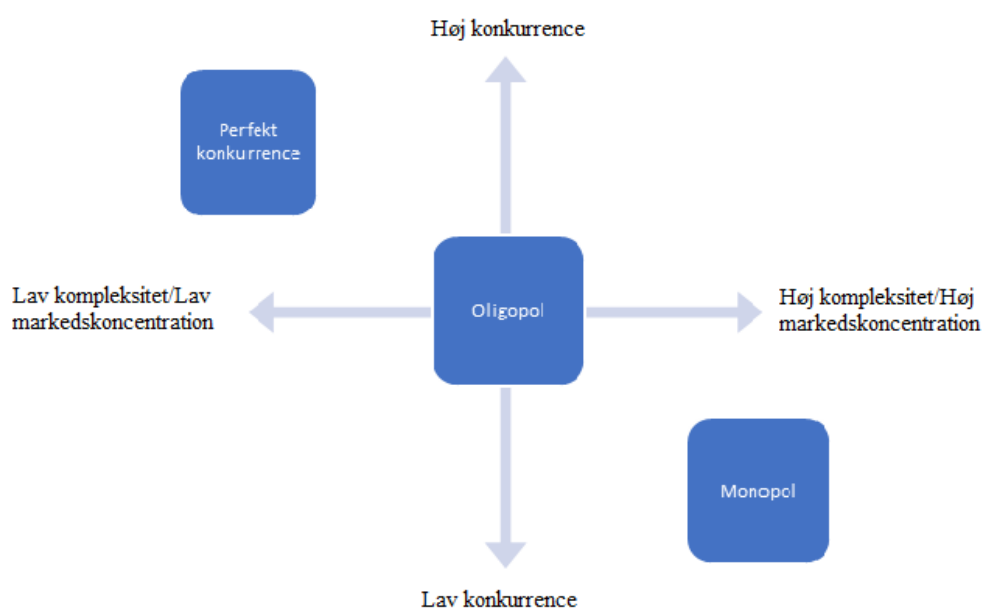
4.3.5 Påvirkningen af mængden af aktører og markedsstrukturer

Ovennævnte incitamentskontrakter kan dog ikke eliminere alle forhold. Forhold omhandlende specifikke markedsstrukturer, såsom oligopoler og monopoler, hvor antallet af aktører er begrænset, medfører, at der hos den vindende tilbudsgiver ikke vil være incitament til at udligne den foreliggende informationsasymmetri parterne imellem. Det manglende incitament hos den vindende tilbudsgiver til at samarbejde skyldes, at tilbudsgiveren er velvidende om, hvorledes markedsstrukturen er på markedet, hvor vedkommende opererer. Dette medfører, at tilbudsgiveren samtidig også er bevidst om, at ordregivers mulighed for gennemførelse af kontrakten andetsteds er uanseelig og til tider umulig.

Disse tilfælde forekommer på markeder, hvor udgangspunktet kan være, at der er mange tilbudsgivere, men hvor kontraktens kompleksitet medfører, at mængden af tilbudsgivere, som har kapaciteten samt kompetencerne til at opfylde kontrakten er begrænset. Dette ses blandt andet at være tilfældet ved sortimentsudbud, som af tilbudsgiverne kræver en stor kapacitet og samtidig også alsidige kompetencer, da forskelligartede produkter skal leveres.

³⁰⁷ Weitzman, Martin L. i *The Bell Journal of Economics*, Vol. 11, No. 1, 1980, s. 302

Et sortimentudbuds kompleksitet kan potentielt set afskære en stor del af tilbudsgiverne, som er på markedet, hvilket medfører, at graden af markeds-koncentrationen ligeledes stiger. Nedenfor illustreres effekterne af ovenstående. Figur 2 viser, at såfremt graden af koncentrationen på et marked er høj, medfører det, at graden af konkurrence er lav. Der foreligger en negativ korrelation mellem disse. Dette har samtidig den effekt, at en høj markeds-koncentration, indebærer en begrænset mængde af tilbudsgivere, hvilket medfører, at der ved specifikke sortimentsudbud kan opstå monopollignende tilstande. Dette har den konsekvens, at tilbudsgivernes incitament til at udligne den informationsasymmetri, der foreligger inter-partes, ikke øges ved at afhjælpe Moral Hazard-udfordringerne.



Figur 2

4.3.5.1 Risikoen for tilbudskoordinerings

Når der indgås en rammeaftale i form af et sortimentsudbud, opstår et “nyt marked”. Dette marked er karakteriseret ved, at:

1. Antallet af leverandører efter sortimentsudbuddets indgåelse generelt set vil være mindre end før indgåelsen af sortimentsudbuddet, og
2. leverandørerne, som er på sortimentsudbuddet, er bevidste om, at de, internt, løbende vil konkurrere om kontrakter.

Da sortimentsudbud i form af rammeaftaler ikke tillader, at nye virksomheder indtræder på et senere tidspunkt, vil det “nye marked”, der opstår under et sortimentsudbud, have en ligefrem lighed med et oligopolistisk marked.

På sådan et marked kan virksomheder være fristet til at anlægge koordinerende strategier, og på denne måde blødgøre konkurrencen for at kunne øge profitten.³⁰⁸ Tilbudskoordinering, uanset om det er aftalt eller stiltiende, er både fristende og muligt da virksomheder interagerer over længere tid.³⁰⁹ I oligopolistiske markeder antages en simpel form for tilbudskoordinering. Leverandørerne sætter en høj pris, som holdes fast over tid, indtil en af de koordinerende leverandører underbyder denne pris. Risikoen for at underbyde, afskrækkes oftest ved truslen om en evigtvarende priskrig.³¹⁰ Nedenfor vil det betones, hvorledes udformningen af et sortimentsudbud, samt strømmen af kontrakter i løbet af et sortimentsudbud potentielt kan øge risikoen for tilbudskoordinering blandt leverandørerne.

Kontrakterne, som tildeles i løbet af et sortimentsudbud, kan sammenlignes med offentlige kontrakter, som er opdelt i delkontrakter. Den væsentlige forskel er dog, at kontrakter under et sortimentsudbud tildeles på forskellige tidspunkter. Der ses en korrelation mellem antallet af kontrakter under et sortimentsudbud og risikoen for tilbudskoordinering. Jo flere kontrakter, som tildeles i løbet af et sortimentsudbud, jo større er risikoen for tilbudskoordinering, da der herved vil være en større mængde “pie-sharing” arrangementer, hvilket kan være med til at opretholde en koordinerende strategi.³¹¹ Når leverandørerne skal afgøre om de skal fortsætte med at tilbudskordinere, skal de opgøre netto værdien ved at afvige fra den koordinerende strategi, herunder den afvigende leverandørers kortsigtede profit fratrukket de forventede omkostninger, som opstår ved de resterende leverandørers straf for afvigelsen. Dette skal sammenlignes med værdien af fordelene ved tilbudskoordinering. Denne sammenligning er stærkt afhængig af leverandørernes evne til at forudsige antallet af kontrakter i løbet af et sortimentsudbud.³¹²

En anden dimension, som er forbundet med tilbudskoordinering samt antallet af kontrakter i løbet af et sortimentsudbud, er graden af symmetri iblandt leverandørerne. Symmetriske firmaer kan meget simpelt siges at have lignende markedsandele samt produktionsomkostninger.³¹³ Såfremt leverandørerne er asymmetriske, vil symmetriske kontrakter i løbet af et sortimentsudbud medføre, at tilbudskoordinering

³⁰⁸ Albano, Gian Luigi, Ballarin, Antonio and Sparro, Marco; *Framework agreements and repeated purchases: The Basic economics and a case study on the acquisition of it services*, 2010, s. 13f

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid.

³¹² Ibid.

³¹³ Ibid. s. 14f

vanskeliggøres. Dette blandt andet fordi, at leverandørerne har vanskeligheder ved at opnå en aftale om, hvorledes kontrakterne skal fordeles inter-partes. Modsat vil nogenlunde symmetriske leverandører have vanskeligheder ved at tilbudskordinere såfremt kontrakterne er asymmetriske.³¹⁴

4.3.5.2 Økonomiske konsekvenser af tilbudskordinering

Som angivet i afsnit 2.6.3, er strategien bag tilbudskordinering at tilbyde lave priser for visse kategorier og høje priser for andre. Samtidig foretages en modsat prissætning af et koordinerende firma. Det vil i nærværende afsnit undersøges hvilken prisseffekt dette har for ordregiver. For at illustrere prisseffekten opstilles nedenfor figur 3, hvor leverandør 1 og 2 anses for at tilbudskordinere. Figuren er baseret på en antagelse om, at ordregiver anvender direkte tildeling og at tilbudsgiverne bliver rangeret efter deres gennemsnitspris. De konkrete kontrakter vil herefter tildeles efter tilbudsgivernes placering i rangordenen og ikke efter deres individuelle priser for de respektive produktkategorier.

Leverandør	Produktkategori A	Produktkategori B	Produktkategori C	Gennemsnitspris	Rangering
1	8.000	3.000	10.000	7.000	2
2	4.000	8.000	7.000	6.333,33	1
3	5.000	7.500	9.000	7.166,67	3

Figur 3, udtrykt i kr.

Som beskrevet i 2.6.3 vil de koordinerende firmaer operere efter en strategi, hvor den højest rangerende tilbudsgiver, nægter at levere det efterspurgte hvorefter kontrakten går videre til den næsthøjest rangeret tilbudsgiver. Ud fra denne antagelse vil leverandør 2 som udgangspunkt få tildelt alle kontrakter. Ved hhv. produktkategori A og C vil denne ikke levere, hvorefter kontrakten vil gå videre til det koordinerende firma, leverandør 1. Leverandør 2 vil dog levere kontrakter i henhold til produktkategori B, da denne iblandt de koordinerende tilbudsgivere, der har den højeste pris. Nedenfor illustreres effekten af denne koordinering:

Ordregiver vil grundet koordineringen betale: $8.000 + 8.000 + 10.000 = 26.000$ kr.

³¹⁴ Ibid. s. 15

Hvis leverandør 2 havde leveret de efterspurgte ydelser til den tilbudte pris, ville ordregiver skulle betale: $4.000 + 8.000 + 7.000 = 19.000$ kr.

Såfremt kontrakten var gået videre til den som for de respektive kategorier havde tilbudt en næsthøjeste pris, havde ordregiver skulle betale: $5.000 + 7.500 + 9.000 = 21.500$ kr.

Ordregiver vil ud fra ovenstående opstillede situation betale en overpris på hhv. 36,84%, sammenlignet med hvis den højst rangerede tilbudsgiver opfyldte kontrakterne og 20,93% såfremt kontrakterne i stedet for et rangeringsprincip, var gået videre til tilbudsgiveren med næstlaveste pris for de respektive produktkategorier.

Eftersom det ikke er muligt for andre leverandører at blive optaget i et sortimentsudbud i form af en rammeaftale, anses dette for et lukket marked. Såfremt nogle tilbudsgivere koordinerer deres tilbud, vil dette alt andet lige reducere antallet af reelle, uafhængige tilbud. Som ovenfor illustreret vil ordregiver betale en overpris som konsekvens af koordineringen. Forskning viser, at tilbudskarteller i gennemsnit medfører en overpris på mellem 46-49%.³¹⁵ Da tilbudskoordinering vil medføre til et lavere antal af reelt konkurrerende tilbud og en højere markedsmagt for de koordinerende virksomheder, vil dette resultere i højere priser for ordregiver.³¹⁶

³¹⁵ Damgaard, Mette et. al.; *The nature and impact of Hardcore Cartels*, 2011, s. 13.

³¹⁶ Albano, Gian L. et. al. i *Journal of Competition Law and Economics*, 2009, Vol. 5(2), s. 348.

4.4 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at der grundet faktorer i den prækontraktuelle fase af et sortimentsudbud leder til samarbejdsudfordringer i den postkontraktuelle fase. Dette skal ses i kontekst af, at der i den prækontraktuelle fase foreligger informationsasymmetri mellem parterne, hvilket i P/A-teorien karakteriseres som adverse selection. Det kan konkluderes, at principalen allerede i den prækontraktuelle fase kan gøre brug af screening og signaling, som et middel til at udligne informationsasymmetrien.

Det kan konkluderes, at der i den prækontraktuelle fase foreligger væsentlige transaktionsomkostninger for både ordregiver samt tilbudsgiver, hvilket alt andet lige har indflydelse på udarbejdelsen af udbudsmaterialet og tilbuddene og dermed implicit på rammerne for samarbejdet postkontraktuelt.

Postkontraktuelt foreligger også ex-ante lignende omkostninger, som konsekvens af konciperingen af de underliggende kontrakter i et sortimentsudbud løbetid, og i den forbindelse udarbejdelse af nyt udbudsmateriale og nye tilbud ved miniudbud. Ordregiver skal herudover afholde postkontraktuelle transaktionsomkostninger i form af kontrolomkostninger, som ved et sortimentsudbud kan være omkostningstungt.

De omkostningstunge kontrolomkostninger og i den forbindelse en potentiel negligering eller manglende mulighed for kontrol, medfører, at leverandørerne får incitament til at udvise opportunistisk adfærd postkontraktuelt. Dette karakteriseres i P/A-teorien som Moral Hazard.

Samarbejdsudfordringerne kommer ydermere til udtryk i den spilteoretiske analyse af inter-partes forholdet. Af analysen kan det konkluderes, at parterne ikke vil have incitament til at samarbejde, grundet parternes strategiske rationalitet. Analysen viser, at reciprociteten i et sortimentsudbud ikke vil ændre på incitamentet til at samarbejde.

For at mindske incitamentet til opportunistisk adfærd fra tilbudsgivernes side kan ordregiver gøre brug af forskellige incitamentskontrakter.

Det kan konkluderes, at en ordregiver, for at øge samarbejdet inter-partes, kan gøre brug af:

- 1) *The Informativeness Principle,*
- 2) *The Monitoring Intensity Principle*
- 3) *Equal Compensation Principle, og*
- 4) *The Ratchet Principle*

Det kan konkluderes, at de nævnte incitamentskontrakter ikke altid vil afhjælpe opportunistisk adfærd. Tilbudsgiverne er velvidende om markedsstrukturen, som kan medføre, at ordregiveren ikke vil have andre muligheder for at få opfyldt sit behov. Dette kan foranledige tilbudsgiveren til stadig at handle opportunistisk, uagtet incitamentstiltagene. Sortimentssudbud medfører medvidere, at der skabes et “nyt lukket marked”, hvilket kan konkluderes at medføre en risiko for tilbudskoordinering.

Kapitel 5 - Integreret analyse

5.1 Indledning

Baggrunden for denne analyse skal ses i forlængelse af, at det i afhandlingens kapitel 3 er konkluderet, at ordregiver ikke nødvendigvis har en retlig hjemmel til at afvise strategisk prissatte tilbud.

Ydermere kan det fra analysen i afhandlingens kapitel 4 konkluderes, at der i et sortimentsudbud er samarbejdsvanskeligheder, som følge af ordregivers og tilbudsgivers begrænsede rationalitet og informationsasymmetrien inter-partes.

Nærværende analyse viderefører resultaterne fra kapitel 3 og 4, og har til formål at analysere, hvorvidt ordregiver kan gennemføre et sortimentsudbud og anvende tiltag på en sådan måde, at risikoen for strategisk prissætning mindskes.

5.2 Inkorporering af kontraktbetingelser

5.2.1 Hvorvidt kan inkorporering af en leveringsforpligtelse medføre, at risikoen for strategisk prissætning mindskes?

Ordregiver skal ved gennemførelsen af et udbud udarbejde et omfattende udbudsmateriale. Blandt andet skal der udarbejdes udbudsbetingelser, som indeholder en beskrivelse af, hvilke vilkår tilbudsgiverne skal opfylde for at deltage i udbuddet. Herudover udarbejdes en kravspecifikation, som er en beskrivelse af de tekniske krav til den udbudte ydelse.³¹⁷

Det er samtidig essentielt for både ordregiver og de potentielle tilbudsgivere, at udbudsmaterialet også indeholder en beskrivelse af kontrakten, som parterne indgår efter gennemførelsen af et sortimentsudbud.³¹⁸ Til en sådan kontrakt er der knyttet kontraktbetingelser til selve udførelsen af kontrakten. Disse betingelser er ikke en del af evalueringen af de modtagne tilbud og vedrører, som anført, selve udførelsen af kontrakten.³¹⁹ Indførelsen af en leveringsforpligtelse skal ifølge forfatterne anses som værende en kontraktbetingelse. En leveringsforpligtelse i et sortimentsudbud vil indebære, at tilbudsgiverne er forpligtet til at levere de tilbudte varer/ytelser til den tilbudte pris og kvalitet.

Ordregiver skal være påpasselig ved indførelsen af en sådan leveringsforpligtelse, da en sådan forpligtelse kan være lige så prisdrivende som eksempelvis tekniske krav til den udbudte ydelse.³²⁰

Ordregiver bør derfor sikre sig, at indførelsen af en leveringsforpligtelse ikke er unødvendig. Ordregiver

³¹⁷ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 396

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Ibid.

bør overveje om omkostningerne forbundet med en leveringsforpligtelse opvejes af en eventuel merpris, som ordregiveren potentielt kommer til at betale, da tilbudsgiverne inkorporerer kravet om en leveringsforpligtelse i deres tilbud.³²¹

Såfremt der fremsættes krav om en leveringsforpligtelse uden, at ordregiver påtager sig en aftageforpligtelse, føres risikoen over på tilbudsgiveren. Dette kan unægteligt medføre, at tilbudsgiveren indregner denne risiko i tilbuddet, og den pris, der tilbydes vil være et udtryk for påtagelsen af den ekstra risiko, som følger af en leveringsforpligtelse.

Når ordregiver konciperer sin kontrakt og de dertilhørende kontraktbetingelser og -vilkår, gælder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og EU-rettens almindelige principper.³²² Af lovbemærkningerne³²³ til UDBL § 2 fremgår, at *“herudover skal der tages højde for den forvaltningsretlige forpligtelse til forsvarlig økonomisk forvaltning i forbindelse med ordregiverens fastsættelse af betingelser for udførelse af kontrakten, i det omfang de almindelige forvaltningsretlige regler finder anvendelse [for] ordregiveren”*.³²⁴

Fastsættelsen af kontraktbetingelser hjemles i UDBL § 176, som indebærer, at ordregivers kontraktbetingelser skal være forbundet med kontraktens genstand jf. UDBL § 163. Samtidig er det et krav, at betingelserne anføres i enten udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale.³²⁵ Særligt byrdefulde kontraktbetingelser skal dog som følge af gennemsigtighedsprincippet angives i udbudsbekendtgørelsen.³²⁶ Kontraktbetingelser, herunder en leveringsforpligtelse, skal som ovenfor angivet være i overensstemmelse med de almindelige principper i UDBL § 2. Af lovbemærkningerne til UDBL § 2, og nærmere proportionalitetsprincippet fremgår det, at princippet ikke finder:

“anvendelse i forhold til vurderingen af, om varetagelsen af de hensyn, der ligger bag et krav til kontraktens gennemførelse er de omkostninger værd, som et sådan krav vil medføre. Princippet finder dog anvendelse i forhold til vurderingen af, om et krav til kontraktens gennemførelse kunstigt indskrænker konkurrencen.”

Af lovbemærkningerne kan således udledes, at kontraktbetingelser ikke kunstigt må indskrænke konkurrencen, men, at ordregiver herudover kan stille kontraktbetingelser uden at skulle tage i

³²¹ Ibid.

³²² Fabricius, Jesper; *Offentlig indkøb i praksis*, 2017, s. 412

³²³ LF 19

³²⁴ Ibid. s. 58

³²⁵ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 397

³²⁶ LF 19, s. 197

betragtning om kravenes merpris står målt med kravet. Det er dog som tidligere angivet forfatterens vurdering, at ordregiverne fra et økonomisk synspunkt bør afveje, hvorvidt omkostningerne for en leveringsforpligtelse, som afspejler sig i tilbudsgivernes pris, opvejes af den værdi en sådan leveringssikkerhed har for ordregiver. Dette som følge af, at ordregiver kan blive udsat for at betale en uforholdsmæssig høj pris for produkter, som ordregiveren måske ikke aftager i de estimerede mængder, i sortimentsudbuddets løbetid, men som ordregiveren alene vil have en leveringssikkerhed for.

Inkorporeringen af en leveringsforpligtelse kan potentielt afværge strategisk prissætning, da leverandørerne forpligtes til at levere til den tilbudte pris. Dette kan potentielt afværge, at tilbudsgiverne spekulerer i at tilbyde lave priser for varer, hvis behov ordregiver har estimeret "forkert". Spekulationen i at tilbyde lave priser kan afværges, da tilbudsgiverne under alle omstændigheder vil være forpligtet til at levere de efterspurgte varer/ydelser til den tilbudte pris. Tilbudsgiverne, der strategisk skævvrider prisen på sine varer/ydelser grundet en "bedre viden", kan som følge af en leveringsforpligtelse risikere, at disse lavt prissatte produkter aftages i langt større mængder end estimeret af både ordregiver og tilbudsgiver selv. Dette indebærer således, at tilbudsgiverne for alle de tilbudte varer, vil tilbyde priser, som sikrer dem profit, da en leveringsforpligtelse har den konsekvens, at tilbudsgiverne ikke kan "forrykke" deres profit varerne imellem, hvilket bl.a. mindsker risikoen for at tilbudsgiverne anvender *unbalanced bidding*.

En leveringsforpligtelse vurderes på baggrund af ovenstående som værende et effektivt tiltag, som potentielt kan afværge, at tilbudsgiverne spekulerer i strategisk prissætning. Ordregiver vil dog modtage mere realistiske priser på de udbudte varer/ydelser, som uundgåeligt vil være højere sammenlignet med et sortimentsudbud uden en leveringsforpligtelse.

5.2.2 Hvorvidt kan inkorporering af en leveringsforpligtelse med aftageforpligtelse medføre, at incitamentet til at samarbejde forøges?

Som det er anført i afsnit 2.2, er der ved indgåelse af rammeaftaler som udgangspunkt ikke en aftageforpligtelse for ordregiver. Ordregiver kan dog inkorporere en sådan forpligtelse i kontrakten. Det er ovenfor i afsnit 5.2.1 analyseret, hvilken indflydelse en leveringsforpligtelse kan have på priserne, som ordregiver modtager ved et sortimentsudbud. Det vil i nærværende afsnit analyseres, hvilken effekt en aftageforpligtelse i sammenhæng med en leveringsforpligtelse vil have. En aftageforpligtelse

defineres i nærværende afsnit, som en forpligtelse, hvorved ordregiver forpligter sig til at købe en vis minimumsmængde varer/ydelse i et sortimentsudbuds løbetid.³²⁷

Såfremt ordregiver inkorporerer en aftageforpligtelse i kontrakten, kan det medføre, at de deltagende tilbudsgivere kan tilbyde gunstigere priser. Dette vil være en direkte følge af, at ordregiver forpligter sig til at aftage en vis mængde i sortimentsudbuddets løbetid,³²⁸ hvilket kan sikre de optagede tilbudsgivere en form for eksklusivitet og omsætning.³²⁹

En aftageforpligtelse resulterer ikke alene i gunstigere priser, det medfører også, at transaktionsomkostningerne mindskes, da ordregivere ikke sideløbende med et sortimentsudbud, må iværksætte selvstændige udbudsprocesser på konkrete indkøb, der er omfattet af et sortimentsudbud.³³⁰ Aftageforpligtelsen mindsker alt andet lige fleksibiliteten for ordregiver, samt medfører en risiko for, at ordregiver, ved en manglende aftagelse af den forpligtede mængde, kan blive pålagt at udbetale erstatning.³³¹ En aftageforpligtelse kan mindske fleksibiliteten, da ordregiveren ikke må iværksætte sideløbende udbud af indkøb med sammenfaldende sortiment, hvis ordregiveren ikke har aftaget minimumsmængden som denne forpligter sig til.³³² Hvis ordregiver har i sinde at indgå et sortimentsudbud med en aftageforpligtelse, bør dette fremgå af udbudsmaterialet, da det kan have indflydelse på tilbudsgiveres interesse for at afgive tilbud på det pågældende sortimentsudbud.³³³

Som følge af, at ordregivere inkorporerer en aftageforpligtelse, har tilbudsgiverne en forbedret mulighed for at beregne den forventede nytte ved afgivelsen af deres tilbud. Dette medfører, for ordregiver, at der modtages gunstigere og mere realistiske priser, da tilbudsgiverne har mulighed for at sammenholde omkostningerne for de tilbudte varer/ydelse med nytten ved leveringen af varer/ydelserne. Der består dog stadig en usikkerhed ved, at tilbudsgiverne ikke er bekendte med den nøjagtige sandsynlighed for at vinde et udbud.

Det kan konkluderes, at en leveringsforpligtelse med en aftageforpligtelse kan medføre, at tilbudsgiverens incitament til at samarbejde med ordregiver forøges, da tilbudsgiverne får viden om en minimumsmængde af varer/ydelse, der vil aftages af ordregiveren i løbet af sortimentsudbuddets

³²⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 102

³²⁸ Ibid. s. 103

³²⁹ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 153

³³⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 103

³³¹ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 153.; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 103

³³² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 103

³³³ Ibid.

løbetid. Såfremt ordregiver ikke inkorporerer en aftageforpligtelse, er der en manglende omsætningssikkerhed for tilbudsgiverne, hvilket kan hindre afgivelsen af attraktive tilbud. Ordregiver bør derfor nøje afveje behovet for fleksibilitet, som kan sikres ved en manglende aftageforpligtelse mod fordelene ved at påtage sig en aftageforpligtelse.³³⁴

5.3 Evalueringsmetoden og de dertilhørende tildelingsmekanismer

5.3.1 Evalueringsmodellen ved et sortimentsudbud

Som anført i afsnit 2.5.1, kan der i sortimentsudbud anvendes en varekurvsmodel som evalueringsmodel. Brugen af sådan en model indebærer dog opfyldelsen af flere betingelser. Blandt andet, at modellen er i overensstemmelse med UDBL §§ 2 og 160, samt, at ordregiver har et datagrundlag, der kan danne base for blandt andet estimeringen af det forventede forbrug. Det er dog forfatterens vurdering, at sortimentsudbud og varekurvsmodellen de facto til en vis grad altid vil give anledning til en form for strategisk prissætning.³³⁵ Det vil derfor i nærværende afsnit analyseres, hvorvidt ordregiver ved anvendelsen af bestemte tildelingsmekanismer kan undgå en sådan adfærd fra tilbudsgiverne.

5.3.2 Tildelingsmekanismer

Evalueringsmodellen, som bliver anvendt, ved gennemførelsen af et sortimentsudbud er ikke isoleret set afgørende for hvilke tilbud ordregiver modtager. Tildelingsmekanismen vil også have afgørende betydning for tildelingen af de konkrete kontrakter i løbet af sortimentsudbuddets løbetid, hvorfor ordregiver nøje skal overveje fastsættelsen af denne.³³⁶

5.3.2.1 Direkte tildeling

5.3.2.1.1 Kaskademodellen

Ved brug af en kaskademodel foretages ordregivers tildeling af kontrakter under et sortimentsudbud efter rangordenen i sortimentsudbuddet. Ordregiver har ved evalueringen af de indkomne tilbud rangeret tilbudsgiverne, hvorved den tilbudsgiver, som er rangeret nr. 1, får tildelt de konkrete kontrakter. Kan denne tilbudsgiver ikke levere, vil kontrakten fortsætte til nr. 2 i rangordenen osv. Ordregiver er på denne måde garanteret en forsyningssikkerhed.³³⁷ Det er forfatterens vurdering, at kaskademodellen på

³³⁴ Hansen, Kim Lundgaard & Offeren, René; *Udbudsprocessen*, 2016, s. 42

³³⁵ Se afsnit 2.5.1

³³⁶ Se afsnit 2.2

³³⁷ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 162

grund af tilbudsgivernes opportunistiske adfærd giver klar anledning til strategisk prissætning. Dette er først og fremmest understøttet af, at kaskademodellens opbygning i sig selv ikke kan indeholde en leveringsforpligtelse, da en rangorden således ikke vil kunne opretholdes. Tilbudsgiverne vil således have incitament til at spekulere i blandt andet *unbalanced bidding* samt *tilbudskoordinerings*. Dette er forudsat af, at rangeringen sker på baggrund af tilbudsgivernes samlede tilbudspris, og ikke på baggrund af priserne for de individuelle produktkategorier.

En tilbudsgiver kan således angive meget lave priser ved visse produktkategorier, som har en på forhånd fastsat høj vægtning i evalueringsmodellen, og således opnå en kunstig lav samlet evalueringspris. Dette kan sikre, at denne bliver placeret højt i rangordenen og herefter kan undlade at levere visse lavt prissatte produkter, hvor tilbudsgiveren, såfremt der var en leveringsforpligtelse, ville have været forpligtet til at levere til den tilbudte pris.

Tilbudsgiverne vil yderligere kunne spekulere i tilbudskoordinerings, og få koordineret priser, så de adskilt afgiver lave priser på forskellige produkter og høje priser på andre. Ved en sådan koordinering kan tilbudsgiverne sikre sig lignende og lave samlede tilbudspriser og dermed blive rangeret højt i rangordenen. Forudsat, at disse tilbudsgivere bliver rangeret hhv. nr. 1 og nr. 2, kan de således koordinere, hvilke kontrakter under et sortimentsudbud, der skal leveres af hhv. nr. 1 og nr. 2.

Det kan konstateres, at kaskademodellen forhindrer brugen af en leveringsforpligtelse og giver samtidig anledning til opportunistisk adfærd, samt strategisk prissætning fra tilbudsgiverne. Det er derfor vurderingen, at ordregiver ved sortimentsudbud i videst muligt omfang bør undgå at tildele kontrakter ved brug af kaskademodellen.

5.3.2.1.2 Indkøbskurvs-modellen

Ved brug af en *indkøbskurvs-model* forudsættes det, at ordregiveren ved konkrete indkøb “samler en indkøbskurv” og efterfølgende tildeles den “samlede indkøbskurv”, til den tilbudsgiver, der har “tilbudt” den samlede laveste pris.³³⁸

Ved brug af modellen er det vurderingen, at ordregiver i kontraktbetingelserne kan inkorporere en leveringsforpligtelse således, at tilbudsgiverne ikke kan nægte at levere “indkøbskurven”. Ved brug af denne model foretages der ikke en på forhånd fastsat rangering af tilbudsgiverne, men tildelingen af kontrakten sker på baggrund af det konkrete indkøb. Det konkrete behov i form af “indkøbskurven” er således udslagsgivende for, hvilken leverandør, der får tildelt kontrakten.

³³⁸ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 162

Forudsat, at ordregiver inkorporerer en leveringsforpligtelse og anvender indkøbskurvs-modellen er det vurderingen, at ordregiver til en vis grad kan undgå strategisk prissætning. Tilbudskoordinering vanskeliggøres ved, at tilbudsgiverne ikke rangeres og ej heller kan forudsige det konkrete behov, som opstår i fremtiden. Det samme gør sig gældende ved unbalanced bidding, da tilbudsgiverne grundet leveringsforpligtelsen vil være forpligtet til at levere de tilbudte varer til de tilbudte priser. Dette kan således have store økonomiske konsekvenser for tilbudsgiveren, og incitamentet til at skævvride priserne vurderes at være mindsket på grund af både leveringsforpligtelsen og denne tildelingsmodel. Dog vurderes det samtidig, at ordregiver ved brug af denne model ikke kan undgå *predatory pricing*. Denne prissætningsstrategi er nemlig ikke influeret af tildelingsmekanismen, men anvendes på baggrund af incitamentet til at opretholde en stærk stilling på et pågældend marked.

5.3.2.2 Miniudbud

Ordregiver har som anført i afsnit 2.2 og 2.2.2, mulighed for at tildele de konkrete kontrakter under et sortimentsudbud, ved at genåbne konkurrencen blandt aktørerne, som er på rammeaftalen. En genåbning af konkurrencen, omtalt som miniudbud, indbefatter, at selve konkurrencen om de enkelte kontrakter foregår efter, at tilbudsgiverne er optaget på sortimentsudbuddet. Det er vurderingen, at sådan en tildelingsmekanisme medfører store transaktionsomkostninger både i den prækontraktuelle- og den postkontraktuelle fase. Tilbudsgiverne skal, for at blive leverandører på rammeaftalen, afgive et “indledende tilbud”, som svar på ordregivers udbudsmateriale. Disse tilbud skal herefter evalueres af ordregiver. Som angivet i afsnit 4.2.1.2, afholdes der væsentlige transaktionsomkostninger til dette. Ydermere omfatter miniudbud, at ordregiver, for hvert indkøb, skal udarbejde nyt udbudsmateriale, og tilbudsgiverne opfordres på samme tid til at udforme konkrete tilbud, som svar på det nye udbudsmateriale. Dette medfører, at det er omkostningstungt at gennemføre miniudbud.

Ved *miniudbud* kan ordregiver ikke inkorporere en “overordnet” leveringsforpligtelse, da leveringsforpligtelsen automatisk opstår såfremt tilbudsgiverne afgiver tilbud ved miniudbuddene. Baggrunden for denne vurdering er, at tilbudsgiverne, ved anvendelsen af denne tildelingsform, ikke er forpligtet til at afgive tilbud ved de konkrete miniudbud. Dette medfører eksplicit, at der heller ikke kan anses at være en “overordnet” leveringsforpligtelse. På samme tid er det dog vurderingen, at såfremt tilbudsgiverne afgiver tilbud ved de konkrete miniudbud, er tilbudsgiverne forpligtet til at levere i overensstemmelse med tilbuddet. Dette vurderes at gælde selvom ordregiver i kontaktbetingelserne ikke har indarbejdet en leveringsforpligtelse.³³⁹ Det vurderes, at der på ingen måder er grundlag for, at

³³⁹ Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 414

ordregiveren vil “fratage” denne forpligtelse fra tilbudsgiverne ved miniudbud, hvilket dog er set under andre tildelingsmekanismer.³⁴⁰

Ovenstående skaber flere usikkerhedsmomenter hos ordregiver. Da det vurderes, at tilbudsgiver som udgangspunkt ikke har pligt til at afgive tilbud på miniudbuddene, kan ordregiver risikere at skulle foretage sideløbende udbud for at opfylde sit behov. Dette medfører ydermere, at der foreligger “sunk cost” hos ordregiver i form af omkostningerne brugt på at gennemføre miniudbuddet. Samtidig er der et usikkerhedsmoment omkring hvilke priser ordregiver får tilbudt under miniudbuddene. Priserne som tilbudsgiverne tilbyder i den prækontraktuelle fase anses ikke at være bindende under de konkrete miniudbud, da det må være muligt at ændre prisen, hvor konkurrencen genåbnes (miniudbud).³⁴¹

Det er dog forfatterens vurdering, at priserne i de indledende tilbud ikke frit kan ændres til højere priser end priserne angivet i det indledende tilbud. Baggrunden for denne vurdering er, at såfremt sådan en adfærd er tilladelig, får tilbudsgivere anledning til at angive kunstige priser i det indledende tilbud, hvilket kan forhøje deres muligheder for at blive leverandør på rammeaftalen. Såfremt tilbudsgiverne frit kan forhøje sine priser, ved efterfølgende miniudbud, vurderes det at ville forrykke konkurrencen. Denne vurdering anlægges da tilbudsgivere, som i det indledende tilbud kan have angivet realistiske priser, men ikke er blevet optaget, bør have været optaget på rammeaftalen sammenlignet med de forhøjede priser, som tilbydes ved miniudbud. Det vurderes på denne baggrund, at muligheden, for en fri forhøjelse af priserne i det indledende tilbud ved efterfølgende miniudbud, er i strid med UDBL § 2.³⁴²

Det er således forfatterens vurdering, at det udtrykkeligt bør stå anført, under hvilke omstændigheder tilbudspriserne i det indledende tilbud kan ændres ved de efterfølgende miniudbud, men at disse ikke frit kan forhøjes, jf. UDBL § 2.

5.3.2.3 Hybrid

Muligheden for at anvende en hybrid fremgår eksplicit af UDBL § 98, stk. 2. Hybriden bevirker, at en ordregiver tillades at kombinere en tildelingsmekanisme bestående af både *direkte tildeling* og *miniudbud*. Nedenfor foreslås en model, som vurderes at mindske incitamentet til opportunistisk adfærd og strategisk prissætning. Denne model vurderes at kunne bidrage til, at ordregiver og tilbudsgivers

³⁴⁰ KLFU's kendelse af 23. januar 2012, Proffice A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S

³⁴¹ Explanatory note - Framework agreements - Classic Directive, s. 6; Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen Ruth; *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 2017, s. 420

³⁴² KLFU's kendelse af 12. maj 2020, AV Form A/S mod Jysk Fællesindkøb ved Skive Kommune m.fl.

incitament til at samarbejde, bibeholdes. Ved brug af denne tildelingsmekanisme vurderes yderligere, at konkurrencen til en vis grad sikres, ved de konkrete indkøb i sortimentsudbuddets løbetid.

Denne tildelingsmekanisme indebærer, at en konkret kontrakt i et sortimentsudbud tildeles ved en kombination af kaskademodellen og miniudbud. Kombinationen medfører, at den konkrete kontrakt i sortimentsudbuddet, som udgangspunkt tildeles efter et rangeringsprincip. Kontrakten tildeles dermed, som udgangspunkt, direkte til den tilbudsgiver, der er rangeret højest i rangordenen.

Såfremt den højest rangerede tilbudsgiver ikke kan levere de varer/ydelser, der efterspørges, vil kontrakten ikke gå videre til nummer 2 på listen, som det kendes fra kaskademodellen.

Tildelingsmekanismen medfører, at der i stedet for igangsættes et miniudbud mellem de resterende leverandører i sortimentsudbuddet.

Ved at konstruere en tildelingsmekanisme på denne måde, sikrer ordregiver, at der som udgangspunkt ikke er incitament til blandt andet tilbudskoordinering. Dette grundet af, at kontrakten ikke automatisk vil gå videre ned af rangordenen, men i stedet vil konkurrencen genåbnes. Der vil dog stadig foreligge et minimalt incitament til tilbudskoordinering, da det stadig er et "lukket" marked, hvor aktørerne, der konkurrerer, er de samme. Incitamentet til at tilbudskordinere prækontraktuelt vurderes dog at være mindsket væsentligt ved en sådan tildelingsmekanisme, da man som tilbudsgiver ikke kan vide sig sikker på, hvem der får tildelt kontrakten når konkurrencen genåbnes. Risikoen for tilbudskoordinering foreligger dermed i fasen, hvor der afgives tilbud i forbindelse med gennemførelsen af miniudbud, hvilket er en konsekvens af, at der ikke er mulighed for, at nye tilbudsgivere kan optages på rammeaftalen.

I denne henseende er det værd at bemærke, at uagtet, hvilken tildelingsmekanisme ordregiver fastlægger og bruger i sit sortimentsudbud, vil det være vanskeligt for ordregiver at mindske tilbudsgivers incitament for *predatory pricing*. Dette skal ses i lyset af, at en tilbudsgiver, der ønsker at fastholde sin stærke konkurrencemæssige position og drive konkurrenter ud af et givent marked, vil have incitament til at fremsætte et tilbud med en lav pris. En sådan prissætningsstrategi vil dog stadig medføre en risiko for, at tilbuddet kan blive afvist som værende unormalt lavt.³⁴³

Det vurderes, at hybriden mindsker risikoen for strategisk prissætning, da ordregiver kan genåbne konkurrencen, hvis den højest rangerede tilbudsgiver ikke kan levere. Dette anses for at mindske risikoen for hold-up situationer og tilbudskoordinering, da kontrakten konkurrenceudsættes i et

³⁴³ Se afsnit 3.3.1

miniudbud. Tilbudsgiverne vil på grund af dette ikke vide sig sikker på, hvem der får kontrakten tildelt, hvis den højest rangerede tilbudsgiver på sortimentsudbuddet ikke får tildelt kontrakten.

5.4 Udbud med forhandling

Det vil i nærværende afsnit analyseres, hvorvidt sortimentsudbud kan gennemføres ved brug af udbudsproceduren udbud med forhandling. Ved analysen fokuseres der udelukkende på UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra c og d. Sortimentsudbud indeholder en stor mængde varelinjer, hvilket medfører en risiko for fejl i tilbuddene. Det vil dog analyseres om udbuddet af standard-varekøb vil kunne opfylde førnævnte betingelser, såfremt de udbydes i et bredt sortiment, hvor der er risiko for fejl i både udbudsmaterialet og de modtagne tilbud, hvilket er tilfældet med sortimentsudbud.

5.4.1 UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra c

UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra c hjemler, at ordregiver kan anvende udbudsproceduren *udbud med forhandling*, såfremt kontrakten ikke kan tildeles uden forudgående forhandling “*på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed (...)*”.

Baggrunden for, at praksis fra KLFU omhandlende sortimentsudbud er kodificeret og der er hjemmel i UDBL § 45, som giver adgang til at bruge sortimentsudbud, skal findes i, at der er konstateret udfordringer ved anvendelsen af denne indkøbsmetode.³⁴⁴ Udfordringerne med sortimentsudbud har i særdeleshed udmøntet sig i, at de udbud, der gennemføres og de kontrakter, der tildeles, typisk har været *unødigt komplicerede, unødigt begrænsende i markedet eller ikke sikrer den ønskede kvalitet af de omfattede varer*.³⁴⁵

Opfyldelsen af nærværende betingelse må anses at være en konkret vurdering fra sortimentsudbud til sortimentsudbud. Det er diskussionsværdigt, hvorvidt sortimentsudbud i sig selv grundet den omfattende mængde varer/ytelser, som skal leveres, udgør en sådan kompleksitet samt særlig omstændighed, som hjemler brugen af udbud med forhandling i medfør af UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra c. Det er forfatterens vurdering, at udbuddet af sortimentsudbud isoleret set ikke hjemler brugen af udbud med forhandling i medfør af UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra c. Denne vurdering er på baggrund af, at kompleksiteten af et sortimentsudbud bør anses som værende en konkret vurdering, samtidig med, at det vurderes, at en omfattende mængde standardvarer/ytelser ikke isoleret set udgør en sådan kompleksitet.

³⁴⁴ LF 19, s. 90

³⁴⁵ Ibid.

Dog vurderer forfatterne på samme tid, at indkøb af en ekstraordinær mængde standardvarer/ydelser i konkrete situationer kan hjemle brugen af udbud med forhandling. Denne vurdering skal ses i lyset af, at det vurderes, at der ved en ekstraordinær mængde varer/ydelser vil være udfordringer ved at specificere ydelsen, hvoraf der følger en forhøjet risiko for fejl og ukonditionsmæssige tilbud. Dette vil potentielt set kunne forhindres ved brugen af udbud med forhandling, da forhandlingselementet kan reducere risikoen for fejl i tilbuddene, og som dermed mindsker risikoen for ukonditionsmæssige tilbud.³⁴⁶

Et konkret sortimentsudbuds kompleksitet vurderes at afhænge af selve varerne/ydelserne, og mængden heraf. Det vurderes, at betingelsen i konkrete situationer er opfyldt, hvorved udbud med forhandling kan anvendes, jf. UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra c. Dog vil disse konkrete situationer omfatte en massiv mængde varer/ydelser, og i de situationer, hvor et sortimentsudbud ikke er unødigt komplekst, da der ikke efterspørges en massiv mængde varer, vil betingelsen ikke være opfyldt. Det vurderes herved, at adgangen til brug af udbud med forhandling med hjemmel i nærværende bestemmelse er snæver, og kun sjældent kan ses at være opfyldt ved udbuddet af et sortimentsudbud.

Særligt vurderes det, at betingelsen er opfyldt i de konkrete tilfælde, hvor det ikke nødvendigvis er standardvarer, der udbydes, men der ved varerne/ydelserne, foreligger en væsentlig kompleksitet, der nødvendiggør udbud med forhandling. I kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, vurderes det, at de omfattede varer/ydelser kunne anses som at være særligt komplekse,³⁴⁷ samt at udbudsproceduren udbud ved forhandling ved et sådant udbud kunne have været anvendt. Dog kan baggrunden for en manglende anvendelse af udbud med forhandling i denne konkrete situation være begrundet af, at der ved udbud med forhandling skal foretages en begrænsning af antallet af tilbudsgivere, som der forhandles med, jf. UDBL § 64, stk. 1³⁴⁸.

5.4.2 UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra d

I medfør af UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra d kan ordregiver anvende udbud med forhandling, hvis ordregiver ikke kan *“fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference (...)”*.

³⁴⁶ Bødtcher-Hansen, Jens & Hansen, Rasmus Holm i Treumer, Steen (red.); *Udbudsloven*, 2016, s. 216.

³⁴⁷ Komplexiteten ved udbuddet understøttes af Michael Steinicke og Anders Nørgaard Jensen; <https://udbudsportalen.dk/2019/03/kone-kendelsen/>, senest besøgt 20.3.2020

³⁴⁸ Udbuddet blev foretaget af en indkøbscentral, hvis rammeaftaler oftest udgøres af mange leverandører, hvorfor en begrænsning højst sandsynligt ville være uhensigtsmæssig.

Det anføres i forarbejderne til UDBL § 45³⁴⁹, at beskrivelsen ikke ligefrem altid er en umulighed, men oftest vil være økonomisk uproportional og, at hensigten med gennemførelsen af sortimentsudbud er “*at gøre det lettere for ordregiveren at beskrive de egenskaber, som kræves af kontraktens genstand, hvis ressourceforbruget til beskrivelsen af samtlige produkter eller ydelser, der påtænkes indkøbt, ville være uforholdsmæssig stor eller en udtømmende beskrivelse i realiteten ikke er mulig på grund af det påtænkte indkøbs karakter.*”³⁵⁰ (vores markering).

Sortimentsudbud er, som tidligere anført, et meget omfattende udbud, hvor ordregivere typisk indkøber mange tusindvis af forskellige varer. Det faktum, at ordregivere køber tusindvis af forskellige varer, gør det svært for ordregiver at beskrive de produktkategorier, der ønskes indkøbt. Denne mængde, der indkøbes, gør det uproportionalt i et økonomisk henseende at foretage en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand med henvisning til funktionsdygtighed/-krav eller standarder.³⁵¹ For at nærværende betingelse er opfyldt, skal det for ordregiver ikke være muligt at fastlægge de tekniske specifikationer med henvisning til bl.a. en standard.

Det anføres i lovforarbejderne til UDBL § 45, at der kan forekomme tilfælde, hvor en udtømmende beskrivelse af sortimentet i realiteten ikke er mulig. I disse konkrete situationer vurderes det, at betingelsen i UDBL § 61, stk. 1, nr. 1, litra d er opfyldt, hvorved ordregiver i disse situationer ved udbuddet af et sortimentsudbud kan anvende udbudsproceduren udbud med forhandling.

5.4.3 De økonomiske aspekter ved udbud med forhandling

5.4.3.1 Transaktionsomkostninger ved udbud med forhandling

I afsnit 5.4 er det konstateret, at en ordregiver i konkrete tilfælde kan anvende udbudsproceduren *udbud med forhandling* ved udbuddet af et sortimentsudbud. I dette afsnit vil transaktionsomkostningerne, der måtte forekomme, analyseres. Samtidig vil det også analyseres om forhandlingselementet i udbudsformen bidrager med en så betragtelig kontraktuel værditilvækst, at udbud med forhandling er rationelt at anvende i et sortimentsudbud.

I forbindelse med udbud med forhandling vil ordregiver have omkostninger til først at sørge for at udarbejde et meget omfattende udbudsmateriale, som et sortimentsudbud kræver. I det tilfælde, hvor ordregiver vælger at bruge udbud med forhandling, skal ordregiver afholde omkostninger til at

³⁴⁹ LF 19, s. 90

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid.

prækvalificere tilbudsgivere. Derefter skal ordregiver udrede omkostninger i forbindelse med at vurdere de indledende tilbud, hvorefter ordregiver også skal afholde omkostninger i forbindelse med forhandlingsrunderne, der pågår. Slutteligt skal ordregiver, efter forhandlingsrunderne er overstået, udrede omkostninger til at evaluere de endelige, indkomne tilbud.

Ved udbud med forhandling vil tilbudsgiver skulle udarbejde et indledende tilbud i forbindelse med prækvalifikationen. Herudover skal tilbudsgiver afholde omkostninger i forbindelse med forhandlingen, såkaldte forhandlingsomkostninger.

Yderligere skal der fra tilbudsgiveren udarbejdes yderligere tilbud, alt afhængig af mængden af forhandlingsrunder. Slutteligt skal tilbudsgiverne afholde omkostninger til udarbejdelsen af det endelige tilbud. Disse anses også at være omfattet af *søgeomkostninger*, da der ved afholdelsen af disse skal foretages en vurdering af hvilke aspekter, der skal inkorporeres i tilbuddene. Omkostninger, der afholdes til udarbejdelsen af det endelige tilbud forudsættes dog ikke at være væsentlige, da forhandlingselementet bidrager til en klarlægning af og feedback på, hvad tilbuddet skal indeholde.

5.4.3.2 Udbud med forhandling - Kontraktuel værditilvækst

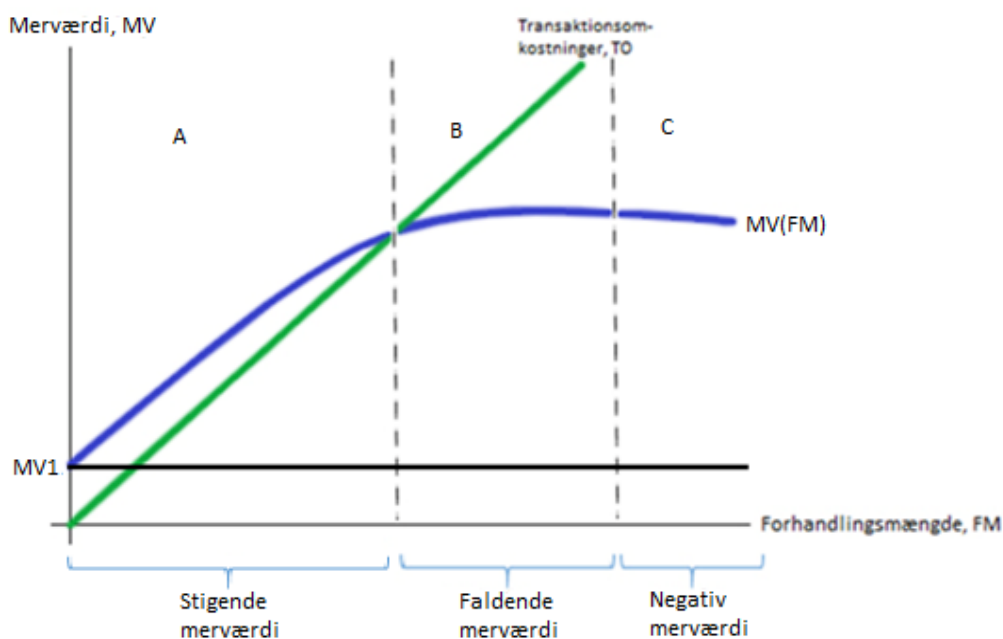
Udbud med forhandling vil blive analyseret i lyset af "*law of diminishing marginal returns*", da parterne, og deres indbyrdes kontrakt, ifølge denne økonomiske regel, vil blive tilført kontraktuel merværdi op til et givent punkt, hvorefter de omkostninger, der bruges på forhandling, ikke vil bidrage med nogen kontraktuel værditilvækst.

"*Law of diminishing marginal returns*" defineres som "*If a firm keeps increasing an input, holding all other inputs and technology constant, the corresponding increases in output will become smaller eventually*".³⁵² Med udgangspunkt i denne definition må den kontraktuelle værditilvækst (nytteværdien) som forhandling bidrager med, anses at være en aftagende kurve. For at finde det punkt, hvor forhandlingen ikke længere tilfører værdi i en given kontrakt, er det nødvendigt at medtage transaktionsomkostninger.

Transaktionsomkostningerne visualiseres af en lineært stigende kurve, da det antages, at omkostningen for en ekstra enhed af forhandling er ens uanset, hvor mange forhandlingsrunder, der deltages i og hvor i udbudsprocessen man er. I denne sammenhæng vil det indebære, at transaktionsomkostningerne vil stige relativt med antallet af forhandlingsrunder. Ved at sammenstille transaktionsomkostningerne med mængden af forhandling, kan det visualiseres, at forhandling på et bestemt tidspunkt i udbudsprocessen

³⁵² Christensen, Leslie et. al.; *Microeconomics HA KOM /JUR*, s. 123

ikke vil bidrage med kontraktuel merværdi. Dette medfører, at forhandlingselementet i udbud med forhandling vil miste sin effekt, som illustreret i figur 4.



Figur 4³⁵³

Y-aksen i figur 4 illustrerer den merværdi (MV) som en given kontrakt tilføjes på grund af muligheden for at forhandle. X-aksen illustrerer mængden af forhandling (FM). Den værditilvækst som kontrakten tilføjes illustreres af MV(FM)-kurven. MV(FM)-kurven starter i punkt MV1, da kontrakten har en værdi, uagtet udbudsformen. MV1 visualiserer værdien af en kontrakt uden forhandling, som er konstant. Den grønne kurve, TO, illustrerer transaktionsomkostningerne for udbud med forhandling.

Areal A i figur 4 visualiserer, at transaktionsomkostningerne, som afholdes ved forhandlingen, kompenseres af den værditilvækst, som tilføres kontrakten. Dette illustreres af, at MV(FM)-kurven ligger højere end TO-kurven. Dette indebærer, at forhandling inden for Areal A medvirker til, at der sker en positiv kontraktuel værditilvækst, uagtet afholdelsen af transaktionsomkostninger.

Areal B i figur 4 visualiserer, at de transaktionsomkostninger, som afholdes, ikke kompenseres af kontraktuel værditilvækst, da TO-kurven i dette areal ligger over MV(FM)-kurven. MV(FM)-kurven viser dog, at der stadig tilføjes en uanselig mængde af kontraktuel merværdi, men den kontraktuelle værditilvækst opvejer ikke mængden af transaktionsomkostninger.

³⁵³ Egen tilvirkning med inspiration fra figur 6.1 i Christensen, Leslie et. al.; Microeconomics HA KOM /JUR, s. 121

Areal C i figur 4 visualiserer punktet, hvor forhandlingen ikke bidrager med kontraktuel værditilvækst i det pågældende udbud, og de ekstra forhandlingsrunder vil, i sammenhæng med transaktionsomkostningerne, have en negativ indflydelse på kontraktens værdi.

Som det tidligere er anført, vil ordregiver i konkrete, og i nogle komplekse tilfælde, kunne gøre brug af udbud med forhandling ved udbuddet af et sortimentsudbud. Ordregiver bør dog i en sådan situation selvstændigt tage stilling til, om forhandling vil kunne bidrage med positiv kontraktuel værditilvækst. Ordregiver skal i en sådan konkret situation alene gøre brug af udbud med forhandling, hvis det vurderes, at $MV(FM) > MV1$. Som nævnt tidligere, visualiserer $MV1$ den varige værdi for en kontrakt. I et konkret sortimentsudbud bør ordregiver vurdere om brugen af udbud med forhandling bidrager med kontraktuel værditilvækst, som overstiger den varige værdi, som foreligger uden forhandling. Således kan det af figur 4 konstateres, at forhandling alene vil bidrage med en værditilvækst til kontrakten, når $MV(FM)$ -kurven ligger over TO -kurven.

5.4.4 Hvorvidt kan udbud med forhandling bidrage til at mindske risikoen for strategisk prissætning?

I de konkrete situationer, hvor et sortimentsudbud kan udbydes som udbud med forhandling kan forhandlingselementet bidrage til, at parterne til en vis grad kan få afklaret usikkerheder omkring udbudsmaterialet. Dette bidrager samtidig til, at risikoen for fejlfortolkning af materialet og deraf følgende fejl i tilbuddet mindskes. En mindskning i mængden af fejl i tilbud, som potentielt set uden forhandling kan medføre ukonditionsmæssige tilbud, medfører grundet forhandlingselementet, at tilbudsgivernes tilbud er af højere kvalitet.³⁵⁴ Samtidig kan forhandlingen i komplekse sortimentsudbud bidrage med, at parterne kan klarlægge de varer/ydelse samt krav, som er omkostningstunge, også omtalt som cost drivers. Ved en klarlægning af cost drivers, kan ordregiver sørge for, at tilbudsgiverne har mulighed for at optimere deres tilbud, således at allokeringen af ressourcer sker korrekt, hvilket skaber *value for money*.³⁵⁵ Dette medfører, at kvaliteten på tilbuddet øges, da tilbudsgiverne er bevidste om, hvilke elementer der er essentielle for ordregiver.

Forhandlingselementet i udbud med forhandling medfører, at risikoen for ineffektive udbud mindskes. Dette er blandt andet grundet af, at der på grund af forhandlingen er en dialog om kravene, og disse ikke udelukkende er ensidige krav fra ordregiver.

³⁵⁴ Bertelsen, Jens; *Banal fejl i tilbud sendte nordjysk værft ud i kulden*, besøgt 1. april 2020

³⁵⁵ Hartlev, Kristian, Klæsøe-Lund, David og Clausen, Christian i Hagel-Sørensen, Karsten; *Aktuel Udbudsret II*, 2016, side 129f

Forhandlingslementet indebærer ligeledes til at informationsasymmetrien mellem ordregiver og tilbudsgiver mindskes, da parterne får mulighed for at udveksle informationer angående det pågældende indkøb. Informationsudvekslingen foregår ved, at parterne under en forhandling kan få afklaret usikkerheder. Dette gælder både for ordregiver, som kan få uddybet uklarheder i tilbuddet, samt tilbudsgiver, som kan få afklaret usikkerheder omkring udbudsmaterialet. Dette kan tillige resultere i, at tilbudsgivers incitament til opportunistisk adfærd mindskes, da dialogen med ordregiver kan afføde værdifulde informationer angående tilrettelæggelsen af selve udbuddet, og dermed tilbudsgivers gevinst heraf.

Dog er det forfatterens vurdering, at sådan en klarlægning af cost drivers samtidig også medfører en risiko for skævvridning af tilbudsgivernes tilbud, hvilket ordregiver skal have for øje.³⁵⁶ En større allokering af ressourcer til bestemte produktkategorier vil samtidig negligere de resterende produktkategorier, som stadig skal leveres. Forhandlingslementet kan derfor have den negative effekt, at tilbudsgiverne vil skævvride priserne således, at der opnås en optimal evaluering af deres tilbud, men prissætningen vil være influeret af prissætningsstrategien *unbalanced bidding*, som ikke nødvendigvis er positivt for ordregiver, og ej heller i alle tilfælde kan afvises som værende *unormalt lavt*³⁵⁷.

5.5 Dynamisk indkøbssystem

Som anført i afsnit 2.3, har ordregiver mulighed for at udbyde et sortimentsudbud i form af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem. UDBL indeholder ingen selvstændig definition af et dynamisk indkøbssystem³⁵⁸, men det kan karakteriseres som værende:

- En fuldt ud elektronisk indkøbsproces,
- åbent for optag af enhver ansøger, som opfylder egnethedskravene,
- ingen tidsbegrænsning af løbetiden, og
- konkrete køb defineres ved den konkrete anvendelse af indkøbssystemet. Leverandørerne

³⁵⁶ KLFU's kendelse af 6. maj 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S

³⁵⁷ Se afsnit 3.4.2

³⁵⁸ I artikel 1, stk. 2, nr. 6 direktiv 2004/18/EF, fandtes følgende definition af et dynamisk indkøbssystem ”Ved >>dynamisk indkøbssystem<< forstås en fuldt elektronisk indkøbsproces for almindelige indkøb, der er generelt tilgængelige på markedet og opfylder den ordregivende myndigheds krav; processen er endvidere tidsbegrænset og under hele sin varighed åben for enhver økonomisk aktør, er opfylder udvælgelseskriterierne og har afgivet et vejledende tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne”. Definitionen af systemet er blevet indarbejdet i artikel 34, stk. 1 i Direktiv 2014/24/EU.

optaget på indkøbssystemet får dermed mulighed for at afgive nye tilbud ved hvert konkret indkøb, som ordregiver foretager i systemets løbetid.³⁵⁹

Ved etableringen af et dynamisk indkøbssystem er ordregiver forpligtet til at anvende udbudsformen begrænset udbud, jf. UDBL § 101, stk. 2. Procesmæssigt skal ordregiver alene gennemføre en egnethedsvurdering af de fremsendte ansøgninger. De egnede ansøgere bliver efter optagelsen opfordret til at afgive tilbud ved konkrete indkøb. Dog indebærer kravet om, at det dynamiske indkøb skal gennemføres som et begrænset udbud, at ordregiver skal følge reglerne i UDBL §§ 135-143, samt UDBL § 148.³⁶⁰

I nærværende afsnit vil det undersøges, om udbuddet af et sortimentsudbud i form af et dynamisk indkøbssystem, kan bidrage til, at risikoen for strategisk prissætning mindskes, samt incitamentet til at samarbejde med ordregiver i aftaleperioden sikres. Dynamiske indkøbssystemer er særligt egnede til sortimentsudbud, da der ved et dynamisk indkøbssystem er mulighed for at opdele indkøbssystemet i produktkategorier, jf. UDBL § 102, stk. 2. Produktkategorierne fungerer herved som "selvstændige" indkøbssystemer, hvorved tilbudsgiverne har mulighed for at blive optaget inden for de produktkategorier, hvor de opfylder minimumskravene til egnethed. Dette mindsker entry cost og er med til at minimere entry-barriers. På denne måde kan ordregiver også sørge for at tilgodese SMV'er, som har kernekompetencer inden for en bestemt produktkategori. Sammenlignet med en rammeaftale skal tilbudsgiverne ved rammeaftaler kunne levere forskellige produktkategorier. Såfremt et dynamisk indkøbssystem deles op i selvstændige produktkategorier, er dette ikke længere tilfældet, hvorved ordregiver kan lempeligøre deres krav til tilbudsgivernes økonomiske formåen, samt andre minimumskrav til egnethed.

Et dynamisk indkøbssystem indebærer, at ordregiver er forpligtet til løbende at optage alle egnede kandidater i indkøbssystemet, jf. UDBL § 104, stk. 3. Ordregiver kan således udelukkende begrænse leverandørerne i form af sine egnethedskrav. Dette karakteriseres i økonomisk teori som *screening* og *signaling*, hvorved ordregiver kan afbalancere informationsasymmetrien inter-partes, da ordregiver allerede i den prækontraktuelle fase har begrænset leverandørerne til dem, som besidder de ønskede kompetencer og egenskaber.

³⁵⁹ Hamer, Carina Risvig; *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 172; Piening, Anja i Treumer, Steen (red.); *Udbudsretten*, 2019, s. 213

³⁶⁰ Piening, Anja i Treumer, Steen (red.); *Udbudsretten*, 2019, s. 206

Såfremt egnethedskravene opfyldes og ansøgerne til det dynamiske indkøbssystem ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, skal disse optages i indkøbssystemet. Dette sikrer samtidig, at der modsat ved sortimentsudbud udbudt i form rammeaftaler ikke nødvendigvis skabes et oligopolistisk marked, da der løbende kan optages et stort antal nye leverandører.

5.5.1 Risiko for tilbudskoordinerings

Som det er anført i afsnit 4.3.5.1, vil et sortimentsudbud i form af en rammeaftale medføre en væsentlig risiko for tilbudskoordinerings. Dette er som følge af, at der ved rammeaftaler opstår et “nyt lukket marked”.³⁶¹ Der er efter tildelingen af rammeaftalen ikke mulighed for, at nye leverandører indtræder på dette “nye marked”. Det samme er dog ikke tilfældet såfremt sortimentsudbud udbydes i form af et dynamisk indkøbssystem. Det dynamiske indkøbssystem medfører, at det “nye marked” ikke længere er lukket for bestemte aktører, men at der løbende kan optages nye aktører, hvilket gør markedet dynamisk. Mængden af aktører vil i et dynamisk indkøbssystem løbetid være i konstant udvikling, hvilket vanskeliggør tilbudskoordinerings, da der ved hvert miniudbud kan være nye aktører, som kan have indflydelse på konkurrencen samt koordineringen. Det vurderes på den baggrund, at sortimentsudbud i form af et dynamisk indkøbssystem mindsker risikoen for tilbudskoordinerings sammenlignet med en rammeaftale.

5.5.2 Gentagne spil - ubegrænset periode

Som det tidligere er anført, er dynamiske indkøbssystemer ikke underlagt nogen lovgivningsmæssig tidsbegrænsning. Det fremgår dog af UDBL § 102, nr. 1, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen skal angive indkøbssystemets løbetid. Dette indebærer, at selvom der hverken af UDBL eller de specielle lovbemærkninger fremgår en konkret grænse for, hvor længe et dynamisk indkøbssystem kan løbe, skal ordregiver have specificeret dette i udbudsbekendtgørelsen. Dette indebærer dog, at et dynamisk indkøbssystem kan løbe i mange år, hvilket i dette delafsnit sidestilles med en “tidsbegrænset periode”. Dette medfører således, at tilbudsgiverne konkurrerer om kontrakterne i en tidsbegrænset periode. Dette afviger fra den spilteoretiske analyse af sortimentsudbud i form af rammeaftaler.

I den spilteoretiske analyse af dynamiske indkøbssystemer antages det, at spiller 1 i figur 1, anvender strategien tit-for-tat. Samtidig antages det, at spiller 2 er opmærksom på dette eller kan indse, at spiller 1

³⁶¹ Balshøj, Dorthe Kristensen; *Public procurement and framework agreement*, 2018, s. 164

anvender denne strategi, da spillerne er individuelt rationelle. Spillerne vil herefter ende med et payoff på -5,-5.

Da det dynamiske indkøbssystem indebærer, at spillerne som udgangspunkt agerer i spillet over en ubegrænset periode, er deres strategi en konsekvens af en afvejning mellem hhv. det payoff, der opnås ved at afvige den aftalte strategi i den aktuelle periode over for den forventede gevinst ved at samarbejde i fremtiden.³⁶² Som konsekvens af "tit-for-tat"-strategien vil den umiddelbare gevinst ved at afvige fra at samarbejde i en given periode, føre til fremtidigt tab. Ved afvejningen af, hvorvidt en spiller skal afvige fra en aftalt strategi, er det afgørende at medregne, hvad diskonteringsfaktoren for gevinsterne i fremtiden er, samt hvad sandsynligheden er, for at en given periode er den sidste.³⁶³ Ved et dynamisk indkøbssystem forekommer det derfor ikke umiddelbart rationelt at ordregiver og tilbudsgiver ikke samarbejder.³⁶⁴

5.5.3 Transaktionsomkostninger i et dynamisk indkøbssystem

Det fremgår af UDBL § 101, stk. 2, at et dynamisk indkøbssystem skal følge proceduren for et begrænset udbud, dog med undtagelse af, at der ved et dynamisk indkøbssystem ikke kan foretages en begrænsning af antallet af ansøgere der optages i indkøbssystemet, jf. UDBL § 104, stk. 3. Ordregivers indkøb under indkøbssystemet kan kun foretages ved miniudbud, hvor alle optagede ansøgere skal opfordres til at afgive tilbud, jf. UDBL § 105. Dette er samtidig en konsekvens af, at ansøgerne ved optagelsen på et dynamisk indkøbssystem udelukkende skal udarbejde en ansøgning og ikke et vejledende/indledende tilbud.³⁶⁵

Det er forfatterens vurdering, at der for ordregiver som konsekvens af ovenstående er væsentlige transaktionsomkostninger forbundet med dynamiske indkøbssystemer. Dette især da der ikke kan foretages en stringent opdeling af den prækontraktuelle og postkontraktuelle fase på et overordnet niveau. Ordregiver er i hele det dynamiske indkøbssystems løbetid forpligtet til løbende at optage egnede ansøgere. Herved vil ordregiver i hele det dynamiske indkøbssystem løbetid have omkostninger forbundet med både den prækontraktuelle fase samt postkontraktuelle fase.

Der kan samtidig som følge af indkøbssystemet ikke foretages direkte tildeling til de optagede ansøgere. Der skal derimod ved et konkret indkøb under indkøbssystemet foretages en genåbning af konkurrencen

³⁶² Pindyck, Robert S. and Rubinfeld, Daniel L.; *Microeconomics*, 2018, s. 512ff

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Dutta, Prajit K.; *Strategies and games*, 1999, s. 230

³⁶⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 112

i form af miniudbud, hvor alle optagede ansøgere opfordres til at afgive tilbud. Der skal i denne fase afholdes de væsentligste omkostninger for både ordregiver som tilbudsgiver. Ordregiver skal i denne fase udarbejde et udbudsmateriale, hvortil tilbudsgiverne skal udarbejde konkrete tilbud. Herefter evalueres tilbuddene af ordregiver. Det er her væsentligt at bemærke, at antallet af tilbud kan være omfangsrigt, grundet den manglende mulighed for overordnet at begrænse antallet af deltagere.

Som det er konstateret i afsnit 4.3.1 kan det til tider være lige så omkostningsfuldt og ressourcekrævende at gennemføre et miniudbud, som gennemførelsen af en ny udbudsprocedure. Konkrete indkøb er dog i indkøbssystemets løbetid ikke underlagt de samme krav til tidsfrister, som gennemførelsen af en ny udbudsprocedure. Det fremgår af de specielle lovbemærkninger, at ordregiver, ved gennemførelsen af et konkret indkøb under et dynamisk indkøbssystem, skal give en frist for afgivelse af tilbud på minimum 10 dage regnet fra dagen efter afsendelse af opfordringen til at afgive tilbud. Ordregiver "sparer" således tid ved konkrete indkøb under et dynamisk indkøbssystem sammenlignet med udbudsformen offentligt udbud, som har de mest lempelige minimumstidsfrister.³⁶⁶

5.5.4 Hvorvidt er dynamiske indkøbssystemer et velegnet tiltag til at mindske risikoen for strategisk prissætning?

På baggrund af ovenstående analyse vurderes det, at gennemførelsen af et sortimentsudbud i form af dynamisk indkøbssystem kan bidrage til at mindske risikoen for strategisk prissætning. Dette skal ses i lyset af, at den løbende optagelse af leverandører medfører, at det dynamiske indkøbssystem efter dets oprettelse ikke er et lukket marked, hvilket vanskeliggør tilbudskoordinering. Ydermere er det som ovenfor anført, at der ved dynamiske indkøbssystemer ikke kan anvendes direkte tildeling. Ordregiver skal således genåbne konkurrencen ved hvert konkret indkøb. Dette indebærer væsentlige transaktionsomkostninger, men ved brugen af et dynamisk indkøbssystem skal ordregiver ikke på forhånd have estimeret et forventet forbrug, men udelukkende foretage indkøb når et konkret behov opstår. Som følge heraf vurderes det, at tilbudsgivere ikke kan spekulere i skævvridning af deres tilbud, da ordregiver ikke prækontraktuelt skal definere sit behov, men først skal gøre dette ved konkrete indkøb, hvilket mindsker risikoen for unbalanced bidding. Det vurderes, at brugen af et dynamisk indkøbssystem umiddelbart ikke mindsker risikoen for predatory pricing. Denne vurdering skal ses i lyset af, at predatory pricing er en strategi, som anvendes for at drive andre konkurrenter ud af markedet, og dermed ikke som et resultat af ordregivers udbudsmateriale eller indkøbsmetode. Det er således konkurrencesituationen blandt tilbudsgiverne, som giver incitament til sådan en strategi, hvilket

³⁶⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; *Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne*, 2016, s. 164

ordregiver ved brugen af et dynamisk system som udgangspunkt ikke kan have indflydelse på. Dette vil dog stadig være en risikabel strategi, da ordregiver har mulighed for at gribe ind over for en sådan prissætning.³⁶⁷

³⁶⁷ Se afsnit 3.3.1

5.6 Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående analyse konkluderes, at ordregiver kan anvende diverse tiltag for at mindske risikoen for strategisk prissætning.

Af analysen kan udledes, at ordregiver blandt andet kan inkorporere en kontraktuel leveringsforpligtelse. En sådan forpligtelse vil alt andet lige mindske risikoen for strategisk prissætning, men samtidig også medføre, at tilbudsgiverne påtager sig en yderligere mængde risiko, hvilket vil afspejle sig i forhøjede tilbudspriser.

Såfremt der i sammenhæng med en leveringsforpligtelse også inkorporeres en købsforpligtelse, kan det konkluderes, at risikoen for strategisk prissætning ligeledes mindskes. Samtidig medfører en given købsforpligtelse, at tilbudsgiverne ved udarbejdelsen af deres tilbud kan udregne en potentiel forventet nytte, hvorved tilbudsgiverne har bedre rammer for prissætningen af deres ydelser. I denne sammenhæng kan tilbudsgiverne få incitament til at tilbyde gunstigere priser og dermed mindskes risikoen for strategisk prissætning. Forpligtelsen indebærer dog samtidig, at ordregiver skal aftage den angivne mængde, da det ellers kan medføre erstatningsretlige konsekvenser for ordregiver.

Det kan yderligere konkluderes, at ordregiver ved udbuddet af et sortimentsudbud i konkrete tilfælde kan gøre brug af udbudsproceduren udbud med forhandling, jf. UDBL § 61, stk. 1, litra c og d. Udbud med forhandling kan bidrage til afdækningen af uklarheder og dermed frembringelse af manglende information. Dette øger dermed incitamentet til et samarbejde inter-partes. Det er dog forfatterens vurdering, at forhandlingselementet ikke i alle henseende mindsker risikoen for strategisk prissætning, men i konkrete tilfælde, grundet afdækning af information og identificering af cost-drivers, kan give anledning til en skævvridning af priserne i tilbudsgivernes tilbud.

Det kan slutteligt udledes, at udbud af sortimentsudbud i form af dynamiske indkøbssystemer kan bidrage til en formindsket risiko for strategisk prissætning. Af analysen kan det udledes, at det dynamiske element i et dynamisk indkøbssystem indebærer, at der løbende kan optages nye leverandører, hvilket medfører, at markedet ikke er et "lukket marked". Dette medfører en teoretisk formindsket risiko for tilbudskoordinerings, da kredsen af aktører ikke nødvendigvis er identisk i det dynamiske indkøbssystems løbetid. Tildelingsmekanismen er herudover, at konkrete indkøb tildeles på baggrund af miniudbud. Dette medfører implicit, at tilbudsgiverne ikke kan besidde en "bedre viden" omkring ordregivers behov, da behovet er konkret for de enkelte miniudbud, hvilket potentielt eliminerer risikoen for skævvridning af tilbudsgivernes tilbud. Analysen giver dog ikke belæg for at

kunne konkludere, at et sortimentsudbud i form af et dynamisk indkøbssystem mindsker risikoen for predatory pricing.

Kapitel 6 - Konklusion

Det kan konkluderes, at UDBL § 45 er i overensstemmelse med udbudsdirektivet. UDBL § 45 overholder kravene til beskrivelsen af de tekniske specifikationer i udbudsdirektivet art. 42 og sikrer gennemsigtighed og ligebehandling.

Det kan konkluderes, at sortimentsudbud, særligt evalueringsmodellen og de underliggende tildelingsmekanismer, kan give anledning til strategisk prissætning. Ordregiver har i denne henseende ikke pligt til at anføre hvilke konkrete varer/ydelse, der indgår i evalueringen, men fremgangsmåden skal dog beskrives så klart, at den endelige sammensætning af varekurven blot er en direkte konsekvens af beskrivelsen, hvilket kan foranledige strategisk prissætning.

For afhandlingens er de følgende tre prissætningsformer vurderet relevante:

- 1) *Predatory pricing*,
- 2) *unbalanced bidding - hold up-strategy*, og
- 3) *tilbudskoordinerings*.

Det kan konkluderes, at ordregiver ikke i medfør af UDBL har en udtrykkelig hjemmel til at afvise et tilbud, som er strategisk prissat. De strategiske prissætningsformer indeholder dog et element af en *lav pris*, hvorved ordregiver kan have ret til at afvise tilbud, som forekommer unormalt lave, jf. UDBL § 169.

UDBL § 169 og de dertilhørende lovbemærkninger besværliggør dog afvisningen af strategisk prissatte tilbud, da tilbudsgiverne, med støtte i lovbemærkningerne, gives mulighed for at afgive tilbud med lav eller negativ margin, begrundet i forretningsmæssige strategier. Det kan konkluderes, at ordregiver i medfør af UDBL § 169 kan afvise tilbud som er strategisk prissat, såfremt disse af ordregiver vurderes at indeholde en risiko for en manglende opfyldelse af kontrakten eller senere behov for genforhandling. Denne risiko gør sig særligt gældende for *unbalanced bidding*. Ydermere kan ordregiver ved anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde i UDBL § 137, stk. 1 nr. 3 og 4 i konkrete situationer udelukke tilbudsgivere, som tidligere har gjort brug af de strategiske prissætningsformer *predatory pricing* og *tilbudskoordinerings*.

På baggrund af den økonomiske analyse kan det konkluderes, at der forefindes samarbejdsvanskeligheder parterne imellem. Dette er som en konsekvens af informationsasymmetrien, der foreligger inter-partes, samt opportunistisk adfærd udvist af tilbudsgiver. Ordregiver kan allerede i den prækontraktuelle fase forsøge at mindske risikoen for informationsasymmetri ved brug af screening og signaling.

Det kan af den spilteoretiske analyse udledes, at samarbejdsvanskelighederne særligt er en konsekvens strategisk rationelle parter, samt at sortimentsudbud er tidsbegrænset.

Disse samarbejdsvanskeligheder i et sortimentsudbud kan søges løst ved brug af incitamentskontrakter, som kan foranledige et øget samarbejde inter-partes og dermed mindske risikoen for udvisning af opportunistisk adfærd.

Det kan konkluderes, at ordregiver kan gøre brug af forskellige tiltag for at mindske risikoen for strategisk prissætning i sortimentsudbud. Ordregiver kan bl.a. indarbejde en leveringsforpligtelse i kontrakten, hvilket vurderes at mindske risikoen for strategisk prissætning, da tilbudsgiverne forpligtes til at levere de efterspurgte varer/ydelser til den angivne pris. Dette medfører uundgåeligt en højere pris for ordregiver, da tilbudsgiverne påtager sig risiko, som afspejles i den tilbudte pris.

En leveringsforpligtelse med købsforpligtelse vurderes også at mindske risikoen for strategisk prissætning, dog med den forskel af den tilbudte pris bliver gunstigere for ordregiver, da begge parter påtager sig en mere ligelig risiko. Dette skal ses i lyset af, at ordregiver forpligtes til at købe en vis minimumsmængde på sortimentsudbuddet, mens tilbudsgiver forpligtes til at levere til de angivne priser.

Det vurderes, at ordregiver i konkrete situationer kan gøre brug af udbud med forhandling i et sortimentsudbud, hvilket kan mindske informationsasymmetrien mellem ordregiver og tilbudsgiver, men ikke i alle henseender mindske risikoen for strategisk prissætning.

Slutteligt vurderes det, at ordregiver bør overveje at udbyde et sortimentsudbud som et dynamisk indkøbssystem. Dette kan bevirke, at risikoen for strategisk prissætning mindskes, da der løbende optages nye leverandører på aftalen, hvilket medfører at markedet er dynamisk. Ydermere kan konkrete kontrakter under et dynamisk indkøbssystem kun tildeles ved genåbning af konkurrencen, hvilket mindsker risikoen for skævvridning af tilbud, da ordregiver ved miniudbuddene kender sit konkrete behov. Dette medfører unægteligt høje transaktionsomkostninger for begge parter, men mindsker risikoen for manglende levering, samt strategisk prissætning.

Litteraturliste

EU-regulering

EUF-Traktaten (TEUF): Konsolideret version offentliggjort i EUT 2012 C 326/47 af 26.10.2012.

Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014, (det nye udbudsdirektiv).

Dansk lovgivning

Betænkning over Forslag til Udbudsloven: Lovforslag L 125 fremsat den 31. januar 2019 af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget.

Forslag til Udbudsloven: Lovforslag nr. L 19 fremsat den 7. oktober 2015 af erhvervs- og vækstministeren Troels Lund Poulsen.

Forslag til ændring af Udbudsloven: Lovforslag L 33 om Forslag til ændring af Udbudsloven fremsat den 3. oktober 2019 af Erhvervsminister Simon Kollerup.

Udbudsloven: Lov nr. 1564 af 15. december 2015.

Lov om ændring af Udbudsloven: Lov nr. 1251 af 30. november 2019.

Retspraksis

EU-praksis

EUD's dom af 25. oktober 2018 i sag C-413/17, »Roche Lietuva« UAB. Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas

EUD's dom af 17. maj 2018 i sag C-531/16, Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, »Ecoservice projektai« UAB, tidligere »Specializuotas transportas« UAB.

Rettenns dom af 4. juli 2017 i sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg SA m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur.

Rettenns dom af 26. januar 2017 i sag T-700/14, TV1 GmbH mod Europa-Kommissionen (Kommissionen).

Rettenns dom af 8. oktober 2015 i sag T-90/14, Secolux, Association pour le contrôle de la sécurité de la construction mod Europa-Kommissionen.

EUD's dom af 18. december 2014 i sag C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság.

Rettens kendelse af 4. februar 2014 i sag T-644/13 R, Serco Belgium m.fl. mod Europa-Kommissionen (Kommissionen).

Rettens dom af 15. oktober 2013 i sag T-638/11, European Dynamics Belgium SA m.fl. mod Europæiske Lægemedelagentur.

EUD's dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA.

EUD's dom af 2. april 2009 i sag C-202/07 P, France Télécom SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (Kommissionen).

EUD's dom af 15. maj 2008 i de forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP SpA og Santorso Soc. coop. arl mod Comune di Torino.

EUD's dom af 3. marts 2005 i sag C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA mod den belgiske stat.

EUD's dom af 18. november 1999 i sag C-275/98, Unitron Scandinavia A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri.

EUD's dom af 14. november 1996 i sag C-333/94, Tetra Pak International SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (Kommissionen).

EUD's dom af 3. juli 1991 i sag 62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (Kommissionen).

EUD's dom af 13. december 1989 i sag C-322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles.

EUD's dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (Kommissionen).

EUD's dom af 15. juli 1964 i sag 6/64, Flaminio Costa mod ENEL.

Domme fra danske domstole

Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Kendelse af 12. maj 2020, AV Form A/S mod Jysk Fællesindkøb ved Skive Kommune m.fl., j.nr.: 19/06304.

Kendelse af 6. maj 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S, j.nr.: 20/00441.

Kendelse af 6. marts 2020, Autocentralen.com A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, j.nr.: 20/01014.

Kendelse af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl Christensen mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, j.nr.: 20/00895.

Kendelse af 3. januar 2020, A-sport A/S mod Københavns Kommune, j.nr.: 19/09022.

Kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, j.nr.: 18/09819.

Kendelse af 26. februar 2019, Jydsk Emblem Fabrik A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, j.nr.: 18/08486.

Kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, j.nr.: 18/03277.

Kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark, j.nr.: 18/02418.

Kendelse af 27. juni 2018, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, j.nr.: 18/03282.

Kendelse af 12. juli 2017, Tieto Denmark A/S mod Finansministeriets Koncern, j.nr.: 17/00759.

Kendelse af 3. marts 2017, Mediq Danmark A/S mod Aalborg Kommune, Brønderslev Kommune og Læsø Kommune, j.nr.: 17/00308.

Kendelse af 28. juni 2016, Stadsing A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S. Journalnummer: 2016-4662.

Kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune, j.nr.: 2014-8335.

Kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod Danmarks Radio, j.nr.: 2012-032317.

Kendelser af 1. februar 2013, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, j.nr.: 2012-0032300.

Kendelser af 1. februar 2013, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, j.nr.: 2012-0032299.

Kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen, j.nr.:2012-0033257.

Kendelse af 28. februar 2012, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune, j.nr.: 2011-0025454.

Kendelse af 23. januar 2012, Proffice A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, j.nr.: 2011-0025749.

Kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune, j.nr.: 2011-0023579.

Kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen, j.nr.: 2011-0024199.

Kendelse af 10. januar 2011, KIDS Leg og Lær A/S mod K-17- Indkøbsfællesskabet for kommunerne i Region Sjælland, j.nr.: 2010-0021535.

Kendelse af 16. juni 2009, Tødin A/S mod Tønder Kommune, j.nr.: 2009-0018712.

Kendelse af 15. januar 2009, Ortos A/S, Sahva A/S og Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier mod Odense Kommune, j.nr.: 2008-0016964, j.nr.: 2008-0016965, j.nr.: 2008-0016966.

Kendelse af 3. oktober 2008, Creative Company A/S mod Århus Kommune, j.nr.: 2008-0016677.

Kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune m.fl., j.nr.: 2007-0015216.

Kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune, j.nr.: 03-134.550.

Kendelse af 21. juni 2001, Hørkram Foodservice A/S mod Roskilde Kommune på vegne af Fællesudbud Sjælland, j.nr.: 2011-0023564.

Svenske domme

Förvaltningsrätten i Linköpings dom af 20. oktober 2014, Fukt & Saneringsteknik i Norrköping AB mod Hyresbostäder i Norrköping Aktiebolag, mål nr. 3949-14

Forvaltningsret i Luleå dom af 8.10.2014, Språkservice Sverige AB mod Lapplands Kommunalforbund, mål nr. 1466-14

Förvaltningsrätten i Stockholm dom af 5. marts 2010, NFB Transport Systems AB mod Danderyds Kommun m.fl., mål nr. 21748-10

Bøger

Andersen, Ib (2014): *Den skinbarlige virkelighed – vidensproduktion i samfundsvidenskaberne* (5. udgave, 2. oplag). København: Samfundslitteratur.

Arrowsmith, Sue (2014): *The law of public and utilities procurement* (volume 1, third edition). London: Sweet & Maxwell.

Baird, Douglas G., Gertner, Robert H. & Picker, Randal C. (1994): *Game Theory and the Law*. Harvard University Press.

Balshøj, Dorthe Kristensen (2018): *Public Procurement and Framework Agreements – the application of competition law to contracting authorities in a procurement context* (1. udgave). DJØF Publishing.

- Blume, Peter** (2016): *Retssystemet og juridisk metode* (3. udgave). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Christensen, Leslie & Rasmussen, Jens Helmer** (2013). *Microeconomics HA Kom/Jur.* Storbritannien: Pearson.
- Dutta, Prajit K.** (1999): *Strategies and games – Theory and practice.* Massachusetts Institute of Technology.
- Eide, Erling & Stavang, Endre** (2016): *Rettsøkonomi* (7. oplag). Oslo: Cappelen Damm AS.
- Fabricius, Jesper** (2017): *Offentlige indkøb i praksis* (4. udgave, 1. oplag). Karnov Group.
- Fejø, Jens & Ølykke, Grith Skovgaard** (2014): *EU-Konkurrenceret – almindelig del* (5. udgave, 1. oplag). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hagel-Sørensen, Karsten (red.)** (2016): *Aktuel Udbudsret II* (1. udgave). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hamer, Carina Risvig** (2016): *Grundlæggende udbudsret* (1. udgave, oplag 1). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Hansen, Anders Christian** (2007): *Uden for hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori.* Frederiksberg: Roskilde Universitetsforlag.
- Hansen, Kim Lundgaard & Offersen, René** (2016): *Udbudsprocessen* (2. udgave, 1. oplag). København: Karnov Group.
- Hasselbalch, Ole** (2002): *Juridisk forskning.* Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Hendrikse, George** (2003): *Economics and Management of Organizations – Co-ordination, Motivation and Strategy.* McGraw-Hill Education.
- Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels & Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers** (2016): *EU Udbudsretten* (3. udgave). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Knudsen, Christian** (1997): *Økonomisk metodologi – Virksomhedsteori og industriøkonomi, bind 2* (2. udgave, 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Lando, Ole** (2009): *Kort indføring i komparativ ret* (3. udgave, 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Milgrom, Paul and Roberts, John** (1992): *Economics, Organization & Management* (1. Edition). Prentice-Hall.
- Munk-Hansen, Carsten** (2018): *Retsvidenskabsteori* (2. udgave). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Pindyck, Robert S. and Rubinfeld, Daniel L** (2018): *Microeconomics* (ninth edition). Pearson Education Limited.

- Ross, Alf** (1953): *Om ret og retfærdighed*. København: Nyt Nordisk Forlag.
- Raaschou-Nielsen, Agnete og Foss, Nicolai Juul** (1997): *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi* (1. udgave, 2. oplag). København: GadJura.
- Senden, Linda** (2004): *Soft Law in European Community Law*. Hart Publishing.
- Treumer, Steen (red.)** (2016). *Udbudsloven* (1. udgave, 1. oplag). København: Ex Tuto Publishing.
- Treumer, Steen (red.)** (2019): *Udbudsretten* (1. udgave, 1. oplag). København: Ex Tuto Publishing A/S.
- Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth** (2017): *Retskilder og retsteorier* (5. reviderede udgave, 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Udgiver: Handelshøjskolen i København** (1998): *Julebog 1998*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Udgiver: Handelshøjskolen i København** (2003): *Julebog 2003*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Viscusi, W. Kip, Jr., Joseph E. Harrington & Vernon, John M.** (2005): *Economics of Regulation and Antitrust*. Massachusetts Institute of Technology.
- Ølykke, Grith Skovgaard & Nielsen, Ruth** (2017): *EU's udbudsregler – i dansk kontekst* (2. udgave, 1. oplag). Jurist og Økonomforbundets Forlag.
- Ølykke, Grith Skovgaard** (2010): *Abnormally Low Tenders: with an Emphasis on Public Tenderers* (first edition). Copenhagen: DJØF Publishing.

Videnskabelige artikler

- Albano, Gian L., Spagnolo, Giancarlo & Zanza, Matteo** (2009): *Regulating joint bidding in public procurement*. Udgivet i Journal of Competition Law and Economics, 2009, Vol. 5(2).
- Albano, Gian Luigi, Ballarin, Antonio and Sparro, Marco** (2010): *Framework agreements and repeated purchases: The Basic economics and a case study on the acquisition of it services*.
- Arditi, David & Chotibongs, Ranon** (2009): *Detection and prevention of unbalanced bids*.
- Ayers, Ian and Gertner, Robert** (1992): *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*. The Yale Law Journal, Vol. 101(4).
- Baker, George P.** (1992): *Incentive Contracts and Performance Measurements*. Udgivet i Journal of Political Economy, Vol. 100(3).
- Benaroch, Michel, Lichtenstein, Yossi and Fink, Lior** (2016): *Contract Design Choices and the Balance of Ex-Ante and Ex-Post Transaction Costs in Software Development Outsourcing*.

- Coase, Ronald H** (1937): *The nature of the firm*. *Economica*. New Series, Vol. 4, No. 16.
- Cumberland, Flemming** (2005): *Indtræningsproblematikken og udvalgte erhvervsøkonomiske teoriområder*. Copenhagen Business School (Department of Marketing).
- Eisenhardt, Kathleen M.** (1989): *Agency theory: An Assessment and Review*. Udgivet i *The Academy of Management Review*, Vol. 14, No. 1.
- Gravngaard, Martin Andreas**: *Meeting competition-princippet - et forsvar for prisdiskriminering og predatory pricing?*, U.2006B.137.
- Hölmstrom, Bengt & Milgrom, Paul** (1991): *Multitask Principal-Agent Analysis: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design*. Udgivet i *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 7.
- Hölmstrom, Bengt** (1979): *Moral Hazard and Observability*. Udgivet i *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, No. 1.
- Jung, Hojin et al.** (2019): *Strategic bidding and contract renegotiation*.
- Mersing, Erik Mohr**: *Konkurrencerettens meeting competition-princip*, U.1996B.404.
- Modeszt'o, Thomas et. al** (2003): *Sealed bidding*. Udgivet i *Army Lawyer*.
- Ølykke, Grith Skovgaard & Nystrøm, Johan** (2017): *Defining abnormally low tenders: A comparison between Sweden and Denmark*. *Journal of Competition Law & Economics*, 13(4), 666-709. Oxford University Press.
- Weitzman, Martin L.** (1980): *The "Ratchet Principle" and Performance Incentives*. Udgivet i *The Bell Journal of Economics*, Vol. 11, No. 1.
- Westh, Sven & Kristensen, Bente Skovgaard**: *Konkurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) – principper og praksis*, U.2003B.225.

Artikler

- Bertelsen, Jens** (2016): *Banal fejl i tilbud sendte nordjysk værft ud i kulden*. Udgivet af: Børsen, den 13.7.2016.
- Steinicke, Michael & Jensen, Anders Nørgaard** (2019): *KONE-kendelsen – Hvad kunne SKI (og andre sortimentsudbydere) have gjort anderledes?* Udgivet på www.udbudsportalen.dk.

Rapporter og vejledninger

- Damgaard, Mette, Conlon, Gavan & Godel, Moritz** (2011): *The nature and impact of Hardcore Cartels – a report to the Danish Competition Authority*. London Economics.

Europa-Kommissionen: *Explanatory Note – Framework Agreement – Classic Directive*. 16. februar 2016.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Sortimentsudbud gennem brug af rammeaftaler*, april 2014.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Status for offentlig konkurrence*, december 2019.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud*, 2019.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, januar 2016, version 1.0.

Lundvall, Karl & Pedersen, Kristian (2011): *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*. Uppdragsforskningsrapport 2011:1. Konkurrenceverket.

OECD: *Policy Roundtables, predatory foreclosure*, 2004.
<https://www.oecd.org/competition/abuse/34646189.pdf>

Udbudsrådet: *Analyse af bedste praksis for brug af rammeaftaler*, 2011.