

Gennemførelsen af udbudsloven og den danske retstradition

- En analyse af retssikkerheden med fokus på Klagenævnet for Udbuds anvendelse af udbudslovens forarbejder og konsekvenserne heraf

The implementation of the Danish procurement law and the Danish legal tradition

- An analysis of legal certainty in the Danish procurement law focusing on the Danish Public Procurement Complaints Boards use of the preliminary work and the consequences hereof.

Forfattere:

Camilla Damgård Gerlach (Studienummer: 201306130)
Tina Bøgh Thyssen (Studienummer: 201306120)

Uddannelse:

Cand.merc.jur, Aarhus Universitet, BSS

Vejledere:

Professor Michael Steinicke, Juridisk Institut & Professor
Christian Bjørnskov, Institut for Økonomi

Anslag eksklusive mellemrum:

199.349

Juni 2018

Aarhus Universitet

School of Business and Social Sciences

ABSTRACT

The implementation of the Danish procurement law has brought a set of preliminary work from which the law can be interpreted. It is part of the Danish justice system that laws are interpreted through the remarks and preliminary work that was made in connection with the implementation of the law. One of the purposes of the Danish procurement law is to create clarity around the procurement rules by looking for inspiration in the preliminary work. However, the Danish Public Procurement Complaints Board (hereafter referred to as the "Complaint Board") has in a series of cases ruled against the findings in the preliminary work and has thereby disregarded its purpose. This creates uncertainty about how the rules in public procurement are to be understood. Creating such uncertainty goes against the Danish justice system as the systematization of case law serves the purpose of increasing the legal certainty in the law, not creating confusion. The purpose of this thesis is therefore to examine the cases that have created this uncertainty, and to look at the Complaint Boards position on the interpretation of the Danish procurement law in regard to the preliminary work. Furthermore, this thesis will examine the economic consequences of such legal uncertainty for both the contracting entity and the tenderer, by looking at the effect that it has on the investment decision, the market structure and the prices offered.

An analysis of the case law for three different areas of the procurement law shows that the Complaint Board has disregarded the preliminary work for the procurement law when it has set up rules that could not be found in the provision but solely in the preliminary work and when it went against former case law. The Complaint Board shows a tendency towards a more favorable view of the rules that regulate the contracting entity and have disregarded the preliminary work when it has set up rules that restricted the contracting entities possibilities. However, we have also seen in two other cases that the Complaint Board has ruled in accordance with the preliminary work, even though this changed the previous interpretation of the rules in accordance with former case law. This creates uncertainty and undermines the rule of law as the contracting entity and the tenderer will not know how the Complaint Board will decide to rule in a given case. On this basis, this thesis has identified two specific provision that are characterized by the fact that the specified conditions in the preliminary work do not fully comply with either the legislative text or prior case law. As a consequence, it is possible that the Complaints Board will refrain from accepting the preliminary work associated with the provisions in any future cases, and this further illuminates the uncertainty that exist on the market.

This thesis finds that by having such uncertainty, fewer firms will invest as the probability of winning the contract and gaining a positive return becomes smaller. The utility of keeping the money will be higher than the utility of investing in public procurement. Because of the uncertainty, the contracting entity will demand more complex contracts, and this will result in an increase in the fixed costs of making an offer. Therefore, only the most productive firms have the resources to cover these costs, and it is shown that mostly bigger firms tend to be productive enough. Furthermore, the uncertainty will also affect the price, as the tenderer will capitalize the greater risk of participating in public procurement and add this risk

to the price which will result in a higher price. The price will further be affected by the fact that the smaller firms will exit the public procurement market and therefore there will be fewer firms, which will result in higher market power for the remaining firms. When the tenderer gains more market power they will be able to ask for a higher price to gain more profit.

INDHOLDSFORTEGNELSE

ABSTRACT.....	1
1. INTRODUKTION	5
1.1 INDLEDNING	5
1.2 PROBLEMFORMULERING	6
1.3 METODE.....	6
1.3.1 Juridisk metode og retskilder.....	7
1.3.2 Økonomisk metode	8
1.3.3 Empiri	8
1.3.4 Kildekritik.....	9
1.4 AFGRÆNSNING	10
1.5 STRUKTUR.....	11
2. RETSGRUNDLAG OG RETSBEGREBER	11
2.1 DEN EUROPÆISKE TRAKTAT	11
2.2 UDBUDSDIREKTIVET	12
2.3 UDBUDSLOVEN	12
2.4 UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER	13
2.4.1 Ligebehandlingsprincippet.....	13
2.4.2 Gennemsigthedsprincippet.....	14
2.5 RETSSIKKERHEDSBEGREBET	14
3. KLAGENÆVNETS TILSIDESÆTTELSE AF FORARBEJDERNE TIL UDBUDSLOVEN	15
3.1 INVENTARLAND MOD REGION SJÆLLAND	16
3.1.1 Uoverensstemmelsen	16
3.1.2 Bevisbyrde	17
3.1.3 Modstridende afgørelse	19
3.1.4 Opsummering	20
3.2 KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN MOD REGION MIDTJYLLAND.....	21
3.2.1 Uoverensstemmelsen	21
3.2.2 Yderligere krav ved gennemførelsen af § 160	22
3.2.3 Evalueringsmetoden.....	24
3.2.4 Perspektivering til Relativ vurdering ved kvalitative kriterier.....	26
3.2.5 Opsummering	28
3.3 LH-GULVE A/S MOD REGION MIDTJYLLAND	29
3.3.1 Uoverensstemmelsen	29
3.3.2 Retspraksis.....	30
3.3.3 Perspektivering til Delydelsesreglen for Rameaftaler	32
3.3.4 Opsummering	33
3.4 DELKONKLUSION	34
4. MULIGE FORTOLKNINGSPROBLEMER I FORARBEJDERNE TIL UDBUDSLOVEN.....	35
4.1 VÆGTNING AF UNDERKRITERIER.....	36

4.1.1 Fastsættelse af vægtning af underkriterier	36
4.1.2 Overordnede hensyn	37
4.1.3 Intervalbaseret vægtning	38
4.1.4 Prioriteret rækkefølge	41
4.1.5 Opsummering	42
4.2 PERIODEKØBSKONTRAKTER	42
4.2.1 Rameaftaler og Udbudslovens § 97	43
4.2.2 Begrebet periodekøbskontrakter	43
4.2.3 Klagensævnets tidligere Praksis	44
4.2.4 Tidligere praksis i henhold til Udbudsloven	46
4.2.5 Misbrug af Periodekøbskontrakter	47
4.2.6 opsummering	48
4.3 DELKONKLUSION	49
5. KONSEKVENSER	50
5.1 LOVGIVNINGSMÆSSIGE KONSEKVENSER	50
5.2 RISIKOFYLDTE INVESTERINGER	52
5.2.1 Risiko som en del af investeringsbeslutningen	53
5.2.2 Den forventede nytte	55
5.2.3 Opsummering	59
5.3 UDVIKLING I MARKEDSSTRUKTUREN	59
5.3.1 Invester nu eller vent	59
5.3.2 Ny-ny handelsteori	61
5.3.3 Opsummering	65
5.4 PRISSÆTNING	66
5.4.1 kapitaliseret risiko	66
5.4.2 tilbudsgivers markedsmagt	68
5.4.3 Opsummering	70
5.5 DELKONKLUSION	71
6. KONKLUSION	72
7. BIBLIOGRAFI	76
7.1 LITTERATUR	76
7.2 LOVGIVNING MV	78
7.3 RETSPRAKSIS	78

1. INTRODUKTION

Formålet med dette afsnit er at præsentere afhandlingens emne og redegøre for den identificerede problemstilling samt relevante afgrænsninger. Herefter vil der følge en beskrivelse af den valgte metodiske tilgang og en kritik af den anvendte litteratur samt den overordnede struktur for afhandlingen.

1.1 INDLEDNING

Offentlige indkøb fra de danske ordregivere¹ er karakteriseret ved fastsættelsen af en række udbudsforpligtelser, der begrænser ordregivers aftalefrihed, og som indebærer, at ydelser skal konkurrenceudsættes. Disse udbudsretlige regler skal bidrage til en effektiv konkurrence blandt tilbudsgiverne² i overensstemmelse med Den Europæiske Unions målsætning om et effektivt indre marked, men i praksis kan reglerne også medføre en række udfordringer.³

Den danske implementering af det forhenværende udbudsdirektiv⁴ (herefter ”2004-udbudsdirektivet”) ved bekendtgørelse betød, at der ikke var nogen tilknyttede lovbemærkninger til fortolkningen af de udbudsretlige forpligtelser. Derfor var det nødvendigt at ty til retspraksis for at få bidrag til, hvorledes en bestemmelse skulle fortolkes. Implementeringen af det seneste udbudsdirektiv⁵ (herefter ”udbudsdirektivet”) er dog sket ved gennemførelse af den danske udbudslov⁶ (herefter ”udbudsloven”). Denne gennemførelse har medført, at der nu eksisterer forarbejder, som kan bidrage til fortolkningen af udbudsbestemmelserne. De almindelige bemærkninger til udbudsloven gør i den forbindelse klart, at et formål med udbudsloven har været at skabe større klarhed omkring udbudsreglerne.⁷ Det fremgår endvidere, at lovbemærkningerne skal bidrage til at tydeliggøre forståelsen af reglerne,⁸ hvilket er i overensstemmelse med den danske retstradition, som bygger på, at fortolkningen og rækkevidden af en bestemmelse sker i lyset af forarbejderne til loven.⁹ Lovbemærkningerne har således skulle gøre det nemmere for danske ordregivere og tilbudsgivere, at få klarhed over reglernes indhold og dermed gøre det nemmere at anvende loven i praksis.

Denne anvendelse af forarbejderne som et fortolkningsbidrag synes dog at være mislykket henset til udfaldet i en række afgørelser fra Klagenævnet for Udbud (herefter ”Klagenævnet”). Det ses i tre nye afgørelser fra Klagenævnet, at forarbejderne i et vist omfang er blevet

¹ Begrebet er defineret i udbudslovens § 24, nr. 28), og er defineret som statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutning af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

² Tilbudsgiver er defineret som fællesbegreb for ansøgere, leverandører, entreprenører, mv.

³ Fabricius, 2017, s. 26

⁴ Udbudsdirektivet 2004/18/EF af 31 marts 2004

⁵ Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlig udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

⁶ Lov 2015-12-15 nr. 1564

⁷ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 37, 1. spalte

⁸ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 37, 1. spalte

⁹ Michelsen, Askholt, Bolander, Madsen, Laursen, & Jeppesen, 2017, side 111

tilsidesat, idet Klagenævnet ikke lader til at mene, at disse stemmer overens med gældende ret.¹⁰ Selvom forarbejderne traditionsmæssigt har stor retskildeværdi, så har de ikke den samme retskildemæssige værdi som lovbestemmelser, og krav der ikke fremgår direkte af bestemmelserne, kan således tilsidesættes.¹¹ Det går dog imod den generelle danske retstradition at tilsidesætte forarbejderne, da de netop skal præcisere eller supplere lovtekst, og dermed kan der stå ting i forarbejderne, der ikke udtrykkeligt fremgår af loven, men som dog stadig ligger inden for rammen af den mulige fortolkning af loven. Spørgsmålet er derfor i hvilke tilfælde Klagenævnet kan finde på at tilsidesætte forarbejderne. Det er set i en række andre afgørelser, at Klagenævnet modsat har valgt at fortolke i overensstemmelse med udbudslovens forarbejder, og har derved valgt at tilsidesætte praksis, som ligger før gennemførelsen af udbudsloven. Klagenævnets modsigende afgørelser har skabt en utilsigtet tvivl om forarbejdernes betydning for fortolkning af udbudsreglerne, og skaber derfor en usikkerhed om, hvad der er gældende ret. Dette går således imod formålet med udbudsloven om at skabe en bedre forståelse omkring reglernes indhold igennem forarbejderne.

Sådanne uklare retsregler vil skabe en usikkerhed omkring udbudslovens anvendelse. Det kan få konsekvenser for både ordregiver og tilbudsgivere, idet usikkerheden vil medføre en øget risiko, som kan påvirke Den Europæiske Unions bestræbelse om et indre marked med en effektiv konkurrencesituation.¹² Dette giver derfor anledning til en videre undersøgelse af Klagenævnets fortolkning af udbudsloven og dens forarbejder, samt en analyse af konsekvenserne af Klagenævnets forskelligartede tilgang til forarbejderne.

1.2 PROBLEMFORMULERING

Med udgangspunkt i implementeringen af udbudsdirektivet søger nærværende afhandling at belyse faktiske og potentielle uoverensstemmelser mellem udbudslovens forarbejder og Klagenævnets praksis. Analysen baserer sig på en række afsagte klagenævnskendelser samt identificerede afsnit i udbudslovens forarbejder, som opstiller regler, der ikke kan genfindes i ordlyden af udbudslovens bestemmelser, og som derfor potentielt kan medføre usikkerhed om udfaldet af Klagenævnets fremtidige afgørelser. I forlængelse af dette vil afhandlingen belyse, hvilke juridiske og økonomiske konsekvenser denne potentielle usikkerhed kan skabe for ordregiver og tilbudsgiver i forhold til tilbudsgivers risiko ved at byde ind på en given opgave.

1.3 METODE

Afhandlingen vil benytte en integreret metodisk tilgang, hvor den juridiske metode benyttes til at fortolke gældende ret indenfor udbudsretten, og den økonomiske metode benyttes til

¹⁰ Kendelser af: 1) 11. juli 2017, Inventarland mod Region Sjælland, 2) 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, og 3) 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland.

¹¹ Moritzen, 2017, Afsnit: Kan ordregiver benytte...

¹² Hamer, 2016, s. 32–33

at analysere og vurdere de økonomiske konsekvenser forbundet med usikkerheden indenfor udbudsretten.

1.3.1 JURIDISK METODE OG RETSKILDER

Til at analysere afhandlingens juridiske problemstilling vil den retsdogmatiske metode blive anvendt til at udlede gældende ret ved at beskrive, fortolke og analysere retskilder indenfor udbudsområdet.¹³ Denne metode har både til formål at beskrive gældende ret og fortolke den på et konkret og generelt plan og dermed analysere den pågældende hjemmel til de forskellige retskilder.¹⁴ Dette indebærer således en gennemgang af retstilstanden, som den ser ud i dag, og med afsæt heri en analyse af hvordan denne retstilstand påvirker den pågældende problemstilling. Den retsdogmatiske analyses formål er at finde frem til gældende ret i en given situation, hvilket sker ved at analysere hjemlen i de forskellige retskilder.¹⁵

Med udgangspunkt i ovenstående metodiske tilgang vil der blive benyttet forskellige retskilder, nationale såvel som EU-retlige. Der tages afsæt i udbudsdirektivet og udbudsloven som de primære retskilder. Retskildelæren tager højde for, at EU-retten har forrang for national ret grundet princippet om *lex superior*, hvorfor udbudslovens regler skal harmonere med udbudsdirektivet.¹⁶ Udbudsdirektivets betragtninger vil derfor blive benyttet som understøttende argumenter og bidrag til fortolkning af udbudsloven og gældende ret i Danmark. Til fortolkning af gældende ret anvendes også en række grundlægende traktatretlige¹⁷ og udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, som skaber en retningslinje for fortolkningen af en konkret bestemmelse.¹⁸ Endvidere vil der blive benyttet en række sekundære retskilder i form af afgørelser fra Klagenævnet og EU-Domstolen, som er udtryk for den generelle fortolkning af udbudsloven og udbudsdirektivet. Derudover vil forarbejderne til udbudsloven, præamblen til udbudsdirektivet samt vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (herefter "KFST") blive anvendt for at præcisere gældende ret. Det skal i den forbindelse nævnes, at forarbejderne ikke besidder samme retskildemæssige værdi som lovtekst,¹⁹ og der tages derfor hensyn til dette i analysen. Til behandling af både lovgivningen og retspraksis vil der blive inddraget faglitteratur til at understøtte fortolkningen af disse.

Til analysen af udbudslovens bestemmelser vil der blive foretaget en ordlydsfortolkning for at klarlægge gældende ret og finde frem til den juridiske mening.²⁰ En ordlydsfortolkning er udgangspunktet ved en juridisk fortolkning af lovbestemmelser, idet ordlyden er genstanden for fortolkning. Det er dermed denne fortolkning, som afklarer, om ordlyden er entydig

¹³ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29

¹⁴ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29 & 34

¹⁵ Tvarnø, 2017, s. 34

¹⁶ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 33

¹⁷ Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

¹⁸ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 55

¹⁹ Ottesen, 2017, Afsnit: Kan ordregiver benytte en sekundær evalueringsmetode?

²⁰ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 220

eller flertydig.²¹ En sådan ordlydsfortolkning skal være en fortolkning i overensstemmelse med ordenes naturlige og sædvanlige betydning, for at opnå retssikkerhed ved at imødekomme kravene om forudberegnelighed, ensartethed og konsekvent fortolkning.²² Ordlydsfortolkningen vil blive benyttet til at fastslå, hvorvidt der er overensstemmelse mellem udbudsdirektivet, udbudsloven og forarbejderne. Der findes generelt to former for ordlydsfortolkning, den almindelige som fastsætter en regels generelle indhold, og subsumtionsfortolkningen, som vurderer hvorvidt et konkret forhold, er omfattet af en bestemmelse eller ej.²³ Den almindelige fortolkning vil således blive benyttet til at udlede gældende ret ifølge udbudsloven, hvorimod subsumtionsfortolkningen især vil blive benyttet til at vurdere hvorvidt konkrete forhold, der udelukkende fremgår af forarbejderne, må siges at være omfattet af lovgivningens bestemmelser.

Ligeledes vil der blive foretaget en formålsfortolkning af såvel udbudsloven som udbudsdirektivet, hvor der fokuseres på det overordnede formål med udbudsretten såvel som formålet med en konkret bestemmelse. Lovens formål har stor betydning for fortolkningen af loven, og den danske retstradition tilsiger, at formålet skal tillægges stor værdi.²⁴ Formålsfortolkning sker ofte med udgangspunkt i forarbejderne, idet disse indeholder grundige overvejelser af baggrunden for lovforslaget, gældende ret, økonomiske konsekvenser mv. Selvom formålsfortolkningen tillægges stor betydning i den danske retstradition, er en fortolkning af forarbejderne anset som et hjælpemiddel til fortolkningen af bestemmelsens ordlyd, hvorfor en ordlydsfortolkning har forrang.²⁵ Endvidere vil der blive anvendt en komparativ metode til at sammenholde direktivets bestemmelser med de danske bestemmelser og EU-retlig praksis, hvor forskelle og ligheder vil blive analyseret.

1.3.2 ØKONOMISK METODE

For at foretage en integreret analyse af de økonomiske konsekvenser forbundet med en svækket retstilstand indenfor udbudsretten, vil almindelige mikroøkonomiske metoder blive anvendt til at belyse sådanne konsekvenser. Der vil blive anvendt mikroøkonomiske teorier til at analysere de økonomiske konsekvenser for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

1.3.3 EMPIRI

Grundet et stort selektionsproblem er der til afklaringen af problemstillingen ikke indsamlet empiri. Problemet består i, at det vil være svært at identificere de aktører, som vælger ikke at byde på et konkret udbud, idet man kun ser dem, som faktisk vælger at byde. Det vil skabe et forkert billede af situationen, hvis kun de bydende virksomheder bliver inddraget, da især de virksomheder som vælger ikke at byde, har en stor betydning for de økonomiske

²¹ Evald, 2016, s. 49

²² Evald, 2016, s. 50

²³ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 221-222

²⁴ Evald, 2016, s. 49

²⁵ Evald, 2016, s. 49

konsekvenser ved en usikker retstilstand. Derfor bygger denne afhandling udelukkende på en teoretisk tilgang til problemstillingen.

1.3.4 KILDEKRITIK

De foretagende analyser og vurderinger i afhandlingen er bygget på en lang række forskellige kilder. Nogle af disse kilder er mere pålidelige end andre, hvorfor der vil blive foretaget en overordnet kritisk vurdering af de anvendte kilder.

Alle medlemslande skal træffe foranstaltninger til håndhævelsen af EU's udbudsregler. Det opfylder Danmark igennem Klagenævnet, hvis hovedformål er at behandle klager om ordregiveres overtrædelse af den danske udbudslov og EU's udbudsdirektiver.²⁶ Nedenstående analyse bygger især på en række af Klagenævnets afgørelser, og det skal derfor nævnes, at Klagenævnets afgørelser er administrative afgørelser, der ikke har samme retskildeværdi, som afgørelser fra de danske domstole.²⁷ Klagenævnets afgørelser har dog alligevel en høj retskildeværdi til fastsættelsen af gældende ret, idet der endnu ikke foreligger andre afgørelser fra de danske domstole, der tager stilling til de samme problemstillinger. Grundet uoverensstemmelserne fra Klagenævnets side, forholder afhandlingen sig dog kritisk overfor afgørelserne og deres værdi.

Endvidere vil der til analysen af afhandlingens problemstilling blive anvendt vejledninger fra KFST. KFST er en del af Erhvervsministeriet, og varetager det lovforberedende arbejde ved implementering af udbudsdirektivet i den danske lovgivning.²⁸ Derudover udarbejder KFST generelle vejledninger, som vedrører udbudsloven. KFSTs udsendte vejledninger omkring udbudsloven, er deres fortolkning af gældende lov, og selvom de burde have høj validitet, idet KFST er en del af den lovgivende magt, så er der tale om ikke-bindende vejledninger, hvorfor analysen vil forholde sig kritisk til deres indhold.

Derudover vil der i afhandlingen blive benyttet juridisk litteratur som sekundære kilder i form af lærebøger og artikler. Den juridiske litteratur kan ikke selvstændigt benyttes til begrundelse eller fortolkning af gældende ret, og den kan således ikke bruges som selvstændig hjemmel.²⁹ Sådanne sekundære kilder anvendes således til at overskueliggøre og analysere retsområdet, som det allerede foreligger og understrege fortolkninger af loven. Det antages at den juridiske litteratur har høj validitet og troværdighed, idet det er skrevet af kompetente forfattere, som har stor viden inden for deres pågældende felt. Det skal dog nævnes, at som en del af den juridiske litteratur har vi benyttet os af bogen: "Offentlig indkøb" skrevet af Jesper Fabricius³⁰, som er medlem af udbudslovsudvalget, og som derfor har været med til at skrive forarbejderne til udbudsloven. Der tages hensyn til dette, da Jesper Fabricius sandsynligvis er partisk i forhold til forarbejdernes indhold. Derudover bruges der i afhandlingen

²⁶ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (1), 2018, s. 8

²⁷ Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 163-164

²⁸ Fabricius, 2017, s. 783

²⁹ Høilund, 2015, s. 75-76

³⁰ Fabricius, 2017

juridisk litteratur skrevet før den nye udbudslov, og der tages derfor forbehold for dette, og litteraturen anvendes kun i det omfang det er relevant for de nye regler.

1.4 AFGRÆNSNING

Afhandlingen bygger på en analyse af udbudsloven og dens forarbejder, hvorfor der alene tages udgangspunkt i udbudsloven og i forlængelse heraf udbudsdirektivet som fortolkningsbidrag. Anden lovgivning der regulerer offentligt indkøb, herunder forsyningsvirksomhedsdirektivet³¹, direktivet om tildeling af koncessionskontrakter³², forsvars- og sikkerhedsdirektivet³³ og tilbudsloven³⁴ inddrages således ikke, selvom der findes tilsvarende bestemmelser i disse. Dette gælder både i forbindelse med analysen af retstilstanden og de juridiske konsekvenser heraf. I forlængelse heraf vil analysen af de juridiske konsekvenser blive afgrænset til kun at omhandle de direkte konsekvenser, som følger af udbudsloven. Analysen af afhandlingens problemstilling har udelukkende fokus på uoverensstemmelser mellem forarbejderne og Klagenævnets fortolkning af udbudsloven. Der tages derfor ikke videre stilling til gennemførelsen af udbudsloven herunder en analyse af eventuelle fejlimplementeringer af bestemmelser i henhold til udbudsdirektivet, eksempelvis i forbindelse med analysen af udbudslovens § 160, som udelukkende er en dansk bestemmelse.

Grundet afhandlingens størrelse er der udvalgt en række relevante afgørelser til belysning af emnet, da det ikke er muligt at foretage en analyse af samtlige relevante afgørelser indenfor emnet, selvom det følger af den juridiske metode, at alle tilstedeværende retskilder skal benyttes. Da problemstillingens fokus er Klagenævnets anvendelse af forarbejderne til udbudsloven, anvendes der hovedsagligt national praksis i analysen. Som fortolkningsbidrag er der dog i et begrænset omfang også benyttet afgørelser fra EU-Domstolen. I forlængelse heraf vil der ikke foretages en udførlige analyse af hver enkel afgørelse, som bliver brugt i afhandlingen. Anvendelsen og analysen af en afgørelse vil ske med fokus på den konkrete problemstilling, og derfor vil kun brudstykker af afgørelserne blive anvendt, i det omfang de er relevante for analysen.

De økonomiske konsekvenser som følge af en usikker retstilstand er mange, og derfor vil denne afhandling afgrænse sig til kun at undersøge de mikroøkonomiske konsekvenser. I forlængelse heraf vil fokus ligge på påvirkningen af tilbudsgivers investeringsbeslutning, markedsstrukturen samt prisfastsættningen.

³¹ Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014, om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

³² Direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

³³ Direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.

³⁴ Lov 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

1.5 STRUKTUR

Afhandlingen vil indledningsvis foretage en redegørelse af udbudsrettens overordnede formål i afsnit 2, herunder de gældende grundprincipper og retssikkerhedsbegrebet, for at undersøge deres fortolkningsbidrag til de efterfølgende analyser af Klagenævnets afgørelser. Derefter følger omtalte analyse af Klagenævnets tilsidesættelse af udbudslovens forarbejder i tre konkrete afgørelser i afsnit 3, hvorudfra den formulerede problemstilling opstår. I sammenhæng med denne analyse vil der foretages perspektivering til andre afgørelser, hvor Klagenævnet modsat har valgt at ændre tidligere gældende ret som følge af forarbejderne. Denne analyse vil lægge op til en række konkrete tendenser indenfor anvendelsen eller tilsidesættelsen af forarbejderne, og dette vil lede til en videre analyse i af udbudslovens forarbejder i denne kontekst i afsnit 4. Der vil således blive foretaget en analyse af, to identificerede områder i udbudsloven, hvor der ses indikationer på en ny retstilstand grundet forarbejderne. Dette leder endeligt til en analyse af Klagenævnets mulige stillingtagen til disse områder, og hvordan dette kan påvirke retstilstanden. Ud fra den samlede analyse i afsnit 3 og 4 vil de juridiske og mikroøkonomiske konsekvenser, som følge af en usikker retstilstand blive vurderet og diskuteret i afsnit 5. Afslutningsvis foretages der en konklusion, hvor hensigten er at opsummere de væsentlige elementer i afhandlingen.

2. RETSGRUNDLAG OG RETSBEGREBER

Dette afsnit vil indeholde en beskrivelse af det relevante retsgrundlag for nærværende afhandling, og dermed de regler som den retsdogmatiske analyse vil tage sit udgangspunkt i. Der redegøres endvidere for retssikkerhedsbegrebet, idet den videre analyse vil se på hvordan retssikkerheden påvirkes.

2.1 DEN EUROPÆISKE TRAKTAT

Grundlaget for de ensrettede regler for EU's samarbejde findes i Lissabon-Traktaten fra 2009 der indeholder traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsområde (herefter TEUF), også kaldt EU-traktaterne. EU-traktaterne opstiller en række overordnede forpligtelser, begrænsninger og principper, og de har forrang i forhold til enhver modstridende national bestemmelse.³⁵

De finder således også anvendelse, uanset om sekundære retskilder såsom forordninger og direktiver er gældende på området. Implementeringen af sekundære retskilder sker igennem udstedelse af direktiver, forordninger og afgørelser, der alle har bindende retsvirkning, jf. TEUF art. 288. Men traktaterne indeholder også materielle regler herunder bestemmelserne om fri bevægelighed og konkurrencereglerne. Disse regler er med til at sikre, at der ikke opstilles diskriminerende betingelser imellem landene. Grundreglerne i traktaterne spiller også en rolle for udbudsretten, hvor reglerne skaber en forstærket adgang for medlemslandenes mulighed for at deltage i udbuddet af offentlige kontrakter. Det forsøges

³⁵ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 55

således at sikre, at der ikke sker national diskrimination, og ud fra dette har EU-Domstolen også udviklet en række principper, som finder anvendelse ved offentlige kontrakter.³⁶

2.2 UDBUDSDIREKTIVET

Kommissionen vedtog d. 26. februar 2014 et nyt udbudsdirektiv, som indeholder en stor del af bestemmelserne fra 2004-udbudsdirektivet, men samtidig også nogle væsentlige ændringer samt tilføjelse af nye bestemmelser. Det ses i udbudsdirektivets præambel, at det nye udbudsdirektiv bærer præg af mere pragmatiske hensyn jf. betragtning 2, der beskriver behovet for en tydeliggørelse og supplerende af begreber med udgangspunkt i EU-Domstolens faste retspraksis. Dette ses blandt andet ved tilføjelse, af den nye bestemmelse om ændringer af offentlige kontrakter i art. 72, der generelt er en kodificering af EU-Domstolens praksis.³⁷

EU's udbudsdirektiv er vedtaget med hjemmel i TEUF, og har til formål at skabe og sikre det indre marked for offentlige kontrakter.³⁸ EU's udbudsdirektiv er vedtaget med hjemmel i traktatens bestemmelser, og har derfor ligeledes til formål at sikre den frie bevægelighed og åbne konkurrencen med henblik på, at etablere det indre marked.³⁹ Udbudsrettens regler skal åbne og fremme konkurrencen og skabe lige adgang for virksomheder i EU, så der ikke sker nationalitetsdiskrimination.⁴⁰ Udbudsreglernes primære formål er, at medvirke til skabelsen af det indre marked, og at der skal ske en åben og fair konkurrence om offentlige kontrakter. Dette søges blandt andet sikret i principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsprocessen.

2.3 UDBUDSLOVEN

EU's udbudsdirektiv er bindende i henhold til det tilsigtede mål for enhver medlemsstat, som det rettes til, men det er dog op til den nationale myndighed, at bestemme form og midler for gennemførelsen af direktivet jf. TEUF art. 288. I Danmark blev udbudsdirektivet implementeret i form af gennemførelse af udbudsloven d. 1. januar 2016. Modsat havde 2004-udbudsdirektivet været implementeret ved en bekendtgørelse, således at direktivets bestemmelser fandt direkte anvendelse i Danmark. Udbudsloven er således udtryk for en ny måde at implementere EU's udbudsregler, ved at omskrive udbudsdirektivets bestemmelser til en dansk lov. Baggrunden for den tidligere implementeringsform har formentlig været, at udbudsdirektiverne indeholder en meget høj detaljeringsgrad, og mange bestemmelser har ligeledes direkte virkning, og vil derfor under alle omstændigheder være gældende i dansk ret.⁴¹ Ved at omskrive direktivet til en national lov kan man risikere, at der opstår fortolkningsproblemer, såfremt den danske lovgivning medfører et andet resultat end

³⁶ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 55

³⁷ Hamer, 2016, s. 726

³⁸ Hamer, 2016, s. 32–33

³⁹ Fabricius, 2017, s. 26

⁴⁰ Hamer, 2016, s. 32–33, Fabricius, 2017, s. 26

⁴¹ Fabricius, 2017, s. 23

direktivet.⁴² Der er dog områder i EU-udbudsretten, hvor der er plads til en national fortolkning og dette udnyttes således ved en national implementering.⁴³ Baggrunden for udbudsloven har også været, et konkret behov for at skabe klare, enkle og fleksible regler.⁴⁴ Det bør i den sammenhæng nævnes, at langt størstedelen af udbudsloven stort set er en ordret gengivelse af udbudsdirektivets bestemmelser, men der er også bestemmelser, som ikke kan genfindes direkte i udbudsdirektivet.

2.4 UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER

Udbudsretten bygger på en række overordnede principper, der ligesom udbudsrettens formål skaber retningslinjer for fortolkningen, og udfyldningen af de konkrete bestemmelser.⁴⁵ Disse principper har deres grundlag i TEUF, men er i vid udstrækning skabt af EU-Domstolene, og er udtryk for overordnede overvejelser, hvorfor princippernes indhold udvikles løbende igennem retspraksis. De inddrages således, når der opstår tvivl om, hvordan en konkret bestemmelse skal fortolkes, og virker derfor som et udfyldningselement.⁴⁶ De tre vigtigste grundprincipper i udbudsretten er principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, som også fremgår af udbudslovens § 2.⁴⁷ Der vil i nedenstående afsnit blive foretaget en redegørelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, idet det er disse, som har relevans for denne afhandling.

2.4.1 LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET

Ligebehandlingsprincippet er et af de mest fundamentale principper i udbudsretten, og kommer fra TEUFs forbud mod nationalitetsdiskrimination jf. TEUF art. 18, og opstilling af hindringer for samhandlen mellem medlemsstaterne.⁴⁸ EU-Domstolene har dog gjort det klart, at princippet ikke er begrænset til et forbud mod diskrimination, jf. C-458/03, *Parking Brixen* præmis 48, hvori det blev fastslået, at princippet dækker over alle former for forskelsbehandling.

Princippet indebærer ikke, at alle forhold skal behandles ens, men at sammenlignelige forhold skal behandles ens, og forskellige forhold skal behandles forskelligt, medmindre der er en saglig og proportional begrundelse for at behandle dem ens, jf. C-21/03 og C-34/03, *Fabriscom* præmis 27.⁴⁹ Princippet skal overholdes i alle udbuddets faser, jf. T-125/06, *Centro Studi* præmis 86, og er altså et gennemgående fortolkningsværktøj, når der opstår tvivl i en konkret sag. Ligebehandlingsprincippet skal sikre, at interesserede tilbudsgivere har ensartet information om opgavens art og udførelse, og at der derfor er lige chancer for at vinde

⁴² Fabricius, 2017, s. 23

⁴³ Fabricius, 2017, s. 24

⁴⁴ Konkurrence og forbrugerstyrelsen (2), 2016, s. 12

⁴⁵ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 55

⁴⁶ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 55

⁴⁷ jf. også udbudsdirektivets art. 18, stk. 1.

⁴⁸ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 57

⁴⁹ Fabricius, 2017, s. 40-41

offentlige kontrakter. Endvidere skal der ved vurderingen af tilbudsgivers kvalifikation og tilbud, anvendes den samme fastsatte fremgangsmåde og forudopstillede konkurrencegrundlag.⁵⁰

2.4.2 GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET

I forlængelse af ligebehandlingsprincippet medfører gennemsigtighedsprincippet en forpligtigelse for ordregiver til at anvende særlige og detaljerede procedurer, for at skabe gennemsigtighed og herigennem forudsigelighed i kontraktindgåelsen.⁵¹ Det er med til at sikre lighed mellem tilbudsgiverne, og skal også modvirke misbrug af kontraktindgåelse til at fremme ulovlige og usaglige interesser.

Gennemsigtighedsprincippet bygger på, at tilbudsgiver skal have oplysninger, der gør det muligt at gennemskue proceduren bag kontraktindgåelsen. Gennemsigtighed gælder både før, under og efter kontraktindgåelsen, og det forudsættes derfor af EU-Domstolen, at der på alle stadier af kontraktindgåelsen er en passende grad af offentlighed, samt at proceduren er forudsigelig.⁵² Der er således også et krav om, at udbudsmaterialet skal være klart og præcist udformet, sådan at tilbudsgiver kan gennemskue materialet. Det betyder dog ikke nødvendigvis, at ordregiver skal udforme sit udbudsmateriale, så alle ville kunne forstå det, men sådan at "rimeligt oplyste og normalt påpasselige" tilbudsgivere kan.⁵³

2.5 RETSSIKKERHEDSBEGREBET

Retssikkerhed er ikke et begreb, som entydigt kan defineres, da der er en lang række forskellige vinkler og hensyn indenfor retssikkerhed. Dette afsnit vil derfor præcisere hvordan retssikkerhed forstås i denne afhandling, da nedenstående analyser blandt andet vil diskutere en mulig påvirkning af retssikkerheden.

Retssikkerhed omfatter hele juraen såvel privatret som offentligret, strafferet som procesret, og er den grundlæggende beskyttelse af det enkelte individ. Retssikkerhedens formål er at skabe orden, stabilitet og sikkerhed i retssystemet.⁵⁴ Der kan sondres mellem materiel retssikkerhed og formel retssikkerhed. Den formelle retssikkerhed er, at selve processen i afgørelserne forløber korrekt,⁵⁵ hvorfor dette ikke er relevant for denne problemstilling. Derimod er den materielle retssikkerhed central i denne opgave, da den består af et krav om forudberegnelighed. Myndighederne og dermed Klagenævnet er underlagt legalitetsprincippet,⁵⁶ der er direkte forudsat i Grundlovens § 3, og som bygger på, at Klagenævnet ikke kan træffe afgørelser, uden at der findes hjemmel i lovgivningen.⁵⁷ Dette hjemmelskrav sikrer,

⁵⁰ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 57

⁵¹ Hamer, 2016, s. 60

⁵² Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 62

⁵³ Fabricius, 2017, s. 47

⁵⁴ Henrichsen, 1993, s. 308-309

⁵⁵ Munk-Hansen, 2012, s. 22

⁵⁶ Henrichsen, 1993, s. 316

⁵⁷ Evald, 2016, s. 95

at både ordregiver og tilbudsgiver kan forudsige deres retsstilling. Det er denne retssikkerhed der afprøves i afhandlingen, idet der ikke er fuld overensstemmelse mellem forarbejderne til udbudsloven og Klagenævnets afgørelser. Dette kan medføre at både tilbudsgiver og ordregiver, kan have svært ved at forudsige den konkrete retsstilling. Selvom retssikkerhed er et hensyn, der har stor betydning, så er retssikkerhed stadigvæk et hensyn, som skal opvejes med andre hensyn såsom politiske og praktiske hensyn.⁵⁸

3. KLAGENÆVNETS TILSIDESÆTTELSE AF FORARBEJDERNE TIL UDBUDSLOVEN

Det følger af normal dansk retstradition, at lovtekster skal forstås på baggrund af de forarbejder, der ligger til grund for lovens vedtagelse, og det forventes derfor, at disse stemmer overens med gældende ret.⁵⁹ Forarbejder udgør en væsentlig betydning ved fortolkningen af loven for både de danske domstole og andre myndigheder herunder Klagenævnet, og i flere tilfælde spiller denne retskilde en lige så stor rolle som indholdet af en lovbestemmelse.⁶⁰ Det betyder, at hvis lovgiver undlader at give udtryk for en opfattelse i selve lovteksten, men i stedet udtrykker dette i forarbejderne, så vil de danske domstole ofte henvise til forarbejderne og angive dette som gældende ret.⁶¹ Forarbejderne kan således supplere men også udvide bestemmelseernes rækkevidde. Selvom forarbejderne traditionsmæssigt har stor retskildeværdi, så har de dog ikke den samme retskildemæssige værdi som selve lovbestemmelserne, og krav der ikke fremgår direkte af bestemmelserne kan derfor tilsidesættes.⁶²

Klagenævnet skal udover at fortolke i overensstemmelse med gældende dansk ret også sikre, at udbudsloven fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Derfor har spørgsmålet efter gennemførelsen af udbudsloven været, hvilken betydning bemærkningerne ville få for Klagenævnet. På trods af den høje retskildeværdi kan det tænkes, at Klagenævnet på den ene side vil tage lidt lettere på bemærkninger til bestemmelser, hvor udbudsloven viderefører eksisterende ret, især hvis bemærkningerne ikke fremgår af lovteksten.⁶³ Omvendt kan lovbemærkningerne få større betydning for Klagenævnets fortolkning, når der udelukkende er tale om en national regulering.⁶⁴

Klagenævnets holdning til inddragelse af lovbemærkningerne indikeres i tre kendelser, hvor betydningen af lovbemærkningerne havde indflydelse på sagernes afgørelse. Det drejer sig om Klagenævnets kendelser af 11. juli 2017, *Inventarland mod Region Sjælland*, 8. august 2017, *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland* og 19. juni 2017, *LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland*. Alle tre kendelser viser tegn på, at Klagenævnet er mere

⁵⁸ Munk-Hansen, 2012, s. 30

⁵⁹ Bøllingtoft, 2017, Afsnit: Indledning

⁶⁰ Espersen, 2003

⁶¹ Espersen, 2003

⁶² Moritzen, 2017, Afsnit: Kan ordregiver benytte...

⁶³ Bøllingtoft, 2017, Afsnit: Den danske regel om...

⁶⁴ Bøllingtoft, 2017, Afsnit: Den danske regel om...

tilbageholdene med at tillægge lovbemærkningerne stor vægt som fortolkningsbidrag, end der ellers er tradition for i Danmark. Det må i forlængelse heraf nævnes, at udbudslovsudvalget har forsøgt at udforme lovforslaget, så det tilnærmelsesvis er enslydende med udbudsdirektivet, for at skabe klarhed og minimere risikoen for fortolkningstvivil.⁶⁵ Ikke desto mindre har Klagenævnets anvendelse af udbudsloven og dens forarbejder skabt en utilsigtet fortolkningstvivil i flere situationer.

Som udgangspunkt har de tre kendelser ikke noget til fælles, idet de omhandler forskellige bestemmelser i udbudsloven. Alligevel er der en vis sammenhæng, idet forarbejderne i alle tre tilfælde bliver tillagt lille betydning. Derfor vil de tre afgørelser i de følgende afsnit 3.1, 3.2 og 3.3 blive analyseret for at undersøge, hvad der ligger til grund for forskellen i Klagenævnets afgørelser, og de forhold der fremgår af forarbejderne. Derudover har Klagenævnet efterfølgende afgjort flere sager inden for de tre afgørelses områder men med andre udfald. Der vil derfor blive foretaget en perspektivering til disse afgørelser, med udgangspunkt i baggrunden for Klagenævnets forskellige holdninger. Endvidere vil der tages stilling til, hvad afgørelserne kan have af afledte effekter på fremtidige sager. I forlængelse heraf vil det blive vurderet, hvorvidt der eksisterer en generel tendens for Klagenævnets tilbageholdenhed i relation til forarbejderne. Disse tendenser kan blandt andet være Klagenævnets forpligtelse til at fortolke udbudsloven EU-konformt,⁶⁶ Klagenævnets eventuelle fokus på de udbudsretlige principper, en favorabel holdning over for enten ordregiver eller tilbudsgiver eller helt andre hensyn. Dette vil således blive vurderet i nedenstående analyse.

3.1 INVENTARLAND MOD REGION SJÆLLAND

Klagenævnets kendelse af 11. juli 2017, *Inventarland mod Region Sjælland* ⁶⁷ omhandler levering af rullebure til Region Sjælland til transport af tekstiler. I kravspecifikationen fremgik et mindstekrav, hvorefter rulleburet skulle have tre faste sider. Udbudsmaterialet blev offentliggjort den 6. april 2017, hvorefter Inventarland stillede spørgsmål til kravspecifikationen i relation til ovenstående mindstekrav. I forlængelse heraf afholdte Region Sjælland et informationsmøde den 10. maj 2017, som medførte en præcisering af kravspecifikationen, hvorefter det nu fremgik, at de tre faste sider skulle være boltet sammen.

Inventarland fremlagde i deres klage fire påstande, hvoraf den første påstand var, at Region Sjælland havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at foretage en ændring af mindstekravet, hvilket var en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet. Analysen af afgørelsen vil alene have fokus på denne påstand vedrørende ligebehandlingsprincippet, idet der synes at forekomme en uoverensstemmelse mellem udbudslovens forarbejder og Klagenævnets kendelse i relation til denne.

3.1.1 UOVERENSSTEMMELSEN

⁶⁵ Forslag til Udbudsloven L19, s. 37, 1 spalte

⁶⁶ Forslag til Udbudsloven L19, s. 38, 2 spalte

⁶⁷ Herefter *Inventarland mod Region Sjælland*

Klagenævnet tog ikke første påstand til følge, da de ikke mente, at Inventarland havde sandsynliggjort, at ændringen i sig selv kunne påvirke feltet af potentielle tilbudsgivere eller, at ændringen havde forrykket konkurrencen.⁶⁸ Dette medførte, at Inventarland ikke kunne godtgøre, at der var tale om en ændring, og dermed en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Dermed var Klagenævnet af den overbevisning, at det var Inventarland som sagsøger, der skulle bære bevisbyrden for, at der var tale om en ændring af et grundlæggende element i henhold til udbudslovens § 2.

Det forholder sig dog anderledes i forarbejderne til udbudsloven, hvoraf det følger, at mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte eller til kontraktens udførelse, som alle tilbud skal opfylde.⁶⁹ I forlængelse heraf fremgår det direkte af forarbejderne, at en ændring af et mindstekrav, som udgangspunkt, er en ændring af grundlæggende elementer, som derfor ikke kan foretages uden et genudbud.⁷⁰ Det skal dog nævnes, at genudbud kan undgås, selvom der er tale om en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen ikke påvirker potentielle ansøgere.⁷¹ Forarbejderne gør således klart, at det er den sagsøgte ordregiver, som skal argumentere for, at der *ikke* er tale om en ændring af et grundlæggende element, eller at ændringen *ikke* påvirker potentielle ansøgere. I stedet for, at tilbudsgiver som sagsøger skal argumentere for, at der er tale om en ændring af et grundlæggende element, eller en påvirkning af potentielle ansøgere. Forarbejderne lægger dermed op til en omvendt bevisbyrde, hvilket betyder, at Region Sjælland skulle bevise, at der ved en ændring af et mindstekrav ikke var tale om en ændring af et grundlæggende element, eller at ændringen ikke påvirkede potentielle ansøgere.

Spørgsmålet er derfor, hvad der må antages at være gældende ret, og hvad Klagenævnet bygger deres afgørelse på, hvorfor følgende afsnit vil undersøge dette. Herunder vil der derfor foretages en analyse af hvilken bevisbyrde der burde forelægge baseret på tidligere retspraksis og nyere modstridende retspraksis, samt hvilke hensyn Klagenævnet må have lagt til grund for at have tilsidesat forarbejdernes krav om omvendt bevisbyrde.

3.1.2 BEVISBYRDE

Ifølge udbudslovens § 2 skal ordregiver overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet ved offentlige indkøb. Heraf opstår forbuddet mod ændringer af grundlæggende elementer, idet dette medfører, at ligebehandlingsprincippet, som alt overvejende udgangspunkt, ikke bliver overholdt. Det fremgår ikke af ordlyden af udbudslovens § 2, hvilken bevisbyrde der er gældende for sager omhandlende § 2 og herunder ændringer af grundlæggende elementer. En ordlydsfortolkning af bestemmelsen hjælper derfor ikke til løsningen af uoverensstemmelsen, hvorfor andre hensyn må tages i betragtning.

⁶⁸ Inventarland mod Region Sjælland, s. 11

⁶⁹ Forslag til Udbudsloven L19, s. 57, spalte 2

⁷⁰ Forslag til Udbudsloven L19, s. 57, spalte 2

⁷¹ Forslag til Udbudsloven L19, s. 57, spalte 2

Det generelle udgangspunkt i dansk ret er, at der gælder ligefrem bevisbyrde,⁷² hvilket indebærer, at sagsøger har bevisbyrden. Hvis ikke det lykkes på tilstrækkelig overbevisende måde for sagsøger at føre dette bevis, taber sagsøgeren sagen. I udbudsretten er der ikke opstillet en generel regel omkring bevisbyrde,⁷³ så hvis ikke andet er nævnt i den konkrete bestemmelse, synes bevisbyrden derfor at skulle være tilsvarende udgangspunktet i dansk ret. I dette tilfælde vil det betyde, at Inventarland burde have bevisbyrden for at påvise, at der er sket en ændring af et grundlæggende element.

Det kunne tænkes, at Klagenævnets beslutning om at anvende ligefrem bevisbyrde, kan være en reminiscens fra tidligere praksis. Dette ses blandt andet i Klagenævnets kendelse af 17. juni 2014, *GN ReSound Danmark mod Amgro I/S*, hvor klager mente, at Amgro havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i 2004-udbudsdirektivets art. 2. Klager påstod, at overtrædelsen skyldtes en væsentlig ændring i outputgrænserne for de høreapparater, der var udbudt umiddelbart inden udløbet af tilbudsfristen, og at disse oprindelige outputkrav havde været anført som ufravigelige udbudsbetingelser.⁷⁴ Her konstaterede Klagenævnet, at ændringen af outputintervallerne efter det oplyste måtte antages at have udvidet kredsen af potentielle tilbudsgivere inden for visse delaftaler.⁷⁵ Klagenævnet gjorde det dog klart, at: *"Klageren ikke har sandsynliggjort, at de oprindelige outputkrav har haft indvirkning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om deltagelse i udbuddet som sådan."*⁷⁶ Da klager derfor ikke havde løftet bevisbyrden, blev påstand 1 ikke taget til følge. Dette viser, at Klagenævnet tidligere har anvendt ligefrem bevisbyrde på sager om ligebehandlingsprincippet.

Hvis der endvidere foretages en formålsfortolkning, så kan formålet med bestemmelsen ofte udledes af forarbejderne, og derfor anvendes disse til en videre analyse af gældende ret. Som beskrevet ovenfor, fremgår det af forarbejderne til udbudslovens § 2, at der er tale om omvendt bevisbyrde.⁷⁷ Formålet må i henhold til forarbejderne derfor være at indskrænke ordregivers muligheder, og formentlig er hensynet bag omvendt bevisbyrde at skabe større gennemsigtighed og ligebehandling, ved at ordregiver ikke skal kunne lave væsentlige ændringer, uden selv at kunne forsvare det. Forarbejderne pålægger således ordregiver en ekstra byrde, da det generelle udgangspunkt i dansk ret er ligefrem bevisbyrde, og da det ikke fremgår af bestemmelsens ordlyd, at der skulle gælde omvendt bevisbyrde for overtrædelsen af § 2. Det lader dog til, at denne byrde pålægges grundet en større fokus på grundprincipperne i EU-retten.

Der kan dog argumenteres for, at omvendt bevisbyrde ikke stemmer overens med det generelle formål med den nye udbudslov, som er at skabe større klarhed, forenkling og fleksibilitet.⁷⁸ Derudover fremgår det af de generelle bemærkninger til lovforslaget, at udbudsloven

⁷² Evald, 2016, s. 96

⁷³ Hagel-Sørensen, 2011, s. 24

⁷⁴ GN ReSound Danmark mod Amgro I/S, s. 2, 1 påstand

⁷⁵ GN ReSound Danmark mod Amgro I/S, s. 35

⁷⁶ GN ReSound Danmark mod Amgro I/S, s. 36

⁷⁷ Forslag til Udbudsloven L19, s. 57, spalte 2

⁷⁸ Forslag til Udbudsloven L19, s. 37, spalte 1

skal fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet.⁷⁹ Hverken i udbudsdirektivet eller i præamblen til denne er der indikationer på, at der skal gælde omvendt bevisbyrde for udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, hvorfra udbudslovens § 2 er blevet direkte implementeret. Dette kan således være forhold, som Klagenævnet har taget for øje i deres tilsidesættelse af forarbejdernes krav om omvendt bevisbyrde. Det kan i den sammenhæng også nævnes, at reguleringstraditionen i EU er anderledes end i dansk ret. I EU er der lav grad af fleksibilitet, idet lovgiver ikke har villet overdrage meget praktisk fortolkning til hverken de nationale domstole, klageorganerne eller ordregiver.⁸⁰ Dette betyder, at reglerne i udbudsdirektivet allerede er restriktive, og der allerede påhviler ordregiver en lang række forpligtelser.⁸¹ Dette kan derfor ligeledes tale for, at der ikke skal gælde omvendt bevisbyrde, medmindre det direkte fremgår af bestemmelsen, da formålet med udbudsloven netop har været at skabe mere fleksibilitet. Ovenstående argumenter underbygger således Klagenævnet tilsidesættelse af kravet om omvendt bevisbyrde i forarbejderne til udbudslovens § 2, og kan være hensyn som Klagenævnet har lagt til grund i deres afgørelse. Det må dog nævnes, at Klagenævnet ikke inddrager nogle af disse hensyn i afgørelsen, men at de blot konstaterer, at Inventarland ikke har sandsynliggjort, at ændringen har påvirket feltet af potentielle tilbudsgivere eller forrykket konkurrencen.⁸² De tager således ikke direkte stilling til, hvorfor der skal gælde ligefrem bevisbyrde, og herunder hvilke hensyn der gør, at de tilsidesætter forarbejderne. Det er således op til spekulation, om de bevidst har tilsidesat dem og i så fald på baggrund af hvilke hensyn, eller om de har handlet i overensstemmelse med tidligere praksis.

3.1.3 MODSTRIDENDE AFGØRELSE

Modsat *Inventarland mod Region Sjælland* er Klagenævnet efterfølgende kommet med en ny afgørelse, hvor der igen er taget stilling til bevisførelsen for udbudslovens § 2. Her blev kravet om omvendt bevisbyrde ikke tilsidesat, og Klagenævnet var således enige i, at der gjaldt omvendt bevisbyrde. Kendelsen af 12. januar 2018, *Mobilex A/S mod Aalborg Kommune* omhandler Aalborgs Kommunes udbud af rammeaftaler for indkøb af rollatorer.⁸³ I kravspecifikationen var der fastsat en række mindstekrav, som i forlængelse af en spørgerunde efterfølgende blev skærpet af ordregiver. Dette mente Mobilex var imod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet det ville være en ændring af et mindstekrav.⁸⁴ Klagenævnet udtalte i denne afgørelse, at det påhvilede Aalborg Kommune at løfte bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravene ikke havde været egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet.⁸⁵ Modsat konklusionen i *Inventarland mod Region Sjælland*, konkluderede Klagenævnet, at det var den sagsøgte, der havde

⁷⁹ Forslag til Udbudsloven L19, s. 37, spalte 1

⁸⁰ Fabricius, 2017, s. 34

⁸¹ Fabricius, 2017, s. 35

⁸² *Inventarland mod Region Sjælland*, s. 11

⁸³ *Mobilex A/S mod Aalborg Kommune*, s. 3

⁸⁴ *Mobilex A/S mod Aalborg Kommune*, s. 5

⁸⁵ *Mobilex A/S mod Aalborg Kommune*, s. 10

bevisbyrden, og at der dermed gjaldt omvendt bevisbyrde. I denne afgørelse henviste Klagenævnet direkte til forarbejderne til udbudslovens § 2, hvilket taler for, at det er tale om en mere velovervejet beslutning, hvor der blev taget hensyn til forarbejderne. Hvis denne kendelse sammenlignes med *Inventarland mod Region Sjælland*, synes der ikke at være nogen begrundelser eller indikatorer for, hvorfor Klagenævnet har valgt at skifte retning. Der blev dog heller ikke frembragt nogen hensyn for, hvorfor Klagenævnet i *Mobilex mod Aalborg Kommune* handlede i overensstemmelse med forarbejderne og herunder hvorfor de tilside-satte den retspraksis, der var fremsat i *Inventarland mod Region Sjælland*.

Denne afgørelse skaber dermed større forvirring, idet Klagenævnet først har valgt at tilside-sætte forarbejderne for derefter at erklære sig enige med forarbejdernes antagelse om omvendt bevisbyrde. Mulige forklaringer på dette kan være, at Klagenævnet har ændret holdning til området over tid. En anden forklaring kan dog også være, at i og med at bevisbyrde-delen er et bi-element i kendelserne, har Klagenævnets holdning til bevisførelsen inden for udbudslovens § 2 ikke været gennemtænkt.

3.1.4 OPSUMMERING

Set i lyset af afgørelsen *Inventarland mod Region Sjælland* må det konkluderes, at Klagenævnet har valgt at tilsidesætte forarbejdernes fortolkning af bevisbyrden for sager efter udbudslovens § 2. Det lader dog ikke til, at Klagenævnet er konsekvente i denne holdning, da det ses at de har ændret mening i en efterfølgende afgørelse, og de har således ikke en entydig holdning til spørgsmålet. Det er derfor svært at sige hvilke hensyn, der har medført en tilsidesættelse af forarbejderne i *Inventarland mod Region Sjælland*.

Et argument kan være, at det ikke fremgår af § 2 ordlyd, hvilken part der har bevisbyrden ved en potentiel overtrædelse af § 2. Der kan derfor argumenteres for, at udgangspunktet må være ligefrem bevisbyrde, da dette er udgangspunktet i dansk ret. Dette understøttes ligeledes af tidligere retspraksis fra Klagenævnet baseret på 2004-direktivet. Omvendt skal der tages højde for forarbejderne til udbudsloven, hvoraf det direkte fremgår, at der er tale om omvendt bevisbyrde. Forarbejderne synes dog at gøre udbudslovens § 2 mere restriktiv, selvom formålet med gennemførelsen af udbudsloven var at gøre reglerne mere enkle og klare. Derudover fremgår der ikke nogen regler om omvendt bevisbyrde for den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet, og Klagenævnet kan derfor være af den opfattelse, at forarbejderne til § 2 ikke stemmer overens med målet for implementeringen af udbudsdirektivet.

Det kan diskuteres, om den skærpede fortolkning af ordregivers bevisbyrde i forarbejderne er gået for vidt, og om dette er begrundelsen for, at Klagenævnet tilsidesætter forarbejderne i *Inventarland mod Region Sjælland*. Tilsidesættelsen skal formentlig ses i lyset af, at udbudsloven skal fortolkes EU-konformt, og Klagenævnet afgør i denne situation, at gældende ret skal være lempeligere overfor ordregiver i forhold til forarbejdernes fortolkning. Modsat konkluderer Klagenævnet i *Mobilex A/S mod Aalborg Kommune*, at der gælder omvendt bevisbyrde, og de fastholder således forarbejdernes fortolkning af bevisbyrden. Det må

derfor konkluderes, at gældende ret på dette område er usikkert, idet det tyder på, at Klagenævnet hverken er konsekvente i forhold til forarbejderne eller egne afsagte kendelser.

3.2 KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN MOD REGION MIDTJYLLAND

Kendelsen af 8. august 2017, *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland*⁸⁶ vedrørte en analyse af udbudslovens § 160, der er en ren national bestemmelse. Sagen omhandlede Region Midtjyllands udbud af rammeaftaler om køb af anæstesiapparater og anæstesimonitorer. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skulle identificeres ud fra tildelingskriteriet ”*bedste forhold mellem pris og kvalitet*”, hvor økonomi indgik som det ene underkriterium med en vægtning på 35 %. Det fremgik af udbudsmaterialet, at økonomi skulle forstås som ordregivers totalomkostninger, og evalueringen skulle ske efter en lineær nulpunktsmodel, hvor maksimumpoint blev givet til tilbuddet med den laveste pris, og 0 point til det tilbud hvis pris lå x% over det laveste tilbud. Omkring fastsættelsen af procentsatsen fremgik det, at der ville blive taget højde for det forventede prisniveau, samt spredningen i de indkomne priser justeret for eventuelle unormale priser. Dette betød, at underkriteriet økonomi skulle vurderes relativt, således at tilbuddene skulle vurderes op imod hinanden.⁸⁷ På baggrund af dette indgav KFST en klage til Klagenævnet, hvor de påstod, at Region Midtjylland havde handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1 ved ikke at angive hældningsgraden på pointmodellen i udbudsmaterialet.

3.2.1 UOVERENSSTEMMELSEN

Det fremgår af udbudslovens § 160, stk. 1, at: ”*En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.*” Denne bestemmelse opstiller således et krav om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden. Bestemmelsen er ikke implementeret fra udbudsdirektivet, men blev indført efter anbefaling fra udbudslovsudvalget.⁸⁸ Det fremgår ikke direkte af udbudslovens § 160, hvad der skal forstås ved ”evalueringsmetoden”. Ligeledes er det ikke defineret i udbudslovens § 24, der ellers indeholder en definition af lovens centrale begreber. Det er dermed et fortolkningsspørgsmål, hvad en beskrivelse af evalueringsmetoden indebærer, og således hvorvidt hældningsgraden kan antages at være en del af denne. Da udbudsdirektivet kun er minimumsregulerende, er der intet til hindre for, at der i Danmark tilføjes ekstra krav, så længe disse er inden for de generelle udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Som en del af dansk retstradition er det endvidere muligt at supplere bestemmelsernes indhold igennem forarbejderne. Men især lovbemærkningerne til § 160 opstiller yderligere krav til bestemmelsen, hvorfor disse har

⁸⁶ Herefter KFST mod Region Midtjylland

⁸⁷ KFST mod Region Midtjylland, s. 3

⁸⁸ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 2 spalte

været oppe til diskussion i den pågældende afgørelse for at afgøre, hvorvidt hældningsgraden skulle være blevet offentliggjort i udbudsmaterialet.

Herunder vil der blive foretaget en analyse af Klagenævnets tilsidesættelse af forarbejderne til udbudslovens § 160. Dette vil ske på baggrund af en analyse af, hvorvidt der i henhold til forarbejderne gælder et større krav om gennemsigtighed, ved offentliggørelsen af evalueringsmetoden, end hidtidig praksis. Dernæst analyseres hvad begrebet evalueringsmetode indebærer. Til slut vil der blive foretaget en perspektivering til en nyere afgørelse om muligheden for relativ vurdering af kvalitative underkriterier, hvoraf der i lovbemærkningerne til § 160, ligeledes er tilføjet ekstra krav for ordregiver. Afslutningsvis vil der foretages en opsamling af de hensyn, som Klagenævnet synes at lægge til grund i deres tilsidesættelse af forarbejderne.

3.2.2 YDERLIGERE KRAV VED GENNEMFØRELSEN AF § 160

Ifølge Klagenævnets tidligere praksis er der ikke en pligt til at offentliggøre evalueringsmetoder i udbudsmaterialet,⁸⁹ hvilket betyder, at udbudslovens § 160 fraviger dansk praksis fra Klagenævnet. Før gennemførelsen af udbudsloven, havde ordregiver i henhold til fast praksis ikke pligt til at angive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet medmindre metoden havde en *”usædvanlig og upåregnelig karakter”*.⁹⁰ Det fremgik endvidere af Klagenævnets kendelse af 8. oktober 2013, *Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark*⁹¹, at hvis ordregiver vurderede, at flere forskellige evalueringsmodeller kunne være egnede, kunne ordregiver vælge den model, som var den saglig mest velegnede, også hvis valget først skete efter modtagelsen af tilbuddene.⁹² Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at hvis evalueringsmodellen først blev fastlagt efter modtagelsen af tilbuddene, havde ordregiver en skærpet begrundelsespligt for modelvalget. Dette betød dog ikke, at der var et krav til offentliggørelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. Dette har udbudsloven dog ændret ved deres gennemførelse af § 160, og det er derfor nu op til fortolkning, hvad omfanget er af denne bestemmelse.

I henhold til lovbemærkningerne var baggrunden for udarbejdelsen af udbudslovens § 160, at der angiveligt var et stærkere krav til den forudgående gennemsigtighed for ordregivers evaluering i udbudsdirektivet end antaget i hidtidig klagenævnspraksis.⁹³ Forarbejderne lægger således direkte op til, at tidligere praksis på området har været forkert. Før indførelsen af udbudsloven kunne ordregiver, som nævnt ovenfor, efter modtagelsen af tilbuddene afprøve forskellige evalueringsmodeller og først derefter finde den saglig mest velegnede, jf. *Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark*. KFST fandt den forhenværende praksis uhensigtsmæssigt, da det modarbejder princippet om at skabe gennemsigtighed for tilbudsgiverne.

⁸⁹ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 2 spalte

⁹⁰ Klagenævnets kendelse af 13. februar 2013, *Abena A/S mod SKI*, påstand 2a, s. 31

⁹¹ Med henvisning til Klagenævnets kendelse af 1. februar 2013, *Abena A/S*, påstand 2a, s. 31 og kendelse af 15. februar 2012, *Active Care A/S*, påstand 3, s. 15

⁹² *Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark*, s. 183

⁹³ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 2 spalte

Ordregiver kunne således komme til at stå i en situation, hvor de skulle vælge mellem to forskellige saglige prisevalueringsmodeller, som kunne føre til to forskellige vindere af et udbud.⁹⁴ Jesper Fabricius, som var medlem af udbudslovsudvalget, udtaler, at en udbudspraksis hvor ordregiver kan ”*friste sig selv og udfordre sin egen saglighed ved at afprøve forskellige evalueringsmetoder*”⁹⁵, virker utilfredsstillende og imod udbudsrettens grundlæggende formål. Derfor skal udbudslovens § 160 være med til at tydeliggøre de pligter, der fremgår af direktivets art. 18, stk. 1.⁹⁶ Der kan ligeledes findes en støtte for denne antagelse i lovbemærkningerne i udbudsdirektivets præambelbetragtning 92, 2. afsnit. Her fremgår det, at de valgte tildelingskriterier ikke bør give ordregiver ubegrænset valgfrihed, og at kriterierne bør sikre effektiv og fair konkurrence samt muliggøre effektiv kontrol af tilbudsgiverens oplysninger. Det fremgår endvidere af kendelsen *KFST mod Region Midtjylland*, at udbudslovsudvalget gennem KFST rettede henvendelse til EU-Kommissionen for at afklare, om der efter EU-Kommissionens vurdering gjaldt en pligt til forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden.⁹⁷ KFST oplyste, at ud fra drøftelsen med EU-Kommissionen var der en forpligtelse i udbudsdirektivet til offentliggørelse af evalueringsmetoden, og rækkevidden af denne forpligtelse var vidtgående.⁹⁸

Det fremgår dog hverken af lovbemærkningerne til § 160 eller af KFSTs anbringender i denne sag, hvilke bestemmelser eller forhold i direktivet der direkte indebærer, et stærkere krav end der i dag er i dansk klagenævnspraksis. Det ses endvidere, at det nuværende udbudsdirektivets præambelbetragtning 90, 3. afsnit svarer til præambelbetragtning 46, 2. afsnit i det gamle 2004-udbudsdirektiv. Det kan derfor konkluderes, at der ikke ved vedtagelsen af det nye udbudsdirektiv er foretaget ændringer i forhold til de krav, der gælder til gennemsigtigheden af evalueringsmetoden. I EU-Domstolens afgørelse i sag C-6/15, *TNS Dimarso NV*⁹⁹ kom de frem til, at der hverken i direktivets bestemmelser eller i EU-Domstolens praksis er en forpligtelse for ordregiver om at oplyse om den evalueringsmetode, som der anvendes.¹⁰⁰ Det fremgik endvidere, at ordregiver skal kunne tilpasse evalueringsmetoden i forhold til den konkrete sags omstændigheder, og hvis fastsættelsen ikke er mulig inden åbningen af tilbud, må ordregiver kunne fastsætte metoden efter, at denne får kendskab til tilbuddenes indhold.¹⁰¹ Det blev derfor konkluderet i afgørelsen, at ordregiver ikke i udbudsmaterialet var forpligtet til at oplyse evalueringsmetoden i henhold til art. 53, stk. 2 i 2004-udbudsdirektivet sammenholdt med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.¹⁰² Det understreges dog, at metoden ikke må føre til en ændring af tildelingskriterierne eller den relative vægtning af disse.

⁹⁴ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (1), 2016, s. 23

⁹⁵ Fabricius, 2017, s. 443

⁹⁶ Udbudslovens § 2: Ligebehandlings-, gennemsigtigheds og proportionalitetsprincippet.

⁹⁷ KFST mod Region Midtjylland, s. 12

⁹⁸ KFST mod Region Midtjylland, s. 12

⁹⁹ C-6-15, 14. juli 2016, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest

¹⁰⁰ TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, præmis 27 og 28

¹⁰¹ TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, præmis 30 og 31

¹⁰² TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, præmis 37

Da udbudsdirektivets bestemmelser om fastsættelse af tildelingskriterier, underkriterier og vægtningen ikke er ændret væsentlig i forhold til 2004-udbudsdirektivet, er det nærliggende at antage, at EU-domstolen vil fortolke udbudsdirektivet på samme måde i dag.¹⁰³ Det lader derfor ikke til, at have været lovgivers ønske at indføre skærpede krav til evalueringsmetoden i forhold til det nye udbudsdirektiv. Lovbemærkningerne til § 160 synes derfor at mangle støtte i deres antagelse om, at der skulle gælde et stærkere gennemsigthedskrav, end hvad der kan findes i Klagenævnets praksis. Region Midtjylland havde i den forbindelse i *KFST mod Region Midtjylland* gjort gældende, at det er en fejlfortolkning af gennemsigthedsprincippet og Klagenævnets praksis fra udbudslovsudvalgets side, som har medført de skærpede betingelser i § 160 i udbudsloven sammenlignet med de forpligtelser, som følger af udbudsdirektivet.¹⁰⁴

Klagenævnet konkluderede på baggrund heraf, at selvom det i lovbemærkningerne direkte fremgår, at der i modsætning til gældende praksis er et stærkere krav om gennemsigthed, som har medført en pligt til at offentliggøre evalueringsmetoder i udbudsmaterialet, så kan der ikke findes støtte til et sådant stærkere krav hverken i direktivet eller i EU-domstolens praksis.¹⁰⁵ Klagenævnet tilsidesætter således lovbemærkningerne, og konstaterer direkte, at forarbejderne er forkerte i antagelse om et stærkere gennemsigthedskrav. Dette kan tyde på, at der er sket en overimplementering ved indførelsen af § 160. Kravet om offentliggørelse af evalueringsmetoder i udbudsmaterialet står dog klart i udbudsloven, og det kan ikke antages, at det er i strid med direktivet at give tilbudsgivere flere oplysninger, end direktivet kræver.¹⁰⁶ Det kan til gengæld tale for, at kravet til beskrivelsen af evalueringsmetoden skal fortolkes indskrænkende, idet de ekstra skærpede krav i forarbejderne ikke har fundet vej til selve lovteksten, hvilket Klagenævnet ligeledes konkluderer.

3.2.3 EVALUERINGSMETODEN

Det fremgår direkte af ordlyden i udbudslovens § 160, at evalueringsmetoden skal offentliggøres, men ikke hvad begrebet evalueringsmetoden indebærer. Som nævnt tidligere er begrebet ikke defineret i udbudslovens § 24, der ellers indeholder en definition af lovens centrale begreber. Ifølge lovbemærkninger er evalueringsmetoden den systematik, som ordregiver benytter i evalueringen af tilbuddene. Derudover har ordregiver et vidt skøn til at beslutte hvilken evalueringsmetode, der skal anvendes, men beskrivelsen af metoden skal være klar.¹⁰⁷

KFST anfører, at selvom ordregiver har et vidt skøn til at beslutte evalueringsmetoden, skal dette ikke forstås således, at ordregiver efterfølgende har et skøn ved fastlæggelsen af evalueringen.¹⁰⁸ Det fremgår af lovbemærkningerne, at beskrivelsen af evalueringsmetoden skal

¹⁰³ Fabricius, 2017, s. 444

¹⁰⁴ KFST mod Region Midtjylland, s. 20

¹⁰⁵ KFST mod Region Midtjylland, s. 27 jf. C-6/15, TNS Dimarso NV, præmis 37

¹⁰⁶ Fabricius, 2017, s. 444

¹⁰⁷ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183-184

¹⁰⁸ KFST mod Region Midtjylland, s. 16

medføre, at tilbudsgivere har et grundlag for at: 1) vurdere om de vil bruge ressourcer på at udarbejde et tilbud, 2) vurdere hvordan de kan optimere deres tilbud, og 3) sikre at de efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte metode.¹⁰⁹ Ud fra forarbejderne skal ordregiver således beskrive evalueringsmetoden i detaljer, hvorfor ordregiver før modtagelse af tilbuddene blandt andet forventes at være i stand til at forudsige den faktiske kvalitet og de faktiske priser herunder markedets reaktion på udbuddet.¹¹⁰ Særligt lovbemærkningernes krav til beskrivelsen af evalueringsmetoden har medført en forholdsvis markant opstramning i forhold til fastlæggelsen og beskrivelsen af evalueringsmetoden i forhold til, hvad der fremgår af selve ordlyden af bestemmelsen. Denne fortolkning af evalueringsmetoden har KFSTs videreført i deres vejledning,¹¹¹ selvom ordlyden af udbudslovens § 160 ikke entydigt peger i denne retning. Da begrundelsen for udbudslovens § 160 har været et strengere krav om gennemsigtighed end set tidligere jf. lovebemærkningerne,¹¹² må forarbejderne og KFSTs vejledning antages at stille strengere krav til indholdet og omfanget af, hvad der offentliggøres, end hvad der kan udledes af direktivet og praksis fra EU-domstolen.

I kendelsen *KFST mod Region Midtjylland* gjorde KFST gældende, at hældningsgraden udgjorde en del af evalueringsmetoden, og at den derfor skulle oplyses i udbudsmaterialet. De udtalte i den forbindelse, at en central del af systematikken ved evalueringsmetoden er fordelingen af point under de forskellige underkriterier, hvorfor hældningsgraden skulle oplyses.¹¹³ Derudover fremgik det, at gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 160, stk. 1 varetager to overordnede formål: 1) begrænsning af ordregiverens frie valg ved evalueringen og 2) øget gennemsigtighed for de økonomiske aktører.¹¹⁴ KFST mente derfor, at begge disse formål måtte tale for, at den fulde pointmodel skulle være offentliggjort. Modsat gjorde Region Midtjylland gældende, at der hverken af ordlyden i udbudslovens § 160, stk. 1 eller af andre bestemmelser i udbudsloven kunne udledes en pligt til at foretage en udtømmende beskrivelse af evalueringsmetoden herunder den konkrete hældningsgrad.¹¹⁵ Ifølge Region Midtjylland måtte begrebet ”metode” i stedet betyde, at der er et krav til beskrivelsen af den overordnede systematik.¹¹⁶ Idet evalueringsmetoden ikke er defineret i udbudsloven, og dermed ikke er nævnt i definitionsafsnittet i udbudslovens § 24, må dette også tale for, at begrebet ikke skal fortolkes bredere end, hvad der direkte er dækning for i udbudslovens § 160.

Da udbudsloven ikke fastsætter, hvordan evalueringsmetoden skal defineres, tilsluttede Klagenævnet sig denne vurdering og konkluderede, at udbudslovens § 160 ikke skal fortolkes bredere end dens ordlyd, og hvad lovbemærkningerne derudover giver sikker dækning for.¹¹⁷

¹⁰⁹ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 2 spalte

¹¹⁰ Ottesen, 2017, afsnit: Hvad skal beskrivelsen...

¹¹¹ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (1), 2016, s. 13-18

¹¹² Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 2 spalte

¹¹³ KFST mod Region Midtjylland, s. 14

¹¹⁴ KFST mod Region Midtjylland, s. 15

¹¹⁵ KFST mod Region Midtjylland, s. 19

¹¹⁶ KFST mod Region Midtjylland, s. 19

¹¹⁷ KFST mod Region Midtjylland, s. 28

I lovbemærkningerne til udbudsloven er anført, at § 160, stk. 1 indebærer, at ordregiveren skal beskrive den systematik, som ordregiveren benytter, og at formålet med en på forhånd fastlagt evalueringsmetode er, at: 1) ordregiver ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, 2) tilbudsgivere har et bedre grundlag, når de udarbejder deres tilbud, og 3) tilbudsgiverne har mulighed for at kontrollere ordregivers evaluering. Region Midtjylland havde oplyst, at der ville blive benyttet en lineær pointmodel og herunder, at maksimumpoint ville blive givet til laveste pris og 0 point til x% over den laveste pris. De gjorde endvidere klart, at der ville blive taget højde for det forventede prisniveau samt for spredningen i de faktisk indkomne priser. Klagenævnet understregede således, at Region Midtjylland ikke havde et frit valg ved evalueringen, da de blandt andet havde bundet sig til en lineær pointmodel. De fandt heller ikke, at en på forhånd fastlagt hældningsgrad, ville give tilbudsgivere et bedre grundlag end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som på forhånd var givet. Derudover kunne tilbudsgiverne kontrollere, at Region Midtjylland havde overholdt den evalueringsmetode, som var fastsat. Ud fra dette fastslog Klagenævnet derfor, at udbudslovens § 160, stk. 1, ikke gav hjemmel til at hældningsgraden skulle angives i udbudsmaterialet.

Det må konkluderes, at Klagenævnet kun i begrænset omfang har taget forarbejderne til indtægt, og de begrænser således rækkevidden af udbudslovens § 160, og tilsidesætter det mere skærpede krav til beskrivelsen af evalueringsmetoden, som lovbemærkningerne lægger op til. KFST udtalte i den forbindelse, at kendelsen vil blive taget til efterretning,¹¹⁸ og i dag er pågældende afsnit om evalueringsmetoder blevet revideret, så vejledningen er i overensstemmelse med kendelsen.¹¹⁹ Dette har haft indflydelse på omfanget af forarbejderne til § 160, og spørgsmålet må således være, hvilken effekt dette kan have på fremtidige afgørelser inden for udbudslovens § 160.

3.2.4 PERSPEKTIVERING TIL RELATIV VURDERING VED KVALITATIVE KRITERIER

Idet det nu er blevet konkluderet, at Klagenævnet i et vist omfang har tilsidesat lovbemærkningerne til udbudslovens § 160, kan det overvejes, om dette også kan få betydning for de resterende bemærkninger til § 160. Der foretages derfor en perspektivering til en anden problemstilling i henhold til udbudslovens § 160, for at se om der gælder en mere generel tendens i forhold til forarbejderne til denne.

Som nævnt tidligere fremgår det af § 160, at ordregiver skal beskrive evalueringsmetoden, men ikke hvad dette indebærer. I lovbemærkningerne til § 160, fremgår det, at ordregiver har et vidt skøn til at beslutte, hvilken metode der anvendes.¹²⁰ Ifølge lovbemærkningerne kan ordregiver frit vælge, om tilbuddene skal evalueres relativt i forhold til hinanden både for økonomiske men også for kvalitative kriterier, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard.¹²¹ At økonomiske forhold kan vurderes efter en relativ metode, er ikke

¹¹⁸ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, 2017

¹¹⁹ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2), 2016, s. 224

¹²⁰ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 2 spalte

¹²¹ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 1 spalte

noget nyt, men idet kvalitet kan være svært at sætte op mod hinanden, blev en relativ vurdering af kvalitative kriterier ikke tidligere accepteret. En problematik kan eksempelvis være, hvis et produkt i høj grad overopfylder i forhold til ordregivers ønsker. Skal skalaen da skubbes, eller hvordan skal tilbuddene vurderes relativt i forhold til hinanden? Hvis produktet eksempelvis er lavet af guld, vil det da være et bedre produkt?

Klagenævnet har ikke tidligere accepteret en relativ vurdering af kvalitative kriterier. Dette fremgår blandt andet af Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, *Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune*, hvor de kvalitative underkriterier var kvalitetssikringssystemet, anvendelsesmuligheder, fleksibilitet og sortimentsbredde.¹²² Her var en af påstandene, at der var handlet i strid med 2004-udbudsdirektivet, idet tilbuddene fik tildelt point på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.¹²³ Klagenævnet udtalte, at tildeling af point for de kvalitative underkriterier skulle ske ud fra tilbuddenes forhold til det pågældende underkriterium og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden.¹²⁴ I denne kendelse anerkendte Klagenævnet dermed ikke en relativ vurdering af kvalitative kriterier. Det samme gjorde sig gældende i Klagenævnets kendelse af 14. februar 2008, *Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune*, hvor Klagenævnet ligeledes ikke accepterede, at kvalitative kriterier blev vurderet i forhold til hinanden.¹²⁵

Det fremgår ikke af lovbemærkningerne, hvorfor denne mulighed for en relativ bedømmelse af kvalitative underkriterier har været et ønske fra udbudslovsudvalget,¹²⁶ men der er dog flere teoretikere herunder Jesper Fabricius, som har argumenteret for, at tidligere praksis fra Klagenævnet har været fejlagtig, og at udbudslovens forarbejder er korrekte.¹²⁷ Dette kommer muligvis af, at relative vurderinger kan være nemmere at håndtere i praksis.¹²⁸ Det skal dog nævnes, at Jesper Fabricius var med i udbudslovsvalet, og derfor må antages at være forudindtaget i sine holdninger.

På baggrund af tidligere praksis i *KFST mod Region Midtjylland* synes forarbejderne at have tilføjet forhold, som går for langt i forhold til, hvad Klagenævnet sandsynligvis vil acceptere, hvilket vil tale for, at Klagenævnet vil kunne finde på at tilsidesætte forarbejderne. Klagenævnet har dog netop taget stilling til forarbejdernes fortolkningsværdi til udbudslovens § 160 i henhold til muligheden for anvendelse af en relativ vurdering af kvalitative underkriterier. I kendelsen af 18. april 2018, *A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse*, fremgik det af udbudsmaterialet, at underkriteriet pris blev bedømt på grundlag af en lineær model med maksimum 5 point til laveste pris, mens de øvrige kvalitative underkriterier skulle bedømmes efter en absolut skala fra 1 til 10 point.¹²⁹ Ordregiver udsendte efter første forhandlingsrunde et revideret udbudsmateriale, hvor den lineære

¹²² Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, s. 11

¹²³ Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, s. 2

¹²⁴ Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, s. 22

¹²⁵ Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune, s. 10

¹²⁶ Hamer, 2016, s. 565

¹²⁷ Fabricius, 2017, s. 446-447

¹²⁸ Hamer, 2016, s. 565

¹²⁹ A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse, s. 4-5

pointskala blev hævet til 10 point. Efterfølgende valgte en tilbudsgiver at klage, fordi denne mente, at ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt. ved at foretage en ændring i evalueringsmodellen. I forlængelse heraf gjorde klager endvidere gældende, at ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at anvende en evalueringsmodel, hvor pris vurderedes relativt samtidig med, at de kvalitative underkriterier vurderedes i henhold til en absolut vurderingsskala.¹³⁰ Klagenævnet gav ikke klageren medhold i nogen af påstandene, og gjorde gældende, at en ordregiver i udbudsbetingelserne frit kan vælge, om tilbuddene skal evalueres relativt i forhold til hinanden for kvalitative kriterier, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard.¹³¹ Denne kendelse underbygger dermed, at en relativ vurdering af kvalitative underkriterier accepteres, og Klagenævnet synes derfor at acceptere forarbejdernes bidrag i dette tilfælde, og går således imod tidligere klagenævnspraksis.

Udbudslovens forarbejder til § 160 synes flere steder at have indarbejdet forhold, som ikke tidligere har været understøttet hverken i udbudsdirektivet eller i praksis set i forhold til rammerne for evaluering af tilbud. Klagenævnet har i denne konkrete situation valgt at omgøre praksis vedrørende relativ vurdering af tilbud i forbindelse med kvalitative underkriterier. I denne situation bliver forarbejderne til udbudslovens § 160 dermed ikke tilsidesat.

3.2.5 OPSUMMERING

Det følger af ovenstående gennemgang, at selvom forarbejderne direkte foreskriver, at der er et stærkere krav om gennemsigtighed, hvilket har affødt udbudslovens § 160 og kravet om offentliggørelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet, så tilsidesætter Klagenævnet i et vist omfang forarbejderne i *KFST mod Region Midtjylland*. Derudover afgjorde Klagenævnet, hvad der skulle forstås ved en beskrivelse af evalueringsmetoden, ud fra bestemmelsen og lovbemærkningerne. Yderligere havde Klagenævnet også fokus på, hvad der kunne konstateres ud fra udbudsdirektivet og herunder retspraksis fra EU-domstolen, hvor der ligeledes ikke var et krav til offentliggørelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. På baggrund af dette konstaterede Klagenævnet, at der ikke gjaldt et stærkere krav om gennemsigtighed for offentliggørelsen af evalueringsmodeller end hidtidig praksis som forarbejderne lagde op til, og at § 160 ikke skulle fortolkes videre end bestemmelsens ordlyd, og hvad lovbemærkningerne gav sikker dækning for. Selvom bemærkningerne således lagde op til en skærpet fortolkning af kravet i udbudslovens § 160, så lægger denne kendelse op til, at dette ikke er tilfældet, og Klagenævnet accepterer kun i et begrænset omfang forarbejderne som et fortolkningsværktøj i denne sag.

Modsat vælger Klagenævnet i kendelsen af 18. april 2018, *A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse*, at tillægge forarbejderne en relativ stor betydning, idet muligheden for en relativ vurdering ikke fremgår direkte af udbudslovens § 160, og tilsvarende ikke stemmer overens med tidligere retspraksis. Spørgsmålet må således være,

¹³⁰ A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse, s. 2

¹³¹ A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse, s. 19

hvornår Klagenævnet vil tillægge forarbejderne betydning, og hvornår de vil tilsidesætte dem. Overordnet kan det nævnes, at begge afgørelser hælder imod en ordregivervenlig tilgang. Ved at tilsidesætte forarbejderne i *KFST mod Region Midtjylland*, gives der større spillerum til ordregiver, når evalueringsmodellen skal beskrives, og nogle af de indskrænkende forhold tilsidesættes, som forarbejderne lægger op til. På samme måde skabes der større råderum for ordregiver ved at Klagenævnet accepterer forarbejdernes mulighed for en relativ vurdering af kvalitative kriterier i *A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse*. Det kan således tyde på, at forarbejderne vil blive tillagt betydning, såfremt det skaber mere fleksibilitet for ordregiver, hvorimod de vil blive tilsidesat, såfremt de tilføjer mere indskrænkende forhold.

3.3 LH-GULVE A/S MOD REGION MIDTJYLLAND

Kendelsen af 19. juni 2017, *LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland*¹³² omhandlede Region Midtjyllands tilbudsindhentning af gulventreprise. Oprindeligt havde Region Midtjylland udbudt bygge- og anlægsarbejde som begrænset udbud, hvor LH-Gulve A/S nominelt havde givet det laveste tilbud ud af tre tilbudsgivere. Efterfølgende valgte Region Midtjylland at aflyse udbuddet, idet der i mængdeverificeringen opstod uenighed om et undergulv. Herefter iværksatte Region Midtjylland en tilbudsindhentning på gulventreprisen med henvisning til delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2. Her blev tre virksomheder opfordret til at afgive tilbud, hvoraf LH-Gulve ikke var inkluderet.

I den forbindelse valgte LH-Gulve at klage. Klagen bestod af fire påstande, hvoraf denne analyse udelukkende vil fokusere på den anden påstand, idet der her findes en uoverensstemmelse mellem forarbejderne og Klagenævnets afgørelse. LH-Gulve påstod, at delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2 kun måtte benyttes, hvis det var planlagt fra projektets begyndelse, og det samtidig var fastsat, hvordan reglen skulle anvendes.¹³³ Ud fra dette påstod LH-Gulve, at Region Midtjylland ikke kunne benytte sig af delydelsesreglen, da det ville være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Region Midtjylland bestred denne fortolkning af delydelsesreglen, idet de gav udtryk for, at udbudslovens § 8, stk. 2 kun opstiller to betingelser for anvendelsen af delydelsesreglen. Region Midtjylland argumenterede derfor for, at forarbejderne er gået for langt, og at det er imod gældende ret, at der ved begyndelsen af et projekt skal angives, hvorvidt ordregiver agtes at benytte sig af delydelsesreglen. Klagenævnet var af samme holdning som Region Midtjylland, hvorfor Klagenævnet i afgørelsen tilsidesatte det ekstra krav, som fremgår af forarbejderne.¹³⁴

3.3.1 UOVERENSSTEMMELSEN

¹³² Herefter LH-Gulve mod Region Sjælland

¹³³ LH-Gulve mod Region Sjælland, s. 11

¹³⁴ LH-Gulve mod Region Sjælland, s. 17

Udbudslovens § 8 omhandler delkontrakter, hvor hovedreglen er, at selvom ordregiver vælger at dele en kontrakt op i delkontrakter, så skal ordregiver stadigvæk overholde reglerne i udbudsloven kapitel II og III ved hver delkontrakt, såfremt den samlede værdi af delkontrakterne svarer til eller overstiger den gældende tærskelværdi jf. § 8, stk. 1. Delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2 er en undtagelsesbestemmelse til denne hovedregel i stk. 1. Her anføres det, at: 1) hvis delkontrakten er under en tærskelværdi på henholdsvis DKK 595.608 for varer eller tjenesteydelser og DKK 7.445.100 for bygge- og anlægsarbejder,^{135,136} og 2) hvis delkontrakten ikke overstiger 20% af den samlede værdi af alle delkontrakterne, så skal reglerne i udbudslovens kap. II og III ikke overholdes. Ud fra ordlyden af udbudslovens § 8, stk. 2 er der kun oplyst to betingelser for anvendelsen af bestemmelsen. Der fremgår dermed ikke et tidmæssigt perspektiv af ordlyden, og bestemmelsen regulerer derfor ikke, at ordregiver skal have planlagt at anvende delydelsesreglen inden projektets begyndelse. Ud fra en ren ordlydsfortolkning vil det betyde, at kun de to ovenstående regler skal overholdes, hvilket Klagenævnet i *LH-Gulve mod Region Midtjylland* også kom frem til. Der skal dog tages højde for andre fortolkningsbidrag herunder en fortolkning af forarbejderne, en formålsfortolkning og retspraksis.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 8, stk. 2, at da bestemmelsen er relevant på tidspunktet, hvor ordregiver vil foretage et indkøb, kan delydelsesreglen kun benyttes, hvis det fra projektets begyndelse er planlagt, hvordan delydelsesreglen skal bruges.¹³⁷ Ud fra forarbejderne står det således klart, at en tredje betingelse gør sig gældende for anvendelsen af udbudslovens § 8, stk. 2, nemlig at det fra projektets begyndelse skal være planlagt, hvorledes delydelsesreglen skal bruges. Dette er ligeledes uddybet i KFSTs vejledning, hvoraf det fremgår, at det kun er tilladt at anvende delydelsesreglen, når ordregiver fra projekts begyndelse har planlagt at anvende reglen.¹³⁸ Denne fortolkning synes dog ikke at kunne findes andre steder, hverken i tidligere praksis eller i det nye udbudsdirektivs ordlyd eller præambel. Det kan derfor tænkes, at det er det, Klagenævnet har lagt vægt på i deres afgørelse. For at få en større forståelse for Klagenævnets holdning i den pågældende afgørelse, vil der også blive foretaget en analyse af tidligere retspraksis. For at vurdere den fremtidige effekt af Klagenævnets afgørelse, vil der ligeledes foretages en perspektivering til andre dele af forarbejderne til udbudslovens § 8, da der for brugen af delydelsesreglen for rammeaftaler også fremgår yderligere krav.

3.3.2 RETSPRAKSIS

Forarbejderne til udbudslovens § 8, stk. 2 synes at indskrænke ordregivers muligheder for anvendelsen af bestemmelsen i forhold til tidligere praksis på området.¹³⁹ Det skyldes, at reglen ofte bliver brugt som en reparationsregel, hvis der senere i en større kontrakt opstår

¹³⁵ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2). 2018. Beløbene er blevet ændret pr. 1. januar 2018.

¹³⁶ Alle beløb er ekskl. moms.

¹³⁷ Forslag til udbudsloven L19, side 65, spalte 1

¹³⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2), 2016, s. 32

¹³⁹ Berg, 2016, s. 3

et behov for mindre kontrakter.¹⁴⁰ Såfremt forarbejderne skal tillægges vægt, medfører denne tredje betingelse således en ændring af praksis,¹⁴¹ hvilket kan have været lovgivers hensigt for muligvis at skabe større gennemsigtighed. Dette tyder det dog ikke på, idet der i lovbemærkningerne til udbudslovens § 8 er skrevet, at bestemmelsen er en ”*indholdsmæssig videreførelse af gældende ret*”.¹⁴² Hvis hensigten ikke har været at lave en praksisændring, synes ændringen ikke at stemme overens med, at delydelsesreglen i det nye direktiv stort set er indholdsmæssigt tilsvarende delydelsesreglen i 2004-udbudsdirektivet og 1993-udbudsdirektivet, som er de to foregående direktiver¹⁴³. Her fremgik ligeledes kun to betingelser for anvendelsen af delydelsesreglen.¹⁴⁴

Som eksempel på tidligere praksis på området, henvises til EU-Domstolens dom af 5. oktober 2000 i sag C-16/98, *Kommissionen mod Frankrig*. Denne afgørelse skete ud fra 1993-udbudsdirektivets¹⁴⁵ art. 14, stk. 10, 3. afsnit¹⁴⁶. Det fremgår af denne afgørelse, at reglerne i direktivet kan fraviges for en delydelse, hvis værdien af delydelsen ikke overstiger 1.000.000 ECU¹⁴⁷, og hvis værdien ikke overstiger 20% af arbejdets samlede værdi.¹⁴⁸ EU-Domstolen nævnte således kun de to betingelser, som også direkte fremgår af udbudslovens § 8, stk. 2. Der fremgik ingen betingelser for det tidsmæssige perspektiv af delydelsesreglen, hvorfor den tredje betingelse ikke gjaldt. Idet der ikke er sket en indholdsmæssig ændring af ordlyden af bestemmelsen eller den dertilhørende præambel, kan der argumenteres for, at der ikke bør forekomme en ændring i retspraksis på området, medmindre lovgiver har haft en konkret hensigt herom. Idet udbudsloven § 8, stk. 2 ifølge dens forarbejder, er en indholdsmæssig videreførelse af gældende ret¹⁴⁹, bør der således ikke gælde en tredje betingelse for anvendelsen af reglen, hvilket Klagenævnet også fastholder i deres tilsidesættelse af forarbejderne i *LH-Gulve mod Region Midtjylland*. Dette tyder på, at Klagenævnet i afgørelsen lagde større vægt på tidligere EU-praksis frem for udbudslovens forarbejder.

Derudover henviste Klagenævnet også til, at det fremgår af forarbejderne, at delydelsesreglen kan anvendes, når 2 betingelser er opfyldt,¹⁵⁰ og disse betingelser må således være dem der direkte fremgår af § 8, stk. 2. Klagenævnet tager på baggrund af dette heller ikke påstanden til følge med henvisning til, at det tredje krav i lovbemærkningerne til udbudslovens § 8, stk. 2 ikke fremgår af selve udbudslovens bestemmelse.¹⁵¹ Det tyder på, at Klagenævnet mener at bestemmelsen ikke skal fortolkes mere restriktiv for ordregiver, end hvad der

¹⁴⁰ Hamer, 2016, s.143

¹⁴¹ Karnov Group (1), note 37 til udbudsloven §8, stk. 2

¹⁴² Forslag til udbudsloven L19, s. 64, spalte 2

¹⁴³ Direktiv 2014/24, art. 5, stk. 10, Direktiv 2004/18, art. 9, stk. 4, litra b) og Direktiv 93/38, art. 14, stk. 10

¹⁴⁴ Arrowsmith, 2014, s. 472-473

¹⁴⁵ Direktiv 93/38 EØF

¹⁴⁶ Som er tilsvarende udbudsdirektivets art. 5, stk. 10

¹⁴⁷ Tidligere europæisk valutaenhed

¹⁴⁸ Sag C-16/98, *Kommissionen mod Frankrig*, præmis 75

¹⁴⁹ Forslag til Udbudsloven L19, s. 64, spalte 2

¹⁵⁰ Forslag til Udbudsloven L19, s. 64, spalte 2

¹⁵¹ LH-Gulve mod Region Sjælland, s. 16-17

direkte fremgår af selve bestemmelsen, og på baggrund af dette tilsidesætter Klagenævnet forarbejdernes tredje betingelse.

3.3.3 PERSPEKTIVERING TIL DELYDELSESREGLEN FOR RAMMEAFTALER

I forlængelse af *LH-Gulve mod Region Midtjylland* kan der foretages en videre analyse af delydelsesreglen i forbindelse med rammeaftaler og de afledte effekter af ovenstående afgørelse, da udbudslovens § 8 ikke skelner mellem enkeltstående kontrakter og rammeaftaler. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 8, at delydelsesreglen ligeledes finder anvendelse for rammeaftaler, såfremt betingelserne for § 8, stk. 2 er opfyldt.¹⁵² Selvom Klagenævnets kendelse *LH-Gulve mod Region Midtjylland* tager stilling til kravene for en enkeltstående kontrakt, må det antages, at retstillingen også vil finde anvendelse for rammeaftaler. Det betyder, at de to økonomiske betingelser som fremgår af ordlyden af § 8, stk. 2, skal overholdes, mens den tredje betingelse som alene fremgår af forarbejderne, formentlig ikke vil gælde. Delydelsesreglen kan dermed anvendes for rammeaftaler, når den pågældende delkontrakt er: 1) under tærskelværdierne i § 8, stk. 2, 1. pkt., og 2) den samlede værdi af delkontrakterne ikke overstiger 20% af de samlede delkontrakter jf. § 8, stk. 2, 2. pkt.

I forbindelse med overholdelsen af ovenstående anden betingelse, fremgår det dog af lovbemærkningerne til § 8, at der gælder særlige betingelser for rammeaftaler. For rammeaftaler kan betingelsen kun overholdes, hvis ordregiver ved rammeaftalens indgåelse har forpligtet sig til at aftage produkter til en bestemt værdi.¹⁵³ Denne lovbemærkning stiller således krav til, at ordregiver på forhånd skal kende til rammeaftalens størrelse, og at delydelseskontrakten skal have en værdi, der ikke overstiger 20% af den samlede værdi af det forpligtede køb. Dette må også hænge sammen med, at det fra start ønskes, at ordregiver skal fastlægge, hvorvidt denne ønsker at anvende delydelsesreglen, og kravet lader altså til at lægge sig op ad den tredje betingelse, som blev tilsidesat i *LH-Gulve mod Region Midtjylland*. Dette betyder, at der eksisterer en ekstra betingelse for ordregiver i form af fastsættelse af rammeaftalens størrelse ved udbuddet af rammeaftalen, hvis delydelsesreglen skal anvendes for rammeaftaler. Idet Klagenævnet har gjort det klart, at anvendelsen af delydelsesreglen kun skal ses i lyset af de to betingelser, som fremgår af selve bestemmelsens ordlyd, kan det diskuteres, om denne ekstra indirekte betingelse også her vil blive tilsidesat.¹⁵⁴

Det må overordnet nævnes, at rammeaftaler er kontrakter, som fastsætter vilkårene for fremtidige kontrakter, som parterne kan indgå hen over en periode.¹⁵⁵ Rammeaftaler fastsætter dog ikke den konkrete mængde, der skal købes, eller nødvendigvis hvornår der skal foretages indkøb, og derfor har rammeaftaler karakter af at være mere fleksible.¹⁵⁶ Der er således ikke en konkret, endelig forpligtelse for ordregiver til at købe bestemte mængder på

¹⁵² Forslag til Udbudsloven L19, s. 65, spalte 1

¹⁵³ Forslag til Udbudsloven L19, s. 65, spalte 1

¹⁵⁴ *LH-Gulve mod Region Sjælland*, s. 17

¹⁵⁵ Arrowsmith, 2014, s. 1101

¹⁵⁶ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 418

bestemte tidspunkter, hvilket betyder, at ordregiver kan foretage køb, efterhånden som behovet opstår.¹⁵⁷ Ved en rammeaftale har ordregiver således ikke altid nogen begrundet forventning om en mindsteomsætning inden for rammerne af aftalen.¹⁵⁸ Der fremgår også direkte af udbudsloven en definition af rammeaftaler, hvoraf det fremgår at: *”En rammeaftale indgået mellem en eller flere ordregivere og en eller flere aktører, og som fastsætter vilkårene for kontrakter, der tildeles i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig med hensyn til pris og påtænkte mængder.”* jf. udbudslovens § 24, nr. 30.¹⁵⁹ Denne definition lægger op til, at ordregiver ved rammeaftaler ikke skal forpligte sig til at købe for et forudbestemt beløb. På baggrund af denne definition af rammeaftaler, kan det virke meningsløst, at ordregiver skal fastsætte værdien af de produkter han ønsker at købe, for at klargøre i hvilket omfang denne ønsker at anvende delydelsesreglen, idet ordregiver ikke endelig har fastsat, hvad der skal købes.

Lovbemærkningerne indikerer, at delydelsesreglen kun kan benyttes, såfremt ordregiver på forhånd forpligter sig til at købe for en bestemt værdi.¹⁶⁰ Dette hænger ikke sammen med, at rammeaftaler som udgangspunkt ikke er forpligtende for ordregiver i forhold til, hvor meget ordregiver skal købe på rammeaftalen.¹⁶¹ Det må hertil nævnes, at det ofte ikke er muligt at fastlægge hensigten, for at anvende delydelsesreglen, fra starten af, idet rammeaftaler bygger på, at den endelige kontraktsum er ukendt fra begyndelsen. Det kan således savne mening, at ordregiver skal kunne fastsætte beløbet for en delydelse allerede fra starten. Dette taler for, at denne ekstra betingelse omkring fastsættelsen af kontraktsummen fra rammeaftalens begyndelse, som udelukkende fremgår af forarbejderne, vil blive tilsidesat ved en eventuel fremtidig afgørelse ved Klagenævnet, idet Klagenævnet også i *LH Gulve mod Region Sjælland* tilsidesatte en betingelse som udelukkende fremgik af forarbejderne. Dette kommer sig også af, at det vil være byrdefuldt for ordregiver med sådan en betingelse, og det vil indskrænke dennes fleksibilitet ved anvendelsen af rammeaftaler. Som set tidligere er Klagenævnet mere tilbageholdende med at acceptere sådanne forpligtelser.

3.3.4 OPSUMMERING

Klagenævnet har i kendelsen *LH-Gulve mod Region Midtjylland* tilsidesat forarbejderne til udbudslovens § 8, stk. 2, og har i stedet verificeret tidligere praksis. Af bestemmelsens ordlyd fremgår udelukkende to betingelser for anvendelsen af delydelsesreglen i udbudslovens § 8 stk. 2, mens der i forarbejderne opstilles en tredje betingelse, der tager hensyn til det tidsmæssige perspektiv ved anvendelsen af delydelsesreglen. Klagenævnet har formentlig tilsidesat denne ekstra betingelse, da den ikke fremgår af selve ordlyden, og idet

¹⁵⁷ Fabricius, 2017, s. 243

¹⁵⁸ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 419

¹⁵⁹ Som er tilsvarende udbudsdirektivets art. 33, stk. 1

¹⁶⁰ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2), 2016, s. 33

¹⁶¹ Fabricius, 2017, s. 243

udbudslovens § 8, stk. 2 viderefører gældende ret på området, som ifølge EU-Domstolens sag C-16/98 betyder, at der kun gælder to økonomiske betingelser for anvendelsen af § 8, stk. 2. Hvis en tredje betingelse om forudgående planlægning af delydelsesreglen skal opfyldes, vil det pålægge ordregiver yderligere forpligtelser for anvendelsen, og derved vil det indskrænke ordregivers muligheder. Derfor virker også denne afgørelse til at være favorabel overfor ordregiver, idet Klagenævnet tilsidesætter forarbejderne, da de opsætter ekstra betingelser for ordregiver. Derudover lader Klagenævnet også til at have mere fokus på EU-domstolens praksis, hvorfor Klagenævnet synes at tillægge EU-retlige overvejelser større betydning end forarbejderne.

Det er endnu ikke blevet afgjort, hvordan Klagenævnet forholder sig til den ekstra betingelse, der er blevet indarbejdet i forarbejderne med hensyn til anvendelsen af delydelsesreglen i forbindelse med rammeaftaler. Men på baggrund af Klagenavnets tilsidesættelse af forarbejderne i *LH-Gulve mod Region Midtjylland* kan det tænkes, at forarbejderne vil blive tilsidesat med det resultat, at ordregivers muligheder ikke indskrænkes af en tredje betingelse.

3.4 DELKONKLUSION

Ud fra analysen af ovenstående Klagenavnssafgørelser forekommer der en række fællesnævner, som synes at have betydning for Klagenavnets inddragelse af forarbejderne. For det første ses det, at Klagenævnet i tre tilfælde, i et vist omfang, har valgt at tilsidesætte forarbejderne til de pågældende bestemmelser. For det andet medfører disse tilsidesættelser, at ordregiver bliver stillet bedre i den forstand, at kravene til ordregiver synes at fortolkes mindre strengt, end hvad forarbejderne lægger op til. Ud fra dette synes der at fremkomme en form for tendens hos Klagenævnet, hvorefter udbudsloven ikke skal fortolkes mere indskrænkende, end hvad der kan forstås af bestemmelsens ordlyd, og således hvad selve bestemmelsen direkte opsætter af betingelser.

Denne tendens kan sandsynligvis begrundes i følgende to hensyn, som Klagenævnet har valgt at lægge vægt på i deres kendelser. For det første at udbudsloven i henhold til dens forarbejder skal fortolkes EU-konformt, og at Klagenævnet derfor lægger vægt på udbudsdirektivets bestemmelser og EU retlig praksis. For det andet at ordregiver ikke skal pålægges flere forpligtelser, end hvad der allerede fremgår af bestemmelsen. Dette konkluderes ud fra ovenstående analyser, hvor forarbejder, udbudsloven, udbudsdirektivet og tidligere retspraksis er blevet sammenlignet for at vurdere, hvorfor Klagenævnt synes at være af den opfattelse, at forarbejderne i disse tilfælde er gået for langt, og at de derfor ikke skal tillægges samme retsmæssige værdi som loven. Her har Klagenævnet i alle tre situationer konkluderet, at det der kan udledes ud fra udbudsdirektivet og direkte fra bestemmelserne i udbudsloven, er gældende ret.

At Klagenævnet tre gange har valgt at tilsidesætte forarbejderne, kan få en afsmittende effekt på andre bestemmelser i udbudsloven ved fremtidige afgørelser. Selvom tre kendelser ikke er et tilstrækkeligt antal afgørelser til at konkludere, at der er en sikker og klar tendens fra Klagenavnets side, synes den røde tråd i Klagenavnets afgørelser alligevel at spille en rolle

for, hvordan fremtidige fortolkninger af forarbejderne, kan forventes at falde ud. Klagenævnet synes at være mere tilbageholdende med at tillægge forarbejderne stor vægt, selvom forarbejderne er lavet for at skabe større klarhed omkring udbudsloven og dens bestemmelser. Dette kan skabe problemer i forbindelse med retssikkerheden på det udbudsretlige område, idet traditionen er, at lovens bestemmelser fortolkes i overensstemmelse med forarbejderne. Denne retstradition har Klagenævnet tilsidesat i de ovenstående tre tilfælde, uden at gøre det helt klart hvorfor de mener, at forarbejderne ikke skal bruges som retningslinje for udbudslovens bestemmelser.

Denne usikkerhed og generelle tendens i Klagenævnets afgørelser vil blive vurderet i en videre analyse af flere mulige situationer, hvor det kan tænkes, at Klagenævnet ligeledes vil argumentere for, at forarbejderne ikke er i overensstemmelse med gældende ret. I disse tilfælde vil Klagenævnet ikke have taget stilling til de konkrete sager, og udfaldet af sagerne vil derfor være ukendt, hvilket tilsvarende er tilfældet i afsnit 3.3.3 om delydelsesreglen for rammeaftaler. Nedenstående vil således bygge videre på denne analyse af, hvordan Klagenævnets afgørelser kan komme til at påvirke fremtidige afgørelser. I følgende afsnit vil Klagenævnets mulige tilsidesættelse af forarbejderne derfor uddybes med yderligere eksempler og analyser, hvilket skal danne grundlag for en vurdering af den konkrete usikkerhed i forbindelse med den nye udbudslov og konsekvenserne heraf.

4. MULIGE FORTOLKNINGSPROBLEMER I FORARBEJDERNE TIL UDBUDSLOVEN

Ovenstående analyse demonstrer, at Klagenævnet i sin foreløbige praksis med inddragelse af udbudslovens forarbejder er parat til at tilsidesætte disse, særligt hvor forarbejderne opstiller skærpede krav, som ikke kan genfindes direkte i lovteksten, og som ikke tidligere har været krav i henhold til klagenævnspraksis. En sådan afstandstagen til forarbejdernes fortolkningsværdi medfører, at der skabes usikkerhed om fremtidige kendelsers udfald, når der er tale om tilfælde lig de netop gennemgåede. Det kan således næppe udelukkes, at Klagenævnet også fremadrettet vil tilgå sådanne forhold på lignende vis, hvilket vil resultere i, at yderligere dele af forarbejdernes tilsidesættes.

Nærværende afhandling har på baggrund heraf identificeret yderligere to konkrete bestemmelser, som kan karakteriseres ved, at de specificerede forhold i forarbejderne ikke harmonerer fuldstændig med hverken lovteksten eller den forudgående klagenævnspraksis. Det er som konsekvens heraf muligt, at Klagenævnet vil undlade at tage forarbejderne tilknyttet hertil til indtægt ved eventuelle klagesager. Afsnit 4.1 behandler i den sammenhæng rammerne for vægtning af valgte underkriterier når tildelingskriteriet er ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, herunder konkret forarbejdernes supplerende krav til hvornår vægtningen skal lægges endeligt fast, når den er anført enten ved et interval eller ved prioritering. Afsnit 4.2 behandler det introducerede begreb ”periodekøbskontrakter” som alene er nævnt i forarbejderne, og afsnittet gennemgår begrebets ligheder og forskelle til den praksis, der findes vedrørende anvendelse af rammeaftaler. På baggrund af denne analyse vil det blive vurderet,

om Klagenævnets foreløbige tendens med mulig tilsidesættelse af forarbejderne kan forventes videreført, og hvilken betydning dette vil have for retssikkerheden.

4.1 VÆGTNING AF UNDERKRITERIER

Det fremgår af gældende praksis, at ordregiver skal angive vægtningen af eventuelle underkriterier, sådan at det gøres klart for tilbudsgiver, hvordan dennes tilbud vil blive evalueret. Dette krav er med til at skabe gennemsigtighed og fremgår direkte af udbudslovens § 165, der også giver mulighed for, at en sådan vægtning kan angives som et interval eller en prioriteret rækkefølge. Dette er ikke noget nyt, og har også tidligere været tilladt efter 2004-udbudsdirektivet. Forarbejderne til § 165 har dog tilføjet et nyt forhold for brugen af intervalangivne og prioriterede vægtninger, idet det fremgår, at der skal fastsættes en endelig vægtning inden tilbudsevalueringen.¹⁶² Dette krav er ikke set i tidligere praksis, og på baggrund af Klagenævnets tidligere tilsidesættelse af krav der udelukkende fremgår af forarbejderne, vil følgende afsnit foretage en analyse af disse krav og deres anvendelighed. Følgende afsnit vil belyse problemstillingen og de potentielle uoverensstemmelser der kan forekomme i forbindelse med fastsættelsen af den endelige vægtning af underkriterierne for intervalbaseret vægtning og prioriteret vægtning. Der vil blive foretaget en analyse af de hensyn som kan spille en rolle for Klagenævnets fremtidige afgørelser indenfor dette område, samt tidligere praksis. Afslutningsvis vil det blive vurderet hvorvidt Klagenævnet i et vist omfang kunne tænkes at tilsidesætte forarbejdernes.

4.1.1 FASTSÆTTELSE AF VÆGTNING AF UNDERKRITERIER

Når ordregiver har modtaget tilbud fra en række tilbudsgivere, tildeles kontrakten ud fra de tildelingskriterier ordregiver har angivet i udbudsmaterialet. Tildelingskriterierne fastsætter de forhold tilbudsgiverne konkurrerer på, modsat de krav, som de er forpligtede til at leve op til.¹⁶³ Tildeling sker igennem identificeringen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. udbudslovens § 161, stk. 1, hvilket kan ske på baggrund af følgende tre tildelingskriterier: 1) Pris, 2) omkostninger eller 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. udbudslovens § 162, stk. 1. Hvis ordregiver vælger at benytte tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet,¹⁶⁴ kan der tilknyttes en række underkriterier, som skal være forbundet med kontraktens genstand. Ordregiver har som udgangspunkt pligt til at angive en vægtning af disse underkriterier i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 165, stk. 1. Et eksempel på dette kunne være, at vægtningen er fordelt således, at prisen indgår med 50%, miljømæssige egenskaber med 40% og kvalitet med 10%. At vægtningen skal fastsættes er nødvendigt for, at gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet er opfyldt, da det ellers vil give ordregiver et for stort spillerum til frit at vælge, hvem der vinder udbuddet.¹⁶⁵

¹⁶² Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 188, 2 spalte

¹⁶³ Harmer, 2016, s. 543

¹⁶⁴ Udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 3

¹⁶⁵ Jakobsen, Poulsen, & Karlsmose-Hjelmborg, 2016, s. 531

Det klare udgangspunkt er således, at vægtningen skal fastsættes når udbudsmaterialet offentliggøres. I visse situationer kan det dog være svært at fastsætte en præcis vægtning af underkriterierne, hvis man eksempelvis ikke er helt sikker på markedet, eller hvad tilbuddene vil indeholde. Ordregiver kan i så fald vælge at angive vægtningen ved fastsættelsen af nogle passende intervaller jf. udbudslovens § 165, stk. 2. Anvendes det tidligere vægtnings-eksempel, kunne dette betyde, at vægtningen ville se således ud: pris 50-55%, miljømæssige egenskaber 35-40% og kvalitet 15-20%. Hvis en konkret vægtning ikke er muligt ud fra objektive kriterier, kan ordregiver også vælge at angive kriterierne i en prioriteret rækkefølge, jf. udbudslovens § 165, stk. 3.

Uanset det faktum, at såvel intervalangivelse som prioriteret rækkefølge er tilladt efter udbudsloven, er spørgsmålet hvornår den endelige vægtning i givet fald skal fastsættes. Det fremgår direkte af udbudslovens § 165, stk. 2 og stk. 3 at: *"Vægtningen kan angives ved fastsættelse af et passende interval,"* og *"Er vægtningen efter stk. 1 af objektive årsager ikke mulig, skal ordregiveren angive kriterierne i prioriteret rækkefølge."* Bestemmelserne konkretiserer dermed ikke, hvorvidt ordregiver skal fastsætte den endelige vægtning og hvornår. Det vil sige, at det ikke fremgår af en ordlydsfortolkning hvornår, ordregiver skal fastsætte og give tilbudsgiver besked om den endelige vægtning. Det følger imidlertid af lov-bemærkningerne til udbudslovens § 165, at fastsættelsen af denne endelige vægtning skal ske forud for tilbudsevalueringen. Mere præcist ses det i forhold til lov-bemærkningerne til § 165, stk. 2, at *"I henhold til forpligtelsen i § 160, stk. 1, hvorefter ordregiveren i udbudsmaterialet skal beskrive evalueringsmetoden, kan evalueringsmetoden ikke indeholde den specifikke vægtning, idet denne først fastlægges forud for tilbudsevalueringen"*,¹⁶⁶ og i lov-bemærkningerne til § 165, stk. 3, at: *"I disse situationer skal vægtningen fastlægges forud for tilbudsevalueringen."*¹⁶⁷ Det fremgår af KFSTs vejledning, at tilbudsevalueringen anses for påbegyndt, når ordregiver påbegynder sin vurdering af tilbuddene, og for at sikre at kravet overholdes, foreslås det af KFST, at ordregiver offentliggør den endelige vægtning på tidspunktet for tilbudsfristens udløb.¹⁶⁸ Dette må således indikere, at ordregiver pålægges at fastsætte den endelige vægtning, inden ordregiver læser de pågældende tilbud, hvilket ikke tidligere har været en forpligtelse.

4.1.2 OVERORDNEDE HENSYN

Overordnet kan man ud fra en logisk betragtning antage, at når ordregiver ikke kan fastsætte vægtningen ved udbudsmaterialets offentliggørelse i henhold til udbudslovens § 165, stk. 1, skyldes det formentlig en række ukendte forhold på markedet, som gør, at ordregiver ikke har den nødvendige viden til at fastsætte vægtningen. I disse tilfælde vil ordregiver sandsynligvis ikke være i stand til at fastsætte vægtningen af underkriterierne, inden denne kender de modtagne tilbuds indhold. Det må hænge sammen med, at ordregiver formentlig ikke er blevet klogere omkring markedet fra udbudsmaterialet udsendelse og frem til det første

¹⁶⁶ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 188, 2 spalte

¹⁶⁷ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 188, 2 spalte

¹⁶⁸ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2), 2016, s. 222

tilbud modtages. I stedet må det lige præcis være i tilbuddene, at ordregiver kan afklare eventuelle usikkerheder omkring markedet og sit behov, og herefter fastsætte den endelige vægtning. Derfor synes kravet i forarbejderne omkring den endelige vægtning, at være meget indskrænkede. Da forarbejderne således opsætter krav om en endelig vægtning inden tilbudsevalueringen, synes der ikke at være noget reelt indhold i den fleksibilitet som fremgår af § 165, stk. 2 og stk. 3.

Modsat kan man argumentere for, at en vægtning af underkriterierne er et hensigtsmæssigt instrument til at skabe gennemsigtighed for tilbudsgiver.¹⁶⁹ Ved at fastsætte en endelig vægtning efter ordregiver har modtaget tilbuddene, kan dette give større mulighed for misbrug af udbudsreglerne, ved at ordregiver kan fastsætte vægtningen til fordel for en konkret tilbudsgiver. Man kan altså argumentere for, at ordregiver får et mere frit valg, ved at denne kender til tilbuddenes indhold. Dette kan således tale for, at forpligtelsen i forarbejderne skal overholdes, for at sikre at der ikke sker misbrug og for at skabe gennemsigtighed for tilbudsgiver. Det må dog i den sammenhæng nævnes, at gennemførelsen af udbudsloven og især forarbejderne generelt lader til at have fokus på en strengere implementering af gennemsigtighedsprincippet. Dette ses blandt ved gennemførelse af den danske bestemmelse i udbudslovens § 160, om ordregivers offentliggørelse af evalueringsmetoden. Denne bestemmelse blev indført som følge af, at udbudslovsudvalget var af den holdning, at Klagenævnets praksis hidtil ikke stemte overens med direktivets krav til gennemsigtighed.¹⁷⁰ Dette kunne også tænkes at være årsagen til, at udbudslovsudvalget har indført et stærkere krav til fastsættelsen af vægtningen. Klagenævnet valgte dog i *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland*, at gøre kravet i § 160 mindre strengt end hvad forarbejderne ellers havde lagt op til. Klagenævnet fandt således ikke, at der gjaldt et stærkere krav om gennemsigtighed end hidtidig praksis.¹⁷¹ Dette kan indikere, at Klagenævnet ser mildere på krav, som udelukkende fremgår af forarbejderne, og som er imod hidtidig gældende praksis. Da forpligtelse til fastsættelse af en endelig vægtning udelukkende fremgår af forarbejderne og KFSTs vejledning, og da det ikke er noget, der tidligere er set i praksis, er spørgsmålet derfor, hvorvidt Klagenævnet vil anse dette for gældende ret, eller om man kan forestille sig, at de i et vist omfang vil tilsidesætte forarbejderne som en overfortolkning af udbudslovens § 165, stk. 2 og 3.

Helt overordnet er der således både hensyn der taler for og imod forpligtelsen i forarbejderne. Den videre analyse vil derfor undersøge gennemførelsen af bestemmelsen herunder forarbejdernes bidrag, for at se hvorvidt der synes at være sket en ændring af tidligere praksis i forhold til det nye udbudsdirektiv. På baggrund af dette vil det vurderes om Klagenævnet kunne antages at ville tilsidesætte forarbejderne.

4.1.3 INTERVALBASERET VÆGTNING

¹⁶⁹ Fabricius, 2017, s. 432

¹⁷⁰ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 183, 2 spalte

¹⁷¹ KFST mod Region Midtjylland, s. 27

Som nævnt tidligere kan ordregiver vælge, at angive vægtningen af delkriterier ved at fastsætte intervaller, jf. udbudslovens § 165, stk. 2, som er et udtryk for en implementering af udbudsdirektivets art. 67, stk. 5, afsnit 2. Selvom man fastsætter et interval, så skal dette stadigvæk fastsættes med et passende maksimalt udsving.¹⁷² Dette indebærer, at tilbudsgiver på forhånd kan identificere, hvad der vil blive lagt vægt på, hvilket betyder, at ordregiver ikke har et ubetinget frit valg.¹⁷³ Klagenævnet har tidligere udtalt, at udsving på +/- 5% er passende, samt at tildelingskriterierne ikke må skifte plads jf. kendelsen af 12. september 2008, *Master Data I/S mod Københavns Kommune*.¹⁷⁴ Dette må betyde, at det er begrænset, i hvilket omfang ordregiver frit kan vælge mellem tilbudsgivere, selvom den endelige vægtning først fastsættes efter tilbuddene er modtaget.

Hvis man ser på ordlyden af det nye udbudsdirektivs art. 67, stk. 5, afsnit 2 i forhold til den tilsvarende artikel i 2004-udbudsdirektivet¹⁷⁵, ses det, at de to bestemmelser ordret stemmer overens med hinanden. De dertilhørende præambelbetragtninger¹⁷⁶ til både det nye udbudsdirektiv og 2004-udbudsdirektivet er ligeledes tilnærmelsesvis identiske. Dette må således tale for, at der ikke er sket en ændring i anvendelsen af intervalbaserede vægtning fra det gamle til det nye udbudsdirektiv. I præambelbetragtning 90 til det nuværende udbudsdirektiv er der dog en lille materiel ændring, som i denne analyse kan have relativ stor betydning. Generelt siger både den nye og den gamle præambelbetragtning, at baggrunden for oplysningen af underkriterier og deres vægtning stammer fra ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.¹⁷⁷ I præambelbetragtning 46 til 2004-udbudsdirektiv fremgår det dog yderligere, at tilbudsgiver skal have disse oplysninger, når de skal udarbejde deres tilbud. Denne del er dog ikke gengivet i præambelbetragtning 90 i det nye udbudsdirektiv. Det har således været en konkret forpligtelse, at vægtningen skulle fastsættes i udbudsmaterialet, men lovgiver har i det nye udbudsdirektiv valgt at fjerne denne betragtning. Dette tyder altså på, at 2004-udbudsdirektivet har været strengere i sin fortolkning af art. 53, stk. 2 end det nye udbudsdirektiv. På baggrund af denne betragtning må det derfor antages, at en fortolkning af art. 67, stk. 5 vil være mildere i forhold til den tidligere tilsvarende bestemmelse, hvilket er det modsatte af, hvad udbudslovens forarbejder lægger op til.

Da bestemmelserne således er identiske, og 2004-udbudsdirektivets præambelbetragtning 90 ser ud til at have en mere streng regulering af vægtningen af underkriterier, så må tidligere retspraksis på området, kunne benyttes til en videre vurdering af nuværende lov. Dette understøttes ligeledes af det nye direktivs præambelbetragtning 89, der fastsætter, at retspraksis, der omhandler de tidligere udbudsdirektiver i relation til tildelingskriterier, fortsat kan anvendes. Det bliver tilsvarende udtrykt i lovbemærkningerne til udbudslovens § 165, at § 165 er en implementering af udbudsdirektivets art. 67, stk. 5, og at udbudsdirektivet i vidt

¹⁷² Forslag til udbudsloven LSF 19, Bemærkningerne til § 165, s. 188, 1 spalte

¹⁷³ Harmer, 2016, s. 563

¹⁷⁴ Master Data I/S mod Københavns Kommune, s. 20

¹⁷⁵ Direktiv 2004/18, art. 53, stk. 2, afsnit 2

¹⁷⁶ Hhv. præambelbetragtning 90 i direktiv 2014/24/EU og præambelbetragtning 46 i direktiv 2004/18/EF

¹⁷⁷ Hhv. præambelbetragtning 90 i direktiv 2014/24/EU og præambelbetragtning 46 i direktiv 2004/18/EF

omfang viderefører gældende ret.¹⁷⁸ På grund af dette inddrages der således retspraksis baseret på 2004-udbudsdirektivet. Heraf ses det helt generelt i Klagenævnets kendelse af 3. oktober 2008, *Creative Company A/S mod Århus Kommune*, at 2004-udbudsdirektivet ikke medførte en forpligtelse overfor ordregiver til at fastsætte den endelige vægtning af underkriterierne på et bestemt tidspunkt, jf. dennes art. 53, stk. 2, afsnit 2¹⁷⁹.¹⁸⁰ Selvom det således fremgik af præamblen til 2004-udbudsdirektivet, at oplysninger om vægtning skulle angives inden tilbudsgivers udarbejdelse af sit tilbud, lader dette således ikke til at være et krav, som har haft stor betydning i praksis.¹⁸¹ I forhold til intervalbaseret vægtning har Klagenævnet tidligere taget stilling til fastsættelsen af den endelige vægtning. Dette ses i Klagenævnets kendelse af 12. september 2008, *Master Data I/S mod Københavns Kommune*, hvor København Kommune i et begrænset udbud benyttede sig af intervaller til vægtningen af deres underkriterier.¹⁸² Her fremgik det, at København Kommune på møder den 14. og 15. november 2007 havde vurderet de indkomne tilbud og givet dem point, mens de endelige vægtninger af underkriterierne først blev udarbejdet den 11. december 2007.¹⁸³ Selvom denne kendelse byggede på adskillige påstande om overholdelsen af 2004-udbudsdirektivets art. 53, blev der dog ikke sat spørgsmålstejn ved, at den endelige vægtning først blev fastlagt, efter tilbudsevalueringen var startet. Det lader derfor ikke til, at dette var et problem men derimod gældende praksis.

Det følger således af disse kendelser, at der i tidligere retspraksis ikke har været noget krav om, hvornår den endelige vægtning skulle fastsættes for intervalbaserede vægtninger, dette er på trods af et strammere 2004-udbudsdirektiv. Bestemmelserne er ens i det nye og det gamle udbudsdirektiv, og da der samtidig ikke fremgår noget krav i præamblen i det nye udbudsdirektiv, taler dette for, at Klagenævnet ikke vil mene, at et sådan krav for intervalbaserede vægtninger er gældende baseret på EU's udbudsdirektiver. Da der videre ikke er et konkret krav i udbudslovens § 165 om, at den endelige vægtning skal fastsættes, men kravet alene fremgår af forarbejderne og af vejledningen fra KFST, kan dette således tale for, at Klagenævnet ikke vil tolke § 165 mere indskrænkende end tidligere retspraksis. Ud fra dette synspunkt kan det tænkes, at en konkret fremtidig sag vil medføre en tilsidesættelse af kravet i forarbejderne. Selvom det kan konkluderes, at Klagenævnet kan finde på at tilsidesætte forarbejderne, er der dog andre elementer, som synes at tale for, at forarbejdernes ekstra krav er berettiget. Når forarbejderne kommer med et yderligere krav, er det vigtigt, at sådanne ekstra krav er i overensstemmelse med de generelle EU-retlige principper om ligebehandling- og gennemsigtighed.¹⁸⁴ Det ekstra krav synes netop at sikre, at disse principper bliver overholdt, idet kravet gør, at ordregiver ikke har mulighed for at favorisere en konkret tilbudsgiver, og ved at den endelig vægtning bliver sat forud for tilbudsevalueringen.

¹⁷⁸ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 188, spalte 1

¹⁷⁹ Denne svarer til det nuværende udbudsdirektivs art. 67, stk. 2, afsnit 2 samt udbudslovens §165, stk. 2

¹⁸⁰ *Creative Company A/S mod Århus Kommune*, s. 13

¹⁸¹ Direktiv 2004/18/EF, Præambelbetragtning 46

¹⁸² *Master Data I/S mod Københavns Kommune*, s. 6

¹⁸³ *Master Data I/S mod Københavns Kommune*, s. 9 & s. 12

¹⁸⁴ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg, 2016, s. 55

Et videre spørgsmål er, om der kan gøres de samme betragtninger gældende indenfor området for anvendelsen af en prioriteret rækkefølge, hvor man kan forstille sig, at der er større mulighed for misbrug af reglerne, idet der her ikke er et forudsat interval, som den endelig vægtning skal være indenfor.

4.1.4 PRIORITERET RÆKKEFØLGE

Udbudslovens § 165, stk. 3 giver som nævnt tidligere endnu mere spillerum end § 165, stk. 2, da ordregiver ikke behøver at angive en vægtning af underkriterierne, men i stedet blot skal angive en prioriteret rækkefølge af underkriterierne. For at kunne benytte denne mulighed, opstilles et yderligere kriterium om, at der skal forekomme objektive årsager, som gør, at ordregiver ikke kan fastsætte en vægtning. Hvad der kan være objektive årsager, er svært at definere, idet der ikke findes eksempler fra retspraksis, hvor spørgsmålet har været behandlet.¹⁸⁵ Man kan eksempelvis forestille sig, at en prioriteret rækkefølge hovedsagelig kan anvendes, når der er tale om mere komplekse kontrakter, hvor det kan være umuligt at angive vægtning af underkriterierne.¹⁸⁶ Dette vil formentlig være, såfremt ordregiver mangler den nødvendige information fra begyndelsen af udbuddet til at sætte en fast vægtning. Det må derfor igen understreges, at ordregiver sandsynligvis ikke vil have opnået yderligere indsigt om markedet, inden ordregiver modtager sine tilbud. Ligeledes må det betyde, at bestemmelsen ikke lige så let kan benyttes, da disse objektive årsager skal være til stede. Dette medfører, at ordregiver sjældent kan favorisere en konkret tilbudsgiver og dermed misbruge denne bestemmelse.

Hvis man ser på de tidligere bestemmelser, er art. 53, stk. 2 i 2004-udbudsdirektivet ikke ordret blevet videreført til det nuværende udbudsdirektiv. I art. 53, stk. 2 er følgende anført: *”Når den ordregivende myndighed ikke mener, at der kan foretages en vægtning, og kan påvise dette, angiver den ordregivende myndighed ... kriteriernes prioriterede rækkefølge med det vigtigste først.”* I den tilsvarende bestemmelse i det nuværende udbudsdirektiv fremgår det at: *”Hvis vægtning ikke er mulig af objektive årsager, angiver den ordregivende myndighed kriterierne i prioriteret rækkefølge.”*¹⁸⁷ Bestemmelsen i det gamle direktiv havde således ikke krav om objektive årsager. Ordregiver skulle i henhold til 2004-udbudsdirektivet i stedet bevise, at der ikke kunne foretages en vægtning af kriterierne. Bestemmelsen i det gamle udbudsdirektiv er generelt mere omfattende i sin ordlyd, og den nye bestemmelse er blevet en del kortere. Det nuværende udbudsdirektiv pålægger ikke ordregiver, at skulle bevise, at en egentlig vægtning ikke er mulig, men der er til gengæld et krav om, at der skal forekomme en objektiv årsag. Ud fra en ordlydsfortolkning synes de to bestemmelser således at have to forskellige krav, dog sættes der generelt både i den nye og den gamle bestemmelse krav til ordregivers brug af en prioriteret rækkefølge. Der er kan dog fortsat ikke genfindes et krav i udbudsdirektivet om en fastsættelse af en konkret vægtning

¹⁸⁵ Harmer, 2016, s. 562

¹⁸⁶ Karnov Group (1), note 714 til udbudsloven § 165, stk. 3

¹⁸⁷ Udbudsdirektivet art. 67, stk. 5, afsnit 3

på et bestemt tidspunkt. Kravet fra forarbejderne synes således ikke være noget, som kan genfindes i EU udbudsdirektiverne.

Indtil videre har forholdet om prioriteret rækkefølge ikke været oppe til diskussion i en konkret sag, hvorfor der ikke findes retspraksis til at understøtte en eventuel konklusion på området. Dette må altså betyde, at Klagenævnet i en konkret sag, kun kan støtte sig op af udbudsloven og dens forarbejder, hvorfor en endelig vægtning altså skal fastsættes, inden der foretages tilbudsevaluering. Skulle Klagenævnet dog vælge at tilsidesætte dette krav i forarbejderne for intervalbaseret vægtning, baseret på ovenstående analyse, kan man forestille sig, at dette også vil spille en rolle for en prioriteret rækkefølge. Dette kommer sig af, at man her arbejder med komplekse kontrakter, som kan medføre en meget usikker situation, og derfor kan ordregiver have brug for ekstra viden om markedet, for at fastsætte vægtningen, og denne viden skal formentlig søges i de konkrete tilbud.

4.1.5 OPSUMMERING

Når ordregiver har valgt tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, skal tilbuddene vurderes efter en række underkriterier. Hvis en konkret vægtning ikke er muligt, kan ordregiver vælge, at vægtningen sker inden for passende intervaller, eller at der ikke sker en konkret vægtning men blot en prioritering af underkriterierne. Ved gennemførelse af udbudsloven har forarbejderne og KFST vejledning tilføjet et nyt forhold til brugen af intervalbaseret og prioriteret vægtning, som foreskriver, at ordregiver skal fastsætte en endelig vægtning inden tilbudsevalueringen. Dette er ikke i overensstemmelse med tidligere praksis, som ikke har haft et sådant krav til ordregiver. Ligeledes kan kravet ikke genfindes i den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet, som ikke har ændret sig væsentlig fra 2004-direktivet. Da Klagenævnet i tidligere afgørelser har tilsidesat krav, som udelukkende fremgår af forarbejderne, og som ikke tidligere har været en del af praksis, kan man således forestille sig, at Klagenævnet også vil være tilbageholdende med at acceptere forarbejderne til § 165 i sin helhed. Dette kan også understøttes af Klagenævnets tendens til at være ordregivervenlige og deres fokus på at være EU-konform i henhold til udbudsdirektivet. En sådan tilsidesættelse vil dog være imod det generelle danske retssystem, og da kravet i forarbejderne ikke kan siges at overtræde nogen af de EU-retlige grundprincipper om ligebehandling- og gennemsigtighed, er der ikke noget, der går imod et sådan krav. Man kan dog argumentere for at en forpligtelse til at fastsætte en endelig vægtning før tilbudsevaluering, ikke giver ordregiver mulighed for at imødekomme den usikkerhed, der formentlig gør, at denne ikke fastsætter en endelig vægtning ved udbudsmaterialets udarbejdelse.

4.2 PERIODEKØBSKONTRAKTER

Både det nye udbudsdirektiv såvel som udbudsloven indeholder opdaterede bestemmelser om rammeaftaler, der udtrykkeligt tager stilling til forhold, der tidligere har givet anledning til tvivl.¹⁸⁸ For rammeaftaler går udbudsloven dog videre end direktivet på flere punkter, og

¹⁸⁸ Byggeplads.dk, 2014

især forarbejderne til udbudsloven indeholder yderligere fortolkningsbidrag. Med disse yderligere fortolkningsbidrag opstår der mulighed for anvendelse af periodekøbskontrakter, og på baggrund af ovenstående analyse af Klagenævnets tilbageholdenhed til forarbejdernes bidrag, vil denne yderligere mulighed derfor blive analyseret. Det vurderes i forlængelse heraf, hvorvidt Klagenævnet kunne tænkes at tilsidesætte en sådan ny mulighed, når det alene fremgår af forarbejderne.

Der vil først blive foretaget en redegørelse af det retlige grundlag for periodekøbskontrakter og herunder en analyse af begrebets omfang. Dernæst vil der blive foretaget en analyse af tidligere klagenævnspraksis baseret på 2004-udbudsdirektivet og herunder en sammenligning af ordlyden af det nuværende udbudsdirektiv. Denne praksis vil derefter blive sat op imod udbudsloven, for at vurdere hvordan en fremtidig sag fra Klagenævnet kunne tænkes at falde ud. Der vil i forlængelse heraf inddrages andre hensyn i vurderingen af Klagenævnets accept af periodekøbskontrakter, med fokus på potentielt misbrug af sådanne.

4.2.1 RAMMEAFTALER OG UDBUDSLOVENS § 97

Rammeaftaler er defineret i udbudslovens § 24, nr. 30, som en aftale indgået med én eller flere ordregivere og én eller flere leverandører, hvor man fastsætter vilkårene for indgåelse af løbende kontrakter. Rammeaftaler fastsætter således ikke den konkrete mængde, eller nødvendigvis hvornår der skal foretages indkøb.¹⁸⁹ Bestemmelserne der regulerer rammeaftaler, fremgår af udbudslovens §§93-98. Heraf regulerer udbudslovens § 97 reglerne for rammeaftaler indgået med én leverandør, hvoraf det fremgår at kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen, tildeles på de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen jf. § 97, 1 pkt. Modsat fremgår reglerne for rammeaftaler med flere leverandører af udbudslovens § 98, hvoraf det følger, at kontrakter kan tildeles direkte eller ved genåbning af konkurrencen, også kaldt miniudbud.

4.2.2 BEGREBET PERIODEKØBSKONTRAKTER

Med den nye udbudslov blev der i forarbejderne til udbudslovens § 97 introduceret et nyt begreb kaldt periodekøbskontrakter eller rammekontrakter.¹⁹⁰ En periodekøbskontrakt er en rammeaftale til brug for gentagne køb, som indgås på baggrund af en allerede eksisterende rammeaftale.¹⁹¹ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 97 gør klart, at sådanne kontrakter indebærer, at ordregiver kan indgå kontrakter, der alene angiver et estimat af det forventede køb, og som ikke nødvendigvis medfører pligt til at aftage en bestemt mængde.¹⁹² Der kan således på grundlag af en rammeaftale indgås kontrakter, der har karakter af at være løbende forhold, og det minder således om indgåelse af en rammeaftale indenfor en eksisterende rammeaftale. Et eksempel på en periodekøbskontrakt kan være en aftale om levering af rengøringsmidler, hvor leverandøren forpligter sig til hele tiden at holde øje med,

¹⁸⁹ Fabricius, 2017, s. 35

¹⁹⁰ Herefter defineret som periodekøbskontrakter

¹⁹¹ Hamer, 2016, s. 168

¹⁹² Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 125, 2 spalte

hvornår lageret skal fyldes op.¹⁹³ For at anvende periodekøbskontrakter, skal det angives i udbudsmaterialet.¹⁹⁴

Da periodekøbskontrakter kun fremgår af bemærkningerne til udbudslovens § 97, må man som udgangspunkt antage, at muligheden kun gælder for rammeaftaler indgået med én leverandør. Det fremgår dog af KFSTs vejledning til udbudsloven, at periodekøbskontrakter kan indgås på grundlag af alle typer af rammeaftaler, hvilket betyder, at det også gælder for rammeaftaler med flere leverandører, ved direkte tildeling og ved miniudbud.¹⁹⁵ Selvom vejledningen ikke er direkte lovpligtig, kan man argumentere for, at det giver god mening at benytte periodekøbskontrakter for rammeaftaler med både én og flere leverandører. Det skyldes, at det kan være en fordel på rammeaftaler med flere leverandører at have mulighed for at tildele en periodekøbskontrakt til én leverandør, hvor der er tale om løbende forhold. Dette kan eksempelvis betyde, at man ikke skal ud i en genåbning af konkurrencen, hver gang der skal tildeles en ny kontrakt, såfremt der er valgt miniudbud som tildelingsform. Som KFSTs vejledning også gør klart, vil det derfor være en fordel, hvis man har et ønske om at have den samme leverandør i hele perioden for et løbende forhold.¹⁹⁶ Derudover kan man også argumentere for, at da udbudslovens § 97 omhandler direkte tildeling, og når direkte tildeling også er en mulighed for rammeaftaler med flere leverandører, så gælder periodekøbskontrakter som minimum som et alternativ til direkte tildeling for flere leverandører. Ovenstående argument kan således tale for, at der ikke skal differentieres mellem én og flere leverandører som det også fremgår af KFSTs vejledning. Omvendt kan man forestille sig, at udbudslovsudvalget har valgt kun at tillade det for rammeaftaler med én leverandør, for at sikre at der ikke sker misbrug, når der er tale om rammeaftaler med flere leverandører. Dette vil blive analyseret yderligere i nedenstående afsnit 4.2.5.

4.2.3 KLAGENÆVNETS TIDLIGERE PRAKSIS

Da periodekøbskontrakter er et nyt begreb, er der på nuværende tidspunkt ikke noget praksis, som berører disse. Det har dog tidligere efter de hidtil gældende udbudsretlige regler været tvivlsomt, hvorvidt der var mulighed for at indgå kontrakter under rammeaftaler, som havde karakter af rammeaftaler.¹⁹⁷ Klagenævnet har tidligere taget stilling til rammeaftaler indgået indenfor eksisterende rammeaftaler, og da en periodekøbskontrakt kan anses som en form for rammeaftale, har denne praksis således relevans for analysen.

I kendelsen af 27. april 2011, *Atea A/S mod Ballerup Kommune*¹⁹⁸ var der indgået en rammeaftale for multifunktionsmaskiner og printere med flere leverandører. Atea A/S samt de resterende leverandører på rammeaftalen blev indbudt til at afgive tilbud igennem

¹⁹³ Hamer, 2016, s. 168

¹⁹⁴ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 125, 2 spalte

¹⁹⁵ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2), 2016, s. 111

¹⁹⁶ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2), 2016, s. 111

¹⁹⁷ Hagel-Sørensen, 2016, s. 214

¹⁹⁸ Kendelsen blev afgjort med udgangspunkt i 2004-udbudsdirektivet

miniudbud, hvorefter Atea A/S' tilbud blev afvist for ikke at være konditionsmæssigt.¹⁹⁹ Atea A/S klagede med påstanden om, at Ballerup Kommune havde handlet i strid med 2004-udbudsdirektivets art. 32, stk. 2 ved at tildele to rammeaftaler ved et miniudbud efter art. 32, stk. 4 under den eksisterende rammeaftale, i stedet for at følge direktivets sædvanlige udbudsprocedurer jf. art. 32, stk. 2.²⁰⁰ Det fremgår af 2004-udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, at kontrakter der er baseret på en rammeaftale skal indgås i henhold til procedurerne, der fremgår af art. 32, stk. 3 og 4.

For en rammeaftale med flere leverandører fremgår det, at tildeling af en kontrakt kan ske på følgende to måder 1) enten ved direkte tildeling, på de vilkår der er fastsat i rammeaftalen, eller 2) igennem miniudbud, hvor der iværksættes en fornyet konkurrence jf. 2004-udbudsdirektivets art. 32, stk. 4.²⁰¹ Det fremgår således ikke af direktivet, at der er mulighed for at indgå en rammeaftale indenfor rammerne af en allerede eksisterende rammeaftale. Dette understregede Atea A/S, da de gjorde gældende, at KFST i en vejledende udtalelse om anvendelse af rammeaftaler d. 28. oktober 2009, havde gjort det klart, at et miniudbud skulle medføre en egentlig kontrakt, og ikke en "rammeaftale i en rammeaftale".²⁰² Klagenævnet kom frem til samme konklusion og understregede netop, at det fremgår af 2004-udbudsdirektivets art. 32, stk. 2, at kontrakter baseret på rammeaftaler skal indgås i henhold til procedurerne i direktivet.²⁰³ Det følger af 2004-udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, at tildeling for en rammeaftale med flere leverandører kan ske ved miniudbud, når ikke alle vilkår er fastsat. Klagenævnet konkluderede derfor, at ud fra sammenhængen mellem stk. 2 og stk. 4 så følger det ikke af direktivet, at der ved et miniudbud kan indgås en ny rammeaftale.²⁰⁴ De konkluderede således, at Ballerup Kommune havde handlet i strid med 2004-udbudsdirektivet ved at tildele en rammeaftale efter direktivets artikel 32, stk. 4 under en eksisterende rammeaftale, i stedet for at følge direktivets sædvanlige udbudsprocedurer som det fremgår af art. 32, stk. 2.²⁰⁵

Kendelsen kan fortolkes således, at der ikke kan indgås kontrakter på baggrund af rammeaftaler, som kun giver et cirka estimat af indkøbsmængden, altså hvor kontrakten er en form for hensigtserklæring. I stedet kan der kun tildeles kontrakter, hvor det præcis beskrives, hvad der er aftaleforpligtelsen, således at der er tale om et forpligtende køb.²⁰⁶ Klagenævnet synes således at være imod brugen af periodekøbskontrakter, og spørgsmålet er, om en lignende sag vil have modsatte udfald med udgangspunkt i den nye udbudslov grundet forarbejderne, eller om Klagenævnet kan finde på at tilsidesætte disse.

¹⁹⁹ Atea A/S mod Ballerup Kommune, s. 1-2

²⁰⁰ Atea A/S mod Ballerup Kommune, s. 2

²⁰¹ Det samme gør sig gældende i det nuværende udbudsdirektivs art. 33, stk. 4

²⁰² Atea A/S mod Ballerup Kommune, s. 7

²⁰³ Atea A/S mod Ballerup Kommune, s. 8

²⁰⁴ Atea A/S mod Ballerup Kommune, s. 8

²⁰⁵ Atea A/S mod Ballerup Kommune, s. 9

²⁰⁶ Hagel-Sørensen, 2016, s. 214

4.2.4 TIDLIGERE PRAKSIS I HENHOLD TIL UDBUDSLOVEN

Selvom *Atea A/S mod Ballerup Kommune* blev afgjort ud fra 2004-udbudsdirektivets art. 32, så kan den samme bestemmelse findes i det nye udbudsdirektivs art. 33, stk. 2, hvoraf det fremgår, at kontrakter baseret på en rammeaftale tildeles efter procedurerne i stk. 3 og 4. I udbudsloven fremgår det, at en rammeaftale skal indgås efter en af procedurerne i loven jf. udbudslovens § 95. Ordregiver skal dermed fortsat tildele kontrakter på baggrund af processerne, der fremgår direkte af loven. Spørgsmålet er således, om periodekøbskontrakter er blevet en del af disse processer.

Ligesom ved tidligere art. 32, stk. 3 og stk. 4 fremgår det af det nye udbudsdirektivs art. 33, stk. 3 og 4, at kontrakter der indgås på baggrund af rammeaftaler med én leverandør, skal ske efter vilkårene fastsat i rammeaftalen, og for rammeaftaler med flere leverandører efter de betingelser, der fremgår af rammeaftalen eller ved miniudbud. Der er således direktivmæssigt ikke sket en ændring af lovgivningen, og var sagen om *Atea A/S mod Ballerup Kommune* således baseret på en analyse af det nuværende udbudsdirektiv, ville det formentlig medføre det samme udfald. Det må dog vurderes, om gennemførelsen af udbudsloven ændrer denne retspraksis, da Klagenævnet i dag ikke skal tage udgangspunkt i det nye udbudsdirektiv.

For rammeaftaler med én leverandør er udbudslovens § 97 en implementering af udbudsdirektivets art. 33, stk. 3, og det fremgår af lovbemærkningerne, at der er tale om en videreførelse af gældende ret.²⁰⁷ Som nævnt tidligere fremgår det ikke af selve bestemmelsen, at kontrakter tildelt på baggrund af rammeaftaler indgået med én tilbudsgiver, kan tildeles via periodekøbskontrakter. Det fremgår dog, at kontrakter tildeles på de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen jf. § 97, 1 pkt. Er periodekøbskontrakter således fastsat som en tildelingsmulighed i rammeaftalen, kan dette tale for, at kontrakter godt kan tildeles som periodekøbskontrakter. Periodekøbskontrakter er dog ikke en proces, som fremgår direkte af udbudsloven, men udelukkende af forarbejderne, og det kan derfor stadigvæk diskuteres, om man overholder udbudslovens § 95, som anfører, at man skal anvende procedurerne i udbudsloven.

For kontrakter indgået på grundlag af en rammeaftale med flere aktører, kan tildeling ske efter direkte tildeling eller genåbning af konkurrencen, jf. § 98. Denne bestemmelse nævner heller ikke muligheden for periodekøbskontrakter, og bestemmelsen synes tilnærmelsesvis at være en direkte implementering af udbudsdirektivet. Derudover fremgår det ikke af forarbejderne til udbudslovens § 98, at periodekøbskontrakter er en mulighed. Da bestemmelserne i udbudsdirektivet vedrørende rammeaftaler indgået med flere leverandører ikke er ændret siden Klagenævnets afgørelse på området, taler dette således for, at en lignende sag vil føre til samme udfald, og at periodekøbskontrakter derfor ikke er en mulighed for rammeaftaler med flere leverandører.

²⁰⁷ Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 125, spalte 2

4.2.5 MISBRUG AF PERIODEKØBSKONTRAKTER

Hvis man ser på EU's tidligere regler for brugen af rammeaftaler, har lovgiver været skeptisk over for brugen af disse, grundet en øget risiko for at udnytte rammeaftaler til at omgå forbuddet mod nationalitetsbetinget forskelsbehandling.²⁰⁸ Dette er problematisk, da en omgåelse af forbuddet mod nationalitetsbetinget forskelsbehandling er en central del af ligebehandlingsprincippet. Dette kan eksempelvis ske ved, at ordregiver indgår en rammeaftale med både udenlandske og nationale leverandører, men ved konkrete træk på rammeaftalen favoriseres de nationale leverandører.²⁰⁹ At periodekøbskontrakter øger mulighederne for at omgå ligebehandlingsprincippet, kan således tale imod brugen af periodekøbskontrakter. Det skyldes, at man indenfor en rammeaftale, kan tildele en periodekøbskontrakt til én leverandør, for herefter at lade dem levere flere ydelser, i stedet for at man ved hvert træk skal tildele på baggrund af miniudbud, og man kan således favorisere en tilbudsgiver.

Yderligere kan man forestille sig, at der nemt kan opstå misbrug af rammeaftaler igennem periodekøbskontrakter i forbindelse med rammeaftalers løbetid. Det fremgår af udbudslovens § 95, stk. 2, at den maksimale løbetid for rammeaftaler som udgangspunkt er fire år. I forlængelse heraf følger det af lovbemærkningerne til udbudslovens § 97, at der gælder de samme regler vedrørende løbetiden for periodekøbskontrakter, som der gør for rammeaftaler.²¹⁰ En periodekøbskontrakt kan dermed fortsat være gældende efter en rammeaftale udløber. Dette giver ordregiver mulighed for indirekte at forlænge en rammeaftale med fire år, hvis ordregiver vælger at lave en periodekøbskontrakt ved slutningen af rammeaftalens løbetid. Dette er misbrug, som både kan opstå for rammeaftaler med én eller flere leverandører. Man har herved mulighed for at omgå reglerne om rammeaftalers løbetid, og undgå at skulle udbyde en ny rammeaftale, og dermed bibeholde den valgte leverandør.

Selvom mulighederne for misbrug af rammeaftaler er store, synes skepsissen for rammeaftaler dog at være aftaget lidt med det nye udbudsdirektiv, hvor det fremgår af præambelbetragtning nr. 60 til udbudsdirektivet, at *"rammeaftaler er blevet anvendt i stor udstrækning og anses for at være en effektiv indkøbsteknik i hele EU"*. Denne aftagne skepsis kan således tale for, at man vil tillade mere indenfor rammeaftaler, og at periodekøbskontrakter derfor er inden for, hvad der burde tillades. Det fremgår dog også af samme præambelbetragtning såvel som forarbejderne til udbudslovens § 95²¹¹, at ordregiver ikke må misbruge rammeaftaler eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes.²¹² Periodekøbskontrakter må således fortsat ikke benyttes til at misbruge rammeaftaler, til blandt andet at forskelsbehandle eller forlænge rammeaftaler som eksemplificeret ovenfor. Misbrug af rammeaftaler er dog svært at påberåbe sig i praksis.²¹³ Et eksempel på dette ses i kendelse af 26. september 2011, *TDC A/S mod Økonomitstyrelsen*, hvor TDC

²⁰⁸ Fabricius, 2017, s. 244

²⁰⁹ Fabricius, 2017, s. 244

²¹⁰ Forslag til udbudsloven LSF 19, Bemærkningerne til § 97, s. 125, spalte 2

²¹¹ Tidligere art. 32, stk. 2. i 2004 direktivet

²¹² Forslag til udbudsloven LSF 19, s. 124

²¹³ Karnov Group (1), note 425 til udbudsloven § 95

hævdede, at Økonomistyrelsen havde anvendt rammeaftaler i strid med forbuddet mod konkurrencepåvirkning.²¹⁴ Her konkluderede Klagenævnet, at der ikke var noget der understøttede, at rammeaftalens snævre markedsdefinition havde en konkurrencepåvirkning.²¹⁵ Det kunne dermed ikke påvises, at rammeaftalen var blevet brugt til at forskelsbehandle, og at der dermed var sket en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Idet misbrug af rammeaftaler kan være svært at påvise, kan dette være et argument for, at Klagenævnet stadigvæk vil være påpasselig med, hvad der tillades i henhold til rammeaftaler. Øget risiko for misbrug af rammeaftaler er derfor et hensyn der igen kan tale for, at Klagenævnet ikke vil acceptere brugen af periodekøbskontrakter.

4.2.6 OPSUMMERING

Forarbejderne til udbudslovens § 97 har tilføjet muligheden for periodekøbskontrakter, som hverken fremgår af udbudsdirektivet eller af ordlyden af udbudslovens § 97. Klagenævnet har i tidligere praksis i *Atea A/S mod Ballerup Kommune* underkendt ”rammeaftaler i rammeaftalen” for kontrakter, der tildeles igennem miniudbud, idet proceduren ikke fremgår af udbudsdirektivet. Hverken ordlyden af udbudsdirektivet eller formålet med bestemmelsen er væsentligt ændret, og udbudsloven har i det store hele implementeret direktivets bestemmelser. Det må derfor konkluderes, at især for rammeaftaler med flere leverandører findes der begrænset støtte for brugen af periodekøbskontrakter, da det hverken fremgår af udbudslovens § 98 eller forarbejderne hertil men udelukkende af KFST vejledning. Klagenævnet har tidligere i *KFST mod Region Midtjylland* udtalt, at forarbejderne ikke skal inddrages i videre omfang, end hvad der er konkret dækning for. Idet forarbejderne ikke direkte nævner noget om muligheden for periodekøbskontrakter for rammeaftaler med flere leverandører, kan man således forestille sig, at Klagenævnet ikke vil være enig med KFSTs vejledning, og at Klagenævnet vil tilsidesætte denne mulighed.

For rammeaftaler med en enkelt leverandør er situationen mere nuanceret, idet bemærkningerne til udbudslovens § 97 inddrager periodekøbskontrakter, og der er samtidig ikke taget stilling til sådanne rammeaftaler i praksis. Muligheden fremgår dog ikke af ordlyden af § 97, og da Klagenævnet netop lagde vægt på, at procedurerne skulle fremgå af direktivet i *Atea A/S mod Ballerup Kommune*, må det tale for, at de heller ikke vil acceptere periodekøbskontrakter for rammeaftaler med én leverandør. Endvidere udviser EU stadig en vis skepsis overfor rammeaftaler, grundet muligheden for misbrug af rammeaftaler til at omgå de udbudsretlige principper. Periodekøbskontrakter kan misbruges ved, at ordregiver indgår en periodekøbskontrakt inden den oprindelige rammeaftale udløber, og derved udvides en rammeaftales løbetid udenom genudbyd. Derudover kan man ved rammeaftaler med flere leverandører undgå at skulle ud i et miniudbud, hver gang man har lignende ydelser. Man kan således i et vist omfang tilsidesætte procedurerne for tildeling.

Forarbejderne lægger således op til en udvidet fortolkning af ordregivers muligheder indenfor rammeaftaler, selvom dette ikke kan genfindes i udbudsdirektiverne eller tidligere

²¹⁴ TDC A/S mod Økonomistyrelsen, s. 2

²¹⁵ TDC A/S mod Økonomistyrelsen, s. 28

praksis. Grundet Klagenævnets fokus på at fortolke udbudsloven EU konformt jf. ovenstående analyse i afsnit 3, kan man forestille sig, at Klagenævnet vil være af den holdning, at forarbejderne er gået for vidt i deres fortolkning af ordregivers muligheder. Omvendt har Klagenævnet udvist en tendens til at være ordregivervenlige, og dette kan således tale for brugen af periodekøbskontrakter. Spørgsmålet må således være, hvilke hensyn Klagenævnet vægter højest, og om dette kan føre til en tilsidesættelse af forarbejderne. Dette kan der kun drages spekulationer om, og muligheden for brug af periodekøbskontrakter synes således at befinde sig i en gråzone.

4.3 DELKONKLUSION

For at opnå en dybere forståelse af de mulige usikkerhedsmomenter i udbudsloven, er områder, hvori forarbejderne skaber selvstændige krav og muligheder, blevet analyseret for at undersøge, hvorvidt dette kan understøtte en generel usikkerhed af udbudslovens anvendelse. To områder blev udvalgt, baseret på de ekstra krav og muligheder der udelukkende fremgår af forarbejderne.

Det første område er vægtning af underkriterier, hvor det fremgår af forarbejderne, at der ved anvendelsen af intervaller eller prioritering, er et krav om, at der skal fastsættes en endelig vægtning af underkriterier inden tilbudsevalueringen. Dette fremgår, hverken af bestemmelsen i udbudsloven, af udbudsdirektivet eller af tidligere retspraksis. Det ses her, at forarbejderne synes at pålægge ordregiver ekstra krav, med argumentet om at skabe mere gennemsigtighed for tilbudsgiver. Dette synes også at være begrundelsen bag de ekstra krav, der fremgår af ovenstående afgørelser i afsnit 3, hvor Klagenævnet netop valgte at tilsidesætte disse krav i forarbejderne. Derfor kan man forestille sig, at Klagenævnet vil have fokus på samme hensyn, såfremt dette bliver bragt op i en konkret sag, og at forarbejderne derfor i et vist omfang kan blive tilsidesat. En sådan tilsidesættelse vil ligeledes være til fordel for ordregiver, idet det vil skabe mere fleksibilitet, og Klagenævnet har tidligere vist en tendens i denne retning.

Forarbejderne tilknyttet udbudslovens regulering af rammeaftaler går dog i modsatte retning, ved at give ordregiver flere muligheder. Det fremgår af forarbejderne, at ordregiver kan anvende periodekøbskontrakter, hvilket er til fordel for ordregiver, idet det øger deres fleksibilitet. Forarbejderne synes derfor at have udvidet ordregivers muligheder for rammeaftaler, og dette kan således tale for, at Klagenævnet vil acceptere sådanne aftaler, da Klagenævnet tidligere kun har valgt at fravige forarbejderne, når disse har forsøgt at indskrænke ordregivers muligheder. Modsat har Klagenævnet også vist, at de har fokus på at reglerne i udbudsloven, skal være i overensstemmelse med EU-retten, og har udtalt, at reglerne ikke skal fortolkes yderligere, end hvad der direkte fremgår af bestemmelserne. Der opstår en udvidet mulighed for misbrug, ved at tillade periodekøbskontrakter, og muligheden fremgår hverken af udbudsdirektivet eller direkte af bestemmelserne i udbudsloven. Klagenævnets to tendenser går således i hver sin ret, hvorfor en Klagenævnsafgørelse inden for periodekøbskontrakter kan være svær at spå om, og dette skaber således også en usikkerhed.

Samlet set lader det således til, at også andre områder i udbudsloven kan skabe grobund for tvivl om fortolkningen af bestemmelserne i forhold til hvad forarbejderne lægger op til. Dette skaber således en usikkerhed i fortolkningen af udbudsloven, hvilket er det modsatte af, hvad det oprindelige formål har været med udbudsloven. Dette gør det således sværere for parterne at forudsige deres retsstilling, og kan svække retssikkerheden, idet man både som ordregiver og tilbudsgiver kan være usikker på, hvad der er gældende ret. Denne usikkerhed skaber en række afledte effekter både for ordregiver og tilbudsgivere, hvorfor dette vil være fokus for den videre analyse i afsnit 5. Det vil således blive undersøgt, hvilke konsekvenser en svækket retssikkerhed vil medføre.

5. KONSEKVENSER

Lovgivning er til for at regulere beslutninger i usikre omgivelser og kan derfor ofte skabe sikkerhed og større forudsigelighed. Selvom hensigten er at skabe sikkerhed, kan lovgivningen dog også have den modsatte effekt, hvorved der i stedet skabes usikkerhed. Dette er sket ved gennemførelsen af den nye udbudslov i henhold til Klagenævnets ubeslutsomhed omkring brugen af lovens forarbejder. Hensigten med udbudsloven er at skabe større fleksibilitet, klarhed og forenkling, men som følge af ovenstående analyse i afsnit 3 og 4, er det konkluderet, at der er flere områder, hvor gennemførelsen har skabt større usikkerhed. Det skyldes Klagenævnets modstridende fortolkninger samt andre usikre forhold i forarbejderne. Det har medført en svækkelse af retssikkerheden på udbudsområdet, idet ordregiver og tilbudsgiver ikke kan forudse deres retsstilling. Det kan resultere i en række konsekvenser for både tilbudsgiver og ordregiver, hvorfor dette vil blive analyseret.

Der vil i afsnit 5.1 blive foretaget en analyse af de lovgivningsmæssige konsekvenser, der opstår som følge af udbudsloven, for at kunne relatere disse effekter til de økonomiske konsekvenser. De efterfølgende afsnit har fokus på en analyse af de mikroøkonomiske konsekvenser, som opstår, når der er en øget usikkerhed på markedet. Afsnit 5.2 vil analysere tilbudsgivers investeringsbeslutninger i forhold til offentlige udbud, herunder hvordan en øget risiko påvirker sådanne beslutninger. I forlængelse heraf vil effekten på markedsstrukturen blive analyseret i afsnit 5.3, og derefter vil der i afsnit 5.4 blive foretaget en analyse af, hvordan den øgede risiko og en ændring i markedsstrukturen vil påvirke prisen på markedet. De forskellige økonomiske teorier har afledte konsekvenser, hvorfor de kan forstærke hinandens effekter, de bygger dog også på forskellige antagelser, hvorfor der også vil være nogle uoverensstemmelser mellem de forskellige teorier.

5.1 LOVGIVNINGSMÆSSIGE KONSEKVENSER

Hvis ordregiver ikke har en klar forståelse af, hvad der er tilladt i henhold til udbudsloven, eksempelvis hvorvidt han må benytte periodekøbskontrakter, kan det medføre en overtrædelse af udbudsreglerne. Sker der en overtrædelse af udbudsreglerne, behandles dette i

henhold til kontroldirektiverne og klagenævnnsloven²¹⁶, hvis formål er at sikre en hurtig og effektiv behandling af klager.²¹⁷ En overtrædelse af udbudsloven kan medføre en række forholdsregler.

Det følger af kontroldirektiverne, at der kan træffes midlertidige foranstaltninger til afbrydelse af udbuddet, indtil klagesagen er gennemført. Dette fremgår af klagenævnnslovens § 13, stk. 1, nr. 1, hvorefter Klagenævnet kan suspendere ordregivers udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med udbuddet. Derudover regulerer klagenævnnslovens § 12 Klagenævnets muligheder for opsættende virkning, hvorefter ordregiver må standse udbuddets videre forløb og afvente Klagenævnets endelige afgørelse.²¹⁸

Derudover kan Klagenævnet vælge at annullere ordregivers ulovlige beslutninger eller udbud jf. klagenævnnslovens § 13, stk. 1, nr. 2. Dette kan eksempelvis komme på tale ved en overtrædelse af udbudslovens generelle principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.²¹⁹ Retsvirkningen af annulation afhænger af, hvorvidt der er indgået en kontrakt på tidspunktet for Klagenævnets afgørelse. Såfremt kontrakten ikke er indgået, vil retsvirkningen afhænge af, hvilke af ordregivers beslutninger der annulleres. Er kontrakten derimod indgået, vil ordregiver som udgangspunkt være forpligtet til at bringe kontrakten til ophør jf. udbudslovens § 185, stk. 2. Dette kræver, at klager har søgt muligheden for at få en indgået kontrakt erklæret uden virkning, og at der ikke er tale om særlige forhold, som gør, at kontrakten skal videreføres.²²⁰ Dette kan eksempelvis være i tilfælde, hvor kontraktens ophør vil stride imod samfundsmæssige interesser såsom den offentlige sikkerhed.

Klagenævnet har i henhold til klagenævnnslovens §§ 16-17 også ret, og i visse tilfælde pligt, til at erklære en allerede indgået kontrakt for uden virkning, såfremt det er proportionalt.²²¹ Såfremt klagenævnnslovens regler omkring uden virkning finder anvendelse, afskærer dette dog muligheden for anvendelse af udbudslovens § 185, stk. 2. Hvis der ikke er pligt til at erklære en kontrakt for uden virkning, skal Klagenævnet pålægge ordregiver en økonomisk sanktion jf. klagenævnnslovens § 18 stk. 2, jf. §§ 19 eller 20. Det fremgår ikke udtrykkeligt af kontroldirektiverne eller klagenævnnsloven og dens forarbejder hvad uden virkning indebærer. Af lovmotiverne til klagenævnnslovens § 18, fremgik det, at én af følgerne af, at en kontrakt må anses som uden virkning, er, at kontrakten ikke længere kan håndhæves af parterne.²²² Denne del af bemærkningerne til § 18 udgik dog i høringsudgaven, men det kan stadigvæk indikere, hvad lovudvalget havde i tankerne omkring begrebet. Uden virkning er ikke det samme som ugyldighed, idet uden virkning muliggør, at kontrakten stadig oprettholdes, men at den kan erklæres hel eller delvis uvirksom. Derudover erklæres kontrakten alene uden virkning med virkning for fremtidige leverancer jf. 18, stk. 1. Dette indebærer således, at når en kontrakt er erklæret uden virkning, må ordregiver ikke modtage yderligere

²¹⁶ Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for udbud, LBK nr. 593 af 02/06/2016

²¹⁷ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjemlborg, 2016, s. 625

²¹⁸ Fabricius, 2017, s. 808-809

²¹⁹ Fabricius, 2017, s. 822

²²⁰ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjemlborg, 2016, s. 645

²²¹ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjemlborg, 2016, s. 647

²²² Karnov Group (2), note 131 til klagenævnnslovens § 18

leverancer i henhold til kontrakten.²²³ Idet uden virkning ikke er endeligt defineret, må de endelige retsvirkninger fastlægges i praksis.²²⁴

En overtrædelse af udbudsreglerne kan således medføre, at et udbud bliver ophævet på baggrund af forskellige retslige virkninger, og at ordregiver således må lade et udbud gå om. Dette er ikke omkostningsfrit, og vil således være en ulempe for både ordregiver og tilbudsgiver. At udføre en markedstransaktion vil altid medføre en række omkostninger. For ordregiver kræver det blandt andet omkostninger at fastlægge vilkårene for kontrakten og udarbejde udbudsmaterialet, at gennemføre forhandlinger og tildeling af kontrakten samt sikre at kontraktens vilkår overholdes.²²⁵ Det er således ikke kun prisen for en ydelse, som spiller en rolle for ordregiver, men også transaktionsomkostningerne. Det fremgår af en undersøgelse²²⁶, at gennemførelsesomkostningerne af en offentlig kontrakt kan koste op til 12,36 % af kontraktværdien for ordregiver.²²⁷ Dette er derved omkostninger, som ordregiver, ikke vil få igen, hvis denne taber udbuddet, og de kan altså have stor betydning for ordregiver. Det må således også betyde, at et eventuelt genudbud vil medføre, at disse omkostninger forøges, idet visse transaktionsomkostninger vil blive gentaget såsom et nyt kontraktudkast, der lever op til loven samt nye forhandlinger. De lovgivningsmæssige konsekvenser påvirker også den vindende tilbudsgiver ved, at denne mister sin kontrakt såfremt udbuddet bliver annulleret. Det er altså ikke nok, at tilbudsgiver vinder et tilbud, for at være sikret et afkast, da en senere afgørelse fra Klagenævnet kan medføre en ophævelse af kontrakten, enten hele kontrakten eller måske dele heraf. Det vil derfor også medføre, at de omkostninger tilbudsgiver har ved at udvikle et tilbud og gennemføre udbudsprocessen, går til spilde. Det ses dermed, at en usikker retstilstand medfører større usikkerhed om, hvorvidt en kontrakt kan gennemføres, og dermed om en investering i et udbud kan betale sig. Dette vil blive undersøgt nærmere i nedenstående afsnit.

5.2 RISIKOFYLDTE INVESTERINGER

At deltage i et udbud er for den enkelte tilbudsgiver en investering, og tilbudsgiver bør derfor inden hver tilbudsafgivning overveje, om det pågældende udbud er en god investering. Ud fra en helt simpel model bør tilbudsgiver vurdere, hvor meget investeringen bliver værd set i forhold til, hvad det koster at investere, samt hvad investeringen giver i afkast.²²⁸ En god

²²³ Fabricius, 2017, s. 849

²²⁴ Uden virkning vil ikke uddybes yderligere i denne afhandling. For en dybere gennemgang henvises til ”Ændringsdirektiv 2007/66/EF – En juridisk og økonomisk analyse af retsstillingen før og efter implementeringen”, Kandidatafhandling af Jesper B. Christiansen & Chris R.H. Jacobsen

²²⁵ Petersen & Bækkeskov, 2015, s. 11 -12

²²⁶ Petersen & Bækkeskov, 2015: Denne undersøgelse bygger på en analyse af 79 cases (s. 17) og er således ikke i sig selv et repræsentativt udtryk for ordregivers generelle udbudsomkostninger, men skal i stedet bidrage til en general forståelse af størrelsen på ordregivers transaktionsomkostninger.

²²⁷ Petersen & Bækkeskov, 2015, s. 22

²²⁸ Dixit & Pindyck, 1993, s. 28

investering vil være det tilfælde hvor afkastet for investeringen, er større end omkostningerne forbundet med investeringen. Dette kan illustreres på følgende måde:

$$V = -C + x \quad (1)$$

Her er V værdien af investeringen, C er de omkostninger, der er forbundet med investeringen, og x er afkastet af investeringen. Dette er den mest simple metode, hvorpå en tilbudsgiver kan vurdere, hvorvidt de skal investere i et projekt eller ej. Der foretages ikke en nutidsberegning, da det i afhandlingen antages, at der ved offentlige udbud, kun er tale om ét samlet afkast forbundet med det vundne udbud, og ikke flere fremtidige afkast, hvorfor der ikke skal ske en tilbagediskontering.²²⁹

Problemet med denne metode er dog, at den ikke tager højde for eventuelle usikkerheder forbundet med en investering. For tilbudsgiver vil der være flere usikkerheder og risikoelementer, der skal tages højde for i en investeringsbeslutning. En gennemgående usikkerhed er, at der ofte er mere end én tilbudsgiver, som deltager i et udbud, hvilket gør, at tilbudsgiver ikke kan være sikker på at vinde udbuddet. Denne usikkerhed kan den enkelte tilbudsgiver ikke fjerne, men de kan minimere usikkerheden ved at have en stor viden omkring markedet og konkurrenterne. Derudover kan de sammensætte deres tilbud, så det på bedst mulig måde matcher de evalueringskriterier, der er opsat i udbudsmaterialet. Som konkluderet i ovenstående afsnit 3 og 4, er der også opstået en usikkerhed indenfor udbudsloven som følge af Klagenævnets tvivlsomme forhold til udbudslovens forarbejder. En usikker retstilstand vil medføre, at der er flere ukendte faktorer, som vil spille en rolle, når investeringsbeslutningen skal tages. Disse usikkerheder er sværere at gardere sig imod, idet det er svært for tilbudsgiver selv at foretage foranstaltninger for at mindske usikkerheden. Det medfører således, at en investering, som i et vidt omfang allerede er risikofyldt, bliver mere risikabel på grund af en usikker retstilstand.

Begge disse elementer af usikkerhed skal inddrages i tilbudsgivers overvejelser, når det vurderes, hvorvidt deltagelse i et udbud er en god eller dårlig investering, hvorfor ovenstående metode ofte ikke vil give et retvisende svar, hvorfor andre metoder skal tages i brug. Nedenstående afsnit 5.2.1 vil derfor være en analyse af risikofyldte investeringer, med fokus på de konsekvenser en usikker retstilstand medfører. Dette vil blive inddraget i en videre analyse i afsnit 5.2.2 af tilbudsgivers nytte ved at byde på et konkret udbud.

5.2.1 RISIKO SOM EN DEL AF INVESTERINGSBESLUTNINGEN

Når der ses på risikofyldte investeringer, skal der ikke kun tages højde for investeringens afkast, men også udefrakommende faktorer såsom andre tilbudsgivers forhold og en svækket retstilstand. Dette vil medføre en general usikkerhed om, hvordan et udbud vil forløbe, både i forhold til hvem der vinder udbuddet, men også om kontrakten efterfølgende har stor

²²⁹ Der kan være tilfælde, hvor der er tale om løbende afkast eksempelvis i forbindelse med rammeaftaler eller ved månedlige betalinger for erlagte ydelser, hvorfor der i en sådan situation ville skulle foretages en tilbagediskontering, idet der i så fald skal tages højde for inflationsraten. For at simplificere vil det gennemgående eksempel i afhandlingen dog være en enkeltstående betaling.

sandsynlighed for at blive ophævet. I følgende analyse vil der derfor tages udgangspunkt i det forventede samlede afkast for investeringen, hvor der tages højde for, at en investering ikke altid ender med et godt udfald.

I denne kontekst vil en god investering være det tilfælde, hvor den pågældende tilbudsgiver vinder udbuddet og leverer sin ydelse, uden at der opstår problemer som følge af en usikker retstilstand, eksempelvis hvis udbuddet annulleres. Modsat vil en dårlig investering være det tilfælde, hvor tilbudsgiver har brugt udgifter og ressourcer på at udvikle et tilbud, som ikke vindes eller bortfalder grundet udefrakommende faktorer. Omdrejningspunktet er dermed om det, med denne usikkerhed taget i betragtning, kan svare sig for tilbudsgiver at investere. For at undersøge dette skal risikoen inkorporeres i investeringsanalysen.²³⁰ Når der er to mulige udfald af en investering, kan det forventede afkast af investeringen vises på følgende måde:

$$E(x) = -C + px_{god} + (1 - p)x_{dårlig} \quad (2)$$

Her er $E(x)$ det forventede samlede afkast, som på tilsvarende vis som ovenstående V i ligning (1) viser, om der er tale om en god eller dårlig investering. p er sandsynligheden for et godt udfald, x_{god} er afkastet for det gode udfald, og $x_{dårlig}$ er afkastet for det dårlige udfald. C er de omkostninger, den pågældende tilbudsgiver bruger til at udvikle tilbuddet, lave prototyper, gennemføre forhandlinger mv. Det er således faste transaktionsomkostninger, som tilbudsgiveren vil have, uanset om denne vinder udbuddet eller ej.²³¹ Disse skal der derfor også tages højde for i investeringsbeslutningen. Det samlede afkast for et godt udfald er dermed $x_{god} - C$, og det samlede afkast for et dårligt udfald er $x_{dårlig} - C$, hvilket vil betyde, at tilbudsgiver vil få et negativt afkast svarende til de faste transaktionsomkostninger, som ikke kan genvindes. For at der er tale om en god investering, skal det forventede afkast derfor være større end de faste omkostninger, hvilket kan illustreres på følgende måde:

$$px_{god} + (1 - p)x_{dårlig} > C \quad (3)$$

For at risikoen kan inkorporeres i praksis, skal tilbudsgiver kende sandsynligheden for et godt udfald. Dette vil tilbudsgiver ofte ikke have kendskab til, da denne eksempelvis ikke kan være sikker på, hvor mange aktører der vælger at deltage i et udbud. Derudover er det svært at fastsætte hvor meget sandsynligheden for et godt udfald vil falde som følge af en usikker retstilstand, hvorfor det ikke er muligt at fastsætte en præcis sandsynlighed. Der er to former for sandsynlighed: objektiv og subjektiv sandsynlighed.²³² Objektiv sandsynlighed er baseret på en række begivenheder, hvorefter det udregnes, hvor ofte det falder til den ene eller den anden side. Subjektiv sandsynlighed fastsættes til gengæld ud fra tilbudsgivers holdninger og erfaring. For en tilbudsgivers deltagelse i et udbud, vil sandsynligheden for et godt udfald ofte blive fastsat ud fra subjektive faktorer. Der vil dog i den videre analyse ikke

²³⁰ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s 545

²³¹ Petersen & Bækkeskov, 2015, s. 11

²³² Pindyck & Rubinfeld, 2013

skelnes mellem objektiv og subjektiv sandsynlighed,²³³ da det antages at alle sandsynligheder er objektive, idet dette er en betingelse for nedenstående anvendte von Neumann-Morgenstern nytte model i afsnit 5.2.2.²³⁴ Selvom der ikke kan fastsættes en specifik sandsynlighed for, hvorvidt tilbudsgiver vil vinde eller tabe et udbud, bruges investeringsteorien til teoretisk at vise, hvordan tilbudsgiver kan indarbejde usikkerhed i deres investeringsbeslutning. Derudover giver nedenstående model også mulighed for at illustrere konsekvenserne ved henholdsvis større og mindre usikkerhed på markedet.

5.2.2 DEN FORVENTEDE NYTTE

For en videre analyse af retsusikkerhedens indflydelse på tilbudsgivers investeringsbeslutning anvendes von Neumann-Morgenstern nyttemodellen til at vurdere, hvorvidt en investering synes lønsom eller ej. John von Neumann og Oskar Morgenstern udviklede i 1940'erne en økonomisk teori med hypotesen om, at enhver deltager i en økonomiske aktivitet vil forsøge at opnå maksimale nytte fra enhver økonomisk transaktion.²³⁵ Ifølge denne model vil en tilbudsgiver, som skal foretage en usikker investeringsbeslutning, basere sit valg på, hvad der vil give den største nytte i stedet for, hvad der vil give det største afkast.²³⁶ Eksempelvis ville en person få større nytte af at gå fra et afkast på 500 kr. til et på 5.000 kr., end hvis han gik fra afkast på 1.000.500 kr. til et på 1.005.000 kr., selvom der er tale om den samme ændring i afkast. Derfor skal tilbudsgivers investeringsbeslutning ikke baseres på en analyse af det forventede afkast. I stedet skal vurderingen af en investeringsbeslutning tages ud fra en nyttebetragtning.

Vurderingen for tilbudsgiver er således baseret på, hvorvidt tilbudsgiver kan opnå størst nytte ved at investere i et givet udbud eller ved at undlade at investere og bruge pengene andetsteds. De eneste krav, der er til en von Neumann-Morgenstern nyttefunktion, er, at den skal være kontinuerlig stigende, kvasikonkav og to gange differentierbar. For at illustrere en simpel nyttefunktion tages kvadratroden af afkastet.²³⁷ Dette vil blive brugt som gennemgående eksempel i denne analyse og ses ved følgende ligning:

$$U(x) = \sqrt{x} \quad (4)$$

Her er $U(x)$ nytten, som tilbudsgiver får af afkastet x . En sådan faktisk nyttefunktion vil have en forventet nyttefunktion knyttet til sig. Står tilbudsgiver således med to mulige udfald for sin investeringsbeslutning, vil der være en forventet nyttefunktion, som illustrerer dette valg. Denne forventede nyttefunktion svarer til funktionen af det forventede afkast (2), men

²³³ For en videre analyse af de forskellige sandsynligheder og disses betydning se: "Den momsmæssige omkvalifikation af "levering af beboet fast ejendom" til "levering af byggegrunde"", Kandidatafhandling af Helle Taisbak

²³⁴ Levin, 2006, s. 1

²³⁵ Von Neumann & Morgenstern, 1945, s. 551

²³⁶ Andersen, 2009, s. 26

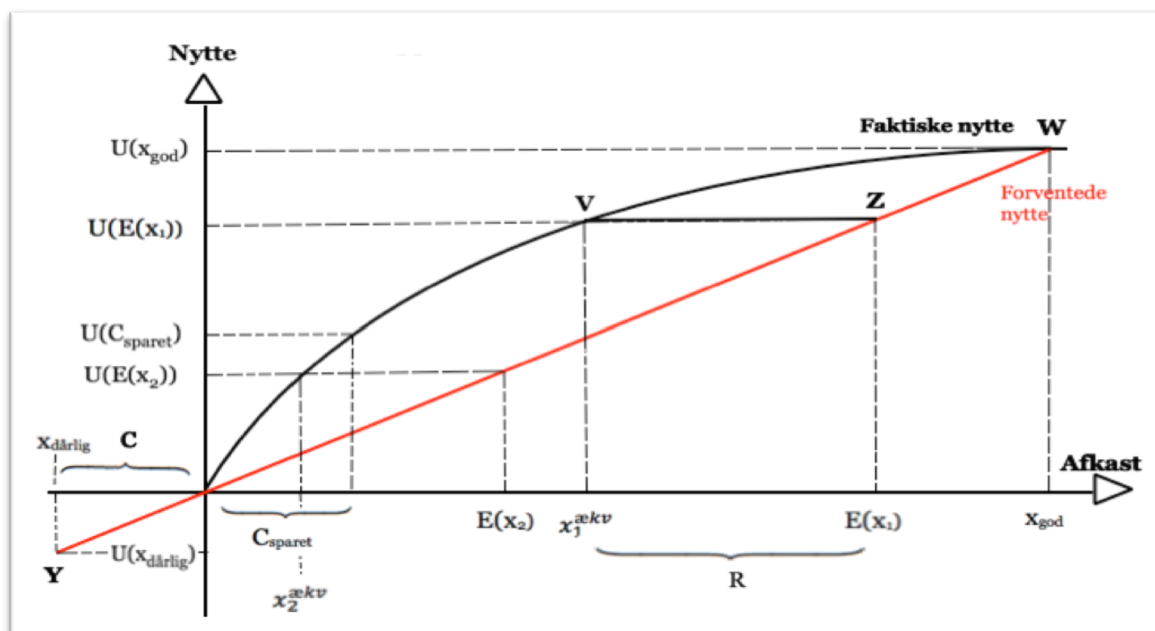
²³⁷ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 549

i stedet for at se på værdien af det samlede afkast, er det derfor i stedet nytten af disse afkast, som er i fokus.²³⁸ Den forventede nyttefunktion er en lineær funktion, og er givet ved:

$$E(U(x)) = -U(C) + pU(x_{\text{god}}) + (1 - p)U(x_{\text{dårlig}}) \quad (5)$$

Udover nytten af de to udfald bliver der ligesom i ligning (2) også taget højde for de faste omkostninger C. Disse medtages ved, at nytten af omkostningerne findes, og disse omkostninger trækkes da ligeledes fra og påvirker således den forventede nytte negativt.

Både den faktiske nyttefunktion (4) og den forventede nyttefunktion (5) illustreres samlet i nedenstående figur 1 for at skabe en forståelse for deres sammenhæng. Det fremgår af den faktiske nyttefunktion (4), at nytten vil stige mindre, jo højere afkastet bliver. Dette betyder også, at der i denne situation ses på risikoaverse tilbudsgivere, hvilket betyder, at tilbudsgiveren altid vil vælge det sikre valg frem for det usikre, hvis denne med sikkerhed ved, at det er muligt at få det forventede afkast.²³⁹ Der kan være forskel på, hvor risikoavers en tilbudsgiver er, dette ses grafisk ved, hvor konkav kurven er.²⁴⁰



Figur 1 – den faktiske og forventede nytte²⁴¹

Hvis en tilbudsgiver vælger ikke at byde på et tilbud, så har tilbudsgiveren sikret sig, at de omkostninger, der hører med til at udvikle et tilbud, ikke bliver brugt unødigt. Disse sparede omkostninger kan således blive brugt på andre projekter, som er mindre usikre, hvorfor dette er det sikre valg. Da disse penge ikke bliver brugt, har de en nytteværdi for tilbudsgiver. Modsat vil det usikre valg være at afgive et tilbud, da der i sådan et tilfælde vil være to mulige udfald, nemlig at tilbudsgiver enten vinder eller taber udbuddet. Med udgangspunkt i von

²³⁸ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 546

²³⁹ Andersen, 2009, s. 30

²⁴⁰ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 554

²⁴¹ Egen tilvirkning baseret på Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 550

Neumann-Morgenstern modellen skal nytten af det sikre valg sammenlignes med nytten af det usikre valg. Hvis nytten ved at beholde pengene er højere end nytten af det usikre alternativ, så vil tilbudsgiver ikke vælge at investere. Nyttens ved det sikre valg er lig nytten af de omkostninger, som tilbudsgiver ville have brugt til at afgive et tilbud, da disse ikke benyttes når tilbudsgiver vælger ikke at investere. Disse sparede omkostninger kaldes i figur 1 for C_{sparet} . For at der er tale om en god investering, skal den forventede nytte af investeringen derfor være større end nytten af de omkostninger, som skal bruges til at investere.

Ved det usikre valg er der to mulige udfald for tilbudsgiver. Enten får tilbudsgiver ikke noget afkast svarende til $x_{\text{dårlig}}$, hvilket vil medføre en negativ nytte, idet tilbudsgiver bruger omkostninger på at udvikle et tilbud, uden at disse efterfølgende bliver dækket ved et positivt afkast. Dette udfald ses i punktet Y, hvor der er en negativ nytte værdi svarende til $U(x_{\text{dårlig}})$ og et negativt afkast $x_{\text{dårlig}}$, som er lig de tabte faste omkostninger. Det andet alternativ er, at tilbudsgiver får et afkast af en vis størrelse svarende til x_{god} , som har en nytte værdi på $U(x_{\text{god}})$. Dette udfald rammer den faktiske nyttekurve i punktet W. Hvis der tegnes en lineær linje mellem punktet Y og punktet W, så illustrerer dette sammenhængen mellem det forventede afkast og de dertilhørende nytte værdier alt afhængig af sandsynligheden for et godt udfald. Dette illustrerer den forventede nyttefunktion, som matematisk er vist i ligning (4).

For at illustrere tilbudsgivers beslutningstagning, benyttes $E(x_1)$ som et vilkårligt forventet afkast, hvoraf punktet Z placeres på kurven for den forventede nytte. Hvis der er stor sandsynlighed for at godt afkast, er den forventede nytte (Z) tæt på den faktiske nytte (W), og modsat hvis sandsynligheden er lille. Det ses altså her, at den forventede nytte (Z) er tæt på den faktiske nytte, hvilket altså er en situation med en mere sikker retstilstand. Ved udregningen af det forventede afkast vil dette altid ligge i mellem $x_{\text{dårlig}}$ og x_{god} , alt afhængig af sandsynligheden for et godt og et dårligt udfald, og den forventede nytte vil da kunne findes ved brug af den lineære funktion imellem disse to punkter (i mellem Y og W). Endvidere betyder dette, at nytte værdien af det samme afkast er forskellig afhængig af, om der er tale om et faktisk afkast eller et forventet afkast, idet den lineære funktion ligger under den faktiske nyttefunktion. Således giver et garanteret afkast en højere nytte end et usikkert afkast.²⁴² Dette er illustreret i figur 1, hvor det ses, at nytten af det forventede afkast $E(x_1)$ er lavere ved funktionen for den forventede nytte i forhold til funktionen for den faktiske nytte. En anden måde at se dette på er, at tilbudsgiver er villig til at betale for forskellen mellem afkastet ved V og Z som forsikring for, at tilbudsgiver er sikret det forventede afkast i Z.²⁴³ Dette betyder, at tilbudsgiver betaler en forsikringssum for at sikre, at der ikke tabes penge, men at man som minimum får det forventede afkast. Forskellen mellem V og Z kaldes også risikopræmien (R) og kan beskrives som det maksimale beløb, som tilbudsgiver vil betale for ikke at løbe en risiko.²⁴⁴

²⁴² Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 551

²⁴³ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 551

²⁴⁴ Pindyck & Rubinfeld, 2013, s. 166

Spørgsmålet er hvornår tilbudsgiver vil vælge at investere i et konkret udbud? Det vil tilbudsgiver, når den forventede nytte er større ved at byde end ved at undlade. Dette kan illustreres ved brug af sikkerhedsækvivalentet, som findes, hvor den forventede nytte ved at byde og nytten af ikke at byde er lig hinanden, og hvor tilbudsgiver således er indifferent. Sikkerhedsækvivalentet til $E(x_1)$ illustreres i punktet $X_1^{ækv}$, som findes ved, at der laves en vandret linje fra, hvor det forventede afkast $E(x_1)$ rammer den forventede nyttefunktion i punktet (Z), og ud til den faktiske nyttefunktion i punktet (V). Hvis de sparede omkostninger (C_{sparet}) ved ikke at byde, er lavere end sikkerhedsækvivalentet, vil tilbudsgiver vælge at byde, idet den forventede nytte vil være større, sammenlignet med den nytte tilbudsgiver får ved ikke at byde. Dette er også illustreret i figur 1, hvor det ses at $U(E(x_1)) > U(C_{sparet})$. Modsat hvis de sparede omkostninger (C_{sparet}) er højere end sikkerhedsækvivalentet, så vil tilbudsgiver ikke byde, idet det vil give større nytte at beholde pengene. Dette vil være i de tilfælde, hvor $U(E(x)) < U(C_{sparet})$, og dette er illustreret med $E(x_2)$ og $X_2^{ækv}$. Dette er på trods af, at det forventede afkast stadig er større end de sparede omkostninger.

Der vil altid være en usikkerhed og heraf en risiko, forbundet med en tilbudsgivers afgivelse af tilbud, da der ofte vil være mere end én tilbudsgiver som deltager i udbuddet, og den pågældende tilbudsgiver kan ikke med sikkerhed vide, hvorvidt denne vil vinde udbuddet. Dette kan tilbudsgiver dog i et vist omfang tage højde for ved hjælp af ovenstående nyttemodel. Ud fra denne model er det en god idé at investere, hvis den forventede nytte af et godt afkast lagt sammen med den forventede nytte af et dårligt afkast er større end nytten af de sparede omkostninger, hvilket kan illustreres på følgende måde:

$$p * U(x_{god}) + (1 - p) * U(x_{dårlig}) > U(C_{sparet}) \quad (6)$$

Når usikkerheden bliver større i kraft af en manglende klarlæggelse af retstilstanden, vil sandsynligheden for et godt udfald blive mindre. Dette kommer sig af, at flere usikre faktorer vil medføre, at tilbudsgivers chancer for at vinde det konkrete udbud, samt gennemføre den efterfølgende kontrakt, bliver mindre. Dette vil således betyde, at det forventede afkast og den forventede nytte hertil bevæger sig tættere på Y, og alt afhængig af hvor meget sandsynligheden for et godt udfald falder, kan det ende med, at det ikke længere kan betale sig at investere. For at imødekomme dette, kan tilbudsgiver dog forsøge at sænke sit omkostningsniveau, for at det i længere tid kan betale sig at investere. Dette har dog en naturlig begrænsning, da der altid vil være omkostninger ved at udvikle et tilbud. Skulle der komme en afklaring af retstilstanden på området, vil sandsynligheden for at vinde et udbud igen blive større. Dette vil medføre, at den forventede nytte vil stige, og dermed vil ækvivalenspunktet bevæge sig tættere på W igen. Det betyder, at der er plads til flere faste omkostninger ved udviklingen af tilbudsgivers tilbud, hvorfor flere tilbudsgivere igen vil have råd til at byde på udbuddene.

Ved brug af modellen skal der tages højde for, at ved en fastsættelse af sandsynligheder ved offentlig udbud, er der tale om subjektive sandsynligheder, som egentlig ikke kan benyttes ved en von Neumann-Morgenstern model. Derudover er en grundlæggende betingelse for ovenstående model også, at tilbudsgiver altid ønsker den størst mulige nytte. Dette vil ikke

altid være tilfældet, idet andre faktorer, såsom en virksomheds strategi, fleksibilitet og menneskers mangel på altid at handle rationelt, også spiller en rolle. Disse bias medfører derfor, at modellen ikke altid vil være retvisende for tilbudsgiverne, og at tilbudsgivere derfor nogle gange vil vælge at byde, selvom de har størst nytte af at lade være.

5.2.3 OPSUMMERING

Ved at sandsynligheden (p) for et godt udfald bliver mindre, bliver det forventede afkast, og dermed den forventede nytte, ligeledes lavere. Grafisk betyder det, at tilbudsgiver bevæger sig mod venstre på afkastaksen og nedad på nytteaksen i figur 1, og dermed tættere på Y på den lineære forventede nyttefunktion. Dette medfører, at sikkerhedsækvivalenspunktet flytter sig til venstre, hvilket kan betyde, at det ikke kan svare sig for tilbudsgiver at investere, såfremt nytten af de sparede omkostninger er større end nytten af det forventede afkast. Hvis dette er tilfældet, medfører det, at tilbudsgiver er nødsaget til at sænke sit omkostningsniveau, hvis denne stadig er interesseret i at afgive et tilbud. Det betyder også, at hvis tilbudsgiver ikke kan sænke sit omkostningsniveau, vil denne vælge ikke at byde, da denne vil få større nytte af at bruge pengene andetsteds. Det resulterer i, at færre tilbudsgivere vælger at byde, når sandsynligheden for et godt udfald falder som følge af en usikker retstilstand.

Samlet set må det således konkluderes, at konsekvensen af den usikre retstilstand er, at flere tilbudsgivere vil vælge ikke at investere på nuværende tidspunkt, idet sandsynligheden for at vinde og gennemføre et udbud er lille, hvorved de har større nytte af at beholde pengene. Dette ændrer altså markedsstrukturen, og der vil derfor blive foretaget en videre analyse af denne konsekvens i nedenstående afsnit.

5.3 UDVIKLING I MARKEDSSTRUKTUREN

Som konkluderet ovenfor kan en usikker retstilstand medføre, at færre tilbudsgivere vælger at byde på et udbud, da den forventede nytte ved at byde formindskes. I stedet vil det være mere nyttigt for mange tilbudsgivere at vente med at investere, indtil der eksisterer mere information på området, og retstilstanden er klarlagt.²⁴⁵ En usikker retstilstand kan endvidere medføre højere faste omkostninger, hvilket ikke kun påvirker mængden af tilbudsgivere, som byder, men også sammensætningen af aktørerne på markedet. Det vil derfor i afsnit 5.3.1 blive analyseret, hvorfor det kan være lønsomt at vente med at investere, og som konsekvens heraf i afsnit 5.3.2 hvordan den usikre retstilstand påvirker markedsstrukturen og herunder sammensætningen af tilbudsgivere.

5.3.1 INVESTER NU ELLER VENT

Det vides ikke, hvornår retstilstanden endeligt vil blive klarlagt, og det er ligeledes svært at forudse, hvilket udfald eventuelle kendelser vil få. Det kan derfor være nyttigt for tilbudsgiver at vente med at investere, indtil der foreligger en mere sikker retstilstand, som vil føre

²⁴⁵ Dixit & Pindyck, 1993, s. 27

til flere sikre faktorer i investeringsbeslutningen. Sandsynligheden for et godt udfald vil i så fald blive større, og det kan dermed bedre betale sig at byde.

For at tilbudsgiver skal have mulighed for at vente med at investere, kræver dette dog først og fremmest, at der eksisterer en reel mulighed for at vente, uden at investeringsmuligheden ophører.²⁴⁶ Hvis man ser på et konkret udbud, kan tilbudsgiver selvfølgelig ikke vente med at byde ind på præcis dette udbud, idet der vil være fastsat konkrete tidsfrister. Er der dog stor sandsynlighed for, at tilbudsgiver vil tabe ved et givent udbud, har tilbudsgiver altid mulighed for at vente med at byde og i stedet vælge at afgive tilbud på et andet separat udbud i fremtiden. Det antages derfor, at der altid vil forekomme nye udbud, som tilbudsgiver kan byde på, såfremt denne vælger at vente.

Når tilbudsgiver skal beslutte, hvorvidt denne ønsker at investere nu eller vente med at investere, er en mulig metode at tilbudsgiver sammenligner det samlede forventede afkast ved at investere nu og det samlede forventede afkast ved at vente. Denne teori bygger således ikke på forventet nytte, men i stedet på det forventede afkast. Hvis tilbudsgiver vælger at investere nu, så udregnes det samlede forventede afkast for udbuddet baseret på sandsynligheden for et godt udfald. Dette samlede forventede afkast svarer til $E(x)$ i ligning (2). Tilbudsgiver kan ligeledes udregne, hvad det samlede forventede afkast vil blive, hvis denne venter med at afgive et tilbud til året efter, for at imødekomme en usikker retstilstand (V_{vent}). Tilbudsgiver vil således vente et år, og vil derefter investere, hvis den usikre retstilstand er blevet afklaret.²⁴⁷ At vente medfører dog også, at tilbudsgiveren vil gå glip af afkastet nu og her. Det forventede afkast ved at vente kan generelt udregnes på følgende måde:²⁴⁸

$$V_{vent} = s \left[\frac{-C}{(1+r)} + \frac{x_{god}}{(1+r)} \right] \quad (6)$$

Her er C investeringen, r er inflationsraten, og s er sandsynligheden for at der om et år vil forelægge en sikker retstilstand. I år nul vil der derfor ikke være nogle udgifter eller afkast. I år 1 vil omkostningerne være lig C og afkastet vil være lige x_{god} . Afkastet x_{god} er altså afkastet forbundet med at vinde udbuddet og gennemføre kontrakten. Der tages i denne model således ikke hensyn til, at selvom retstilstanden bliver sikker, så vil der stadigvæk være en usikkerhed forbundet med, at flere tilbudsgivere deltager i et udbud. Modellen ser udelukkende på det afkast, som tilbudsgiver kan forvente at få såfremt retstilstanden forbedres om et år, uafhængig af at en anden tilbudsgiver eventuelt kan vinde udbuddet. Hvis det samlede forventede afkast af V_{vent} således er højere end det forventede afkast, som tilbudsgiveren kan få, hvis denne investerer nu i henhold til ligning (2), kan det bedre svare sig at vente med at investere. Der tages ikke højde for det dårlige udfald i ligning (6), idet der kun vil blive investeret, hvis der kommer en mere sikker retstilstand. Denne metode kan således illustrerer, at den usikre retstilstand kan påvirke ordregiveren negativt, idet færre vil vælge at byde på udbuddene, idet det kan være mere lønsomt at vente. De, der byder, vil derfor sandsynligvis

²⁴⁶ Dixit & Pindyck, 1993, s. 28

²⁴⁷ Dixit & Pindyck, 1993, s. 28

²⁴⁸ Dixit & Pindyck, 1993, s. 27-28

være de tilbudsgivere, som har en så stor kapacitet, at de kan tåle at lave risikofyldte investeringer. Dette vil blive uddybet yderligere i nedenstående afsnit, som vil tage afsæt i ny-ny handelsteori for at forklare, hvordan antallet og kombinationen af tilbudsgivere kan blive påvirket af en usikker retstilstand.

5.3.2 NY-NY HANDELSTEORI

Som nævnt ovenfor kan en usikker retstilstand medføre, at flere tilbudsgivere vælger at vente med at byde på et udbud, da usikkerheden kan føre til en mindre sandsynlighed for et godt udfald grundet de ekstra risikofaktorer. Der vil altid være nogle transaktionsomkostninger forbundet med at udvikle et tilbud, og disse vil således gå til spilde, hvis en investering ender med et dårligt udfald. Når sandsynligheden for et godt udfald er lille, og disse transaktionsomkostninger går til spilde, hver gang tilbudsgiver taber udbuddet, så er det ikke sikkert, at omkostningerne kan opvejes af de tilfælde, hvor udbuddet vindes, og der forekommer et positivt afkast. Større usikkerhed medfører således ikke kun, at der er færre tilbudsgivere som byder, det vil også have indflydelse på sammensætningen af de bydende, idet nogle tilbudsgivere nemmere vil kunne bære omkostningerne ved flere tabte udbud. Dette kan påvirke konkurrencen og ultimativt også priserne. For at analysere denne påvirkning vil ny-ny handelsteori, som er baseret på international handel, blive benyttet. Principperne og konklusionerne bag denne teori vil således blive overført til en analyse af tilbudsgivers tilstedeværelse på udbudsmarkedet.

5.3.2.1 MODELLENS GRUNDTEORI

Analysen af eksporten i et land er førhen sket ud fra det udgangspunkt, at alle virksomheder er homogene, og at det kun er makroøkonomiske forhold såsom adgang til ressourcer og teknologi, som påvirker et lands eksport.²⁴⁹ Dette udgangspunkt er teoretikerne dog i et vist omfang gået fra. Siden begyndelsen af 1990'erne er der skabt bedre adgang til handelsdata om virksomheders individuelle bedrifter, hvilket har vist, at også mikroøkonomiske faktorer spiller en stor rolle for, hvordan international handel udfolder sig.²⁵⁰ Marc Melitz kom med en banebrydende artikel i 2003 omkring disse mikroøkonomiske påvirkninger, som gav ophav til den såkaldt ny-ny handelsteori (herefter "NNHT"). Melitz gik væk fra udgangspunktet om, at virksomheder er homogene og antog i stedet, at virksomheder differentierer sig i graden af deres produktivitet.²⁵¹ Hvis man ser på et marked fra et mikroøkonomisk synspunkt, ses det således, at der er en meget stor variation imellem virksomheders produktivitet og deres egenskaber indenfor meget smalle definerede industrier.²⁵² Det ses endvidere, at forskellene i produktivitet er stærkt korreleret med virksomhedens eksportstatus.²⁵³

²⁴⁹ Medin, 2015, s. 2 (PDF)

²⁵⁰ Medin, 2015, s. 2 (PDF)

²⁵¹ Melitz, 2003, s. 1695-96

²⁵² Bernard, Jensen, Redding & Schoot, 2012, s. 284-285

²⁵³ Melitz, 2003, s. 1695

Resultatet er blevet en model, som kan forklare, at det kun er de mest produktive virksomheder på et marked, som eksporterer.

Det har vist sig, at virksomheder, som vælger at deltage i international handel, er meget sjældne, og at det kun er en meget lille del af producenterne på tværs af et marked, som vælger at eksportere.²⁵⁴ De aktører, som vælger at eksportere, er langt fra vilkårlige virksomheder.²⁵⁵ Hvis man ser på en tilfældig branche, hvor der er mulighed for eksport, så ses det, at de virksomheder, som vælger at eksportere, skiller sig positivt ud fra de resterende aktører i branchen ved at være mere produktive.²⁵⁶ Der er lavet undersøgelser, som viser, at de virksomheder, der eksporterer og som derfor er mest produktive, er større virksomheder, som ofte har mere viden, mere kapital og er foran på blandt andet teknologi og innovation.²⁵⁷ Melitzs model udtrykker således, at muligheden for international handel kun får de mest produktive virksomheder til at eksportere, og samtidig tvinger det de mindre virksomheder ud af konkurrencen, idet de ikke kan konkurrere.²⁵⁸

Andre forhold end produktivitet spiller selvfølgelig også en rolle, når en virksomhed skal vælge, om de vil eksportere eller ej. Hvis der er usikkerhed forbundet med et eksportmarked, vil timing og størrelsen af de faste omkostninger også spille en stor rolle for, om man vælger at eksportere.²⁵⁹ NNHT viser dog, at det hovedsageligt er virksomhedens produktivitetsstatus, som afgør, om de vælger at eksportere. Analysen vil således bygge videre på denne antagelse, og dette vil blive overført til den konkrete problemstilling.

5.3.2.2 NNHT OVERFØRT TIL OFFENTLIGE UDBUD

Denne grundidé fra NNHT om, at kun de mest produktive virksomheder vælger at eksportere, overføres således til tilbudsgivers mulighed for at deltage i et udbud. Årsagen til, at det kun er de mest produktive virksomheder, som vælger at træde ind på eksportmarkedet, er, at kun disse virksomheder har mulighed for at overkomme de omkostninger, som kræves.²⁶⁰ Disse omkostninger er såkaldte "sunk costs", som ikke kan genvindes, idet indtrædelse på et nyt marked vil være forbundet med nogle faste omkostninger.²⁶¹ Der er store faste omkostninger ved at indtræde på eksportmarkedet, da man skal finde udenlandske købere, researche markedet, opsætte nye distributionskanaler og overholde alle de reglerne.²⁶² Sådanne faste omkostninger findes ligeledes ved deltagelse i et udbud, da en markedstransaktion altid vil medføre en række omkostninger. Det kræver eksempelvis omkostninger at undersøge markedet, sætte sig ind i udbudsmaterialet og tage eventuelle forbehold, udarbejde

²⁵⁴ Bernard, Jensen, Redding & Schoot, 2012, s. 284

²⁵⁵ Bernard, Jensen, Redding & Schoot, 2012, s. 284

²⁵⁶ Melitz & Redding, 2015, s. 1105

²⁵⁷ Medin, 2015, s. 2-3 (PDF); Bernard, Jensen, Redding & Schoot, 2012, s. 285

²⁵⁸ Melitz, 2003, s. 1965

²⁵⁹ Melitz, 2003, s. 1707

²⁶⁰ Bernard, Jensen, Redding & Schoot, 2012, s. 284

²⁶¹ Bernard, Jensen, Redding & Schoot, 2012, s. 285

²⁶² Melitz, 2003, s. 1706

et tilbud, gennemføre forhandlinger og sikre at kontraktens vilkår overholdes.²⁶³ Sådanne omkostninger kan ikke genvindes, og tilbudsgiver skal derfor kunne bære at have disse faste omkostninger, også selvom denne ikke vinder det konkrete udbud. Når sandsynligheden for at vinde et udbud og gennemføre kontrakten bliver mindre grundet den usikre retstilstand, bliver det sværere for de mindre tilbudsgivere at bære disse omkostninger. Dette kommer sig af, at de ikke på samme måde kan risikere gentagende tabte udbud, hvor de skal bære de faste omkostninger, uden at der efterfølgende kommer et positivt afkast.

Derudover vil en usikker retstilstand formentlig også medføre, at kontrakterne bliver mere komplekse for at imødekomme disse usikkerheder. Mere komplekse kontrakter vil medføre mere detaljerede og udførlige beskrivelser af kontraktens vilkår og betingelser på baggrund af de usikkerheder, der er på området.²⁶⁴ Ordregiver vil kræve denne højere detaljeringsgrad i kontrakten for at undgå, at der opstår forhold, som eksempelvis kan medføre et genudbud. Når ordregiver forsøger at øge kontraktens informationsniveau ved at fastsætte mere udførlige vilkår og betingelser, resulterer det i en stigning af omkostningerne for både ordregiver og tilbudsgiver. Ordregiver vil altså forsøge at aftale sig ud af konkrete usikkerheder og vil regulere store dele af aftaleforholdet i sin kontrakt, hvilket er en omkostning for ordregiver. Dette medfører også større omkostninger for tilbudsgiver, idet der vil være et øget informationsniveau, som gør, at ordregiver vil kræve højere grad af dokumentation fra tilbudsgiver, og dette vil således kræve mere tid til udarbejdelse af tilbudsmaterialet. Ifølge Melitzs model vil en mere liberaliseret handel, hvor der sker en reduktion i handelsomkostningerne, medføre, at eksport bliver mere lønsomt.²⁶⁵ Modsat må dette altså betyde at en mere streng handelspolitik og flere handelsomkostninger, gør det mindre lønsomt. Hvis dette overføres til afhandlingens konkrete problemstilling, må det således også understrege, at hvis reguleringen på udbudsområdet bliver både strammere og mere usikker, vil det medføre flere transaktionsomkostninger, som gør udbuddet mindre lønsomt.

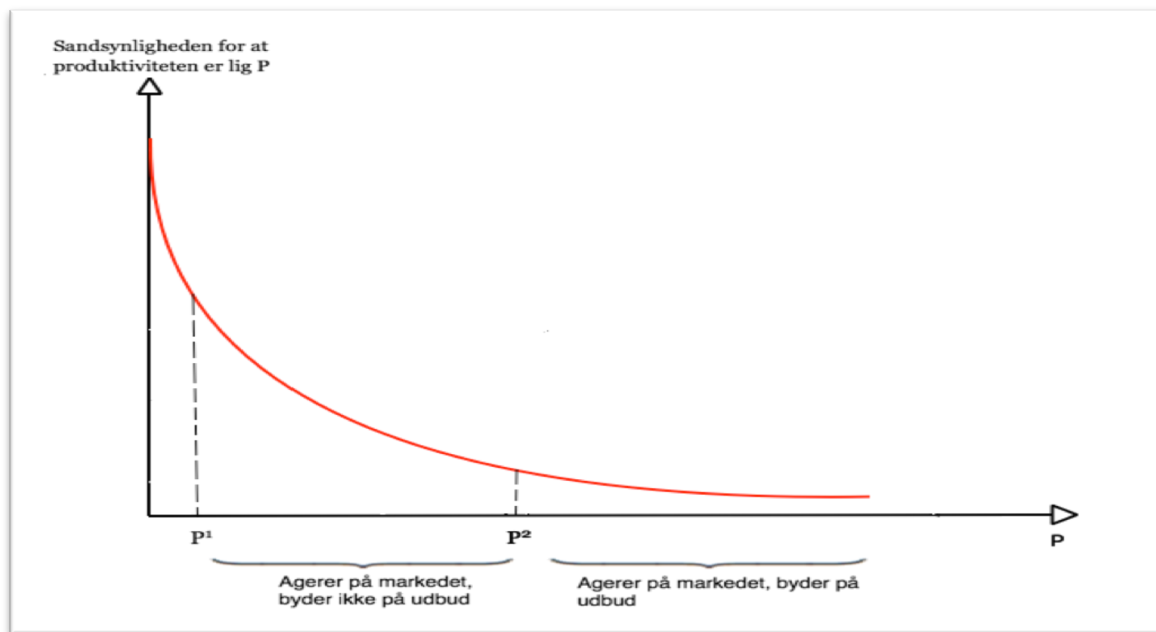
En grundmodel baseret på NHHT set ud fra et udbudsmæssigt perspektiv er illustreret i nedenstående figur 2, som er en forenklet version af Melitzs model fra 2003. Modellen viser sammenhængen mellem en tilbudsgivers produktivitet og dens ageren på et marked, og ligesom NNHT viser modellen sandsynligheden for et givet produktivetsniveau P givet ved en paretofordeling.²⁶⁶ Produktivetsniveauet P er i denne model tilbudsgivers marginale arbejdsproduktivitet. Med dette menes der, hvor mange enheder af et produkt en tilbudsgiver kan producere ved hjælp af én medarbejder. Når der ses på produktivetsniveauet i denne figur, medgår tilbudsgivers faste omkostninger ikke. De faste omkostninger medgår dog stadigvæk i beregningen af, hvorvidt det er lønsomt for en tilbudsgiver at byde på et udbud.

²⁶³ Coase, 1960, s. 15

²⁶⁴ Arrowsmith, 2014, s. 590

²⁶⁵ Medin, 2015, s. 5

²⁶⁶ Medin, 2015, s. 3



Figur 2 - sandsynligheden for en given produktivitet²⁶⁷

Som det fremgår af figur 2, er der stor sandsynlighed for, at en tilbudsgiver har et lavt produktivitsniveau, og der er lille sandsynlighed for, at en tilbudsgiver har et højt produktivitsniveau. Dette må derfor medføre, at der er mange tilbudsgivere, som har et lavt produktivitsniveau, mens der er få tilbudsgivere, der har et højt produktivitsniveau. I en ligevægt vil tilbudsgivere med en højere produktivitet kunne tage en lavere pris, sælge mere og dermed få et højere dækningsbidrag, idet deres omkostninger per enhed er lavere. Den mest åbenlyse årsag til, at en tilbudsgiver har en høj produktivitet, er tilbudsgivers størrelse, da dette medfører stordriftsfordele.

Enhver tilbudsgiver kan vælge at etablere en produktion og byde på et udbud, men det er ikke økonomisk en god idé for alle tilbudsgivere. Ovenstående figur deler tilbudsgiverne op i tre kategorier: 1) Tilbudsgivere for hvem det ikke er lønsomt at starte en produktion, 2) tilbudsgivere hvor det godt kan svare sig at starte en produktion, men hvor det ikke kan svare sig at byde på et offentligt udbud, og 3) tilbudsgivere hvor det både kan svare sig at starte en produktion og at byde på et offentligt udbud. I modellen er der en tærskelværdi P^1 , som viser, at hvis en tilbudsgiver har en produktivitet under denne tærskelværdi, så har de ikke et højt nok dækningsbidrag til at dække de faste omkostninger forbundet med at etablere en produktion. Det er således kun lønsomt hvis deres produktivitet er større eller lig P^1 . På tilsvarende vis viser tærskelværdien P^2 , hvornår tilbudsgiver er produktiv nok til at afgive tilbud i forbindelse med et offentligt udbud. Her vil der være nogle yderligere faste omkostninger i form af udgifter til ressourcer, tid og materialer. Dette er omkostninger, som vil være der, uanset om tilbudsgiveren vinder eller taber udbuddet, hvorfor de altid skal dækkes. For at det er lønsomt for tilbudsgiver at byde på et udbud, skal de være produktive nok til både at dække de faste omkostninger i forbindelse med etableringen og

²⁶⁷ Figuren er lavet fra egen tilvirkning ud fra figuren i Medin, 2015, s. 3-4 (PDF)

tilbudsafgivningen, hvilket er ved P^2 . Hvis tilbudsgiverens produktivitet er under P^2 , er deres dækningsbidrag ikke højt nok til at dække disse faste omkostninger. Dette illustrer således den tidligere konklusion om at høj produktivitet medfører at tilbudsgiver har råd til at byde, og dette vil grundet stordriftsfordele ofte være de store virksomheder.

Da tilbudsgiver, som konsekvens af en usikker retstilstand, skal kunne bære flere faste omkostninger, da færre udbud vil vindes, og kontrakterne bliver mere komplekse, vil tærskelværdien P^t flytte sig til højre. Dette betyder, at der vil være færre tilbudsgivere, som er produktive nok til at dække disse stigende omkostninger. De mindre produktive tilbudsgivere har dermed ikke råd til at opretholde de faste omkostninger ved tilbudsafgivning, og vil derfor på sigt blive tvunget ud af dette marked.²⁶⁸ Ifølge NNHT vil denne exit fra de mindre produktive tilbudsgivere, medføre ekstra salg for de mere produktive tilbudsgivere og der sker således en omfordeling af markedsandelene på udbudsmarkedet til fordel for de større virksomheder.²⁶⁹ Dette vil således føre til en skæv konkurrence, hvor der kun er store virksomheder. Det medfører større markedsmagt til de tilbageværende virksomheder, hvilket kan skabe en monopollignende tilstand, påvirke priserne og medføre mindre innovation og konkurrence på markedet.²⁷⁰

5.3.3 OPSUMMERING

Som følge af at sandsynligheden for et godt udfald falder, vil flere tilbudsgivere vente med at investere, idet det kan være mere lønsomt at vente, så de faste omkostninger forbundet med at udvikle et tilbud ikke mistes. Markedet påvirkes også af, at disse faste omkostninger vil stige som følge af en usikker retstilstand, idet ordregiver vil kræve mere komplekse kontrakter og der vil være større sandsynlighed for genudbud. Det er ifølge Melitzs NNHT kun få tilbudsgivere, som har høj nok produktivitet til at afdække disse stigende faste omkostninger. Baseret på NNHT vil tilbudsgivere med høj produktivitet være de tilbudsgivere, som vælger at byde, da de kan bære de omkostninger, der hører med, og tåle ikke at vinde udbuddene hver gang. Det er dermed kun de mest produktive tilbudsgivere, som vil finde det profitabelt at byde på udbud og få et muligt afkast, og som på samme tid kan pådrage sig disse omkostninger. En stor del af årsagen til den høje produktivitet er tilbudsgiverens størrelse, idet dette ofte medfører stordriftsfordele, hvorfor de mindre tilbudsgivere især bliver ramt af de øgede faste omkostninger.

Konsekvensen af den svækkede retstilstand og de højere faste omkostninger er, at tærskelværdien P^2 flytter sig til højre. Dette betyder, at der er færre tilbudsgivere, som er produktive nok til at byde på udbuddene. Disse tilbudsgivere vil blive tvunget ud af markedet, og de mest produktive tilbudsgivere vil få mersalg, hvilket gør, at udbudsmarkedet vil bevæge sig mod en monopollignende tilstand med få virksomheder, som har større markedsmagt. Konsekvenserne af denne ændring i markedsstrukturen vil blive vurderet i nedenstående afsnit.

²⁶⁸ Melitz, 2003, s. 1695-96

²⁶⁹ Melitz, 2003, s. 1965-96

²⁷⁰ Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 348

5.4 PRISSÆTNING

Det er en grundlæggende antagelse i økonomisk teori, at usikkerhed medfører højere priser.²⁷¹ Såfremt udbudsreglerne indeholder uafklarede og usikre forhold, kan dette have en fundamental betydning for de priser, som tilbudsgiver tilbyder i et konkret udbud. Herunder vil det derfor blive analyseret, hvilke konsekvenser den usikre retstilstand har på den tilbudte pris ved et konkret udbud. I afsnit 5.4.1 vil ændringen i prisen som konsekvens af den risiko, som tilbudsgiver løber ved at investere, jf. afsnit 5.2, blive analyseret. Analysen af denne påvirkning vil ske baseret på et marked med fuldkommen konkurrence, for isoleret at illustrere virkningerne ved en øget risiko. Prisen vil yderligere blive påvirket af den ændrede markedsstruktur jf. afsnit 5.3, som medfører en monopollignende tilstand, og som gør, at tilbudsgiver får markedsmagt. Denne effekts indflydelse på prisen vil blive analyseret i nedenstående afsnit 5.4.2.

5.4.1 KAPITALISERET RISIKO

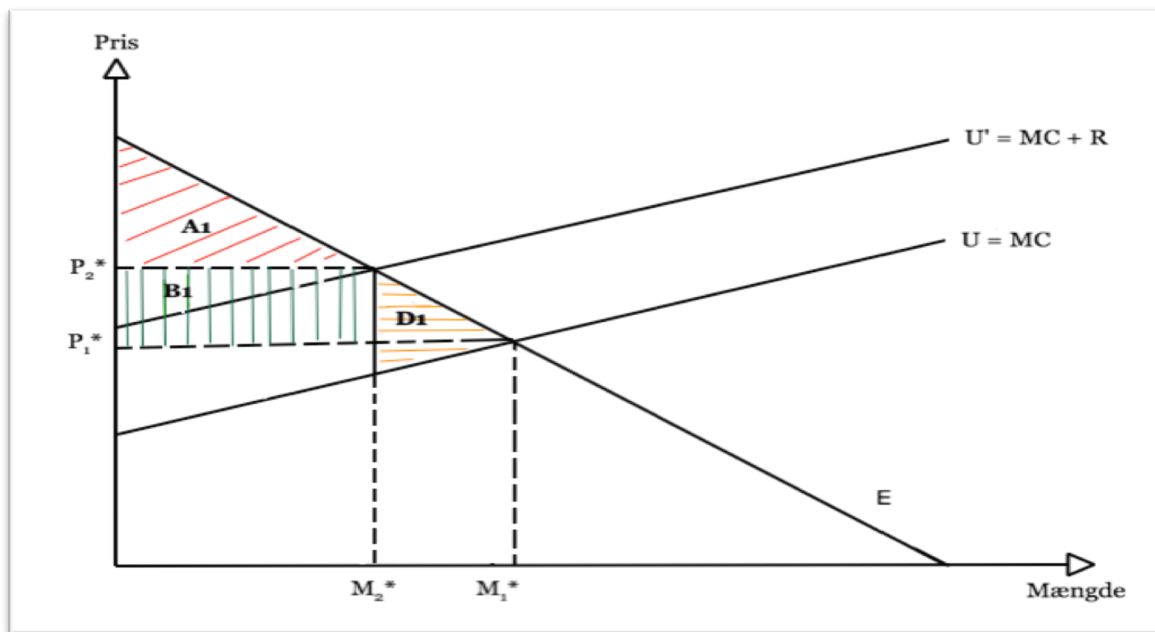
Såfremt der konstateres en usikkerhed på udbudsmarkedet, vil dette medføre, at tilbudsgiver kapitaliserer den dertilhørende risiko og lægger dette oveni prisen for den udbudte ydelse.²⁷² Dette vil således medføre, at ordregiver ender med at betale en højere pris, end denne ville, hvis usikkerheden var reduceret. Som tidligere nævnt vil der altid være visse grader af usikkerhed ved at deltage i et udbud. Dette gælder både usikkerheden for at vinde et udbud, såvel som uforudsete forhold der kan opstå efter kontraktindgåelsen. Der ses dog bort fra disse usikkerheder herunder, og for at illustrere konsekvensen af en usikker retstilstand, ses der således på en situation uden usikkerhed sammenlignet med en situation med usikkerhed.

Dette er illustreret i nedenstående figur 3, hvor det fremgår, hvordan markedet agerer i situationer med henholdsvis en sikker og usikker udbudsretlig situation. Figuren illustrerer et marked med fuldkommen konkurrence, som der i første omgang vil tages udgangspunkt i.²⁷³ Prisen angiver prisen på et specifikt produkt, eksempelvis ét rullebord. Det er dermed det enkelte produkt i et tilbud og ikke det enkelte tilbud, der bruges som eksempel. Mængden er den mængde af et produkt, som tilbudsgiver kan levere for den pågældende pris. Det er i figur 3 illustreret, hvorledes prisen vil ændre sig, når usikkerheden på markedet medfører en ny ligevægt.

²⁷¹ Pindyck & Rubinfeld, 2013, s. 160

²⁷² Pindyck & Rubinfeld, 2013, s. 166

²⁷³ Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 305: Et marked der består af mange virksomheder, der producerer identiske produkter uden hindringer for indtræden.



Figur 3 - den usikre retstilstands indflydelse på prisen ved fuldkommen konkurrence.²⁷⁴

Under fuldkommen konkurrence er tilbudsgivers marginalomsætning (MR) lig markedsprisen for produktet, da tilbudsgivere under fuldkommen konkurrence kun kan sælge deres produkter til markedsprisen.²⁷⁵ Idet der sker profitmaksimering, når $MR=MC$,²⁷⁶ må det således gælde for fuldkommen konkurrence, at:

$$MR = P = MC$$

Idet udbudskurven (U) viser mængden, som bliver udbudt til enhver given pris, og da tilbudsgiver vælger at producere, hvor $P = MC$, så må kurven for de marginale omkostninger være lig udbudskurven, hvilket også er illustreret i figur 3.²⁷⁷

Markedskræfterne vil medføre, at efterspørgselskurven (E) altid vil søge mod den laveste pris (P), imens udbudskurven vil søge imod den størst mulige mængde (M).²⁷⁸ Det profitmaksimerende outputniveau findes da, hvor der er ligevægt på markedet, altså i situationen hvor efterspørgselsfunktionen og udbudsfunktionen er lig hinanden. Her får vi dermed en ligevægt, hvor prisen er P_1^* og mængden er M_1^* , og her vil markedet anses for værende effektivt.²⁷⁹ Sættes prisen lavere end dette ligevægtspunkt, vil det medføre for høj efterspørgsel, hvor der ikke er nok produkter til at dække ordregivernes behov, og prisen vil derfor bevæge sig imod ligevægten og altså tilbage til P_1^* .²⁸⁰ Det samme vil gøre sig gældende for

²⁷⁴ Egen tilvirkning, men med udgangspunkt i Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 309, figur 8.3

²⁷⁵ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 308

²⁷⁶ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 309

²⁷⁷ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 315

²⁷⁸ Pindyck & Rubinfeld, 2013, s. 25

²⁷⁹ Pindyck & Rubinfeld, 2013, s. 25

²⁸⁰ Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 27

en højere pris end i ligevægtspunktet, idet der her opstår overskudsudbud, hvilket vil medføre prisfald, indtil prisen når P_1^* .

Såfremt der opstår en usikker retstilstand, vil det medføre en prisstigning, idet usikkerheden vil medføre en risikopræmie, som kapitaliseres og tillægges prisen for den konkrete ydelse. Denne risikopræmie (R) er illustreret i figur 1 i afsnit 5.2.2. Risikopræmien tillægges således de marginale omkostninger, og udbudskurven skydes opad, hvilket svarer til U' . Dette vil medføre en ny ligevægt, hvor prisen er højere (P_2^*), og mængden er lavere (M_2^*).²⁸¹ Konsekvensen af denne prisstigning som følge af den usikre retstilstand vil være en væsentlig reduktion af parternes nytte samt en negativ påvirkning af samfundets velfærd. Hvis der ses på den oprindelige ligevægt ved P_1^* og M_1^* , så ses det, at ved en situation uden usikkerhed, så er ordregivers overskud illustreret ved $A_1+B_1+D_1$ (med undtagelse af den del af D_1 , som er under P_1^*). Dette er forskellen på den pris, som ordregiver er villig til at betale for en konkret ydelse, og den pris de faktisk betaler, altså ordregivers udbytte. Ved en usikker retstilstand rykker U opad til U' grundet den ekstra risikopræmie, og dette medfører en reduktion i ordregivers udbytte. Ordregivers nye udbytte vil da være reduceret til A_1 , og ordregivers mistede udbytte vil da være B_1 , imens D_1 illustrerer samfundets velfærdstab.²⁸² Det ses altså, at denne risikopræmie vil medføre en prisstigning, som skaber et økonomisk tab for ordregiver, men også for samfundet.

Dette er en illustration af effekten på et marked med fuldkommen konkurrence. Det er dog i afsnit 5.3 blevet konkluderet, at en usikker retstilstand kan medføre færre aktører på markedet, som gør, at markedet bevæger sig imod et monopollignende marked, hvor tilbudsgiverne har markedsmagt grundet de få tilbudsgivere. Spørgsmålet er således, hvorvidt dette vil påvirke prisen yderligere, hvorfor dette vil blive analyseret i nedenstående afsnit.

5.4.2 TILBUDSGIVERS MARKEDSMAGT

Som en konsekvens af den svækkede retstilstand blev det konkluderet i afsnit 5.3, at de mindre produktive tilbudsgivere, som ofte også vil være de mindre tilbudsgivere, vil træde ud af det offentlige udbudsmarked. De vælger således ikke at byde længere, idet dette ikke længere anses som lønsomt grundet de store faste omkostninger ved at deltage i et givet udbud samt den lavere sandsynlighed for at vinde et udbud. Ved at mange små virksomheder udtræder, vil det påvirke konkurrencen på markedet, og markedet vil bevæge sig væk fra fuldkommen konkurrence. I stedet vil der være få spillere på markedet, hvilket vil bevirke en monopollignende tilstand.

Ved fuldkommen konkurrence er tilbudsgivernes output så lille sammenlignet med det totale marked, at en enkelt tilbudsgiver ikke vil have indflydelse på det totale marked. Af den grund sætter tilbudsgiverne deres pris efter markedsprisen, når de skal profitmaksimere,²⁸³ hvilket er vist ovenfor i figur 3. Når der kommer en monopollignende tilstand, vil de

²⁸¹ Pindyck & Rubinfeld, 2013, s. 26-27

²⁸² Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 70

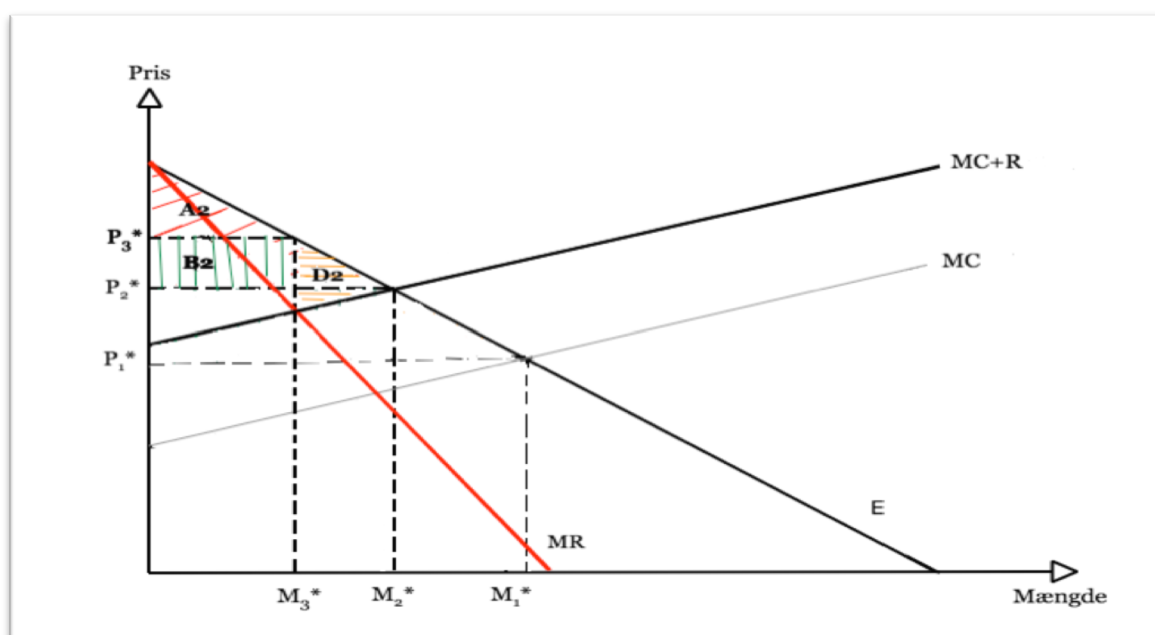
²⁸³ Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, 347

tilbudsgivere, der er tilbage til gengæld have en vis markedsmagt²⁸⁴. Det betyder, at de til dels selv kan vælge, hvor mange produkter de vil sælge, da de har mulighed for, i et vis omfang, at kontrollere deres pris.²⁸⁵ På grund af denne udvikling i markedet vil ovenstående prissætning, derfor sandsynligvis blive påvirket yderligere af den usikre retstilstand, idet tilbudsgivere med markedsmagt agerer anderledes. Der tages udgangspunkt i den nye ligevægt ovenfor, hvor prisen har flyttet sig op til P_2^* på grundet den kapitaliserede risikopræmie. Nedenstående analyse vil således se på, hvordan prisen yderligere påvirkes, når markedet bevæger sig væk fra fuldkommen konkurrence og hen imod monopol.

For at finde den nye pris skal ligevægten for det nye marked findes. Dette gøres ligeledes ved, at der profitmaksimeres. Når tilbudsgiver skal profitmaksimere, skal denne altid vælge den mængde, hvor den marginale omsætning er lig de marginale omkostninger.²⁸⁶ Det gælder således stadig, at:

$$MR = MC$$

Forskellen på en tilbudsgiver under fuldkommen konkurrence og en tilbudsgiver, som ikke agerer under fuldkommen konkurrence, er, at den marginale omsætning ikke længere er lig prisen, hvilket også er grunden til, at tilbudsgiverne på de to markeder ikke agerer ens.²⁸⁷ Nedenstående figur 4 illustrerer, hvordan markedet reagerer, når der ikke længere er fuldkommen konkurrence grundet en usikker retstilstand.



Figur 4 - den usikre retstilstands indflydelse på prisen ved markedsmagt²⁸⁸

²⁸⁴ Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 355

²⁸⁵ Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, 348

²⁸⁶ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, s. 360

²⁸⁷ Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 360.

²⁸⁸ Egen tilvirkning, men med udgangspunkt i Goolsbee, Levitt & Syverson, 2013, s. 361, figur 9.2

Der tages udgangspunkt i figur 3, hvorfor efterspørgselskurven er den samme. De marginale omkostninger er steget grundet risikopræmien jf. afsnit 5.4.1, hvorfor de nye marginale omkostninger er givet ved $MC + R$. Som følge af at tilbudsgiverne ikke længere befinder sig på et marked med fuldkommen konkurrence, indgår den marginale omsætning nu også i pris-sætningen, hvorfor denne inddrages i figur 4. Den marginale omsætning er givet ved:

$$MR = a - 2bQ^{289}$$

Idet den inverse efterspørgselskurve er givet ved $P = a - bQ^{290}$, vil MR-kurven altid skære samme sted på prisaksen som efterspørgselskurven og være dobbelt så stejl som efterspørgselskurven, hvilket også er illustreret i figur 4.

Eftersom det stadigvæk gælder, at der profitmaksimeres, hvor $MR=MC$, må den nye profitmaksimerende mængde være lig M_3^* . Herefter findes den nye profitmaksimerende pris ved at lokalisere punktet på efterspørgselskurven, som svarer til M_3^* . Den nye profitmaksimerende pris er dermed givet ved P_3^* . Konsekvensen af, at markedet går fra en situation med fuldkommen konkurrence til en situation, hvor den enkelte tilbudsgiver på markedet har en vis markedsmagt, er således, at prisen stiger fra P_2^* til P_3^* . Hvor meget prisen vil stige afhænger af, hvor mange tilbudsgivere, der er tilbage på markedet. Hvis der bliver 100% monopol, vil den højest mulige pris blive benyttet. Derimod vil prisen være lavere, hvis der ikke er 100% monopol, men blot nogle få tilbudsgivere tilbage. Det, at tilbudsgiverne har markedsmagt, vil dog altid bevirke, at prisen er højere end ved fuldkommen konkurrence.

Alt i alt må det konkluderes, at prisen stiger yderligere grundet de færre aktører på markedet, og dette vil derfor medføre yderligere økonomiske konsekvenser i form af en reduktion af ordregivers nytte og en negativ påvirkning af samfundets velfærd. Hvis vi ser på ligevægten ved P_2^* og M_2^* , så er ordregivers udbytte illustreret ved A2, B2 og D2 (med undtagelse af det, der lægger under P_2^*). Ved at der ikke længere er fuldkommen konkurrence, vil ordregivers overskud indskrænke sig til A2, og det bliver derved yderligere reduceret. B2 illustrerer den del af udbyttet, som overgår fra ordregiver til tilbudsgiverne, mens D2 illustrerer samfundets velfærdstab.

5.4.3 OPSUMMERING

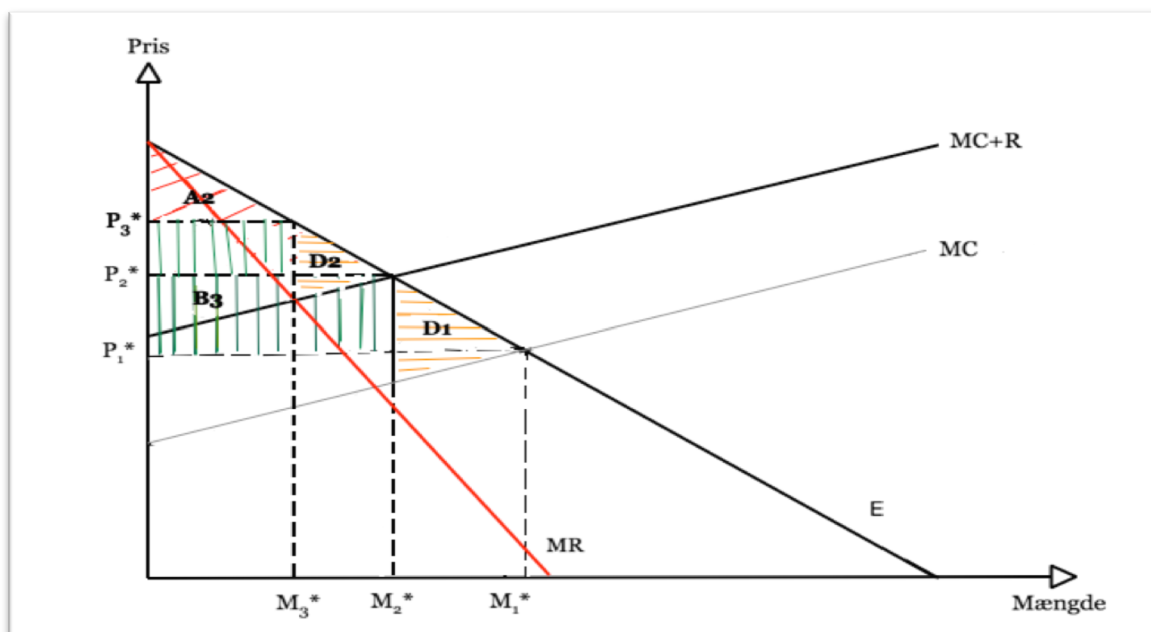
Det kan konkluderes, at der er flere mikroøkonomiske elementer, som bliver påvirket af, at der er en usikker retstilstand på markedet for offentlig indkøb. Det ses ud fra ovenstående analyse, at både en risikopræmie og en ændring i markedsstrukturen gør, at den tilbudte pris bliver højere. Ordregivers udbytte vil således blive mindre.

Det er svært at sige, hvilken prisstigning der vil forekomme først, men herunder i figur 5 illustreres den samlede påvirkning for ordregiver ved, at den usikre retstilstand både medfører en risikopræmie og en ændring i markedsstrukturen. Det kan konkluderes, at

²⁸⁹ Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2013, 359

²⁹⁰ Hvis der er tale om en lineær efterspørgselskurve.

ordregivers samlede udbytte falder fra $A_2+B_3+D_2+D_1$ (med undtagelse af det der er under P_1^*) til kun at omfatte A_2 .



Figur 5 - den samlede usikre retstilstands indflydelse på prisen²⁹¹

Ordregivers mistede udbytte ved en usikker retstilstand er dermed $B_3+D_2+D_1$ (med undtagelse af det, der er under P_1^*). Derudover får disse prisstigninger også store konsekvenser for samfundet, idet samfundets velfærdstab i alt er $D_1 + D_2$. Usikkerheden har derfor store konsekvenser for ordregiver såvel som for samfundet, idet det medfører dette ineffektive marked. Dette er imod EU's målsætning om effektiv indgåelse af offentlige kontrakter igennem udbudsdirektivet, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 2.

5.5 DELKONKLUSION

Ovenstående analyse viser, at den usikre retstilstand indenfor udbudsretten medfører en række juridiske og økonomiske konsekvenser. En overtrædelse af udbudsreglerne kan blandt andet betyde, at et udbud bliver annulleret, eller at kontrakten erklæres uden virkning. En ophævelse af udbuddet på baggrund af forskellige retslige virkninger vil medføre, at ordregiver må lade et udbud gå om. Dette betyder, at både ordregiver og tilbudsgiver får flere omkostninger.

Når en virksomhed skal beslutte, om der skal investeres i et udbud, afhænger beslutningen af, om det økonomisk set er lønsomt. Investeringer kan være mere eller mindre risikofyldte, men en usikker retstilstand vil medføre, at en investering i et udbud bliver mere usikker. Dette gør, at færre tilbudsgivere vælger at investere, da tilbudsgivers nytte ofte vil være større ved at beholde pengene, i forhold til den forventede nytte ved at investere i et udbud. Såfremt tilbudsgiver vælger at byde på et udbud, vil denne ofte forsikre sig mod det usikre

²⁹¹ Egen tilvirkning

valg. Størrelsen på denne risikopræmie vil være lig den forskel i afkast der er mellem det pågældende forventede afkast og det faktiske afkast, som giver samme nytteværdi. Denne risikopræmie vil tilbudsgiver således tillægge prisen, hvilket medfører højere priser for ordregiver, og denne mister således en del af det udbytte, der ville være opnået, hvis der ikke havde været denne usikkerhed.

Når sandsynligheden for at vinde et udbud falder, medfører dette, at flere tilbudsgivere vil finde det mere lønsomt at vente med at investere, indtil retstilstanden er mere sikker. De tilbudsgivere, som oftest vil trække sig først, er de mindre virksomheder. Dette følger af nyy handelsteori, hvoraf det fremgår, at det er de tilbudsgivere med lavest produktivitet, som ikke længere vil byde. Dette kommer sig af, at de faste omkostninger ved at byde stiger, og de små virksomheder, som har lavest produktivitet, kan derfor ikke længere dække disse omkostninger. Der kommer altså ikke kun færre tilbudsgivere på markedet, det er også kun de store og produktive tilbudsgivere, som er tilbage. Konsekvensen af dette er således en skæv konkurrence, som domineres af store spillere, hvilket medfører, at markedet får en monopollignende tilstand, hvor de få tilbudsgivere, der er tilbage på markedet, har en vis markedsmagt.

Som konsekvens heraf påvirkes prisen yderligere, idet tilbudsgivere med markedsmagt ikke på samme måde som ved fuldkommen konkurrence påvirkes af konkurrencen. Dette medfører, at ordregiver er nødsaget til at betale en endnu højere pris. Idet prisen både er blevet påvirket af en risikopræmie og af markedsmagten, medfører det, at ordregiver mister en stor del af det udbytte, som denne ville have fået fra udbuddet ved en sikker retstilstand. Derudover har samfundet et velfærdstab på grund af de skub, der er sket på markedet.

De samlede konsekvenser af den usikre retstilstand er derfor, at de faste omkostninger for både tilbudsgiver og ordregiver stiger. Dette medfører et monopollignende marked, hvor de små tilbudsgivere er blevet tvunget ud, og hvor priserne på udbuddene er steget, hvilket påvirker ordregivers udbytte. Dette går således imod den effektive konkurrence, som udbudsreglerne forsøger at skabe.

6. KONKLUSION

Det seneste udbudsdirektiv er implementeret i dansk lovgivning ved gennemførelsen af den danske udbudslov, hvilket har medført, at der nu forekommer forarbejder, som kan bidrage til fortolkningen af udbudsreglerne. Forarbejderne skal bidrage med en tydeliggørelse af reglerne, hvilket stemmer overens med den danske retstradition, som bygger på, at fortolkning og rækkeviden af lovbestemmelser skal ske i lyset af forarbejderne til loven.

Gennemførelsen af udbudsloven er ikke sket smertefrit, da Klagenævnet i tre tilfælde har valgt at tilsidesætte forarbejderne. I alle tre tilfælde har tilsidesættelsen medført, at krav til ordregiver fremsat i forarbejderne fortolkes lempeligere. Der synes derfor at forekomme en tendens fra Klagenævnet om, at udbudsloven ikke skal fortolkes mere indskrænkende for ordregiver, end hvad der fremgår af bestemmelsens ordlyd. Endvidere ses det i analysen af afgørelserne i afsnit 3, at Klagenævnet har fokus på, hvad der direkte kan udledes af

direktivet og tidligere retspraksis. Disse tendenser kan formentlig begrundes i et ønske om, at ordregiver ikke skal tillægges flere forpligtelser, end der allerede fremgår af selve lovteksten samt en forpligtelse om at være EU-konform. Klagenævnet har dog i andre sager valgt en modsat tilgang end ovennævnte tre sager, og har afgjort disse sager i overensstemmelse med forarbejderne, selvom dette har betydet en ændring af tidligere retspraksis. Dette skaber således en usikkerhed omkring forarbejdernes betydning for fortolkningen af udbudsloven, og skaber derfor grundlag for forvirring for både ordregiver og tilbudsgiver, om hvad der er gældende ret. Dette går imod retssikkerhedsprincippet, som bygger på legalitetsprincippet om, at parterne skal kunne forudsige deres retsstilling.

Selvom forarbejderne således er til for at supplere og skabe klarhed omkring udbudslovens bestemmelser, så har Klagenævnet været tilbageholdende med at tillægge forarbejderne betydning. En sådan afstandtagen til forarbejdernes fortolkningsværdi kan få en afsmittende effekt på fremtidige afgørelser og skabe yderligere grobund for tvivl. Det kan derfor næppe udelukkes, at Klagenævnet også fremadrettet vil kunne finde på at tilgå lignende forhold i forarbejderne på tilsvarende vis, hvilket vil medføre yderligere tilsidesættelse af forarbejderne. Dette kan illustreres ved to identificerede områder i udbudsloven, hvor en sådan mulig tvivl af fortolkningen af bestemmelserne synes at foreligge, i forhold til hvad forarbejderne lægger op til. På disse områder opstiller forarbejderne krav og muligheder, som ikke direkte er nævnt i lovteksten. Selvom forarbejder i dansk lovgivning gerne må opstille yderligere krav og muligheder, som ikke fremgår af lovtekstens ordlyd, kan det alligevel diskuteres, om Klagenævnet vil acceptere det ud fra tidligere praksis.

Det ene område der er blevet analyseret for at understrege en sådan usikkerhed, er vægtningen af underkriterier. I forarbejderne fremgår det, for anvendelsen af intervalbaseret vægtning og prioriteret rækkefølge, at der skal fastsættes en endelig vægtning af underkriterier inden tilbudsevalueringen. Dette fremgår ikke af ordlyden af bestemmelsen, og er heller ikke et krav der ses i udbudsdirektivet eller i tidligere retspraksis. Forarbejderne synes at pålægge ordregiver dette ekstra krav, for at skabe større gennemsigtighed for tilbudsgiver. Sådan en begrundelse ligger også bag kravene i de forarbejder som Klagenævnet tilsidesatte i de tre analyserede afgørelser i afsnit 3, og det lader derfor ikke til, at være en begrundelse som Klagenævnet generelt accepterer. Det kan derfor tænkes, at Klagenævnet på baggrund af deres tidligere afgørelser, i et vist omfang ville vælge at tilsidesætte et sådant krav i forarbejderne. Det må også understreges, at en sådan tilsidesættelse vil være til fordel for ordregiver, idet det skaber mere fleksibilitet for denne, og Klagenævnet har tidligere vist at et ordregiverhensyn vægtes højere end forøget gennemsigtighed.

For at belyse Klagenævnets fortolkning fra en anden vinkel, er brugen af rammeaftaler blevet analyseret, som det andet område. Det fremgår af forarbejderne, at ordregiver har mulighed for at anvende periodekøbskontrakter for rammeaftaler med én leverandør. Denne mulighed fremgår ikke af bestemmelsen i udbudsloven, af udbudsdirektivet eller af tidligere retspraksis. En udvidet mulighed for anvendelse af periodekøbskontrakter for rammeaftaler med flere leverandører fremgår udelukkende af KFSTs vejledning, og det er derfor usikkert i hvilket omfang, Klagenævnet vil acceptere periodekøbskontrakter. Selvom

periodekøbskontrakter er et nyt begreb, er lignende aftaler tidligere blevet underkendt af Klagenevnet, da det ikke er tildelingsmetoder, der fremgår af loven. Derudover ses det, at EU-domstolen generelt har været meget skeptiske overfor brugen af rammeaftaler grundet den store mulighed for misbrug. Da Klagenevnet skal fortolke udbudsloven EU-konformt, kan dette have betydning for muligheden for periodekøbskontrakter, da det ikke er noget der ses i udbudsdirektivet eller praksis fra EU-domstolen. Omvendt giver muligheden for periodekøbskontrakter en større fleksibilitet for ordregiver, og Klagenevnet synes at være mere favorable overfor regler, der tillægger ordregiver muligheder i stedet for forpligtelser. Der er altså her modstridende hensyn, hvorfor det ikke specifikt kan fastlægges, hvorvidt Klagenevnet vil acceptere anvendelse af periodekøbskontrakter. Om periodekøbskontrakter således er en reel mulighed for ordregiver, er svært at konkludere, og dette skaber derfor usikkerhed omkring deres anvendelse.

Samlet må det konkluderes, at grundet Klagenevnets tilsidesættelse af forarbejderne i en række afgørelser, skaber dette tvivl om, hvordan fremtidige bestemmelser skal fortolkes. Dette gælder især for områder, som er uddybet i forarbejderne, men som ikke fremgår af selve bestemmelsens ordlyd. Dette medfører en svækket retstilstand, som gør det sværere for parterne at forudsige deres retstilling. En sådan usikker retstilstand kan medføre en række juridiske og økonomiske konsekvenser. Hvis der er usikkerhed omkring udbudsreglerne, er der større sandsynlighed for, at parterne overtræder udbudsreglerne, hvilket kan medføre, at et udbud bliver annulleret eller at kontrakten erklæres uden virkning. Dette vil bevirke større omkostninger for både ordregiver og tilbudsgiver, da udbuddet må gå om.

De økonomiske konsekvenser har afledte effekter, som kan forstærke hinanden, hvilket i yderste tilfælde kan medføre en monopollignende tilstand, som vil påvirke konkurrencen og prisen på markedet. En usikker retstilstand medfører en øget risiko for tilbudsgiver, da sandsynligheden for at vinde og gennemføre et udbud bliver mindre. Denne risiko skal medregnes i tilbudsgivers beslutning om at investere i et udbud. Grundet denne risiko vil flere tilbudsgivere have større nytte af ikke at investere, hvilket medfører færre tilbudsgivere på det offentlige udbudsmarked, da det bedre kan betale sig at vente, til der opstår en mere sikker retstilstand. De tilbudsgivere, som især vil trække sig fra markedet, er de mindre virksomheder, da de har en lavere produktivitet, og de kan derfor ikke dække de stigende faste omkostninger. Omkostningerne vil stige som følge af den usikre retstilstand, da ordregiver vil kræve mere komplekse kontrakter, og da tilbudsgivers sandsynlighed for at vinde et udbud og få et samlet positivt afkast er mindre. Der kommer dermed ikke kun færre tilbudsgivere på markedet, det er således også kun de store og produktive tilbudsgivere som har resourcerne til at blive på markedet. Dette vil bevirke en skæv konkurrence, som medfører, at markedet får en monopollignende tilstand, hvor de få virksomheder, der er tilbage på markedet, har en vis markedsmagt. Konsekvensen af en sådan markedsstruktur vil være, at den tilbudte pris stiger, hvilket gør, at ordregivers udbytte falder. Prisen vil stige både på grund af den risikopræmie, som tilbudsgiverne skal have dækket, samt på grund af den nye markedsstruktur, som gør, at de tilbageværende tilbudsgivere har markedsmagt til i et vist omfang at fastsætte deres priser uafhængig af hinanden.

Det kan samlet konkluderes, at gennemførelsen af udbudsloven og dens forarbejder har skabt en usikker retstilstand, idet Klagenævnet i visse tilfælde har tilsidesat forarbejderne, og der er således skabt grobund for mulige tilsidesættelser i fremtiden. En sådan usikkerhed kan i værste tilfælde medføre ovenfor nævnte juridiske og økonomiske konsekvenser.

7. BIBLIOGRAFI

7.1 LITTERATUR

- Andersen, Michael. 2009. *Complet Kompendium i Mikroøkonomi*. Complet A/S. 3 udgave.
- Arrowsmith, Sue. 2014. *The law of public and utilities procurement - regulation in the EU and UK*. Sweet & Maxweel, Thomson Reuters. 3. udgave.
- Berg, Claus. 2016. *Tema Entreprise, læs om ny lovgivning, interessante afgørelser og nyttigviden*. BechBruun. <http://www.bechbruun.com//media/Files/Videncenter/Nyhedsbreve/Fast+ejendom/2016/Team+Entreprise+Udbudslov+byggeri+web.pdf>. 26. februar 2018.
- Bernard, Andrew B.; Jensen, Bradford J.; Redding, Stephen J. & Schoot, Peter K. 2012. *The empirics of firm heterogeneity and international trade*. Annual review of economics, s. 283-313.
- Byggeplads.dk. 2014. *Ny udbudslov kan blive mere bøvlet*. <http://www.byggeplads.dk/nyhed/2014/12/udbud/ny-udbudslov-kan-blive-mere-bovlet>. 6. April 2018
- Bøllingtoft, Jimmie. 2017. *Udbudsloven og den danske retstradition*. Kammeradvokaten <http://kammeradvokaten.dk/nyheder/2017/9/udbudsloven-og-den-danske-retstradition/> 30. april 2018.
- Christiansen, Jesper B. & Jacobsen Chris R.H. 2010. *Ændringsdirektiv 2007/66/EF – En juridisk og økonomisk analyse af retsstillingen før og efter implementeringen*. Kandidatafhandling. Aarhus Universitet
- Dixit, Avinash K. & Pindyck, Robert S. 1993. *Investment under Uncertainty*. Princeton University Press.
- Espersen, Lene. 2003. *Svar på § 20-spørgsmål: Om, hvilken status bemærkningerne til en vedtaget lov har*. http://webarkiv.ft.dk/Samling/20031/spor_sv/S756.htm. 1 maj. 2018
- Evald, Jens. 2016. *Juridisk teori, metode og videnskab*. Jurist- og Økonomforbundets forlag. 1 udgave.
- Fabricsius, Jesper. 2017. *Offentlige indkøb i praksis*. Karnov Group Denmark. 4 udgave.
- Goolsbee, Austan; Levitt, Steven & Syverson, Chad. 2013. *Microeconomics: International edition*. Worth Publishers. Worth Publishers: Macmillan Higher Education. 1. udgave
- Hagel-Sørensen, Karsten. 2011. *Aktuel udbudsret I*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Hagel-Sørensen, Karsten. 2016. *Aktuel udbudsret II*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Hamer, Carina Risvig. 2016. *Grundlæggende udbudsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.

Henrichsen, Carsten, 1993, Retssikkerhed - en begrebsanalyse, Retlig polycentri, Akademisk forlag, s. 307-328

Høilund, Dorte. 2015. *Retssikkerhed og juridisk metode*. Hans Reitzels forlag. 1 udgave.

Jakobsen, Peter Stig; Poulsen, Sune Troels & Kalsmose-Hjelmborg; Simon Evers. 2016. *EU udbudsretten*. Jurist- og økonomforbundets forlag. 3. udgave, 1 oplag.

Karnov Group (1). 2016. Lov 2015-12-15 nr. 1564 Udbudsloven. https://pro.karnovgroup.dk/document/7000746420/1#L20151564_P1, 25. maj 2018

Karnov Group (2). 2016. Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud https://pro.karnovgroup.dk/document/7000749523/1?frt=klagenavns-lov&hide_flash=1&page=1&rank=1#LBKG2016593_P18, 25. maj 2018

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (1). 2018. *Danske klagesager om udbud*. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen.

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2). 2018. *Tærkselværdier 2018 og 2019*. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen. <https://www.kfst.dk/offentlig-konkurrence/udbud/udbudsregler/taerskelvaerdierne/-taerskelvaerdier-2018-og-2019/>. 22. maj 2018

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen . 2017. *Ny afgørelse fra klagenævnet øger klarhed om udbudsloven*. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen. <https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2017/20170809-ny-afgoerelse-fra-klagenavn-oeger-klarhed-om-udbudsloven/>. 14. april 2018

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (1). 2016. *Evalueringsmetoder - Praktisk vejledning til offentlige indkøbere*. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2). 2016. *Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne*. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Levin, Jonathan. 2006. *Choice under Uncertainty*. Stanford University. <https://web.stanford.edu/~jdlevin/Econ%20202/Uncertainty.pdf>. 18 maj. 2018

Medin, Hege. 2015. *Darwinistisk seleksjon i en global økonom*. Eonas tidsskrift for økonomi og ledelse, 44-52. (PDF pp. 1-12).

Melitz, M. J. (2003). *The impact of trade on intra-industry reallocations and aggregate industry productivity*. The econometric society, Econometrica ,Vol 71 (6), s. 1695-1725.

Melitz, Marc J. , og Stephen Redding. 2015. *New trade models, new welfare implications*. The American Economic review, Econometrica. s. 1105-1146

Moritzen, Kent Raun. 2017. *Offentliggørelse af evalueringsmetoder*. Kammeradvokaten. <http://kammeradvokaten.dk/nyheder/2017/9/offentliggoerelse-af-evalueringsmetoder/>.

Munk-Hansen, Carsten. 2012. *Retssikkerhed i konkurrence med andre hensyn: Kapitel 1. Retssikkerhedshensynet*, Jurist- og Økonomforbundet.

Ottesen, Kristoffer Kiilsholm . 2017. *Evalueringsmetoder - krav og frihedsgrader*. Udbudsportalen.<https://udbudsportalen.dk/2017/08/fastlaeggelse-af-evalueringsmetoden-i-udbudsmaterialet-krav-og-frihedsgrader/>. 20 februar 2018.

Petersen, Ole Helby, og Erik Bækkeskov. 2015. *Transaktionsomkostninger ved offentlige opgaver - en analyse af offentlige myndigheders udbudsomkostninger*. Forskningsprojektet: Dokumentation af effekter ved konkurrenceudsættelse af offentlige opgaver - Del rapport 5, Roskilde Universitet.

Taisbak, Helle. 2018. Den momsmæssige omkvalifikation af ”levering af beboet fast ejendom” til ”levering af byggegrunde”. Kandidatafhandling. Aarhus Universitet

Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomforbundets forlag. 5 udgave, 5 bind.

Von Neumann, John & Morgenstern, Oskar. 1945. *Theory of Games and Economic Behavior*. The Journal of Philosophy. Vol 42 (20). s. 550-554.

7.2 LOVGIVNING MV.

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlig udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

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

Forslag til udbudsloven, LSF 19 af 7. oktober 2015 med bemærkninger.

Klagenævnslovens, lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud

Rådets Direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, TEUF

Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15. december 2015

7.3 RETSPRAKSIS

EU-domstolen

C-16/98, 5. oktober 2000, Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber mod Den franske republik

C-21/03 og C-34/03, forenede sager, 3. marts 2005, Fabricom SA mod État belge

C-6/15, 14. juli 2016, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest

Retten af første instans

T-125/06, 28. januar 2009, Centro Studi Antonio Manieri Srl mod Rådet for den Europæiske Union

Klagenævnet for Udbud

Kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, J.nr. 2006-0007516

Kendelse af 14. februar 2008, Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune, J.nr. 2007-0013853

Kendelse af 12. september 2008, Master Data I/S mod Københavns Kommune, J.nr. 2008-0016386

Kendelse af 3. oktober 2008, Creative Company A/S mod Århus Kommune, J.nr. 2008-0016677

Kendelsen af 27. april 2011, Atea A/S mod Ballerup Kommune, J.nr.: 2011-0023565

Kendelse af 26. september 2011, TDC A/S mod Økonomistyrelsen, J.nr.: 2011-0024360

Kendelse af 13. februar 2013, Abena A/S mod SKI, J.nr.: 2017-6241

Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark, J.nr.: 2011-0026331

Kendelse af 17. juni 2014, GN ReSound Danmark A/S mod Amgros I/S, J.nr.: 2013-0035511

Kendelse af 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland, J.nr. 2017-00216

Kendelse af 11. juli 2017, Inventarland mod Region Sjælland, J.nr. 2017-001077

Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, J.nr.: 2017-00089

Kendelsen af 12. januar 2018, Mobilex A/S mod Aalborg Kommune, J.nr. 2017-001966

Kendelsen af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse, J.nr. 2017-001738