
DEN ØKONOMISKE AKTØRS RETSSTILLING I SAMSPILLET MELLEM
UDBUDS- OG STATSSTØTTEREGLERNE VED OFFENTLIGE
INDKØBSPROCEDURER I EU

THE ECONOMIC OPERATOR'S LEGAL POSITION IN THE INTERACTION
BETWEEN PROCUREMENT AND STATE AID RULES IN CONNECTION WITH
PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES IN THE EU

David Fajnzylber
Peter Cederfeld Falstaff
Peter Hilliger Petersen

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)
Den 15. maj 2017

Vejledere:
Mette Ohm
Peter Høgsted

Samlet antal anslag: 359.308

Indholdsfortegnelse

Executive Summary	5
Kapitel 1 - Præsentation af problemstillingen	6
1.1 Indledning	6
1.2 Problemformulering	8
1.3 Begrebsdefinitioner	9
1.4 Synsvinkel	10
1.5 Afgrænsning	10
1.6 Metode og teoretiske overvejelser	12
1.6.1 Erhvervsjuridisk metode	12
1.6.2 Økonomisk metode	12
1.6.3 Juridisk metode	14
1.6.4 Interdisciplinær metode	19
1.7 Struktur	22
Kapitel 2 - Økonomisk analyse	23
2.1 Indledning	23
2.2 Homogene og heterogene markeder	24
2.3 Markedsstrukturer med homogene produkter	25
2.3.1 Fuldkommen konkurrence	25
2.3.2 Oligopol - duopol	27
2.3.3 Monopol	31
2.3.4 Sammenfatning	35
2.4 Markedsstrukturer med heterogene produkter	35
2.4.1 Monopolistisk konkurrence	35
2.4.2 Oligopolistisk konkurrence	36
2.4.3 Duopol	36
2.4.3.1 Scenarie 1	37
2.4.3.2 Scenarie 2	39
2.4.4 Sammenfatning	40
2.5 Forhandlingsstyrke	41
2.6 Økonomisk konklusion	45
Kapitel 3 - Juridisk analyse	46
3.1 Indledning	46
3.2 Statsstøtteren	46
3.2.1 Baggrund for statsstøttebestemmelserne	46
3.2.2 Statsstøtteforbuddet	48
3.2.2.1 Støtte, der ydes ved hjælp af statsmidler	49
3.2.2.2 Hvor overførslen kan tilregnes staten	49
3.2.2.3 Ved at begunstige/give fordel til	50
3.2.2.4 Visse virksomheder/produktioner	53

3.2.2.5 Hvor fordelene truer med at fordreje konkurrencen.....	54
3.2.2.6 Hvor samhandlen mellem medlemsstater påvirkes	55
3.2.2.7 Sammenfatning	57
3.2.3 Statsstøtteprocedurerne	57
3.2.3.1 Procedure vedrørende uforenelig/forenelig statsstøtte	58
3.2.3.2 Procedure vedrørende ulovlig statsstøtte	60
3.2.3.3 Tilbagebetaling af ulovlig statsstøtte	61
3.2.3.3.1 Ulovlig statsstøtte der er uforenelig med det indre marked	63
3.2.3.3.2 Ulovlig statsstøtte der er forenelig med det indre marked	63
3.2.3.4 Sammenfatning	64
3.3 Udbudsretten	65
3.3.1 Baggrund for udbudsreglerne	66
3.3.2 Udbudsprocedurerne	68
3.3.2.1 Offentligt udbud	69
3.3.2.2 Begrænset udbud	71
3.3.2.3 Udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab	72
3.3.2.4 Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse	75
3.3.2.5 Sammenfatning	76
3.4 Retspraksis vedrørende den økonomiske fordel i henhold til TEUF art. 107, stk. 1.	77
3.4.1 Markedsaktørtesten	77
3.4.1.1 »Den private sælgertest«	79
3.4.1.1.1 Ændring af <i>rèsonnementet</i> for »den private sælgertest«	83
3.4.1.1.2 Analog slutning fra principperne om »den private sælgertest«	85
3.5 Lighedspunkter fra beslægtede retsområder	88
3.5.1 Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse	88
3.5.1.1 Altmark-dommen	90
3.5.2 Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb	93
3.5.3 Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb	94
3.5.4 Sammenligning af statsstøttemeddelelserne	95
3.5.5 Valg af tildelingskriterium	97
3.5.6 Sammenfatning	99
3.6 »Unormalt lave tilbud« - »Unormalt høje tilbud«?	103
3.7 Juridisk konklusion	107
Kapitel 4 - Interdisciplinær analyse	109
4.1 Betragtninger om den eksisterende retstilstand	109
4.2 Opgør med den juridiske uklarhed	112
4.3 Retspolitisk anbefaling (<i>'de sententia ferenda'</i>)	117
4.4 Analyse af risikoallokering	121
4.4.1 Anvendt teori, antagelser og afgrænsning	121
4.4.2 Den optimale risikoallokering	124
4.4.3 Parternes agtpågivenhedsniveau givet den eksisterende risikoallokering	125
4.4.4 Justering af risikoallokeringen	127
4.4.4.1 Ansvarsformer	127
4.4.4.2 Objektivt ansvar for ordregiver	130

4.4.4.2.1 Retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud'	131
4.4.4.2.2 Objektivt strafansvar i form af bødestraf	134
4.4.4.2.3 Objektivt strafansvar i form af kontraktens ophævelse	135
4.4.4.3 Objektivt ansvar for den økonomiske aktør	136
4.4.5 Sammenfatning	138
4.5 Analyse af transaktionsomkostninger	139
4.5.1 Anvendt teori, antagelser og afgrænsning	140
4.5.2 Objektivt ansvar - transaktionsomkostninger	142
4.5.2.1 Scenarie 1 - Ophævelse af kontrakt	142
4.5.2.2 Scenarie 2 - Retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud'	144
4.5.2.3 Hvilken part bør bære omkostningen for at sikre markedsprisen?	146
4.5.2.4 Sammenfatning	147
4.6 Nytteomkostningsanalyse	148
4.6.1 Justering af retsgrundlaget	150
4.7 Retspolitisk anbefaling ('de lege ferenda')	153
4.8 Interdisciplinær konklusion	154
Kapitel 5 - Konklusion	156
Kapitel 6 - Perspektivering	159
6.1 In-house	159
6.2 Kartelaftaler	160
Forkortelser	161
Litteraturliste	162
Bøger:	162
Artikler og publikationer:	163
Websider:	165
Regulering (EU):	166
Traktater:	166
Charteret om grundlæggende rettigheder:	166
Forordninger:	166
Direktiver:	167
EU forarbejder:	167
Arbejdsdokumenter:	167
Kommissionsmeddelelser:	167
Kommissionens beslutninger:	168
Regulering (DK):	168
Love/Bekendtgørelser:	168
Retspraksis:	168
Bilag 1 - Uddrag af Kommissionens statsstøttemeddelelse (2016/C 262/17-26)	173

Executive Summary

This thesis examines the legal position of the economic operator in the interplay between procurement and State aid rules in connection with public procurement procedures in the EU and how the legal basis may need to be adjusted based on the economic operator's perspective.

First, the behaviour of economic operators and their pricing in markets with publicly competitive contracts are analysed. Next, it is examined how this behaviour in connection with the granting of State aid affects the economic operator's legal status in EU procurement. Finally, a legal policy analysis is conducted focusing on how the European Commission should understand the legal basis and whether the legal basis should be adjusted. In addition, considerations of efficiency are included aiming to ensure better economic conditions for the economic operator.

The thesis concludes that - regardless of the market structure, the nature of the procurement or the framework for the negotiating - the economic operator always shows a profit-maximizing behaviour. However, the abovementioned factors affect the pricing of an offer. Furthermore, it is concluded that a payment transaction in connection with the 'open procedure' according to art. 27 in the Procurement Directive 2014 should not be regarded as an economic advantage. However, the risk of an economic advantage in the other tendering procedures is gradually increasing. Thus, the economic operator risks having to reimburse an amount of State aid granted under the TFEU art. 107 (1). Finally, it is concluded that the European Commission should specify that payment transactions in connection with the tendering procedures under art. 27-32 in the Procurement Directive 2014 - with the exception of 'direct award' or receipt of one offer on the basis of a single applicant - cannot be considered as an economic advantage under TFEU art. 107 (1). If the offer is based on the procedure 'direct award' or an offer based on a single applicant the contracting authority should, like the provision for abnormally low tenders according to art. 69 (1) in the Procurement Directive 2014, be obliged to ask the economic operator to submit a statement that explains the price in the offer. In this context, the contracting authority should be obliged to comply with the 'market economy operator test' as developed by the European Court of Justice in order to ensure that the price of the contract is in line with the market price.

Kapitel 1 - Præsentation af problemstillingen

1.1 Indledning

Ifølge Europa 2020-strategien¹ er det overordnede formål som led i en mere konkurrencedygtig økonomi at skabe vækst, der er intelligent, bæredygtig og inklusiv.² Af præamblen til det nye udbudsdirektiv³ fra 2014 fremgår det i denne sammenhæng, at strategien er et af de markedsbaserede instrumenter, der skal *”... anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler”*.⁴ Det kan hermed hævdes, at Europa 2020-strategien spiller en central rolle for offentlige indkøb i EU. Det skal ses i forhold til, at den offentlige sektor i Danmark alene for varer og tjenesteydelser køber ind for omtrent 300 mia. kr. årligt.⁵

Set i lyset af denne strategi, samt at det tidligere udbudsdirektiv⁶ fra 2004 blev betragtet som ufleksibelt, komplekst og administrativt byrdefuldt, har Europa 2020-strategien i samspil med Europa-Kommissionens (herefter 'Kommissionen') *'Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb'*⁷ dikteret en ændring af de gældende regler for offentlige indkøb. Som led i fremførelsen af grønbogen fremlagde Kommissionen efterfølgende et direktivforslag⁸ med budskabet om større udbredelse af dialog mellem ordregiver og de økonomiske aktører. For at imødekomme dette ønske har behovet for øget fleksibilitet i indkøbsprocessen, herunder en bredere adgang til anvendelse af udbudsprocedurer med forhandling og dialog, særligt haft fokus i det nye udbudsdirektiv med dets implementering i udbudsloven⁹ d. 1. januar 2016.

¹ Europa-Kommissionens meddelelse - EUROPA 2020 - En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst, Bruxelles, d. 3.3.2010, KOM (2010) 2020 endelig.

² http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/priorities/index_da.htm, besøgt d. 10-05-2017.

³ Udbudsdirektivet 2014/24/EU.

⁴ Jf. præambelens 2. betragtning til udbudsdirektivet fra 2014.

⁵ <https://di.dk/dibusiness/nyheder/Pages/Det-offentlige-udbud-ligger-stiller.aspx?printType=3>, besøgt d. 10-05-2017.

⁶ Udbudsdirektivet 2004/18/EF.

⁷ KOM(2011) 0015, 'Kommissionens Grøn bog fra 2011'.

⁸ Kommissionens arbejdsdokument af 27. juni 2011, Evalueringsrapport: Indvirkningen og effektiviteten af EU's lovgivning om offentlige udbud.

⁹ Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15/12/2015.

De nye udbudsregler har skabt et nyt udgangspunkt for samarbejdet mellem den offentlige og private sektor. Det har længe været på den europæiske dagsorden, at der i højere grad skulle fokuseres på kvalitet i de offentlige indkøb for derigennem på sigt at opnå bedre udnyttelse af de offentlige midler. Med de nye reglers lettere adgang til de fleksible udbudsprocedurer er det politiske ønske om at få gjort op med den såkaldte »*laveste pris*» *diktatur*»¹⁰, som tidligere har skabt stor politisk bekymring, således i nogen grad opfyldt.¹¹ Den strukturelle ændring af bestemmelserne for tildeling samt en udvidelse heraf har særligt gjort det mere tilgængeligt for offentlige myndigheder i højere grad at lægge vægt på faktorer som 'kvalitet', 'miljøhensyn', 'sociale aspekter' og 'innovation', mens der stadig tages hensyn til prisen såvel som den samlede pris for produktets livscyklus.

Hyppigere anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer medfører umiddelbart større risiko for, at den rent prismæssige konkurrence ved konkurrenceudsættelsen af en kontrakt undermineres. I statsstøtteretligt regi udgør dette en væsentlig problematik, da manglende priskonkurrence efter omstændighederne ikke sikrer en kontraktpris, der afspejler markedsprisen, og dermed principielt vil udgøre en økonomisk fordel i henhold til Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter 'TEUF') art. 107, stk. 1. Brud på de statsstøtteretlige regler kan medføre betydelige omkostninger for den vindende økonomiske aktør, som kan have haft afholdt betydelige omkostninger i forbindelse med udbudsprocedureforløbet – ikke mindst i tiden efter kontraktindgåelsen.

Med udgangspunkt i denne problematik er formålet med afhandlingen at vurdere, om der i forbindelse med EU-udbud og ved tildelingen af den offentlige kontrakt indtræder en betalingstransaktion, der kan betragtes som en økonomisk fordel til den vindende tilbudsgiver i medfør af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1. Med Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i art 107, stk. 1 (herefter 'statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb'), i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde¹², er der på baggrund af hidtidig retspraksis forsøgt at skabe større klarhed om rammerne for

¹⁰ Begrebet »*laveste pris*» *diktatur*» blev ofte anvendt i forbindelse med de tidligere udbudsretlige regler, hvor der var stor bekymring for, at udbud i EU-regi var for fokuserede på, at myndighederne skulle vælge det absolut billigste tilbud.

¹¹ http://www.europarl.dk/da/nyheder_nyhedsbrev/nyheder/nyheder_2014/offentligeudbud.html, besøgt d. 10-05-2017.

¹² Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i TEUF art 107, stk. 1, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2016/C 262/01.

den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1. Umiddelbart tyder det dog på, at der under særlige omstændigheder stadig består en vis juridisk usikkerhed forbundet med, om en betalingstransaktion i forbindelse med et udbud af en offentlig indkøbskontrakt kan betragtes som en økonomisk fordel efter det statsstøtteretlige retsgrundlag.¹³ Det forekommer derfor nærliggende ud fra en mere dybdegående økonomisk og juridisk analyse at afklare dette, herunder undersøge begrænsningen i de økonomiske aktørers råderum, for derefter at vurdere, hvorledes retsgrundlaget ud fra retsøkonomiske betragtninger kan og bør justeres med henblik på at skabe mere gunstige vilkår for de økonomiske aktører.

1.2 Problemformulering

I afhandlingen ønskes følgende problemformulering besvaret:

Hvilke konsekvenser har samspillet mellem statsstøtte- og udbudsreglerne set ud fra de økonomiske aktørers perspektiv ved offentlige EU-udbud, og hvorledes bør retstilstanden optimeres?

For at besvare problemformuleringen opstilles følgende arbejdsspørgsmål:

Økonomisk arbejdsspørgsmål:

- Hvilken adfærd udviser økonomiske aktører på et marked med konkurrenceudsatte kontrakter, og hvilken indflydelse har denne adfærd på prisfastsættelsen i et tilbud?

Juridisk arbejdsspørgsmål:

- Hvordan kan statsstøttere reglerne få betydning for de økonomiske aktørers retsstilling i forbindelse med EU-udbud?

Interdisciplinært arbejdsspørgsmål:

- Hvorledes kan justering af retsgrundlaget bidrage til en mere efficient retsstilling for de økonomiske aktører?

¹³ Jespersen & Holdgaard, 'Det er så yndigt at følges ad: Nye tider i forholdet mellem udbuds- og statsstøttere reglerne?', 2016.

1.3 Begrebsdefinitioner

I det følgende afsnit gennemgås centrale nøglebegreber, der anvendes i afhandlingen.

Ordregiver: Begrebet omfavner i overensstemmelse med udbudsdirektivets art. 2, nr. 1, både statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer. 'Ordregivende myndighed' anvendes på samme vis som ovenstående.

Økonomiske aktører: Begrebet indbefatter i overensstemmelse med udbudsdirektivets art. 2, nr. 11, enhver tilbudsgiver, der har eller kan afgive tilbud i forbindelse med et udbud.

Udbudsprocedurer/Udbud: Begreberne omfatter offentlige EU-udbud, der i afhandlingens analyse omfatter; 1) 'offentligt udbud', 2) 'begrænset udbud', 3) 'udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse', 4) 'konkurrencepræget dialog', 5) 'innovationspartnerskaber' og 6) 'udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse'. I den forbindelse omfattes kun offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter samt offentlige bygge- og anlægskontrakter med en samlet kontraktværdi over tærskelværdierne.¹⁴

Direkte tildeling: Begrebet anvendes som alternativ til begrebet '*udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse*', jf. udbudsdirektivets art. 32. Termene har således ækvivalent betydning. At der foretages en 'direkte tildeling' betyder dermed, at den økonomiske aktør tildeles en kontrakt, der ikke har været konkurrenceudsat efter en "egentlig" udbudsprocedure i udbudsdirektivets afsnit II.

Det markedsøkonomiske aktørprincip: Begrebet er udviklet af EU-Domstolen igennem retspraksis. Kommissionen har på baggrund heraf udviklet den markedsøkonomiske aktørtest.¹⁵ Begreberne anvendes således i ækvivalente sammenhænge.

¹⁴ Se hertil udbudsdirektivets art. 4.

¹⁵ Se hertil Bilag 1.

1.4 Synsvinkel

Afhandlingens problemstilling anskues ud fra den økonomiske aktørs perspektiv. Den anlagte synsvinkel er valgt ud fra den umiddelbare betragtning, at det forekommer urimeligt, at den økonomiske aktør som vindende tilbudsgiver af et udbud på egen regning risikerer at skulle tilbagebetale et givent statsstøttebeløb.¹⁶ Dette skal ses i sammenhæng med, at den økonomiske aktør ikke er bekendt med denne risiko.

Med fokus på de økonomiske aktørers retsstilling, forsøges afhandlingen rettet imod de lovgivende og håndhævende institutioner på EU-plan, herunder særligt Kommissionen. At afhandlingen ikke beskæftiger sig med de nationale lovgivende og håndhævende myndigheder i medlemsstaterne skyldes, at de nationale domstole efter omstændighederne vil anmode Kommissionen om en udtalelse, såfremt der opstår tvivl om, hvorvidt der foreligger statsstøtte.¹⁷ Herudover er det Kommissionen, der for fremtiden vil udforme nye meddelelser vedrørende statsstøtte, som alt andet lige må antages at have en vis betydning.¹⁸ Det forekommer derfor naturligt, at der refereres til udbudsdirektivet og ikke udbudsloven. Dette valg understøttes tillige af, at synsvinklen ikke anskues ud fra danske økonomiske aktører, men derimod økonomiske aktører i hele EU.

1.5 Afgrænsning

I lighed med statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, findes der et tilsvarende forbud i dansk ret i konkurrencelovens¹⁹ § 11a. Disse to regelsæt har mange lighedstegn og fortolkes i udgangspunktet ensartet.²⁰ Der kan derfor udledes mange ensrettede principper

¹⁶ Jespersen & Holdgaard, 'Det er så yndigt at følges ad: Nye tider i forholdet mellem udbuds- og statsstøttereglerne?', 2016.

¹⁷ Jf. hertil 'Meddelelse fra Kommissionen om de nationale domstoles håndhævelse af statsstøttereglerne, 2009/C 85/01, afsnit 2.1.1, punkt 13. Kommissionen har desuden i sidste ende enekompetence til at foretage vurderingen af statsstøttens forenelighed med 'det indre marked', jf. hertil Sag C-199/06, CELF, præmis 38, samt samme meddelelse, 2009/C 85/01, afsnit 2.1.3, punkt 20. EU-Domstolen har dog udtrykkeligt fastslået, at de nationale domstole ligesom Kommissionen har beføjelse til at fortolke statsstøttebegrebet, jf. Sag C-39/94, SFEI m.fl., præmis 49. Det kan dermed ikke negligeres, at de nationale domstoles rolle i denne forbindelse er væsentlig, eftersom Kommissionens egne beføjelser til at beskytte konkurrenter og andre tredjeparter mod ulovlig støtte er begrænsede i sammenligning hermed, jf. hertil samme meddelelse, 2009/C 85/01.

¹⁸ Se hertil afsnit 1.6.3 om den juridiske metode.

¹⁹ Lovbekendtgørelse af 2015-07-08 nr. 869.

²⁰ Wegener Jessen, 'U.2010B.159: Konkurrencelovens § 11 a og offentlig støtte med samhandelspåvirkning', 2010.

fra regelsættene. En væsentlig forskel imellem de to bestemmelser er dog, at konkurrenceloven ikke indeholder krav om, at samhandlen mellem medlemsstaterne skal påvirkes førend, at denne finder anvendelse. Konkurrenceloven er således rettet mod nationale anliggender. Af hensyn til afhandlingens omfang afgrænses der imidlertid fra en videre stillingtagen til en eventuel analog anvendelse af principper fra konkurrencelovgivningen, der kan være af relevans for afhandlingens problemstilling. Afgrænsningen fra nationale forhold medvirker som tidligere nævnt til, at der løbende i afhandlingen ikke refereres til udbudsloven, men derimod udbudsdirektivet. Dette valg beror tillige på, at der i afhandlingen afgrænses fra at foretage en komparativ analyse af de nationale udbudslovgivninger, dvs. at der afgrænses fra at sammenholde de respektive medlemsstaters implementering af udbudsdirektivet i national ret.

I statsstøtteretligt regi har afhandlingen fokus på de regler, der har berøringsflade med de udbudsretlige regler. Der afgrænses derfor fra enhver anden form for statsstøtte, som ikke er en støtte, der efter en konkurrenceudsættelse i EU gives til den vindende økonomiske aktør i forbindelse med en offentlig indkøbsprocedure efter udbudsdirektivets afsnit II.

Afhandlingens fokus er desuden på indkøb over tærskelværdierne, således at der afgrænses fra stillingtagen til indkøb af varer og tjenesteydelser under tærskelværdierne i udbudsdirektivets art. 4 samt indkøb i forbindelse med bygge- og anlægskontrakter under tærskelværdien, der i dansk ret reguleres i tilbudsloven.²¹ Herudover afgrænses fra at inddrage alle former for konkurrenceudsættelse, der udgør en variation af de traditionelle udbudsprocedurer og dermed ikke fremgår af udbudsdirektivets afsnit II.

Endelig afgrænses der af hensyn til afhandlingens omfang fra at inddrage forsikringsteori i forbindelse med de retsøkonomiske betragtninger i den interdisciplinære analyse. Dette gælder særligt den virkning, som en potentiel forsikringstegning har på de økonomiske aktørers adfærd og dermed på de incitamentsafvejninger, der lægges til grund i analysen.

²¹ Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, LBK nr. 1410 af 07/12/2007.

1.6 Metode og teoretiske overvejelser

1.6.1 Erhvervsjuridisk metode

Den erhvervsjuridiske metode udgør afhandlingens overordnede metodiske ramme og er interdisciplinær ved at integrere juridisk og økonomisk metode i forhold til virksomhedsstyring og lovforbedringsanalyser.²² Den erhvervsjuridiske metode opererer, i modsætning til den juridiske metode, med en på forhånd fastlagt problemejer, hvor analyseniveauet flyttes fra et samfundsmæssigt plan til virksomhedsniveau.²³ Ved at integrere metodologierne er ideen herefter at udlede en hensigtsmæssig virksomheds- eller lovgivningsadfærd, der reducerer potentielle konflikter. Det er samtidig en forudsætning i afhandlingen, at den økonomiske og juridiske analyse udarbejdes særskilt, således at virksomhedens problemstilling ansues ud fra selvstændig økonomisk teori og retsdogmatik for derefter at sammenkæde resultaterne i et præventivt virksomhedsperspektiv.²⁴

1.6.2 Økonomisk metode

I nærværende afhandling baseres den økonomiske analyse delvist på den neoklassiske- og ny institutionelle teori. Fælles for de to hovedretninger er, at analyseniveauet er markedet, og analyseenheden er virksomheden.²⁵ Det vurderes, at ny institutionel teori er bedst egnet til at operere med realistiske antagelser, hvorimod den neoklassiske teori, der anses som det fundamentale udgangspunkt for økonomisk teori om efficient allokering af begrænsede ressourcer,²⁶ i højere grad angiver et mere utopisk billede af virkeligheden. Den neoklassiske teori kritiseres således i høj grad for at operere med ekstreme antagelser, herunder perfekt information, fuld rationalitet, komplet homogenitet, ingen adgangsbarrierer og transaktionsomkostninger, og hvor virksomhedens beslutninger analyseres uafhængigt af hinanden. Teorien kritiseres desuden for ikke at medtage kapacitetsbegrænsninger, der ellers må antages at være aktuelt på et marked med

²² Tvarnø & Nielsen, Retskilder & Retsteorier, 2014, s. 496.

²³ Tvarnø & Nielsen, Retskilder & Retsteorier, 2014, s. 496.

²⁴ Tvarnø & Nielsen, Retskilder & Retsteorier, 2014, s. 496.

²⁵ Østergaard, Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben, 2014, s. 7.

²⁶ Østergaard, Lyngsie & Mortensen, Rets- og kontraktøkonomi - En antologi - 'Methodological differences between legal dogmatics and new institutional economics', 2016, p. 176.

konkurrenceudsatte kontrakter.²⁷ Den neoklassiske teori inddrages imidlertid som følge af, at der gives mulighed for at analysere den økonomiske aktørs prissætning *alene* på baggrund af antallet af tilbudsgivere i det pågældende tilbudsgiverfelt. Herved analyseres prissætningen uforstyrret af andre økonomiske faktorer.

I analysen inddrages markedsstrukturerne ligeledes med heterogene produkter baseret på den ny institutionelle teori, som derved i højere grad kan sammenlignes med markedets realiteter. I den ny institutionelle teori analyseres der ud fra en situation med asymmetrisk information, begrænset rationalitet, og hvor aktørerne ønsker at maksimere egne økonomiske interesser.²⁸ At den ny institutionelle teori inddrages skal særligt ses i lyset af, at teoriens antagelser anses bedst egnet til at analysere markedsstrukturerne ud fra et tilnærmelsesvist virkelighedsnært billede. Herudover muliggør teorien med dets inddragelse af produkters heterogene karakter, at det kan vurderes, hvorvidt kvaliteten af et produkt og den ordregivende myndigheds nytte forbundet hermed, får indflydelse på den økonomiske aktørs prissætning.

Ved inddragelsen af de økonomiske teorier er det imidlertid fortsat vigtigt at holde teoriernes begrænsninger og idealistiske synspunkter for øje og dermed forholde sig kritisk ved brugen heraf. Teoriernes styrke er til gengæld at beskrive forhold på forenklet vis, dvs. til at beskrive en stiliseret virkelighed, der tjener godt som modeller, hvor virkeligheden kan analyseres ud fra. Dermed kan teorierne i nogen grad betragtes som overordnede teoretiske forståelsesrammer, som ikke nødvendigvis gengiver praksis fuldstændig.

I forbindelse med analysen af markedsstrukturer inddrages teori om fuldkommen konkurrence, oligopol, monopol og duopol, herunder Bertrand-konkurrence. Ud fra en analyse af markedsstrukturerne er det herefter muligt at fastslå, hvordan de økonomiske aktører givet tilstedeværelsen af andre økonomiske aktører prissætter i en given kontrakt. Baggrunden for at teorien om Bertrand – og ikke teorien om Cournot eller Stackelberg – inddrages, er, at den prismæssige konkurrence i relation til statsstøttere reglerne forekommer

²⁷ Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 429-430, 432-433 og Cabral, *Introduction To Industrial Organization*, 2000, p. 101-107.

²⁸ Østergaard, *Julebog*, 2003, s. 272-273.

af større relevans end konkurrence om mængde.²⁹

Herudover inddrages teori om homogene og heterogene produkter for de respektive markedsstrukturer. Teorien sammenholdes herefter med en udbudssituation for at forstå, hvordan typen af et produkt kan have indvirkning på den økonomiske aktørs adfærd, dvs. prissætningen. Hvad angår heterogene produkter belyses disse produkters karakter ved inddragelse af teori om monopolistisk og oligopolistisk konkurrence, herunder duopol konkurrence. I denne sammenhæng bidrager teorien til at belyse den konkurrencemæssige fordel, som den økonomiske aktør tilegner sig igennem produktets heterogenitet.

I forlængelse heraf inddrages økonomisk teori om forhandlingsstyrke for at vurdere, hvorvidt dette har betydning for prissætningen i en kontrakt under forhandling mellem ordregiver og den økonomiske aktør. Der inddrages løbende spilteori for at vurdere den økonomiske aktørs optimale adfærd, givet at omkostningerne og gevinsterne afhænger af andre økonomiske aktørers valg.³⁰ Spilteori inddrages dermed for at eksemplificere, hvorledes de forskellige økonomiske aktørers adfærd påvirker hinanden.

1.6.3 Juridisk metode

Den juridiske analyse baseres på den juridiske metode, der er den gængse metode, som jurister³¹ i almindelighed benytter til at lokalisere og analysere de retskilder, der kan have betydning ved fastlæggelse af gældende ret.³² Gældende ret afspejler således de regler, som juristerne ud fra en fælles fagforståelse aktuelt anvender.³³ Det bemærkes hertil, at der på teoretisk plan er forskellige opfattelser af, hvorledes gældende ret verificeres.³⁴ I praksis

²⁹ Der afgrænses i den forbindelse fra omvendt licitation, se hertil afsnit 1.5.

³⁰ Neumann & Mogenstern, *Theory of Game and Economic behavior*, 1953. Spilteori bygger på metodisk individualisme, hvor den individuelle adfærd analyseres i situationer, hvor der er samspil med andre parter. Se hertil Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 128.

³¹ Terminologien ”jurister” forstås i denne sammenhæng som enhver, der skal tage stilling til et forelagt konkret retligt problem.

³² Blume, 2016, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 171.

³³ Blume, 2016, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 171.

³⁴ I moderne tid har særligt prognoseteorien som formuleret af Alf Ross i den realistiske retsteori påkaldt sig stor opmærksomhed. Prognoseteorien udspringer af retspositivismen, der verificerer ”gældende ret” ud fra et udsagn om, hvad domstolene vil statuere i en verserende sag. Retspositivismen med dets realistiske retsteori anses ifølge flere forfattere til stadighed for det retsfilosofiske udgangspunkt i Norden. Se hertil f.eks. Tvarnø & Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, 2014, s. 320 og i samme retning Wegener, *juridisk metode*, 2000, s. 8, der dels afviser den såkaldte ’metodepluralisme’. At den realistiske retsteori blev udviklet længe inden EU-retten fremmarch i dansk ret vanskeliggør imidlertid en direkte tilslutning til prognoseteorien. Efter nogle forfatters opfattelse kan der som modsvar hertil opstilles en

udgør denne teoretiske sondring imidlertid ikke større tvivl om, hvornår reglerne er gældende.³⁵

Retskilder

Retskilder er det centrale værktøj i den juridiske metode.³⁶ Det er således afgørende at fastlægge de enkelte retskilders juridiske betydning ved at foretage en fortolkning og udfyldning, der afspejler juristernes fælles opfattelse heraf.³⁷ I nærværende sammenhæng vil der ikke blive redegjort for retskilderne generelt, idet læseren formodes at være bekendt med disse. Derimod vil der blive redegjort for de retskilder, der konkret inddrages i den juridiske analyse og dermed de relevante retskilder, der forventes anvendt for det pågældende retsområde. Det bemærkes hertil, at der – uanset den tillagte værdi af retskilderne i analysen – grundlæggende ikke findes nogen uniform hierarkisk inddeling af retskilderne.³⁸

Opbygning og fortolkning

Indledningsvist i analysen belyses det statsstøtteretlige retsgrundlag, herunder særligt statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, med dets betingelser og formål, som har en høj

variant af prognoseteorien, hvorefter EU-retten - som følge af EU-rettens forrang - kan antages at blive inddraget af de danske domstole i sine afgørelser, dvs. en videreudvikling til europæisk retsrealisme. Se hertil Tvarnø & Nielsen, Retskilder & Retsteorier, 2014, s. 535. At ”gældende ret” kun kan verificeres af domstolene kritiseres imidlertid allerede første gang i 1973 af Zahle, ’Kritik af en retsteori - om Alf Ross’ opfattelse af retsvidenskaben’, samt senere i ’Findes der kun én bevisret?’, s. 447. I samme retning se hertil Blume, Polycentri og monocentri om retskilder og gældende ret, 1990, s. 5. Det vurderes imidlertid ikke af relevans for afhandlingen at diskutere dette verifikations spørgsmål nærmere.

³⁵ Blume, 2016, Retssystemet og juridisk metode, s. 364.

³⁶ Blume, 2016, Retssystemet og juridisk metode, s. 179.

³⁷ Blume, 2016, Retssystemet og juridisk metode, s. 174.

³⁸ Et aspekt af metodeanvendelsens ensartethed vedrører spørgsmålet, om retskilde- og fortolkningsprincipperne er uniforme i den forstand, at de tillægges samme indhold eller gyldighed, uanset hvilket retsområde det foreliggende konkrete retsspørgsmål stammer fra. Svaret herpå må være delvist benægtende, eftersom visse grundlæggende principper utvivlsomt finder universal anvendelse, mens andre kilder kan have skiftende betydninger, alt efter hvilket retsområde man står over for. Se hertil Wegener, Juridisk metode, 2000, s. 8. Forholdet omtales undertiden som retskildepolycentri, der er en nyere retsvidenskabelig erkendelse af, at dannelsen af retskilder i forskellige fora i det moderne samfund kan resultere i, at en retskilde kan have forskellig virkning for forskellige retsanvendere. Se hertil f.eks. Zahle, Retlig polycentri, 1993, s. 37-38. I samme retning se ligeledes Zahle, Polycentri i retskildelæren, s. 752 samt Retsdogmatik & Retskritik, s. 45. Det faktum, at retsanvenderen i almindelighed ikke har udsigt til succes ved at anvende sin egen metode til at systematisere retskilderne medfører dermed, at hvad der ikke forventes accepteret af domstolene som relevant retskildemateriale eller som relevante fortolkningssynspunkter, må saneres væk som værende uinteressante. Dermed ender man ud i en metodeopfattelse svarende til den metodepraksis, som kan påvises hos domstolene.

retskildemæssig værdi.³⁹ I forlængelse heraf kortlægges relevante bestemmelser i procedureforordningen⁴⁰ med henblik på at belyse den økonomiske aktørs retsstilling i tilfælde af, at en udbetaling af offentlige midler betragtes som statsstøtte i TEUF art. 107, stk. 1's forstand. Ved fortolkningen af disse bestemmelser inddrages særligt ordlydsfortolkning samt behæftet retspraksis.

Efter at have fastlagt det relevante statsstøtteretlige retsgrundlag introduceres formålet med det udbudsretlige retsgrundlag sammenholdt med det statsstøtteretlige retsgrundlag. Hertil anlægges en objektiv formålsfortolkning for at nå frem til den mest formålstjente forståelse ud fra EU's målsætninger. Herefter belyses de formaliserede udbudsprocedurer i udbudsdirektivets afsnit II særligt med henblik på at fastlægge en udmåling af den prismæssige konkurrence. I denne forbindelse inddrages tillige økonomiske refleksioner som hjælperedskab til en bedre faktuel forståelse heraf. Økonomien er ikke en retskilde i sig selv, men anses som relevant, eftersom 'det indre marked'⁴¹ indebærer økonomiske formål, som spiller en stadig større rolle for EU-Domstolen og Retten.⁴² Graden af den prismæssige konkurrence har herefter relevans for den videre vurdering af, om prisen i tilbuddet harmonerer med den reelle markedspris. Hvorvidt prisen i tilbuddet modsvarer den reelle markedspris er herefter af afgørende betydning for, om betalingstransaktionen mellem ordregiver og den økonomiske aktør kan betragtes som en økonomisk fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand.

I den konkrete vurdering af, om prisen i et tilbud modsvarer markedsprisen, og dermed ikke betragtes som en økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1, inddrages EU-Domstolens praksisudviklede princip om den markedsøkonomiske aktør.⁴³ Generelt indebærer princippet prøvelse af, om en økonomisk transaktion, der udføres af offentlige

³⁹ De primære retskilder har ud fra en fælles juridisk forståelse en højere retskildemæssig værdi end de sekundære retskilder. De sekundære retsforskrifter må således ikke stride imod de primære retsforskrifter, ligesom sidstnævnte kan benyttes til at fortolke og udfylde de sekundære retsforskrifter. Se hertil Blume, Retssystemet og juridisk metode, 2016, s. 276.

⁴⁰ Se hertil afsnit 3.2.3.1.

⁴¹ Definition: *"EU's indre marked er et fælles marked, hvor varer, tjenesteydelser, kapital og personer kan bevæge sig frit, og hvor de europæiske borgere frit kan leve, arbejde, studere og udøve erhvervsvirksomhed"* jf.

http://eurlex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=da&root_default=SUM_1_COD_ED%3D24, besøgt d. 10-05-2017.

⁴² Hansen og Werlauff, Den juridiske metode, 2016, s. 168.

⁴³ Se afsnit 3.4.1 om markedsaktørtesten, samt Bilag 1.

organer, foregår på almindelige markedsvilkår og dermed, om der tildeles en økonomisk fordel til den økonomiske aktør. For at vurdere, hvorvidt en betalingstransaktion i forbindelse med almindelige offentlige indkøb overhovedet kan indebære en økonomisk fordel, der skal vurderes efter den markedsøkonomiske aktørtest, inddrages retspraksis fra både EU-Domstolen, Retten og Kommissionen. I denne forbindelse drages særligt analoge slutninger fra den retspraksisudviklede 'private sælgertest'⁴⁴.

Retspraksis fra EU-Domstolen har særlig stor retskildemæssig værdi (præjudikatværdi), da EU-Domstolen er sidste instans, og præmisserne udelukkende udtaler sig om retstilstanden på et område, dvs. om jus.⁴⁵ Det bemærkes hertil, at tidligere afgørelser afsagt af EU-Domstolen, Retten eller Kommissionen ikke har nogen bindende virkning for EU-Domstolen i senere afgørelser.⁴⁶ Hierarkisk set gradueres der ikke mellem afgørelser fra henholdsvis EU-Domstolen og Retten.⁴⁷ Derimod vil afgørelser fra Kommissionen ikke have samme retskildemæssige værdi, da disse kun er bindende for de adressater, afgørelsen er rettet til.⁴⁸

Kommissionens statsstøttemeddelelser inddrages i den forbindelse for en nærmere forståelse af 'det markedsøkonomiske aktørprincip'. Kommissionens statsstøttemeddelelser betragtes som ikke-bindende sekundær regulering og har i sin natur ingen bindende virkning,⁴⁹ men inddrages undertiden af EU-Domstolen som støtte i fortolkningen af den bindende regulering.⁵⁰ Indirekte kan statsstøttemeddelelserne således gradvist blive forpligtende. Kommissionens statsstøttemeddelelser har derimod bindende

⁴⁴ Se afsnit 3.4.1 om markedsaktørtesten, samt Bilag 1.

⁴⁵ Hansen og Werlauff, Den juridiske metode, 2016, s. 156.

⁴⁶ I modsætning til stare decisis-princippet i engelsk ret. Se hertil Wegener, Juridisk metode, 2000, s. 215.

⁴⁷ Wegener, Juridisk metode, 2000, s. 219.

⁴⁸ Wegener, Juridisk metode, 2000, s. 211.

⁴⁹ Formelt binder meddelelserne hverken EU-Domstolen eller de nationale retter. Se hertil Wegener, Juridisk metode, 2000, s. 213.

⁵⁰ Se hertil den empiriske undersøgelse i Oana Stefans artikel: 'Hybridty before the Court: a Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law', 2012, p. 18-19. I undersøgelsen henvises bl.a. til de forenede sager, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk rørindustri, præmis 223, hvor det udtrykkeligt blev angivet, at vejledende regler i betragtning af deres retsvirkninger og deres generelle rækkevidde principielt omfattes af begrebet 'ret' i EMK's art. 7, stk. 1's forstand. Herudover henvises i artiklen til Rettens dom T-115/94, Opel Austria v Council of the European Union, præmis 117, hvor det angives, at soft law betragtes som en del af *acquis communautaire*, dvs. EU's samlede regelværk.

virkning over for den selv, hvorfor Kommissionen ofte refererer hertil i sine afgørelser.⁵¹ Ved Kommissionens offentliggørelse af en meddelelse skabes hos personer og virksomheder – som følge af Kommissionens udøvende magt – en *forventning* om, at lovgivningen vil blive administreret således, som det fremgår af meddelelsen, indtil der måtte blive offentliggjort meddelelse om andet. Herved tilskrives en ret som følge af et princip om beskyttelsesværdige forventninger.⁵² Dette skyldes bl.a., at Kommissionens meddelelser instruerer ordregiverne (medlemsstaterne) i en forståelse og efterlevelse af lovgivningen. Henset til at traktatbestemmelserne er vanskelige at håndtere, og at en overtrædelse heraf kan medføre alvorlige følger, er meddelelserne desuden af betydelig praktisk interesse særligt for erhvervsvirksomheder.⁵³ Uanset at Kommissionens meddelelser ikke selvstændigt kan betragtes som en retskilde, må en sådan tilkendegivelse afgivet af Kommissionen således alligevel tænkes at spille en vis – omend forholdsvis beskeden – retskildemæssig rolle.⁵⁴

Afslutningsvist i analysen vurderes det, om der kan drages analogi-slutninger fra nærliggende retsområder med henblik på at udspecificere og klarlægge, om udbetaling af offentlige midler ved offentlige indkøb kan betragtes som en økonomisk fordel. Konkret vurderes det, om der kan drages analogi-slutninger fra retspraksis vedrørende public serviceindkøb, herunder ved sammenholdelse mellem '*Meddelelse fra kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregele på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse*'⁵⁵ (herefter '*statsstøttemeddelelsen for public serviceindkøb*') og statsstøttemeddelelsen for almindelige offentlige indkøb. Der anvendes hertil en præciserende fortolkning, hvor pragmatiske hensyn er udslagsgivende for valget mellem flere tydninger, der alle er mulige og rimelige ud fra en naturlig sproglig forståelse. Herudover vurderes det, om der kan drages analogi-slutninger fra retsområdet for 'unormalt lave tilbud', der reguleres i udbudsdirektivets art. 69. Der anvendes i den forbindelse udvidende fortolkning, hvor pragmatiske hensyn taler for at benytte reglerne

⁵¹ Jf. T-7/89, præmis 53.

⁵² Se hertil i samme retning for så vidt angår cirkulærer i Hansen & Werlauff, Den juridiske metode, 2016, s. 165.

⁵³ Wegener, Juridisk metode, 2000, s. 213.

⁵⁴ Wegener, Juridisk metode, 2000, s. 213.

⁵⁵ '*Meddelelse fra kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregele på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse*', 2012/C 8/4.

for 'unormalt lave tilbud', som efter en naturlig sproglig forståelse ellers utvivlsomt falder uden for anvendelsesområdet for en hypotetisk regel om 'unormalt høje tilbud'.

1.6.4 Interdisciplinær metode

I den interdisciplinære analyse løftes afhandlingen fra et primært analyserende niveau til et primært analyserende og vurderende niveau. Der er tale om en retspolitisk analyse, hvor betydningen af eksisterende regler, samt effekterne ved at skabe større juridisk klarhed, og en justering heraf forklares ud fra videnskabelig økonomisk teori.⁵⁶

Den retspolitiske analyse indledes med en gennemgang af juridiske og økonomiske betragtninger om den eksisterende retstilstand samt mulighederne for et opgør med den juridiske uklarhed. Disse videnskabelige betragtninger udmøntes herefter i en retspolitisk anbefaling om, hvordan loven *bør forstås* af domstolene (*'de sententia ferenda'*). Den retspolitiske anbefaling udformes af forfatterne bag afhandlingen som en udtalelse rettet imod de retsanvendende myndigheder, der på statsstøtteområdet særligt udgør Kommissionen, men også Retten og EU-Domstolen.⁵⁷ Den retspolitiske anbefaling vil i den forbindelse bero på loyal fortolkning af formålet med retsreglerne samt økonomisk videnskabelige betragtninger.

På baggrund af denne anbefaling vurderes det, hvorledes en justering (som tilføjelse) af forpligtelsen til efterlevelse af den konkrete udtalelse kan bidrage til en mere efficient retstilstand for de økonomiske aktører. Vurderingen heraf baseres på besvarelsen af to underspørgsmål, hvorefter der udarbejdes en udtalelse om, hvordan retsstillingen på retsområdet *bør være* (*'de lege ferenda'*). Udtalelsen er således rettet imod de lovgivende institutioner på EU-niveau. Det bemærkes, at analysen ikke har fokus på traditionel

⁵⁶ Ifølge Alf Ross kan kun den del af retspolitikken, der bygger på retssociologiske studier, betegnes som retsvidenskab og ikke konklusioner af ren normativ og anbefalende karakter. Det har i denne forbindelse været diskuteret, om økonomisk teori kan indgå som retsvidenskab, og dette må besvares bekræftende, eftersom anvendelse af økonomiske studier kan karakteriseres som videnskabelige, så længe denne teori er forankret i økonomisk metodologi og videnskabsteori, jf. hertil Tvarnø & Nielsen, *Retskilder & Retsteorier*, 2014, s. 497-498. På denne baggrund ansues analysen dermed som en retspolitisk videnskabelig analyse, hvor den økonomiske teori som forklaringsmekanisme på lige fod med retssociologien inddrages for på objektivt grundlag at angive, hvordan reguleringen bør forstås og udformes for at opfylde sit overordnede formål.

⁵⁷ Ifølge Peter Blume er det en smagssag, om man vil betegne udtalelser, der er rettet til afgørelsesinstanser, som retspolitiske, men da retspraksis ofte vedrører en regel, der er åbent formuleret, forekommer det nærliggende at benytte denne karakteristik. Se hertil, Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2016, s. 355.

retspolitisk virksomhed. Analysen beskæftiger sig således ikke med det lovforberedende arbejde, udformning af administrative forskrifter og hvad der ellers måtte være forbundet hermed. Der arbejdes dermed overordnet med mere fritstående overvejelser i den retspolitiske analyse.

I 1. *underspørgsmål*⁵⁸ undersøges det, hvilken form for ansvar der sikrer størst muligt incitament for parterne til at overholde statsstøttere reglerne. I 2. *underspørgsmål*⁵⁹ undersøges, hvilken ansvarsform og -fordeling der bør implementeres ud fra en inddragelse af betragtninger om transaktionsomkostninger.

I besvarelsen af disse underspørgsmål er der valgt en kontraktøkonomisk tilgang på baggrund af den ny institutionelle teori, som danner rammerne for virksomhedens analyseniveau. Denne tilgang er særligt karakteriseret ved at fokusere på kontraktforholdet mellem ordregiver og den økonomiske aktør.⁶⁰ Kontraktforholdet indebærer i denne sammenhæng både elementer af juridisk og økonomisk karakter, hvorfor den kontraktøkonomiske tilgang kan anskues som en del af den erhvervsjuridiske metode.⁶¹

Teori om parternes risikoallokering⁶² inddrages med henblik på at fastlægge, hvilket ansvar der sikrer størst incitament til at efterleve statsstøttere reglerne. I den forbindelse inddrages en række teoretiske ansvarsformer som behandlet af Steven Shavell⁶³ for at skabe en forståelse af, hvilken ansvarsform der i den konkrete situation bedst opfylder dette formål. De ansvarsformer, som fremhæves, sammenkædes herefter med en analyse af transaktionsomkostningerne, hvorefter de pågældende transaktionsomkostninger før og efter kontraktindgåelsen forbundet med statsstøttere reglerne overholdelse fastlægges. I analysens behandling af transaktionsomkostninger tages primært udgangspunkt i teorien udarbejdet af Oliver E. Williamson⁶⁴, der bl.a. bygger på Coase-teoremet som udviklet af Ronald Coase.⁶⁵ Inddragelse af teorien vedrørende transaktionsomkostninger vil

⁵⁸ Se afsnit 4.3.

⁵⁹ Se afsnit 4.3.

⁶⁰ Tvarnø & Nielsen, Retskilder & Retsteorier, 2014, s. 488.

⁶¹ Østergaard, Julebog, 2003, s. 284.

⁶² Herunder de teoretiske ansvarsmodeller som opstillet af Steven Shavell i 'Discussion paper no. 396, economic analysis of accident law', 2002.

⁶³ Shavell, Discussion paper no. 396, economic analysis of accident law, 2002.

⁶⁴ Williamson, The Economic Institutions of Capitalism, Rand Journal of Economics, 1986, p. 1.

⁶⁵ Coase, The nature of the firm, 1937, p. 386-406.

udelukkende berøre væsentlige og relevante dele af teorien. At der ikke tages udgangspunkt i f.eks. Coase-teoremet som udviklet af Ronald H. Coase skyldes særligt, at en forudsætning om rationelle aktører samt få eller ingen transaktionsomkostninger i forbindelse med et EU-udbud i praksis forekommer uopnåeligt. Coase-teoremets anvendelighed er desuden kritiseret af flere teoretikere.⁶⁶ Teori om principal-agent-forhold vil desuden løbende inddrages for at understøtte de respektive afvejninger af incitamenter og transaktionsomkostninger.

I afvejningen af transaktionsomkostninger er det en væsentlig forudsætning, at der med den øgede fokus på statsstøtteregele i forbindelse med almindelige offentlige indkøb forventes en længere række af klagesager og dermed en forventet forøgelse af transaktionsomkostningerne efter kontraktindgåelsen. Herudover forudsættes det, at der foreligger store transaktionsomkostninger for samfundet forbundet med forvridning af konkurrencen på 'det indre marked', når statsstøttebetalinger ikke opdages. De forventede transaktionsomkostninger, som vil være forbundet hermed, er imidlertid vanskelige at verificere.⁶⁷ Der er dog baggrund for at antage, at transaktionsomkostningerne vil være af omfattende omfang og dermed udgøre en tungtvejende bestanddel af den samlede afvejning af transaktionsomkostningerne før og efter kontraktindgåelsen.

Afslutningsvist inddrages afvejningen af transaktionsomkostningerne i en nytteomkostningsanalyse. Analysen rettes således imod den mest effektive ressourceudnyttelse.⁶⁸ I analysen inddrages Pareto- og Kaldor-Hicks-kriteriet med henblik på at foretage en konsekvensanalyse af den samlede transaktionsomkostningsafvejning.⁶⁹ Kriterierne fungerer således som værktøj til at forklare påvirkningen af parternes nytte ved justering af retsgrundlaget.

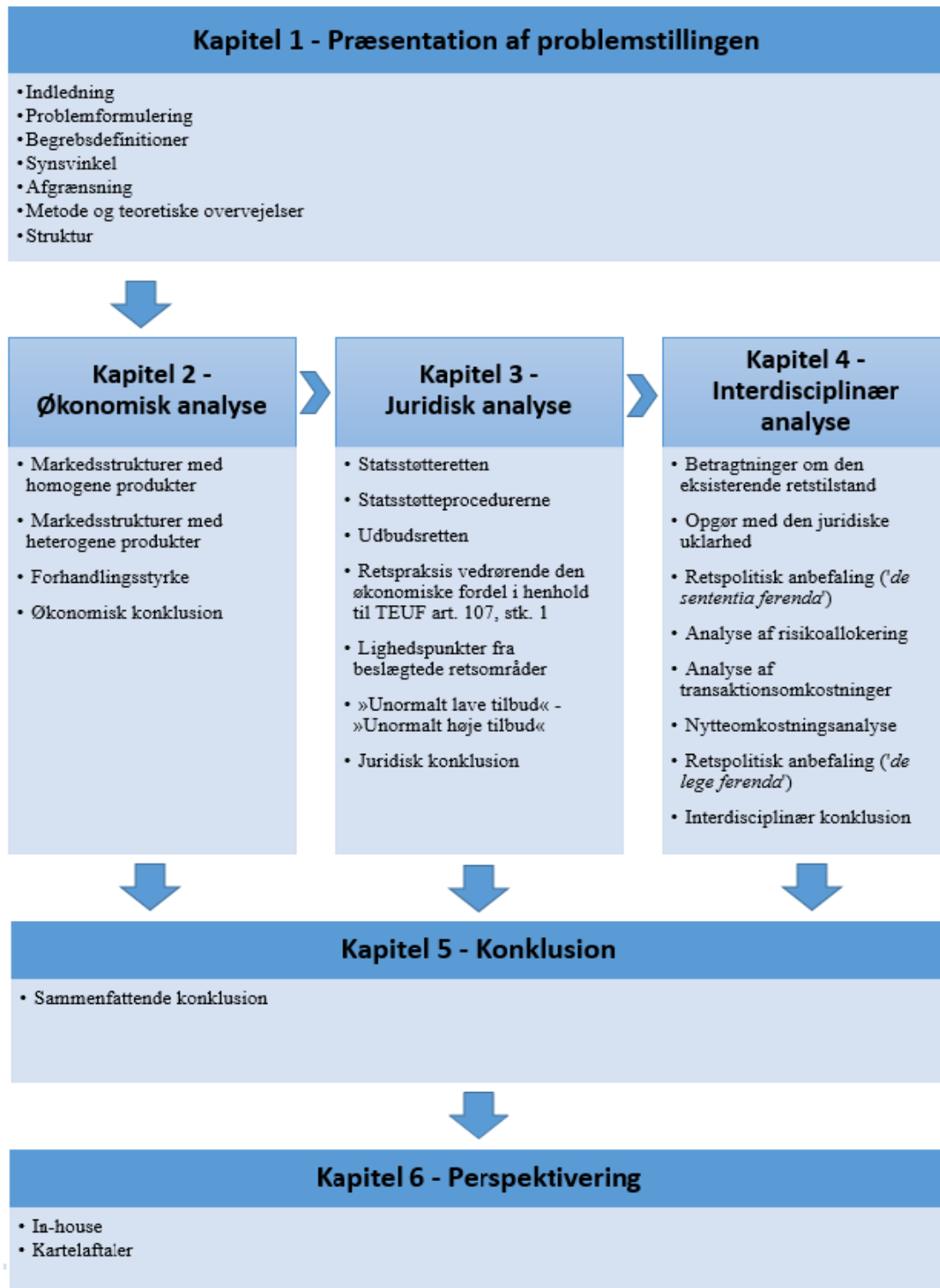
⁶⁶ Johnson, 'Meade, Bees and Externalities', 1973, p. 35-52, Thaler, *Misbehaving*, 2015 samt Eide & Stavang, 2008, p. 138.

⁶⁷ En nærmere konkretisering af transaktionsomkostningernes omfang må bero på eventuelle empiriske studier og forskning i fremtiden.

⁶⁸ Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 112.

⁶⁹ For definition af begreberne se afsnit 4.6.

1.7 Struktur



Kapitel 2 - Økonomisk analyse

Nærværende kapitel vil i overensstemmelse med det økonomiske arbejdsspørgsmål besvare følgende:

*”Hvilken adfærd udviser økonomiske aktører på et marked med konkurrenceudsatte kontrakter, og hvilken indflydelse har denne adfærd på prisfastsættelsen i et tilbud?”*⁷⁰

2.1 Indledning

Formålet med den økonomiske analyse er at undersøge de økonomiske aktørers adfærd på et marked med offentlige konkurrenceudsatte kontrakter. Adfærd betragtes i den forbindelse som de økonomiske aktørers prissætning i et tilbud. I den forbindelse er det særligt relevant at belyse, hvordan de forskellige markedsstrukturer har indflydelse på de økonomiske aktørers prissætning.⁷¹ Dette da antallet af tilbudsgivere på et givent marked har afgørende betydning for markedsstrukturen. De respektive markedsstrukturer kan herefter om muligt sammenholdes med tilbudsgiverfeltet for de konkrete udbudsprocedurer.

Herudover er det relevant at vurdere, hvorvidt typen af anskaffelse har indvirkning på den økonomiske aktørs prissætning i et tilbud, dvs. hvilken indflydelse et marked med henholdsvis homogene og heterogene anskaffelser har for de økonomiske aktørers adfærd.⁷² I udbudsregi kan anskaffelsens karakter have betydning i relation til ordregivers præference for kvalitet og dermed for den økonomiske aktørs prissætning. Dette forhold vil i en udbudssituation være af relevans ved en sammenligning af tildelingskriterierne ’pris’ og ’bedste forhold mellem pris og kvalitet’ i forbindelse med en udbudsprocedure. I den henseende vil en anskaffelse efter tildelingskriteriet ’pris’ være at betegne som et homogent produkt, mens en anskaffelse efter tildelingskriteriet ’bedste forhold mellem pris og kvalitet’ vil udgøre et heterogent produkt.

Det forekommer tvivlsomt, at alle økonomiske aktører i forbindelse med en udbudsprocedure forbinder tildeling af statsstøtte med afgivelsen af et tilbud. Dette kan til

⁷⁰ Se afhandlingens problemformulering i afsnit 1.2.

⁷¹ Se afsnit 2.3 og 2.4.

⁷² Se afsnit 2.2.

dels skyldes den begrænsede retspraksis på området og dermed manglen på konkrete sager.⁷³ På denne baggrund inddrages de økonomiske virkninger forbundet med ulovligt tildelt statsstøtte ikke i vurderingen af de økonomiske aktørers prissætning. Først i den juridiske analyse vil det blive belyst, om tildeling af ulovlig statsstøtte kan få betydning for den økonomiske aktør.

På baggrund af ovenstående belyses dermed forskellen mellem homogene og heterogene anskaffelser. Derefter vil det blive analyseret, hvorvidt de respektive markedsstrukturer med henholdsvis homogene og heterogene anskaffelser har indflydelse på de økonomiske aktørers prissætning.

2.2 Homogene og heterogene markeder

Helt overordnet skelnes der mellem homogene og heterogene markeder. Et homogent marked vil bl.a. være karakteriseret ved, at ordregiver opfatter de tilbudte vare/tjenesteydelser som identiske uafhængigt af, hvilken økonomisk aktør der f.eks. har produceret disse. Det betyder, at ordregiver vil være indifferent i forhold til valg af leverandør. 'Komplet homogenitet' foreligger i denne sammenhæng, når substitutionselasticiteten er uendelig.⁷⁴ Substitutionselasticiteten er et økonomisk parameter for, hvor tilbøjelig køber vil være til at substituere til et andet produkt, såfremt prisen stiger.⁷⁵ Homogene produkter vil typisk ses på markeder med høj konkurrenceintensitet.⁷⁶ Set herudfra vil ordregiver i en udbudssituation således udelukkende have fokus på prisen. Offentlige indkøb af homogene anskaffelser ses typisk via indkøbssammenslutninger som eksempelvis statens og kommunernes indkøbscentral.

Et heterogent marked er karakteriseret ved, at ordregiver kan adskille de økonomiske aktørers varer og tjenesteydelser fra hinanden. Som eksempel kan nævnes, at varerne eller tjenesteydelserne er forskellige hvad angår markedsføring, emballage, design, holdbarhed eller den service og rådgivning, der er knyttet til produktet. Der kan ligeledes være tale om et heterogent produkt, såfremt den økonomiske aktør besidder et patent eller en særlig unik

⁷³ Ølykke, The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law, p. 510.

⁷⁴ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010 p. 112.

⁷⁵ International Markedsføring, Andersen, Jensen, Jepsen, Olsen & Schmalz, 2011 s. 526.

⁷⁶ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 112.

løsning, som giver en konkurrencemæssig fordel. Det afgørende er, at ordregiver vurderer, at produktet adskiller sig ved at give højere nytte end andre produkter. Som følge heraf vil økonomiske aktører, som besidder en konkurrencemæssig fordel, potentielt kunne tage en højere pris for produktet.⁷⁷ Dette vil navnlig forekomme i tilfælde, hvor substitutionselasticiteten er meget lav, hvilket er tilfældet med heterogene produkter.⁷⁸ Den konkurrencemæssige fordel bevirker herefter, at den økonomiske aktør kan adskille sig fra de andre konkurrenter i en sådan grad, at ordregiver vil være villig til at betale en langt højere pris for anskaffelsen. Det må i denne sammenhæng formodes, at økonomiske aktører, der agerer på et heterogent marked, har større forhandlingsstyrke. Dette uddybes yderligere i afsnit 2.6 nedenfor.

2.3 Markedsstrukturer med homogene produkter

Foruden anskaffelsestypen har særligt karakteren af markedsstrukturen indflydelse på de økonomiske aktørers prissætning.⁷⁹ I det følgende afsnit beskrives således de forskellige markedsstrukturer for henholdsvis homogene og heterogene anskaffelser.

2.3.1 Fuldkommen konkurrence

For at klarlægge de økonomiske aktørers adfærd på et marked med fuldkommen konkurrence er det relevant først at belyse teorien om udbud og efterspørgsel, der må anses som fundamentet for prissætningen i enhver kontrakt uanset den pågældende markedsstruktur. Ifølge teorien om udbud og efterspørgsel vil et marked med offentlige kontrakter være kendetegnet ved at omfatte ordregivere, der agerer som indkøbere, samt økonomiske aktører, der leverer varer og tjenesteydelser.⁸⁰ Når ordregivers forhold skal iagttages, benyttes efterspørgselskurven. Kurven er kendetegnet ved at være en nedadgående kurve – 'law of demand' – som viser, at efterspørgslen stiger i takt med, at prisen falder.⁸¹ Når man omvendt ønsker at iagttage den økonomiske aktørs forhold,

⁷⁷ International Markedsføring, Andersen, Jensen, Jepsen, Olsen & Schmalz, 2011 s. 527. Eksterne faktorer så som konkurrencesituationen har indvirkning på prisfastsættelsen.

⁷⁸ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 114.

⁷⁹ International Markedsføring, Andersen, Jensen, Jepsen, Olsen & Schmalz, 2011 s. 527.

⁸⁰ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 26.

⁸¹ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 28.

anvendes udbudskurven. Kurven er kendetegnet ved at være opadgående – 'law of supply' – hvormed den økonomiske aktør vil levere en større mængde, såfremt prisen stiger.⁸²

Markedsstrukturen fuldkommen konkurrence er kendetegnet ved, at aktørerne på markedet ikke kan påvirke anskaffelsens pris.⁸³ Teorien om fuldkommen konkurrence bygger på 5 betingelser, som skal være opfyldt, førend der er tale om fuldkommen konkurrence; 1) der skal være mange økonomiske aktører på markedet, 2) de økonomiske aktører sælger homogene produkter, 3) de økonomiske aktører er pristagere, 4) der er fri indgangs- og exitbarriere for de økonomiske aktører, hvilket indebærer, at der er lige adgang til markedet for alle, og 5) både ordregiver og tilbudsgiver har perfekt information.⁸⁴

Teorien er endvidere baseret på præmissen om, at de økonomiske aktører altid agerer profitmaksimerende, hvorfor de altid vil levere den mængde, der bevirker den størst mulige gevinst.⁸⁵ Ved fuldkommen konkurrence vil den økonomiske aktørs prissætning være begrænset af, at prisen ikke sættes højere end de andre økonomiske aktørers pris, da aktøren med højest pris i så fald ikke vil afsætte noget, da ordregiver da blot vil substituere produktet og indkøbe det til lavest mulige pris hos en anden økonomisk aktør. I en sådan situation er priselasticiteten således høj og afsætningen dermed meget elastisk.⁸⁶ Dette bevirker, at prisen er lig med de marginale omkostninger⁸⁷ (herefter 'MC') grundet konkurrencesituationen.⁸⁸

Under fuldkommen konkurrence vil ligevægten mellem pris og produceret mængde indfinde sig, når udbuds- og efterspørgselskurven for ordregiver og de økonomiske aktører mødes. Dette er illustreret i nedenstående Figur 1, hvor ligevægten er udtryk for markedsprisen under markedsstrukturen fuldkommen konkurrence.

⁸² Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 28.

⁸³ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 366.

⁸⁴ Cabral, Introduction To Industrial Organization, 2000, p. 85.

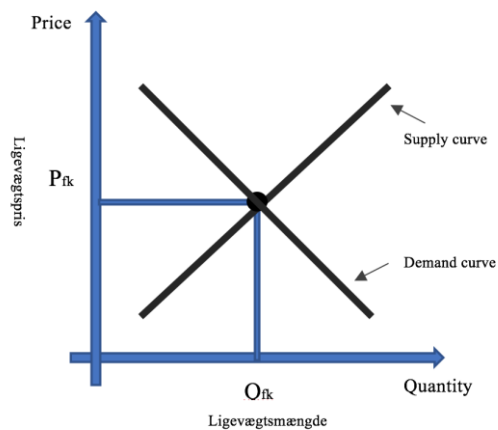
⁸⁵ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 334-337.

⁸⁶ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 372.

⁸⁷ 'Marginale omkostninger' defineres i afsnit 2.3.3.

⁸⁸ Cabral, Introduction To Industrial Organization, 2000, p. 86.

Figur 1 - Udbud og efterspørgsel under fuldkommen konkurrence



Kilde: Inspiration fra Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 29.

2.3.2 Oligopol - duopol

Et oligopol er karakteriseret ved, at der optræder et mindre antal af udbydere på et marked, og hvor disse hver især har en vis grad af kontrol over markedet. På et marked med oligopol agerer de økonomiske aktører ud fra deres dominerende strategier, hvilket vil sige, at de agerer bedst muligt ud fra, hvordan de øvrige økonomiske aktører agerer.⁸⁹ Denne indbyrdes afhængighed mellem de økonomiske aktører kan føre til implicitte og eksplicitte samordninger mellem aktørerne på markedet, hvorved f.eks. karteldannelse kan føre til, at markedsstrukturen i praksis ændres til et monopol. I udbudssammenhæng kan denne markedsstruktur være af relevans for forståelsen af prissætningen i forbindelse med konsortier. Dog ligger dette uden for afhandlingens analysefelt, hvorfor det kun vil blive vurderet, hvordan markedsstrukturen oligopol påvirker de økonomiske aktørers ageren. Markedsstrukturen oligopol kan i praksis antages at være grundlaget for den konkurrence, der skabes, når ordregiver anvender udbudsformen 'offentligt udbud'.⁹⁰

Duopol - samme MC ('Bertrand-paradokset')

Markeder med alene to økonomiske aktører betegnes som et duopol.⁹¹ Under duopolistisk konkurrence vil de økonomiske aktører henset til 'Bertrand-paradokset'⁹² være nødsaget

⁸⁹ Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 415.

⁹⁰ For en nærmere gennemgang af offentlig udbud se afsnit 3.3.2.1 i den juridiske analyse.

⁹¹ Cabral, *Introduction To Industrial Organization*, 2000, p. 101.

⁹² 'Bertrand-paradokset' beskriver grundlæggende, at økonomiske aktører, der opererer under duopol, prissætter som under fuldkommen konkurrence. Se hertil afsnit 2.3.2.

til at vurdere konkurrentens ageren.⁹³ På et duopol-marked vil de to økonomiske aktører således konkurrere på produktets pris, som aktørerne fastsætter simultant.⁹⁴ Prissætningen har dermed afgørende betydning, da den økonomiske aktør, der sætter den laveste pris, vil vinde udbuddet. Såfremt de to økonomiske aktører sætter den samme pris, vil aktørerne teoretisk set skulle dele udbuddet. Dette er imidlertid sjældent praktisk muligt, da et udbud som udgangspunkt ikke kan deles mellem flere tilbudsgivere, medmindre det er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Herudover vil tilbudsgiver i en udbudssituation realistisk set aldrig have den samme MC, der netop er en forudsætning for 'Bertrand-paradokset'.

For at belyse 'Bertrand-paradokset' opstilles følgende scenarie:

Det antages, at MC for de økonomiske aktører er 18, og prisen er givet ved $P = 36 - 3Q$, hvor Q angiver den samlede mængde, der leveres.

Da det vides, at $P = MC$ vil dette føre til $36 - 3Q = 18 \Leftrightarrow 36 - 18 = 3Q \Leftrightarrow \frac{18}{3} = \frac{3Q}{3} \Leftrightarrow Q = 6$

Med antagelsen om, at de økonomiske aktører har identiske omkostninger, vil q for den økonomiske aktør A være det samme som den økonomiske aktør B, altså $q_1 = q_2 = \frac{Q}{2} = \frac{6}{2} = 3$. Det betyder, at hver økonomisk aktør teoretisk set producerer 3 enheder.

Da de økonomiske aktører har identiske omkostninger og ingen kapacitetsbegrænsninger, vil profitten (π) i virksomhed A (π_A) være den samme som profitten i virksomhed B (π_B). Profitten udgør herefter: $(3 \cdot 18) - (3 \cdot 18) = 0$. Den samlede profit for de to økonomiske aktører (π_T) er dermed 0.

Ovenstående betyder, at såfremt den ene økonomiske aktør kan sænke sine MC til under 18, vil denne have mulighed for at sænke prisen yderligere og vinde udbuddet, altså $Q = 6$. Hvis denne samtidig sætter prisen højere end den nye MC, men lavere end konkurrentens MC, vil denne begynde at skabe profit (π). Denne situation vil blive nærmere analyseret senere i afhandlingen.⁹⁵

⁹³ Cabral, Introduction To Industrial Organization, 2000, p. 104.

⁹⁴ Cabral, Introduction To Industrial Organization, 2000, p. 102.

⁹⁵ Se afsnit 2.4.3.2.

Som tidligere beskrevet vil ordregiver ved markeder med homogene produkter være indifferent i forhold til valg af økonomisk aktør. Således vil ordregivers valg af aktør udelukkende blive foretaget ud fra anskaffelsens pris. Såfremt de økonomiske aktører har den samme MC, foreskriver 'Bertrand-paradokset' som anført ovenfor, at konkurrencen vil føre til, at prisen bliver lig med MC. Det skyldes, at den ene økonomiske aktør altid vil have incitament til at sætte prisen marginalt under konkurrentens, idet den økonomiske aktør med laveste pris vil vinde udbuddet. Dermed vil prisen blive $P = MC$, hvorfor profitten for de økonomiske aktører vil blive 0, hvilket betegnes som 'Bertrand-paradokset'. Prisen vil dog altid kun falde til de marginale omkostninger, idet de økonomiske aktører ellers vil have negativ profit. 'Bertrand-paradokset' foreskriver således, at når der er to økonomiske aktører, vil dette bevirke, at prisen bliver den samme som under fuldkommen konkurrence. I den forbindelse er det desuden værd at bemærke, at denne ligevægtspris vil være en Nash-ligevægt⁹⁶, da begge økonomiske aktører, givet den anden økonomiske aktørs ageren, vil vælge at sætte prisen lig med MC.

'Bertrand-paradokset' kan spilteoretisk illustreres i en 'simultan spilmatrice'⁹⁷. Nedenstående spilmatrice kan i denne forbindelse anvendes til at studere den økonomiske aktørs optimale adfærd, givet at omkostninger og gevinster afhænger af andre økonomiske aktørers adfærd.

Tabel 1 - Spilmatrice for 'Bertrand-paradokset'

'Bertrand-paradokset'		Tilbudsgiver B		
		Høj pris	Mellempri	Lav pris
Tilbudsgiver A	Høj pris	(6, 6)	(0, 10)	(0, 8)
	Mellempri	(10, 0)	(5, 5)	(0, 8)
	Lav pris	(8, 0)	(8, 0)	(4, 4)

Kilde: Dutta, *Strategies and Games Theory and Practice*, 1999, s. 67.

Ovenstående spilmatrice illustrerer samme problemstilling som det klassiske spil 'Prisoners Dilemma'. Dette spil er kendetegnet ved, at der foreligger en dominerende

⁹⁶ Cabral, *Introduction To Industrial Organization*, 2000, p. 103. John F. Nash, den amerikanske matematiker, introducerede konceptet i 1951.

⁹⁷ En simultan spilmatrice er en betegnelse for et spil, hvor spillerne foretager deres valg samtidigt og derved ikke har mulighed for at foretage deres valg på baggrund af den anden spillers valg.

strategi for begge parter. En dominerende strategi er en strategi, der giver bedre 'payoff' uanset den andens spillers strategi.⁹⁸ Som følge af spillets symmetri er den dominerende strategi for begge parter at prissætte lavt uanset konkurrentens valg. Dette selvom parterne ville få et bedre 'payoff' ved at samarbejde og prissætte højt. Profitten (4,4) udgør dermed en Nash-ligevægt. Denne Nash-ligevægt er karakteriseret ved at være den kombination af strategier i spillet, hvor ingen af spillerne har incitament til at ændre strategi givet den anden spillers strategi.

Duopol - forskellig MC

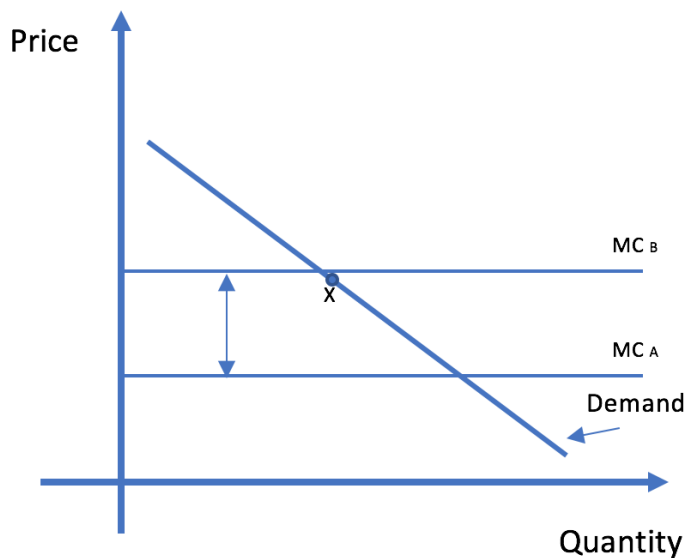
Såfremt markedsstrukturen er defineret ved et duopol og således består af to økonomiske aktører (A og B), og den økonomiske aktør A opnår en stordriftsfordel, vil denne have en lavere MC end økonomisk aktør B. Dette vil bevirke, at A vil kunne sætte prisen lavere end B, da B har en højere MC. Da aktør A agerer profitmaksimerende, vil denne følgelig ikke sænke prisen ned til sin nye MC, men i stedet nøjes med at sænke prisen til B's MC - ϵ , hvorved A vinder udbuddet og opnår en profit svarende til B's MC - ϵ - A's MC. Det betyder, at økonomisk aktør A tilnærmelsesvist agerer som en monopolist ved at kunne sætte prisen højere end under fuldkommen konkurrence. Dog vil økonomisk aktør A stadig skulle tage hensyn til, hvordan økonomisk aktør B agerer. Der vil således ikke være tale om et monopol.

Ordregiver vil i forbindelse med ovenstående situation opnå en bedre pris end ved monopol samtidig med, at økonomisk aktør A vil få en højere profit end ved fuldkommen konkurrence. Samfundet som helhed vil dog opnå et dødvægtstab, da prisen for anskaffelsen ikke konkurreres ned til A's faktiske MC, men derimod kun til punktet 'x', jf. Figur 2 nedenfor. Begrebet 'dødvægtstab' udspecificeres nedenfor i afsnittet om markedsstrukturen 'monopol'⁹⁹.

⁹⁸ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010. p. 415 og Eide & Stavang, Rettsøkonomi, 2008. s. 125.

⁹⁹ Se hertil afsnit 2.3.3.

Figur 2 - Prissætning under duopol med forskellig MC



Kilde: Egen tilvirkning

2.3.3 Monopol

Som tidligere beskrevet er monopol et marked, der er karakteriseret ved, at der kun er én økonomisk aktør på markedet.¹⁰⁰ Markedssituationen er endvidere karakteriseret ved høje adgangsbarrierer, hvor potentielle aktører har svært ved at indtræde på markedet. Det antages ydermere, at de produkter eller services, der bliver solgt på et monopolmarked, ikke er substituerbare.¹⁰¹ Antallet af økonomiske aktører, der kan levere, er dermed begrænset til én økonomisk aktør. Det bevirker, at monopolisten har fuld kontrol over prisen.¹⁰² Et monopolmarked må i udbudsregi antages at udgøre det marked, der gør sig gældende for ordregiver, når denne foretager 'udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse', dvs. 'direkte tildeling'.¹⁰³ Monopolisten anses, ligesom den økonomiske aktør under fuldkommen konkurrence, som værende profitmaksimerende¹⁰⁴, hvorfor denne altid vil levere den mængde, der bevirker den største positive forskel mellem omkostninger og pris.¹⁰⁵ Monopolisten kan således egenrådigt sætte markedsprisen ud fra det antal

¹⁰⁰ Cabral, Introduction To Industrial Organization, 2000, p. 69.

¹⁰¹ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 372.

¹⁰² Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 372.

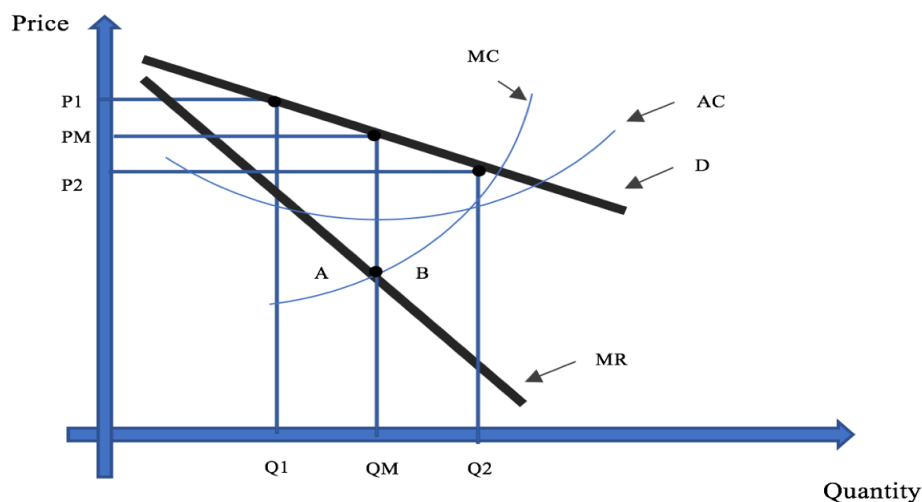
¹⁰³ For en nærmere beskrivelse af, hvad udbudsproceduren 'direkte tildeling' indebærer, se afsnit 3.3.2.4.

¹⁰⁴ Cabral, Introduction To Industrial Organization, 2000, p. 69.

¹⁰⁵ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 377.

enheder, denne udbyder. Det betyder, at monopolprisen vil være højere end de marginale omkostninger, da monopolisten derigennem får den højeste profit, jf. Figur 3 nedenfor.¹⁰⁶

Figur 3 - Monopol optimum



Kilde: Inspiration fra Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 385

Af Figur 3 fremgår det, at outputmængden hos monopolisten bestemmes ud fra monopolistens $MC =$ den marginale omsætning (herefter 'MR'), hvor MR er udtryk for *omsætningen* ved at producere én ekstra enhed, mens MC er udtryk for *omkostningerne* ved at producere én ekstra enhed. Herved ses det, at den optimale outputmængde er Q_M , idet monopolisten frem til dette punkt tjener mere på den næste enhed end det koster at producere denne.¹⁰⁷ Dette ses også ved, at gennemsnitsomkostningerne pr. produceret enhed er på sit minimum, hvilket fremgår ved at Q_M skær, hvor AC er i bunden af sin kurve.

Den optimale pris for monopolisten P_M aflæses på y-aksen. Årsagen til at den optimale outputmængde Q_M findes, hvor MR møder MC, er, at såfremt monopolisten producerer lidt mindre, eksempelvis Q_1 , for at opnå en højere pris P_1 , vil MR overstige MC. Herfra kan monopolisten opnå ekstra profit ved at producere flere enheder ($MR-MC$), indtil MR atter er lig MC ved mængden Q_M . Feltet A viser den mistede profit, der er ved at producere

¹⁰⁶ Cabral, *Introduction To Industrial Organization*, 2000, p. 75.

¹⁰⁷ Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 377-386.

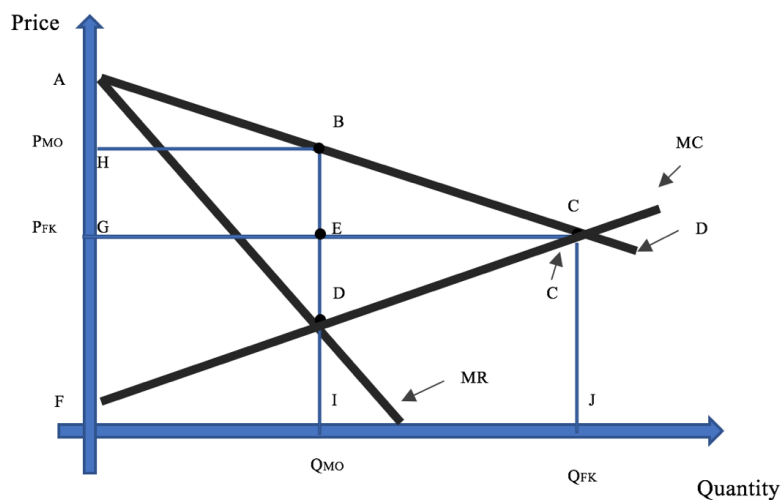
en for lille mængde Q_1 til en for høj pris P_1 . Et højere output ved eksempelvis Q_2 vil ligeledes ikke være rentabelt for monopolisten. Det skyldes, at MC ved dette output overstiger MR, hvorfor monopolisten kan øge sin samlede profit (med MC-MR) ved at producere lidt mindre. Profitten vil øges, indtil monopolisten producerer ved mængden Q_M . Feltet B viser den mistede profit ved at producere en for stor mængde Q_2 til en for lav pris P_2 .

Monopolets dødvægtstab

Et monopol er generelt uønskeligt for ordregiver, da denne vil skulle betale en højere pris for varen end ved fuldkommen konkurrence. Derudover er det også skadeligt for samfundet som helhed, da denne markedsform skaber et velfærdstab, der benævnes som et dødvægtstab.¹⁰⁸ Dødvægtstabet opstår, fordi den økonomiske aktør sætter sin pris over MC med henblik på at opnå den højeste mulige profit.

I Figur 4 nedenfor sammenlignes ordregivers og den økonomiske aktørs overskud i forhold til et marked med fuldkommen konkurrence og et marked med monopol. Af figuren fremgår det, at begge markedsformer har samme MC-kurve, der er stigende ved produktion af en yderligere enhed.

Figur 4 - Dødvægtstab under monopol



Kilde: Inspiration fra Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 397

¹⁰⁸ Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 397.

Ordregivers overskud defineres som forskellen mellem den pris, ordregiverne er villige til at betale for et bestemt gode, og den pris, der faktisk betales. Ordregivers overskud er dermed en indikator for den velfærd, ordregiver får ved at købe en bestemt mængde af et gode til en bestemt pris.¹⁰⁹ Af figuren fremgår det, at ordregivers overskud på et marked med fuldkommen konkurrence er feltet 'AGC', mens det ved monopol er feltet 'AHB'. Under monopol overgår en del af ordregivers overskud svarende til feltet 'HBGC' til monopolisten. Det skyldes den højere pris under monopol, hvormed ordregiver mister, hvad der svarer til feltet 'HBGE'. Arealet 'BEC' mistes af ordregiver, fordi nogle ordregivere ville have været villige til at købe varen til prisen, som den ville være under fuldkommen konkurrence, men ikke til monopolprisen. Arealet 'BEC' er derfor udtryk for mængden af velfærd, som følger af, at de ordregivende myndigheder ikke ønsker at betale monopolpris.¹¹⁰

Den økonomiske aktørs overskud defineres som forskellen mellem den faktiske pris og den pris, der er nødvendig for at dække den økonomiske aktørs produktionsomkostninger. I Figur 4 fremgår det, at den økonomiske aktørs overskud under fuldkommen konkurrence er feltet 'GCF', mens det under monopol er feltet 'HBFD'. Monopolisten mister under fuldkommen konkurrence feltet 'ECD', der er den ekstra profit, som den økonomiske aktør ville få ved at producere nogle flere enheder til en lavere pris. Under markedsstrukturen monopol vil monopolisten i stedet have feltet 'HBGE' i producentoverskud.¹¹¹ Feltet 'HBGE' svarer således til den ekstra profit, monopolisten får ved at sælge en mindre mængde til en højere pris.

Det er herved illustreret, at når en økonomisk aktør agerer profitmaksimerende under monopol, opstår der et dødvægtstab til ulempe for ordregiver og samfundet som helhed. Det totale velfærdsoverskud ved fuldkommen konkurrence er feltet 'AFC', mens det er feltet 'ABFD' under monopol. Monopolets dødvægtstab er derfor feltet 'BDC'. Dette område repræsenterer det samlede velfærdstab, som ordregiver og dermed samfundet lider ved monopol grundet den lavere outputmængde og den højere pris.

¹⁰⁹ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 144.

¹¹⁰ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 397.

¹¹¹ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 347.

2.3.4 Sammenfatning

Ud fra ovenstående kan det konstateres, at de økonomiske aktører på et marked med homogene produkter altid vil udvise en profitmaksimerende adfærd. Herudover kan der med undtagelse af en markedsstruktur med monopol udledes en perfekt prismæssig konkurrenceudsættelse af kontrakten, jf. hertil afsnit 2.4.1 og 2.4.2. Det skyldes, at produkterne er komplet homogene, og at de pågældende aktører dermed ikke kan konkurrere på andre parametre end pris. En sådan markedsstruktur kan i en udbudssituation dermed efter omstændighederne sammenholdes med udbudsformen 'offentligt udbud' med tildelingskriteriet 'pris'.

2.4 Markedsstrukturer med heterogene produkter

I følgende afsnit belyses de økonomiske aktørers adfærd under det offentlige konkurrenceudsættelse af kontrakter for heterogene anskaffelser. Det bemærkes i denne sammenhæng, at markedsstrukturer med heterogene produkter afspejler et mere realistisk billede af det marked, som ordregiver og de økonomiske aktører i en udbudssituation agerer under.

2.4.1 Monopolistisk konkurrence

Såfremt der er mange udbydere, som sælger heterogene, dvs. differentierede, produkter, betegnes markedet som monopolistisk konkurrence.¹¹² Markedsstrukturen er desuden kendetegnet ved lave adgangsbarrierer. Sammenholdt med det store antal af udbydere, forekommer der derfor store ligheder i forhold til et marked med fuldkommen konkurrence. Monopolistisk konkurrence adskiller sig imidlertid fra fuldkommen konkurrence ved, at der ikke er tale om homogene varer/tjenesteydelser, ligesom de økonomiske aktører ikke er pristagere på markedet.¹¹³ De enkelte aktører kan således selv fastsætte prisen, uden at det får særlig indflydelse på den øvrige del af markedet.¹¹⁴ Der er derved ingen aktører, der dominerer markedet. Under en markedsstruktur præget af monopolistisk konkurrence er de økonomiske aktører opmærksomme på, at deres produkter er differentierede. Produkterne opfylder imidlertid det samme behov hos de

¹¹² Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 435-436.

¹¹³ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 435-436.

¹¹⁴ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 91.

forskellige aftagere af produkterne, men differentierer sig i forhold til aftagernes præferencer. De økonomiske aktører vil derfor øge prisen afhængig af ordregivers præferencer. Aftagerne af produkterne er dog villige til at betale mere for nogle anskaffelser, fordi de mener, at der er betydelige forskelle i f.eks. kvalitet eller ydeevne og vil dermed acceptere den ekstra omkostning.¹¹⁵ De økonomiske aktører kan under monopolistisk konkurrence således agere som prissættere i modsætning til et marked med fuldkommen konkurrence, hvor de er pristagere. Det kan dermed konstateres, at økonomiske aktører under monopolistisk konkurrence udviser en profitmaksimerende adfærd i forbindelse med prisfastsættelsen.¹¹⁶

2.4.2 Oligopolistisk konkurrence

Et marked med få udbydere, og hvor der sælges heterogene produkter, betegnes som et marked med oligopolistisk konkurrence¹¹⁷. Den eneste forskel mellem denne markedsstruktur og monopolistisk konkurrence er således antallet af udbydere. Oligopolistisk konkurrence kan i praksis antages at udgøre grundlaget for et marked, hvor ordregiver foretager 'begrænset udbud', 'udbud med forhandling', 'konkurrencepræget dialog' og 'innovationspartnerskaber'.¹¹⁸

For at simplificere den nærmere analyse af markedsstrukturer med heterogene varer/tjenesteydelser, vil der blive taget udgangspunkt i økonomiske aktørers prissætning på et duopolmarked, dvs. hvor der konkurreres mellem to økonomiske aktører. At der ikke tages udgangspunkt i et marked med flere aktører skyldes bl.a., at prisfastsættelsen for de økonomiske aktører må antages at bære præg af identiske markedsmekanismer som på et duopolmarked.

2.4.3 Duopol

Det vil i de følgende afsnit blive belyst, hvilken betydning det har for prissætningen på et duopolmarked, at der er tale om heterogene varer/tjenesteydelser. Til brug herfor opstilles to scenarier. I scenarie 1 har de økonomiske aktører identiske marginale omkostninger (MC), men hvor den ene aktør dog har en konkurrencemæssig fordel, der giver en nytte

¹¹⁵ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 92.

¹¹⁶ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 94.

¹¹⁷ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 101.

¹¹⁸ For en nærmere gennemgang af disse udbudsprocedurer, se afsnit 3.3.2.

for ordregiver. I scenarie 2 har de økonomiske aktører forskellig MC som følge af de heterogene varer/tjenesteydelsers forskellighed.

2.4.3.1 Scenarie 1

To økonomiske aktører konkurrerer om at vinde ordregivers udbud. Ordregiver har besluttet, at denne vil aftage produktet fra den økonomiske aktør, som kan give den største nytte, dvs. 'bedste forhold mellem pris og kvalitet'. I scenariet tilbyder den økonomiske aktør A (herefter 'tilbudsgiver A') en standard version af produktet til ordregiver. Ordregivers nytte ved at købe produktet fra tilbudsgiver A fastsættes til 1. Tilbudsgiver A har i den forbindelse $MC = 0,2$. Den økonomiske aktør B (herefter 'tilbudsgiver B') gør – som følge af produktets heterogene karakter, der for ordregiver resulterer i en højere nytte – imidlertid brug af en stærk konkurrencemæssig fordel, hvorfor ordregivers nytte af at købe produktet fra tilbudsgiver B fastsættes til $1 + v$. Den konkurrencemæssige fordel medfører dog ikke en merudgift for tilbudsgiver B, hvorfor denne også har $MC = 0,2$.

Det kan ud fra ovenstående scenarie beregnes, hvilken økonomisk aktør der skaber den største nytte for ordregiver og derved vinder udbuddet.

Det første, der skal vurderes, er, hvilken nettonytte (U) ordregiver får af de respektive anskaffelser. De økonomiske aktørers priser vil som udgangspunkt konkurreres ned til MC :

- Tilbudsgiver A's laveste pris $= 0,2 (=MC)$
- Tilbudsgiver B's laveste pris $= 0,2 (=MC)$

Nettonytten (U) for ordregiver ved ovenstående priser kan nu beregnes, da dette er nyten minus den pris, de økonomiske aktører tager:

- Nettonytte for ordregiver ved valg af tilbudsgiver A (U_A) $= 1 - 0,2 = 0,8$
- Nettonytte for ordregiver ved valg af tilbudsgiver B (U_B) $= 1 + v - 0,2 = 0,8 + v$

Den største nytte, som tilbudsgiver A kan skabe for ordregiver ved $P = MC$, er (U_A) $= 0,8$, mens den største nytte, som tilbudsgiver B kan skabe for ordregiver ved $P = MC$, er (U_B) $= 0,8 + v$. Dette betyder, at tilbudsgiver B altid vil vinde ordren, da denne kan skabe mere nettonytte for ordregiver sammenlignet med tilbudsgiver A. Tilbudsgiver B's adfærd er dog som tidligere belyst profitmaksimerende, hvorfor tilbudsgiver B vil udnytte den konkurrencemæssige fordel til at hæve prisen. Prisen kan dog ikke hæves til mere end det

punkt, hvor ordregivers nettonytte ved at vælge tilbudsgiver A vil blive større end ved at vælge tilbudsgiver B. Prisen vil derfor blive $(U_B) - (U_A) - \epsilon$.¹¹⁹ Således vil ordregiver opnå en nettonytte på $(U_A) + \epsilon$ ved at vælge tilbudsgiver B, mens B's profit vil blive $(U_B) - (U_A) - \epsilon - MC$.

Hvis værdien $v = 3$ og værdien af $\epsilon = 0,1$, vil prisen, som tilbudsgiver B fastsætter, være $0,8 + 3 - 0,8 - 0,1 = 2,9$. Nytten, der skabes for ordregiver, vil være $0,8 + 0,1 = 0,9$, hvilket er højere end den nettonytte, som tilbudsgiver A skaber. Profitten for tilbudsgiver B vil da være $0,8 + 3 - 0,8 - 0,1 - 0,2 = 2,7$.

Scenarie 1 kan illustreres ved hjælp af følgende spilmatrice:

Tabel 2 - Spil hvor tilbudsgiver B har en dominerende strategi

Spilmatrix mellem to tilbudsgivere hvor tilbudsgiver B har en konkurrencemæssig fordel		Tilbudsgiver B (konkurrencemæssig fordel)			
		Høj pris ($>v$)	Mellem pris ($v-\epsilon$)	Lav pris ($MC+\epsilon; v-2 \epsilon$)	Ingen tilbudsafgivelse
Tilbudsgiver A	Høj pris ($>U_A$)	$(-1, -1)$	$(-1, \mathbf{2,7})$	$(-1, [0,1;2,6])$	$(-1, 0)$
	Mellem pris ($MC+\epsilon; U_A-\epsilon$)	$([0,1;0,7], -1)$	$(-1, \mathbf{2,7})$	$(-1, [0,1;2,6])$	$([0,1;0,7], 0)$
	Lav Pris ($=MC$)	$(0, -1)$	$(-1, \mathbf{2,7})$	$(-1, [0,1;2,6])$	$(0, 0)$
	Ingen tilbudsafgivelse	$(0, -1)$	$(\mathbf{0}, \mathbf{2,7})$	$(\mathbf{0}, [0,1;2,6])$	$(0, 0)$

Kilde: Egen tilvirkning.

Ovenstående spilmatrice illustrerer spillet mellem tilbudsgiver A og B i en udbudssituation, hvor tilbudsgiverens gevinst afhænger af dennes prissætning samt ordregivers nytte ved at vælge dennes tilbud. Såfremt tilbudsgiver B ud fra ovenstående spil vælger at prissætte lavt, dvs. en pris i intervallet mellem $MC + \epsilon$ og $V - 2 \epsilon$, vil denne uanset tilbudsgiver A's valg få en profit svarende til intervallet $0,1;2,6$. Tilbudsgiver B vil altid vinde kontrakten ved at prissætte lavt, så længe denne pris ikke overstiger ordregivers nytte. Når tilbudsgiver B prissætter til en mellempris, vil den konkurrencemæssige fordel, der følger med det heterogene produkts særlige karakter, blive fuldt udnyttet, da prisen udgør $v - \epsilon$, dvs. den højest mulige pris, uden at denne overstiger ordregivers nytte. Hvis tilbudsgiver B derimod prissætter til en høj pris, dvs. $P > v$, får tilbudsgiver B ingen gevinst.

¹¹⁹ Begrebet epsilon (ϵ) angiver en ekstrem lav værdi.

Dette skyldes, at ordregiver ikke er villig til at betale en pris, der overstiger dennes nytte. Dermed er tilbudsgiver B's dominerende strategi at prissætte til en mellempris, da denne uanset tilbudsgiver A's prissætning hermed får den største gevinst.

Omvendt vil tilbudsgiver A kun have mulighed for at vinde kontrakten, såfremt tilbudsgiver B ikke formår at udnytte sin konkurrencemæssige fordel og sætter en høj pris eller slet ikke afgiver et tilbud. Det er dog en forudsætning for at opnå en gevinst, at tilbudsgiver A på tilsvarende vis ikke prissætter højere end ordregivers nytte. Hvis tilbudsgiver A prissætter kontrakten højt, dvs. $P > U_A$, vil ordregiver som følge af den høje pris ikke acceptere kontrakten. Omvendt vil en lav prissætning svarende til omkostningerne for tilbudsgiver A ikke medføre nogen gevinst. Hvis tilbudsgiver A derimod prissætter kontrakten til en mellempris, dvs. i intervallet $MC + \epsilon$ til $U_A - \epsilon$, vil der være en mulighed for at få en gevinst mellem 0,1 og 0,7. Det bemærkes desuden, at omkostningerne forbundet med at udarbejde et tilbud svarer til en gevinst på -1.

Ud fra ovenstående er tilbudsgiver B's dominerende strategi dermed at prissætte til en mellempris, dvs. i intervallet $MC + \epsilon$ til $V - 2\epsilon$. Tilbudsgiver A har derimod ingen dominerende strategi. Eftersom tilbudsgiver A har kendskab til tilbudsgiver B's dominerende strategi, og at denne derved ikke vil få nogen gevinst ved selv at prissætte til en mellempris, vil tilbudsgiver A derfor vælge helt at afholde sig fra at afgive tilbud. Nash-ligevægten i spillet medfører dermed gevinsten (0, 2,7). I modsætning til 'Bertrand-paradokset' afspejler spillet dermed ikke et 'Prisoners Dilemma' som i Tabel 1.¹²⁰

2.4.3.2 Scenarie 2

Scenarie 2 er identisk med scenarie 1 bortset fra, at tilbudsgiver B har større omkostninger end tilbudsgiver A. Denne forskel beror på, at produktet fra tilbudsgiver B med dets konkurrencemæssige fordel er forbundet med større produktionsomkostninger. For tilbudsgiver A er $MC = 0,2$, hvorimod $MC = 0,5$ for tilbudsgiver B. Tilbudsgiver B's produkt har fortsat nytten $1 + v$ for ordregiver, mens tilbudsgiver A's produkt har nytten 1 for ordregiver.

¹²⁰ Se afsnit 2.3.2.

Det kan ud fra ovenstående scenarie vurderes, hvilken økonomisk aktør der skaber størst nytte for ordregiver og derved vinder ordren.

Det første, der skal vurderes, er, hvilken nettonytte (U) ordregiver får ved de respektive anskaffelser. De økonomiske aktørers priser vil som udgangspunkt blive konkurreret ned til MC:

- Tilbudsgiver A's laveste pris = 0,2 (=MC)
- Tilbudsgiver B's laveste pris = 0,5 (=MC)

Nettonytten (U) kan nu beregnes, da dette er nytten minus den pris, de økonomiske aktører tager:

- Nettonytte for ordregiver ved valg af tilbudsgiver A (U_A) = $1 - 0,2 = 0,8$
- Nettonytte for ordregiver ved valg af tilbudsgiver B (U_B) = $1 + v - 0,5 = 0,5 + v$

Den største nytte, som tilbudsgiver A kan skabe for ordregiver (U_A), er 0,8, mens den største nytte, som tilbudsgiver B kan skabe for ordregiver (U_B), er $0,5 + v$.

Ud fra ovenstående beregning vil tilbudsgiver A herefter vinde udbuddet, hvis $U_A > U_B$ $\Leftrightarrow 0,8 > 0,5 + v$. Tilbudsgiver B vinder således, hvis $0,3 < V$. Omvendt vil tilbudsgiver A vinde, hvis $V < 0,3$. Det afgørende for ordregivers valg af kontrakt er herefter, om den ekstra nytte, som tillægges den ene kontrakt, overstiger den omkostning, som tilbudsgiver B har ved at opretholde den konkurrencemæssige fordel.

I sin helhed kan det ud fra ovenstående scenarier konstateres, at ordregiver altid vil vælge den kontrakt, der skaber størst nytte. Såfremt både tilbudsgiver A og B har den samme konkurrencemæssige fordel, vil prisen i kontrakten blive nedkonkurreret til MC på tilsvarende vis som for homogene produkter. Hvis kun den ene tilbudsgiver har en konkurrencemæssig fordel, vil denne vinde kontrakten forudsat, at denne prissætter strategisk korrekt.

2.4.4 Sammenfatning

I tilfælde, hvor den økonomiske aktør besidder en konkurrencemæssig fordel, kan det konstateres, at denne vil tage en tilnærmelsesvis monopolpris (monopol lignende pris) og dermed agere profitmaksimerende. Herudover kan det konstateres, at graden af den

prismæssige konkurrence på et marked med heterogene produkter er mindre end på markeder med homogene produkter, jf. hertil afsnit 2.4. Dette skyldes, at de pågældende aktører, i takt med at produktet får en heterogen karakter, kan konkurrere på andre parametre end pris, dvs. i praksis efter tildelingskriteriet 'kvalitet' i forbindelse med en udbudsprocedure.

2.5 Forhandlingsstyrke

Ud fra ovenstående belysning af markedsstrukturerne med heterogene produkter kan det antages, at den profit, der udgør værdien mellem den monopollignende pris og prisen under fuldkommen konkurrence, kan danne grundlag for en forhandling. Denne profit betegnes herefter som '*forhandlingsoverskuddet*', der varierer alt efter hvor høj en værdi den økonomiske aktør som minimum tillægger produktet/ydelsen. Ved fordelingen af forhandlingsoverskuddet belyses i det følgende forskellige parametre, som kan have betydning ved forhandlingen. Der tages i den forbindelse udgangspunkt i forhandlingsteori udviklet af en længere række af teoretikere inden for industriel og spilteoretisk teori. Teorien er særligt relevant for nærværende afhandling set i forhold til udbudsprocedurerne 'udbud med forhandling', 'konkurrencepræget dialog', 'innovationspartnerskab' og 'direkte tildeling'.

Ved en simplificering af en forhandlingssituation har parameteret '*retfærdighed*' ifølge økonomen Werner Guth¹²¹ betydning for udfaldet af en forhandling.¹²² Dette parameter forekommer i nærværende analyse relevant, uanset at den ordregivende myndighed, som følge af en efterlevelse af udbudsreglerne, aldrig vil forfordele en kontrakt til den økonomiske aktør ved fremtidige udbud. Dette skyldes en antagelse om, at den økonomiske aktør til trods herfor alligevel altid vil forsøge at sende positive signaler om sin virksomhed. På den baggrund må det derfor antages, at en vis grad af retfærdighed mellem parterne også vil spille ind i en forhandlingssituation på et marked med offentlige kontrakter.

¹²¹ Werner Guth spillede en afgørende rolle i udviklingen af 'the ultimatum bargaining game', som var designet til at undersøge parternes retfærdighedssans i en forhandling. At retfærdighed har relevans ved forhandling omtales desuden af en række andre økonomer heriblandt Jonathan Levin, *Bargaining and Repeated Games*, 2002, p. 1.

¹²² Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2010, p. 229.

Som redskab til at forklare parameteret retfærdighed introduceres i denne forbindelse '*the ultimatum bargaining game*'. Der er ifølge dette spil tale om et ultimativt spil, dvs. at spillet kun spilles én gang, hvor Spiller A (f.eks. den økonomiske aktør) og Spiller B (f.eks. ordregiver) forhandler om et fastsat forhandlingsoverskud.¹²³ Teorien foreskriver herefter, at Spiller A skal tilbyde en andel af forhandlingsoverskuddet til Spiller B. Herefter skal Spiller B acceptere eller afvise dette tilbud. Hvis Spiller B afviser Spiller A's tilbud, får ingen af parterne en andel af forhandlingsoverskuddet.

Spiller A kan principielt tilbyde Spiller B ingenting for selv at modtage hele forhandlingsoverskuddet, der i det følgende antages at udgøre en værdi svarende til 100. Teorien foreskriver imidlertid, at Spiller B aldrig vil godkende dette tilbud. Spiller A vil derfor ud fra et rationelt synspunkt tilbyde Spiller B en andel på 0,1 % og beholde 99,9 % af andelen til sig selv.¹²⁴ Teorien foreskriver imidlertid også, at Spiller B's accept af tilbuddet afhænger af parameteret retfærdighed. Retfærdighed forstås herefter som en ligelig fordeling af forhandlingsoverskuddet.¹²⁵ Hvis Spiller B føler sig uretfærdigt behandlet, vil denne vælge at straffe Spiller A ved ikke at acceptere tilbuddet. Spiller B vælger at straffe Spiller A, hvis nytten i form af en tilfredsstillelse ved at straffe Spiller A overstiger nytten ved den andel af forhandlingsoverskuddet, som tilbydes af Spiller A. Dette ved Spiller A, hvorfor denne tilbyder en andel på f.eks. 10 %, hvor Spiller B afhængig af, hvor meget denne tillægger parameteret retfærdighed betydning, vil acceptere tilbuddet.

I det følgende inddrages tillige '*the rubinstein bargaining game*'¹²⁶, der er en udvidelse af '*the ultimatum bargaining game*'. Spillet indeholder stort set de samme regler bortset fra, at der ikke er nogen begrænsning i forhandlingsrunder. Såfremt tilbuddet fra Spiller A (f.eks. den økonomiske aktør) bliver afvist af Spiller B (f.eks. ordregiver), har Spiller B mulighed for at afbryde eller fortsætte forhandlingerne. Parterne opnår ingen andel af forhandlingsoverskuddet, før den ene part accepterer den anden parts tilbud.¹²⁷ Det antages

¹²³ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 229.

¹²⁴ Det antages i den forbindelse, at forhandlingsoverskuddet ikke kan deles op i mindre dele end 0,1 %.

¹²⁵ Frank, Microeconomics and Behavior, 2010, p. 229-230.

¹²⁶ Teorien er udviklet af Ariel Rubinstein. Se hertil Ariel Rubinstein, Perfect Equilibrium In A Bargaining Model, Econometrica, 1982.

¹²⁷ Noncooperative Bargaining, Chapter 7, Baird, D.G, Gertner, R.H, And R. Picker, Game Theory and the law, Harvard University Press, 1994. p. 224.

i den forbindelse, at begge spillere er rationelle og har komplet information.¹²⁸ Som følge af at forhandlingen kan forløbe over flere spil, indgår desuden forhandlingsomkostninger i form af en diskonteringsfaktor (δ), der repræsenterer faldet i værdien af det samlede forhandlingsoverskud for hvert spil.¹²⁹ Faldet i forhandlingsoverskuddet skyldes, at en pengesums værdi med tiden reduceres. Det antages igen, at forhandlingsoverskuddet udgør en værdi svarende til 100.

Teorien foreskriver i den forbindelse, at Spiller A som udgangspunkt ikke vil tilbyde Spiller B noget i forhandlingen, men derimod tage hele forhandlingsoverskuddet til sig selv. Såfremt der kun var to forhandlingsrunder, vil Spiller B dog afvise dette tilbud og herefter tilbyde Spiller A $100 - \delta$ og selv modtage δ . Det bemærkes hertil, at både Spiller A og Spiller B med antagelsen om komplet information er bekendt med værdien af de samlede forhandlingsomkostninger. Spillet kan imidlertid teoretisk set fortsætte uendeligt, hvorfor Spiller A, såfremt der er mere end to forhandlingsrunder, vil afvise Spiller B's tilbud for at fortsætte forhandlingen. Da begge spillere har kendskab til dette udfald, foreskriver teorien imidlertid, at Spiller A allerede i første forhandlingsrunde tilbyder Spiller B en andel svarende til den andel, som Spiller B ville modtage i sidste forhandlingsrunde. Spiller A vil dermed tilbyde Spiller B halvdelen af forhandlingsoverskuddet såfremt forhandlingerne forløber uendeligt lang tid.¹³⁰

Set ud fra et '*ultimatum bargaining game*' og et '*rubinstein bargaining game*' kan det dermed konstateres, at ordregiver potentielt vil opnå en bedre pris i det endeligt afgivne tilbud i forbindelse med de fleksible udbudsprocedurer. Ovenstående teori udgør imidlertid en forsimplet forhandlingssituation, da andre faktorer som f.eks. stolthed, omdømme samt andre personmæssige relationer også har indvirkning på forhandlingen.¹³¹

Ved benyttelse af fleksible procedurer i EU-udbud vil der desuden være flere økonomiske aktører involveret, som ofte har hver sin konkurrencemæssige fordel. Det kan i den sammenhæng antages, at den økonomiske aktør vil være villig til at tilbyde en større andel

¹²⁸ Ariel Rubinstein, Perfect Equilibrium In A Bargaining Model, *Econometrica*, 1982, p. 97-98.

¹²⁹ Ariel Rubinstein, Perfect Equilibrium In A Bargaining Model, *Econometrica*, 1982, p. 99.

¹³⁰ Noncooperative Bargaining, Chapter 7, Baird, D.G, Gertner, R.H, And R. Picker, *Game Theory and the law*, Harvard University Press, 1994, p. 220.

¹³¹ Noncooperative Bargaining, Chapter 7, Baird, D.G, Gertner, R.H, And R. Picker, *Game Theory and the law*, Harvard University Press, 1994, p. 221.

af forhandlingsoverskuddet. Anvendelse af fleksible udbudsprocedurer, hvor der er flere økonomiske aktører involveret, giver ordregiver en større forhandlingsstyrke som følge af konkurrencen imellem de deltagende tilbudsgivere. Ordregiver vil her potentielt have mulighed for at spille parterne ud mod hinanden med henblik på at sikre den bedst mulige pris i tilbuddet. Det kan dog samtidig hævdes, at ordregivers forhandlingsstyrke reduceres, hvis der kun er én økonomisk aktør, der besidder en konkurrencemæssig fordel. Dette vil ofte være tilfældet, hvis den økonomiske aktør er i besiddelse af et patent eller lignende, og hvor den ordregivende myndighed ikke er den eneste aftager af produktet.¹³²

Når ordregiver ikke har mulighed for at anskaffe produktet eller ydelsen hos andre økonomiske aktører medfører det dermed, at ordregivers '*exit options*'¹³³ reduceres. Ved en reduktion i exit options mindskes herefter forhandlingsstyrken. Den økonomiske aktør vil desuden have en exit option, som følge af, at denne altid vil kunne bryde forhandlingen og indgå kontrakt med andre aftagere på markedet. Omvendt svækkes forhandlingsstyrken, såfremt der ikke er andre aftagere af det pågældende produkt på markedet, da den økonomiske aktørs exit options ligeledes reduceres. Ovenstående forhold begrundes grundlæggende ud fra teorien om forhandlingsstyrke, der foreskriver, at jo bedre *exit-option* en af parterne har, desto bedre forhandlingsstyrke har vedkommende.¹³⁴ Det konstateres dermed, at prisen i et tilbud som følge af forhandling vil reduceres afhængigt af graden for ordregivers forhandlingsstyrke.

¹³² International Markedsføring, Andersen, Jensen, Jepsen, Olsen & Schmalz, 2011 s. 210. Dette understøttes af Michael Porters teori om 'Competitive strategy', som foreskriver, at forhandlingsstyrken er stærk, når den økonomiske aktør besidder et produkt, hvor substitutionsmuligheden er meget lille. Se hertil Porter, Competitive Strategy – Techniques for Analyzing Industries and Competitors, 1998.

¹³³ 'Exit-option' defineres som en genvej til et alternativt payoff. Se hertil: Noncooperative Bargaining, Chapter 7, Baird, D.G, Gertner, R.H, And R. Picker, Game Theory and the law, Harvard University Press, 1994. p. 221.

¹³⁴ Noncooperative Bargaining, Chapter 7, Baird, D.G, Gertner, R.H, And R. Picker, Game Theory and the law, Harvard University Press, 1994, p. 241.

2.6 Økonomisk konklusion

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at de økonomiske aktører uafhængigt af den pågældende markedsstruktur, anskaffelsens karakter og forhandlingsmuligheder altid vil udvise en profitmaksimerende adfærd.

Det kan desuden konkluderes, at der på markeder med heterogene produkter forekommer en lavere prismæssig konkurrence end på markeder med homogene produkter. Såfremt en økonomisk aktør besidder en konkurrencemæssig fordel, der skaber nytte for ordregiver som følge af anskaffelsens heterogene karakter, vil aktøren altid tage en tilnærmelsesvis monopolpris, der svarer til ordregivers nytte minus ϵ . Det betyder, at en ordregivende myndighed, der udelukkende lægger vægt på prisen og ikke kvaliteten i et tilbud, opnår en større prismæssig konkurrence og dermed lavere tilbudspriser. Herudover kan det konkluderes, at den prismæssige konkurrence ved markedsstrukturen fuldkommen konkurrence er større end ved markedsstrukturene oligopol og monopol som følge af antallet af konkurrenter. Antallet af tilbudsgivere i forbindelse med et EU-udbud har dermed indflydelse på, hvor meget prisen potentielt sænkes.

Det kan dernæst fremhæves, at der med de fleksible udbudsprocedurer skabes grundlag for forhandling mellem ordregiver og den økonomiske aktør, hvormed der opstår et forhandlingsrum. Forhandlingsstyrken mellem parterne synes umiddelbart at indfinde sig stærkest hos den økonomiske aktør givet dennes konkurrencemæssige fordel, men afhænger bl.a. af antallet af øvrige aftagere af produktet. Afvejningen af forhandlingsstyrken afhænger desuden af, om der er andre økonomiske aktører involveret i forhandlingsprocessen, som kan tilbyde alternative løsninger med en tilsvarende nytte for den ordregivende myndighed. Særligt når flere økonomiske aktører deltager i forhandlingsprocessen, vil prisen kunne forhandles yderligere ned. Indvirkning på den prismæssige konkurrence, som følger af anskaffelsens heterogene karakter eller et begrænset tilbudsgiverfelt, modvirkes dermed af forhandlingsmulighederne ved den pågældende udbudsprocedure. Den vindende tilbudsgiver af et udbud vil imidlertid altid være den, som for ordregiver skaber den største nytte.

Kapitel 3 - Juridisk analyse

I forlængelse af den økonomiske analyse vil nærværende kapitel i overensstemmelse med det juridiske arbejdsspørgsmål besvare følgende:

”Hvordan kan statsstøttere reglerne få betydning for de økonomiske aktørers retsstilling i forbindelse med EU-udbud?”¹³⁵

3.1 Indledning

Midlet til at undgå statsstøtte er som udgangspunkt det samme, som der kræves efter udbudsreglerne.¹³⁶ Problemet opstår imidlertid ved, at de enkelte udbudsprocedurer i udbudsdirektivets afsnit II afhængigt af de konkrete omstændigheder ikke altid synes at kunne accepteres efter statsstøttere reglerne.¹³⁷ Denne manglende konvergens udgør et paradoksalt problem, da ordregiver i sagens natur kun har mulighed for at afholde én udbudsprocedure for én og samme kontrakt og derfor gerne skulle kunne benytte en procedure, som kan accepteres efter begge regelsæt.

Med en forudsætning om at økonomiske aktører på et marked med konkurrenceudsatte offentlige kontrakter altid udviser en profitmaksimerende adfærd – dvs. at aktøren prissætter til en tilnærmelsesvis monopolpris –¹³⁸ er det herefter interessant at vurdere, hvordan statsstøttere reglerne får betydning for de økonomiske aktørers råderum givet ordregivers valg af udbudsprocedure ved offentlige indkøb. Det vurderes i denne sammenhæng nødvendigt at inddrage en analyse af de relevante retskilder for de respektive retsområder, som synes at berøre problemstillingen.

3.2 Statsstøtteren

3.2.1 Baggrund for statsstøttebestemmelserne

Statsstøttebestemmelserne i TEUF art. 107-109 udgør en del af det retlige grundlag, der skal medvirke til at sikre etableringen af et indre marked med ufordrejet konkurrence.¹³⁹ Disse bestemmelser har således til formål at forhindre de forstyrrende virkninger, som EU-

¹³⁵ Se afhandlingens problemformulering i afsnit 1.2.

¹³⁶ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s.752.

¹³⁷ Jespersen & Holdgaard, Det er så yndigt at følges ad: Nye tider i forholdet mellem udbuds- og statsstøttere reglerne?, 2016.

¹³⁸ Se den økonomiske konklusion i afsnit 2.6.

¹³⁹ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s. 421.

medlemsstaternes adfærd i statsstøttemæssig sammenhæng kan have på et velfungerende indre marked. I modsætning til konkurrencereglerne i TEUF art. 101 og 102 er statsstøttebestemmelserne rettet mod medlemsstaternes adfærd og ikke mod adfærd udvist af virksomheder. Formålet med TEUF art. 107, stk. 1, er særligt at begrænse medlemsstaternes protektionisme. Dette er bl.a. af EU-Domstolen fastslået i sag C-173/73, *Italien mod Kommissionen*, præmis 26, hvorefter fremgår, at statsstøtteforbuddet skal hindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, og som under forskellige former fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner.

Når der ydes statsstøtte rettet til en bestemt virksomhed, vil støtten kunne fordreje konkurrencen på det pågældende marked. Herved forstås, at de begunstigede virksomheder opnår en økonomisk fordel, der giver dem en mere gunstig konkurrencemæssig stilling sammenlignet med andre konkurrenter på 'det indre marked' i EU.¹⁴⁰ Den økonomiske fordel påvirker herefter udvekslingen mellem medlemsstaterne – dvs. den frie bevægelighed.

På trods af at TEUF art. 107, stk. 1, ikke er udformet som en egentlig forbudsbestemmelse, men blot fastslår, at statsstøtte principielt er uforeneligt med 'det indre marked', ændrer det ikke ved, at EU-Domstolen synes at anvende bestemmelsen som en egentlig forbudsbestemmelse.¹⁴¹ Bestemmelsen vil i afhandlingen af denne grund blive omtalt som 'statsstøtteforbuddet'. Anvendelsen af bestemmelsen som en egentlig forbudsbestemmelse hviler på det faktum, at de følgevirkninger, der indtræder ved en støtteforanstaltning principielle uforenelighed med 'det indre marked', i vidt omfang svarer til de virkninger, der i almindelighed følger af bestemmelser udformet som forbud.¹⁴²

¹⁴⁰ "Når en virksomhed begunstiges, bærer resten af økonomien byrderne herved gennem øget beskatning. Støtten giver således ikke blot virksomheder i andre medlemsstater et konkurrencemæssigt handicap, fordi de støttede virksomheder begunstiges på en måde, der falder uden for det normale skattesystem og socialsikringsystem, som bidrager til opretholdelse af en balance mellem medlemsstaterne, men også virksomheder i samme medlemsstat, som ikke modtager støtte, stilles ufordelagtigt og betaler direkte eller indirekte højere skatter", jf. 'Anden oversigt over statsstøtte inden for det Europæiske Fællesskab i forarbejdningsindustrien og visse andre sektorer', 1991, s. 7.

¹⁴¹ Se hertil EU-Domstolens anvendelse af bestemmelsen i Sag 78/76 og Sag C-354/90.

¹⁴² Jf. Sag 78/76, præmis 10.

3.2.2 Statsstøtteforbuddet

Traktatens art. 107, stk. 1, fastsætter følgende: *”Bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne”*.

Af bestemmelsens ordlyd følger det, at anvendelsen af statsstøtteforbuddet kræver, at en række betingelser er opfyldt. Ud fra en opdeling af bestemmelsen kan det konstateres, at et statsstøtteforbud foreligger, såfremt der er tale om:

- støtte, der ydes ved hjælp af statsmidler,
- hvor overførslen kan tilregnes staten,
- ved at begunstige/give fordel til,
- visse virksomheder/produktioner,
- hvor fordelene truer med at fordreje konkurrencen og
- hvor samhandlen mellem medlemsstater påvirkes.

Alle ovenstående betingelser, der i det følgende vil blive gennemgået, *skal* være opfyldt,¹⁴³ førend en støtteforanstaltning kan karakteriseres som statsstøtte i Traktatens forstand.¹⁴⁴ Før støtteforanstaltningen endeligt kan erklæres for uforenelig, foretager Kommissionen imidlertid en ’balancetest’, hvor støttens positive og negative effekter afvejes overfor hinanden. Balancetesten indeholder både en undersøgelse af, om støtten er nødvendig og om den er proportional – dvs. at støtten ikke er mere indgribende end gavnlig for konkurrencen. Kommissionen anser alene støtte som uforenelig med ’det indre marked’, hvis resultatet af balancetesten er negativ. Det betyder, at de negative effekter af at tildele støtten som minimum skal være større end de positive.¹⁴⁵

¹⁴³ Se hertil Sag C-482/99, præmis 68, hvor det fremgår, at betingelserne er kumulative.

¹⁴⁴ Jf. Sag C-345/02, præmis 32.

¹⁴⁵ Se hertil Erhvervs- og Vækstministeriets statsstøttehåndbog, 2015, s. 43-44.

3.2.2.1 Støtte, der ydes ved hjælp af statsmidler

Først og fremmest forudsætter statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, at støtten ydes ved hjælp af statsmidler. Støtten skal således være finansieret af statsmidler.¹⁴⁶ Statsmiddelbegrebet omfatter i denne sammenhæng både midler, der stammer fra selve statsbudgettet, og offentlige midler i bred forstand såsom midler fra regionale og lokale myndigheder.¹⁴⁷ Det er heller ikke afgørende for betingelsens opfyldelse, hvorvidt de anvendte statsmidler stammer fra det almindelige budget, fra særlige formålsbestemte afgifter eller fra bidrag, der er foreskrevet ved en myndighedsakt.¹⁴⁸ Statsmiddelbegrebet må på denne baggrund konstateres at omfatte ethvert indkøb, hvor ordregiver i forbindelse med en udbudsprocedure overfører et ifølge kontrakten fastlagt pengebeløb til den vindende tilbudsgiver.

3.2.2.2 Hvor overførslen kan tilregnes staten

Overførslen af støtte skal kunne tilregnes staten, førend statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, kan finde anvendelse. Støtten skal således være en følge af statens handlinger.¹⁴⁹ Betingelsen fortolkes bredt, således at den både omfatter støtte, der ydes af medlemsstaternes centrale statsorgan, og støtte, der ydes af medlemsstaternes regionale og lokale myndigheder. For regionale og lokale myndigheder i medlemsstaterne gælder dette uanset, om disses retlige stilling og betegnelse ikke direkte kan udledes af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107.¹⁵⁰ Offentlige og private organer, som er udpeget eller oprettet af staten til at administrere støtte, anses ligeledes i statsstøtteretlig sammenhæng som en del af staten,¹⁵¹ ligesom når disse blot er underlagt statens kontrol i visse tilfælde er en del af statsbegrebet.¹⁵² Offentlige organer, som i denne afhandling omfattes af ordregiverbegrebet,¹⁵³ må i denne henseende konstateres at være omfattet af statsbegrebet, ligesom den pågældende betalingstransaktion til den vindende tilbudsgiver i forbindelse med enhver udbudsprocedure må formodes at kunne tilregnes denne.

¹⁴⁶ Jf. Sag C-379/98, præmis 58.

¹⁴⁷ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s. 458

¹⁴⁸ Jf. Sag 47/69 og Sag 173/73.

¹⁴⁹ Jf. Sag C-379/98, præmis 58.

¹⁵⁰ Jf. Sag 248/84, præmis 17.

¹⁵¹ Jf. Sag 78/76, præmis 21. F.eks. Danmarks Radio, der via licensbetaling benytter offentlige midler.

¹⁵² Jf. Sag 67/68 og 70/85, præmis 38 og Sag C-482/99, præmis 37 og 52.

¹⁵³ Se afsnit 1.3 om begrebsdefinitioner.

3.2.2.3 Ved at begunstige/give fordel til

Førend statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, har sin virke, kræves det, at den statslige foranstaltning indebærer støtte. Fortolkningen af begrebet er gentagende gange præciseret af EU-Domstolen og Kommissionen dog uden at have medført en udtømmende definition. Begrebet defineres eksempelvis af EU-Domstolen som: *”... omfattende foranstaltninger, hvorved en medlemsstat ensidigt og selvstændigt stiller økonomiske midler til rådighed for virksomheder, eller giver dem fordele, der skal medvirke til at gennemføre og virkeliggøre medlemsstatens ønskede økonomiske eller sociale mål”*¹⁵⁴, eller som *”en økonomisk fordel til en virksomhed, som denne ikke ville have opnået under sædvanlige markedsbetingelser”*¹⁵⁵.

Det følger ligeledes efter Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb, at en fordel *”... er en økonomisk fordel, som en virksomhed ikke kunne have opnået på normale markedsbetingelser, dvs. uden statslig indgriben”*¹⁵⁶. Det afgørende er alene, om den pågældende statsstøtteforanstaltning isoleret set begunstiger visse virksomheder frem for andre virksomheder. Det er således uden betydning, om modtagerens faktiske situation forværres, forbedres eller slet ikke ændres i forhold til den situation, der forelå inden statsstøttens afgivelse.¹⁵⁷ Det må i denne forbindelse generelt formodes, at visse udbudsprocedurer som følge af et begrænset antal tilbudsgivere ikke altid skaber et konkurrencegrundlag, der er identisk med konkurrencen under normale markedsbetingelser. I den forbindelse må det ligeledes formodes, at der i forbindelse med udbudsprocedurerne potentielt kan opstå en økonomisk fordel.

Såfremt støttemodtageren ¹⁵⁸ afstår en modydelse, elimineres foranstaltningens begunstigende element ikke nødvendigvis.¹⁵⁹ Hvis støttebeløbet modsvares af en korresponderende modydelse, vil der derimod ikke foreligge en begunstigelse. Er modydelsen derimod utilstrækkelig eller af symbolsk karakter, ændrer det ikke på det faktum, at der er sket en begunstigelse. Det samme angår en situation, hvor modydelsens

¹⁵⁴ Jf. Sag 61/79, præmis 31.

¹⁵⁵ Jf. Sag C-39/94, præmis 60. Se også Kommissionsbeslutning 92/11/EF, EFT 1992 L 6/36.

¹⁵⁶ Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse 2016/C 262/01, punkt 66.

¹⁵⁷ Jf. Sag C-143/99, præmis 41.

¹⁵⁸ Dvs. den økonomiske aktør, jf. hertil begrebsdefinitionen i afsnit 1.3.

¹⁵⁹ Jf. Sag C-353/95 P.

karakter afviger i en sådan grad fra, hvad der normalt præsteres i et forretningsforhold, således at modydelsen ikke konkurrerer efter samme markedsvilkår som konkurrenterne.¹⁶⁰ Efter afslutningen af en udbudsprocedure, hvor en pengeydelse overføres til den vindende tilbudsgiver, er det således afgørende om modydelsen, dvs. markedsprisen for den pågældende anskaffelse, korresponderer hermed i værdi.

For så vidt angår støttens effekt tager EU-Domstolen udgangspunkt i, at det er statsstøttebestemmelsens formål ”... at hindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, og som under forskellige former fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner”¹⁶¹. Hermed statuerer EU-domstolen et virkningsprincip, hvorefter hverken hensigt eller formål med den pågældende statslige intervention er af betydning.¹⁶² For at realisere dette formål kræves det, at støttebegrebet fortolkes tilstrækkeligt bredt, således at alle fordele, der opfylder de pågældende karakteristika, må kunne indeholdes i støttedefinitionen.

Formen, hvorefter støtten ydes, er desuden uden relevans.¹⁶³ EU-Domstolen har tilkendegivet, at støtteforanstaltninger alene skal defineres i kraft af deres virkning¹⁶⁴. Dvs. begunstigelsens økonomiske effekt på modtagerens konkurrencemæssige stilling, hvorefter den finansielle situation forbedres med den følge, at modtagerens konkurrenceevne forbedres i forhold til konkurrenternes.

I forhold til parternes subjektive hensigt anerkendte Kommissionen i sin beslutning 92/11¹⁶⁵, at de britiske myndigheder ikke havde haft til hensigt at yde støtte til Toyota i forbindelse med overdragelsen af en grund. Herudover var der ikke noget, der tydede på,

¹⁶⁰ Jf. Sag 323/82 og Sag 61/79, præmis 31.

¹⁶¹ Jf. Sag 173/73, præmis 26 og Sag 387/92 præmis 12.

¹⁶² Retten vurderede dog *intentionen* om forskelsbehandling som et subjektivt element i vurderingen af en økonomisk fordel, jf. Sag T-499/10, præmis 67, Ungarn mod Kommissionen. EU-Domstolen afviste imidlertid en sådan subjektiv test, da EU-Domstolen fandt det usandsynligt, at subjektive elementer som dem oplistet i udbudsdirektivets art. 18 (1) kunne tillægges vægt. EU-Domstolen fastholdt dermed en mere objektiv tilgang i fortolkningen. Se hertil Albert Sanchez-Graells, A deformed principle of competition? - The subjective drafting of Article 18 (1) of Directive 2014/24, Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, 2014, p. 98.

¹⁶³ Jf. De forenede sager 106-120/87, præmis 22, samt Sag C-140/09, præmis 34.

¹⁶⁴ Jf. Sag 173/73, præmis 27. Se tilsvarende Sag C-75/97, præmis 25, samt Sag C-81/10 P, præmis 17.

¹⁶⁵ Kommissionens beslutning 92/11, *Toyota*.

at Toyota havde anmodet om at få den pågældende støtte eller i øvrigt havde haft til hensigt at drage direkte fordel af statsstøtte gennem vilkårene for overtagelsen af grunden. Kommissionen tillagde således ikke den subjektive hensigt betydning, men lagde derimod afgørende vægt på den objektive karakter, herunder hvorvidt vilkårene og betingelserne for overdragelsen af grunden stred mod normal forretningsmæssig praksis i et sådan omfang, at salget kunne formodes at udgøre statsstøtte til fordel for Toyota.¹⁶⁶ Kommissionen vurderede herefter, at salgsprisens afvigelse på 4,2 mio. £ fra markedsprisen udgjorde en uforenelig statsstøtte i TEUF art. 107, stk. 1's forstand. Det er således ikke afgørende for udfaldet, om ordregiver i forbindelse med et udbud ikke har haft til hensigt at tildele den vindende tilbudsgiver en økonomisk fordel, men derimod den økonomiske effekts virkning på tilbudsgiverens konkurrencemæssige stilling.

Rækkevidden af støttebegrebet omfatter ikke blot støtte i form af direkte tilskud, men må opfattes mere generelt, således at *"... alle foranstaltninger, der på forskellig vis letter de byrder, der normalt belaster en virksomheds budget, og som dermed uden at være i tilskud i ordets egentlige forstand, dog er af samme art og har tilsvarende virkninger"*¹⁶⁷ ligeledes er omfattet. Det er bl.a. fastlagt, at støtte, der ydes indirekte i form af skatte- og afgiftslempelser, gunstige lånevilkår eller indskud i virksomhedens kapital, er omfattet af støttebegrebet.¹⁶⁸

Herudover er det fastlagt, at statens nedbringelse af både investerings- og driftsudgifter er at anse som en økonomisk fordel, der tilføres virksomheden.¹⁶⁹ Investeringsstøtte accepteres af naturlige årsager i videre omfang end driftsstøtte. Det har desuden ingen betydning, hvilket nærmere bestemt juridisk grundlag støtten hviler på. Statsstøtteforbuddet kan derfor ligeledes omfatte støtte, der ydes på baggrund af en lovbestemt skattefordel, en aftale eller en administrativ afgørelse.¹⁷⁰ Den økonomiske fordel, som måtte forekomme i forbindelse med et udbud, kan i denne sammenhæng kategoriseres som et indirekte tilskud, da den vindende tilbudsgiver står frit for at benytte sig af den økonomiske gevinst, evt. i den videre drift af virksomheden.

¹⁶⁶ Se pkt. V i 92/11/EF, Toyota, EFT 1992 L 6/36.

¹⁶⁷ Jf. Sag C-387/92, præmis 13, samt De forenede sager T-204 og 270/97, præmis 65.

¹⁶⁸ Jf. Sag 223/82, præmis 11.

¹⁶⁹ Jf. Sag 173/73.

¹⁷⁰ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s. 450.

I vurderingen af, hvorvidt en økonomisk aktør modtager en økonomisk fordel omfattet af statsstøttedefinitionen, er det særligt af betydning, om den modtagne fordel går videre, end hvad den økonomiske aktør kunne forvente efter almindelige markedsvilkår. Det er således afgørende at fastlægge, hvad vederlaget for den omhandlende ydelse sædvanligvis vil være. Dette beror på en økonomisk analyse, der ”... tager hensyn til alle de faktorer, som en virksomhed under normale markedsbetingelser skulle have taget i betragtning ved fastsættelsen af vederlaget for ydelserne”¹⁷¹. Det følger hertil bl.a. af sag C-482/99, *Stardust Marine*, præmis 69, at der ikke vil foreligge statsstøtte, såfremt kapital direkte eller indirekte indskydes i en virksomhed på markedsmæssige vilkår.

Det tillægges således særlig vægt, om modtageren får en udbetaling på markedsmæssige vilkår og som ikke er større end det, som ville være forlangt under sædvanlige markedsbetingelser. En nærmere og mere dybdegående vurdering af, hvorvidt en virksomhed tilføres en ensidig økonomisk fordel, og om denne fordel gives ved fravigelse af normale markedsvilkår, kan afgøres efter ’det markedsøkonomiske aktørprincip’.¹⁷² ’Det markedsøkonomiske aktørprincip’ er udviklet af EU-Domstolen og vil senere i analysen være omdrejningspunktet for besvarelsen af den juridiske problemstilling.¹⁷³

3.2.2.4 Visse virksomheder/produktioner

Førend en statsstøtteforanstaltning er omfattet af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, forudsættes det, at foranstaltningen skal begunstige visse virksomheder eller visse produktioner. Dette selektivitetskriterium er indsat i bestemmelsen med det formål at afskære statsstøtteforbuddet fra at finde anvendelse på medlemsstaternes generelle økonomiske foranstaltninger, som kan vedtages og gennemføres som led i medlemsstatens økonomiske politik. Hvis foranstaltningen derimod er selektiv og således udvælger og begunstiger en bestemt virksomhed, vil foranstaltningen være omfattet af statsstøtteforbuddet.¹⁷⁴ Det afgørende element ved vurderingen af selektivitetskriteriet er herefter, hvad der forstås ved virksomheder og produktioner i TEUF art. 107, stk. 1’s

¹⁷¹ Jf. Sag C-39/94, præmis 61.

¹⁷² ’Det markedsøkonomiske aktørprincip’ omtales bl.a. af Kommissionen som en metode (’den markedsøkonomiske aktørtest’) til at vurdere, om der foreligger en økonomisk fordel, jf. hertil Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse 2016/C 262/01, punkt 75. Se hertil Bilag 1.

¹⁷³ Se hertil afsnit 3.4.1.

¹⁷⁴ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s. 452.

forstand, samt under hvilke omstændigheder en foranstaltning begunstiger visse virksomheder eller produktioner.

Virksomhedsbegrebet defineres af EU-Domstolen som omfattende enhver enhed, der udøver økonomisk aktivitet, herunder varer og tjenesteydelser på et marked,¹⁷⁵ uanset denne enheds retlige status eller finansieringsmåde.¹⁷⁶ Definitionen af en virksomhed er således identisk med begrebets generelle definition inden for konkurrenceretten, som omfatter virksomheder i bred forstand.¹⁷⁷

For så vidt angår den erhvervsmæssige aktivitet er det uden betydning, om den er af økonomisk, kulturel eller anden karakter, eller om virksomheden opererer inden for detailhandelen, fremstillings- eller servicesektoren.¹⁷⁸ Herudover omfattes såvel private som offentlige virksomheder,¹⁷⁹ ligesom non-profit-foretagender¹⁸⁰ er omfattet af virksomhedsbegrebet. Virksomhedsbegrebet må i statsstøtteforbuddets forstand således fortolkes i sin bredeste forstand. Produktionsbegrebet omfavner herefter samtlige produktioner, der udføres af de enheder, der omfattes af virksomhedsbegrebet.¹⁸¹ Virksomhedsbegrebet må således formodes at omfatte enhver virksomhed, der står som vindende tilbudsgiver i forbindelse med et udbud. I forlængelse heraf medfører enhver udbudsprocedure almindeligvis, medmindre andet angives i udbudsbekendtgørelsen, at kun én tilbudsgiver tildeles den pågældende kontrakt. Herved vil selektivitetskriteriet i forbindelse med en udbudsprocedure som udgangspunkt altid være opfyldt.

3.2.2.5 Hvor fordelene truer med at fordreje konkurrencen

Statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, forudsætter endvidere, at fordelene, som tidligere omtalt, kan true med at fordreje konkurrencen. EU-Domstolen har tidligere antaget, at betingelsen er opfyldt, såfremt konsekvensen af at virksomheden modtager statsstøtte er, at virksomhedens position styrkes i forhold til andre virksomheder.¹⁸² Ud fra

¹⁷⁵ Jf. f.eks. Sag T-155/04, præmis 50.

¹⁷⁶ Jf. Sag 244/94, præmis 14 og Sag C-364/92, præmis 18.

¹⁷⁷ Jf. f.eks. Sag C-41/90, præmis 21.

¹⁷⁸ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s. 470.

¹⁷⁹ Jf. TEUF art. 106, stk. 1, der fastslår, at offentlige virksomheder med forbehold for stk. 2 er underlagt traktatens konkurrenceregulering.

¹⁸⁰ Jf. Sag C-437/09, præmis 26.

¹⁸¹ Jf. f.eks. Sag 203/82.

¹⁸² Jf. Sag 730/79, præmis 11.

ordlyden af ordet 'truer' er det i retspraksis udledt, at der ikke stilles krav om, at konkurrencen aktuelt fordrejer eller har været fordrejet, men at konkurrencen potentielt kan fordrejes.¹⁸³ Konkurrencefordrejningsbetingelsen må således fortolkes bredt.

Kommissionen har dog vedtaget forordning 1407/2013 samt forordning 360/2012 om de minimis-støtte, hvorefter støtte under et bestemt loft ikke kan anses for at opfylde betingelsen om konkurrencefordrejning.¹⁸⁴ Statsstøtte, der tildeles selektivt, vil af natur typisk medføre, at konkurrencevilkårene fordrejes, da støttemodtagerens finansielle position forbedres i forhold til konkurrenternes og således forbedrer støttemodtagerens konkurrenceevne og markedsposition. Henset til at konkurrencen blot *potentielt* skal kunne fordrejes, og at selektivitetskriteriet almindeligvis er opfyldt ved en udbudsprocedure, må det konstateres, at kriteriet om fordrejning af konkurrencen – såfremt de øvrige kriterier er opfyldt – ligeledes ofte vil være opfyldt i forbindelse med et udbud.

3.2.2.6 Hvor samhandlen mellem medlemsstater påvirkes

Uanset at en støtteforanstaltning fordrejer konkurrencen, vil foranstaltningen kun være omfattet af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, såfremt den påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne. Forbudsbestemmelsen finder således ikke anvendelse, hvis handlen blot påvirkes på det nationale marked i medlemsstaten, eller hvis handlen påvirkes mellem medlemsstaten og et tredjeland uden for EU. Dette kan modsætningsvist udledes af sag C-280/00, *Altmark*, præmis 77 og 78, hvorefter det statueres, at der foreligger påvirkning af samhandlen på 'det indre marked', såfremt støtten hindrer, herunder udelukker eller besværliggør, virksomheder fra andre medlemsstater i at afsætte deres produkter i andre medlemsstater. Såfremt der ikke foreligger et grænseoverskridende element på 'det indre marked', vil nationale konkurrenceregler (konkurrencelovens § 11a i Danmark) samt internationale handelsaftaler således gøre sig gældende ved reguleringen af statsstøtteproblematikken.

¹⁸³ Jf. f.eks. Sag T-214/95, præmis 44 og 67.

¹⁸⁴ 'Kommissionens forordning 1407/2013 om anvendelse af art. 107 og 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på de minimis-støtte', EUT 2013 L 352/1 samt 'Kommissionens forordning 360/2012 om anvendelse af art. 107 og 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på de minimis-støtte ydet til virksomheder, der udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse', EUT L 114.

Samhandelsbegrebet fortolkes bredt og omfatter alle økonomiske transaktioner mellem medlemsstaterne, herunder udveksling af varer, tjenesteydelser og kapital. Påvirkning af denne handel vil normalt vise sig som et kunstigt fald eller en kunstig stigning i medlemsstaternes import eller eksport.¹⁸⁵ EU-Domstolen har bl.a. fastslået, at samhandelen må antages at være påvirket af statsstøtte, når en virksomhed, der deltager i samhandelen inden for EU i konkurrence med andre virksomheder, modtager sådan støtte.¹⁸⁶ Samhandelen anses ikke kun for påvirket, hvor den støttemodtagende virksomhed selv deltager direkte i samhandelen mellem medlemsstaterne. Alene det forhold, at en støttemodtagende virksomheds produkter i den senere livscyklus bliver genstand for grænseoverskridende handel, kan medføre, at samhandelselementet opfyldes.

En medlemsstats støtte til en virksomhed kan ligeledes medføre, at en indenlandsk produktion opretholdes eller forøges, således at adgangsbarriererne til den pågældende medlemsstats marked i højere grad forhindrer virksomheder fra andre medlemsstater i at indtræde på markedet.¹⁸⁷ En sådan støtteforanstaltning, der reducerer det potentielle marked for import af produkter fra andre medlemsstater, kan fordreje konkurrencen og dermed påvirke samhandelen.¹⁸⁸ At de deltagende økonomiske aktører i forbindelse med en udbudsprocedure ofte driver virksomhed på internationalt plan må i overensstemmelse med ovenstående umiddelbart bevirke, at samhandlen mellem medlemsstaterne påvirkes.

Det følger endvidere efter tidligere retspraksis, at der ikke stilles krav om en mærkbar samhandelspåvirkning, da EU-Domstolen i flere af sine afgørelser¹⁸⁹ har afvist, at en ubetydelig størrelse af støttebeløbet eller virksomhedens ubetydelige størrelse på forhånd udelukker, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes. Omvendt må dette tillige betyde, at der ikke som sådan eksisterer en grænseværdi eller en procentsats, hvorunder samhandelen mellem medlemsstater ikke vil blive påvirket.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s. 486.

¹⁸⁶ Jf. Sag 730/79, præmis 11.

¹⁸⁷ Se hertil Sag C-518/13, præmis 70.

¹⁸⁸ Jf. Sag 102/97, præmis 19.

¹⁸⁹ Jf. f.eks. Sag 142/87, præmis 42 og 43, Sag C-113/00, præmis 13 og Sag C-280/00, præmis 81.

¹⁹⁰ Se hertil 'Meddelelsen fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions støtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse', 2012/C 8/04.

At samhandelskriteriet fortolkes relativt bredt, medfører imidlertid, at medlemsstaterne har pligt til at anmelde langt de fleste små støtteordninger. For at nedbringe den administrative byrde for Kommissionen blev forordningen om de minimis-støtte introduceret,¹⁹¹ som bygger på den forudsætning, at statsstøtte under et vist beløb ikke formodes at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, jf. procedureforordningens art. 3, stk. 1. At der ikke stilles krav om en mærkbar samhandelspåvirkning bevirker således umiddelbart, at kriteriet i forbindelse med et udbud – så længe alle øvrige betingelser er opfyldt – som oftest også vil være opfyldt.

3.2.2.7 Sammenfatning

Såfremt alle kriterier som gennemgået ovenfor er opfyldt, vil statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, som udgangspunkt finde anvendelse. Som følge af at statsstøtte kan have en gavnlig effekt, kodificeres dog særlige undtagelser hertil i TEUF art. 107, stk. 2 og 3, ligesom Rådet efter TEUF art. 108, stk. 2, har kompetence til i særlige tilfælde at beslutte, om en konkret støtteforanstaltning må anses for forenelig med fællesmarkedet. Disse undtagelser til hovedbestemmelsen, herunder inddragelse af balancetesten som tidligere nævnt, vurderes dog ikke af relevans for den nærmere analyse af, hvordan anvendelsen af udbudsprocedurene kan indebære betaling med offentlige midler omfattet af statsstøtteforbuddet. Det bemærkes ligeledes, at gruppefritagelsesforordningerne¹⁹² samt forordningerne om de minimis-støtte heller ikke har større relevans for den nærmere besvarelse af den juridiske problemstilling, hvorfor disse ikke i videre omfang inddrages i det følgende.

3.2.3 Statsstøtteprocedurerne

Til brug for den videre analyse vurderes det relevant at belyse statsstøtteprocedurerne for at give et indblik i de foreliggende konsekvenser, som følger af, at en betaling med offentlige midler vil være omfattet af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1. Ordregivers disposition for så vidt angår anmeldelse af statsstøtte til Kommissionen i forbindelse med et afsluttet udbud forekommer herefter af afgørende betydning for de økonomiske aktørers pekuniære standpunkt.

¹⁹¹ Kommissionens forordning 1407/2013.

¹⁹² Forordningerne nr. 330/2010, 461/2010, 1218/2010, 1217/2010, 267/2010 samt 316/2014.

3.2.3.1 Procedure vedrørende uforenelig/forenelig statsstøtte

Ved vurderingen af en støtteforanstaltnings forenelighed med 'det indre marked' er Kommissionen forpligtet til at følge den procedure, der er foreskrevet i TEUF art. 108. Den praksis og de principper, der igennem tiden er udviklet i forbindelse med TEUF art. 108, blev sidenhen kodificeret i Rfo 659/1999¹⁹³ og er nu kodificeret med seneste ændringer i Rfo 2015/1589¹⁹⁴ (herefter 'procedureforordningen') om fastlæggelse af regler for anvendelsen af art. 108 i TEUF. Den procedure, som Kommissionen er forpligtet til at følge, afhænger af, om foranstaltningen kan klassificeres som en ny støtteforanstaltning eller som en eksisterende støtteforanstaltning.¹⁹⁵

For så vidt angår eksisterende statsstøtte som defineret i procedureforordningens art. 1, litra b, følger det, at der ikke er pligt til at anmelde statsstøtteforanstaltningen. Dette vedrører navnlig eksisterende statsstøtte som forelå inden traktatens ikrafttrædelse, statsstøtte, der tidligere er godkendt af Kommissionen eller Rådet, samt statsstøtte, der anses for at være godkendt i henhold til procedureforordningens art. 4, stk. 6, eller den tilsvarende procedure, der var gældende før procedureforordningens ikrafttræden.

Herudover betragtes eksisterende statsstøtte også som støtte, der er udløbet efter den 10-årige forældelsesfrist i procedureforordningens art. 17. Endelig er støtte, der ved støttens indførelse ikke var omfattet af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, men som senere hen er blevet til støtte på grund af udviklingen af 'det indre marked', uden at medlemsstaten har foretaget nogen ændring i foranstaltningen, også at anse som eksisterende statsstøtte. Såfremt en støtte ved en løbende kontrol identificeres af Kommissionen som uforenelig med 'det indre marked', skal Kommissionen efter at have givet medlemsstaten lejlighed til at komme med dennes bemærkninger foreslå passende foranstaltninger, således at støtteforanstaltningen bliver forenelig med fællesmarkedet, jf. TEUF art. 108, stk. 1, samt procedureforordningens art. 22.

Nye støtteforanstaltninger defineres nærmere i procedureforordningens art. 1, litra c, som *"... enhver støtte, dvs. støtteordninger og individuel støtte, som ikke er eksisterende støtte,*

¹⁹³ Rådets forordning 659/1999 EFT 1999 L 83/1.

¹⁹⁴ Rådets forordning 2015/1589 EUT 2015 L 248/9.

¹⁹⁵ Eksisterende støtteforanstaltninger reguleres efter TEUF art. 108, stk. 1 og 2, mens nye støtteforanstaltninger er undergivet proceduren i TEUF art. 108, stk. 2 og 3.

herunder ændringer i eksisterende støtte”. Ændringer i en eksisterende støtteordning medfører således, at ordningen betragtes som en ny støtteforanstaltning. Nye støtteforanstaltninger er undergivet en forudgående kontrol, der følger af dels anmeldelsespligten i TEUF art. 108, stk. 3, 1. pkt., samt procedureforordningens art. 2, dels et gennemførelsesforbud (stand still-klausul) i TEUF art. 108, stk. 3, 3. pkt., samt procedureforordningens art. 3. Denne forudgående kontrolforpligtelse har til formål at forhindre, at en potentiel uforenelig støtteforanstaltning får en skadelig virkning.¹⁹⁶ Nye støtteforanstaltninger anses som udgangspunkt som uforenelige med ’det indre marked’ og betragtes derfor som ulovlige, såfremt de ikke anmeldes eller tilbageholdes, jf. procedureforordningens art. 1, litra f.

For så vidt angår anvendelsen af udbudsprocedurerne i udbudsdirektivet effektiviseres statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, helt konkret ved, at ordregiverne forud for tildeling af kontrakten principielt pålægges en forpligtelse til at anmelde foranstaltningen til Kommissionen, som herefter træffer afgørelse, jf. TEUF art. 108, stk. 3, samt procedureforordningens art. 2, jf. art. 1, litra c. Der foreligger således en anmeldelsespligt inden tildelingen af den konkurrenceudsatte kontrakt, såfremt ordregiver i forbindelse med en udbudsprocedure måtte indse, at der potentielt kan foreligge statsstøtte. I denne forbindelse er ordregiver ligeledes forpligtet til at afvente tildelingen af den konkurrenceudsatte kontrakt, indtil der foreligger en endelig afgørelse hos Kommissionen, jf. stand still-forpligtelsen i TEUF art. 108, stk. 3, 2. pkt.

Den anmeldte støtte er underlagt en todelt procedurefase, herunder den foreløbige og den formelle procedure. Indledningsvist igangsættes den foreløbige procedure af Kommissionen, hvorefter denne inden for en frist på 2 måneder skal danne sig et foreløbigt indtryk af støtteforanstaltningens overensstemmelse med statsstøttebestemmelserne og træffe beslutning i overensstemmelse hermed.¹⁹⁷ Kommissionen skal herefter tilkendegive en ubetinget beslutning om, hvorvidt foranstaltningen slet ikke indebærer statsstøtte, eller om foranstaltningen indebærer statsstøtte, men som er forenelig med ’det indre marked’, jf. procedureforordningens art. 4, stk. 2 og 3. Kommissionen har i den forbindelse mulighed for at træffe beslutning om at indlede den formelle procedure, såfremt Kommissionen i den

¹⁹⁶ Jf. hertil Sag C-368/04, præmis 46.

¹⁹⁷ Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 2016, s. 430.

foreløbige procedure er kommet i tvivl om støtteforanstaltningens forenelighed med 'det indre marked', jf. TEUF art. 108, stk. 3, 2. pkt., samt procedureforordningens art. 4, stk. 4. Kommissionen har da mulighed for via den formelle procedure at tilvejebringe et fyldestgørende beslutningsgrundlag i form af indhentning af yderligere oplysninger vedrørende støtteforanstaltningen samt høring af interesserede parter.

Efter at Kommissionen har afklaret de nærmere omstændigheder, skal denne træffe endelig afgørelse, herunder om foranstaltningen ikke udgør statsstøtte, om foranstaltningen kan godkendes som forenelig med 'det indre marked', herunder om nødvendigt at betinge godkendelsesbeslutningen, eller om foranstaltningen er uforenelig med 'det indre marked', jf. procedureforordningens art. 9, stk. 2-5.

3.2.3.2 Procedure vedrørende ulovlig statsstøtte

Begrebet 'ulovlig støtte' er nærmere defineret i procedureforordningens art. 1, litra f, som *"... ny støtte, der er gennemført i strid med traktatens art. 108, stk. 3"*. Såfremt den forudgående kontrol, herunder anmeldelsespligten eller gennemførelsesforbuddet, ikke overholdes, betragtes støtten således som ulovlig. Begrebet ulovlig støtte henviser derfor til, at støtten ikke er anmeldt og/eller betalt uden godkendelse og ikke til støttens uforenelighed/forenelighed med 'det indre marked'.

Det må umiddelbart kunne formodes, at medlemsstaterne ofte ikke opfylder deres forpligtelse til at anmelde en støtteforanstaltning.¹⁹⁸ Kommissionen kan blive gjort opmærksom herpå ved oplysning eller klage herom fra andre medlemsstater eller konkurrenter, hvorefter denne skal undersøge den pågældende foranstaltning nærmere, jf. procedureforordningens art. 12.

Kommissionens undersøgelse afsluttes med en afgørelse i medfør af procedureforordningens art. 4, stk. 2, 3 eller 4, og i tilfælde af en beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure ved en afgørelse i overensstemmelse med procedureforordningens art. 9, jf. art. 15, stk. 1. Proceduren vedrørende ulovlig statsstøtte har således stor lighed med den procedure, der anvendes i relation til anmeldt statsstøtte

¹⁹⁸ <http://www.ft.dk/Statsrevisorerne/Nyheder/2016/12/Beretning%208%202016%20afgivet.aspx>, besøgt d. 10-05-2017.

bortset fra, at behandlingen af ulovlig statsstøtte ikke er bundet af nogen sagsbehandlingsfrister, jf. procedureforordningens art. 12, stk. 2.

Som nævnt tidligere karakteriseres en statsstøtteforanstaltning, der ikke er anmeldt, som ulovlig støtte. Kommissionen har i den forbindelse under særlige betingelser adgang til foreløbige retsmidler, herunder at påbyde indstilling af statsstøtteforanstaltningen eller sørge for en foreløbig tilbagebetaling af den udbetalte støtte, jf. procedureforordningens art. 13, stk. 1 og 2. Dette retsmiddel har kun virkning frem til det tidspunkt, hvor Kommissionen træffer endelig afgørelse vedrørende foranstaltningens forenelighed med 'det indre marked'. Førend de særlige kumulative betingelser er opfyldt, kræves det, at der på baggrund af fast praksis ikke må herske tvivl om den pågældende foranstaltnings karakter af støtte, samt at det skal være nødvendigt med en hurtig indgriben, og at foranstaltningen skal indebære alvorlig risiko for omfattende og uoprettelig skade for en konkurrent.

3.2.3.3 Tilbagebetaling af ulovlig statsstøtte

EU-Domstolen har længe anerkendt, at Kommissionen med hjemmel i TEUF art. 108, stk. 2, har mulighed for at kræve ulovlig støtte tilbagebetalt,¹⁹⁹ som tillige er kodificeret i procedureforordningens art. 16, hvorefter en medlemsstat kan undergives et traktatbrudssøgsmål, såfremt denne ikke efterkommer Kommissionens afgørelse. Denne beføjelse er afgørende for at sikre, at Kommissionens afgørelser effektiviseres, men forudsætter samtidig, at afgørelsen ikke strider mod EU-lovgivningens generelle principper, jf. procedureforordningens art. 16, stk. 1, 2. pkt.

Anvendelse af tilbagebetalingsadgangen for Kommissionen forudsætter herefter, at støtteforanstaltningen kan klassificeres som ny støtte,²⁰⁰ at støtten er ulovlig,²⁰¹ at støtten er uforenelig med 'det indre marked' i medfør af TEUF art. 107, stk. 1, at der er sket en udbetaling af midler i medfør af støtteforanstaltningen, at forældelsesfristen på 10 år i procedureforordningens art. 17, stk. 1, ikke er overskredet, samt at tilbagebetalingskravet ikke strider imod EU-retlige principper.

¹⁹⁹ Jf. hertil f.eks. Sag 70/72, præmis 13.

²⁰⁰ Jf. procedureforordningens art. 1, litra c.

²⁰¹ Jf. procedureforordningens art. 1, litra f.

For så vidt angår de fællesskabsretlige principper har det i praksis særligt været spørgsmålet om, hvorvidt et krav om tilbagebetaling af ulovlig uforenelig statsstøtte er i strid med proportionalitetsprincippet eller princippet om berettigede forventninger.

EU-Domstolen har i adskillige afgørelser fastlagt, at tilbagebetalingsforpligtelsen som udgangspunkt ikke er uforholdsmæssigt bebyrdende i forhold til formålene med Traktatens statsstøttebestemmelser.²⁰² Denne omstændighed medfører derfor, at kravet om tilbagebetaling ikke strider imod proportionalitetsprincippet. Det er i denne forbindelse ej heller i strid med proportionalitetsprincippet, hvis en virksomheds økonomiske sammenbrud på grund af tilbagesøgningen af statsstøttebeløbet bliver en realitet.²⁰³

For så vidt angår princippet om berettigede forventninger anerkender EU-Domstolen princippet som en del af EU-lovgivningen.²⁰⁴ Ved en berettiget forventning forstås en forventning til, at en given disposition er så berettiget, at der kan gøres krav på retlig beskyttelse og domstolskontrol. Denne berettigede forventning vil f.eks. kunne forestilles at opstå for en vindende tilbudsgiver af et udbud. Medlemsstatens mulighed for at påberåbe sig en støttemodtagers berettigede forventninger som grundlag for ikke at gennemføre tilbagesøgning af uforenelig statsstøtte har imidlertid nær sammenhæng med det forhold, at en national lovgivning ikke må gøre tilbagesøgningen praktisk umulig.²⁰⁵

Hvis en medlemsstat på grundlag af en national retsorden i strid med TEUF art. 108 kunne unddrage sig forpligtelsen til at tilbagesøge støtten ved at påberåbe sig støttemodtagerens berettigede forventning, ville det imidlertid forhindre en effektiv gennemførelse af Kommissionens afgørelser på området. Bestemmelser i en national retsorden skal derfor ifølge EU-Domstolen anvendes på en sådan måde, at tilbagesøgningen ikke gøres praktisk umulig, således at fællesskabsinteressen fuldt ud tilgodeses.²⁰⁶

Generelt har EU-Domstolen ligeledes fastslået, at en støttemodtager principielt ikke kan have en berettiget forventning om, at den modtagne støtte er lovlig, medmindre støtten er

²⁰² Jf. f.eks. De forenede sager T-298/97 m.fl., præmis 169 og C-169/95, præmis 47.

²⁰³ Jf. Sag C-261/99, præmis 15.

²⁰⁴ Jf. De forenede sager 205-215/82, præmis 30 og Sag 5/89, præmis 13 og 17.

²⁰⁵ Jf. hertil f.eks. Sag C-24/95, præmis 24.

²⁰⁶ Jf. Sag 5/89, præmis 19.

blevet ydet under iagttagelse af statsstøtteproceduren i TEUF art. 108.²⁰⁷ Hvis støttemodtageren derimod kan henvise til ekstraordinære omstændigheder,²⁰⁸ som vil kunne skabe en berettiget forventning om, at støtten er lovlig, kan det dog ikke udelukkes, at støttemodtageren kan undgå en tilbagebetalingspligt. Det er imidlertid svært at forestille sig, at en vindende tilbudsgiver efter et afsluttet udbud kan henvise til ekstraordinære omstændigheder, som kunne skabe en berettiget forventning om støttens lovlighed.

Såfremt støttemodtageren modtager erstatning for det tab, der er påført som konsekvens af hele tilbagebetalingsforløbet, bør denne erstatning ligeledes betragtes som statsstøtte omfattet af TEUF art. 107, stk. 1.²⁰⁹ Dette forhold forekommer naturligvis hensigtsmæssigt, da det i modsat fald vil betyde, at muligheden for at kræve tilbagebetaling af ulovlig statsstøtte reelt vil være uden indhold, ligesom virkningen af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, ville miste sin relevans.

3.2.3.3.1 Ulovlig statsstøtte der er uforenelig med det indre marked

Såfremt en ulovlig statsstøtteforanstaltning efter afgørelse fra Kommissionen vurderes til at være uforenelig med 'det indre marked', har Kommissionen mulighed for at kræve den ulovlige støtte tilbagebetalt,²¹⁰ hvorefter medlemsstaten har pligt til at tilbagesøge de udbetalte midler. I forbindelse med medlemsstatens tilbagesøgning stilles der herudover krav om, at støttemodtageren skal betale renter af støttebeløbet. Rentebetalingen er gældende fra det tidspunkt, hvor de ulovlige midler blev stillet til støttemodtagerens rådighed og indtil tidspunktet for tilbagebetalingen af de ulovlige midler, jf. procedureforordningens art. 16, stk. 2. Den vindende tilbudsgiver af et udbud risikerer således i yderste konsekvens at blive pålagt en ikke ubetydelig økonomisk omkostning.

3.2.3.3.2 Ulovlig statsstøtte der er forenelig med det indre marked

Såfremt en ulovlig statsstøtteforanstaltning efter afgørelse fra Kommissionen vurderes til at være forenelig med 'det indre marked', har medlemsstaten ikke pligt²¹¹ til at tilbagesøge

²⁰⁷ Jf. f.eks. Sag C-24/95, præmis 25.

²⁰⁸ F.eks. hvis der forløber for lang tid inden Kommissionen træffer beslutning vedrørende en støtteforanstaltning, jf. Sag 223/85, præmis 12, hvor 2 år og 2 måneder betød, at der kunne opstå en berettiget forventning.

²⁰⁹ Jf. Kommissionens beslutning 96/434/EF, EFT 1996 L 180/31.

²¹⁰ Jf. procedureforordningens art. 16.

²¹¹ Tilbagesøgning kan dog ske efter national ret, jf. Sag C-199/06, præmis 46 og 53.

det udbetalte støttebeløb.²¹² Der foreligger derimod en pligt for medlemsstaten til at stille krav til støttemodtageren om, at denne skal betale renter for perioden mellem modtagelsen af statsstøtten og indtil tidspunktet for Kommissionens afgørelse, dvs. for den periode hvor støtten var at anse som ulovlig.²¹³ Et sådan udfald vil imidlertid være mindre omkostningsfuldt for en vindende tilbudsgiver af et udbud sammenlignet med en situation, hvor den pågældende udbetaling af Kommissionen afgøres som uforenelig med 'det indre marked'.

3.2.3.4 Sammenfatning

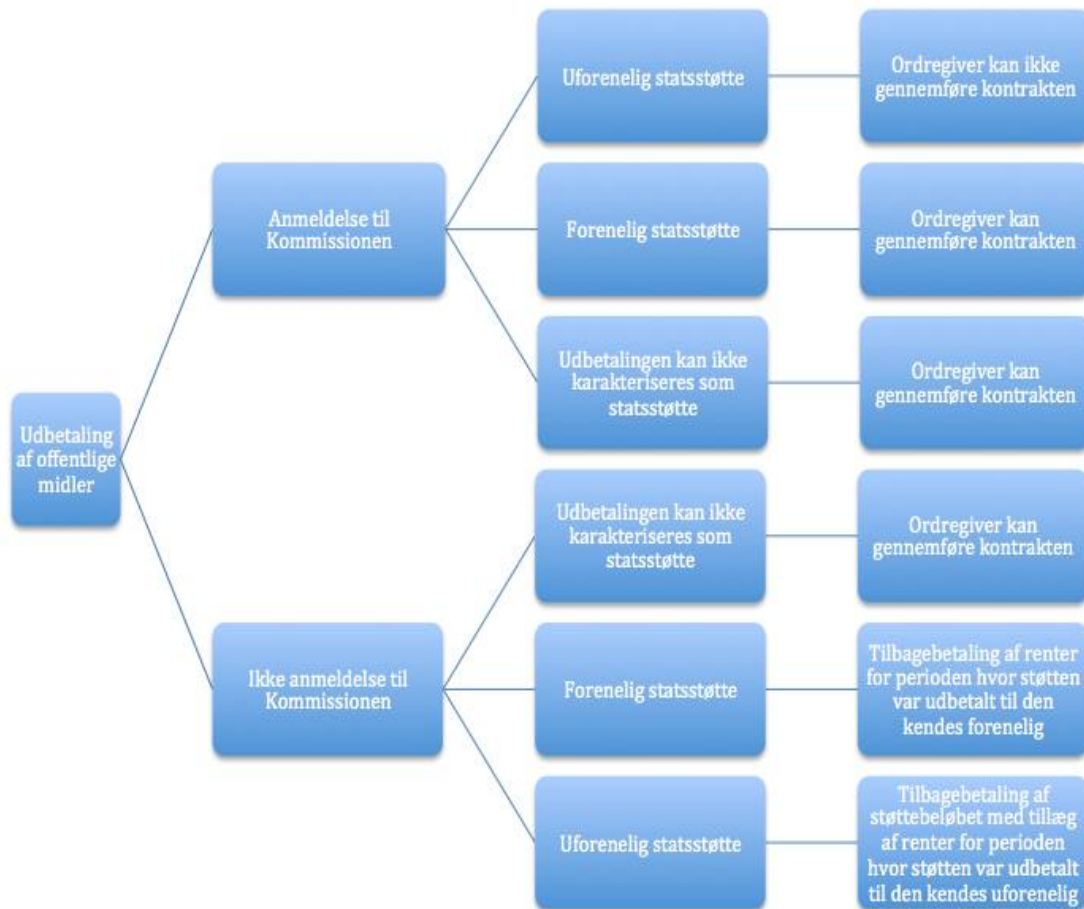
Ud fra ovenstående procedurebeskrivelser kan det konstateres, at ordregivers foretagne disposition i forbindelse med en afsluttende udbudsprocedure er af afgørende betydning for den økonomiske aktør, da denne afhænger af Kommissionens senere vurdering enten risikerer at skulle tilbagebetale hele støttebeløbet med tillæg af renter eller renterne for den periode, hvor støttebeløbet var ulovligt udbetalt.

Det er således af central betydning, om ordregiver efter udbuddets afslutning beslutter at gennemføre kontrakten med den økonomiske aktør, eller om ordregiver – med formodning om at gennemførelse af den pågældende kontrakt potentielt kan udgøre et ulovligt udbetalt statsstøttebeløb – anmelder udbetalingen af de offentlige midler til Kommissionen. Figur 5 giver et overblik over ovenstående procedurer afhængig af ordregivers valgte disposition efter udbuddets afslutning.

²¹² Jf. Sag C-199/06, præmis 46.

²¹³ Jf. Sag C-199/06, præmis 49.

Figur 5 - Overblik over procedurereglerne for ulovlig og uforenelig statsstøtte



Kilde: Egen tilvirkning

3.3 Udbudsretten

For at besvare afhandlingens juridiske problemstilling er det endvidere nødvendigt at inddrage en nærmere analyse af udbudsprocedurerne for at skabe et klarere billede af, om betingelsen for den økonomiske fordel i statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, er opfyldt. Det skyldes, at kriteriets opfyldelse synes tvivlsom afhængig af den valgte udbudsprocedure, der efter omstændighederne tilskynder til forskellig grad af prismæssig konkurrence.²¹⁴ Ved at belyse rammerne for udbudsprocedurerne, herunder den prismæssige konkurrence af kontrakten, tilegnes herefter det nødvendige vidensgrundlag, der vil gøre det muligt at sammenholde den enkelte udbudsprocedure med et hypotetisk

²¹⁴ Se hertil afsnit 2.3 og 2.4.

indkøb på almindelige markedsvilkår i overensstemmelse med 'det markedsøkonomiske aktørprincip'²¹⁵.

3.3.1 Baggrund for udbudsreglerne

Der foreligger i traktatkomplekset ingen specifikke formålsbestemmelser vedrørende offentlige anskaffelser. Formålet kan derimod udledes af udbudsdirektiverne og de forskellige interessenters udtalelser herom. Det kan herefter generelt konstateres, at udbudsreglerne har til formål at skabe åbne og gennemsigtige udbudsprocedurer, der sikrer, at offentlige indkøb åbnes for konkurrence. Dette kan bl.a. udledes af formuleringen i præambelens 1. betragtning i udbudsdirektivet fra 2014:²¹⁶ *"Tildeling af offentlige kontrakter ... skal ske i overensstemmelse med principperne ... fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet og gennemsigtighed"*, samt den næsten identiske formulering i præambelens 2. betragtning i udbudsdirektivet fra 2004:²¹⁷ *"Indgåelse af kontrakter ... er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer ..."*, hvor det dog yderligere beskrives, at principperne skal sikre en *"... effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter"*. I det seneste udbudsdirektivs art. 18, stk. 1, kodificeres desuden de overordnede 'udbudsprincipper', hvorefter særligt forskelsbehandling, gennemsigtighed, og at der ikke sker en kunstig indskrænkning i konkurrencen, tillægges vægt, således at udbudsprocedurerne herefter skal sikre, at de ordregivende myndigheder afstår fra bl.a. favoritisme og protektionistisk adfærd. Ud fra en objektiv fortolkning må det dermed overordnet konstateres, at principperne for den frie bevægelighed tillægges væsentlig betydning i formålet med udbudsreglerne.

For så vidt angår udbudsreglernes formål kan det af EU-Domstolens afgørelser særligt udledes, at retsbeskyttelsen af aktuelle eller potentielle tilbudsgivere først og fremmest skal sikres. Det fremgår i denne forbindelse bl.a. i sag C-31/87, Beentjes, præmis 21: *"... at opfylde direktivets formål, nemlig at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence på udbudsområdet..."*. Det fremgår ligeledes af en traktatbrudssag, at reglerne om deltagelse

²¹⁵ Se afsnit 3.4.1.

²¹⁶ Præambelen til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2014/24/EU, af 26. februar 2014.

²¹⁷ Præambelen til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/18/EF, af 31. marts 2004.

og offentliggørelse i direktiverne om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter har til formål at beskytte tilbudsgivere mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side.²¹⁸

Uanset ovenstående er det dog vanskeligt at benytte en objektiv formålsfortolkning på området, da der ud fra et historisk perspektiv har eksisteret uenighed om, hvilke frihedsgrader der efter gældende ret er med hensyn til inddragelse af ikke-kommercielle kriterier. Konkret har der f.eks. været uenighed om, hvorvidt kriterier som menneskerettigheder, miljø, ligestilling, arbejdsmiljø mv. er legitime kriterier, der kan indgå som konkurrenceparametre, eller om de derimod er uvedkommende for kriterieafvejningen og således forstyrrer konkurrencen.²¹⁹ For så vidt angår den politiske bredde i fortolkningen af udbudsreglerne indtager Parlamentet²²⁰ generelt en åben holdning over for at inddrage hensyn til disse ikke-kommercielle kriterier. I henhold til præambelens 2. betragtning i udbudsdirektivet fra 2014 fremstilles udbudsreglerne ligeledes som et centralt markedsbaseret instrument til at nå Europa 2020-målene for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst.

At statsstøttere reglerne er rettet imod medlemsstatens adfærd med henblik på at begrænse protektionisme, og derved sikre en ufordrejet konkurrence på 'det indre marked', resulterer imidlertid i, at udbudsreglerne langt hen ad vejen må konstateres at have overlappende formål med statsstøttere reglerne. At formålet med udbudsreglerne – såsom at sikre de frie bevægeligheder i EU – efterkommes ved anvendelse af udbudsprocedurerne betyder imidlertid ikke, at opfyldelsen kan tjene som grundlag for, at statsstøttere reglerne overholdes, selvom opfyldelsen indirekte kan konstateres at opfylde nogle af de samme principper og formål. EU-Domstolen har i denne forbindelse fastslået, at statsstøttebestemmelserne ikke kan tjene som grundlag for at ophæve virkningen af de frie bevægelighedsbestemmelser, således at en national foranstaltning, der er omfattet af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, ikke i sig selv er en begrundelse for at undtage foranstaltningen fra de frie bevægeligheders forbudsbestemmelser, som udbudsreglerne

²¹⁸ Ølykke & Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 38.

²¹⁹ Ølykke & Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 37.

²²⁰ Det Europæiske Parlament er sammen med Rådet for den Europæiske Union den lovgivende magt i EU.

netop udspringer af.²²¹ Det er generelt et krav, at alle bestemmelser i traktaten skal overholdes, medmindre de undersøgte aspekter og formålet med statsstøtteforanstaltningen ikke kan adskilles.²²²

At der er forskel på, hvilke udbudsprocedurer der accepteres efter statsstøttereglerne henholdsvis udbudsdirektivet kan umiddelbart synes mærkværdigt ud fra de overlappende formål med regelsættene, men skyldes netop, at der for dele af formålene alligevel er en grundlæggende forskel. For så vidt angår udbudsprocedurerne har udbudsreglerne til formål at sikre, at det er den rigtige økonomiske aktør, der tildeles kontrakten, hvorimod det efter statsstøttereglerne er afgørende, at udbudsproceduren sikrer de rette konkurrencemæssige forhold, der vil justere kontraktprisen til markedsprisen. Et mål om, at kontrakten tildeles den rigtige økonomiske aktør, medfører imidlertid, at andre faktorer afhængig af den politiske agenda kan få betydning for udfaldet og dermed i mindre grad, hvorvidt kontrakten tildeles til markedspris. Til trods for at udbudsdirektivet generelt kan anvendes som redskab til at undgå statsstøtte, må det derfor ud fra de foreliggende formål med udbudsprocedurerne konstateres, at dette ikke uforbeholdent kan accepteres efter statsstøttereglerne.

3.3.2 Udbudsprocedurerne

Formålet med at opstille formaliserede udbudsformer er at skabe et indre marked for offentlige kontrakter samt sikre, at offentlige indkøb åbnes for konkurrence, jf. formålsbetragtningerne ovenfor.²²³ Henset til det faktum, at udbudsdirektivet ikke uforbeholdent kan accepteres efter statsstøttereglerne, forekommer det derfor relevant at uddybe de forskellige udbudsformers udfoldelse, herunder i hvilken grad de respektive udbudsprocedurer for så vidt angår prisen sikrer en tilstrækkelig konkurrenceudsættelse af kontrakten. Det er i den forbindelse helt afgørende, at det er den *maksimale begrænsning* af den potentielle priskonkurrence inden for rammerne af den enkelte udbudsprocedure, som er i fokus. Det er dermed ikke relevant at vurdere den gennemsnitlige grad af prismæssig konkurrence eller den maksimale prismæssige konkurrence, som den enkelte udbudsprocedure åbner op for. Den maksimale begrænsning af priskonkurrencen vil

²²¹ Jf. Sag 21/88, præmis 21.

²²² Jf. Sag 74/76, præmis 9 og 14.

²²³ Se afsnit 3.3.1.

således være det bestemmende konkurrencemæssige udgangspunkt ved en sammenligning med det statsstøtteretlige retsgrundlag.

Udbudsprocedurerne reguleres i udbudsdirektivets afsnit II, der omhandler enhver anskaffelse over de aktuelle tærskelværdier.²²⁴ Medlemsstaterne er bundet til at anvende én af de efter udbudsdirektivets tilbudte udbudsprocedurer i henhold til art. 26,²²⁵ herunder:

- *Offentligt udbud, jf. art. 27.*
- *Begrænset udbud, jf. art. 28.*
- *Udbud med forhandling, jf. art. 29.*
- *Konkurrencepræget dialog, jf. art. 30.*
- *Innovationspartnerskab, jf. art. 31.*
- *Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, jf. art. 32 (direkte tildeling).*

Den ordregivende myndighed kan således ikke inddrage elementer fra andre udbudsformer i løbet af proceduren, ligesom denne ikke kan anvende flere forskellige procedurer på samme tid. For så vidt angår betingelserne for at anvende de forskellige udbudsprocedurer fremgår det af udbudsdirektivets art. 26, (2) og (3), at anvendelsen af 'offentligt udbud', 'begrænset udbud' samt 'innovationspartnerskab' frit kan vælges af ordregiver. Omvendt opstilles der i udbudsdirektivets art. 26, (4) og (6) visse krav for brugen af de øvrige udbudsformer. Med udbudsdirektivet fra 2014 er kravene for anvendelse af 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog' dermed i højere grad blevet ensartet og lempet sammenlignet med udbudsdirektivet fra 2004.

3.3.2.1 Offentligt udbud

Udbudsproceduren 'offentligt udbud' er reguleret i udbudsdirektivets art. 27. Proceduren er i modsætning til alle øvrige udbudsformer kendetegnet ved, at alle interesserede økonomiske aktører kan afgive tilbud som svar på udbudsbekendtgørelsen – dvs. en hvilken som helst potentiel leverandør i EU uden hensyn til nationalitet eller andre kriterier. Ordregiver kan efter eget valg tildele kontrakten på grundlag af de tildelingskriterier, som

²²⁴ Jf. udbudsdirektivets art. 4.

²²⁵ Medlemsstaterne skal, uanset at udbudsdirektivet fra 2014 ikke er et totalharmoniseringsdirektiv, anvende de tilbudte udbudsprocedurer, jf. Sag C-299/08, præmisserne 29, 33 og 34.

fremgår af udbudsdirektivets art. 67. Det står således åbent for ordregiver f.eks. at benytte sig af tildelingskriteriet 'pris', der som tidligere nævnt har været kritiseret for at skabe et 'prisdiktatur'²²⁶.

Det faktum, at alle interesserede økonomiske aktører på 'det indre marked' har mulighed for at afgive tilbud, medfører umiddelbart, at den pågældende kontraktpris er udtryk for markedsprisen. Omvendt vil der under udbudsformen altid være den mulighed – særligt når proceduren som følge af administrative omkostninger ofte anvendes i forbindelse med anskaffelser, hvor der er få konkurrenter på markedet – at kun ét tilbud modtages. Dette kan af naturlige årsager skyldes, at der ikke eksisterer andre konkurrenter på det pågældende marked, som er interesserede i kontrakten.

Ud fra et udbudsretligt perspektiv må formålet med reglerne – uanset at en sådan situation kan optræde – formodes at være opfyldt, da det efter omstændighederne må konstateres, at den rette økonomiske aktør har fået tildelt kontrakten, da der ikke er andre interesserede konkurrenter, som har ønsket at afgive tilbud. Ud fra et statsstøtteretligt perspektiv er det afgørende element, hvorvidt kontraktens pris er udtryk for markedsprisen, således at der ikke opstår en begunstigende fordel omfattet af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1. Først kontraktens pris kan anses som udtryk for markedsprisen, må det forudsættes, at kontrakten konkurrenceudsættes på markedsmæssige vilkår. At en kontrakt konkurrenceudsættes på markedsmæssige vilkår må herefter formodes at være opfyldt, såfremt ordregiver kan godtgøre, at denne har bestræbt sig på at gennemføre udbuddet – herunder ved bred annoncering, udformning af rimelige krav og tildelingskriterier – på en måde, der giver størst mulig reel konkurrence. I de tilfælde, hvor der kun er én økonomisk aktør, som har afgivet tilbud under 'offentligt udbud', er det dermed ikke ensbetydende med, at kontrakten ikke i tilstrækkelig grad har været konkurrenceudsat, men derimod snarere udtryk for at markedet er snævert, og kontraktværdien således i realiteten afspejler markedsprisen, som statsstøttere reglerne netop tilstræber.

Det faktum, at en pris fastsættes højt af en økonomisk aktør i en tilnærmelsesvis monopolsituation betyder ikke, at den aktuelle kontraktværdi ikke svarer til markedsprisen. Omvendt er dette ikke ensbetydende med, at markedsprisen medfører en overnormal

²²⁶ Se afsnit 1.1.

gevinst for tilbudsgiver, der ikke er omfattet af fordelsbegrebet. Såfremt ordregiver gennemfører et 'offentligt udbud' med kun én tilbudsgiver, begrundes dette udbudsretligt med, at det skyldes forhold, som er uden for ordregivers kontrolsfære, således at denne ikke er tvunget til at annullere udbuddet. Ud fra et statsstøtteretligt synspunkt kan opretholdelse af dette argument imidlertid nuanceres. Det må dog formodes, at udbudsformen 'offentligt udbud' er en procedureform, der tillader en fuldkommen konkurrenceudsættelse af en kontrakt, således at den rette tilbudsgiver tildeles kontrakten til den efter omstændighederne reelle markedspris. En perfekt prismæssig konkurrence beror dog på, at ordregiver i sin evaluering vurderer kontrakten ud fra tildelingskriteriet 'pris'.²²⁷

3.3.2.2 Begrænset udbud

Udbudsproceduren 'begrænset udbud' reguleres i udbudsdirektivets art. 28 og er kendetegnet ved, at enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i forbindelse med svar på forhåndsmeddelelse eller udbudsbekendtgørelse, men at kun de, der af ordregiver modtager opfordring hertil, kan afgive et tilbud. En ordregiver skal i den forbindelse prækvalificere mindst fem ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud. Det har imidlertid ingen konsekvens, såfremt færre end fem af de prækvalificerede leverandører faktisk afgiver et tilbud.²²⁸ Hvis der ikke i udbudsbekendtgørelsen er angivet et antal, skal alle objektivt kvalificerede ansøgere prækvalificeres og opfordres til at afgive tilbud. Ordregiver kan således med fordel anvende denne udbudsform i tilfælde, hvor det ønskes at begrænse antallet af ansøgere, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal egnede ansøgere. Ordregiver kan desuden efter eget valg tildele kontrakten på grundlag af de tildelingskriterier, som fremgår af udbudsdirektivets art. 67.

Sammenlignet med udbudsformen 'offentligt udbud' kan der argumenteres for, at der foreligger en mildere grad af prismæssig konkurrence, da der efter denne procedure som oftest i udbudsbekendtgørelsen angives et loft for antallet af de ansøgere, som efterfølgende vil blive opfordret til at afgive tilbud – dvs. at loftet potentielt kan sættes til fem tilbudsgivere. Der er således færre økonomiske aktører, som potentielt har mulighed

²²⁷ Under udbudsformen 'offentligt udbud' tillægges pris ofte høj vægt, da der er flere forskellige udbydere og anskaffelsen ofte har en homogen karakter. Udbudsformen 'offentligt udbud' kan efter omstændighederne sammenholdes markedsstrukturen oligopol, se hertil afsnit 2.3.2.

²²⁸ Ølykke & Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 205.

for at afgive tilbud end ved 'offentligt udbud'. Omvendt realiseres offentlige udbud som følge af administrative omkostninger ofte på markeder, hvor der er kendskab til en begrænset kreds af leverandører, således at der ikke nødvendigvis afgives flere tilbud end ved 'begrænset udbud'. Der må dog ses bort fra dette synspunkt, da det må være den reelle mulighed for at afgive tilbud, som er det bærende element for konkurrenceudsættelsen og ikke det konkrete antal af konkurrenter, der ender med at afgive tilbud.

Henset til udbudsprocedurernes formål i udbudsretligt- og statsstøtteretligt regi er proceduren under 'begrænset udbud' således tilstrækkelig til at sikre, at den rette tilbudsgiver tildeles kontrakten og umiddelbart også tilstrækkelig til, at kontrakten tildeles til en tilnærmelsesvis markedspris. Der må således konstateres at foreligge en marginalt mindre grad af prismæssig konkurrence ved kontrakter underlagt et 'begrænset udbud' end ved et 'offentligt udbud'. Denne antagelse beror dog på forudsætningen om, at kontrakterne efter de to udbudsprocedurer er underlagt de samme tildelingskriterier.²²⁹

3.3.2.3 Udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab

Udbudsprocedurerne 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog' følger henholdsvis af udbudsdirektivets art. 29 og 30. Med hensyn til graden af den prismæssige konkurrence er der betydelige fællestræk mellem disse udbudsformer. Selvom der er tilladt en udvidet anvendelse af procedurerne efter ikrafttrædelsen af udbudsdirektivet fra 2014, er det til stadighed en forudsætning, at anvendelsen er en undtagelse i forhold til brugen af 'offentligt' eller 'begrænset udbud'.²³⁰ Lempelsen er resultatet af et betydeligt pres fra medlemsstaterne, herunder ønske om øget fleksibilitet og adgang til forhandling i forbindelse med offentlige anskaffelser.²³¹

Betingelserne for anvendelsen af procedurerne er ens reguleret. Procedurerne giver ordregiver mulighed for, på baggrund af et indledende tilbud, at gennemføre forhandlinger eller drøftelser med tilbudsgiverne. Dette har til formål at forbedre indholdet af tilbuddet, så anskaffelsen i højere grad tilpasses ordregivers specifikke behov. Enhver økonomisk

²²⁹ Udbudsformen 'begrænset udbud' anvendes ofte, når der er mange forskellige udbydere, og antallet af modtagne tilbud dermed ønskes begrænset. Herudover har anskaffelsen ofte en mere heterogen karakter end under udbudsformen 'offentligt udbud' og kan dermed efter omstændighederne sammenholdes med markedsstrukturen oligopolistisk konkurrence, se hertil afsnit 2.4.2.

²³⁰ Jf. præambelens betragtning (42) i udbudsdirektivet fra 2014.

²³¹ Ølykke & Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 206.

aktør kan ansøge om at deltage i tilbudsprocessen,²³² men kun de ansøgere, som ordregiver opfordrer dertil, kan afgive et indledende tilbud/endeligt tilbud²³³, der skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling/præcisering og optimering. En ordregiver skal i denne forbindelse efter begge procedurer udvælge mindst tre ansøgere til at afgive indledende tilbud.²³⁴ I modsætning til 'udbud med forhandling' kan ordregiver i forbindelse med 'konkurrencepræget dialog' kun tildele kontrakten på grundlag af tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet'.²³⁵

For så vidt angår 'innovationspartnerskaber' er denne med sin indførelse ved ikrafttrædelsen af udbudsdirektivet fra 2014 rettet mod de situationer, hvor ordregiver ønsker at udvikle en innovativ vare, tjenesteydelse eller et bygge- og anlægsarbejde, som ikke allerede er tilgængelig på markedet.²³⁶ Udbudsproceduren følger af udbudsdirektivets art. 31. Ved udbud af et 'innovationspartnerskab' kan enhver økonomisk aktør ansøge om at deltage som svar på udbudsbekendtgørelsen, ligesom ordregiver skal udvælge mindst tre ansøgere til at afgive tilbud.²³⁷ I en situation, hvor ordregiver har prækvalificeret f.eks. fire virksomheder, vil det afhænge af en konkret objektiv vurdering – herunder det samlede ressourceforbrug og innovationshøjden – om man kan skære antallet af tilbudsgivere ned til to inden afgivelsen af det endelige tilbud.²³⁸

I modsætning til 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog' stilles der f.eks. i dansk ret for 'innovationspartnerskaber' ikke krav om begrundelse for at udvælge flere end fem tilbudsgivere. Et sådan krav er muligvis fravalgt på baggrund af holdningen i præamblen, hvorefter det fremgår, at 'innovationspartnerskaber' med flere partnere i visse tilfælde kan være et bidrag til at sikre, at konkurrencen ikke hindres, begrænses eller fordrejes.²³⁹ Endelig kræves det i lighed med 'konkurrencepræget dialog', at kontrakten tildeles på grundlag af tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet', hvorfor tildelingskriterierne 'pris' og 'omkostninger' ikke kan anvendes.²⁴⁰

²³² Jf. hhv. udbudsdirektivets art. 29 (1) og 30 (1).

²³³ Jf. hhv. udbudsdirektivets art. 29 (2) og 30 (1).

²³⁴ Jf. udbudsdirektivets art. 65 (2).

²³⁵ Jf. udbudsdirektivets art. 30 (1), jf. art. 67 (2).

²³⁶ Jf. udbudsdirektivets art. 31.

²³⁷ Jf. udbudsdirektivets art. 65 (2).

²³⁸ Den samme vurdering gør sig gældende for 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog'.

²³⁹ Jf. præambelens betragtning (49) til udbudsdirektivet fra 2014.

²⁴⁰ Jf. udbudsdirektivets art. 31 (1).

Før indførelsen af 'innovationspartnerskab' har lignende forsknings- og udviklingssamarbejder været gennemført ved det såkaldte paradigme 'prækommercielle indkøb' udviklet af Kommissionen.²⁴¹ Formålet med 'prækommercielle indkøb' er gennem risiko- og resultatdeling på markedsvilkår at eliminere risikoen for, at der tildeles statsstøtte. Der stilles ifølge paradigmet krav til, at det nyudviklede produkt skal konkurrenceudsættes i en ny udbudsprocedure på basis af ordregivers adgang til de eventuelle intellektuelle ejendomsrettigheder for derved at undgå, at den økonomiske aktør opnår en monopolstilling. Uanset at det ifølge præamblen til udbudsdirektivet fra 2014 følger,²⁴² at det fortsat skal være muligt at anvende 'prækommercielle indkøb', afgrænses der imidlertid fra en nærmere analyse og vurdering heraf sammenlignet med 'innovationspartnerskaber'.

Sammenlignet med udbudsformerne 'offentligt udbud' og 'begrænset udbud' må det generelt antages, at der for 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog' henset til tilbudsgiverfeltets omfang foreligger en mere begrænset prismæssig konkurrence. For både 'udbud med forhandling', 'konkurrencepræget dialog' og 'innovationspartnerskab' kræves det som nævnt ovenfor, at der mindst udvælges tre ansøgere. Sammenlignet med 'offentligt udbud', hvor alle kan indsende tilbud, og 'begrænset udbud', hvor der stilles krav om udvælgelse af mindst fem ansøgere, er der således grundlag for en mere begrænset prismæssig konkurrence for både 'udbud med forhandling', 'konkurrencepræget dialog' og 'innovationspartnerskaber'.

Det faktum, at ordregiver ved 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog' skal begrunde, at denne udvælger flere end fem tilbudsgivere, bidrager ligeledes til, at den prismæssige konkurrence i praksis potentielt har en begrænsende virkning i forhold til 'innovationspartnerskaber'. I praksis må 'udbud med forhandling' ligeledes i højere grad end ved 'konkurrencepræget dialog' og 'innovationspartnerskaber' kunne anses for at sikre markedsprisen som følge af muligheden for at evaluere kontrakten på grundlag af tildelingskriteriet 'pris'. Det er imidlertid ikke den gennemsnitlige konkurrenceudsættelse, der i praksis skabes inden for rammerne af udbudsprocedurerne, som er i fokus, men

²⁴¹ 'Prækommercielle indkøb': vedvarende høj kvalitet i offentlige tjenester i Europa gennem øget innovation, KOM (2007) 799, Bruxelles, d. 14.12.2007.

²⁴² Præambelns betragtning (47) til udbudsdirektivet fra 2014.

derimod den maksimale begrænsning i den prismæssige konkurrence, som ordregiver kan tilrettelægge det pågældende indkøb efter. Ud fra ovenstående vurderes der derfor at foreligge en tilnærmelsesvis identisk prismæssig konkurrence inden for procedurerammerne for 'udbud med forhandling', 'konkurrencepræget dialog' og 'innovationspartnerskaber'.²⁴³

For så vidt angår sidstnævnte tre procedurer, og henset til udbudsprocedureernes formål i udbudsretligt regi, må det konstateres, at kontrakten tildeles til den rette økonomiske aktør, så længe procedurereglerne herfor i udbudsdirektivet overholdes. Mere tvivlsomt forekommer det, om udbudsprocedureerne set ud fra et statsstøtteretligt perspektiv sikrer den reelle markedspris.²⁴⁴ Den generelt øgede adgang til hhv. forhandling og dialog fører til en generel øget risiko for protektionisme, favorisering og korrupsion sammenlignet med udbudsformerne 'offentligt udbud' og 'begrænset udbud'.²⁴⁵

3.3.2.4 Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

Udbudsproceduren 'udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse' (herefter 'direkte tildeling') følger af udbudsdirektivets art. 32. Proceduren består reelt i direkte tildeling af en kontrakt og er en undtagelse i forhold til de øvrige udbudsprocedurer. Der er således tale om en procedure, hvor der ingen konkurrence er om kontrakten, hvorfor denne udbudsform kun må anvendes under "*helt ekstraordinære omstændigheder*", jf. præambelens betragtning 50 til udbudsdirektivet fra 2014. Det følger tillige af retspraksis, at udbudsdirektivets art. 32 skal fortolkes indskrænkende.²⁴⁶ Proceduren er kendetegnet ved ikke at være underlagt udbudsdirektivets mere formaliserede procedureregler. Det betyder, at såfremt anskaffelsen er underlagt bestemmelsernes begrænsede anvendelsesområde, kan ordregiver frit bestemme, hvem og hvor mange tilbudsgivere man ønsker at forhandle med, eller om kontrakten skal tildeles direkte uden gennemførelse af egentlige forhandlinger. Henset til udbudsprocedureernes formål i udbudsretligt regi må det

²⁴³ Alle tre udbudsformer anvendes ofte, når der er flere udbydere på markedet, og der af ordregiver stilles specifikke krav for anskaffelsen, således at dialog/forhandling i høj grad er ønskværdigt. Anskaffelsen har dermed også i høj grad en heterogen karakter og kan efter omstændighederne sammenholdes med markedsstrukturen oligopolistisk konkurrence, se hertil afsnit 2.4.2 sammenholdt med afsnit 2.5 om forhandlingsstyrke.

²⁴⁴ Se hertil afsnit 3.2.1 om baggrunden for statsstøttere reglerne.

²⁴⁵ Ølykke & Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 206.

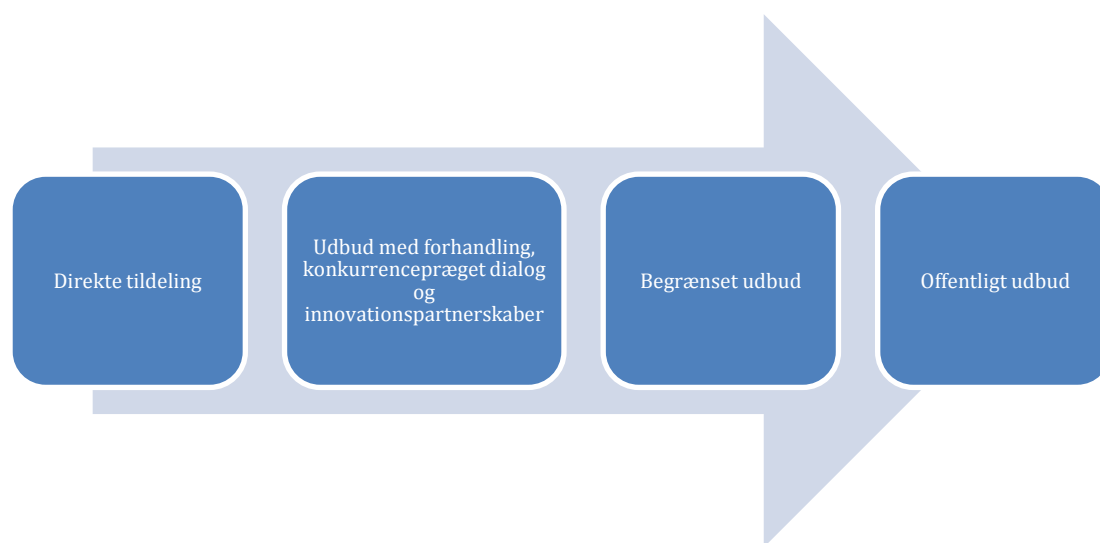
²⁴⁶ Jf. f.eks. Sag C-199/85, præmis 14 og Sag C-318/94, præmis 13.

som tidligere konstateres, at kontrakten tildeles til den rette økonomiske aktør, så længe betingelserne herfor i bestemmelserne overholdes. Ud fra et statsstøtteretligt perspektiv bør det dog fremhæves, at den prismæssige konkurrence som udgangspunkt ikke finder sted, da ordregiver kun modtager ét tilbud. Ved en sammenligning med alle øvrige udbudsprocedurer ovenfor må 'direkte tildeling' dermed antages at være den procedure, der i mindst grad sikrer en tilstrækkelig prismæssig konkurrence.²⁴⁷

3.3.2.5 Sammenfatning

Ud fra ovenstående gennemgang af udbudsprocedurerne kan det konstateres, at den prismæssige konkurrence spænder bredt afhængig af den valgte udbudsprocedure. Udbudsformen 'offentligt udbud' sikrer i højest grad den prismæssige konkurrence, hvorimod den prismæssige konkurrence ved 'direkte tildeling' er ikke eksisterende. Graden af den prismæssige konkurrence varierer for alle øvrige udbudsprocedurer et sted mellem disse yderpunkter og kan illustreres på følgende vis:

Figur 6 - Graden af den prismæssige konkurrence ved udbudsprocedurerne – (konkurrencen er stigende fra venstre mod højre)



Kilde: Egen tilvirkning

²⁴⁷ Udbudsformen 'udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse' kan efter omstændighederne sammenholdes med markedsstrukturen monopol i afsnit 2.3.3.

3.4 Retspraksis vedrørende den økonomiske fordel i henhold til TEUF art. 107, stk. 1.

Risikoen for at en betaling i forbindelse med et udbud betragtes som en økonomisk fordel omfattet af statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, varierer afhængigt af, hvorvidt den pågældende betalingstransaktion svarer til markedsprisen. Den prismæssige konkurrence ved de respektive udbudsprocedurer har betydning for prisen i den endelige kontrakt og om denne rammer markedsprisen. På denne baggrund må det antages, at den valgte udbudsprocedure har indvirkning på vurderingen af, om der foreligger en økonomisk fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand. For at bidrage til en nærmere forståelse for den konkrete udmåling af, hvornår en sådan økonomisk fordel må antages at foreligge, inddrages en række særligt relevante domme i det følgende, herunder en introduktion til 'det markedsøkonomiske aktørprincip'.

3.4.1 Markedsaktørtesten

EU-Domstolen og Kommissionen har i udpræget omfang udtrykt, at offentlige enheders anvendelse af udbudsprocedurer efter omstændighederne *kan* sammenlignes med private virksomheders markedsadfærd, idet der ved udbud etableres en konkurrencesituation.²⁴⁸ Det er derfor generelt fast antaget inden for statsstøtteren, at der ikke vil opstå en begunstigende fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, såfremt en kontrakt indgås efter afholdelse af en *tilstrækkelig* udbudskonkurrence. Ved en tilstrækkelig udbudskonkurrence henvises i denne sammenhæng til, at der via en ubetinget procedure sikres en effektiv konkurrence – dvs. en åben, gennemsigtig og ikke-diskriminerende konkurrence – i forbindelse med konkurrenceudsættelsen af kontrakten.²⁴⁹ Dette synes baseret på den forudsætning, at markedsmekanismerne ved et aktuelt udbud vil forhindre, at en potentiel overbetaling, som vil udgøre statsstøtte, aldrig vil blive en realitet som følge af, at prisen ikke vil være konkurrencedygtig i forhold til de øvrige tilbud. Denne forudsætning kan formodes at briste, såfremt kun én tilbudsgiver i forbindelse med et udbud afgiver tilbud, eller andre konkurrenceparametre end 'pris' indgår i tildelingskriterierne for kontrakten.²⁵⁰ I denne forbindelse skal det derfor vurderes, om en potentiel overbetaling i forbindelse med

²⁴⁸ Jf. f.eks. Sag C-533/12 og C-536/12 P, Sag C-305/89, samt Sag C-303/88, samt pkt. 73-105 i Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01.

²⁴⁹ Jf. Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, pkt. 84.

²⁵⁰ Se hertil senere i analysen afsnit 3.5.5.

en udbudsprocedure kan udgøre en begunstigelse svarende til den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand.

I den nærmere bedømmelse af, om en økonomisk aktør igennem en overbetaling tilføres en ensidig begunstigende fordel, og om denne fordel gives ved fravigelse af normale markedsmæssige vilkår, har EU-Domstolen bl.a. udviklet *"den markedsøkonomiske investortest"*²⁵¹, *"den private kreditortest"*²⁵² og *"den private sælgertest"*²⁵³ – også omtalt af Kommissionen med samlebetegnelsen *"den markedsøkonomiske aktørtest"*.²⁵⁴ Disse tests er alle variationer over det samme grundlæggende princip; at offentlige organers adfærd skal sammenlignes med, hvad en lignende privat økonomisk aktør ville have gjort på normale markedsvilkår for på den måde at fastslå, om disse organers økonomiske transaktion til modparten medfører en fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand.

For så vidt angår 'det markedsøkonomiske aktørprincips' generelle karakter kan der bl.a. henvises til EU-Domstolens formuleringer: *"... om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med organer, som forestår forvaltningen af den offentlige sektor, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt en kapital af den omhandlede størrelse"*²⁵⁵ og *"... at udsigterne til, at Tubemeuse kunne blive rentabel, ikke kunne tilskynde en privat investor, der arbejder under normale markedsøkonomiske forhold, til at foretage de omhandlede finansielle dispositioner ..."*²⁵⁶. I EU-Domstolens dom 248/84, Forbundsrepublikken Tyskland mod Kommissionen, blev det allerede inden udviklingen af de nævnte markedsaktørtests fastlagt, at *"Kommissionen kunne nøjes med at studere det forelagte programs generelle træk og på grundlag af betingelserne for ydelsen af støttens omfang og intensitet konkludere, at programmet, såfremt det frembyder en væsentlig fordel for modtagerne i forhold til deres konkurrenter, kan begunstige virksomheder, som deltager i samhandelen mellem medlemsstater, i væsentlig grad og følgelig falder ind under artikel 92, stk. 1"*.²⁵⁷

²⁵¹ Se f.eks. Sag C-142/87, præmis 29.

²⁵² Se f.eks. Sag C-525/04 P.

²⁵³ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08.

²⁵⁴ Jf. Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 75.

²⁵⁵ Jf. Sag C-305/89, præmis 19.

²⁵⁶ Jf. Sag C-142/97, præmis 29.

²⁵⁷ Jf. hertil 'Syttende Beretning om Konkurrencepolitikken', 1988, s. 220, pkt. 301.

Da den juridiske problemstilling søger at belyse gældende ret i en situation, hvor ordregiver ønsker at foretage et indkøb, synes 'den private sælgertest' – som følge af dets omvendte kontraktforhold – mest relevant at inddrage til brug for den videre forståelse af den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand.

3.4.1.1 »Den private sælgertest«

'Den private sælgertest' er bl.a. af EU-Domstolen statueret i de forenede sager T-268/08 og T-281/08, Land Burgenland (Østrig) mod Kommissionen.²⁵⁸ Den østrigske delstat Land Burgenland anlagde i denne forbindelse sag mod Kommissionen angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning²⁵⁹ om Østrigs statsstøtte til privatiseringen af Bank Burgenland (herefter 'BB'). Den indledende procedure for privatiseringen blev gennemført ved offentliggørelsen af et udbud. Iblandt fjorten bydende, der formelt tilkendegav interesse i at afgive et bud, blev der afgivet tre fyldestgørende bud inden fristens udløb på henholdsvis EUR 65 mio., EUR 100 mio. og EUR 140 mio. Disse deltog efterfølgende i anden udbudsrunde, hvorefter et bindende bud skulle afgives. To bydende, herunder et østrigsk forsikringsselskab og et østrigsk-ukrainsk konsortium, afgav herefter bindende bud, som senere blev genstand for en individuel vurdering og kontraktforhandling. De bindende bud lød herefter på hhv. EUR 100,3 mio. og EUR 155 mio.

Delstaten Burgenland tildelte – til trods for den markante prismæssige forskel i buddene – BB til den lavest bydende (det østrigske forsikringsselskab). Uanset at tildelingen henset til den budte købspris burde falde ud til konsortiets fordel, blev den lavest bydende tildelt BB henset til de øvrige udvælgelseskriterier, herunder sikkerheden for købsprisens betaling, sikkerheden for BB's fortsatte eksistens uden brug af kapitalforhøjelser samt transaktionssikkerheden. Kommissionen havde ved vurderingen af, om salget af BB til det østrigske forsikringsselskab udgjorde statsstøtte, angivet, at midlerne fra delstaten Land Burgenland skal anses for statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler. Herudover blev det konstateret, at det østrigske forsikringsselskab udøvede virksomhed på internationalt plan, hvorfor en eventuel fordel ydet ved hjælp af offentlige midler ville hæmme konkurrencen i banksektoren og påvirke samhandelen inden for Det Europæiske

²⁵⁸ Se ligeledes f.eks. Sag T-244/08.

²⁵⁹ Jf. Kommissionens beslutning 2008/719/EF af 30. april 2008.

Fællesskab. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt det østrigske forsikringsselskab har fået en selektiv fordel, understregede Kommissionen, at det skal vurderes, om delstaten Land Burgenland har handlet som enhver anden sælger, der disponerer ud fra markedøkonomiske betragtninger. Kommissionen angav herefter i den pågældende sag, at en økonomisk aktør, der handler efter markedøkonomiske principper, kan vælge det laveste bud i to tilfælde:

- 1) Tilfælde, hvor det er klart, at et salg til den højstbydende ikke kan gennemføres af praktiske årsager.²⁶⁰
- 2) Tilfælde, hvor hensyntagen til andre faktorer end prisen er berettiget, hvor dog de eneste faktorer, der kan tages hensyn til, er dem, som en markedøkonomisk investor ville have taget i betragtning.²⁶¹

Henset til de i sagen faktuelle omstændigheder samt ovenstående punkter fandt Kommissionen herefter, at det vindende bud uanset vægningen af øvrige udvælgelseskriterier ikke var det bedste bud, da en markedøkonomisk investor ikke ville have taget de pågældende faktorer i betragtning.²⁶² Den økonomiske fordel fandtes herefter minimum at svare til differencen mellem konsortiets bud, der af Kommissionen blev anset som markedsprisen, og den faktiske købspris. Fordelen svarende til statsstøttebeløbet udgjorde således EUR 54,7 mio. Det fik ingen betydning for Kommissionens vurdering, at en af delstaten betroet investeringsbank fremlagde ekspertrapporter, hvoraf det fremgik, at salget i det foreliggende tilfælde reelt var sket til markedsprisen.

Ifølge Rettens bemærkninger til Kommissionens afgørelse fremhæves i overensstemmelse med ovenstående kriteriet om den private markedsaktør. Retten angiver, at Kommissionen er forpligtet til at anvende kriteriet for at afgøre, om den pris, som den formodede støttemodtager har betalt, svarer til den, som en privat aktør, der handler under normale konkurrencevilkår, kunne have fastsat. I denne forbindelse bemærker Retten ”... *at et selskabs markedspris, der som regel er afhængig af samspillet mellem udbud og efterspørgsel, svarer til den højeste pris, som en privat investor, der handler på normale*

²⁶⁰ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 22.

²⁶¹ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 23.

²⁶² Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 25.

konkurrencevilkår, er parat til at betale for selskabet”²⁶³, og henviser i denne forbindelse til EU-Domstolens tidligere praksis.²⁶⁴

Henset til den omvendte udbudssituation, hvor ordregiver som offentlig myndighed foretager et indkøb, må dette i overført betydning tilsvarende betyde, at det lavest prismæssigt afgivne tilbud afspejler markedsprisen. Set ud fra kriteriet om den private markedsaktør svarer det lavest prismæssige afgivne tilbud til den mindste pris, som en privat aktør, der handler på normale konkurrencevilkår set ud fra sine egne omkostninger, er villig til at tilbyde i kontrakten. På den baggrund må det herefter kunne udledes, at den difference, der er mellem det lavest afgivne tilbud²⁶⁵ og det tilbud, som accepteres af ordregiver, i statsstøtteretlig forstand afspejler den heraf omtalte økonomiske fordel.

Retten angiver ligeledes, at såfremt en offentlig myndighed afholder en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure, vil der herefter være ”... *formodning for, at markedsprisen svarer til det højeste bud, idet det dog skal godtgøres, at dette bud for det første er bindende og troværdigt, og at en hensyntagen til andre økonomiske faktorer end prisen ... for det andet er ubegrundet*”²⁶⁶. Retten fandt herefter ikke, at Kommissionen havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at have fundet, at støtteelementet kan vurderes ud fra markedsprisen, der i princippet selv afhænger af de bud, som er afgivet konkret i forbindelse med et udbud.

I en udbudssituation, hvor en tilbudsgiver afgiver et unormalt lavt tilbud, vil en forudsætning om, at laveste pris altid svarer til markedsprisen være misvisende. Af ovenstående præmis fremgår i denne forbindelse, at det imidlertid skal godtgøres, at budet er bindende og troværdigt. Således vil en situation med et unormalt lavt tilbud ikke medføre nogle hindringer for anvendelsen af ’det markedsøkonomiske aktørprincip’, da det unormalt lave tilbud aldrig vil blive anerkendt som markedsprisen.

²⁶³ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 69.

²⁶⁴ Jf. Sag C-390/98, præmis 77, samt Sag C-277/00, præmis 80.

²⁶⁵ Det lavest afgivne tilbud må naturligvis ikke stride imod udbudsdirektivets art. 69 om ’unormalt lave tilbud’, da dette i så fald ikke modsvarer markedsprisen. Se hertil afsnit 3.6.

²⁶⁶ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 70.

Retten angiver desuden, at Kommissionen ikke kan kritiseres for ikke at have taget hensyn til de uafhængige ekspertrapporter, der skulle bekræfte, at prisen for BB stemte overens med markedsprisen, da brugen af disse ekspertvurderinger kun ville give mening i det tilfælde, hvor der slet ikke var blevet iværksat en udbudsprocedure. Det angives i denne forbindelse af Retten som *"... uomtvisteligt, at bud, som er blevet afgivet på konkret og gyldig vis i forbindelse med en udbudsprocedure, der er blevet indledt med henblik på privatiseringen af et givent selskab, i princippet giver et bedre billede af den nævnte enheds markedsværdi end uafhængige ekspertrapporter"* ²⁶⁷. Dermed ikke sagt, at dette nødvendigvis gør sig gældende i enhver udbudssituation. Det synes hertil vanskeligt at udlede, hvad der menes med bud, som er afgivet *'konkret'*. Umiddelbart synes der ikke at foreligge klare argumenter til hinder for, at en tilsvarende gyldig udbudsprocedure i forbindelse med et offentligt indkøb ligeledes er det mest effektive apparat til at fremfinde markedsprisen, og at det derfor er mere effektivt end anvendelsen af uafhængige værdiansættelser og benchmarking.

Under normale markedsvilkår, og ud fra den private sælgers perspektiv, angiver Retten i øvrigt, at de subjektive eller strategiske årsager, der får betydning for det af en bestemt tilbudsgivers afgivne buds størrelse, i øvrigt ikke er afgørende. Retten anfører herefter: *"Den private sælger under normale markedsvilkår vil i princippet vælge det højeste bud uden hensyn til de grunde, som har ført potentielle købere til at afgive bud af en vis størrelse"* ²⁶⁸. I en udbudssituation, hvor en ordregivende myndighed skal udvælge et vindende tilbud, må dette ligeledes ud fra en analog fortolkning betyde, at den ordregivende myndighed under normale markedsvilkår i princippet vil vælge det billigste tilbud uden hensyn til de bagvedliggende grunde for det afgivne tilbuds prismæssige størrelse.

Afslutningsvist stadfæstede Retten i sin helhed Kommissionens beslutning. Retten fandt således i lighed med Kommissionen, at der ikke forelå tilstrækkelig begrundelse for at fravælge den højestbydende. Retten vurderede ligeledes den pågældende begunstigelse til at udgøre forskellen mellem tilbuddet fra det af konsortiet afgivne tilbud og det vindende

²⁶⁷ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 71 og 72.

²⁶⁸ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 89.

tilbud – dvs. et statsstøttebeløb på EUR 54,7 mio., som skulle tilbagebetales af den vindende tilbudsgiver i overensstemmelse med Kommissionens afgørelse.²⁶⁹ Det skal bemærkes, at Rettens dom efterfølgende blev appelleret til EU-Domstolen ved de forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P. EU-Domstolen forkastede imidlertid samtlige appeller i sin helhed,²⁷⁰ og hvad angår de gennemgåede præmisser ovenfor, blev Retten af EU-Domstolen bekræftet i at have foretaget en korrekt vurdering i den konkrete sag.²⁷¹

I sin helhed må det konstateres, at de anvendte principper i Rettens dom udspringer af det overordnede 'markedsøkonomiske aktørprincip', der er udviklet igennem tidligere retspraksis. Nærværende dom eksemplificerer således underkategorien 'den private sælgertest', som er en variation over det samme grundlæggende princip for den markedsøkonomiske aktørtest. På lige fod med denne underkategori må de samme principper formodes at kunne overføres til en tilsvarende underkategori i en udbudssituation, hvor offentlige organer foretager indkøb – dvs. hypotetisk set en såkaldt '*privat indkøbertest*'. Henset til metoden for det overordnede 'markedsøkonomiske aktørprincip' kan dette konkret betyde, at offentlige organers adfærd skal sammenlignes med, hvad en lignende privat økonomisk aktør ville have gjort på normale markedsvilkår, for herefter at kunne fastslå, om disse organers økonomiske transaktion skaber en markedsmaessig begunstigelse hos den pågældende modpart.

3.4.1.1.1 Ændring af ræsonnementet for »den private sælgertest«

Senere retspraksis heriblandt EU-Domstolens ING-dom²⁷² og EDF-dom²⁷³ kan tyde på at have ændret en smule på ræsonnementet i Land Burgenland-dommen, jf. ovenfor, hvilket tillige kan have bidraget til en opblødning i Kommissionens tidligere forholdsvist restriktive og formalistiske tilgang – dvs. tilgangen til hvornår medlemsstaterne kan antages at handle som en sammenlignelig markedsøkonomisk aktør. Det pågældende

²⁶⁹ Jf. De forenede sager T-268/08 og T-281/08, præmis 46.

²⁷⁰ Jf. Sag C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, præmis 122.

²⁷¹ Jf. Sag C-214/12 p, C-215/12 P og C-223/12 P, præmis 92-96.

²⁷² Sag C-224/12 P.

²⁷³ Sag C-124/10 P.

ræsonnementet drejer sig således ikke om udmålingen af 'det markedsøkonomiske aktørprincip', men derimod om rækkevidden af princippets anvendelighed.

For at anskueliggøre den mulige ændring i ræsonnementet, dvs. anvendelsesområdet for 'det markedsøkonomiske aktørprincip', stadfæstede EU-Domstolen i Land Burgenland-dommen, at Land Burgenland ikke kunne tage hensyn til risikoen på statsgarantien, når der blev evalueret på tilbuddene, hvis denne ville hævde, at den handlede som en markedsøkonomisk sælger. EU-Domstolen bemærkede yderligere i denne henseende, at en privat sælger ikke ville have underskrevet en garanti som den omhandlende.²⁷⁴

I den senere ING-dom fastslog EU-Domstolen imidlertid med henvisning til EDF-dommen, "*... at anvendeligheden af kriteriet om den private investor på et offentligt indgreb ikke beror på den form, hvorunder fordelene er blevet indrømmet*".²⁷⁵ På denne baggrund fastslog EU-Domstolen herefter, at anvendelsen af princippet om den markedsøkonomiske aktør "*... ikke kan forhindres af den omstændighed alene, at den foreliggende sag ... vedrørte ... en ændring af betingelserne for tilbagekøb af de værdipapirer, der blev erhvervet gennem statsstøtte*".²⁷⁶ EU-Domstolen anførte i forlængelse heraf, at: "*Det giver derfor mening at sammenligne statens adfærd i denne henseende med en hypotetisk privat investor i en sammenlignelig situation*".²⁷⁷ Med disse præmisser afviser EU-Domstolen dermed Kommissionens principielle argument om, at statsstøtten per definition ikke kan administreres markedsøkonomisk, fordi en privat investor aldrig vil give statsstøtte. Omvendt må dette betyde, at visse støttemidler generelt kan administreres markedsøkonomisk, således at udsagnene i Land Burgenland-dommen umiddelbart kan nuanceres. Det kan dog ikke af ING-dommen udledes nærmere, hvornår medlemsstaterne konkret kan administrere statsstøtte på markedsøkonomisk plan.

Henset til de offentlige organer, som foretager indkøb i forbindelse med en udbudsprocedure, må dette alt andet lige betyde, at det i visse tilfælde ikke vil være udelukket, at visse økonomiske fordele, som tildeles i forbindelse med en offentlig kontrakt, ligeledes ville kunne tænkes at blive tildelt af en privat investor, der handler på

²⁷⁴ Jf. De forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, præmis 54.

²⁷⁵ Jf. Sag C-224/12 P, præmis 31.

²⁷⁶ Jf. Sag C-224/12 P, præmis 34.

²⁷⁷ Jf. Sag C-224/12 P, præmis 35.

markeds-mæssige vilkår. Ud fra en fortolkning af ING-dommens præmis 35 lægges det således til grund, at der skal ses på, hvordan en privat investor i en offentlig ordregivers sted ville agere på markeds-mæssige vilkår. Det er således mindre afgørende, hvordan enhver anden privat investor, som ikke er en offentlig ordregiver, vil agere, da denne derved ikke befinder sig i en sammenlignelig situation. På et overordnet plan kan det således umiddelbart konstateres, at kriteriet om den økonomiske fordel set ud fra en offentlig ordregivers synspunkt bør fortolkes mindre restriktivt end først antaget. Den mindre restriktive tilgang for 'det markedsøkonomiske aktørprincips' anvendelighed afspejler sig imidlertid ikke særligt i Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb, hvor Kommissionen dog ganske detaljeret redegør for den markedsøkonomiske aktørtest, herunder opstiller guidelines til undersøgelsen af, om transaktionen er foregået på markedsvilkår.²⁷⁸

3.4.1.1.2 Analog slutning fra principperne om »den private sælgertest«

Offentligt udbud

Henset til de enkelte udbudsprocedurer i udbudsdirektivets afsnit II kan det ifølge Land Burgenlands-dommens præmis 25 og 70 udledes, at den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, for et 'offentligt udbud' potentielt kan udgøre værdiforskellen mellem indkøbsprisen for en anskaffelse med tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet' og indkøbsprisen for en anskaffelse, hvor tildelingskriteriet 'pris' indgår. Sidstnævnte kriterium vil som oftest være det forhold, der gør sig gældende ved udbudsformen 'offentligt udbud'. Den værdimæssige forskel er dog afhængig af den pågældende anskaffelsestype, da en privat aktør for nogle anskaffelsestyper også vil lægge vægt på andre faktorer end pris.

Udbudsformen 'offentligt udbud' benyttes almindeligvis i forbindelse med vareindkøb, hvor produkterne i mindre grad differentierer sig fra hinanden på andre faktorer end pris²⁷⁹ - ofte betegnet som 'hyldevarer'²⁸⁰. Alene af den grund evalueres de afgivne tilbud som oftest ud fra tildelingskriteriet 'pris'. Såfremt der ifølge ordregiver opstår behov for at benytte tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet', må værdisætningen af

²⁷⁸ Jf. hertil Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 4.2. Se hertil Bilag 1.

²⁷⁹ Se hertil den økonomiske analyse om homogene og heterogene markeder, afsnit 2.2.

²⁸⁰ En hyldevare er et genusvare, dvs. et ofte velkendt og ordinært produkt.

'kvalitet' som udgangspunkt antages at være velbegrundet, således at en privat aktør ville tillægge en sådan kvalitet tilsvarende vægt. Såfremt det kan begrundes, at en privat aktør vil tillægge 'kvalitet' vægt, vil anskaffelsen efter omstændighederne da kunne antages at blive indkøbt til den reelle markedspris, jf. fortolkningen af Land Burgenland-dommens præmis 70. I denne forbindelse kunne det derfor tyde på, at rammerne for et 'offentligt udbud' generelt opstiller en tilstrækkelig streng garanti, der kan sikre en reel og effektiv konkurrence, og hvor det eller de indkomne tilbud, som modtages, må antages at omfatte alle tilbud fra de tilbudsgivere, som måtte antages at være interesserede i kontrakten.²⁸¹

Begrænset udbud

Udmålingen af den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, udgør i store træk for 'begrænset udbud' den samme udmåling som for 'offentligt udbud', jf. ovenfor. En forskel i procedurerne beror imidlertid på den omstændighed, at ordregiver kan begrænse sig til at modtage fem afgivne tilbud. Den økonomiske fordel kan således bestå i den prisdifference, som måtte forekomme på et marked med fem tilbudsgivere sammenlignet med et marked med et ubestemt antal af tilbudsgivere, jf. hertil dommens præmis 25 og 70. Denne prismæssige difference kan få betydning for vurderingen af, om proceduren sikrer en tilstrækkelig effektiv konkurrence, og må således formodes omfattet af de 'særlige omstændigheder'²⁸², der ifølge Kommissionen gør det umuligt at fastsætte en markedspris. 'Begrænset udbud' synes dog umiddelbart – ved kravet om at minimum fem tilbudsgivere opfordres til at afgive tilbud, samt at alle har mulighed for at ansøge om prækvalifikation – at skabe et tilstrækkeligt effektivt konkurrencegrundlag, jf. nærmere herom senere i analysen.²⁸³

Udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab

Den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, må for udbudsprocedurerne 'udbud med forhandling', 'konkurrencepræget dialog' og 'innovationspartnerskab' formodes at kunne udgøre den prismæssige difference mellem en kontrakt, der indgås efter

²⁸¹ Jf. Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 93, 3. pkt.

²⁸² Jf. Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 93, 2. pkt.

²⁸³ Se afsnit 3.5.6.

tildelingskriteriet 'pris' med et ubegrænset antal tilbudsgivere og tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet', hvor kontrakten kun udbydes til tre økonomiske aktører.

Tidligere i analysen²⁸⁴ blev det konstateret, at disse tre udbudsprocedurer skabte de samme forudsætninger for en prismæssig konkurrence af kontrakten. Dette medfører ligeledes, at risikoen for at en betaling betragtes som en økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1, alt andet lige må være den samme for de respektive udbudsprocedurer. Det faktum, at der kun er tre tilbudsgivere, som afgiver tilbud, og at dette antal efter omstændighederne kan reduceres yderligere ved de endelige tilbud, medfører per definition en mere begrænset konkurrence og således potentielt en økonomisk fordel for den vindende tilbudsgiver. Herudover følger det af udbudsprocedurernes natur, at anvendelsen heraf ofte beror på, at andre faktorer end pris ved de foretagne indkøb tillægges vægt. Alt andet lige øger dette samlet set risikoen for, at den vindende tilbudsgiver vil modtage en økonomisk fordel, og at der dermed vil være tale om statsstøtte.

Direkte tildeling

Henset til principperne i 'den private sælgertest' må den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1' forstand, for 'direkte tildeling' udgøre det prismæssige interval, som måtte foreligge mellem et marked, hvor enhver privat aktør kan byde ind, og et marked, hvor kun én privat aktør kan byde på kontrakten, jf. dommens præmis 25 og 70. Der må almindeligvis antages at foreligge en markant prisforskel mellem et marked med almindelig konkurrence sammenlignet med et marked uden nogen eksisterende konkurrence, hvorfor kriteriet om en økonomisk fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, som udgangspunkt altid må formodes at være opfyldt. Dette synspunkt fremhæves ligeledes af Kommissionen, der i statsstøttemeddelelsen for almindelige offentlige indkøb anfører: "*... f.eks. i forbindelse med anvendelse af proceduren med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse*"²⁸⁵.

²⁸⁴ Se hertil afsnit 3.3.2 om udbudsprocedurer.

²⁸⁵ Jf. Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 93, 2. pkt.

3.5 Lighedspunkter fra beslægtede retsområder

Ud fra ovenstående analyse af 'det markedsøkonomiske aktørprincip' tyder det på, at der i forbindelse med størstedelen af udbudsprocedurerne potentielt kan opstå en økonomisk fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand.²⁸⁶ Der synes imidlertid ikke ud fra det foreliggende retsgrundlag eller Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb at kunne udledes et klart svar på, om de enkelte udbudsprocedurer sikrer en tilstrækkelig effektiv konkurrence således, at den vindende tilbudsgiver ikke får en økonomisk fordel og dermed statsstøtte. Det synes derfor relevant at se nærmere på andre retsområder, herunder særligt reglerne for tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, der langt hen ad vejen er underlagt de samme regler som "almindelige" indkøb. På den baggrund og særligt henset til retspraksis på området, herunder Altmark-dommen²⁸⁷, synes det herefter nærliggende at drage analogi-slutninger mellem de respektive retsområder.

3.5.1 Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse

Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse vil i det følgende blive omtalt som '*public serviceindkøb*'²⁸⁸. Henset til de forskellige retsområder forekommer der væsentlige fællestræk i retsgrundlaget mellem public serviceindkøb og almindelige offentlige indkøb. De økonomiske aktører tildeles for begge typer af indkøb en kontrakt efter udbudsprocedurerne i udbudsdirektivets afsnit II, ligesom parterne efter omstændighederne – i begge situationer – kan være underlagt de samme statsstøtteregler i TEUF.

I modsætning til de almindelige offentlige indkøb følger det efter TEUF art. 106, stk. 2, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre en public service, kun er underkastet statsstøttereglerne i det omfang, at anvendelsen heraf ikke hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet disse virksomheder. Principielt medfører anvendelsen af TEUF art. 106, stk. 2, således, at statsstøttereglerne ikke finder anvendelse i det omfang, at disse hindrer udførelsen af public service. Omvendt vurderes det overvejende, at public

²⁸⁶ Se 'Udmålingen af den økonomiske fordel for de enkelte udbudsprocedurer efter principperne for den private sælgertest', afsnit 3.4.1.1.2.

²⁸⁷ EU-Domstolens dom af 24. juli 2003, C-280/00.

²⁸⁸ '*Public serviceindkøb*' (direkte oversat til *offentlig tjenesteindkøb*) er en betegnelse for indkøb på offentlige tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, herunder særligt sociale tjenesteydelser. I engelsk litteratur omtales begrebet som hhv. '*Service of General Economic Interest*' med forkortelsen ('SGEI') og '*Social Services of General Interest*' med forkortelsen ('SSGI').

serviceindkøb er underlagt en streng²⁸⁹ fortolkning i relation til statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1, jf. nærmere herom nedenfor. Dette skyldes, at den økonomiske aktør ved tildelingen af en public service tilegner sig en særlig og eksklusiv rettighed, således at der skabes en kunstig²⁹⁰ monopoltilstand.²⁹¹ Med en sådan skabt markedssituation og den heraf forbundne begrænsede konkurrence forekommer en mere streng fortolkning i relation til statsstøttereglerne derfor som en naturlig følge.

Der findes ikke en direkte og specifik definition af begrebet *'public serviceindkøb'* i traktaten. Efter TEUF art. 14 følger det, at public serviceindkøb er af væsentlig betydning for de fælles værdinormer i Unionen, og at medlemsstaterne af denne grund har vide skønsebeføjelser med hensyn til at levere, udlægge og finansiere sådanne ydelser. Det følger ligeledes af art. 36 i Charteret²⁹², at *"Unionen anerkender og respekterer adgangen til tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, som fastsat i national lovgivning og praksis, i overensstemmelse med traktaterne med formål at fremme social og territorial samhørighed i Unionen"*.

Herudover defineres begrebet ifølge Kommissionens arbejdsdokument som *"... ydelser af forretningsmæssig karakter, der tjener et almennyttigt formål"*²⁹³, ligesom det er Kommissionens generelle opfattelse, at *"... det ikke ville være passende at knytte særlige forpligtelser til offentlig tjeneste til en aktivitet, som allerede udbydes, eller som kan udbydes på tilfredsstillende vis og på vilkår, herunder hvad angår pris, objektive kvalitetskrav, kontinuitet og adgang til tjenesten, der er i overensstemmelse med den offentlige interesse, således som defineret af staten og virksomheder, der driver forretning på normale markedsvilkår"*.²⁹⁴ Endelig blev public serviceindkøb af Kommissionens tidligere vicepræsident Joaquín Almunia omtalt således: *"Services of general economic*

²⁸⁹ En *strengere fortolkning* henviser i denne sammenhæng til, at der skal mindre til ved public serviceindkøb end ved almindelige offentlige indkøb førend, at en betalingstransaktion er at betragte som tildeling af statsstøtte. Der er således tale om en fortolkning ud fra retssystemet som helhed, hvor den ene traktatbestemmelse fortolkes i lyset af den anden, jf. hertil princippet i CILFIT-sagen C-283/81.

²⁹⁰ Ved *kunstig* menes, at markedssituationen ikke er skabt ud fra de almindelige frie markeds mekanismer.

²⁹¹ Se hertil afsnit 2.3.3 om et monopolmarked.

²⁹² Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, 2012/C 83/02.

²⁹³ Vejledning i anvendelsen af EU's regler om statsstøtte, offentlige indkøb og indre marked på tjenesteydelser af alm. økonomisk interesse, især sociale tjenesteydelser af almen interesse, s. 23-30.

²⁹⁴ Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 48.

*interest are activities that would not be produced by market forces alone or at least not in a form that would be available to all. We are talking about postal services, energy, transport, telecommunications, social services, cultural services and other services”.*²⁹⁵

Public serviceindkøb vurderes således reserveret til de markedssituationer, hvor den økonomiske aktørs manglende udførelse ellers vil skabe *'markedsfejl'*²⁹⁶. Den kompensation, der tildeles i forbindelse med et public serviceindkøb, tildeles på baggrund af, at de frie markedsmekanismer – som følge af de økonomiske aktørers manglende incitament – ikke af sig selv kan dække et offentligt behov. Udgangspunktet for public serviceindkøb synes i overensstemmelse med retspraksis²⁹⁷ herefter at være, at medlemsstaterne i fravær af specifikke EU-retlige regler frit kan bestemme, hvilke tjenesteydelser der skal defineres som en public service, og hvordan denne skal finansieres.

Ud fra ovenstående introduktion af public service-begrebet er spørgsmålet herefter, om der ved public serviceindkøb – i lighed med almindelige offentlige indkøb – opnås en økonomisk fordel, som den økonomiske aktør ikke ville blive tildelt på almindelige markedsvilkår? For at besvare dette spørgsmål vil retspraksis, herunder særligt Altmark-dommen, inddrages med henblik på at udlede de principper, der er lagt til grund i afgørelserne, hvorefter disse kan bidrage til at skabe en klarere forståelse af retsgrundlaget for almindelige offentlige indkøb.

3.5.1.1 Altmark-dommen

Public serviceindkøb har historisk set været præget af en uklar retstilstand, hvor Kommissionen generelt anså kompensation for public service som statsstøtte.²⁹⁸ Med dommen C-53/00, *Ferring SA mod ACOSS*, fastslog EU-Domstolen dog, at kompensation, der alene dækker de nettoomkostninger, der for en virksomhed er forbundet med leveringen af den pågældende public service, ikke skulle anses for statsstøtte i traktatens

²⁹⁵ Almunia, J. - reform the State aid rules for services of general Economic interest ('SGEI') and decisions on WestLB, Bank of Ireland and France Telecom. Press conference, Brussels, 20 december 2011. SPEECH/11/901.

²⁹⁶ Markedsfejl forårsager grundlæggende en inefficent tilstand på det pågældende marked, som markedet ikke efterfølgende er i stand til at afhjælpe.

²⁹⁷ Jf f.eks. Sag T-17/02.

²⁹⁸ Holdgaard & Hansen, Nye EU-retlige regler om statsstøtte i form af kompensation for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, 2013.

forstand, jf. hertil præmis 27-28. Denne retsstilling blev imidlertid væsentligt modificeret med EU-Domstolens afgørelse i C-280/00, *Altmark Trans*. Dommen vedrørte en konflikt mellem transportselskaberne Altmark Trans og Nahverkehrsgesellschaft Altmark, hvor EU-Domstolen i den konkrete sag skulle bedømme, hvorvidt et tilskud til rutedriften udgjorde statsstøtte i TEUF art. 107, stk. 1's forstand. I sagen gjorde EU-Domstolen princippet fra Ferring-afgørelsen, jf. ovenfor, betinget af, at fire kumulative betingelser var opfyldt, jf. hertil Altmark-dommens præmis 89-93. I denne forbindelse vurderes særligt det tredje og fjerde kriterium relevant for den nærmere analyse.

Efter dommens præmis 92 fremgår det tredje kriterium: *"Kompensationen må for det tredje ikke overstige, hvad der er nødvendigt for helt eller delvis at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne"*.

Det tredje kriterium vedrører således den økonomiske aktørs overkompensation. Ved en 'rimelig fortjeneste' forstås den forrentning af kapitalen i hele overdragelsesperioden, som en gennemsnitsvirksomhed betinger sig, hvis den skal udføre en public service under hensyntagen til virksomhedens risiko, jf. hertil Kommissionens fortolkning.²⁹⁹ Forrentningen bør i denne forbindelse beregnes ud fra forrentningen af kapitalen i forbindelse med lignende former for kontrakter om public service på konkurrencevilkår.³⁰⁰

Såfremt der ikke findes en sammenlignelig virksomhed, følger det efter samme fortolkning, at der kan henvises til sammenlignelige virksomheder i andre medlemsstater eller om nødvendigt i andre sektorer, forudsat at der tages hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende for den pågældende sektor. Tilsvarende principper må ligeledes formodes at gøre sig gældende for almindelige offentlige indkøb. Såfremt der foretages en 'direkte tildeling', hvor der ikke i medlemsstaten findes en sammenlignelig virksomhed, må denne herefter skele til andre medlemsstater eller sektorer, hvor det kan tænkes, at en tilsvarende kontrakt er forsøgt indgået.

²⁹⁹ Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 61.

³⁰⁰ Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 61 og 77.

Efter dommens præmis 94 fremgår det fjerde kriterium: *”Når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter som giver mulighed for at udvælge den ansøger der kan levere de pågældende ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, skal størrelsen af den nødvendige kompensation for det fjerde fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med de relevante aktiver, ville have ved at opfylde forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne”.*

Ifølge det fjerde kriterium kan offentlige organers betaling til en virksomhed for udførelse af en public service således falde uden for statsstøttebegrebet i TEUF art. 107, stk. 1, hvis virksomheden er valgt som resultat af rammerne for en offentlig udbudsprocedure, som giver mulighed for at udvælge den ansøger, der kan levere de pågældende serviceydelser til de laveste omkostninger for samfundet.³⁰¹ *”De laveste omkostninger for samfundet”* præciseres imidlertid ikke nærmere af EU-Domstolen, ligesom det ikke kan udledes, hvorledes kravet forholder sig til tildelingskriterierne. Efter omstændighederne må tilsvarende principper – til trods for manglende udspecificering – generelt formodes at gøre sig gældende for almindelige offentlige indkøb.

EU-Domstolen syntes ikke at have haft til hensigt at differentiere mellem udbudsprocedurerne henset til formuleringen: *”...offentlige kontrakter som giver mulighed for...”*, hvor EU-Domstolen uden større vanskelighed ellers kunne have været mere specifik i sin angivelse. Desuagtet og henset til Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb fremgår imidlertid en ret sigende fortolkning af udbudsprocedurerne opfyldelse af det fjerde Altmark-kriterium, jf. nedenfor.

³⁰¹ Se hertil den samme fortolkning i Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 66.

3.5.2 Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb

Efter Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb følger det, at både 'offentligt udbud' og 'begrænset udbud' i henhold til udbudsreglerne almindeligvis vil opfylde det fjerde Altmark-kriterium.³⁰² Omvendt følger det ligeledes samme sted i statsstøttemeddelelsen for public serviceindkøb, at 'konkurrencepræget dialog' og 'udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse' giver det ordregivende organ skønsmæssige beføjelser og kan begrænse interesserede aktørers deltagelse således, at disse udbudsprocedurer kun er tilstrækkelige til at opfylde det fjerde Altmark-kriterium i 'særlige tilfælde'.³⁰³ Hvad der forstås ved 'særlige tilfælde' udspecificeres imidlertid ikke yderligere. Endelig følger det af statsstøttemeddelelsen for public serviceindkøb, at proceduren 'udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse' (direkte tildeling) ikke kan sikre, at proceduren fører til valg af den tilbudsgiver, der kan levere den pågældende public service til de laveste omkostninger for samfundet.³⁰⁴

I sin helhed synes Kommissionens fortolkning ud fra ovenstående at skabe udgangspunktet, at begrænset deltagelse og forhandling, som er indeholdt i en række af udbudsprocedurerne, tilskynder til tildeling af økonomiske fordele efter statsstøtteforbuddet. Set ud fra et udbudsretligt synspunkt synes en begrænsning i antallet af tilbudsgivere imidlertid retfærdiggjort ud fra et transaktionsomkostningsbaseret perspektiv. Herudover forekommer det, at en økonomisk aktør som følge af et færre antal af andre tilbudsgivere i højere grad vil lægge kræfter i tilbudsafgivelsen i takt med, at sandsynligheden for at få tildelt kontrakten er stigende. Endelig kan der argumenteres for, at forhandling med potentielle tilbudsgivere i sidste ende ofte vil medføre en mere fordelagtig pris i den endelige kontrakt.³⁰⁵ Det forekommer således, at økonomiske tendenser modarbejder det udgangspunkt, som anlægges i Kommissionens fortolkning.

Udover selve udbudsproceduren stilles der ifølge Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb også krav til, hvilke tildelingskriterier der kan anvendes for, at det

³⁰² Se hertil samme fortolkning i Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 66.

³⁰³ Se hertil samme fortolkning i Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 66.

³⁰⁴ Se hertil samme fortolkning i Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 66.

³⁰⁵ Se hertil afsnit 2.5.

fjerde Altmark-kriterium er opfyldt.³⁰⁶ Tildelingskriteriet 'pris' opfylder herefter klart det fjerde kriterium. Kriteriet om 'det økonomisk mest fordelagtige tilbud'³⁰⁷, der var den tidligere anvendte terminologi, ansås³⁰⁸ ligeledes tilstrækkeligt, forudsat at tildelingskriterierne, herunder miljømæssige eller sociale kriterier, havde tæt tilknytning til den omhandlende tjeneste og samtidig giver mulighed for at vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud, der matcher markedsværdien. Dvs. at kriteriet skulle defineres således, at der sikres en effektiv konkurrence, der reducerer fordelene for den tilbudsgiver, der får tildelt kontrakten.

3.5.3 Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb

Med Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb³⁰⁹ anlægges til sammenligning med Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb umiddelbart en identisk fortolkning i relation til de enkelte udbudsprocedurer. Efter førstnævnte meddelelse i punkt 93, 1. pkt., følger det, at *"... anvendelse og overholdelse af de procedurer, der er fastsat i udbudsdirektiverne, kan anses for at være tilstrækkeligt til at opfylde ovenstående krav, forudsat at alle betingelserne for anvendelse af de respektive procedurer er opfyldt"*. Efter Kommissionens pressemeddelelse³¹⁰ fremgår ligeledes følgende: *"If public authorities buy goods or services through tenders, which respect EU rules on public procurement, this is in principle sufficient to ensure that the transaction is free of State aid"*.

Det klare udgangspunkt må ud fra Kommissionens fortolkning herefter være, at anvendelse af udbudsprocedurerne efter udbudsdirektiverne sikrer en tilstrækkelig effektiv konkurrence, og at der således ikke i strid med statsstøttereglerne tildeles en begunstigelse til den økonomiske aktør. Ifølge Kommissionen må tilstrækkelig konkurrence i statsstøtteretligt regi alternativt kunne opfyldes ved andre metoder end anvendelse af en udbudsprocedure, jf. nærmere herom nedenfor.³¹¹ Såfremt kontrakten kræves udbudt efter

³⁰⁶ Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 67.

³⁰⁷ Tildelingskriterium i udbudsdirektivet fra 2004 - svarer i dag til kriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet'.

³⁰⁸ Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 67.

³⁰⁹ Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01.

³¹⁰ European Commission - Press release, State aid: Commission clarifies scope of EU State aid rules to facilitate public investment, 2016.

³¹¹ Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 83.

udbudsdirektivets afsnit II, vil sådanne alternative metoder imidlertid bryde med de udbudsretlige regler.

Udgangspunktet modificeres imidlertid, hvorefter Kommissionen i samme meddelelse i punkt 93, 2. pkt., angiver følgende: *"Dette gælder ikke under særlige omstændigheder, som gør det umuligt at fastsætte en markedspris, f.eks. i forbindelse med anvendelse af proceduren med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse"*. Hvad der skal forstås ved *'særlige omstændigheder'* – udover omstændigheder, der gør det umuligt at fastsætte en markedspris – konkretiseres ikke nærmere i meddelelsen. Man kan imidlertid få den opfattelse, at andre typer af udbudsprocedurer, der ikke sikrer en effektiv konkurrence og dermed ikke den reelle markedspris, kan være omfattet af disse *'særlige omstændigheder'*. I nedenstående afsnit sammenlignes *'særlige omstændigheder'* med *'særlige tilfælde'*³¹² med henblik på at skabe større forståelse for forskellen mellem statsstøttemeddelelserne for almindelige offentlige indkøb og public serviceindkøb.

3.5.4 Sammenligning af statsstøttemeddelelserne

Ved at sammenholde terminologien *'særlige omstændigheder'* med *'særlige tilfælde'* synes der ud fra ordlyden at foreligge visse lighedspunkter. Ligheden nuanceres imidlertid af det forhold, at *'i særlige tilfælde'* afgrænses positivt, hvorimod *'gælder ikke under særlige omstændigheder'* afgrænses negativt. Såfremt termen *'særlige'* fortolkes som *'sjældne'*, betyder den positive og negative afgrænsning, at situationer, der ikke omfattes af *'særlige tilfælde'*, vil indfinde sig oftere end situationer, der ikke omfattes af *'særlige omstændigheder'*. Dette vil tillige være i overensstemmelse med den strengere fortolkning af public serviceindkøb, jf. tidligere angivet. Det må dog formodes, at termen *'særlige'* snarere angiver et snævert anvendelsesområde, hvorfor det forekommer vanskeligt at udlede en direkte fornuftsbestemt sammenhæng i forhold til, hvor ofte henholdsvis *'særlige tilfælde'* og *'særlige omstændigheder'* indtræder.

En antagelse om at terminologien *'særlige omstændigheder'* relateres til omstændigheder, der ikke indfinder sig i forbindelse med anvendelsen af en egentlig³¹³ udbudsprocedure

³¹² Se fortolkningen af *'særlige tilfælde'* første gang i afsnit 3.5.2.

³¹³ Dvs. at 'udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse' ('direkte tildeling') ikke anses som en egentlig udbudsprocedure behæftet med en lang række betingelser og frister, men derimod en direkte tildeling efter almindelige markedsmaessige vilkår.

efter udbudsdirektivets afsnit II, kan i denne forbindelse synes for vidtgående.³¹⁴ For så vidt angår ordet *'f.eks.'*³¹⁵ i samme kontekst må dette alt andet lige betyde, at der ikke er tale om en udtømmende opstilling af *'særlige omstændigheder'*, som gør det umuligt at fastsætte en markedspris.

Kommissionen angiver endelig i meddelelsens punkt 93, 3. pkt., at: *"Hvis der kun afgives ét bud, vil proceduren normalt ikke være tilstrækkelig til at sikre en markedspris, medmindre i) der enten er særligt strenge garantier indbygget i proceduren, som sikrer en reel og effektiv konkurrence, og det ikke er åbenlyst, at der kun er én operatør, der realistisk set kan afgive et troværdigt bud, eller ii) de offentlige myndigheder via andre metoder sikrer, at proceduren giver et resultat, der svarer til markedsprisen"*.

Denne fortolkningsangivelse kan – udover en situation med *'direkte tildeling'* – tænkes særligt rettet imod de tilfælde, hvor der efter afslutningen af en udbudsprocedure kun afgives ét endeligt tilbud til trods for, at flere økonomiske aktører har deltaget i de indledende og forhandlingsmæssige faser. I denne forbindelse konkretiseres terminologien *'særlige strenge garantier'* ikke yderligere, men må alt andet lige anses for opfyldt, hvis ordregiver inden for rammerne af en udbudsprocedure kan godtgøre, at denne har foretaget bred annoncering, sikret at tildelingskriteriet *'pris'* tillægges en ikke ubetydelig vægt mv., således at der generelt er skabt et åbent, konkurrencepræget og gennemsigtigt marked for de økonomiske aktører. Såfremt tilbudsgiverfeltet reduceres til tre eller efter særlige undtagelsesbetingelser³¹⁶ til to tilbudsgivere, forekommer en sådan godtgørelse som ovenfor anført imidlertid tvivlsom for de mere fleksible procedurer. Dette forhold forstærker i øvrigt synspunktet i fortolkningen af, at *'særlige omstændigheder'*, også vil kunne indtræde på baggrund af den generelt mere begrænsede priskonkurrence – som følge af et mindre tilbudsgiverfelt eller særlige tildelingskriterier – der kan være forbundet med de fleksible procedurer. Det vil almindeligvis antaget være meningsforstyrrende først at antage, at *'udbud med forhandling'* ikke kan give anledning til sådanne *'særlige omstændigheder'* for dernæst at antage, at der kan ske tildeling af en økonomisk fordel,

³¹⁴ En situation, hvor udbudsdirektivets afsnit II ikke finder anvendelse, forekommer bl.a. i forbindelse med in-house kontrakter, kontrakter under tærskelværdien eller andre betalingstransaktioner, der helt falder uden for udbudsreglernes anvendelsesområde.

³¹⁵ Jf. hertil Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 93.

³¹⁶ Jf. hertil udbudsdirektivets art. 65 (2).

såfremt der kun afgives ét tilbud i forbindelse med procedurer, hvor der ikke er indbygget 'særligt strenge garantier', dvs. f.eks. de mere fleksible procedurer.

Den nærmere forståelse af terminologien '*andre metoder*' afgrænses ej heller nærmere, men må umiddelbart indebære inddragelse af benchmarking, uafhængige værdiansættelser mv. for at sikre, at proceduren giver et resultat, der svarer til markedsprisen.³¹⁷ Denne formulering rettes særligt imod direkte tildelinger, da anvendelsen af sådanne '*andre metoder*' er en undtagelse til udgangspunktet om, at 'udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse' ikke tilsikrer en tilstrækkelig effektiv konkurrence. Et eksempel på en anden metode udover benchmarking og uafhængige værdiansættelser kan være, at ordregiver i forbindelse med en point-model på forhånd angiver, hvad det forventes, at prisdifference vil være for en given kontrakt. Såfremt prisen for det ene afgivne tilbud befinder sig inden for denne prisdifference, vil dette kunne anvendes som dokumentation for, at der ikke er tildelt en økonomisk fordel efter de statsstøtteretlige regler.

Ved at anskueliggøre Kommissionens fortolkning i sin helhed kan det således udledes, at ét tilbud efter konkrete omstændigheder kan udgøre markedsprisen. Dette står i skarp kontrast til Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb, hvor det tydeligt angives, at 'direkte tildeling', dvs. en situation med ét tilbud, ikke kan sikre, at proceduren fører til valg af den tilbudsgiver, der kan levere de omhandlende tjenester til de laveste omkostninger for samfundet. Henset til dette særlige forhold synes der derfor i denne sammenhæng at foreligge en mere lempelig fortolkning for de almindelige offentlige indkøb i relation til statsstøttereglerne.

3.5.5 Valg af tildelingskriterium

Henset til ovenstående samt formuleringen i Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb må '*særlige omstændigheder*' udover et begrænset tilbudsgiverfelt ligeledes formodes at kunne optræde i forbindelse med særligt udvalgte tildelingskriterier. Dette har navnlig relevans ved tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet', hvor prisdelen ikke vægter i tilstrækkelig grad. Ifølge statsstøttemeddelelsen for almindelige offentlige indkøb fremgår det, at: "*Når offentlige*

³¹⁷ Jf. hertil Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01, punkt 97-105.

organer køber aktiver, varer eller tjenesteydelser, bør ethvert specifikt krav til tilbuddet være ikkediskriminerende og tæt og objektivt forbundet med aftalens indhold og med aftalens specifikke økonomiske formål. De bør gøre det muligt for det økonomisk mest fordelagtige bud, at matche markedsværdien. Kravet bør derfor være defineret på en sådan måde, at det giver mulighed for en reel konkurrencepræget udbudsprocedure, der giver den valgte tilbudsgiver et normalt afkast, ikke mere end det. I praksis vil det sige, at der skal gøres brug af udbud, som lægger stor vægt på "prisdelen" i tilbuddet, eller som på anden måde med stor sandsynlighed vil give et konkurrencepræget resultat (f.eks. ved visse omvendte udbud med tilstrækkeligt tydelige tildelingskriterier)", jf. hertil punkt 96.

Set ud fra punkt 96, 1. led, er det herefter afgørende, at tildelingskriteriet er "*... tæt og objektivt forbundet med aftalens indhold og dets specifikke økonomiske formål*". Efter udbudsdirektivet sikres dette forhold ved, at ordregiver anvender faktorerne i henhold til udbudsdirektivets art. 67 (3). Det eksemplificeres ikke nærmere, hvilke forhold der kan være objektivt forbundet, men ud fra en naturlig forståelse må det formodes at berøre specifikke kontraktbetingelser, tekniske specifikationer eller lignende. Om muligt kan der efter omstændighederne drages parallel til 'det markedøkonomiske aktørprincip', jf. ovenfor, hvor sådanne specifikke betingelser og tekniske specifikationer bør sammenlignes med, hvad en tilsvarende privat aktør ville inddrage i kriterieafvejningen.

Efter Kommissionens formulering "*for det økonomisk mest fordelagtige bud*", jf. punkt 96, 2. led, kan det i lighed med Kommissionens fortolkning i relation til public serviceindkøb udledes,³¹⁸ at både tildelingskriterierne 'pris' og 'bedste forhold mellem pris og kvalitet' som udgangspunkt kan sikre en tilstrækkelig prismæssig konkurrence.

Efter punkt 96, 2. og 3. led, tydeliggøres det, at prisdelen skal tillægges særlig vægt i tilbuddet, således at tilbudsgiveren ikke modtager mere end et '*normalt afkast*'. Om den nærmere vurdering af et '*unormalt højt tilbud*', se hertil nedenfor. Efter udbudsdirektivet angives det ikke, hvor megen vægt 'kvalitet' højest må tillægges, men blot at de faktorer, som indgår i vurderingen for anskaffelsens livscyklus, ikke nødvendigvis skal udgøre en del af indkøbets materielle indhold, jf. hertil udbudsdirektivets art. 67 (3). Hvor stor en procentandel som prisen minimum skal tillægges i tilbuddet, kan ikke udledes direkte af

³¹⁸ Se hertil Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04, punkt 67.

det eksisterende retsgrundlag. En fastlagt procentandel kan endvidere ikke anses for hensigtsmæssig, da denne procentandel må veje forskelligt alt efter, hvor mange forskellige faktorer der indgår i tildelingskriteriet. F.eks. vil et tildelingskriterium, hvor 'pris' tillægges 25 %, 'kvalitet' 25 %, 'sociale aspekter' 25 % og 'miljømæssige aspekter' 25 %, i højere grad være acceptabelt end et tildelingskriterium, hvor 'pris' tillægges 25 % og 'kvalitet' 75 %. Under sidstnævnte tildelingskriterium vil der alt andet lige være en større ubalance mellem vægtningen af kriterierne. Hvis en ordregiver som følge af erfaring og kendskab til markedet ved, at konkurrencen på markedet er så høj, at priserne vil stabilisere sig på et nogenlunde tilsvarende niveau, kan dette i sig selv være et argument for, at det i højere grad vil være mere meningsfyldt at konkurrenceudsætte kontrakten på andre konkurrenceparametre end pris.

Ved restriktive krav om at pris skal veje tungt, indsnævres skønsvurderingen imidlertid ud fra et udbudsretligt synspunkt i forhold til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I denne henseende distancerer Kommissionens fortolkning sig således fra formålet med det nye udbudsdirektiv³¹⁹, og derved fra Europa 2020-strategien,³²⁰ som statsstøtteregelejerne også har til formål at følge.

Henset til de '*særlige omstændigheder*' kan andre forhold end tildelingskriterier ligeledes gøre sig gældende – f.eks. i relation til indsættelsen af for korte tidsfrister i udbudsmaterialet. Af seneste retspraksis fremgår i relation til public serviceindkøb det konkrete forhold, at for korte tidsfrister under 'udbud med forhandling' ikke var tilstrækkeligt til at sikre en effektiv konkurrence og dermed ikke tilstrækkelig til at sikre markedsprisen, jf. hertil de franske domme afsagt af Retten.³²¹ Henset til den generelt strengere fortolkning for public serviceindkøb, må sådanne konkrete forhold på tilsvarende vis formodes at gøre sig gældende for almindelige offentlige indkøb.

3.5.6 Sammenfatning

Som belyst tidligere i analysen blev anvendelsen af udbudsproceduren 'offentligt udbud' vurderet til at sikre en tilnærmelsesvis fuldkommen konkurrence og dermed en reel

³¹⁹ Se hertil afsnit. 3.3.1 om baggrunden for udbudsreglerne.

³²⁰ Se hertil afsnit 1.1.

³²¹ Jf. Sag T-366/13 og T-454/13.

markedspris.³²² Udbudsproceduren opstiller således en række betingelser der – henset til Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb – sikrer tilstrækkelig effektiv konkurrence, således at den vindende tilbudsgiver ikke tildeles en økonomisk fordel. Såfremt der kun afgives ét endeligt tilbud, må det ud fra Kommissionens fortolkning af '*særlige strenge garantier*' ligeledes formodes, at betingelserne for et 'offentligt udbud' netop udgør sådanne '*særlige strenge garantier*'. Dette skal ses i sammenhæng med, at den vindende tilbudsgiver har afgivet tilbuddet ud fra en forventning om at flere ville afgive tilbud.

Der kan i den forbindelse argumenteres for, at prisen for ét tilbud efter omstændighederne ligeledes i sig selv kan udgøre markedsprisen. F.eks. vil ét enkelt afgivet tilbud i forbindelse med et 'offentligt udbud' kunne være et udtryk for manglende konkurrence eller en naturlig følge af de økonomiske aktørers markedsadfærd eller kapacitetsbegrænsninger. Henset til Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb, hvor retsgrundlaget i øvrigt fortolkes mere strengt, jf. ovenfor, og hvor udbudsproceduren 'offentligt udbud' direkte undtages fra at tildele en økonomisk fordel, må dette alt andet lige betyde, at 'offentligt udbud' for almindelige offentlige indkøb som minimum må være underlagt den samme fortolkning – hvis ikke mere lempeligt.

Anvendelse af udbudsproceduren 'begrænset udbud' må som belyst tidligere antages at sikre en tilnærmelsesvis markedspris henset til kravet om, at minimum fem økonomiske aktører opfordres til at afgive tilbud.³²³ Givet at almindelige offentlige indkøb fortolkes mindre strengt end public serviceindkøb, jf. ovenfor, bevirker ligeledes i denne sammenhæng, at 'begrænset udbud' som minimum må være underlagt samme fortolkning. I Kommissionens statsstøttemeddelelse for public serviceindkøb angives det, som tidligere nævnt, at 'begrænset udbud' almindeligvis opfylder kravet om effektiv konkurrence. På den baggrund og sammenholdt med udgangspunktet for Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb må dette begrunde, at 'begrænset udbud' for almindelige offentlige indkøb almindeligvis sikrer tilstrækkelig prismæssig konkurrence og dermed eliminerer den økonomiske fordel.

³²² Se hertil afsnit 3.3.2 om udbudsprocedurerne.

³²³ Se hertil afsnit 3.3.2 om udbudsprocedurerne.

Anvendelse af udbudsprocedurerne 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog' sikrer efter omstændighederne en identisk prismæssig konkurrence.³²⁴ Imidlertid må der inden for rammerne af disse procedurer konstateres at kunne foreligge en længere række af '*særlige omstændigheder*', f.eks. begrænsning i tilbudsgiverfelt eller særlige tildelingskriterier, jf. ovenfor, der hindrer en reel markedspris for kontrakten. For så vidt angår 'innovationspartnerskaber', der først blev tilgængeliggjort ved indførelsen af det nye udbudsdirektiv fra 2014, vurderes den prismæssige konkurrence på et tilsvarende niveau som for 'udbud med forhandling' og 'konkurrencepræget dialog'.³²⁵ I relation til de nævnte '*særlige omstændigheder*' må disse forhold på tilsvarende vis antages at gøre sig gældende i samme grad inden for rammerne af 'innovationspartnerskaber'.

Endelig må det konstateres, at 'direkte tildeling' – henset til de respektive statsstøttemeddelelser – som udgangspunkt altid vil danne grundlag for tildeling af en økonomisk fordel. Dette følger af begge statsstøttemeddelelser udstedt af Kommissionen. I modsætning til public serviceindkøb angives dog undtagelsen for almindelige offentlige indkøb om, at der '*via andre metoder*' kan sikres et resultat, der svarer til markedsprisen. Dette synes desuden formålstjent henset til den generelt mere lempelige fortolkning for almindelige offentlige indkøb.

Nedenfor illustreres et samlet overblik over, hvorvidt de enkelte udbudsprocedurer – i henhold til det foreliggende retsgrundlag og Kommissionens statsstøttemeddelelser som udspecificeret ovenfor – kan skabe grundlag for, at der tildeles en økonomisk fordel og dermed statsstøtte i TEUF art. 107, stk. 1's forstand. Det bemærkes hertil, at enhver udbudsprocedure ud fra ovenstående analysegennemgang ikke i sig selv sikrer en tilstrækkelig prismæssig konkurrence. Det formodes hermed, at udbudsprocedurerne i udbudsdirektivets afsnit II med undtagelse af offentlig udbud, uanset Rettens bemærkning i T-281/08, Land Burgenland, præmis 70, således ikke kan erstatte en ekspertvurdering af, om prisen modsvarer markedsprisen.

³²⁴ Se hertil afsnit 3.3.2 om udbudsprocedurerne.

³²⁵ Se hertil afsnit 3.3.2 om udbudsprocedurerne.

Figur 7 - Risiko for tildeling af økonomisk fordel i forbindelse med almindelige offentlige indkøb

Public serviceindkøb

- Offentligt udbud <i>[... offentlig procedure ... acceptabel ...], jf. pkt. 66, meddelelse 11/1-2012 – C 8/2.</i>
- Begrænset udbud <i>[... begrænset procedure kan også opfylde den fjerde betingelse i Altmark-dommen ...], jf. pkt. 66, meddelelse 11/1-2012 – C 8/2.</i>
- Udbud med forhandling - Konkurrencepræget dialog <i>[... tilstrækkelige til at opfylde den fjerde betingelse i Altmark-dommen i særlige tilfælde.], jf. pkt. 66, meddelelse 11/1-2012 – c 8/2.</i>
- Udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse <i>[... kan ikke sikre ... de laveste omkostninger for samfundet.], jf. pkt. 66, meddelelse 11/1-2012 – c 8/2.</i>

Ikke tildeling af økonomisk fordel
Risiko for tildeling af økonomisk fordel
Høj risiko for tildeling af økonomisk fordel

Almindelige indkøb

- Offentligt udbud <i>[... kan anses for at være tilstrækkeligt ...] og [... særlige strenge garantier indbygget i procedure ...], jf. pkt. 93, meddelelse 2016/C 262/01.</i>
- Begrænset udbud <i>[... kan anses for at være tilstrækkeligt ...] og [... særlige strenge garantier indbygget i proceduren ...], jf. pkt. 93, meddelelse 2016/C 262/01.</i>
- Udbud med forhandling - Konkurrencepræget dialog - Innovationspartnerskaber <i>[... gælder ikke under særlige omstændigheder ...] og [... særlige strenge garantier indbygget i proceduren ...], jf. pkt. 93, meddelelse 2016/C 262/01.</i>
- Udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse <i>[... f.eks. i forbindelse med anvendelse af proceduren med forhandling uden forudgående bekendtgørelse.] og [... via andre metoder sikrer, at proceduren giver et resultat, der svarer til markedsprisen.], jf. pkt 93, meddelelse 2016/C 262/01.</i>

Kilde: Egen tilvirkning.

Desuagtet det ovenfor belyste, herunder hvorvidt valg af udbudsprocedure og tildelingskriterier mm. har indvirkning på risikoen for tildeling af en økonomisk fordel, tyder det ikke på, at der ud fra det foreliggende retsgrundlag kan udledes en generel og effektiv metode til at specificere, hvornår en given kontraktpris udgør en økonomisk fordel sammenlignet med de øvrige indhentede tilbud. Kommissionen opretholder dermed principielt retten til at påberåbe sig statsstøttereglerne, uanset at betingelserne for de respektive udbudsprocedurer er overholdt af parterne.

Som tidligere beskrevet i analysen følger det, at den økonomiske fordel ikke må overstige, hvad der svarer til en *'rimelig fortjeneste'*, jf. hertil Altmark-dommens præmis 92. Ifølge

Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb omtales forholdet i relation til tildelingskriterierne, hvor den økonomiske fordel ikke må overstige, hvad der svarer til et *'normalt afkast'*, jf. hertil meddelelsens punkt 96, 3. led. I begge tilfælde refereres således til *'det markedsøkonomiske aktørprincip'*, hvor der ses på den fortjeneste, som en privat aktør på markedsvilkår ville tilegne sig i en sammenlignelig situation. Anvendelsen af *'det markedsøkonomiske aktørprincip'* til at identificere økonomiske fordele synes imidlertid tids- og ressourcekrævende, og det forekommer derfor relevant at vurdere, om forholdet kan henføres til et andet juridisk grundlag – dvs. om kan drages en analogi-slutning fra retsområdet vedrørende *'unormalt lave tilbud'*³²⁶. Spørgsmålet i det følgende er således, om der kan forekomme *'unormalt høje tilbud'*?

3.6 »Unormalt lave tilbud« - »Unormalt høje tilbud«?

I nærværende sammenhæng har terminologien *'unormalt høje tilbud'* og *'overnormal profit'* ækvivalent betydning, som i det følgende vil blive sammenholdt med retsområdet for *'unormalt lave tilbud'*.

For så vidt angår *'unormalt lave tilbud'* foreligger der hverken i udbudsdirektivet fra 2014 eller i retspraksis en nærmere definition heraf. I det oprindelige forslag til udbudsdirektivet havde Kommissionen forsøgt at indføre matematiske kriterier for definitionen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.³²⁷ De matematiske kriterier involverede følgende forhold i definitionen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud:³²⁸

- *"The price or cost charged is more than 50 % lower than the average price or costs of the remaining tenders".*
- *"The price or cost charged is more than 20 % lower than the price or costs of the second lowest tender".*

³²⁶ Jf. udbudsdirektivets art. 69.

³²⁷ I flere lande har national lovgivning krævet, at ordregivende myndigheder anvender en matematisk model. EU-Domstolen har i denne forbindelse udtalt, at en sådan model kan være anvendelig til at identificere tilbud, der forekommer unormalt lave, men at det kræver en undersøgelse for at fastslå, at der reelt er tale om et *'unormalt lavt tilbud'*, jf. hertil C-285 og 286/99, præmis 73.

³²⁸ Jf. art. 69 (1) of the Proposed Procurement Directive, 2011/0438 (COD).

Ud fra ovenstående matematiske kriterier kan det udledes, at Kommissionen har tillagt det særlig vægt at inddrage de øvrige afgivne tilbud i vurderingen. Omvendt kan det udledes, at den konkrete årsag til at der foreligger et 'unormalt lavt tilbud', har været af mindre betydning. Der er således tale om en ren matematisk test, der kan identificere 'unormalt lave tilbud', og som i øvrigt er accepteret af EU-Domstolen.³²⁹ Herudover kan det antages, at kriterierne grundlæggende skal tilsikre, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne ikke fordrejes. Såfremt tilbudsgiverne agerer på et marked med hård konkurrence, vil der kun sjældent foreligge en større prismargen ud over de respektive procentuelle tærskler ovenfor.³³⁰ Det skyldes, at en tilbudsgiver givet tilstedeværelsen af andre tilbudsgivere altid vil forsøge at afgive et marginalt bedre tilbud – og ikke mere end det. Herudover vil de pågældende kriterier fungere som et optimalt værktøj til at straffe f.eks. 'predatory pricing'.³³¹ Endelig kan det antages, at de matematiske kriterier øger priserne, da tilbudsgiverne vil undgå, at deres tilbud kategoriseres som et 'unormalt lavt tilbud'.

For så vidt angår 'unormalt høje tilbud' vil en analog anvendelse af den matematiske test umiddelbart kunne anvendes, hvor en kontrakts pris, der overstiger 50 % af de afgivne tilbuds gennemsnitlige pris, ville medføre en overnormal profit. En pris i kontrakten, der overstiger 20 % af det næsthøjeste afgivne tilbud, ville herefter også udgøre en overnormal profit. Disse procentuelle tærskler er udelukkende af relevans, såfremt kriteriet 'kvalitet' i en vis grad indgår. Ved en tilsvarende anvendelse af disse procentuelle tærskler ved 'unormalt høje tilbud' gives således på tilsvarende vis incitament for den økonomiske aktør til ikke at fastsætte en for høj pris i kontrakten.

³²⁹ Jf. hertil f.eks. Sag C-147-148/06, præmis 35 og Sag C-285/99, præmis 73.

³³⁰ Se hertil afsnit 2.3.1.

³³¹ 'Predatory pricing' er, når virksomheder i en kort periode sænker deres priser til et niveau, der kan retfærdiggøres ud fra profitoptimering. Herved holdes konkurrenter væk fra markedet, da disse har et mindre kapitalapparat end det etablerede firma og dermed ikke har råd til at indgå i en priskrig. Ingen økonomiske aktører kan imidlertid opretholde priser under de gennemsnitlige omkostninger, hvilket problematiseres af det forhold, at der altid vil være nye konkurrenter, der vil forsøge at indtræde på markedet. Se hertil Cabral, *Introduction To Industrial Organization*, 2000, p. 269-270.

³³² Grith Ølykke, Risvig & Tvarnø, *How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law Be Addressed in the New Directive?*, *EU Procurement Directives - modernisation growth & innovation*, 2011, p. 69.

Uanset at den matematiske test blev udeladt i den endelige direktivtekst, kan der alligevel uddrages tendenser om, hvordan Kommissionen ville fortolke forholdet i en potentiel afgørelse.

I udbudsdirektivets art. 69 (1) angives det, at undersøgelsesproceduren skal indledes: "*... hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne*". Ud fra en forståelse heraf må det konstateres, at vurderingen skal foretages på baggrund af den tilbudte pris samt kontraktens genstand og vilkår.³³³ I denne forbindelse argumenterer Ølykke i modsætning til Arrowsmith³³⁴ ud fra ordlyden af bestemmelsen for,³³⁵ at et 'unormalt lavt tilbud' er et tilbud, hvor de samlede omkostninger ved at levere i henhold til kontrakten ikke dækkes af prisen.³³⁶ Ordregiver kan ifølge denne tilgang til definitionen af et 'unormalt lavt tilbud' vælge at acceptere forklaringer, der begrundes i lavere pris end en pris, der dækker de totale omkostninger, hvis tilbudsgiveren har en tilstrækkelig god forklaring. Retten til at afgive en forklaring begrundes i hensynet til at undgå vilkårlighed, dvs. den vilkårlighed der måtte bestå i, at et tilbud, der faktisk ikke var unormalt lavt, afvises. En begrundelse herfor kan være, at prisen er udtryk for en satsning med henblik på at etablere et godt ry som leverandør til den offentlige sektor, eller at der blot ønskes at etablere en vigtig position på markedet. Til trods for den relativt objektive opgørelse af omkostningerne gives således et vist skønselement i den tilgang, som anlægges af Ølykke.

Tilgangen støttes desuden af det forhold, at EU-Domstolen i SECAP-dommen har fastlagt, at tilbud indgivet af tilbudsgivere fra andre medlemsstater kan forekomme unormalt lave for en ordregivende myndighed, fordi disse tilbudsgivere: "*... har en anden omkostningsstruktur og dermed kan udnytte vigtige stordriftsfordele, eller som ønsker at begrænse deres avancer for at kunne trænge mere effektivt ind på det pågældende marked...*". På den ene side sikrer tilgangen, hvorefter de totale omkostninger ved at opfylde kontrakten skal være dækket af prisen, at 'SMV'er'³³⁷ har mulighed for at sænke

³³³ Ølykke & Nielsen, 2015, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, s. 614.

³³⁴ Arrowsmith argumenterer for, at et tilbud er unormalt lavt, hvis det giver anledning til, at ordregiver vurderer, at tilbudsgiveren ikke kan gennemføre kontrakten. Se hertil Sue Arrowsmith: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, p. 802.

³³⁵ Se også Sag C-568/13, præmis 50.

³³⁶ Ølykke & Nielsen, 2015, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, s. 616.

³³⁷ 'SMV' er en forkortelse for 'små og mellemstore virksomheder'.

prisen for at indtræde på nye markeder. Omvendt vil tilbudsgivere, der benytter sig af stordriftsfordele, ofte have en betydelig kapital og dermed incitament til at foretage 'predatory pricing'. Fra et udbudsretligt synspunkt ville et forbud imod at sænke prisen til under omkostningerne imidlertid medføre forskelsbehandling, da dette afhængig af omstændighederne *kan* anses som en adfærd, der almindeligvis udøves på markedskår. Fraværet af en klar definition af 'unormalt lave tilbud' medfører uanset den ovenfor angivne tilgang, at der i praksis ligger et stort skøn hos de ordregivende myndigheder. Det synes dog ikke muligt at anlægge en tilsvarende tilgang for at identificere en overnormal profit.

De økonomiske hensyn, der måtte tale for, at en økonomisk aktør kan tildeles en overnormal profit, forekommer noget anderledes end de hensyn, der kan retfærdiggøre et 'unormalt lavt tilbud'. Ved 'unormalt lave tilbud' forekommer en længere række af hensyn, herunder bl.a. stordriftsfordele, ønsket om at indtræde på et marked, besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, særlige anvendte tekniske løsninger, en given statsstøtte mv. Karakteren af de hensyn, der tages højde for i forbindelse med en overnormal profit, udgør imidlertid ikke den samme som for 'unormalt lave tilbud'. F.eks. har EU-Domstolen tidligere angivet, at en økonomisk aktørs individuelle omkostninger ikke har nogen betydning i forhold til vurderingen af den økonomiske fordel.³³⁸ Disse forskellige og til tider modsatrettede hensyn problematiserer dermed en analog slutning fra retsområdet for 'unormalt lave tilbud'.

³³⁸ Se hertil Land Burgenland-dommens præmis 89 i afhandlingens afsnit 3.4.1.1.

3.7 Juridisk konklusion

Ud fra en gennemgang af det statsstøtteretlige retsgrundlag i afsnit 3.2 kan det konkluderes, at alle kriterierne for et statsstøtteforbud i TEUF art. 107, stk. 1, med undtagelse af kriteriet om en økonomisk fordel, som udgangspunkt vil være opfyldt i forbindelse med en offentlig kontrakt, der tildeles på baggrund af udbudsprocedurene i udbudsdirektivets afsnit II. Efter en gennemgang af relevante bestemmelser i procedureforordningen konkluderes desuden, at ordregivers foretagne disposition efter en konkurrenceudsættelse af kontrakten i sidste ende kan være af afgørende økonomisk betydning for den økonomiske aktør. Såfremt de økonomiske aktører tildeles statsstøtte, kan det i den forbindelse konkluderes, at de økonomiske aktører enten skal tilbagebetale rente for perioden, hvori der har været tildelt et ulovligt statsstøttebeløb, eller et statsstøttebeløb med rentetillæg, såfremt den pågældende betaling af Kommissionen vurderes som uforenelig statsstøtte.

Ved inddragelse af det udbudsretlige retsgrundlag i afsnit 3.3, herunder belysning af udbudsprocedureernes formål og betingelser, kan det først og fremmest konkluderes, at graden af den prismæssige konkurrence for kontrakten spænder bredt afhængig af den valgte udbudsprocedure.

Dernæst konkluderes det ud fra inddragelse af retspraksis i afsnit 3.4, herunder princippet om den markedøkonomiske aktørtest, at ordregivers adfærd ved vurderingen af den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, skal sammenlignes med, hvad en lignende privat økonomisk aktør i den ordregivende myndigheds sted ville have gjort på normale markedsvilkår. I denne sammenhæng kan det i henhold til retspraksis konkluderes, at der skal anlægges en mindre restriktiv fortolkning af princippet, således at der skal ses på, om det kontraherede tilbud ville være indgået af en privat aktør i den ordregivende myndigheds sted.

Fokus rettes herefter særligt på 'den private sælgertest', der udgør en underkategori til det overordnede 'markedøkonomiske aktørprincip', hvor det kan konkluderes, at samme principper ud fra en analog slutning må kunne drages til en tilsvarende hypotetisk underkategori 'den private indkøbertest'. Med en sådan forudsætning konkluderes det herefter, at der i forbindelse med størstedelen af udbudsprocedurene ud fra de

gennemgåede retskilder potentielt kan opstå en økonomisk fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand.

For at præcisere den økonomiske fordel nærmere under offentlige udbudte kontrakter inddrages i afsnit 3.5 retspraksis fra det beslægtede retsområde for public serviceindkøb, hvor særligt Kommissionens statsstøttemeddelelser for henholdsvis public serviceindkøb og almindelige offentlige indkøb sammenholdes. På baggrund heraf kan det konkluderes, at valget af udbudsprocedure og tildelingskriterier mm., med undtagelse af udbudsformen 'offentligt udbud', har indvirkning på risikoen for, at tildelingen af en offentlig kontrakt kan betragtes som en økonomisk fordel. Det tyder dog på, at ordregivers valg af udbudsprocedure har mindre betydning end den adfærd og de værktøjer, som ordregiver efter det udbudsretlige grundlag benytter sig af. Ud fra afsnit 3.6 kan det tillige konkluderes, at en analog slutning fra de principper, der følger af retsområdet for 'unormalt lave tilbud', som følge af forskelligheden i de bagvedliggende hensyn er vanskelig.

Det kan dermed konkluderes, at der ikke kan udledes en metode, der effektivt og systematisk specificerer, hvornår en betalingstransaktion ved en offentlig tildelt kontrakt udgør en økonomisk fordel. Det formodes dog, at der ikke forekommer en økonomisk fordel i forbindelse med udbudsproceduren 'offentligt udbud', hvorimod risikoen herfor er gradvist stigende ved de øvrige udbudsprocedurer. Særligt hvad angår 'direkte tildeling' konkluderes der at være en høj risiko for, at betalingstransaktionen kan betragtes som en økonomisk fordel i henhold til TEUF art. 107, stk. 1's forstand.

Samlet set konkluderes det således, at de økonomiske aktører i forbindelse med et EU-udbud risikerer at skulle tilbagebetale et statsstøttebeløb i henhold til TEUF art. 107, stk. 1. Dette skyldes, at de pågældende udbudsprocedurer i sig selv ikke altid sikrer en pris i kontrakten, der harmonerer med markedsprisen. Om den pågældende udbudsprocedure sikrer en pris i kontrakten, der modsvarer markedsprisen, afhænger særligt af de værktøjer, som ordregiver i forbindelse med udbudsproceduren benytter sig af.

Kapitel 4 - Interdisciplinær analyse

På baggrund af den økonomiske og juridiske analyse vil nærværende analyse i overensstemmelse med det interdisciplinære arbejds spørgsmål besvare følgende:

*”Hvorledes kan justering af retsgrundlaget bidrage til en mere efficient retstilling for de økonomiske aktører?”*³³⁹

4.1 Betragtninger om den eksisterende retstilstand

I den økonomiske analyse blev det konkluderet, at økonomiske aktører altid udviser en profitmaksimerende adfærd på markeder med offentlige konkurrenceudsatte kontrakter.³⁴⁰ Givet denne adfærd, der tilskynder til, at de økonomiske aktører i forbindelse med en udbudsprocedure altid dikterer den højest mulige³⁴¹ pris i det afgivne tilbud, blev det i den juridiske analyse konkluderet, at en sådan prissætning efter omstændighederne kan være behæftet med en overnormal profit, der kan udgøre en økonomisk fordel efter statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1.³⁴² Hvad disse omstændigheder konkret indebærer udspecificeres dog ikke helt klart i det eksisterende retsgrundlag.

Kommissionens seneste statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb sammenholdt med statsstøttemeddelelsen for public serviceindkøb assisterer dog et stykke af vejen til at tydeliggøre sammenspillet men giver ikke en endelig afklaring af, om betalingstransaktionen i forbindelse med de respektive udbudsprocedurer kan betragtes som en økonomisk fordel. Henset til at forskellen mellem punkt 66 og 93 i de respektive statsstøttemeddelelser kun forekommer retorisk,³⁴³ synes det hertil bemærkelsesværdigt, at Kommissionen i sin seneste statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb ikke på tilsvarende vis som i statsstøttemeddelelsen for public serviceindkøb udspecificerer de

³³⁹ Se hertil afhandlingens problemformulering i afsnit 1.2.

³⁴⁰ Se hertil den økonomiske konklusion i afsnit 2.6.

³⁴¹ Herved forstås, at den økonomiske aktør sætter en tilnærmelsesvis monopolpris, der svarer til ordregivers nytte minus epsilon, dvs. at ordregiver udviser en profitmaksimerende adfærd.

³⁴² Se hertil den juridiske konklusion i afsnit 3.7.

³⁴³ Se hertil samme fortolkning, Ølykke, Public Procurement Law Review, Commission Notice on the notion of state aid as referred to in article 107 (1) TFEU - is the conduct of a public procurement procedure sufficient to eliminate the risk of granting state aid?, 2016, p. 11. Se ligeledes afhandlingens afsnit 3.5.4.

enkelte udbudsprocedurer nærmere, herunder om disse kan være behæftet med en økonomisk fordel til den vindende tilbudsgiver.

En begrundelse for at Kommissionen ikke udspecificerer forholdet ens i statsstøttemeddelelserne kan være, at der signaleres om en klar opdeling, hvor alle udbudsprocedurer med undtagelse af 'direkte tildeling' ikke kan danne grundlag for en økonomisk fordel. En sådan afgrænsning ville i øvrigt være i overensstemmelse med den mere lempelige fortolkning, der anlægges for almindelige offentlige indkøb.³⁴⁴ Herudover vil en sådan linje anlagt af Kommissionen kunne være affødt af en reaktion på det forhold, at de tidligere udbudsregler, der rummede flere statsstøtteretlige beskyttelsesforanstaltninger og doktriner³⁴⁵ udviklet af EU-Domstolen, blev ophævet eller underkendt af lovgiver i det nye udbudsdirektiv. I den forbindelse kan det tyde på, at lovgiver til en vis grad har valgt at negligere forholdet mellem udbudsreglerne og statsstøttereglerne eller har valgt at tillægge udbudsreglerne en form for immunitet i relation til tildeling af statsstøtte. Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb kan således på denne baggrund ikke udelukkes at være en reaktion på lovgivers seneste politiske fingeraftryk.³⁴⁶

En sådan forståelse synes imidlertid at briste ud fra en objektiv ordlydsfortolkning af Kommissionens anvendte terminologi '*særlige omstændigheder*' og '*f.eks.*' i punkt 93, 2. led, samt '*særlige strenge garantier*' for proceduren ved afgivelse af ét tilbud efter punkt 93, 3. led.³⁴⁷ For det første synes det vanskeligt helt at afvise, at indholdet af '*særlige omstændigheder*' og '*f.eks.*' udover en 'direkte tildeling' kan indbefatte omstændigheder, der gør sig gældende i forbindelse med udøvelsen af andre udbudsprocedurer i udbudsdirektivets afsnit II. For det andet forekommer en sådan forståelse en anelse modsigende henset til den situation, hvor der kun afgives ét tilbud ved afslutningen af en udbudsprocedure. Det skyldes, at terminologien '*særligt strenge garantier indbygget i proceduren*' i denne sammenhæng kan anses for at have virke som en undtagelse til de

³⁴⁴ Se hertil afsnit 3.3.2.1.

³⁴⁵ EU-retlige doktriner, der havde til formål at forhindre konkurrencefordrejning igennem tildeling af statsstøtte. Se hertil Ølykke, *The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law*, 2016, p. 509.

³⁴⁶ Ølykke, *The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law*, 2016, p. 509. Se ligeledes formålet med udbudsreglerne i afsnit 3.3.1.

³⁴⁷ Se hertil Bilag 1.

'særlige omstændigheder', der i forvejen udgør en undtagelse til udgangspunktet om, at anvendelse af udbudsprocedurene ikke medfører tildeling af statsstøtte.

Kommissionens fortolkning synes således snarere at være en angivelse af, at udbudsprocedurene under *'særlige omstændigheder'* – dvs. forhold som et begrænset tilbudsgiverfelt eller særlige tildelingskriterier – i lighed med *'direkte tildeling'* ikke skaber rammerne for priskonkurrence, der i tilstrækkelig grad sikrer markedsprisen. I forlængelse heraf kan *'særlige omstændigheder'* – hvis der f.eks. kun afgives ét tilbud efter endt udbudsprocedure – dog alligevel undtages, såfremt der er indbygget *'særligt strenge garantier'* i proceduren. Dvs. udbudsproceduremæssige forhold, der bl.a. må antages at gøre sig gældende i forbindelse med udbudsformen *'offentligt udbud'*, hvor alle økonomiske aktørers mulighed for at afgive tilbud må anses som en sådan *'strenge garanti'*, der sikrer effektiv priskonkurrence.

Med den ovenstående objektive ordlydsfortolkning forekommer det dog ikke formålstjent, at public serviceindkøb generelt tillægges en strengere fortolkning, men at Kommissionen samtidig giver udtryk for en næsten tilsvarende fortolkning. Det forhold, at Kommissionen ikke på tilsvarende vis, som i statsstøttemeddelelsen for public serviceindkøb³⁴⁸, direkte angiver, om de respektive udbudsprocedurer kan opfylde det fjerde Altmark-kriterium³⁴⁹, vanskeliggør dermed samlet set forståelsen af Kommissionens budskab. Det synes således vanskeligt at udlede en meningsfuld sammenhæng set ud fra en sammenholdende fortolkning af Kommissionens statsstøttemeddelelser. Man kan i den forbindelse stille spørgsmålet:

Hvorfor er forholdet mellem statsstøttereglerne og udbudsreglerne underlagt en sådan juridisk usikkerhed?

Baggrunden herfor kan bero på det forhold, at retsområderne indtil Kommissionens offentliggørelse af statsstøttemeddelelsen for almindelige offentlige indkøb, såfremt der ses bort fra public serviceindkøb, mere eller mindre opererer og har udviklet sig separat. Det kan hertil hævdes, at EU-Domstolen og Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har

³⁴⁸ Europa-Kommissionens meddelelse for public serviceindkøb, 2012/C 8/04.

³⁴⁹ Se hertil afsnit 3.5.1.1.

taget stilling til de eksisterende grænseflader mellem retsområderne. Uanset at begge retsområder regulerer økonomiske transaktioner foretaget af medlemsstaterne, har retsområderne både forskellige retsgrundlag og håndhævelsessystemer, hvor opdelingen af retsområderne særligt underbygges af de separate håndhævelsessystemer på henholdsvis nationalt og overnationalt niveau.³⁵⁰

Herudover synes den juridiske usikkerhed begrundet i retsområdernes samtidige anvendelse på samme forhold. For så vidt angår kontraktens objekt – dvs. selve anskaffelsen – foreligger der ingen regulering heraf i udbudsreglerne, når der ses bort fra kravet om, at anskaffelsen skal udgøre en vare, et arbejde eller en tjenesteydelse.³⁵¹ Efter statsstøttere reglerne følger det derimod, at myndighederne ikke må foretage indkøb, der ikke udgør et reelt behov.³⁵² Til trods for at udbudsreglerne overholdes, betyder det således ikke nødvendigvis, at indkøbet er foretaget i overensstemmelse med statsstøttere reglerne og omvendt.³⁵³ At begge regelsæt finder anvendelse samtidig problematiserer dermed generelt forholdet.

Endelig synes den tilsyneladende mangelfulde retspraksis for sammenhængen mellem udbudsreglerne og statsstøttere reglerne også at have en betydelig indflydelse på usikkerheden på retsområdet. Manglen på retspraksis kan skyldes, at EU-Domstolen ofte kun tager stilling til den nationale lovgivnings forenelighed med ét sæt af regler, der efterlader spørgsmålet om den totale kompatibilitet med EU-retten uafklaret. Udfordringen ville imidlertid aldrig være opstået, hvis regelsættene ikke havde overlappende anvendelsesområder underlagt forskellige processuelle regler.³⁵⁴

4.2 Opgør med den juridiske uklarhed

Den usikre retstilstand for sammenhængen mellem udbudsreglerne og statsstøttere reglerne vil imidlertid kunne udbedres via '*obiter dictum*'³⁵⁵ eller via de nationale domstoles

³⁵⁰ Ølykke, The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law, 2016, p. 511.

³⁵¹ Jf. udbudsdirektivets art. 1 (2).

³⁵² Jf. hertil Sag T-14/96, De forenede sager T-116 og T-118/01 og Sag C-442 og C-471/03 P.

³⁵³ Ølykke, The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law, 2016, p. 512.

³⁵⁴ Ølykke, The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law, 2016, p. 514.

³⁵⁵ Det latinske begreb '*obiter dictum*' refererer til udtalelser afgivet af EU-Domstolen, der ikke er af afgørende betydning for sagens udfald og derfor kun er vejledende for andre retsinstanser.

udformning af et præjudicielt spørgsmål. Præjudikatværdien heraf vil dog afhænge af karakteren af de konkrete formuleringer afsagt af EU-Domstolen, hvor en generel formulering af dommernes stillingtagen til et fortolkningsproblem normalt vil være et stærkt præjudikat i andre sager. Det synes i denne sammenhæng ikke umuligt, at EU-Domstolen inden for en overskuelig fremtid afsiger dom, som kan afklare det nærmere forhold mellem statsstøttere reglerne og anvendelsen af udbudsprocedurerne i udbudsdirektivets afsnit II. Omvendt medfører forholdets talrige afskygninger, at der kan gå lang tid, før der foreligger en komplet afklaring af sammenspillet mellem udbuds- og statsstøttere reglerne.³⁵⁶

Henset til 'det markedsøkonomiske aktørprincip' som udviklet af EU-Domstolen,³⁵⁷ der efter den juridiske analyse fremstår som en grundsten ved vurderingen af den økonomiske fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand, må det alt andet lige forventes, at et tilsvarende princip vil inddrages i en fremtidig afgørelse for indkøbssituationen.³⁵⁸ Set ud fra den 'private sælgertest' lægges det dermed til grund, at princippet i sin betydning ville kunne drages til en udbudssituation, hvor offentlige organer foretager indkøb. Baseret på en fortolkning af retssystemet i sin helhed vil enhver anden vurdering i øvrigt forekomme vanskelig, da der ikke synes at foreligge retsmæssige hensyn imod indførelsen af en 'privat indkøbertest'. Desuagtet at EU-Domstolen potentielt kan udvide 'det markedsøkonomiske aktørprincip' med underkategorien 'den private indkøbertest', ændrer det imidlertid ikke på det forhold, at overholdelse af princippet, herunder at tildeling af kontrakten skal foregå på markedsvilkår, i praksis forekommer en anelse tidskrævende og byrdefuldt.

Potentielt set vil EU-Domstolen i modsætning til udviklingen af en 'privat indkøbertest' kunne slå fast, at overholdelse af udbudsreglerne per automatik vil resultere i overholdelse af statsstøttere reglerne. Dette synes dog højest usandsynligt henset til historikken³⁵⁹ samt alle de øvrige berøringsområder mellem udbuds- og statsstøttere reglerne. Det gør sig bl.a. gældende i relation til reguleringen af in-house, tilbudsgivers anvendelse af statsstøtte til at vinde offentlige kontrakter, kontrakter under tærskelværdien og udbudslignende

³⁵⁶ Se hertil kap. 6.

³⁵⁷ Se hertil afsnit 3.4.1.

³⁵⁸ Se analysen af Land Burgenland-dommen - 'den private sælgertest', afsnit 3.4.1.1.

³⁵⁹ Hvis EU-Domstolen havde til hensigt at fastlægge en sådan retstilstand, var dette formentlig allerede sket.

procedurer, situationer hvor det indkøbte ikke udfylder et reelt behov for ordregiver, senere ændringer i kontrakten, konsortiedannelse m.v.³⁶⁰

Ud fra en samlet vurdering af ovenstående forekommer det ikke usandsynligt, at EU-Domstolen mere specifikt vil fastslå, at udbudsprocedurerne i udbudsdirektivets afsnit II – med undtagelse af 'direkte tildeling' – ikke vil kunne medføre en betalingstransaktion behæftet med en økonomisk fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand. 'Direkte tildeling' vil herefter formodes at skulle være behæftet med krav om en uafhængig værdiansættelse eller lignende i overensstemmelse med punkt 4.2 i Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb.³⁶¹ Et sådan synspunkt synes desuden begrundet i det forhold, at en offentlig kontrakt, der har været underlagt betingelserne i en udbudsprocedure efter udbudsdirektivets afsnit II, uanset udbudsform altid vil eksponeres for en vis grad af priskonkurrence.³⁶² Med henblik på vægtningen af de pågældende tildelingskriterier, hvor 'kvalitet' tillægges høj vægt og dermed en begrænset priskonkurrence, kan der argumenteres for, at en privat aktør afhængig af anskaffelsestypen også vil tillægge 'kvalitet' høj værdi.

Ovenstående opfattelse kompliceres imidlertid af det forhold, at det i den juridiske analyse blev fastslået, at omfanget af tilbudsgiverfeltet efter visse udbudsprocedurer kan begrænses i højere grad end ved andre procedurer.³⁶³ En begrænsning af tilbudsgiverfeltet medfører i denne henseende mindre priskonkurrence,³⁶⁴ og man kan i den forbindelse stille spørgsmålet:

Er der forhold, som kan opveje uligevægten i den prismæssige konkurrence, der som følge af et varierende tilbudsgiverfelt, foreligger mellem de forskellige udbudsformer?

I forbindelse med de fleksible procedurer kan det f.eks. angives, at et begrænset tilbudsgiverfelt, som må antages at have en begrænsende effekt på den prismæssige konkurrence, modvirkes af råderummet for forhandling. Forhandlingsrunderne i de

³⁶⁰ Se nærmere herom i kapitel 6.

³⁶¹ Se hertil Bilag 1.

³⁶² Se hertil afsnit 3.3.2.5 om den prismæssige konkurrence i udbudsprocedurerne. 'Direkte tildeling' anses i denne henseende ikke som en "egentlig" udbudsform.

³⁶³ Se hertil afsnit 3.3.2.

³⁶⁴ Se hertil afsnit 3.3.2.5.

fleksible udbudsprocedurer må i denne forbindelse særligt medføre, at prisen i kontrakten, som følge af forhandling med andre tilbudsgivere, reduceres.³⁶⁵ Generelt antages det i øvrigt i litteraturen, at forhandling tilsikrer innovation og bedre samarbejde mellem ordregiver og tilbudsgiver og dermed sikrer den højest mulige økonomiske værdi.³⁶⁶ Den højest mulige økonomiske værdi kan i denne henseende efter omstændighederne anses som en indirekte priskonkurrence.³⁶⁷

Ifølge Kommissionens '*Grønbog*'³⁶⁸ fremgår det, at forhandling formentlig tilsikrer et større økonomisk output end ved de traditionelle udbudsformer uden forhandling. Der henvises i den forbindelse særligt til ordregivers reducerede omkostninger som følge af mindre asymmetrisk information mellem ordregiver og tilbudsgiver. Reducering af asymmetrisk information igennem forhandling tilskynder desuden til, at ordregiver i højere grad er i stand til at udarbejde en mere skræddersyet kravspecifikation for den tilstræbte anskaffelse, ligesom den økonomiske aktør bliver i stand til at udarbejde et tilbud med en mere forholdsmæssig pris. Risikoen for at ingen tilbudsgivere kan efterleve kravspecifikationen, og at tilbudsgiverne prisfastsætter unødvendigt højt, forøges dermed i takt med, at forhandlingsmulighederne begrænses. Tilbudsgivers manglende opfyldelse af kravspecifikationen vil herefter resultere i annullering af udbuddet med væsentlige omkostninger til følge.

Udover reduktion af den asymmetriske information vil forhandling tillige kunne resultere i mere kreative og evt. omkostningsbesparende løsninger for ordregiver. Isoleret set må det indrømmes, at transaktionsomkostningerne forbundet med de fleksible procedurer initialt set overstiger omkostningerne forbundet med procedurer uden forhandling. Ud fra et helhedsperspektiv må det dog antages, at gevinsten ved efterfølgende omkostningsbesparelser opvejer de initiale transaktionsomkostninger. Det skal hertil bemærkes, at det i nærværende analyse lægges til grund, at der som følge af øget fokus på

³⁶⁵ Se hertil bl.a. afsnit 2.4.3 om duopolkonkurrence samt afsnit 2.5 om forhandlingsstyrke.

³⁶⁶ Treumer, *Flexible Procedures or Ban on Negotiations? Will More Negotiation Limit the Access to the Procurement Market - Modernisation growth & innovation*, 2011, p. 138.

³⁶⁷ Indirekte priskonkurrence kan efter omstændighederne antages at foreligge ved omvendt licitation.

³⁶⁸ Grønbogen fra 1996, sektion 3.16.

området forventes en længere række af klagesager om statsstøtte ved almindelige offentlige indkøb.

Forhandling kan omvendt underminere markedstransparens som følge af de enkelte forhandlinger inter partes.³⁶⁹ Den asymmetriske information kan i en sådan situation øges i forhold til tredjeparter,³⁷⁰ hvilket kan skabe frygt hos potentielle tilbudsgivere om, at ordregiver vil diskriminere mellem tilbudsgiverne. Denne frygt har dog ikke i praksis haft nogen tydelig indflydelse på tilbudsgivernes interesse for deltagelse i forhandlingsprocedurerne.³⁷¹ Herudover må det retsmæssigt set forventes, at ordregiver rent faktisk overholder de fastlagte regler, som denne er underlagt efter de udbudsretlige regler.

I en situation, hvor der kun afgives ét tilbud ved udbudsprocedurens afslutning, må det konstateres, at den økonomiske aktør som tilbudsgiver ikke har været bekendt med, at de øvrige tilbudsgivere ikke ville afgive endeligt tilbud. Derved må det lægges til grund, at den vindende tilbudsgiver ved udarbejdelsen af tilbuddet og eventuelle forhandlingsrunder har taget højde for andre potentielle tilbud, og dermed har været underlagt en tilsvarende priskonkurrence, som hvis de øvrige tilbudsgivere valgte at afgive endeligt tilbud. Det ville desuden ikke forekomme hensigtsmæssigt, at parterne i tilfælde af kun ét afgivet tilbud i lighed med 'direkte tildeling' blev pålagt at skulle afholde udgifter til en uafhængig værdiansættelse eller benchmarking,³⁷² da tilbuddet netop er konciperet ud fra den forudsætning, at der måtte være andre økonomiske aktører, som ønskede at byde ind på kontrakten. En sådan værdiansættelse må herefter – bortset fra dets positive effekt på den asymmetriske information – anses som et omkostningsspild.

I tilfælde, hvor kun én ansøger deltager i en udbudsprocedure, hvorefter der kun modtages ét tilbud, kan der derimod ikke fastholdes at foreligge en tilstrækkelig priskonkurrence.³⁷³

³⁶⁹ Treumer, Flexible Procedures or Ban on Negotiations? Will More Negotiation Limit the Access to the Procurement Market? - Modernisation growth & innovation, 2011, p. 139.

³⁷⁰ Se hertil Udbudsrådet, Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, 2011.

³⁷¹ Treumer, Flexible Procedures or Ban on Negotiations? Will More Negotiation Limit the Access to the Procurement Market - Modernisation growth & innovation, 2011, p. 143.

³⁷² I overensstemmelse med principperne for 'den markedsøkonomiske aktørtest'. Se hertil Bilag 1.

³⁷³ Den økonomiske aktør kan i denne forbindelse have viden om, at denne optræder som eneste leverandør på markedet, hvorfor denne i tilbuddet vil prisfastsætte som under direkte tildeling. Dette synspunkt støttes af det forhold, at der med de nuværende regler i forbindelse med f.eks. udbudsformen

Det vil derimod i lighed med 'direkte tildeling' være nødvendigt at sikre, at der foretages en uafhængig værdiansættelse, benchmarking mv. i overensstemmelse med 'det markedsøkonomiske aktørprincip' i Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb.³⁷⁴ Stilles et sådan krav ikke, vil ordregiver kunne udvise opportunistisk adfærd ved at praktisere gennemførelsen af et 'offentligt udbud' i situationer, hvor der kun findes én økonomisk aktør på området og dermed omgå statsstøttereglerne.

Samlet set kan der ud fra ovenstående konstateres at foreligge modsatrettede hensyn for inddragelse af forhandling i udbudsproceduren. Set ud fra et priskonkurrence- og transaktionsomkostningsmæssigt synspunkt kan det imidlertid konstateres, at den efterfølgende virkning ved forhandling – med undtagelse af 'direkte tildeling' og modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøgning – opvejer de initiale transaktionsomkostninger samt begrænsningen i tilbudsgiverfeltet. Den minimale forskel, der foreligger i den prismæssige konkurrence mellem de øvrige udbudsprocedurer, må desuden antages at have tilsvarende minimal indvirkning på en eventuel fordrejning af konkurrencen i henhold til kriteriet om samhandelspåvirkning i TEUF art. 107, stk. 1.

Det kan i den forbindelse overvejes, om sidstnævnte forhold kan indeholdes i tilsvarende principper, som følger af anvendelsesområdet for de minimis-forordningerne. Det forekommer dog vanskeligt at henhøre forholdet hertil som følge af kriteriernes forskellighed. Herudover svækkes en sådan forståelse, såfremt der er tale om så eksorbitante betalingstransaktioner, at den økonomiske fordel alligevel overstiger tærskelværdierne i de minimis-forordningerne.

4.3 Retspolitisk anbefaling ('*de sententia ferenda*')

Baseret på ovenstående økonomiske betragtninger samt gældende ret, der er præget af en vis juridisk uklarhed, opstilles en retspolitisk anbefaling med henblik på at skabe større klarhed for hvornår en betalingstransaktion ved anvendelse af de respektive udbudsprocedurer kan betragtes som en økonomisk fordel. Ud fra de gennemførte analyser vurderes det formålstjent at indføre tiltag, der klart og tydeligt fastlægger, om valget af

'offentligt udbud' er mulighed for at overgå til procedurerne i undtagelsesbestemmelserne, såfremt der kun indsendes én ansøgning i forbindelse med offentliggørelsen.

³⁷⁴ Se hertil Bilag 1.

udbudsprocedure for almindelige offentlige indkøb kan få indflydelse på tildelingen af en økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1. Tiltag, der klarlægger forholdet, kan herefter med fordel udformes som i Figur 8.

Figur 8 - Juridisk klarhed for tildeling af økonomisk fordel

Ikke tildeling af økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1.	- Offentligt udbud - Begrænset udbud - Udbud med forhandling - Konkurrencepræget dialog - Innovationspartnerskaber
Høj risiko for tildeling af økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1.	- Udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse - Ét modtaget tilbud på baggrund af én ansøger <i>[... via andre metoder sikrer, at proceduren giver et resultat, der svarer til markedsprisen.], jf. pkt. 93, meddelelse 2016/C 262/01.</i>

Kilde: Egen tilvirkning

Ifølge Figur 8 vil opfyldelsen af betingelserne for enhver udbudsprocedure i udbudsdirektivets afsnit II – med undtagelse af 'direkte tildeling' eller modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøger – herefter medføre, at betalingstransaktionen ikke betragtes som en økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1.

Der opfordres dermed til en klar opdeling i udbudsprocedurene for at skabe en mere forudsigelig retstilstand, der efter omstændighederne ligeledes kan antages at bidrage til større gennemsigtighed og en reduktion af transaktionsomkostningerne. Sidstnævnte nødvendiggøres ud fra antagelsen om, at der er transaktionsomkostninger forbundet med den manglende juridiske klarhed, som kan resultere i ulovlig og uforenelig statsstøtte, uden at parterne har haft mulighed for at gardere sig herimod.

For så vidt angår 'direkte tildeling' og modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøger, vil der imidlertid foreligge en høj risiko for tildeling af statsstøtte, hvorfor det må være en forudsætning i overensstemmelse med Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb, jf. hertil punkt 93, at det *altid* via '*andre metoder*' sikres, at proceduren giver et resultat, der svarer til markedsprisen. Dvs. at der i denne forbindelse må stilles krav om benchmarking, uafhængige værdiansættelser eller lignende for at opveje den manglende prismæssige konkurrence om kontrakten.

Set ud fra et virksomhedsperspektiv kan det fremhæves, at tiltag, der resulterer i ovenstående, vil føre til reducerede omkostninger forstået på den måde, at den økonomiske aktør i *færre* tilfælde er tvunget til at indkalkulere risikoen for tildeling af statsstøtte i sin prissætning. Ved *færre* tilfælde forstås, at tilbudsgiveren – med undtagelse af 'direkte tildeling' samt modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøgning – helt kan undlade at indkalkulere risikoen for tildeling af statsstøtte i de tilfælde, hvor de øvrige udbudsprocedurer i udbudsdirektivets afsnit II anvendes. Dette må alt andet lige formodes at minimere transaktionsomkostningerne. Herudover overholder opdelingen i Figur 8 formålet med Europa 2020-strategien som følge af, at parterne vil have større incitament til at anvende de fleksible procedurer, når risikoen for statsstøtte elimineres.³⁷⁵

At der fortsat stilles krav om en uafhængig værdiansættelse, benchmarking eller lignende i forbindelse med 'direkte tildeling' og modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøgning, kan imidlertid anskues som en ikke uvæsentlig omkostning. Det relativt strenge krav synes dog rimeliggjort ud fra den betragtning, at der er tale om en indskrænkende undtagelsesprocedure og dermed et begrænset anvendelsesområde, der som oftest ikke vil finde anvendelse. Risikoen for statsstøtte vil tilmed have en forebyggende effekt, således at 'direkte tildeling' i større omfang kun forbeholdes tilfælde, som med sikkerhed må antages omfattet af udbudsdirektivets art. 32. Herudover forekommer omkostningen retfærdiggjort ud fra det forhold, at der absolut ingen konkurrence er om kontrakten, og at risikoen for tildeling af statsstøtte dermed må antages at være væsentlig. At der stilles krav om en sådan kontrolforanstaltning tilskynder ligeledes til, at den økonomiske aktør vil forsøge at afgive en ikke urimelig pris i tilbuddet, da denne er bekendt med

³⁷⁵ Se nærmere om Europa 2020-strategien i afsnit 1.1.

kontrolemekanismen.³⁷⁶ Den økonomiske aktør vil i den forbindelse have incitament til at afgive en markedsmæssig pris for at bevare den gode relation til ordregiver. Endelig er der holdepunkter for, at den uafhængige værdiansættelse udover sin egenskab af en omkostning kan bidrage til at mindske den asymmetriske information, der i sidste ende vil resultere i reducerede transaktionsomkostninger.³⁷⁷

På baggrund af ovenstående opstilles nedenfor en udtalelse om, hvordan sammenspillet mellem udbuds- og statsstøttere reglerne i forbindelse med almindelige offentlige indkøb i EU bør udformes.

Udtalelse 1

[Anvendelse og overholdelse af de procedurer, der er fastsat i udbudsdirektivets afsnit II, kan anses som tilstrækkeligt til at antage, at betalingstransaktionen foregik på markedsvilkår, forudsat at alle betingelserne for anvendelse af de respektive procedurer er opfyldt.

Dette gælder ikke i forbindelse med anvendelse af proceduren med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse efter udbudsdirektivets art. 32, eller såfremt ordregiver kun modtager ét tilbud på baggrund af én ansøger. Proceduren vil dog være tilstrækkelig til at sikre en markedspris, hvis de offentlige myndigheder via en uafhængig værdiansættelse, benchmarking eller via andre metoder sikrer, at proceduren giver et resultat, der harmonerer med markedsprisen.]

Ud fra ovenstående udtalelse vil en betalingstransaktion i forbindelse med en 'direkte tildeling', eller hvor ordregiver kun modtager ét tilbud på baggrund af én ansøgning, kunne betragtes som en økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1. At markedsprisen i en kontrakt som undtagelse hertil kan sikres via uafhængig værdiansættelse, benchmarking mv., giver imidlertid anledning til en afklaring af følgende underspørgsmål:

³⁷⁶ Se nærmere om parternes incitamenten nedenfor i afsnit 4.4.

³⁷⁷ Se nærmere herom nedenfor i afsnit 4.5.

- 1) Hvilken form for ansvar sikrer størst muligt incitament for parterne til at overholde statsstøttere reglerne?³⁷⁸
- 2) Hvilken ansvarsform og -fordeling bør implementeres ud fra betragtninger om transaktionsomkostninger?³⁷⁹

Det bemærkes, at der i forbindelse med besvarelsen af førstnævnte underspørgsmål foretages en nærmere analyse af risikoallokeringen, herunder en indkredsning af forskellige ansvarsformer og den heraf forbundne indvirkning på parternes incitament til at overholde statsstøttere reglerne.

4.4 Analyse af risikoallokering

Ud fra det eksisterende retsgrundlag pålægges den økonomiske aktør at tilbagebetale rentetillægget eller det udbetalte statsstøttebeløb med rentetillæg.³⁸⁰ At ordregiver har indflydelse på tildelingen af statsstøttebeløbet har imidlertid ingen konsekvens, da et ulovligt eller uforeneligt udbetalt statsstøttebeløb ikke er behæftet med noget ansvar for denne. Hermed er alt risiko forbundet med et udbetalt statsstøttebeløb pålagt den økonomiske aktør. En sådan risikoallokering forekommer umiddelbart ikke hensigtsmæssig, da den ordregivende myndigheds adfærd i forbindelse med udformningen af et udbud har betydning for udfaldet, ligesom statsstøttere reglerne generelt er rettet imod medlemsstaterne. Det er herefter nærliggende at vurdere, hvorvidt en præcisering i retsopfattelsen og dermed en reallokering af risikoen bør indføres for at sikre et mere optimalt agtpågivenhedsniveau for begge parter.

4.4.1 Anvendt teori, antagelser og afgrænsning

Begrebet '*risiko*' i nærværende analyse vedrører alene den risiko, der er forbundet med, at ordregiver og den økonomiske aktør ikke agerer agtpågivende således, at betalingstransaktionen betragtes som en økonomisk fordel i TEUF art. 107, stk. 1's forstand. Dette skyldes, at det i analysen lægges til grund, at parterne som udgangspunkt altid forfølger sine retlige forpligtelser, dvs. at parterne ikke handler groft uagtsomt.

³⁷⁸ Spørgsmålet besvares i analysen af risikoallokering i afsnit 4.4.

³⁷⁹ Spørgsmålet besvares i analysen af transaktionsomkostninger i afsnit 4.5.

³⁸⁰ Vedr. den økonomiske aktørs tilbagebetaling af rentetillægget eller det udbetalte statsstøttebeløb med rentetillæg, se afsnit 3.2.3.

Grundlæggende kan begge parter nedbringe risikoen for, at statsstøtte tildeles på et uagtsomt grundlag. Ordregiver kan som ovenfor anført anvende den såkaldte markedsaktørtest³⁸¹, hvorimod den økonomiske aktør imod sin profitmaksimerende adfærd kan fastsætte prisen til et lavere niveau end en almindelig profitmaksimerende aktør i den givne situation.

Ud fra ovenstående parametre kan ordregiver og de økonomiske aktører dermed agere enten agtpågivende eller ikke agtpågivende. Det er desuden en væsentlig antagelse for nærværende analyse, at parterne har kendskab til den risiko, der er forbundet med et uforeneligt eller ulovligt tildelt statsstøttebeløb. Der tages dermed udgangspunkt i, at der for fremtiden bl.a. som følge af Kommissionens seneste statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb vil være større fokus på området, og at det i flere afgørelser er statueret, at en betalingstransaktion i forbindelse med en udbudsprocedure kan betragtes som en økonomisk fordel i henhold til TEUF art. 107, stk. 1.

I analysen af, hvorvidt en uagtsom tildeling af statsstøtte kan nedbringes via en ansvarspåleggelse, inddrages en teoretisk model udviklet af Steven Shavell³⁸² (herefter 'Shavell'). I modellen opstilles en række forskellige ansvarsgrundlag, hvorefter det vurderes, om disse igennem parternes incitamenter kan nedbringe skadesrisikoen. Objektivt og intet ansvar udgør ifølge Shavell de to yderpunkter for ansvarsgrundlag. Herimellem foreligger en række andre ansvarsgrundlag, herunder bl.a. culpaansvar med og uden inddragelse af egen skyld. Ved en lovanalyse i et økonomisk perspektiv inddrages i modsætning til en almindelig lovanalyse parternes incitamenter samt sociale velfærd. 'Social velfærd' forstås i denne sammenhæng som de samlede transaktionsomkostninger for samfundet.³⁸³

I Shavells teoretiske model antages det, at parterne er risikoneutrale.³⁸⁴ En risikoneutral part træffer herefter beslutninger på baggrund af de forventede værdier ved valget. En risikoneutral person, der risikerer at blive pålagt en forpligtelse svarende til 100.000 kr.

³⁸¹ Se hertil Bilag 1.

³⁸² Shavell, 'Discussion paper no. 396, economic analysis of accident law', 2002.

³⁸³ Shavell, 'Discussion paper no. 396, economic analysis of accident law', 2002, chapter 1.

³⁸⁴ Shavell, 'Discussion paper no. 396, economic analysis of accident law', 2002, p. 1.

med en sandsynlighed på 10 %, ³⁸⁵ vurderer således, at forpligtelsen svarer til 10.000 kr. Hvis det derimod antages, at parterne er risikoaverse, vil en forpligtelse svarende til 100.000 kr. med en sandsynlighed på 10 % udgøre en større forpligtelse end en forpligtelse på 10.000 kr., da risikoaverse parter tillægger en given risiko større vægt end risikoneutrale parter. ³⁸⁶

Ved vurderingen af et ansvarsgrundlag er det ifølge Shavells teoretiske model tillige nødvendigt at fastlægge, hvilken part der er skadevolder og skadelidte. Det kan umiddelbart forekomme vanskeligt at vurdere, om det er ordregiver eller den økonomiske aktør, der er skadevolder. Som følge af at ordregiver betaler en pris, der ikke overstiger dennes nytte, er det umiddelbart vanskeligt at betegne denne som skadelidte. ³⁸⁷ Ordregiver kan omvendt antages at være skadevolder som følge af, at denne undlader at iagttage dispositioner, der sikrer, at prisen i tilbuddet modsvarer markedsprisen. Omvendt kan den økonomiske aktør optræde som skadevolder ved at prissætte tilbuddet for højt, således at ordregiver indirekte lider et tab ved at betale en høj pris. Det bemærkes i den sammenhæng, at den økonomiske aktør blot agerer i egen interesse og således fastsætter prisen herefter. En sådan høj prissætning kan desuden efter omstændigheder give bagslag, således at den offentlige udbetaling betragtes som statsstøtte, der skal tilbagebetales. Den økonomiske aktør optræder dermed både som skadevolder og skadelidte. Eftersom at den økonomiske aktør foretager den første handling ved selv at fastsætte prisen i det afgivne tilbud, lægges herefter til grund, at denne optræder som skadevolder og ordregiver som skadelidte. ³⁸⁸

I de følgende afsnit (4.4.2 - 4.4.4) vurderes først, hvilket agtpågivenhedsniveau der som udgangspunkt er det mest optimale i forhold til at nedbringe risikoen for tildeling af statsstøtte. Herefter vil det blive vurderet, om den nuværende risikoallokering bidrager til et optimalt agtpågivenhedsniveau, eller om reallokering af risikoen via en justering af retsgrundlaget kan bidrage til et mere optimalt agtpågivenhedsniveau for parterne.

³⁸⁵ Forventet værdi: $100.000 \cdot 0,10 = 10.000$.

³⁸⁶ Shavell, 'Discussion paper no. 396, economic analysis of accident law', 2002, p. 1.

³⁸⁷ Se hertil afsnit 2.4.3.1.

³⁸⁸ Denne forudsætning ændrer imidlertid ikke på det forhold, at den økonomiske aktør udover at optræde som skadevolder i sidste ende vil kunne betragtes som skadelidte.

4.4.2 Den optimale risikoallokering

Ifølge Shavells teoretiske model er formålet at minimere de totale sociale omkostninger (herefter 'TSO'). TSO udregnes ved summen af parternes omkostninger forbundet med at agere agtpågivende sammenlagt med de efterfølgende omkostninger, dvs. omkostningerne forbundet med den ulovlige eller uforenelige statsstøttetildeling. Agtpågivenhedsniveau anses dermed for mest optimalt, hvor den samlede nedbringelse af risiko og omkostninger er størst.

I nedenstående tabel udgør omkostningerne forbundet med et ulovligt eller uforeneligt statsstøttebeløb en værdi svarende til 100 for at simplificere analysen. At risikoen for tildeling af et uforeneligt eller ulovligt statsstøttebeløb er 15 %, medfører dermed TSO = 15. De indsatte værdier afspejler tilnærmelsesvist de værdimæssige niveauforskelle, som ordregiver og den økonomiske aktør står overfor i forbindelse med et offentligt indkøb. Det skal holdes for øje, at de fastsatte værdier er fastsat ud fra et skøn.

Tabel 3 - Parternes agtpågivenhedsniveau og TSO

Den økonomiske aktørs agtpågivenhedsniveau	Ordregivers agtpågivenhedsniveau	Den økonomiske aktørs omkostninger	Ordregivers omkostninger	Sandsynlighed for skade	Forventede tab	TSO
Ikke agtpågivende	Ikke agtpågivende	0	0	15 %	15	15
Ikke agtpågivende	Agtpågivende	0	3	7 %	7	10
Agtpågivende	Ikke agtpågivende	1	0	11 %	11	12
Agtpågivende	Agtpågivende	1	3	2 %	2	6

Kilde: Shavell, 'Discussion paper no. 396, economic analysis of accident law', 2002, s. 5.

I tabellen angives overordnet, hvordan parternes agtpågivenhedsniveau påvirker TSO. Konkret kan det udledes, at ordregivers agtpågivenhedsniveau er forbundet med større omkostninger end omkostningerne for den økonomiske aktør. Dette skyldes, at ordregiver i modsætning til den økonomiske aktør skal iagttage de retningslinjer, der følger af markedsaktørtesten.³⁸⁹ Den økonomiske aktør har derimod kendskab til markedet og egne omkostninger og kan dermed med mindre besvær prisfastsætte derefter. Det kan desuden udledes, at parternes agtpågivenhedsniveau har indvirkning på risikoen for skade, hvorefter risikoen falder i takt med, at parterne udviser større agtpågivenhed. Af størst væsentlighed

³⁸⁹ Se hertil Bilag 1.

kan det endelig udledes, at TSO er mindst, såfremt begge parter udviser agtpågivenhed. Den mest optimale risikoallokering forekommer dermed, når begge parter agerer agtpågivende.

4.4.3 Parternes agtpågivenhedsniveau givet den eksisterende risikoallokering

TSO i Tabel 3 varierer afhængigt af parternes agtpågivenhedsniveau og det kan dermed konstateres, at en justering af risikoallokeringen og dermed agtpågivenhedsniveauet kan føre til en TSO på henholdsvis 15, 10, 12 og 6. Variationen i TSO styres særligt af det forhold, der i økonomisk teori beskrives som 'Moral hazard'.

I økonomisk teori om principal-agent-forhold (herefter 'PA-forhold') er det såkaldte '*Moral hazard-paradoks*'³⁹⁰ af væsentlig betydning. Dette paradoks omfatter generelt det forhold, hvor den ene aktør (principalen) anlægger retningslinjer for en anden aktør (agenten), men hvor principalen ikke er i stand til at tvinge agenten til at handle efter principalens interesser.³⁹¹ En sådan manglende kontrol over agenten beror grundlæggende på asymmetrisk information mellem parterne, samt at agentens risiko for straf ved ikke at forfølge principalens interesser ikke har en tilstrækkelig betydning. 'Moral hazard-paradokset' indgår i nærværende sammenhæng i en analyse af parternes incitament til at overholde statsstøttere reglerne.

I relation til afhandlingens problemstilling foreligger der flere PA-forhold. Dette gør sig dels gældende i forholdet mellem den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør, dels i forholdet mellem den ordregivende myndighed (som medlemsstat) og Kommissionen. PA-forholdet mellem den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør opstår som følge af, at sidstnævnte har mere information om egne intentioner, handlinger og markedspriser. Særligt den økonomiske aktørs indsigt i egen branche bevirker, at denne har større kendskab til den konkrete anskaffelse sammenlignet med tilsvarende anskaffelser på markedet. Med denne information har den økonomiske aktør dermed mulighed for at fastsætte en pris, der giver en overnormal profit, uden at den ordregivende myndighed har kendskab hertil. At den økonomiske aktør bl.a. er underlagt en straf i form af tilbagebetaling af et rentetillæg eller statsstøttebeløb med rentetillæg,

³⁹⁰ Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 121 - 122.

³⁹¹ Dutta, *Strategies and Games Theory and Practice*, 1999, p. 293.

tilskynder imidlertid til, at prisen i mindre grad fastsættes til en overnormal profit. Det antages derfor, at den økonomiske aktør har tilstrækkeligt incitament til at agere agtpågivende. Dog kan det ikke udelukkes, at en alternativ form for ansvar hos den økonomiske aktør kan medføre et øget incitament, og/eller at omkostningerne falder.³⁹²

I relation til PA-forholdet mellem den ordregivende myndighed og Kommissionen forekommer imidlertid andre afgørende forhold. At den ordregivende myndighed ikke straffes økonomisk ved at tildele et ulovligt eller uforeneligt statsstøttebeløb, bevirker som udgangspunkt, at denne ikke har incitament til at agere agtpågivende. Der kan dog argumenteres for at foreligge et ikke uvæsentligt incitament som følge af risikoen for negativ politisk omtale samt det forhold, at den ordregivende myndighed ønsker at betale den lavest mulige pris for anskaffelsen. Sidstnævnte følger af, at den ordregivende myndighed indirekte lider et tab ved, at statsstøttebeløbet tilbagebetales til statens fælleskasse. Dette indirekte tab kan næppe antages at give incitament som følge af den asymmetriske information, og at den eventuelle overnormale betaling som måtte foreligge afspejler en pris, der ikke overstiger nyten for den ordregivende myndighed. Omvendt kan der argumenteres for, at den ordregivende myndighed som en del af en medlemsstat og dermed på baggrund af national protektionisme kan have interesse i, at den økonomiske aktør (hvis denne er af samme nationalitet) tildeles statsstøtte. Sammenlagt vurderes det således, at den ordregivende myndighed ikke har tilstrækkeligt incitament til at agere agtpågivende ud fra det nuværende retsgrundlag.

Med den eksisterende risikoallokering pålægges den økonomiske aktør dermed hele risikoen og agerer således agtpågivende som den eneste part. Henset til Tabel 3 i afsnit 4.4.2 betyder dette, at den økonomiske aktør vil agere agtpågivende, hvorimod den ordregivende myndighed ikke vil agere agtpågivende. Med denne fordeling af agtpågivenhedsniveauet følger i henhold til Tabel 3 en $TSO = 12$. Der kan således argumenteres for at justere risikoallokeringen med henblik på at skabe større incitament for den ordregivende myndighed til at agere agtpågivende, således at TSO nedbringes.

³⁹² Se nærmere herom nedenfor i afsnit 4.4.4.1.

4.4.4 Justering af risikoallokeringen

Ved fremhævelsen af forskellige ansvarsformer til justering af risikoallokeringen redegøres først for en række teoretiske ansvarsformer. Dette med henblik på at vurdere, hvilken form der i praksis må anses bedst egnet til at skærpe parternes incitament til at overholde statsstøttere reglerne.

4.4.4.1 Ansvarsformer

Som angivet i Tabel 3 kræves det, at begge parter ager agtpågivende for at opnå det agtpågivenhedsniveau, der reducerer TSO mest muligt. For at vurdere, hvilken ansvarsform der egner sig bedst til en justering af risikoallokeringen med henblik på at skabe et større agtpågivenhedsniveau, belyses i henhold til Shavells teoretiske model følgende ansvarsgrundlag:

- Intet ansvar for parterne
- Objektivt ansvar
- Culpaansvar
- Objektivt- og culpaansvar med inddragelse af egen skyld.

Det bemærkes, at ovenstående ansvarsgrundlag ifølge Shavells teoretiske model kun kan pålægges den éne part, dvs. skadevolder. Det er derfor af relevans at vurdere, om de respektive ansvarsgrundlag for den økonomiske aktør som skadevolder tilsikrer tilstrækkeligt incitament for ordregiver til at overholde statsstøttere reglerne.

Intet ansvar for parterne

Såfremt ingen af parterne tillægges et ansvarsgrundlag i forbindelse med tildelingen af statsstøtte, har den økonomiske aktør som skadevolder først og fremmest et mindre incitament til at agere agtpågivende som følge af, at denne ikke skal tilbagebetale et rentetillæg eller statsstøttebeløb med tillæg af renter. Der kan argumenteres for at den ordregivende myndighed som skadelidte dernæst vil have et vist agtpågivenhedsniveau, da denne indirekte lider et tab ved, at den pågældende tilbagebetaling løber til statens fælleskasse. Som tidligere angivet vil dette indirekte tab for den ordregivende myndighed imidlertid ikke være tilstrækkeligt til, at denne vil agere agtpågivende. Det må dermed

konstateres, at et manglende ansvarsgrundlag for parterne medfører manglende agtpågivenhed for begge parter, hvilket i henhold til Tabel 3 medfører $TSO = 15$.

Objektivt ansvar

Hvor den økonomiske aktør pålægges et objektivt ansvar gives et strengt incitament til at agere agtpågivende. En sådan objektiv ansvarsform afspejler desuden den eksisterende retstilstand, hvor den økonomiske aktør alene er pålagt risikoen for at tilbagebetale statsstøttebeløbet med tillæg af renter.³⁹³ Ifølge Shavells teoretiske model vil ordregiver som skadelidte altid få hele sit tab dækket, således at denne er indifferent i forhold til, om der tildeles statsstøtte, og således ikke udviser agtpågivenhed.³⁹⁴ At ordregiver ikke modtager den økonomiske aktørs tilbagebetaling af rentetillæg eller statsstøttebeløb med tillæg af renter, bevirker imidlertid, at denne alligevel har et vist incitament til at agere agtpågivende. Med antagelsen om at det pågældende tilbagebetalingsbeløb ikke af ordregiver anses som et egentlig tab, eftersom at prisen i tilbuddet ikke overstiger dennes nytte, gives imidlertid ikke et tilstrækkeligt incitament. Dermed antages det, at den økonomiske aktør vil agere agtpågivende, men omvendt at den ordregivende myndighed ikke agerer agtpågivende, såfremt den økonomiske aktør pålægges et objektivt ansvar. I henhold til Tabel 3 i afsnit 4.4.2 medfører dette $TSO = 12$.

Culpaansvar

Såfremt der anvendes et culpaansvar, er det nødvendigt at fastsætte et niveau for, hvornår skadevolderen har udvist tilstrækkelig agtpågivenhed. Såfremt den økonomiske aktør som skadevolder har udvist tilstrækkelig agtpågivenhed, vil hele risikoen overføres til ordregiver som skadelidte. Ifølge Shavells teoretiske model kan de dømmende myndigheder i den forbindelse fastsætte et givent agtpågivenhedsniveau, således at både skadelidte og skadevolder udviser agtpågivenhed, hvilket vil være samfundsmæssigt optimalt.³⁹⁵ Det forekommer dog vanskeligt at fastsætte et sådan konkret agtpågivenhedsniveau for den økonomiske aktør ved en implementering af et culpaansvar, da dette i så fald f.eks. ville kræve en nærmere matematisk test af prisen for de indhentede

³⁹³ Se hertil afsnit 3.2.3 om statsstøtteprocedurerne.

³⁹⁴ Shavell, Discussion Paper No. 396 economic analysis of accident law, p. 6.

³⁹⁵ Shavell, Discussion Paper No. 396 economic analysis of accident law, p. 7.

tilbud.³⁹⁶ Såfremt det imidlertid lykkedes at fastsætte agtpågivenhedsniveauet, vil ordregiver ifølge teorien have incitament til at udvise agtpågivenhed for at undgå at blive pålagt et tab i de situationer, hvor den økonomiske aktør forvolder et tab, men samtidig ikke har handlet culpøst. Efter konkurrencemæssige principper for samhandelen på 'det indre marked' forekommer det imidlertid uhensigtsmæssigt, at den økonomiske aktør bevarer et uberettiget statsstøttebeløb, såfremt denne har været tilstrækkeligt agtpågivende.³⁹⁷ Såfremt domstolene formår at fastsætte et samfundsmæssigt optimalt agtpågivenhedsniveau for culpaansvaret, således at begge parter udviser agtpågivenhed, ville dette ifølge Shavells teoretiske model medføre en TSO = 6 i henhold til Tabel 3 i afsnit 4.4.2. At domstolene kan fastsætte et samfundsoptimalt agtpågivenhedsniveau anses imidlertid som tidligere nævnt at være vanskeligt.

Objektivt- og culpaansvar med egen skyld

I relation til objektivt- og culpaansvar inddrager Shavell egen skyld som en tilføjelse i ansvarsgrundlaget. Den økonomiske aktør som skadevolder vil herefter kun være ansvarlig, såfremt ordregiver som skadelidte har udøvet det fornødne niveau af agtpågivenhed, som fastsættes af domstolene. En tilføjelse af egen skyld stimulerer i denne forbindelse den ordregivende myndighed til at udvise større agtpågivenhed, hvorefter en sådan adfærd vil overføre hele risikoen til den økonomiske aktør. Ifølge Shavell kan domstolene herefter fastsætte et samfundsoptimalt niveau for agtpågivenhed i relation til egen skylden for skadelidte, således at både ordregiver og den økonomiske aktør udviser agtpågivenhed.³⁹⁸ Et ansvarsgrundlag med egen skyld vil omvendt betyde, at en skadevolder, der ikke udviser agtpågivenhed, kan fritages for ansvar, såfremt skadelidte ikke udviser agtpågivenhed. I modsætning til culpaansvar uden egen skyld forekommer det i denne forbindelse mindre vanskeligt at fastlægge niveauet for agtpågivenhed forbundet med ordregivers egen skyld, da domstolene blot kan stille krav om, at ordregiver fremviser juridisk dokumentation for, at principperne om 'den markedsøkonomiske aktørtest' er efterfulgt.³⁹⁹ Inddragelse af egen skyld i ansvarsgrundlaget betyder imidlertid

³⁹⁶ Jf. hertil en sammenligning med den matematiske test i afsnit 3.6. Den matematiske test blev aldrig gennemført, hvilket efter omstændighederne kan være udtryk for den vanskelighed, der er forbundet med at definere den reelle markedspris.

³⁹⁷ Se nærmere herom nedenfor i afsnit 4.4.4.3.

³⁹⁸ Shavell, Discussion Paper No. 396 economic analysis of accident law, 2002, p. 6 and 7.

³⁹⁹ Se hertil Bilag 1.

igen, at den økonomiske aktør efter omstændighederne har mulighed for at bevare et uberettiget modtaget statsstøttebeløb. Såfremt domstolene alligevel formår at fastsætte et samfundsmæssigt optimalt agtpågivenhedsniveau for egen skyld, således at begge parter udviser agtpågivenhed, medfører dette i henhold til Tabel 3 i afsnit 4.4.2 TSO = 6.

Ved at sammenholde de respektive ansvarsgrundlag kan det herefter konstateres, at en ansvarspålæggelse hos den ene part alene kun med større vanskelighed tilsikrer, at begge parter vil udvise agtpågivenhed. Hvis begge parter derimod pålægges et objektivet ansvar, vil der først og fremmest ikke opstå situationer, hvor den økonomiske aktør som skadevolder bevarer et uberettiget modtaget statsstøttebeløb. Derudover vil der ikke opstå tilfælde, hvor domstolene er nødsaget til at fastlægge et agtpågivenhedsniveau for den økonomiske aktør. Det bemærkes i den sammenhæng, at der må forventes større omkostninger for domstolene forbundet med at fastlægge det givne agtpågivenhedsniveau. De forbundne omkostninger ved indførelsen af det objektive ansvar for begge parter i selve lovgivningen antages i denne sammenhæng ikke at have nogen større indvirkning på forholdet. Herved opnås en situation, hvor begge parter er agtpågivende med en TSO = 6.

Efter en gennemgang af de teoretiske ansvarsgrundlag som omtalt af Shavell samt konstateringen af, at et objektivet ansvar for begge parter bedst tilsikrer parternes overholdelse af statsstøttereglerne, er det relevant at konkretisere udformningen af det objektive ansvar, herunder straffen forbundet med manglende overholdelse. I de følgende afsnit 4.4.4.2 og 4.4.4.3 vil en nærmere vurdering af parternes objektive ansvar og den forbundne straf hermed blive vurderet med henblik på at udlede den ansvarsform, der i højest grad sikrer incitament til at udvise agtpågivenhed.

4.4.4.2 Objektivet ansvar for ordregiver

Henset til ovenstående er det afgørende, at ordregiver pålægges et objektivet ansvar, således at denne får størst muligt incitament til at agere agtpågivende. Det er i den forbindelse relevant at undersøge, hvorledes dette objektive ansvar bør udformes. Det forekommer først og fremmest nærliggende at belyse, om ordregivers objektive ansvar bør udformes på tilsvarende vis som forpligtelsen i forbindelse med 'unormalt lave tilbud',⁴⁰⁰ dvs. undersøge om en sådan forpligtelse tilsikrer en tilstrækkelig agtpågivenhed. Dernæst

⁴⁰⁰ Jf. hertil udbudsdirektivets art. 69 (1).

vurderes ordregivers agtpågivende adfærd som følge af, at kontrakten kan blive erklæret uden virkning, samt den agtpågivende adfærd, når ordregiver pålægges bødebetalning.

4.4.4.2.1 Retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud'

For så vidt angår retsområdet for 'unormalt lave tilbud'⁴⁰¹ er det oplagt at vurdere, hvorledes ordregivers forpligtelser til at anmode om en redegørelse for omkostninger, pris mv. for det indhentede tilbud bør gøre sig gældende på tilsvarende vis som ved 'unormalt høje tilbud'.

'Unormalt lave tilbud' reguleres af udbudsdirektivets art. 69 (1) og indebærer en markant ændring i forhold til det tidligere direktiv⁴⁰². Af udbudsdirektivets art. 69, (1), fremgår det, at: *"Contracting authorities shall require economic operators to explain the price or costs proposed in the tender where tenders appear to be abnormally low in relation to the works, supplies or services"*. Ordregiver pålægges således en forpligtelse til at anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for indholdet af sit tilbud, såfremt ordregiver vurderer, at tilbuddet er unormalt lavt. Af udbudsdirektivets art. 69 (2), litra a og b, fremgår, at de økonomiske aktørers forklaring på det 'unormale lave tilbud' bl.a. kan begrundes i lave produktionsomkostninger og som følge af reducerede omkostninger i forbindelse med særlige tekniske løsninger.

I lighed hermed kan det vurderes, om en 'unormal høj pris' kan begrundes i høje produktionsomkostninger, manglende tekniske løsninger eller lignende. Henset til EU-Domstolens retspraksis må nævnte begrundelser imidlertid forkastes, da den økonomiske aktørs individuelle omkostninger som følge af forskellige omkostningsstrukturer i de forskellige medlemsstater ikke *alene* kan indgå i den statsstøtteretlige vurdering af, om den pågældende betalingstransaktion modsvarer en betaling på markedsmæssige vilkår.⁴⁰³ Ordregiver vil derimod med fordel kunne afveje tilbuddets 'unormale høje pris' i overensstemmelse med principperne for 'den markedsøkonomiske aktørtest', som udspringer af statsstøtteren.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ Se hertil afsnit 3.6.

⁴⁰² Udbudsdirektivet 2004/18/EF.

⁴⁰³ Jf. hertil f.eks. De forende sager C-147-148/06, præmis 26.

⁴⁰⁴ Se Bilag 1.

I forlængelse heraf fremgår det efter udbudsdirektivets art. 69 (3), at: *"Contracting authorities shall reject the tender, where they have established that the tender is abnormally low because it does not comply with applicable obligations referred to in Article 18 (2)"*. I udbudsdirektivets art. 18 (2) fremgår det herefter, at: *"Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law ..."*. På baggrund heraf kan det anføres, at den pålagte forpligtelse i forbindelse med 'unormalt lave tilbud' blev indført med formålet om at sikre, at medlemsstaterne træffer passende forholdsregler, der sikrer forpligtelserne i relation til overholdelse af miljø-, social- og arbejdslovgivning.⁴⁰⁵ Denne tilføjelse i lovgivningen må anses som led i Europa 2020-strategiens formål.⁴⁰⁶ Ved at sammenholde dette formål i kontekst med 'unormalt høje tilbud' må det konstateres, at tilsvarende hensyn ikke er af relevans. Det skyldes, at en høj pris ikke kan antages at være en indikation på, at den økonomiske aktør reducerer sine omkostninger så voldsomt, at det får indflydelse på miljø-, sociale- og arbejdsmæssige forhold.

Det vurderes hertil mere hensigtsmæssigt, at ordregivers forpligtelse begrundes i hensynet til de traktatfæstede statsstøttere, der søger at sikre markedsprisen. Det bemærkes hertil, at der i udbudsdirektivets art. 73, litra c,⁴⁰⁷ synes at være åbnet op for, at kontrakter på baggrund af uoverensstemmelser med de traktatfæstede regler kan bringes til ophør. Ifølge bestemmelsen er det imidlertid et krav, at overtrædelsen er fastslået af EU-Domstolen i forbindelse med en traktatbrudssag i henhold til TEUF art. 258. Herudover skal en overtrædelse, som fastslået af EU-Domstolen, have medført, at kontrakten ikke skulle have været tildelt den vindende tilbudsgiver. Af den grund må det konstateres, at bestemmelsen ikke som sådan kan sammenholdes med den hypotetisk opstillede forpligtelse for 'unormalt høje tilbud'. Uanset baggrunden for udbudsdirektivets art. 73,

⁴⁰⁵ Ølykke, The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or deformation of EU public procurement rules, 2016, p. 150.

⁴⁰⁶ Ølykke, The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or deformation of EU public procurement rules, 2016, p. 154-155.

⁴⁰⁷ Udbudsdirektivets art. 73, litra c, er en kodificering af traktatbrudssagen C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, jf. tillige De forenede sager C-20/01 og C-28/01 mellem samme parter.

litra c's indførelse, synes det ikke udelukket, at en lignende bestemmelse kunne fungere som bindeled mellem udbuds- og statsstøttere reglerne.

I relation til udbudsdirektivets art. 69 (1) om 'unormalt lave tilbud' diskuterede EU-Rådet bl.a. i forbindelse med udformningen heraf, om der skulle opstilles en 'shall'-forpligtelse, eller om bestemmelsen skulle udformes som en 'may'-forpligtelse.⁴⁰⁸ Europa-Parlamentet angav imidlertid, at forpligtelsen skulle opstilles som et krav,⁴⁰⁹ hvilket også blev endeligt adopteret i udbudsdirektivet.⁴¹⁰ Baggrunden for den oprindelige diskussion kan efter omstændighederne antages at bero på det forhold, at det for Kommissionen og EU-rådet var afgørende, at forpligtelsen i art. 69 (1) ikke blev for omfattende. Anderledes kan det være en indikation for, at det ikke var hensigten at pålægge ordregiver forpligtelsen i relation til andre hensyn end de udbudsprincipper, der fremgår af direktivets art. 18 (2).⁴¹¹

For så vidt angår 'unormalt høje tilbud' vil ovenstående overvejelser om en eventuel begrænsning i forpligtelsen på tilsvarende vis bestå i, at ordregiver kun tillægges forpligtelsen i forbindelse med undtagelsesproceduren 'direkte tildeling' i henhold til udbudsdirektivets art. 32. I modsætning til forpligtelsen ved 'unormalt lave tilbud' vil en forpligtelse ved 'unormalt høje tilbud' som følge af 'direkte tildeling' medføre, at der ikke efterlades et skøn for bestemmelsens anvendelse. At der i direktivets art. 69 (1) gives et stort skøn til ordregiver ved vurderingen af, om tilbuddet udgør et 'unormalt lavt tilbud', medfører desuden risiko for, at der tildeles en (økonomisk) fordel.⁴¹² Det skyldes, at ordregivere, der ikke opfylder udbudsprincipperne i art. 18 (2) som følge af dennes mulighed for at foretage et skøn, på uretmæssig vis risikerer at tildele kontrakten til den forkerte aktør. I den forbindelse kan det i øvrigt anføres, at EU-Domstolen muligvis lægger op til en begrænsning af dette skøn.⁴¹³ Det forventes hertil, at EU-Domstolen vil anlægge

⁴⁰⁸ "... the contracting authority **may** require, or be obliged by a Member State to so require ...".

⁴⁰⁹ "... Contracting authorities **shall** require ...".

⁴¹⁰ Ølykke, The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or deformation of EU public procurement rules, 2016, p. 151.

⁴¹¹ Ølykke, The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or deformation of EU public procurement rules, 2016, p. 153.

⁴¹² Ølykke, The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or deformation of EU public procurement rules, 2016, p. 158.

⁴¹³ Jf. hertil "mellem linjerne" i Sag C-19/13, præmis 50.

en restriktiv fortolkning af konceptet for 'unormalt lave tilbud', da de økonomiske aktører uden større besvær må forventes at kunne "jonglere" med tallene for sine tilbud.⁴¹⁴

Med hensyn til den hypotetisk opstillede forpligtelse for 'unormalt høje tilbud' vil en komplet eliminering af skønsvurderingen dermed være et skridt videre i samme retning, ligesom de økonomiske aktørers mulighed for at snyde elimineres ved anvendelse af princippet for 'den markedsøkonomiske aktørtest'. Der kan i den forbindelse argumenteres for, at princippet for 'den markedsøkonomiske aktørtest' vil tilsikre en relativ høj transparens ved vurderingen af om tilbuddet forekommer unormalt højt. Herved elimineres risikoen for, at ordregivere i forskellige medlemsstater ikke følger de samme principper ved vurderingen samtidig med, at den asymmetriske information mindskes for de økonomiske aktører.

Det er i litteraturen anført, at forpligtelsen har en forebyggende effekt ved at fungere som et fint "net", der fanger størstedelen af de 'unormalt lave tilbud' og dermed sikrer en større konkurrence på lige vilkår.⁴¹⁵ Henset til formålet med statsstøttereglerne⁴¹⁶ må et sådan tilsvarende "net" for 'unormalt høje tilbud' vurderes at have tilsvarende effekt for konkurrencen på 'det indre marked'. Det fremgår ikke af udbudsdirektivet, hvad manglende overholdelse af art. 69 (1) og dermed art. 18 (2) medfører.⁴¹⁷ Det kan dermed diskuteres, hvilken effekt forpligtelsen har for ordregivers agtpågivenhed. Det må dog antages, at ordregivers incitament til at agere agtpågivende øges ved, at en forpligtelse rent retorisk understreges direkte i udbudsdirektivet. I den forbindelse må det tillige formodes, at ordregiver som følge af risikoen for et negativt omdømme i et vist omfang har incitament til at efterleve forpligtelsen.

4.4.4.2.2 Objektivt strafansvar i form af bødestraf

Det er som udgangspunkt svært fastsætte værdien af en bødebetaling. Det skyldes bl.a., at en sådan fastsættelse efter omstændighederne må afhænge af kontraktværdien og statsstøttebeløbets andel heraf. Hvis bøden ikke fastsættes højt nok, vil den ordregivende

⁴¹⁴ Ølykke, The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or deformation of EU public procurement rules, 2016, p. 162.

⁴¹⁵ Ølykke, The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or deformation of EU public procurement rules, 2016, p. 157.

⁴¹⁶ Se hertil afsnit 3.2.1.

⁴¹⁷ I så fald burde dette fremgå af udbudsdirektivets art. 73 om ophør af kontrakter.

myndighed desuden have incitament til at gennemføre et udbud med et involveret statsstøttebeløb, hvis omkostningen ved at tilbagetrække en kontrakt er større end omkostningen ved bøden. Herudover er det vanskeligt at vurdere, hvem der bør modtage bødebetalingen, da en sådan pengetransaktion kan have yderligere indvirkning på parternes incitament og dermed på det samlede agtpågivenhedsniveau. Det kan diskuteres, om bødebetalingen i så fald bør betales til Kommissionen, som træffer afgørelser i de pågældende klagesager. En sådan løsning åbner imidlertid op for andre mere omfattende afvejninger uden for afhandlingens analysefelt. Det bemærkes imidlertid hertil, at bødebetalinger som følge af, at en kontrakt erklæres uden virkning på baggrund af grove overtrædelser af udbudsreglerne, i Danmark betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. lov om klagenævn for udbud, § 19, stk. 4. Af hensyn til afhandlingens omfang vil et objektivi strafansvar i form af bødestraf ikke blive videre behandlet.

4.4.4.2.3 Objektivi strafansvar i form af kontraktens ophævelse

Krav om at kontrakten erklæres uden virkning, dvs. en kontrakts ophævelse som følge af en overtrædelse af det objektive ansvar, giver umiddelbart et stærkt incitament for ordregiver til at overholde statsstøttereglerne. Det skyldes, at konsekvensen herved bliver en annullering af udbuddet, hvorefter et genudbud vil medføre væsentlige omkostninger. At kontrakten erklæres uden virkning ses allerede i forbindelse med en overtrædelse af udbudsdirektivets procedureregler. De omkostninger, som er forbundet med, at en kontrakt erklæres uden virkning, kan efter omstændighederne vise sig at være yderst byrdefulde.

Omkostningerne afhænger særligt af, om straffen forbundet med kontraktens ophævelse eksekveres *'ex tunc'*, dvs. med tilbagevirkende kraft, eller om dette sker *'ex nunc'*, dvs. med fremadrettet virkning. I dansk ret følger det efter § 18, stk. 1, 1. pkt. i Lov om Klagenævn for udbud,⁴¹⁸ at kontraktens ophævelse kun har en fremadrettet virkning. Dette udelukker imidlertid ikke, at ophævelse af større bygge- og anlægskontrakter kan være behæftet med eksorbitante omkostninger som følge af f.eks. et halvfærdigt byggeprojekt og den heraf forbundne værdiopgørelse. For så vidt angår den del af kontrakten, som ikke erklæres uden virkning, problematiseres forholdet yderligere af, at den økonomiske aktør

⁴¹⁸ Se eksempler på undtagelser herfra f.eks. i dansk ret i lov om Klagenævnet for udbud, Lov nr. 593, af 02/6/2016.

for denne del af kontrakten kan have modtaget et statsstøttebeløb. Da det objektive ansvar udelukkende er tiltænkt i de tilfælde, hvor der foretages en 'direkte tildeling', eller hvor den ordregivende myndighed udelukkende modtager ét tilbud på baggrund af én ansøger, er det efter omstændighederne desuden vanskeligt at effektivisere kravet om, at kontrakten erklæres uden virkning. Dette skyldes særligt, at der i de nævnte tilfælde ofte ikke er andre økonomiske aktører, der får kendskab til udbuddet, og dermed ikke nogen som anlægger klagesag.

I sin helhed vil omkostningen ved kontraktens ophævelse være af så væsentligt omfang, at ordregiver bevarer et stærkt incitament til at efterkomme det objektive ansvar. Dette må i endnu højere grad antages at gøre sig gældende i andre medlemsstater, hvor straffen forbundet med kontraktens ophævelse eksekveres '*ex tunc*'. Det må således konstateres, at incitamentet isoleret set ud fra en sammenligning med forpligtelsen som ved 'unormalt lave tilbud' eller bødebetalning i højere grad giver incitament for den ordregivende myndighed til at udvise agtpågivenhed. Det kan dog ikke udelukkes, at indeværende ansvarsform problematiseres af andre forhold, herunder f.eks. transaktionsomkostningerne.⁴¹⁹

4.4.4.3 Objektivt ansvar for den økonomiske aktør

For så vidt angår det objektive ansvar for den økonomiske aktør medfører et krav om, at kontrakten erklæres uden virkning – på tilsvarende vis som for ordregiver – et stærkt incitament hos den økonomiske aktør om at udvise agtpågivenhed. Der kan hertil overvejende argumenteres for, at en kontrakt, der erklæres uden virkning for den økonomiske aktør, kan medføre så eksorbitante omkostninger, at det ikke kan stå mål med de hensyn, som forfølges. Såfremt det objektive ansvar udmåles ved, at kontrakten erklæres uden virkning, er det dog afgørende, at et eksisterende krav om tilbagebetaling af statsstøttebeløbet ophæves, da den økonomiske aktør ellers vil modtage mere end én økonomisk straf.

Det kan overvejes, om det incitament, der skabes med et sådan strengt krav, på tilsvarende vis kan opnås med det eksisterende krav om tilbagebetaling af det pågældende statsstøttebeløb. Tilbagebetaling af statsstøttebeløbet kan opdeles i den omkostning, der

⁴¹⁹ Se afsnit 4.5.

udgør beløbet svarende til den økonomiske fordel efter de retningslinjer, som følger af 'det markedsøkonomiske aktørprincip', samt omkostningen forbundet med rentetillægget. For så vidt angår statsstøttebeløbet svarende til den økonomiske fordel, må omkostningen ved at tilbagebetale dette beløb antages at give et relativt stærkt incitament. Kravet om tilbagebetaling af rentetillægget øger i den forbindelse blot den økonomiske aktørs agtpågivenhed. Der kan imidlertid argumenteres for, at denne ekstra omkostning for den økonomiske aktør er unødvendig, da den økonomiske aktør allerede har et relativt stærkt incitament til at udvise agtpågivenhed. Kravet om betaling af rentetillægget er dog af EU-Domstolen velbegrundet i flere hensyn, jf. hertil sag C-199/06, CELF.⁴²⁰

Præmis 50:

*“Set fra andre erhvervsdrivende end støttemodtagerens side medfører støttens ulovlighed i så fald, dels at de udsættes for den risiko, der dog ikke blev realiseret, at en uforenelig støtte gennemføres dels, at de i givet fald undergives de konkurrencemæssige virkninger af en forenelig støtte på et tidligere tidspunkt, end de ellers ville have gjort”.*⁴²¹

EU-Domstolen statuerer hermed hensyn til andre økonomiske aktører, uanset at det pågældende statsstøttebeløb ikke realiseres. Det tillægges dermed vægt, at de øvrige erhvervsdrivende har været udsat for en risiko.

Præmis 51:

*“Hvad angår støttemodtageren vil den utilbørlige fordel have bestået i dels, at den pågældende ikke betalte renter, der skulle have været erlagt af det omhandlede beløb svarende til den forenelige støtte, hvis han havde måttet låne beløbet på markedet i afventning af Kommissionens beslutning, dels en forbedring af den pågældendes konkurrencemæssige stilling over for andre erhvervsdrivende på markedet, så længe ulovligheden varer”.*⁴²²

EU-Domstolen fastlægger på den baggrund, at den økonomiske fordel svarende til rentetillægget for den økonomiske aktør består i, at denne ellers måttet have låne beløbet

⁴²⁰ Se tillige 'Meddelelse fra Kommissionen om de nationale domstoles håndhævelse af statsstøttere reglerne', 2009/C 85/01, afsnit 2.2.3, punkt 37.

⁴²¹ Jf. Sag C-199/06, præmis 50.

⁴²² Jf. Sag C-199/06, præmis 51.

på markedet og dermed har opnået en forbedret konkurrencemæssig stilling sammenlignet med øvrige økonomiske aktører. EU-Domstolen fastlægger således alene hensyn i relation til den økonomiske fordels efterfølgende effekt og ikke bagvedliggende subjektive hensyn, såsom at den ordregivende myndighed har været skyld i udbetalingen af statsstøttebeløbet.

Ud fra ovenstående betragtninger tyder det på, at den økonomiske aktør får et stærkt incitament til at udvise agtpågivenhed, uanset om det objektive ansvar består i, at kontrakten erklæres uden virkning, eller at der skal ske tilbagebetaling af statsstøtte. Det kan dog hævdes, at en kontrakt, der erklæres uden virkning som følge af risikoen for eksorbitante tab, giver det stærkeste incitament for den økonomiske aktør. Ud fra proportionalitetshensyn vurderes dog, at det vil være mest hensigtsmæssigt, hvis den økonomiske aktør som ved de eksisterende procedureregler pålægges at tilbagebetale det pågældende statsstøttebeløb. Med hensyn til den økonomiske aktørs prissætning kan det diskuteres, hvorvidt denne indregner risikoen for omkostningerne forbundet hermed i sin prissætning, således at prisen øges. En sådan prisforøgelse modsvarer imidlertid af det forhold, at dette vil øge risikoen for at skulle tilbagebetale et statsstøttebeløb. Det forhold, at ordregiver som tidligere angivet ligeledes pålægges et objektivi ansvar i form af en kontrolmekanisme, bevirker tillige, at den økonomiske aktør som følge af den samlede reduktion af risiko for statsstøtte vil mindske prisen.

4.4.5 Sammenfatning

I henhold til 1. underspørgsmål i afsnit 4.3: *"Hvilken form for ansvar sikrer størst muligt incitament for parterne til at overholde statsstøttereglerne?"* må der konstateres at foreligge en længere række af modsatrettede hensyn.

Såfremt forholdet alene anskues ud fra forudsætningen om at skabe størst muligt incitament til agtpågivende adfærd, vil krav om, at kontrakten erklæres uden virkning, have størst indvirkning på incitamentet. Omvendt er der med inddragelse af proportionalitetshensyn set i lyset af de forbundne transaktionsomkostninger baggrund for at indføre et mindre strengt objektivi ansvar på niveau med forpligtelsen for 'unormalt lave tilbud'. Det hævdes hertil, at en retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud' i et vist omfang vil tilskynde til en agtpågivende adfærd. Herudover konstateres det, at den økonomiske aktør

bør bevare det objektive ansvar i form af en tilbagebetaling af et eventuelt ulovligt eller uforeneligt tildelt statsstøttebeløb.

De transaktionsomkostningsmæssige forhold vil i den følgende analyse af transaktionsomkostninger blive udspecificeret med henblik på at besvare 2. underspørgsmål ovenfor.⁴²³ Analysen har således fokus på, hvilken ansvarsform og -fordeling der ud fra transaktionsomkostningsafvejninger bør implementeres.

4.5 Analyse af transaktionsomkostninger

I den foregående analyse af parternes risikoallokering blev det konstateret, at et objektivi strafansvar i form af kontraktens ophævelse som følge af en overtrædelse af forpligtelsen skaber det størst mulige incitament for parterne til at overholde statsstøttereglerne. Herudover blev det konstateret, at en retorisk forpligtelse uden strafansvar som ved forpligtelsen for 'unormalt lave tilbud' i udbudsdirektivets art. 69 (1) i et vist omfang også giver ordregiver incitament til at overholde statsstøttereglerne. Endelig blev det konstateret, at den økonomiske aktørs objektive ansvar for en tilbagebetaling af et eventuelt statsstøttebeløb bør forblive uændret. Ved at belyse transaktionsomkostningerne (T) forbundet hermed er spørgsmålet således, hvilket ansvar der reducerer de samlede transaktionsomkostninger mest muligt. Dette foretages ved først at afveje gevinsten (G), der angiver reduktionen af transaktionsomkostningerne ved at parterne overholder statsstøttereglerne – dvs. som følge af færre klagesager og mindre konkurrenceforvridning på markedet – i forhold til de i afhandlingen foreslåede justeringer i retsgrundlaget. Nærværende analyse vil dermed belyse, om nedenstående gør sig gældende:

$$(G_{\text{Ved overholdelse af reglerne}} - T_{\text{Retorisk forpligtelse}}) > (G_{\text{Ved overholdelse af reglerne}} - T_{\text{Ophævelse af kontrakt}})$$

Som anført i den matematiske formel er formålet med nærværende analyse dermed først at undersøge, om transaktionsomkostningerne ved en retorisk forpligtelse ($T_{\text{Retorisk forpligtelse}}$) som ved 'unormalt lave tilbud' i udbudsdirektivets art. 69 er mindre end transaktionsomkostningerne forbundet med et objektivi strafansvar om ophævelse af kontrakten ($T_{\text{Ophævelse af kontrakt}}$). Dernæst er formålet at undersøge, om de eventuelt færre

⁴²³ Se afsnit 4.3.

transaktionsomkostninger ved en retorisk forpligtelse opvejer den henholdsvis lavere gevinst forbundet med overholdelse af statsstøttere reglerne (GOverholdelse af reglerne). Gevinsten ved at overholde statsstøttere reglerne ved den retoriske forpligtelse må i den forbindelse som udgangspunkt antages at være lavere i medfør af det mindre strenge incitament til at overholde statsstøttere reglerne sammenlignet med ophævelsen af kontrakten. Endelig vil det blive vurderet, hvilken part der har størst transaktionsomkostninger ved at sikre, at kontraktens pris i overensstemmelse med 'den markedsøkonomiske aktørtest' harmonerer med markedsprisen. I den sammenhæng inddrages ligeledes betragtninger fra analysen om risikoallokering for at vurdere, hvilken part der bør pålægges forpligtelsen hertil.

4.5.1 Anvendt teori, antagelser og afgrænsning

Transaktionsomkostningsteori drejer sig overordnet set om at minimere de omkostninger, der er forbundet med en given transaktion.⁴²⁴ Med begrebet henvises dermed til de omkostninger, der opstår ved en økonomisk udveksling mellem fysisk adskilte enheder.⁴²⁵ Ifølge Oliver E. Williamson udgør transaktionsomkostninger de omkostninger, der er forbundet med "... *planning, adapting, and monitoring task completion...*".⁴²⁶ Transaktionsomkostninger omfatter for nærværende analyse således de omkostninger, der vedrører forløbet op til kontraktindgåelsen, selve betalingstransaktionen samt de efterfølgende omkostninger forbundet med overholdelse af kontrakten.

For så vidt angår de efterfølgende transaktionsomkostninger inddrages tillige omkostninger forbundet med klagesager som følge af brud på lovgivningen samt omkostninger ved en konkurrenceforvridning af det indre marked. Dermed vil de omkostninger, der f.eks. er forbundet med produktion, ikke være omfattet.

⁴²⁴ Eide & Stavang, Rettsøkonomi, 2008, s. 129. Ronald Coase argumenter i den forbindelse for, at en effektiv udnyttelse af ressourcerne opnås ved, at lovgiver reducerer transaktionsomkostningerne. Ifølge Williamsons teori er formålet med teorien om transaktionsomkostninger, afhængig af produktets vigtighed, at minimere transaktionsomkostningerne ved en given transaktion. Se hertil Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 2.

⁴²⁵ Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 2.

⁴²⁶ Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 2. Williamsons inddeling af transaktionsomkostninger er i høj grad inspireret af Ronald Coase, der inddeler transaktionsomkostningerne i tre grupper: 1) søgeomkostninger, 2) forhandlingsomkostninger og 3) kontrolomkostninger. Se hertil Eide & Stavang, Rettsøkonomi, 2008, s. 129.

Teorien om transaktionsomkostninger adskiller sig teoretisk set fra den neoklassiske mikroøkonomiske teori, der blev introduceret i dele af den økonomiske analyse.⁴²⁷ Ifølge Williamson antages i modsætning til neoklassicismen bl.a. begrænset rationalitet. Der tages endvidere højde for opportunistisk adfærd hos parterne.⁴²⁸ Herudover foreligger asymmetrisk information, som betyder, at parterne som udgangspunkt bør være tilbageholdende med at stole på hinanden.

Ved en transaktionsomkostningsanalyse skelnes der mellem '*ex ante*' og '*ex post*' omkostninger.⁴²⁹ Begrebet '*ex ante omkostninger*' er udtryk for de omkostninger, der foreligger forud for en kontraktindgåelse. Det gælder f.eks. omkostninger ved at udforme kontrakten samt omkostninger forbundet med forhandling. Omvendt henviser begrebet '*ex post omkostninger*' til de omkostninger, der indfinder sig efter kontraktens indgåelse. Disse omkostninger omfatter f.eks. håndhævelse af kontrakten og retssager, såfremt der opstår tvister.

Det bemærkes, at det kun er transaktionsomkostningerne forbundet med proceduren 'direkte tildeling' og tilfælde, hvor der modtages ét tilbud på baggrund af én ansøgning, der analyseres.⁴³⁰ Sidstnævnte indebærer principielt, at omkostninger forbundet med de egentlige udbudsprocedurer også indgår i transaktionsomkostningsafvejningerne.⁴³¹

Som anført i tidligere delanalyser forudsættes i nærværende analyse ligeledes, at der som følge af øget opmærksomhed på retsområdet for fremtiden vil indtræde en længere række af klagesager i forbindelse med offentlige indkøb. Herudover antages der at foreligge store transaktionsomkostninger ved de statsstøttebetalinger, som aldrig opdages og som dermed

⁴²⁷ Williamson, *The mechanisms of Governance*, Oxford University Press, 1996, p. 6.

⁴²⁸ Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 45-47. Oliver E. Williamsons teori bygger dermed på den institutionelle teori.

⁴²⁹ Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 20.

⁴³⁰ Se hertil afsnit 4.3.

⁴³¹ Ifølge Williamson udgør aktivspecifitet en vigtig faktor ved vægtningen af transaktionsomkostningernes omfang. Se hertil Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 54. Graden af aktivspecifitet afhænger bl.a. af den investering i aktiver, som er nødvendig at foretage i forbindelse med en kontraktindgåelse. Den højeste grad af aktivspecifitet for en konkret situation forstås således, som en investering hvis værdi er 0 i en alternativ anvendelse. Investeringen betegnes i så fald som idiosynkratisk, se hertil p. 53. I sammenhæng med nærværende analyse antages en større grad af aktivspecifitet ved de traditionelle udbudsprocedurer i udbudsdirektivets art. 27-31 i sammenligning med direkte tildeling efter art. 32. Dette da en større investering af tid og ressourcer ved annullation af et traditionelt udbud vil være tabt i forbindelse med et genudbud.

forvrider konkurrencen på 'det indre marked'. Transaktionsomkostningerne ex post anses dermed for tungtvejende.

4.5.2 Objektivt ansvar - transaktionsomkostninger

I det følgende afsnit opstilles to scenarier, hvor der i *scenarie 1* foretages en afvejning af transaktionsomkostningerne forbundet med et objektivt strafansvar, hvor en overtrædelse af forpligtelsen medfører ophævelse af kontrakten. I *scenarie 2* foretages derimod alene en afvejning af transaktionsomkostningerne forbundet med en retorisk forpligtelse om at anmode om redegørelse for prisen i tilbuddet som ved 'unormalt lave tilbud'.⁴³²

4.5.2.1 Scenarie 1 - Ophævelse af kontrakt

Såfremt en offentlig kontrakt i forbindelse med en udbudsprocedure erklæres uden virkning, vil dette normalvis medføre, at den ordregivende myndighed er nødsaget til at gennemføre et genudbud. Som eksempel kan nævnes, at hvis en sådan situation finder sted i Danmark, vil det danske Klagenævn udstede et påbud om, at ordregiver skal ophæve kontrakten ex nunc, dvs. med fremadrettet virkning. Som nævnt ovenfor vil dette typisk medføre, at der opstår behov for at gennemføre et genudbud. Dette gælder ligeledes i medlemsstater, hvor den ordregivende myndighed pålægges at ophæve kontrakten 'ex tunc'. Såfremt der er tale om en 'direkte tildeling', vil selve genudbuddet af kontrakten ex ante ikke være behæftet med voldsomme transaktionsomkostninger.⁴³³ Derimod vil et genudbud som følge af en kontrakt, der er tildelt på baggrund af én ansøger i forbindelse med en egentlig udbudsprocedure, have markant større transaktionsomkostninger ex ante, medmindre ordregiver efterfølgende vurderer, at proceduren kan overgå til en 'direkte tildeling'.

Der er generelt høje omkostninger forbundet med udbud, uanset hvilken udbudsprocedure ordregiver anvender.⁴³⁴ De høje transaktionsomkostninger er et resultat af procedurerne, som f.eks. foreskriver behov for at indkalde til forhandlingsrunder og dialogmøder. Der vil

⁴³² Tilsvarende forpligtelse som følger af udbudsdirektivets art. 69 (1).

⁴³³ Det bemærkes hertil, at Williamson argumenterer for, at hyppigheden ved en kontraktindgåelse, dvs. frekvensen af identiske transaktioner, medfører en reduktion i transaktionsomkostningerne. Se hertil Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 60. I relation til dette argument kan det konstateres, at transaktionsomkostningerne ved et genudbud er marginalt mindre end ved det første udbud.

⁴³⁴ Se hertil 'Udbudsrådets analyse af transaktionsomkostninger ved udbud', 2011.

for både ordregiver og den økonomiske aktør desuden være omkostninger forbundet med de adskillige forberedelsestimer, som nødvendigvis må afsættes. Disse transaktionsomkostninger kan næppe reduceres, da forhandling og dialogmøder bl.a. er med til at skabe overensstemmelse mellem den ordregivende myndigheds krav og de løsninger, som de økonomiske aktører er i stand til at tilbyde. Der kan argumenteres for, at ordregiver anvender færre ressourcer ved at gentage et udbud, da denne på forhånd allerede har udarbejdet en kravspecifikation mv. Den økonomiske aktør kan dog på tilsvarende vis benytte sig af sit allerede udarbejdede tilbud, men må anse sig nødsaget til at fastsætte en ny tilbudspris for ikke at gentage overtrædelsen af statsstøttereglerne.

Ovenstående transaktionsomkostninger skal herudover sammenlægges med transaktionsomkostningerne forbundet med et eventuelt mislykket forsøg på at overholde forpligtelsen om sikring af markedsprisen. Denne omkostning kan dog hævdes at være minimal som følge af, at der næppe er lagt væsentlige ressourcer i efterlevelse af forpligtelsen, hvis den pågældende part ikke efterfølgende er i stand til at fremvise dokumentation for, at tilbudsprisen modsvarer markedsprisen. En nærmere uddybning af transaktionsomkostningerne forbundet herved belyses nærmere i *Scenarie 2*.

Ses der derimod på transaktionsomkostningerne for parterne forbundet med, at en del af kontrakten allerede er udført, kan parterne potentielt lide et eksorbitant økonomisk tab ex post. Ud over selve tabet ved ikke at få kontrakten opfyldt, foreligger der store transaktionsomkostninger forbundet med værdiopgørelsen af den henholdsvis opfyldte og ikke opfyldte del af kontrakten. Herudover vil et efterfølgende erstatningssøgsmål om positiv opfyldelsesinteresse ikke kunne opretholdes, da en sådan erstatning må betragtes som statsstøtte.⁴³⁵

Efter omstændighederne kan det overvejes, om kontrakten alligevel kan opretholdes af hensyn til almenhedens interesser eller andre særlige hensyn.⁴³⁶ Sådanne særlige undtagelser til en kontrakts ophævelse kan dog ikke altid antages at gøre sig gældende. At den del af kontrakten, som allerede er opfyldt, ikke kan erklæres uden virkning

⁴³⁵ Se hertil afsnit 3.2.3.3 og Kommissionens beslutning 96/434/EF, EFT 1996 L 180/31.

⁴³⁶ Se eksempler på undtagelser herfra f.eks. i dansk ret i lov om Klagenævnet for udbud, § 17, Lov nr. 593, af 02/6/2016.

problematiserer endvidere forholdet i statsstøttestøtligt regi, da værdien heraf efter omstændighederne kan udgøre en økonomisk fordel i henhold til TEUF art. 107, stk. 1.

4.5.2.2 Scenarie 2 - Retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud'

Der vil uanset ansvarsform være transaktionsomkostninger forbundet med at sikre, at prisen i kontrakten modsvarer markedsprisen. Transaktionsomkostningerne vil efter omstændighederne svare til de ressourcer, der måtte anvendes ved at efterleve principperne i markedsaktørtesten.⁴³⁷ Ved tilkøb af en uafhængig værdiansættelse skal ordregiver først undersøge markedet for eksterne konsulentbureauer samt efterfølgende tage kontakt, definere den pågældende tjenesteydelse i en kravspecifikation, udbyde opgaven m.v., hvilket i sig selv indebærer ikke uvæsentlige transaktionsomkostninger. Den pågældende konsulentydelse kan da også udgøre en større udgift, såfremt det er nødvendigt at kontakte ordregivere i andre medlemsstater for at fastlægge markedsprisen. Såfremt ordregiver internt foretager en benchmarkinganalyse af den pågældende anskaffelse, må det formodes, at denne metode vil være mindre byrdefuld, men dog fortsat ikke omkostningsfri henset til tidsforbruget. Omfanget af transaktionsomkostninger, der er forbundet med at foretage en benchmarkinganalyse, må i den forbindelse imidlertid afhænge af, hvilken anskaffelse der skal foretages. En nærmere analyse af, hvilke metoder der bør anvendes for forskellige anskaffelser vurderes dog uden for afhandlingens analysefelt.

Transaktionsomkostningerne for den ordregivende myndighed nedbringes imidlertid ved at være pålagt den retoriske forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud'. Efter denne forpligtelse følger det, at den ordregivende myndighed skal anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet.⁴³⁸ Det kan efter omstændighederne diskuteres, om en sådan forpligtelse er rimelig over for den økonomiske aktør, da denne herved kan være nødsaget til at afgive informationer, såsom forretningshemmeligheder eller andre oplysninger, som normalt ikke tilkommer den ordregivende myndighed. Herudover vil den økonomiske aktørs forhandlingsstyrke desuden udviskes som følge af, at den asymmetriske information mindskes. At den økonomiske aktør langt hen ad vejen er garanteret kontrakten og ikke umiddelbart har nogle særlige omkostninger ved en sådan redegørelse, må imidlertid antages at opveje de

⁴³⁷ Se hertil Bilag 1.

⁴³⁸ Jf. hertil udbudsdirektivets art. 69 (1).

ulemper, der ellers er forbundet hermed. Generelt set må det ligeledes antages, at den økonomiske aktør har incitament til at prisfastsætte tilbuddet fornuftigt, da denne ellers via redegørelsen for pris mv. i tilbuddet vil blive afsløret i at udvise en grådig adfærd. Det kan i den forbindelse formodes, at den økonomiske aktør ønsker at bevare en god relation til den ordregivende myndighed og dermed ikke er interesseret i at afsløre sig selv i at modtage et uforholdsmæssigt stort afkast.

Ved den økonomiske aktørs redegørelse for pris eller omkostninger kan der tillige argumenteres for, at den asymmetriske information mindskes, da ordregiver dermed får kendskab til det nærmere økonomiske regnskab.⁴³⁹ Det betyder, at en stigning i transaktionsomkostningerne ex ante alt andet lige nedbringer transaktionsomkostningerne ex post. Dog må det formodes, at der fortsat foreligger en vis grad af asymmetrisk information imellem parterne, idet ordregiver ikke nødvendigvis får et komplet kendskab til den økonomiske aktørs profit.

Ifølge den neoklassiske teori foreskrives i denne forbindelse, at markedsdeltagere baserer sine beslutninger ud fra perfekt information. Denne teoretiske formodning udfordres imidlertid af praksis samt teori om markeder med imperfekt information, som det beskrives i den ny institutionelle teori. Asymmetrisk information opstår i de tilfælde, hvor den ene part besidder mere eller bedre information end den anden part.⁴⁴⁰ Som eksempel kan nævnes en situation, hvor prisen for en given anskaffelse ikke afspejler kvaliteten som forventet, eller når ordregiver ikke besidder samme viden om markedsprisen som den økonomiske aktør. Dette medfører en ubalance til ugunst for ordregiver. Set ud fra afhandlingens problemstilling synes den asymmetriske information særligt at opstå, såfremt den økonomiske aktør har kendskab til egen fortjeneste på en given anskaffelse, mens ordregiver er uvidende herom. Herved risikerer den asymmetriske information at øge risikoen for, at der tildeles statsstøtte.

Som tidligere anført forudsættes det, at en længere række klagesager om statsstøtte vil indtræde i den nærmeste fremtid. Med en sådan forudsætning må det ligeledes formodes,

⁴³⁹ Ifølge Williamson afhænger omfanget af transaktionsomkostninger bl.a. af parternes usikkerhed. Ved at eliminere asymmetrisk information reduceres usikkerheden og dermed transaktionsomkostningerne. Se hertil Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1986, p. 54.

⁴⁴⁰ Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, kap. 5.

at den økonomiske aktør risikerer at have fastsat en for høj pris i tilbuddet, og at betalingstransaktionen fra den ordregivende myndighed dermed bliver tilkendt som ulovlig eller uforenelig statsstøtte. Transaktionsomkostningerne ex post for den økonomiske aktør vil dermed afhængig af klagesagens udfald svare til tilbagebetalingen af statsstøttebeløbet. Statsstøttebeløbet kan i denne forbindelse potentielt udgøre statsstøttebeløbet svarende til den økonomiske fordel efter TEUF art. 107, stk. 1, samt det tilhørende rentetillæg.

4.5.2.3 Hvilken part bør bære omkostningen for at sikre markedsprisen?

Der vil som tidligere fastslået være omkostninger forbundet med at udføre en værdiansættelse af kontrakten efter principperne i markedsaktørtesten.⁴⁴¹ Spørgsmålet er, hvem af parterne der bør bære omkostningen forbundet hermed?

Såfremt ordregiver pådrages omkostningen, vil denne afhængig af undersøgelsens omfang udbyde opgaven som en konsulentydelse, hvilket kan være omkostningsfuldt. Den økonomiske aktør kan i modsætning hertil direkte tilkøbe sig en sådan konsulentydelse uden overvejelser om udbud, hvorfor der er færre transaktionsomkostninger forbundet hermed. Omvendt kan det hævdes, at den økonomiske aktør indregner omkostningen i den tilbudte pris, hvorfor den ordregivende myndighed alligevel pådrages omkostningen i sidste ende. En sådan forøgelse af prisen problematiseres endvidere af formålet med statsstøttereglerne, hvorefter den afgivne pris skal harmonere med markedsprisen.

Herudover foreligger et 'Moral Hazard-paradoks', hvis den økonomiske aktør pådrages omkostningen, da den ordregivende myndighed vil have mindre incitament til at efterleve statsstøttereglernes formål om, at prisen i tilbuddet skal svare til markedsprisen. Hertil foreligger et omvendt 'Moral Hazard-paradoks' ved, at den økonomiske aktør kan udvise opportunistisk adfærd som følge af den asymmetriske information og derved løbe risikoen for, at den uforholdsmæssigt høje pris i tilbuddet ikke observeres af andre, som måtte have interesse i at føre en klagesag om statsstøtte. I den forbindelse bør der tages højde for, at et konsulenthus der ansættes af den økonomiske aktør til at udføre en uafhængig værdiansættelse, potentielt har incitament til at handle i den økonomiske aktørs interesse.

Effekten af den retoriske forpligtelse, som tidligere anført, kommer endvidere kun til sin

⁴⁴¹ Se hertil afsnit 4.5.2.1.

ret, såfremt den ordregivende myndighed pådrages omkostningen forbundet med at sikre, at prisen i tilbuddet svarer til markedsprisen. Hvis den ordregivende myndighed ikke pålægges denne omkostning, vil det være uden mening retorisk set at forpligte denne til at anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for pris mv. Det må derved konstateres, at den ordregivende myndighed ligeledes bør pålægges forpligtelsen om at sikre markedsprisen i overensstemmelse med principperne for markedsaktørtesten.⁴⁴²

4.5.2.4 Sammenfatning

I henhold til 2. underspørgsmål i afsnit 4.3: *"Hvilken ansvarsform og -fordeling bør implementeres ud fra betragtninger om transaktionsomkostninger?"* konstateres, at en retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud' i udbudsdirektivets art. 69, som følge af mindskelsen af den asymmetriske information, alt andet lige nedbringer transaktionsomkostningerne ex post. Det konstateres dermed, at en forøgelse af transaktionsomkostningerne ex ante som minimum modsvares af en tilsvarende eller større reduktion af transaktionsomkostningerne ex post. Herudover kan det med ovenstående afvejninger hævdes, at omfanget af transaktionsomkostninger ved en retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud' er langt mindre end de transaktionsomkostninger, som måtte være forbundet med et objektivi strafansvar, hvor kontrakten kræves ophævet. Endelig hævdes det ud fra en skønsmæssig afvejning, at den relative reduktion af transaktionsomkostninger ved den retoriske forpligtelse opvejer de større transaktionsomkostninger, der måtte være forbundet med den marginale forøgelse af klagesager om statsstøtte som følge af det mindre strenge incitament til at overholde statsstøttereglerne. Det konstateres hertil, at den ordregivende myndighed, og ikke den økonomiske aktør, skal pålægges forpligtelsen om at sikre, at markedsprisen er i overensstemmelse med principperne for markedsaktørtesten⁴⁴³.

Ud fra en skønsmæssig afvejning af incitamenter og transaktionsomkostninger anses det dermed mest hensigtsmæssigt, at den ordregivende myndighed pådrages en retorisk forpligtelse, hvorefter denne ved 'direkte tildeling' eller modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøgning, forpligtes til at anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for pris eller omkostninger for det afgivne tilbud. Det tillægges i den

⁴⁴² Se hertil Bilag 1.

⁴⁴³ Se hertil Bilag 1.

forbindelse særlig vægt, at den ordregivende myndighed af hensyn til negativ politisk omtale vil efterleve den retoriske forpligtelse. Såfremt den ordregivende myndighed ikke efterlever denne forpligtelse, vil den økonomiske aktør i forbindelse med en eventuel klagesag risikere at skulle tilbagebetale et rentetillæg eller et statsstøttebeløb med rentetillæg. Disse transaktionsomkostninger kan imidlertid på baggrund af de tidligere anførte hensyn hævdes at indtræde mere sjældent som følge af en reduktion i klagesager.

4.6 Nytteomkostningsanalyse

Ved vurderingen af, om en justering af retsreglerne kan bidrage til større efficiens, inddrages de økonomiske effektivitetskriterier *'Pareto'* og *'Kaldor-Hicks'* i en nytteomkostningsanalyse.⁴⁴⁴ Teorien anvendes generelt til at vurdere forbedringer eller optimalitet for enkelte parter eller samfundet i sin helhed.

En *'Pareto-forbedring'* kendetegner herefter en justering af retsreglerne, hvor mindst én part økonomisk set stilles bedre, uden at andre parter stilles ringere. *'Pareto-optimalitet'* karakteriseres i den forbindelse som en optimal retstilstand, hvor ingen part ved en justering af retsreglerne økonomisk set kan stilles bedre, uden at mindst én anden part stilles ringere.⁴⁴⁵ *'Kaldor-Hicks-kriteriet'* angiver i modsætning til *'Pareto-kriteriet'* en efficient tilstand, såfremt en justering af retsreglerne samlet set medfører større gevinst end tab for alle berørte parter.⁴⁴⁶ Ifølge Kaldor-Hicks-kriteriet tillades dermed både vindere og tabere. Det bemærkes imidlertid, at en *'Pareto-optimalitet'* eller en *'Kaldor-Hicks-optimalitet'* ikke garanterer det mest hensigtsmæssige resultat.

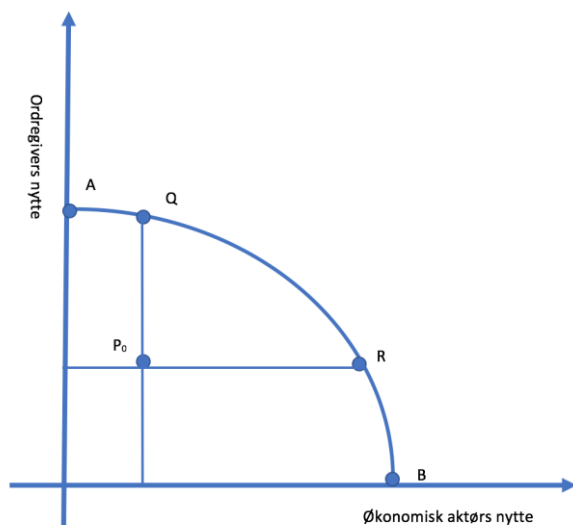
Figur 9 nedenfor vil i det følgende illustrere parternes nytte, der i denne sammenhæng alene vil afhænge af de samlede transaktionsomkostninger forbundet med den nuværende retstilstand og en justering heraf.

⁴⁴⁴ Eide & Stavang, Rettsøkonomi, 2008, s. 109.

⁴⁴⁵ Eide & Stavang, Rettsøkonomi, 2008, s. 97.

⁴⁴⁶ Eide & Stavang, Rettsøkonomi, 2008, s. 110-111.

Figur 9 - Parternes fælles nyttefunktion



Kilde: Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 109.

I Figur 9 ses det, at ordregivers størst mulige nytte opnås i punktet A, mens den økonomiske aktørs størst mulige nytte opnås i punktet B. I disse punkter opnår den modsatte aktør en nytte på 0 som følge af, at denne vil afholde alle transaktionsomkostninger for overholdelse af statsstøttere reglerne i forbindelse med kontraktindgåelsen. Linjen mellem A og B udgør i den forbindelse den højeste nyttekomposition, som de samlede ressourcer giver parterne mulighed for at opnå.⁴⁴⁷ For at måle nyttepåvirkningen ved en justering af retstilstanden tages der udgangspunkt i punktet P_0 . Dette punkt antages at illustrere nyttefordelingen for den nuværende retstilstand, hvilket betyder, at ethvert punkt i feltet PQR vil være en Pareto-forbedring, idet den ene part stilles bedre, uden at den anden stilles værre.⁴⁴⁸ Herudover vil ethvert punkt i PQR udgøre en Kaldor-hicks-forbedring, der dog i visse tilfælde også kan forekomme uden for feltet PQR. Såfremt justeringen af retsreglerne medfører, at P_0 rykkes helt til linjen mellem Q og R, kan retstilstanden udgøre en Pareto- eller Kaldor-Hicks-optimalitet.

I det følgende illustreres først i Figur 10, hvorvidt en generel juridisk klarhed over sammenspillet mellem udbuds- og statsstøttere reglerne ved EU-udbud vil medføre et mere

⁴⁴⁷ Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 109.

⁴⁴⁸ Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 109.

efficient resultat for parterne. Dvs. en klar angivelse af, hvornår en betalingstransaktion i forbindelse med et almindeligt offentligt indkøb kan udgøre statsstøtte, jf. hertil afsnit 4.3 om den første retspolitiske anbefaling. Dernæst illustreres i Figur 11, hvorvidt en konkret justering af retsreglerne vil medføre et mere efficient resultat, dvs. hvor den ordregivende myndighed i tilfælde af 'direkte tildeling' eller modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøgning pådrages forpligtelsen, at anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for pris m.v. i lighed med reglerne for 'unormalt lave tilbud'. I den forbindelse medregnes transaktionsomkostningerne forbundet med forpligtelsen til at efterkomme principperne i 'den markedsøkonomiske aktørtest'.

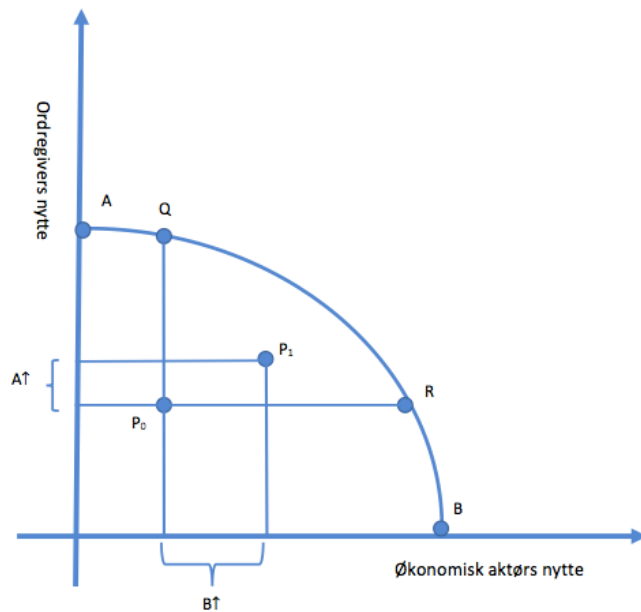
4.6.1 Justering af retsgrundlaget

I den juridiske analyse blev det konkluderet, at den økonomiske aktørs prissætning efter omstændighederne kan være behæftet med en overnormal profit, der kan udgøre en økonomisk fordel efter statsstøtteforbuddet i TEUF art. 107, stk. 1.⁴⁴⁹ Hvad disse omstændigheder konkret indebærer kan imidlertid ikke udspecificeres nærmere ud fra det eksisterende retsgrundlag. Som følge af denne uklare retstilstand blev der i afsnit 4.3 ud fra juridiske og økonomiske betragtninger konkret anbefalet en mere specifik fastsættelse af, hvornår statsstøtte kan indtræde i forbindelse med almindelige offentlige indkøb.

I Figur 10 nedenfor illustreres, hvorvidt større juridisk klarhed vil skabe større nytte for parterne.

⁴⁴⁹ Jf. hertil afsnit 3.7 om den juridiske konklusion.

Figur 10 - Forskydning af parternes nytte på baggrund af større juridisk klarhed



Kilde: Egen tilvirkning med inspiration fra Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 109.

Den større juridiske klarhed medfører, at parterne er bevidste om, hvornår der er risiko for, at betalingstransaktionen betragtes som statsstøtte. Ved at øge parternes kendskab hertil forebygges dermed transaktionsomkostninger ex post forbundet med klagesager. At denne risiko kun foreligger i forbindelse med 'direkte tildeling' og ved modtagelsen af ét tilbud på baggrund af én ansøger, medfører tilmed, at parterne i færre situationer er nødsaget til at efterkomme principperne i markedsaktørtesten.⁴⁵⁰ Dette betyder alt andet lige, at transaktionsomkostningerne mindskes for begge parter ex post.

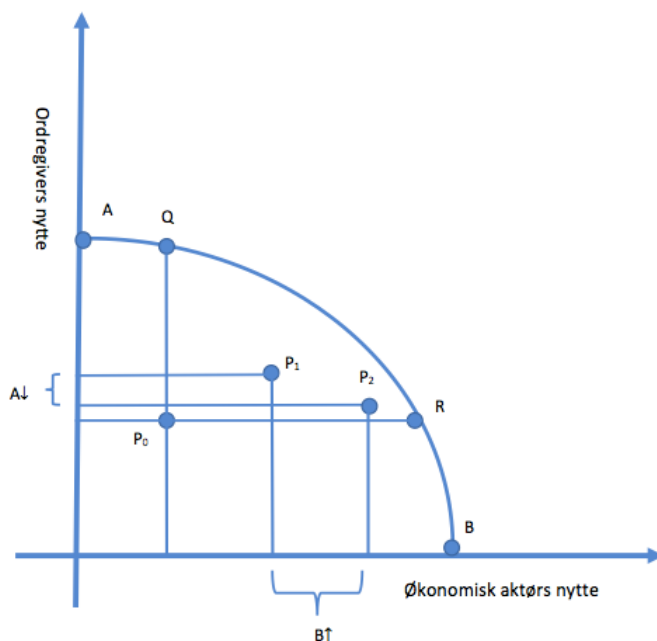
Omkostninger forbundet med selve justeringen og det lovforberedende arbejde antages i denne sammenhæng at udgøre en uvæsentlig omkostning sammenlignet med den efterfølgende gevinst. Det ses dermed i Figur 10 ovenfor, at nytten rykkes fra punktet P_0 til punktet P_1 , hvor den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør begge opnår større nytte. Det ses tillige, at den økonomiske aktør opnår en marginal større nytte end den ordregivende myndighed, da denne ud fra det eksisterende retsgrundlag har større transaktionsomkostninger forbundet med et ulovligt eller uforeneligt statsstøttebeløb.

⁴⁵⁰ Se hertil Bilag 1.

Samlet set kan der dermed konstateres at foreligge en henholdsvis Pareto- og Kaldor-Hicks-forbedring som følge af den større juridiske klarhed.

I Figur 11 nedenfor illustreres justeringen af retsgrundlaget, hvorefter den ordregivende myndighed pådrages den retoriske forpligtelse at anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for pris mv. i det angivne tilbud. Figuren viser således, hvorvidt denne konkrete justering vil skabe større efficiens for parterne.

Figur 11 - Forskydning af parternes nytte ved en retorisk forpligtelse for den ordregivende myndighed



Kilde: Egen tilvirkning med inspiration fra Eide & Stavang, *Rettsøkonomi*, 2008, s. 109.

I Figur 11 ovenfor ses det, at den ordregivende myndigheds nytte ved indførelse af en retorisk forpligtelse er marginalt faldende. Dette skyldes transaktionsomkostningerne forbundet hermed i forhold til indhentelse af oplysninger samt den dertilhørende sikring af, at prisen modsvarer markedsprisen. Omkostningen modvirkes imidlertid i et vist omfang af, at de samlede transaktionsomkostninger ex post i forbindelse med klagesager mindskes. Omvendt medfører ordregivers forpligtelse, at transaktionsomkostningerne for den økonomiske aktør nedbringes, da denne i højere grad undgår at skulle tilbagebetale et rentetillæg eller statsstøttebeløb med rentetillæg. Det ses dermed, at nyttecombinationen for parterne rykkes fra punktet P_1 mod P_2 , således at der foreligger en Kaldor-Hicks-

forbedring. Der består imidlertid ikke nogen Pareto-forbedring, da nytten for den ordregivende myndighed falder. Det ses i øvrigt, at punktet P_2 ikke ligger på linjen mellem Q og R, da der hverken kan antages at foreligge en Pareto- eller Kaldor-Hicks-optimalitet. Dette da der ikke kan udelukkes at foreligge en mere optimal justering af retsgrundlaget, som udover en yderlig nedbringelse af transaktionsomkostningerne tillige kan tilsikre større incitament for parterne til at overholde statsstøttere reglerne.

4.7 Retspolitisk anbefaling ('de lege ferenda')

På baggrund af ovenstående nytteomkostningsafvejninger opstilles herefter en udtalelse om, hvordan retsgrundlaget bør justeres. Udtalelsen er således rettet imod de lovgivende og håndhævende institutioner på EU-niveau. 2. udtalelse nedenfor udgør herefter en justering af retsgrundlaget (tilføjelse til den 1. udtalelse)⁴⁵¹.

Udtalelse 2

[De ordregivende myndigheder skal kræve, at økonomiske aktører gør rede for den pris, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud beror på en direkte tildeling eller ét tilbud på baggrund af én ansøger.]

I den forbindelse skal den ordregivende myndighed på baggrund af de indhentede oplysninger tilsikre, at det kontraherende tilbud ville være indgået af en privat aktør i den ordregivende myndigheds sted.]

Ved at pålægge den ordregivende myndighed en sådan retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud' sikres i henhold til nytteomkostningsafvejningerne⁴⁵² en mere efficient retsstilling for de økonomiske aktører. Herudover kan det af udtalelserne samlet set udledes, at samfundet i sin helhed ligeledes vil være bedre stillet.

⁴⁵¹ Se afsnit 4.3.

⁴⁵² Se afsnit 4.6.

4.8 Interdisciplinær konklusion

Ud fra betragtninger om den eksisterende retstilstand i afsnit 4.1 kan det konkluderes, at der med Kommissionens statsstøttemeddelelse for almindelige offentlige indkøb til stadighed består en juridisk uklarhed om sammenspillet mellem udbuds- og statsstøttereglerne. Dette skyldes dels separate håndhævelsessystemer på henholdsvis nationalt og overnationalt niveau, dels overlappende anvendelsesområder underlagt forskellige processuelle regler samt manglende retspraksis.

Efter afsnit 4.2 kan det konkluderes, at 'det markedsøkonomiske aktørprincip' som udviklet af EU-Domstolen forventes udvidet med en ny underkategori om 'den private indkøbertest'. Det kan i den forbindelse konkluderes, at der er forbundet ikke uvæsentlige transaktionsomkostninger ved at efterleve dette aktørprincip. Set ud fra et priskonkurrence- og transaktionsomkostningsmæssigt synspunkt kan det imidlertid konkluderes, at den efterfølgende virkning ved forhandling – med undtagelse af 'direkte tildeling' og modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøgning – efter omstændighederne kan opveje de initiale transaktionsomkostninger samt begrænsningen i tilbudsgiverfeltet.

På baggrund af ovenstående økonomiske og retsmæssige betragtninger opstilles i afsnit 4.3 en anbefaling om, hvordan sammenspillet mellem udbuds- og statsstøttereglerne i forbindelse med almindelige offentlige indkøb bør forstås med henblik på at skabe større juridisk klarhed. Af anbefalingen fremgår det, at anvendelse af de procedurer, der er fastsat i udbudsdirektivets afsnit II med undtagelse af 'direkte tildeling', eller hvor ordregiver kun modtager ét tilbud på baggrund af én ansøgning, tilsikrer, at betalingstransaktionen ikke kan betragtes som en økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1. Pågældende anbefaling er desuden et positivt bidrag til Europa 2020-strategien som følge af, at parterne vil have større incitament til at anvende de fleksible procedurer, når risikoen for statsstøtte elimineres.

På baggrund af analysen af risikoallokering i afsnit 4.4 kan det herefter konkluderes, at et objektivt strafansvar i form af, at kontrakten erklæres uden virkning, sikrer størst muligt incitament for parterne til at efterleve statsstøttereglerne. Herudover kan det konkluderes, at et mindre strengt objektivt ansvar svarende til den retoriske forpligtelse for 'unormalt lave tilbud' i udbudsdirektivets art. 69 (1) efter omstændighederne kan tilsikre et

tilstrækkeligt incitament for parterne til at efterleve statsstøttereglerne. Dette skyldes bl.a. negativ politisk omtale ved ikke at overholde den retoriske forpligtelse.

På baggrund af analysen om transaktionsomkostninger og nytteomkostningsanalysen i afsnit 4.5 og 4.6 konkluderes imidlertid ud fra en skønsmæssig afvejning ved sammenholdelse af incitamenter og transaktionsomkostninger, at det forekommer mest hensigtsmæssigt, at den ordregivende myndighed pådrages et objektivt ansvar i form af en retorisk forpligtelse som ved 'unormalt lave tilbud'. På baggrund heraf opstilles i afsnit 4.7 en retspolitisk anbefaling i form af en udtalelse om, at den ordregivende myndighed bør forpligtes til at anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for pris i det afgivne tilbud i tilfælde af en 'direkte tildeling' eller modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøgning. I den forbindelse bør det ligeledes være den ordregivende myndighed, der med de indhentede oplysninger varetager efterlevelse af 'det markedsøkonomiske aktørprincip' som udviklet af EU-Domstolen.

På baggrund af ovenstående retspolitiske anbefalinger i form af udtalelser kan det herefter konkluderes, at pågældende justering af retsgrundlaget ud fra et økonomisk videnskabeligt grundlag samt formålet med retsreglerne bidrager til en mere efficient allokering af risikoen, således at de økonomiske aktørers retsstilling optimeres.

Kapitel 5 - Konklusion

I den økonomiske analyse (kapitel 2) blev det konkluderet, at de økonomiske aktører uafhængig af den pågældende markedsstruktur, anskaffelsens karakter og forhandlingsrum altid udviser en profitmaksimerende adfærd. I den forbindelse blev det konkluderet, at graden af den prismæssige konkurrence stiger i takt med, at antallet af økonomiske aktører i et tilbudsgiverfelt forøges. Såfremt nytten for den ordregivende myndighed ved en given anskaffelse forøges som følge af de økonomiske aktørers konkurrencemæssige fordel, blev det tilmed konkluderet, at den prismæssige konkurrence falder i takt med, at anskaffelsens heterogene karakter forøges. Endelig blev det konkluderet, at det forhandlingsrum, der består mellem den økonomiske aktør og den ordregivende myndighed, særligt ved indblanding af flere økonomiske aktører skærper den prismæssige konkurrence og dermed modvirker effekten af de to førstnævnte forhold.

I den juridiske analyse (kapitel 3) blev det konkluderet, at graden af den prismæssige konkurrence spænder bredt afhængig af de værktøjer, som den ordregivende myndighed anvender inden for de udbudsproceduremæssige rammer. Det blev i den forbindelse konkluderet, at alle kriterierne for statsstøtteforbud efter TEUF art. 107, stk. 1, med undtagelse af kriteriet om den økonomiske fordel, som udgangspunkt er opfyldt i forbindelse med et offentligt indkøb. Hvorvidt en betalingstransaktion ved indgåelse af en offentlig kontrakt kan betragtes som en økonomisk fordel, beror imidlertid på resultatet af 'det markedsøkonomiske aktørprincip' som udviklet af EU-Domstolen. Det konkluderes i den sammenhæng, at en hypotetisk underkategori 'den private indkøbertest' på tilsvarende vis som principperne i 'den private sælgertest' kan antages at gøre sig gældende. Konkret konkluderes det, at der ikke kan udledes en generel metode, der effektivt og systematisk specificerer, hvornår en betalingstransaktion ved en offentlig tildelt kontrakt udgør en økonomisk fordel i henhold til TEUF art. 107, stk. 1. Det konkluderes dog, at der ikke forekommer en økonomisk fordel i forbindelse med udbudsproceduren 'offentligt udbud', hvorimod risikoen herfor er gradvist stigende ved de øvrige udbudsprocedurer. Risikoen for at en økonomisk fordel indtræder i forbindelse med 'direkte tildeling' skærpes særligt som følge af manglende konkurrence, samt at den økonomiske aktør agerer profitmaksimerende og dermed fastsætter en pris i kontrakten, der efter omstændighederne kan give en overnormal profit. Parterne vil således potentielt befinde sig i en situation, hvor

den økonomiske aktør forpligtes til at tilbagebetale statsstøttebeløbet til staten svarende til den økonomiske fordel med tillæg af renter eller renter for den periode, hvor statsstøtten var udbetalt på ulovligt grundlag.

Med den interdisciplinære analyse (kapitel 4) blev det konkluderet, at 'det markedsøkonomiske aktørprincip' som udviklet af EU-Domstolen i den nærmeste fremtid forventes udvidet med den i afhandlingen hypotetisk opstillede 'private indkøbertest'. Ud fra økonomiske og retsmæssige betragtninger opstilledes herefter en retspolitisk anbefaling i form af en udtalelse om, hvordan Kommissionen bør forstå samspillet mellem udbuds- og statsstøttereglerne i relation til offentlige EU-udbud efter udbudsdirektivets afsnit II. I den forbindelse blev det konkluderet, at efterlevelse af anbefalingen i form af en udtalelse vil medføre både en Pareto- og Kaldor-hicks-forbedring. Herudover opstilledes en retspolitisk anbefaling i form af en udtalelse til de lovgivende og håndhævende institutioner på EU-plan med henblik på en ændring af retsgrundlaget. I den forbindelse blev det konkluderet, at en ændring af retsgrundlaget, herunder en forpligtelse for ordregiver til at anmode den økonomiske aktør om redegørelse for 'unormalt høje tilbud'. I den forbindelse forpligtes ordregiver til efterlevelse af den 'private indkøbertest', som samlet set vil medføre en Kaldor-hicks-forbedring til fordel for de økonomiske aktører.

Sammenfattende kan det dermed konkluderes, at de økonomiske aktører i forbindelse med et offentligt EU-udbud, afhængig af parternes adfærd og valg, risikerer at modtage en overnormal profit, der kan betragtes som en økonomisk fordel i henhold til TEUF art. 107, stk. 1, der efterfølgende skal tilbagebetales af de økonomiske aktører. Med henblik på at optimere de økonomiske aktørers retsstilling bør Kommissionen udspecificere, at betalingstransaktioner i forbindelse med udbudsprocedurerne i udbudsdirektivets afsnit II, med undtagelse af 'direkte tildeling' eller modtagelse af ét tilbud på baggrund af én ansøger, ikke kan betragtes som en økonomisk fordel efter TEUF art. 107, stk. 1. Såfremt tilbuddet beror på en 'direkte tildeling' eller ét tilbud på baggrund af én ansøger, bør den ordregivende myndighed forpligtes til at anmode den økonomiske aktør om en redegørelse for den angivne pris i tilbuddet. I den forbindelse bør den ordregivende myndighed forpligtes til at efterleve 'det markedsøkonomiske aktørprincip' efter tilsvarende principper som 'den private sælgertest' som udviklet af EU-Domstolen med henblik på at sikre, at prisen i kontrakten harmonerer med markedsprisen.

Den sammenfattende konklusion beror overordnet set på, at det ud fra en afvejning af transaktionsomkostninger med indkalkulering af parternes incitament kan konkluderes, at ovenstående tiltag i overensstemmelse med nytteomkostningsanalysen samlet set vil medføre en mere efficient allokering af risiko set ud fra Pareto- og Kaldor-Hicks-kriterierne. Endelig betragtes de opstillede anbefalinger i form af udtalelser i sin helhed og på afbalanceret vis at forfølge statsstøttereglernes formål om at tildele kontrakten til markedsprisen samtidig med at være et positivt bidrag til Europa 2020-strategien. Dette skal ses i sammenhæng med parternes øgede incitament til at benytte de fleksible udbudsprocedurer som følge af, at risikoen for en statsstøttetildeling elimineres.

Kapitel 6 - Perspektivering

6.1 In-house

Det er nærliggende at rette blikket imod den nye ændring i udbudsdirektivets art. 12, hvorefter privat kapitaldeltagelse i in-house-enheder nu undtagelsesvist tillades. Inden indførelsen af udbudsdirektivet fra 2014 har enhver deltagelse af privat kapital i in-house-enheder ifølge EU-Domstolens praksis været udelukket.⁴⁵³ Muligheden for privat kapitaldeltagelse skal formentlig forstås således, at der kan forekomme situationer, hvor der udelukkende er tale om kapitaldeltagelse, samt situationer, hvor den private part – udover at bidrage med kapital – også deltager aktivt i driften af den halvoftentlige enhed.⁴⁵⁴

Ved en ren passiv kapitaldeltagelse regulerer udbudsretten ikke forholdet og tillader dermed, at sådanne kontrakter kan tildeles uden afholdelse af udbud. Forholdet problematiseres imidlertid som følge af, at statsstøtteren regulerer og foreskriver, at salget af andele i den halvoftentlige enheds kapital skal ske på markedsvilkår, således at den private part ikke opnår en økonomisk fordel. Et spørgsmål i den forbindelse kan herefter være, om udbudsreglerne med dets regler om konkurrenceudsættelse alligevel bør regulere forholdet, og om dette i så fald vil sikre tildeling på markedsmæssige vilkår?

For så vidt angår privat kapitaldeltagelse med aktiv deltagelse i driften er der behov for, at EU-Domstolen fremadrettet angiver de nærmere rammer for undtagelsen. På nuværende tidspunkt tyder det på, at undtagelsen i denne situation kun gælder særlige former for privat kapitaldeltagelse. Det følger i den forbindelse af præambelens betragtning 32 i udbudsdirektivet, at den private kapitaldeltagelse skal være krævet i henhold til national lovgivning, der skal være i overensstemmelse med traktaterne. Undtagelsen skal således ses i sammenhæng med et fornyet fokus på muligheden for at begrunde direkte tildeling af kontrakter i TEUF art. 106, stk. 2. Herudover er det en forudsætning, at den private medejer hverken har en kontrollerende kapitalandel eller har mulighed for at blokere beslutningstagen, ligesom den private medejer ikke må kunne udøve en afgørende indflydelse på in-house enheden. Ud fra EU-Domstolens fokus på risikoen for at private

⁴⁵³ Jf. f.eks. første gang i Sag C-26/03.

⁴⁵⁴ Ølykke og Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 416.

virksomheder tildeles en konkurrencefordel efter statsstøttere reglerne, når disse ved deltagelse i in-house-enheder gives adgang til direkte tildeling af offentlige kontrakter, kan det ifølge bl.a. Ølykke forventes,⁴⁵⁵ at EU-Domstolen vil stille krav om, at der afholdes et udbud, hvor den private kapitaldeltager udvælges. I denne henseende forekommer det relevant at drage parallel til afhandlingens problemstilling, når det vurderes, om anvendelsen af de egentlige udbudsprocedurer i udbudsdirektivets afsnit II i tilstrækkeligt omfang sikrer, at vinderen af udbuddet ikke tilegner sig en konkurrencemæssig fordel.

6.2 Kartelaftaler

Det overordnede omdrejningspunkt i afhandlingen er forholdet mellem den ordregivende myndighed og de økonomiske aktører. Det forekommer dermed nærliggende ligeledes at fokusere på de økonomiske aktørers indbyrdes konkurrencebegrænsende adfærd, der primært reguleres af de konkurrenceretlige regler. Konkurrencereglerne regulerer tillige under visse omstændigheder den ordregivende myndigheds adfærd i en udbudskontekst, ligesom udbudsreglerne i et vist omfang regulerer konkurrencen mellem de økonomiske aktører. Det bemærkes, at statsstøttere reglerne i den forbindelse komplementerer konkurrencereglerne ved at have til formål at sikre, at bestemte økonomiske aktører ikke deltager i konkurrencen om offentlige kontrakter på basis af en begunstigelse, de modtager fra en medlemsstat, som ikke er anmeldt og godkendt af Kommissionen eller på anden vis er uforenelig med 'det indre marked'.⁴⁵⁶

Flere af de faktorer, der fremmer kartelaftaler, kan i større eller mindre omfang antages at være til stede i forbindelse med offentlige indkøb. Særligt hvad angår udbudsreglernes eksplicitte formål om at skabe gennemsigtige udbudsprocedurer med henblik på at undgå protektionisme kan tilskynde til karteldannelse. Det største problem i den forbindelse er, at konkurrencebegrænsende adfærd i udbudsprocedurer typisk først konstateres ex post, dvs. efter at den konkurrencebegrænsende handling har haft effekt på markedet.⁴⁵⁷ Det forekommer derfor nærliggende at se nærmere på de konkurrenceretlige regler i spændingsfelt med de udbudsretlige- og statsstøttere regler.

⁴⁵⁵ Ølykke og Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 418, hvor der henvises til Sag C-196/08.

⁴⁵⁶ Ølykke og Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 822.

⁴⁵⁷ Ølykke og Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 802-804.

Forkortelser

BB - Bank Burgenland

EMK - Europæisk menneskerettighedskonvention

EU - Europæiske union

EUR - Euro

MC - Marginal cost

MR - Marginal revenue

SMV - Små og mellemstore virksomheder

SGEI - Service of General Economic Interest

SSGI - Social Services of General Interest

TEUF - Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde

TSO - Totale sociale omkostninger

Litteraturliste

Bøger:

- Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen: Retskilder & Retsteorier, 4. reviderede udgave, 2014. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Caroline Heide-Jørgensen, Peter Stig Jakobsen, Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, Jan Magne Juhl-Langseth, Ulla Neergaard, Sune Troels Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl & Jens Schovsbo: Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, 2009. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Erling Eide & Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2. udgave, 2008. Cappelen Akademisk forlag.
- Finn Rolighed Andersen, Bjarne Warming Jensen, Kurt Jepsen, Mette Risgaard Olsen, Peter Schmalz: International Markedsføring, 4. udgave, 2011. Trojka.
- Grit Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Kim Østergaard, Jacob Lyngsie, Bent Ole Gram Mortensen: Rets- og kontraktøkonomi - En antologi, 'Methodological differences between legal dogmatics and new institutional economics', 2016. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Kim Østergaard: Metode på cand.merc.(jur).-studiet - Julebog, 2003. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Lone L. Hansen og Erik Werlauff: Den juridiske metode - En introduktion, 2. udgave, 2016. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Luis M. B. Cabral: Introduction to Industrial Organization, 2000. The MIT Press, Cambridge Massachusetts.
- Michael E. Porter, Competitive Strategy – Techniques for Analyzing Industries and Competitors, 1998. The Free Press.
- Morten Wegener: Juridisk metode, 3. reviderede udgave, 2000. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Oliver E. Williamson: The mechanisms of Governance, 1996. Oxford University Press.

- Oliver E. Williamson: The Economic Institutions of Capitalism, Rand Journal of Economics Vol. 17, No 2, 1986.
- Peter Blume: Retssystemet og juridisk metode, 3. udgave, 2016. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Peter Blume og Hanne Petersen: Retlig polycentri, 1993. Akademisk Forlag.
- Peter Blume: Polycentri og monocentri om retskilder og gældende ret, 1990. Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet.
- Robert H. Frank: Microeconomics and Behavior, 8. udgave, 2010. McGraw Hill International Edition.
- Prajit K. Dutta: Strategies and Games Theory and Practice, 1999. The MIT Press, Cambridge Massachusetts.
- Pernille Wegener Jessen, Bent Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke & Karsten Engsig Sørensen: Regulering af konkurrence i EU, 4. udgave, 2016. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Ronald Coase: The nature of the firm, 1937.
- Von Neumann, John & Oscar Mogenstern: Theory of Game and Economic behavior, 1953. Princeton University Press.

Artikler og publikationer:

- Albert Sanchez-Graells: A deformed principle of competition? - The subjective drafting of Article 18 (1) of Directive 2014/24. Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, 2014.
- Ariel Rubinstein: Perfect Equilibrium In A Bargaining Model, Econometrica, Vol. 50, No. 1, 1982.
- David B. Johnson: Meade, Bees and Externalities, 1973.
- Erhvervs- og vækstministeriet: Statsstøttehåndbog, 2015.
- European Commission - Press release, State aid: Commission clarifies scope of EU State aid rules to facilitate public investment, Brussels, 2016.
- Grit Skovgård Ølykke, Carina Risvig Hansen & Christina Tvarnø: EU Procurement Directives - Modernisation growth & innovation, 2011.

- Grit Skovgård Ølykke: The Provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition? Reformation or Deformation of the EU Public Procurement rules, 2016.
- Grit Skovgård Ølykke: The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law, European state aid law quarterly, Vol 15, Nr. 4, 2016.
- Grit Skovgård Ølykke: Public Procurement Law Review, Commission Notice on the notion of state aid as referred to in article 107(1) TFEU - is the conduct of a public procurement procedure sufficient to eliminate the risk of granting state aid?, Public Procurement Law Review, Nr. 5, 2016.
- Henrik Zahle: Findes der kun én bevisret?, 1992, Juristforlaget.
- Henrik Zahle: Polycentri i retskildelæren ,1986.
- Henrik Zahle: Kritik af en retsteori - om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben, 1973.
- Kommissionen for de Europæiske Fælleskaber, Syttende Beretning om Konkurrencepolitikken, Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, 1988.
- Kim Østergaard: Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben: Et eksempel på hvorledes den erhvervsøkonomiske forskning kan medvirke til at kvalificere indholdet i forhandlerkontrakter og dermed den retsdogmatiske forskning og empiri, hvorved der er mulighed for at opnå kvasirente, 2014.
- Mads Jespersen & Rass Holdgaard: 'Det er så yndigt at følges ad: Nye tider i forholdet mellem udbuds- og statsstøttereglerne?', Tidsskrift for europæisk retspolitik, 2016.
- Oana Stefans: Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law, European Law Review, Vol. 37, No. 1, 2012.
- Pernille Wegener Jessen: Konkurrencelovens § 11 a og offentlig støtte med samhandelspåvirkning. U.2010B.159. Ugeskrift for retsvæsen, 2010.
- Richard Thaler: Misbehaving, 2015.
- Sue Arrowsmith: The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 3 version, Sweet & Maxwell, London, 2014.

- Steen Treumer: Flexible Procedures or Ban on Negotiations? Will More Negotiation Limit the Access to the Procurement Market - Modernisation growth & innovation, 2011.
- Steven Shavell: Discussion Paper No. 396. Economic analysis of accident law, 2002.
- Oliver E. Williamson: The Economic Institutions, Rand Journal of Economics Vol. 17, No 2, 1986.
- Jonathan Levin: Bargaining and Repeated Games, 2002.
- Almunia, J.: Reform the State aid rules for services of general Economic interest (SGEI) and decisions on West LB, Bank of Ireland and France Telecom. Press conference, Brussels, 2011. SPEECH/11/901.
- European Commission - Press release, State aid: Commission clarifies scope of EU State aid rules to facilitate public investment, Brussels, 2016.
- Rasmussen Holdgaard & Claus Peter Hansen: Nye EU -retlige regler om statsstøtte i form af kompensation for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, afsnit 3. Erhvervsjuridisk tidskrift nr. 2, 2013.
- Udbudsrådet, Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, 2011.

Websider:

- <https://di.dk/dibusiness/nyheder/Pages/Det-offentlige-udbud-ligger-stiller.aspx?printType=3>
- http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/priorities/index_da.htm
- <http://www.europarl.dk/da/nyheder-arrangementer/nye-eu-regler-for-offentlige-indk%C3%B8b-betere-kvalitet-og-betere-udnyttelse-af-offentlige-midler>
- <http://kammeradvokaten.dk/media/4304/advokaten-nr-7-2016-s-32-34.pdf>
- <http://www.ft.dk/Statsrevisorerne/Nyheder/2016/12/Beretning%208%202016%20afgivet.aspx>
- <http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Udbud/Udbudsregler/Taerskelvaerdierne/Taerskelvaerdier-2016-og-2017>
- <http://www.ft.dk/Statsrevisorerne/Nyheder/2016/12/Beretning%208%202016%20afgivet.aspx>

- http://www.europarl.dk/da/nyheder_nyhedsbrev/nyheder/nyheder_2014/offentlig_eudbud.html
- http://eurlex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=da&root_default=SUM_1_CODED%3D24

Alle ovenstående links er verificeret den 10/5-2017.

Regulering (EU):

Traktater:

- Traktaten om den Europæiske Union (TEU), som affattede ved Lissabontraktaten.
- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), som affattede ved Lissabontraktaten.

Charteret om grundlæggende rettigheder:

- Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, (2012/C 83/02).

Forordninger:

- Kommissionens forordning 1407/2013 om anvendelse af art. 107 og 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på de minimis-støtte, EUT 2013 L 352/1.
- Kommissionens forordning 360/2012 om anvendelse af art. 107 og 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på de minimis-støtte ydet til virksomheder, der udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, EUT L 114.
- Forordningerne nr. 330/2010, 461/2010, 1218/2010, 1217/2010, 267/2010 samt 316/2014.
- Rådets forordning 659/1999 EFT 1999 L 83/1 (Den daværende procedureforordning).
- Rådets forordning 2015/1589 EUT 2015 L 248/9, Om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i TEUF (Procedureforordningen).

Direktiver:

- Udbudsdirektivet 2004/18/EF.
- Udbudsdirektivet 2014/24/EU.

EU forarbejder:

- Kommissionens Grønbog fra 2011, (2011) / 0015.
- Kommissionens Grønbog fra 1996, sektion 3.16.
- Proposed Procurement Directive, 2011/0438 (COD).
- Kommissionens arbejdsdokument af 27. juni 2011, Evalueringsrapport: Indvirkningen og effektiviteten af EU's lovgivning om offentlige udbud.

Arbejdsdokumenter:

- Europa-Kommissionen, Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene af 29.4.2013, Vejledning i anvendelsen af EU's regler om statsstøtte, offentlige indkøb og indre marked på tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, især sociale tjenesteydelser af almen interesse.

Kommissionsmeddelelser:

- Europa-Kommissionens meddelelse - EUROPA 2020 - En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst, Bruxelles, d. 3.3.2010, KOM (2010) 2020.
- Europa-Kommissionens statsstøttemeddelelse, 2016/C 262/01: Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.
- Meddelelse fra Kommissionen om de nationale domstoles håndhævelse af statsstøttere reglerne, 2009/C 85/01.
- Europa-Kommissionens meddelelse 799, Bruxelles, d. 14.12.2007.
Prækommercielle indkøb: Vedvarende høj kvalitet i offentlige tjenester i Europa gennem øget innovation.
- Europa-Kommissionens meddelelse 11/1-2012 - C 8/4: Om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøttere regler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.

Kommissionens beslutninger:

- Kommissionens beslutning 92/11 EF.
- Kommissionens beslutning 96/434/EF, EFT 1996 L 180/31.
- Kommissionens beslutning 08/719/EF.

Regulering (DK):

Love/Bekendtgørelser:

- Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15/12/2015.
- Lov om Klagenævnet for udbud, Lov nr. 593, af 02/6/2016.
- Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, LBK nr. 1410 af 07/12/2007.
- Konkurrenceloven, LBK nr. 869 af 07/08/2015.

Retspraksis:

År 1960-1969

- Sag De forende sager 67/68 og 70/85, Gasunie mod Kommissionen (Van der Kooy).
- Sag 47/69, Frankrig mod Kommissionen.

År 1970-1979

- Sag 70/72, Kommissionen mod Tyskland (Kohlengesetz).
- Sag 173/73, Italien mod Kommissionen.
- Sag 74/76, Iannelli & VOLPI S.P.A., mod DITTA Paolo Meroni (Iannelli).
- Sag 78/76, Steinike & Weinlig mod Tyskland.
- Sag 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato mod Denkavit Italiana Srl (Denkavit).
- Sag 730/79, Philip Morris Holland BV mod Kommissionen (Philip Morris).

År 1980-1989

- Sag C-283/81, CILFIT v Ministero della Sanità (CILFIT).
- Sag 76/81, SA Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics.

- Sag 223/82, Bundessozialgericht mod Tyskland.
- Sag 203/82, Kommissionen mod Italien.
- Sag 323/82, SA Intermills mod Kommissionen, (Intermills).
- De forenede sager 205-215/82, Deutsche Milchkontor GmbH mod Tyskland, og sag 5/89, Kommissionen mod Tyskland.
- Sag 222/84, Marguerite Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Johnston).
- Sag 248/84, Tyskland mod Kommissionen.
- Sag 70/85, Gasunie mod Kommissionen (Van der Kooy).
- Sag C-199/85, Kommissionen mod Italien.
- Sag 223/85, Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken NV mod Kommissionen (RSV).
- Sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod Holland.
- De forenede sager 106-120/87, Asteris m. fl. mod Helleniske Republik/EU.
- Sag 142/87 R, Kongeriet Belgien mod Kommissionen (Tubemeuse).
- Sag 21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA mod Unitá Sanitaria locale 2 di Carrara.
- Sag C-322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles.
- Sag 5/89, Kommissionen mod Tyskland.
- Sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen.
- Sag C-305/89, den Italienske Republik mod Kommissionen (Alfa Romeo).
- Sag 5/89, Kommissionen mod Tyskland.
- Sag C-303/88, Italien og Spanien mod Kommissionen (ENI-Lanerossi).

År 1990-1999

- Sag C-41/90, Klaus Höfner & Fritz Elser mod Macroton GmbH (Höfner & Elser).
- Sag C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires og Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon mod den Franske stat.
- Sag C-364/92, SATFluggesellschaft mbH mod Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (Eurocontrol), (SAT).

- Sag C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA, nu Banco Exterior de España SA mod Ayuntamiento de Valencia (Banco Exterior).
- Sag C-39/94, Syndicat français de l'Express international (SFEI) m.fl. mod La Poste m.fl. (SFEI/La Poste).
- T-115/94, Opel Austria mod kommissionen.
- Sag T-244/94, Tyskland og Holland mod Kommissionen (FFSA).
- Sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland.
- Sag C-24/95, Land Rheinland-Pfalz mod Alcan Deutschland GmbH (Alcan).
- Sag C-353/95 P, Tiercé Ladbroke SA, Belgien mod Kommissionen (Ladbroke SA).
- Sag C-169/95, Spanien mod Kommissionen.
- Sag T-214/95, Vlaams Gewest (regionen Flandern) mod Kommissionen (VLM).
- Sag T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande (BAI), Roscoff (Frankrig) mod Kommissionen (BAI).
- Sag C-75/97, Kongeriet Belgien mod Kommissionen (Maribel bis/ter).
- De forenede sager T-204 og 270/97, EPAC - Empresa para a Agroalimentação e Cereais, SA, Lissabon (Portugal) mod Kommissionen (EPAC).
- Sag 102/97, Frankrig mod Kommissionen.
- De for forenede sager T-298/97 Mauro Alzetta, Montereale Valcellina (Italien), og 31 andre sagsøgere mod Kommissionen (Alzetta).
- Sag C-142/97, Belgien mod Kommissionen (Tubemeuse).
- Sag C-390/98, H.J. Banks & Co. Ltd mod The Coal Authority, Secretary for Trade and Industry (Banks).
- Sag C-379/98 PreussenElektra mod Schleswig AG (PreussenElektra).
- Sag C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH mod Finanzlandesdirektion für Kärnten (Adria-Wien Pipeline).
- Sag C-261/99, Kommissionen mod Frankrig.
- Sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen (Stardust Marine).
- Sag C-285/99, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA.
- Sag C-286/99, Impresa mod ANAS.

- Sag C-261/99, Kommissionen mod Frankrig.

År 2000-2009

- Sag C-113/00, Spanien mod Kommissionen.
- Sag C-280/00, Altmark Trans GmbH mod Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.
- Sag C-113/00, Spanien mod Kommissionen.
- Sag C-277/00, Tyskland mod Kommissionen.
- De forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland.
- De forenede sager T-116 og T-118/01, og C-442 og 471/03 P, P&O Ferries mod Kommissionen.
- T-17/02, Fred Olsen mod Kommissionen.
- De forenede sager, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri A/S mod Kommissionen.
- Sag C-345/02, Pearle mod Hoofdbedrijfshap Ambachten (Pearle).
- Sag C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leune.
- Sag C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH mod Finanzlandesdirektion für Tirol.
- Sag T-155/04, SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen (Eurocontrol).
- Sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland.
- Sag C-525/04 P, Spanien mod Kommissionen.
- Sag C-199/06, Centre d'exportation du livre français (CELF) mod Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE).
- De forenede sager C-147-148/06, SECAP SpA og Santorso Soc. coop. Arl mod Comune di Torino (SECAP).
- Sag C-196/08, Acoset SpA mod Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa.
- Sag C-299/08, Kommissionen mod Frankrig.
- Sag T-244/08, Storhertugdømmet Luxembourg mod Kommissionen, (Konsum Nord).

- De forenede sager T-268/08 og T-281/08, Land Burgenland og Østrig mod Kommissionen.
- Sag C-437/09, AG2R Prévoyance mod Beaudout Père et Fils SARL, (AG2R).
- Sag C-140/09, Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA mod Presidenza del Consiglio dei Ministri.

År 2010-2019

- Sag C-81/10 P, France Télécom SA (ved advokats S. Hautbourg, L. Olza Moreno, L. Godfroid og M. van der Woude) mod Kommissionen (France Télécom).
- Sag C-124/10 P, Kommissionen mod Frankrig.
- Sag T-499/10, Ungarn mod Kommissionen.
- Sag C-224/12 P, Kommissionen mod Holland.
- Sag C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, Land Burgenland støttede af Tyskland mod Kommissionen (Land Burgenland).
- Sag C-224/12 P, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene og ING Groep NV, (ING).
- De forenede sager C-533/12 og C-536/12 P, Corsica Ferries France SAS mod Kommissionen.
- Sag C-19/13, Fastweb SpA Mod Ministero dell'Interno.
- Sag C-518/13, Eventech Ltd mod Parking Adjudicator, (Eventech).
- Sag C-568/13, Azienda mod Data Medical Service.
- Sag T-366/13, Frankrig mod Kommissionen.
- Sag T-454/13, SNCM mod Kommissionen.

Bilag 1 - Uddrag af Kommissionens statsstøttemeddelelse (2016/C 262/17-26)

19.7.2016

DA

Den Europæiske Unions Tidende

C 262/17

Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse ⁽¹¹⁵⁾.

71. Det er udelukket, at der gives en fordel, hvis der er tale om tilbagebetaling af ulovligt opkrævede skatter ⁽¹¹⁶⁾, om en forpligtelse for de nationale myndigheder til at betale erstatning for skader, de har forvoldt visse virksomheder ⁽¹¹⁷⁾, eller om betaling af erstatning for ekspropriation ⁽¹¹⁸⁾.
72. Det, at konkurrerende virksomheder i andre medlemsstater er i en mere favorabel stilling ⁽¹¹⁹⁾, er ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at der gives en fordel, for fordelsbegrebet er baseret på en analyse af en virksomheds finansielle situation i dens egen retlige og faktiske situation med og uden den pågældende foranstaltning.

4.2. Den markedsøkonomiske aktørtest

4.2.1. Indledning

73. EU's retsorden er neutral i forhold til ejendomsretlige ordninger ⁽¹²⁰⁾, og den påvirker på ingen måde medlemsstaters ret til at handle som økonomiske aktører. Men når offentlige myndigheder direkte eller indirekte gennemfører en hvilken som helst form for økonomiske transaktioner ⁽¹²¹⁾, er de underlagt EU's statsstøtteregler.
74. Økonomiske transaktioner, der gennemføres af offentlige organer (herunder offentlige virksomheder), giver ikke modparten en fordel og udgør derfor ikke statsstøtte, hvis de gennemføres på normale markedsvilkår ⁽¹²²⁾. Princippet er blevet udviklet i forbindelse med forskellige økonomiske transaktioner. EU-Domstolen har udviklet »det markedsøkonomiske investorprincip« for at afgøre, hvorvidt der er tale om statsstøtte i forbindelse med offentlige investeringer (navnlig kapitalindskud): For at fastslå om et offentligt organs investering udgør statsstøtte, skal det vurderes, om en privat investor af en sammenlignelig størrelse, som handler på normale markedsvilkår i en markedsøkonomi, under samme omstændigheder ville have været foranlediget til at foretage de pågældende investeringer ⁽¹²³⁾. EU-Domstolen har ligeledes udviklet »den private kreditørtest« for at kunne fastslå, om offentlige kreditors genforhandling af gæld indebærer statsstøtte, og testen går ud på at sammenligne en offentlig kreditors adfærd med, hvad en hypotetisk privat kreditor i en lignende situation ville gøre ⁽¹²⁴⁾. Endelig har EU-Domstolen udviklet »den private sælgertest« for at afgøre, om et salg, som gennemføres af et offentligt organ, indebærer statsstøtte, ud fra en vurdering af, om en privat sælger på normale markedsvilkår kunne have opnået den samme eller en bedre pris ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹¹⁵⁾ EUT C 8 af 11.1.2012, s. 4.

⁽¹¹⁶⁾ Domstolens dom af 27. marts 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato, 61/79, ECLI:EU:C:1980:100, præmis 29-32.

⁽¹¹⁷⁾ Domstolens dom af 27. september 1988, Asteris AE m.fl. mod Grækenland, forenede sager 106-120/87, ECLI:EU:C:1988:457, præmis 23 og 24.

⁽¹¹⁸⁾ Rettens dom af 1. juli 2010, Nuova Terni Industrie Chimiche SpA mod Kommissionen, T-64/08, ECLI:EU:T:2010:270, præmis 59-63 og 140-141, som præciserer, at selv om betaling af kompensation for en ekspropriation ikke medfører, at der gives en fordel, kan en efterfølgende forlængelse af en sådan kompensation udgøre statsstøtte.

⁽¹¹⁹⁾ Domstolens dom af 2. juli 1974, Italien mod Kommissionen, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, præmis 17. Se også Rettens dom af 29. september 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías mod Kommissionen, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, præmis 85.

⁽¹²⁰⁾ Traktatens artikel 345 lyder: »De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af traktaterne«.

⁽¹²¹⁾ Se f.eks. Domstolens dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, præmis 12.

⁽¹²²⁾ Domstolens dom af 11. juli 1996, SFEL m.fl., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, præmis 60 og 61.

⁽¹²³⁾ Se f.eks. Domstolens dom af 21. marts 1990, Belgien mod Kommissionen (Tubemeuse), C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, præmis 29, Domstolens dom af 21. marts 1991, Italien mod Kommissionen (Alfa Romeo), C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, præmis 18 og 19, Rettens dom af 30. april 1998, Cityflyer Express mod Kommissionen, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, præmis 51, Rettens dom af 21. januar 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke og Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, ECLI:EU:T:1999:7, præmis 104, Rettens dom af 6. marts 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, forenede sager T-228/99 og T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57.

⁽¹²⁴⁾ Domstolens dom af 22. november 2007, Spanien mod Kommissionen, C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698, Domstolens dom af 24. januar 2013, Frucona mod Kommissionen, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Domstolens dom af 29. juni 1999, DMTransport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332.

⁽¹²⁵⁾ Rettens dom af 28. februar 2012, Land Burgenland og Østrig mod Kommissionen, forenede sager T-268/08 og T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90.

75. Disse tests er variationer over det samme grundlæggende princip, nemlig at offentlige organers adfærd skal sammenlignes med, hvad en lignende privat økonomisk aktør ville have gjort på normale markedsvilkår, for på den måde at fastslå, om disse organers økonomiske transaktion giver deres modparter en fordel. I denne meddelelse vil Kommissionen derfor generelt anvende udtrykket »den markedsøkonomiske aktørtest« for den relevante metode til at vurdere, om en række økonomiske transaktioner, der udføres af offentlige organer, foregår på normale markedsvilkår, og dermed om de indebærer, at der gives en fordel til deres modparter (hvilket ikke ville være sket på normale markedsvilkår). De generelle principper og de relevante kriterier for anvendelse af den markedsøkonomiske aktørtest er beskrevet i afsnit 4.2.2 og 4.2.3.

4.2.2. Generelle principper

76. Formålet med den markedsøkonomiske aktørtest er at vurdere, om staten har givet en virksomhed en fordel ved ikke at handle som en markedsøkonomisk aktør i forbindelse med en bestemt transaktion. Det er i den forbindelse irrelevant, om indgrebet er et rationelt middel for de offentlige organer til at tilgodese almene politiske hensyn (f.eks. beskæftigelse). Ligeledes er rentabilitet eller mangel på samme hos den, indgrebet kommer til gode, ikke i sig selv en afgørende indikator for, om den pågældende økonomiske transaktion foregår på markedsvilkår. Det afgørende er, om de offentlige organer har handlet, som en markedsøkonomisk aktør ville have gjort i en lignende situation. Hvis dette ikke er tilfældet, har den virksomhed, indgrebet kommer til gode, fået en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået på normale markedsvilkår ⁽¹²⁶⁾, hvilket stiller den i en gunstigere situation end dens konkurrenter ⁽¹²⁷⁾.
77. I forbindelse med den markedsøkonomiske aktørtest skal der kun tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med statens rolle som økonomisk aktør, og ikke dem, som er forbundet med dens rolle som offentlig myndighed ⁽¹²⁸⁾. Derfor finder testen normalt ikke anvendelse, hvis staten handler som en offentlig myndighed snarere end som en økonomisk aktør. Hvis et statsligt indgreb f.eks. er drevet af almene politiske hensyn (f.eks. af hensyn til den sociale eller regionale udvikling), kan statens adfærd, selv om den er rationel set ud fra et politisk synspunkt, samtidig omfatte hensyn, på grundlag af hvilke en markedsøkonomisk aktør normalt ikke ville træffe beslutninger. Følgelig bør den markedsøkonomiske aktørtest anvendes uden hensyntagen til betragtninger, som alene vedrører en medlemsstats rolle som offentlig myndighed (f.eks. social-, regional- eller sektorpolitiske hensyn) ⁽¹²⁹⁾.
78. Om en statslig indgriben foregår på markedsvilkår, skal vurderes på et ex ante-grundlag ud fra de oplysninger, der var tilgængelige på det tidspunkt, hvor der blev taget beslutning om indgrebet ⁽¹³⁰⁾. For enhver forsigtig markedsøkonomisk aktør ville normalt foretage sin egen forhåndsvurdering af et projekts strategiske og finansielle udsigter ⁽¹³¹⁾, f.eks. på basis af en forretningsplan. Det er ikke tilstrækkeligt at basere sig på

⁽¹²⁶⁾ Rettens dom af 6. marts 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, forenede sager T-228/99 og T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, præmis 208.

⁽¹²⁷⁾ Se i den forbindelse Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 90, Domstolens dom af 15. marts 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, præmis 14, Domstolens dom af 19. maj 1999, Italien mod Kommissionen, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251, præmis 16.

⁽¹²⁸⁾ Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 79-81, Domstolens dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 234/84, ECLI:EU:C:1986:302, præmis 14, Domstolens dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, præmis 13, Domstolens dom af 14. september 1994, Spanien mod Kommissionen, forenede sager C-278/92-C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, præmis 22, Domstolens dom af 28. januar 2003, Tyskland mod Kommissionen, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, præmis 134.

⁽¹²⁹⁾ Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 79, 80 og 81, Domstolens dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 234/84, ECLI:EU:C:1986:302, præmis 14, Domstolens dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, præmis 13, Domstolens dom af 14. september 1994, Spanien mod Kommissionen, forenede sager C-278/92-C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, præmis 22, Domstolens dom af 28. januar 2003, Tyskland mod Kommissionen, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, præmis 134, Rettens dom af 6. marts 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, forenede sager T-228/99 og T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, Rettens dom af 24. september 2008, Kahla Thüringen Porzellan mod Kommissionen, T-20/03, ECLI:EU:T:2008:395, Rettens dom af 17. oktober 2002, Linde mod Kommissionen, T-98/00, ECLI:EU:T:2002:248.

⁽¹³⁰⁾ Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 83, 84, 85 og 105, Domstolens dom af 16. maj 2002, Frankrig mod Kommissionen (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, præmis 71 og 72, Rettens dom af 30. april 1998, Cityflyer Express mod Kommissionen, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, præmis 76.

⁽¹³¹⁾ Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 82-85 og 105.

efterfølgende økonomiske vurderinger, der i tilbageblik konkluderer, at den investering, medlemsstaten foretog, rent faktisk var rentabel ⁽¹³²⁾.

79. Hvis en medlemsstat hævder, at den optrådte som en markedsøkonomisk aktør, må den derfor, hvis der er tvivl herom, fremlægge dokumentation for, at beslutningen om at gennemføre transaktionen var baseret på økonomiske vurderinger svarende til dem, som en rationel markedsøkonomisk aktør (med de samme karakteristika som det pågældende offentlige organ) ville have foretaget for at vurdere transaktionens rentabilitet eller økonomiske fordele under tilsvarende omstændigheder ⁽¹³³⁾.
80. Om en transaktion foregår på markedsvilkår, må afgøres ud fra en samlet vurdering af den pågældende transaktions virkninger for de berørte virksomheder uden hensyn til, om markedsøkonomiske aktører kunne have brugt de specifikke midler, som bruges til at gennemføre transaktionen. Det kan f.eks. ikke afvises, at den markedsøkonomiske aktørtest skal finde anvendelse, bare fordi staten anvender midler af skattemæssig art ⁽¹³⁴⁾.
81. I visse tilfælde skal adskillige på hinanden følgende statslige indgreb betragtes som et enkelt indgreb i relation til traktatens artikel 107, stk. 1. Dette kan bl.a. være tilfældet, hvis de på hinanden følgende indgreb, henset til bl. a. deres tidsmæssige sammenhæng og formål samt virksomhedens situation på tidspunktet for indgrebene, er så tæt forbundne, at det er umuligt at adskille dem ⁽¹³⁵⁾. F.eks. vil en serie statslige indgreb, som foretages over for den samme virksomhed inden for en relativt kort periode, som er forbundne med hinanden, eller som alle var planlagt eller til at forudse på det tidspunkt, hvor det første indgreb fandt sted, eventuelt skulle vurderes som et enkelt indgreb. Hvis derimod det efterfølgende indgreb var et resultat af en begivenhed, der ikke var til at forudse, da det tidligere indgreb blev besluttet ⁽¹³⁶⁾, skal de to foranstaltninger normalt vurderes hver for sig.
82. For at vurdere, om bestemte transaktioner er foregået på markedsvilkår, bør alle relevante omstændigheder i den konkrete sag tages i betragtning. Der kan f.eks. forekomme ekstraordinære omstændigheder, hvorunder en offentlig myndigheds køb af varer eller tjenesteydelser ikke kan anses for at foregå på markedsvilkår, selv om de foretages til markedspriser ⁽¹³⁷⁾.

4.2.3. *Undersøgelsen af, om transaktionen er foregået på markedsvilkår*

83. Når man anvender den markedsøkonomiske aktørtest, er det nyttigt at sondre mellem situationer, hvor det på grundlag af transaktionsspecifikke markedsoplysninger umiddelbart kan fastslås, at transaktionen foregik på markedsvilkår, og situationer, hvor det, fordi disse oplysninger ikke findes, skal vurderes på grundlag af andre tilgængelige metoder, om transaktionen foregik på markedsvilkår.

⁽¹³²⁾ Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 85.

⁽¹³³⁾ Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 82-85. Se også Domstolens dom af 24. oktober 2013, Land Burgenland mod Kommissionen, forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, præmis 61. Detaljeringsniveauet i sådan en forhåndsvurdering kan variere afhængigt af, hvor kompliceret den pågældende transaktion er, og værdien af de involverede aktiver, varer eller tjenesteydelser. Normalt bør disse forhåndsvurderinger udføres med bistand fra eksperter med tilstrækkelig faglige viden og erfaring. Disse forhåndsvurderinger skal altid foretages på grundlag af objektive kriterier og må ikke påvirkes af politiske hensyn. Vurderinger, der gennemføres af uafhængige eksperter, kan yderligere bestyrke vurderingens troværdighed.

⁽¹³⁴⁾ Domstolens dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, præmis 88.

⁽¹³⁵⁾ Domstolens dom af 19. marts 2013, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen m.fl., forenede sager C-399/10 P og C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, præmis 104, Rettens dom af 13. september 2010, Grækenland m.fl. mod Kommissionen, forenede sager T-415/05, T-416/05 og T-423/05, ECLI:EU:T:2010:386, præmis 177, Rettens dom af 15. september 1998, BP Chemicals mod Kommissionen, T-11/95, ECLI:EU:T:1998:199, præmis 170 og 171.

⁽¹³⁶⁾ Kommissionens afgørelse af 19. december 2012 i statsstøttesag SA.35378 — Finansiering af Berlin Brandenburg lufthavn, Tyskland (EUT C 36 af 8.2.2013, s. 10), betragtning 14-33.

⁽¹³⁷⁾ I Rettens dom af 28. januar 1999, BAI mod Kommissionen, T-14/96, ECLI:EU:T:1999:12, præmis 74-79, fandt Retten, at det i lyset af sagens særlige omstændigheder kunne konkluderes, at de nationale myndigheders køb af værdikuponer fra P&O Ferries ikke opfyldte noget faktisk behov, og derfor handlede de nationale myndigheder ikke, som en privat aktør ville have gjort på normale markedsøkonomiske vilkår. Følgelig gav købet P&O Ferries en fordel, som virksomheden ikke ville have opnået på normale markedsvilkår, og hele beløbet til opfyldelse af købsaftalen blev derfor anset for at være statsstøtte.

4.2.3.1. Tilfælde, hvor det umiddelbart kan fastslås, at transaktionen foregik på markedsvilkår

84. I følgende tilfælde kan det umiddelbart fastslås, om en transaktion foregik på markedsvilkår, ved hjælp af transaktionsspecifikke markedsoplysninger:

- i) hvis tilsvarende transaktioner er blevet gennemført af både offentlige enheder og private aktører, eller
- ii) hvis transaktionen vedrører køb og salg af aktiver, varer og tjenesteydelser (og andre sammenlignelige transaktioner), som gennemføres efter en konkurrencepræget, gennemsigtig, ikkediskriminerende og ubetinget udbudsprocedure.

85. I sådanne tilfælde bør der, hvis specifikke markedsoplysninger om transaktionen viser, at den ikke er foregået på markedsvilkår, normalt ikke anvendes andre vurderingsmetoder for at nå til en anden konklusion ⁽¹³⁸⁾.

i) Transaktioner på samme vilkår

86. Hvis en transaktion gennemføres på samme betingelser og vilkår (og derfor med samme risici og fordele) af både et offentligt organ og en privat markedsaktør i en sammenlignelig situation (»transaktion på samme vilkår«) ⁽¹³⁹⁾, hvilket kan være tilfældet i forbindelse med offentlig-private partnerskaber, kan det normalt sluttes, at en sådan transaktion foregår på markedsvilkår ⁽¹⁴⁰⁾. Hvis derimod et offentligt organ og private aktører i en sammenlignelig situation deltager i den samme transaktion, men på forskellige betingelser og vilkår, er det normalt tegn på, at det offentlige organs indgreb ikke foregår på markedsvilkår ⁽¹⁴¹⁾.

87. Ved vurdering af, om en transaktion kan anses for at være en transaktion på samme vilkår, bør der især tages hensyn til:

- a) om de offentlige organers og de private aktørers indgriben er besluttet og gennemført samtidig, eller om der er en tidsforskel, og der er indtrådt en ændring af den økonomiske situation mellem de to indgreb
- b) om transaktionens betingelser og vilkår er de samme for offentlige organer og alle involverede private aktører, også under hensyntagen til muligheden for, at risikoen stiger eller falder med tiden
- c) om de private aktørers indgriben har en reel økonomisk betydning og ikke blot er symbolsk eller ubetydelig ⁽¹⁴²⁾, og

⁽¹³⁸⁾ Se også i den forbindelse Domstolens dom af 24. oktober 2013, Land Burgenland mod Kommissionen, forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, præmis 94 og 95. I denne sag fandt Domstolen bl.a., at når en offentlig myndighed sælger en virksomhed gennem et lovformeligt udbud, er der formodning for, at markedsprisen svarer til det højeste (bindende og troværdige) bud, uden at det er nødvendigt at benytte andre vurderingsmetoder, såsom uafhængige ekspertundersøgelser.

⁽¹³⁹⁾ Vilkår og betingelser kan ikke anses for at være de samme, hvis offentlige organer og private aktører indgår transaktionen på samme vilkår, men på forskellige tidspunkter, efter at der er sket en ændring i den økonomiske situation, som er relevant for transaktionen.

⁽¹⁴⁰⁾ Se også i den forbindelse Rettens dom af 12. december 2000, Alitalia mod Kommissionen, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, præmis 81.

⁽¹⁴¹⁾ Hvis transaktionerne derimod er forskellige og ikke gennemføres samtidig, er det forhold, at betingelser og vilkår er forskellige, ikke noget afgørende tegn (positivt eller negativt) på, at den transaktion, som det offentlige organ gennemfører, foregår på markedsvilkår.

⁽¹⁴²⁾ F.eks. fandt Kommissionen i Citynet Amsterdam-sagen, at to private investorer, der tegnede sig for en tredjedel af de samlede egenkapitalinvesteringer i en virksomhed (og under hensyntagen til den overordnede aktionærstruktur og det forhold, at deres aktieandel var tilstrækkelig til at danne et mindretal, der kunne blokere enhver strategisk beslutning i virksomheden), kunne betragtes som værende af økonomisk betydning (se Kommissionens beslutning 2008/729/EF af 11. december 2007 om en støtteforanstaltning til fordel for Glasvezernet Amsterdam til en investering i et fibernet til kommunen Amsterdam — sag C-53/2006 (ex N 262/05, ex CP 127/04) (EUT L 247 af 16.9.2008, s. 27, betragtning 96-100)). Derimod konkluderede Kommissionen i sag N 429/2010 Agricultural Bank of Greece (ATE) (EUT C 317 af 29.10.2011, s. 5), hvor den private deltagelse kun udgjorde 10 % af investeringen i forhold til statens 90 %, at betingelserne for at anse transaktionen for at være en transaktion på samme vilkår, ikke var opfyldt, idet statens kapitalindskud hverken var ledsaget af en tilsvarende deltagelse fra en privat aktionær eller stod i et rimeligt forhold til antallet af statsejede aktier. Se også Rettens dom af 12. december 2000, Alitalia mod Kommissionen, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, præmis 81.

- d) om de offentlige organer og de involverede private aktører har et sammenligneligt udgangspunkt for transaktionen, når der f.eks. tages hensyn til deres forudgående økonomiske engagement i de pågældende virksomheder (se afsnit 4.2.3.3) og de mulige synergier, der kan opnås ⁽¹⁴³⁾, til, i hvor høj grad de forskellige investorer har lignende transaktionsomkostninger ⁽¹⁴⁴⁾, og til alle andre omstændigheder, der er specifikke for det offentlige organ eller den private aktør, og som kan påvirke sammenligningen.
88. Betingelsen om samme vilkår finder ikke nødvendigvis anvendelse i tilfælde, hvor det offentliges involvering (på grund af dens unikke karakter eller omfang) i praksis ikke har noget modstykke hos de markedsøkonomisk aktører.
- ii) Køb og salg af aktiver, varer og tjenesteydelser (og andre sammenlignelige transaktioner) efter konkurrenceprægede, gennemsigtige, ikkediskriminerende og ubetingede udbud
89. Hvis køb eller salg af aktiver, varer og tjenesteydelser (eller andre sammenlignelige transaktioner ⁽¹⁴⁵⁾) gennemføres efter et konkurrencepræget ⁽¹⁴⁶⁾, gennemsigtigt og ubetinget udbud uden forskelsbehandling, som lever op til TEUF's principper om offentlige indkøb ⁽¹⁴⁷⁾ (se punkt 90-94), er der en formodning for, at transaktionerne foregår på markedsvilkår, forudsat at de relevante kriterier for udvælgelse af køber eller sælger, som fremgår af punkt 95 og 96, er blevet anvendt. Hvis en medlemsstat derimod af almene politiske hensyn beslutter at yde støtte til en bestemt aktivitet og gennemfører et udbud, hvor f.eks. finansieringsbeløbet indgår, som det er tilfældet i forbindelse med støtte til produktion af vedvarende energi, eller blot til, at elproduktionskapacitet stilles til rådighed, vil dette ikke være omfattet af dette underafsnit ii). I en sådan situation kan et offentligt udbud kun minimere det ydede beløb, men det kan ikke udelukke, at der er tale om en fordel.
90. Et udbud skal være konkurrencepræget og give alle interesserede og kvalificerede tilbudsgivere mulighed for at deltage i udbuddet.
91. Udbuddet skal være gennemsigtigt, så alle interesserede tilbudsgivere kan blive informeret ligeligt og behørigt under hele udbudsproceduren. Adgang til oplysninger, tilstrækkelig tid til interesserede tilbudsgivere og klarhed om udvælgelses- og tildelingskriterierne er alle afgørende elementer for en gennemsigtig udvælgelsesprocedure. Et udbud skal være tilstrækkeligt offentliggjort, så alle potentielle tilbudsgivere har mulighed for at blive bekendt med det. Hvad der er en passende grad af bekendtgørelse for at sikre tilstrækkelig offentliggørelse i et givet tilfælde, afhænger af de enkelte aktivers, varers eller tjenesteydelsers karakteristika. Udbud angående aktiver, varer og tjenesteydelser, som på grund af deres høje værdi eller øvrige egenskaber kan tiltrække tilbudsgivere, der opererer i hele Europa eller internationalt, bør bekendtgøres på en sådan måde, at de kan tiltrække potentielle tilbudsgivere, der opererer i hele Europa eller internationalt.
92. Ikkeforskelsbehandling af alle tilbudsgivere på alle etaper af udbuddet og objektive udvælgelses- og tildelingskriterier, som er specificeret forud for udbudsproceduren, er ufravigelige betingelser for, at den deraf følgende transaktion kan anses for at foregå på markedsvilkår. For at sikre ligebehandling skal tildelingskriterierne gøre det muligt at sammenligne tilbuddene og vurdere dem objektivt.

⁽¹⁴³⁾ De skal også handle ud fra de samme forretningsmæssige overvejelser — se Kommissionens beslutning 2005/137/EF af 15. oktober 2003 om regionen Valloniens deltagelse i Carsid SA. (EUT L 47 af 18.2.2005, s. 28) (statsstøttesag C-25/2002), betragtning 67-70.

⁽¹⁴⁴⁾ Transaktionsomkostninger kan omfatte omkostninger, som de respektive investorer påtager sig med henblik på at undersøge og udvælge investeringsprojektet, i forbindelse med opstilling af vilkårene for kontrakten eller med overvågning af kontrakten i dens gyldighedsperiode. Hvis offentligt ejede banker f.eks. konsekvent bærer omkostningerne ved at undersøge investeringsprojekter til lånefinansiering, er det forholdsvis, at en privat investor investerer med den samme rentesats, ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at der kan være tale om statsstøtte.

⁽¹⁴⁵⁾ Det kan f.eks. omfatte leasing af bestemte varer eller tildeling af koncessioner til kommerciel udnyttelse af naturressourcer.

⁽¹⁴⁶⁾ EU-Domstolen henviser i forbindelse med statsstøtte ofte til et »åbent« udbud (se f.eks. Rettens dom af 5. august 2003, P & O European Ferries (Vizcaya) mod Kommissionen, forenede sager T-116/01 og T-118/01, ECLI:EU:T:2003:217, præmis 117 og 118, Domstolens dom af 24. oktober 2013, Land Burgenland mod Kommissionen, forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, præmis 94). Brugen af termen »åbent« henviser imidlertid ikke til en specifik udbudsprocedure i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 65) eller i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 243). Derfor synes termen »konkurrencepræget« mere hensigtsmæssigt. Det er ikke hensigten at fravige de materielle betingelser, som er fastsat i retspraksis.

⁽¹⁴⁷⁾ Domstolens dom af 7. december 2000, Telaustria, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, præmis 62, Domstolens dom af 3. december 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654, præmis 20. Se også Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne (EUT C 179 af 1.8.2006, s. 2).

93. Anvendelse og overholdelse af de procedurer, der er fastsat i udbudsdirektiverne ⁽¹⁴⁸⁾, kan anses for at være tilstrækkeligt til at opfylde ovenstående krav, forudsat at alle betingelserne for anvendelse af de respektive procedurer er opfyldt. Dette gælder ikke under særlige omstændigheder, som gør det umuligt at fastsætte en markedspris, f.eks. i forbindelse med anvendelse af proceduren med forhandling uden forudgående udbudsbe- kendtgørelse. Hvis der kun afgives ét bud, vil proceduren normalt ikke være tilstrækkelig til at sikre en markedspris, medmindre i) der enten er særligt strenge garantier indbygget i proceduren, som sikrer en reel og effektiv konkurrence, og det ikke er åbenlyst, at der kun er én operatør, der realistisk set kan afgive et troværdigt bud, eller ii) de offentlige myndigheder via andre metoder sikrer, at proceduren giver et resultat, der svarer til markedsprisen.
94. Et udbud om salg af aktiver, varer eller tjenesteydelser er ubetinget, hvis det står enhver potentiel køber frit at købe aktiverne, varerne eller tjenesteydelserne, som skal sælges, og anvende dem til egne formål, uanset om denne driver en bestemt virksomhed eller ej. Hvis det er en betingelse, at køberen skal påtage sig særlige forpligtelser til fordel for de offentlige myndigheder eller af hensyn til almenvellet, som en privat sælger ikke ville have krævet (bortset fra forpligtelser affødt af almindelige nationale retsforskrifter eller planmyndigheders beslutninger), kan udbuddet ikke anses for at være ubetinget.
95. Hvis et offentligt organ sælger aktiver, varer og tjenesteydelser, bør det eneste relevante kriterium for at vælge en køber være den højeste pris ⁽¹⁴⁹⁾ under hensyntagen til de krævede kontraktbestemmelser (f.eks. sælgers garanti eller andre forpligtelser efter salget). Kun troværdige ⁽¹⁵⁰⁾ og bindende tilbud bør tages i betragtning ⁽¹⁵¹⁾.
96. Når offentlige organer køber aktiver, varer eller tjenesteydelser, bør ethvert specifikt krav til tilbuddet være ikkediskriminerende og tæt og objektivt forbundet med aftalens indhold og med aftalens specifikke økonomiske formål. De bør gøre det muligt for det økonomisk mest fordelagtige bud at matche markedsværdien. Kravet bør derfor være defineret på en sådan måde, at det giver mulighed for en reel konkurrencepræget udbudsprocedure, der giver den valgte tilbudsgiver et normalt afkast, ikke mere end det. I praksis vil det sige, at der skal gøres brug af udbud, som lægger stor vægt på »prisdelen« i tilbuddet, eller som på anden måde med stor sandsynlighed vil give et konkurrencepræget resultat (f.eks. ved visse omvendte udbud med tilstrækkeligt tydelige tildelingskriterier).
- 4.2.3.2. Vurdering af, om en transaktion foregår på markedsvilkår, på grundlag af benchmarking eller andre vurderingsmetoder
97. Hvis en transaktion er gennemført efter udbud eller er en transaktion på samme vilkår, giver det et direkte, konkret belæg for, at den er foregået på markedsvilkår. Hvis en transaktion ikke er gennemført efter et udbud, eller de offentlige organers indgreb ikke er foregået som en transaktion på samme vilkår som private aktørers, betyder det dog ikke uden videre, at den ikke er foregået på markedsvilkår ⁽¹⁵²⁾. I sådanne tilfælde kan det stadigvæk vurderes, om den er foregået på markedsvilkår, ved hjælp af i) benchmarking eller ii) andre vurderingsmetoder ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 65), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 243).

⁽¹⁴⁹⁾ Rettens dom af 28. februar 2012, Land Burgenland og Østrig mod Kommissionen, forenede sager T-268/08 og T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, præmis 87.

⁽¹⁵⁰⁾ Et uopfordret tilbud kan også være troværdigt, afhængigt af sagens omstændigheder, og navnlig hvis tilbuddet er bindende (se Domstolens dom af 13. december 2011, Konsum Nord mod Kommissionen, T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732, præmis 73, 74 og 75).

⁽¹⁵¹⁾ For eksempel bør annonceringer uden bindende krav ikke tages i betragtning i tilbudsproceduren, se Rettens dom af 28. februar 2012, Land Burgenland og Østrig mod Kommissionen, forenede sager T-268/08 og T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, præmis 87, og Rettens dom af 13. december 2011, Konsum Nord mod Kommissionen, sag T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732, præmis 67 og 75.

⁽¹⁵²⁾ Se Rettens dom af 12. juni 2014, Sarc mod Kommissionen, sag T-488/11, ECLI:EU:T:2014:497, præmis 98.

⁽¹⁵³⁾ Når markedsprisen bliver fastsat ved hjælp af transaktioner på samme vilkår eller udbudstransaktioner, kan resultaterne ikke drages i tvivl af andre vurderingsmetoder, som f.eks. uafhængige studier (se Domstolens dom af 24. oktober 2013, Land Burgenland mod Kommissionen, forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, præmis 94 og 95).

i) Benchmarking

98. For at fastslå, om en transaktion er foregået på markedsvilkår, kan transaktionen vurderes på grundlag af de betingelser, som sammenlignelige transaktioner er blevet gennemført på af private aktører i sammenlignelige situationer (benchmarking).
99. For at fastsætte et passende benchmark, er det nødvendigt at være nøje opmærksom på, hvilken type aktør der er tale om (f.eks. et koncernholdingselskab, en spekulativ fond eller en langsigtet investor, som søger at sikre en fortjeneste på lang sigt), hvilken type transaktion der er tale om (f.eks. egenkapitalinvestering eller gældstransaktioner), og hvilke markeder der er tale om (f.eks. finansielle markeder, hurtigt voksende teknologimarkeder eller forsynings- eller infrastrukturmarkeder). Det tidspunkt, som transaktionerne har fundet sted på, er også især relevant, når der har fundet væsentlige økonomiske udviklinger sted. Eventuelt kan det være nødvendigt at justere de disponible markedsbenchmarks under hensyn til statstransaktionens særlige kendetegn (f.eks. den situation, som den modtagende virksomhed eller det relevante marked befinder sig i) ⁽¹⁵⁴⁾. Det er ikke sikkert, at benchmarking er en passende metode til at fastslå markedspriserne, hvis de disponible benchmarks ikke er blevet fastsat på grundlag af markedsmaessige overvejelser, eller hvis de eksisterende priser er betydeligt påvirket af offentlige indgreb.
100. Det hænder ofte, at benchmarking ikke fører til nogen præcis referenceværdi, men snarere fastsætter et interval af mulige værdier ved vurdering af en række sammenlignelige transaktioner. Hvis formålet med vurderingen er at fastslå, om det statslige indgreb er foregået på markedsvilkår, vil det normalt være passende at se på middelværdierne som f.eks. gennemsnittet eller medianen af de udvalgte sammenlignelige transaktioner.

ii) Andre vurderingsmetoder

101. Det kan også fastslås, om en transaktion foregår på markedsvilkår ved hjælp af en almindeligt accepteret standardvurderingsmetode ⁽¹⁵⁵⁾. En sådan metode skal være baseret på tilgængelige, objektive, verificerbare og pålidelige oplysninger ⁽¹⁵⁶⁾, som bør være tilstrækkeligt detaljerede, og som bør afspejle den økonomiske situation på det tidspunkt, hvor der blev taget beslutning om transaktionen under hensyntagen til risikoniveauet og de fremtidige forventninger ⁽¹⁵⁷⁾. Afhængigt af transaktionens værdi bør vurderingens pålidelighed normalt kontrolleres ved at gennemføre en følsomhedsanalyse, hvor man vurderer forskellige forretnings-scenarier, opstiller planer for mulige eventualiteter og sammenligner resultaterne med alternative vurderingsmetoder. Der er muligvis behov for at gennemføre en ny (forhånds-)vurdering, hvis transaktionen forsinkes, og det bliver nødvendigt at tage nylige ændringer i markedsvilkårene i betragtning.
102. En almindeligt accepteret standardmetode til at fastlægge det (årlige) investeringsafkast er at beregne den interne rente ⁽¹⁵⁸⁾. Man kan også vurdere investeringsbeslutningen på grundlag af nettonutidsværdien ⁽¹⁵⁹⁾, som i de fleste tilfælde giver et resultat svarende til den interne rente ⁽¹⁶⁰⁾. For at vurdere, om investeringen har fundet sted på

⁽¹⁵⁴⁾ Se Rettens dom af 6. marts 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, forenede sager T-228/99 og T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, præmis 251.

⁽¹⁵⁵⁾ Se Rettens dom af 29. marts 2007, Scott mod Kommissionen, T-366/00, ECLI:EU:C:2007:99, præmis 134, og Domstolens dom af 16. december 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, præmis 39.

⁽¹⁵⁶⁾ Se Rettens dom af 16. september 2004, Valmont Nederland BV mod Kommissionen, T-274/01, ECLI:EU:T:2004:266, præmis 71.

⁽¹⁵⁷⁾ Se Rettens dom af 29. marts 2007, Scott mod Kommissionen, T-366/00, ECLI:EU:T:2007:99, præmis 158.

⁽¹⁵⁸⁾ Det interne afkast er ikke baseret på den bogførte indtjening i et bestemt år, men på de fremtidige pengestrømme, som investoren forventer at opnå i hele investeringsperioden. Det defineres som den kalkulationsrente, for hvilken nettonutidsværdien af en pengestrøm er lig med nul.

⁽¹⁵⁹⁾ Nettonutidsværdien er forskellen mellem positive og negative pengestrømme over investeringsens levetid, fratrukket et passende afkast (kapitalomkostningerne).

⁽¹⁶⁰⁾ Der er fuldstændig indbyrdes sammenhæng mellem nettonutidsværdien og den interne rente i tilfælde, hvor den interne rente er lig med investorens offeromkostning. Hvis en investerings nettonutidsværdi er positiv, betyder det, at projektet har en intern rente, som overstiger det krævede afkast (investorens offeromkostning). I det tilfælde er det værd at gennemføre investeringen. Hvis projektet har en nettonutidsværdi, som er lig nul, er projektets interne rente lig det krævede afkast. I det tilfælde er det underordnet, om investoren foretager denne investering eller investerer i noget andet. Hvis NVV er negativ, ligger den interne rente under kapitalomkostningerne. Investeringen er ikke rentabel nok, eftersom der findes bedre investeringsmuligheder andetsteds. Hvis beregningen af den interne rente og nettonutidsværdien fører til forskellige investeringsbeslutninger (denne forskel kunne navnlig opstå ved gensidigt ekskluderende projekter), bør metoden, hvor nettonutidsværdien anvendes, i princippet foretrækkes jf. markedspraksis, medmindre der er en væsentlig usikkerhed om, hvad der er en passende kalkulationsrente.

markedsvilkår, sammenlignes investeringsafkastet med det normalt forventede markedsafkast. Et normalt forventet afkast (eller investeringens kapitalomkostninger) kan defineres som det forventede gennemsnitlige afkast, som markedet kræver af investeringen på grundlag af almindeligt accepterede kriterier, herunder især risikoen ved investeringen, under hensyntagen til virksomhedens finansielle situation og sektorens, regionens eller landets særlige kendetegn. Hvis der ikke med rimelighed kan forventes et normalt afkast, er investeringen sandsynligvis ikke blevet gennemført på markedsvilkår. I almindelighed er det sådan, at jo mere risikabelt projektet er, desto højere er det afkast, som kapitalindskydere vil kræve, dvs. desto højere er kapitalomkostningerne.

103. Hvad der er en passende vurderingsmetode, kan afhænge af markedssituationen ⁽¹⁶¹⁾, de tilgængelige oplysninger og transaktionstypen. For eksempel vil en investor søge at generere et afkast ved at investere i virksomheder (og i så fald er den interne rente eller nettonutidsværdien sandsynligvis den mest passende metode), mens en kreditor søger at opnå betaling af det beløb (hovedstolen og eventuelle renter), som skyldes af en debitor, inden for den i kontrakten og i lovgivningen fastsatte frist ⁽¹⁶²⁾ (og i så fald kunne det være mere relevant at se på sikkerhedens værdi, f.eks. aktivets værdi). Er der f.eks. tale om salg af jord, vil en uafhængig ekspertvurdering af markedsværdien foretaget forud for salgsforhandlingerne på basis af almindeligt accepterede markedsindikatorer og vurderingsmetoder som udgangspunkt være passende ⁽¹⁶³⁾.
 104. Metoderne til at beregne en investerings interne rente og nettonutidsværdien giver normalt ikke én bestemt værdi, der kan lægges til grund, men snarere en række mulige værdier (afhængigt af de økonomiske, retlige og andre specifikke omstændigheder ved transaktionen, som indgår i vurderingsmetoden). Hvis formålet med vurderingen er at fastslå, om det statslige indgreb er foregået på markedsvilkår, vil det normalt være passende at se på middelværdierne som f.eks. gennemsnittet eller medianen af de udvalgte sammenlignelige transaktioner.
 105. Forsigtige markedsøkonomiske aktører vurderer deres transaktioner ved hjælp af flere forskellige metoder for at bekræfte estimaterne (f.eks. ved at validere beregninger af nettonutidsværdien med benchmarking-metoder). Hvis forskellige metoder konvergerer omkring det samme beløb, er det et yderligere tegn på, at der er tale om den virkelige markedspris. Når det vurderes, om en transaktion er foregået på markedsvilkår, anses det således for et positivt tegn, hvis supplerende vurderingsmetoder bekræfter hinandens resultater.
- 4.2.3.3. Kontrafaktisk analyse i tilfælde af tidligere økonomisk engagement i den pågældende virksomhed
106. Det forhold, at det pågældende offentlige organ har et tidligere økonomisk engagement i en virksomhed, bør tages i betragtning, når det undersøges, om en transaktion foregår på markedsvilkår, forudsat at en sammenlignelig privat aktør også kunne have et sådant tidligere engagement (f.eks. i egenskab af aktionær) ⁽¹⁶⁴⁾.
 107. Der bør tages hensyn til tidligere engagement inden for rammerne af de kontrafaktiske scenarier med henblik på den markedsøkonomiske aktørtest. Er der f.eks. tale om kapitalindskud i eller lån til en kriserammet offentlig virksomhed, bør det forventede afkast af sådan en investering sammenlignes med det forventede afkast i den

⁽¹⁶¹⁾ Ved likvidation af en virksomhed kan en vurdering på grundlag af likvidationsværdien eller aktivets værdi være den mest passende vurderingsmetode.

⁽¹⁶²⁾ Se f.eks. Domstolens dom af 29. april 1999, Spanien mod Kommissionen, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, præmis 46, og Domstolens dom af 29. juni 1999, DMTransport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, præmis 24.

⁽¹⁶³⁾ Hvis det ikke er hensigtsmæssigt at anvende den komparative metode (benchmarking), og andre almindeligt accepterede metoder ikke ser ud til at kunne fastslå grundens værdi tilstrækkelig nøjagtigt, kan der anvendes en alternativ metode, som f.eks. den vurderingsmetode (Vergleichspreisystem), der er blevet foreslået af Tyskland (og godkendt til landbrugs- og skovbrugsjord i Kommissionens afgørelse i statsstøttesag SA.33167 — Forslag om alternativ metode til at vurdere landbrugs- og skovbrugsjord i Tyskland, når de sælges af de offentlige myndigheder (EUT C 43 af 15.2.2013, s. 7)). Se Domstolens dom af 16. december 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, præmis 52, om begrænsningerne ved andre metoder.

⁽¹⁶⁴⁾ Se Domstolens dom af 3. april 2014, ING Groep NV, C-224/12 P, ECLI:EU:C:2014:213, præmis 29-37. Der bør dog ikke tages hensyn til dette tidligere engagement, hvis det beror på en foranstaltning, der ud fra en samlet vurdering af alle dens aspekter ikke kunne være truffet af en privat profitorienteret investor (Domstolens dom af 24. oktober 2013, Land Burgenland mod Kommissionen, forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, præmis 52-61).

kontrafaktiske situation, hvor virksomheden træder i likvidation. Hvis likvidation giver større gevinst eller lavere tab, ville en forsigtig markedsøkonomisk aktør vælge denne mulighed ⁽¹⁶⁵⁾. I den forbindelse bør de likvidationsomkostninger, der medregnes, ikke omfatte omkostninger, der er forbundet med de offentlige myndigheders forpligtelser, men kun de omkostninger, som en rationel markedsøkonomisk aktør ville have ⁽¹⁶⁶⁾, også under hensyntagen til udviklingen i den sociale, økonomiske og miljømæssige sammenhæng som virksomheden opererer i ⁽¹⁶⁷⁾.

4.2.3.4. Særlige hensyn ved vurdering af, om betingelser for lån og garantier svarer til markedsvilkårene

108. På samme måde som ved enhver anden transaktion kan lån og garantier ydet af offentlige organer (herunder offentlige virksomheder) indeholde statsstøtte, hvis de ikke ydes på markedsvilkår.
109. I forbindelse med garantier er det normalt nødvendigt at analysere en tresidet situation, der involverer en offentlig enhed som garant, en låntager og en långiver ⁽¹⁶⁸⁾. I de fleste tilfælde kan der kun tale være om støtte til låntager, idet denne med den offentlige garanti muligvis opnår en fordel ved at blive i stand til at låne til en rente, som ikke ville kunne opnås på markedet uden en sådan garanti ⁽¹⁶⁹⁾ (eller til at låne i en situation, hvor det undtagelsesvis ikke ville have været muligt at opnå et lån på markedet, uanset renten). Under særlige omstændigheder kan ydelse af en offentlig garanti imidlertid også medføre støtte til långiver, navnlig hvis garantien stilles efterfølgende for en eksisterende forpligtelse mellem långiver og låntager, hvis det ikke sikres, at fordelene i fuldt omfang videregives til låntageren ⁽¹⁷⁰⁾, eller hvis et garanteret lån anvendes til at tilbagebetale et ikkegaranteret lån ⁽¹⁷¹⁾.
110. Enhver garanti, der ydes på vilkår, som under hensyntagen til låntagers økonomiske situation er mere favorable end markedsvilkårene, giver låntager en fordel (idet denne betaler et gebyr, der ikke tilstrækkeligt afspejler den risiko, som garanten påtager sig) ⁽¹⁷²⁾. Generelt er det ikke i overensstemmelse med normale markedsvilkår at yde ubegrænsede garantier. Dette gælder også implicitte garantier, der hidrører fra statens hæftelse for gæld i insolvente offentlige virksomheder, som ikke er omfattet af de normale konkursregler ⁽¹⁷³⁾.
111. I mangel af specifikke markedsoplysninger om en given lånetransaktion kan det fastslås, om lånet er ydet på markedsvilkår, på grundlag af en sammenligning med sammenlignelige markedstransaktioner (dvs. gennem benchmarking). For låns og garantiers vedkommende kan man f.eks. finde oplysninger om virksomhedens finansieringsomkostninger fra andre (nylige) lån, som er optaget af den pågældende virksomhed, fra afkast på obligationer, der er udstedt af virksomheden, eller fra virksomhedens »credit default swap spreads«. Sammenlignelige markedstransaktioner kan også omfatte lignende låne- eller garantitransaktioner, som et udvalg af sammenlignelige virksomheder har gennemført, obligationer, som er udstedt af et udvalg af sammenlignelige virksomheder, eller credit default swap spreads hos et udvalg af sammenlignelige

⁽¹⁶⁵⁾ Se i den forbindelse Rettens dom af 12. december 2000, Alitalia mod Kommissionen, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, eller Domstolens dom af 24. januar 2013, Frucona mod Kommissionen, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, præmis 79 og 80.

⁽¹⁶⁶⁾ Domstolens dom af 28. januar 2003, Tyskland mod Kommissionen, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, præmis 140.

⁽¹⁶⁷⁾ Rettens dom af 11. september 2012, Corsica Ferries France SAS mod Kommissionen, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, præmis 79-84, stadfæstet ved Domstolens appeldom af 4. september 2014, SNCM og Frankrig mod Kommissionen, forenede sager C-533/12 P og C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142, præmis 40 og 41. Domstolene bekræftede i denne sag, at det i princippet kan være økonomisk rationelt på lang sigt for private investorer, særligt for større virksomhedskoncerner, at betale supplerende erstatninger (f.eks. for at beskytte en koncerns mærkeimage). Imidlertid skal behovet for at betale supplerende erstatninger dokumenteres grundigt i det konkrete tilfælde, hvor der er behov for at beskytte et image, og det skal påvises, at sådanne betalinger er gældende praksis blandt private virksomheder under lignende omstændigheder (det er ikke nok blot at give eksempler).

⁽¹⁶⁸⁾ Se også Kommissionens meddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (EUT C 155 af 20.6.2008, s. 10) angående vurdering af mulig statsstøtte i form af en garanti. Den pågældende meddelelse erstattes ikke af nærværende meddelelse.

⁽¹⁶⁹⁾ Se Domstolens dom af 8. december 2011, Residex Capital mod Gemeente Rotterdam, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, præmis 39.

⁽¹⁷⁰⁾ Se Domstolens dom af 19. marts 2015, OTP Bank Nyrt mod Magyar Allam m.fl., C-672/13, ECLI:EU:C:2015:185.

⁽¹⁷¹⁾ Se Domstolens dom af 8. december 2011, Residex Capital mod Gemeente Rotterdam, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, præmis 42.

⁽¹⁷²⁾ Se Domstolens dom af 3. april 2014, Frankrig mod Kommissionen, C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, præmis 96.

⁽¹⁷³⁾ Se Domstolens dom af 3. april 2014, Frankrig mod Kommissionen, C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, præmis 98.

virksomheder. Hvis der i forbindelse med garantier ikke findes noget tilsvarende benchmark for prisen på de finansielle markeder, bør de samlede finansielle omkostninger ved det garanterede lån, herunder rentesatsen og garantipræmien, sammenlignes med markedsprisen for et tilsvarende ikke-garanteret lån. Benchmarking-metoder kan suppleres med vurderingsmetoder baseret på kapitalafkastet ⁽¹⁷⁴⁾.

112. For at lette vurderingen af, om en foranstaltning opfylder den markedsøkonomiske aktørtest, har Kommissionen udviklet referencemetoder til at afgøre, om lån og garantier har karakter af støtte.
113. For lån indeholder meddelelsen om referencesatser ⁽¹⁷⁵⁾ den metode, der bør anvendes til at beregne en sats, der kan fungere som reference for markedsprisen i situationer, hvor det ikke er let at finde sammenlignelige markedstransaktioner (hvilket navnlig vil være tilfældet for transaktioner med begrænsede beløb og/eller transaktioner med små og mellemstore virksomheder (SMV'er)). Det skal understreges, at denne referencesats kun er en reference ⁽¹⁷⁶⁾. Hvis sammenlignelige transaktioner typisk har fundet sted til en lavere pris end den, der er angivet som referencesatsen, kan medlemsstaten anse denne lavere pris for at være markedsprisen. Hvis den samme virksomhed derimod for nylig har foretaget lignende transaktioner til en højere pris end referencesatsen, og den finansielle situation og markedsforholdene i det store hele er forblevet uændrede, udgør referencesatsen muligvis ikke en gyldig reference for markedsprisen i det specifikke tilfælde.
114. Kommissionen har udviklet en detaljeret vejledning om referencer (og uafviselige formodninger (»safe-harbours«) for SMV'er) for garantier i meddelelsen om garantier ⁽¹⁷⁷⁾. Ifølge meddelelsen er det for at udelukke statsstøtte normalt tilstrækkeligt, at låntager ikke er i økonomiske vanskeligheder, at garantien stilles i forbindelse med en konkret transaktion, at långiver bærer en del af risikoen, og at låntager betaler en markedskonform pris for garantien.

4.3. Indirekte fordel

115. En virksomhed kan få tildelt en fordel på anden måde end ved direkte overførsel af statsmidler (indirekte fordel) ⁽¹⁷⁸⁾. En foranstaltning kan også udgøre både en direkte fordel for modtagervirksomheden og en indirekte fordel for andre virksomheder, f.eks. for virksomheder, der har aktiviteter på de efterfølgende niveauer ⁽¹⁷⁹⁾. Den direkte modtager af en fordel kan enten være en virksomhed eller en enhed (fysisk eller juridisk person), som ikke udøver nogen økonomisk aktivitet ⁽¹⁸⁰⁾.
116. Disse indirekte fordele skal adskilles fra rent sekundære økonomiske virkninger, som er uadskillelige fra næsten alle statsstøtteforanstaltninger (f.eks. i form af øget produktion). Derfor skal en foranstaltnings forventede virkninger undersøges ud fra et ex ante-perspektiv. Der er tale om en indirekte fordel, hvis foranstaltningen er udformet på en sådan måde, at de sekundære virkninger kanaliseres videre til identificerbare virksomheder eller grupper af virksomheder. Det er f.eks. tilfældet, hvis den direkte støtte faktisk eller retligt afhænger af køb af en vare eller tjenesteydelse, som kun produceres af bestemte virksomheder (f.eks. kun virksomheder, der er etableret i bestemte områder) ⁽¹⁸¹⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ For eksempel ved hjælp af RAROC (Risk Adjusted Return On Capital — eller risikojusteret kapitalforrentning), som er, hvad långivere og investorer kræver for at yde finansiering med lignende benchmark-risiko og forfaldstid til en virksomhed, der er aktiv inden for samme sektor.

⁽¹⁷⁵⁾ Se meddelelse fra Kommissionen om revision af metoden for fastsættelse af referencesatsen og kalkulationsrenten (EUT C 14 af 19.1.2008, s. 6). For efterstillede lån, som ikke er omfattet af meddelelsen om referencesatser, kan man benytte metoden i Kommissionens beslutning af 11. december 2008 i statsstøttesag N 55/2008, GA/EFRE Nachrangdarlehen (EUT C 9 af 14.1.2009, s. 1).

⁽¹⁷⁶⁾ I de tilfælde, hvor Kommissionens forordninger eller afgørelse om støtteordninger henviser til referencesatsen for at fastslå støttebeløbet, vil Kommissionen imidlertid anse det for et fast benchmark, der tyder på, at der ikke er statsstøtte involveret (»safe-harbour«).

⁽¹⁷⁷⁾ Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (EUT C 155 af 20.6.2008, s. 10).

⁽¹⁷⁸⁾ Domstolens dom af 19. september 2000, Tyskland mod Kommissionen, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, præmis 26 og 27, Domstolens dom af 28. juli 2011, Mediaset SpA mod Kommissionen, C-403/10 P, ECLI:EU:C:2011:533, præmis 73-77, Domstolens dom af 13. juni 2002, Nederlandene mod Kommissionen, C-382/99, ECLI:EU:C:2002:363, præmis 60-66, Rettens dom af 4 marts 2009, Italien mod Kommissionen, T-424/05, ECLI:EU:T:2009:49, præmis 136-147. Se også traktatens artikel 107, stk. 2, litra a).

⁽¹⁷⁹⁾ Hvis en formidlende virksomhed blot er et middel til at overføre fordelene til modtageren, og den ikke beholder nogen fordel selv, skal den normalt ikke anses for at modtage statsstøtte.

⁽¹⁸⁰⁾ Domstolens dom af 19. september 2000, Tyskland mod Kommissionen, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, præmis 26 og 27, Domstolens dom af 28. juli 2011, Mediaset SpA mod Kommissionen, C-403/10 P, ECLI:EU:C:2011:533, præmis 81.

⁽¹⁸¹⁾ I modsætning hertil er der tale om en rent sekundær økonomisk virkning i form af øget produktion (som ikke indebærer indirekte støtte), hvis støtten blot kanaliseres gennem en virksomhed (f.eks. en finansiell formidler), som videregiver hele beløbet til støttemodtageren.