

Unormalt lave tilbud

HA(jur.) - erhvervsøkonomi-erhvervsjura,
Bachelorprojekt, 6. Semester, 2024

Frederikke Fønnesbæk Andersen (152969),
Tobias Nordberg Farsinsen (151774) og
Victor Nordberg Farsinsen (151775)

Juridisk vejleder: Kathrine Søs Jacobsen Cesko

Økonomisk vejleder: Laura Jung Gleesborg Hintz

Antal anslag: 158.312 (69,59 normalsider)

Antal sider layoutmæssigt: 70

Afleveringsdato: 21/05-2024

Abstract

This thesis aims to investigate abnormally low tenders as a strategic bid. Abnormally low tenders may have consequences for both the market and for contracting authorities, which is why this thesis examines how abnormally low tenders affects the competition and what incentives the bidder has to strategically submit such a bid. In this context, it should be emphasized that UBL § 169 is the contracting authority's only option to influence the bidder's pricing. Therefore, the thesis aims to explore the applications of this provision. The analysis refers, amongst other things, to recent practice from the Danish Complaints Board for Public Procurement, which significantly influences the assessment of a strategic bid in accordance with UBL § 169.

The thesis concludes that companies may have a strategic incentive to submit an abnormally low tender strategically, as the bidders can exploit the asymmetric information between them and the contracting authority. The company will have an increased incentive if they are facing bankruptcy or if the company aims to achieve a monopoly through a predatory pricing strategy. Due to the potential consequences for both the market and the contracting authority, the contracting authority should reject such tenders. However, the asymmetric information makes it difficult for the contracting authority to reject a strategic bid as an abnormally low tender. The thesis concludes that there is an abnormally low tender when it is suspected that the bidder will not be able to perform according to the offered terms. Furthermore, a strategic bid can only be rejected if the submission of an abnormally low tender is done due to "speculation" rather than "market strategic reasons". It is therefore concluded that an abnormally low tender as a strategy, is only rejected when the contracting authority can prove that the award would be significantly disadvantageous to the contracting authority. Since the asymmetric information makes it difficult for the contracting authority to make this assessment, the contracting authority should consider other measures to reduce the bidder's incentive to submit an abnormally low tender as a strategy. The thesis recommends implementing solvency requirements, an evaluation model with "piecewise curve" or conditions for contract implementation. Furthermore, it should be considered whether a regulatory proposal should be introduced to equalize the information between the contracting authority and the bidder, so that the contracting authority more easily can make the decision in accordance with UBL § 169. It is the thesis's assessment that a regulatory proposal could eliminate bidders' incentives to submit a strategically abnormally low tender.

Abstract	1
Kapitel 1 - Introduktion.....	4
1.1 Indledning.....	4
1.2 Problemformulering	5
1.3 Analyseniveau	5
1.4 Negativ afgrænsning.....	6
1.4.1 Økonomisk	6
1.4.2 Juridisk	7
1.5 Definitioner.....	8
1.6 Metode.....	10
1.6.1 Økonomisk metode.....	10
1.6.2 Økonomisk Teori.....	10
1.6.2.1 Neoklassisk teori.....	10
1.6.2.1.1 Bertrand-konkurrence.....	11
1.6.2.2 Predatory pricing	11
1.6.2.2.1 Spilteori	12
1.6.2.3 Principal-agent-teori og teori om prisdiskrimination.....	12
1.6.3 Juridisk metode.....	13
1.6.3.1 Retskildelæren: EU-retskilder	14
1.6.3.2 Rekildelæren: Nationale retskilder	15
1.6.3.3 Retsdogmatisk metode.....	16
1.6.4 Integreret metode.....	17
1.7 Struktur	18
Kapitel 2 - Økonomisk analyse.....	19
2.1 Indledning.....	19
2.2 Prisfastsættelse	19
2.2.1 Bertrand-konkurrence.....	19
2.3 The winners curse.....	22
2.4 Virksomhedens situation	23
2.4.1 Predatory pricing	23
2.4.1.1 War of attrition	24
2.4.1.2 Effekt af predatory pricing strategien.....	30
2.4.2 Konkurrstruede virksomheder	31
2.4.3 Tilbudsgivers udnyttelse af asymmetrisk information.....	33

2.4.3.1 Prisstrategien “value-based pricing” og “zero-pricing offers”	34
2.5 Delkonklusion.....	35
Kapitel 3 - Juridisk analyse	37
3.1 Indledning.....	37
3.2 Formålet med Udbudsloven.....	37
3.2.1 Formålet med Udbudsdirektivet	37
3.3 Definition af et unormalt lavt tilbud	39
3.3.1 Ordregivers undersøgelsespligt	42
3.3.2 Tilbudsgivers redegørelse.....	45
3.4 Kan eller skal ordregiver afvise unormalt lave tilbud?.....	47
3.4.1. Unormalt lave tilbud - Tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser	48
3.4.2. Unormalt lave tilbud - Anden årsag end miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser	48
3.5 Enkelte poster prisfastsættes lavt.....	50
3.5.1 Sondring mellem “markedsstrategiske årsager” og “spekulation”	54
3.6 Ordregivers begrundelsespligt.....	54
3.7 Delkonklusion.....	55
Kapitel 4 - Integreret analyse	57
4.1 Indledning.....	57
4.2 Ordregivers tiltag.....	57
4.2.1 Egnethedskrav - Økonomisk og finansiell formåen	57
4.2.2 Valg af evalueringsmodel.....	59
4.2.3 Betingelse vedrørende kontraktens gennemførelse	64
4.2.4 Behov for kendskab inden udbudsprocessen.....	64
4.3 Reguleringsforslag.....	65
4.3.1 Krav om adgang til data.....	65
4.3.1.1 Effekt af reguleringsforslag	67
4.4 Delkonklusion.....	69
Kapitel 5 - Konklusion	70
5.1 Konklusion	70
Kildeliste.....	71
Lov-/direktiv/traktatoversigt.....	71
Domsregister og klagenævnskendelser	71
Fortolkningsbidrag	75
Litteraturliste	75

Kapitel 1 - Introduktion

1.1 Indledning

I Danmark indkøber den offentlige sektor hvert år for ca. 350 milliarder.¹ Ses der på hele EU, indkøber den offentlige sektor for over 16% af EU's BNP.² Den offentlige sektors indkøbsadfærd kan derfor også potentielt påvirke de respektive markeder. EU har også med vedtagelsen af Udbudsdirektivet³ ønsket at understøtte det frie marked og sikre en effektiv konkurrence.⁴ Det er derfor interessant at undersøge, hvilke konsekvenser afgivelsen af et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud, kan have på konkurrencen, og hvorfor tilbudsgiver skulle have incitament til at afgive et sådan tilbud.

Udbudsloven⁵ (herefter UBL) oplister en række procedurekrav, som ordregiver skal efterleve, for at sikre en effektiv konkurrence. Af alle udbudslovens bestemmelser er det kun UBL § 169, der giver ordregiver mulighed for at afvise et "unormalt lavt tilbud", og således påvirke tilbudsgivers prisfastsættelse indirekte.⁶ På trods af at alle de tidligere udbudsdirektiver har indeholdt en bestemmelse svarende til UBL § 169,⁷ så er det fortsat uklart, hvad et "unormalt lavt tilbud" er, og det er derfor også uklart, hvornår ordregiver kan afvise et tilbud som unormalt lavt. Afhandlingen har derfor fokus på udbudslovens UBL § 169, som regulerer unormalt lave tilbud, og denne uklarhed forsøges afdækket. Bestemmelsen var oprindeligt tiltænkt, at ordregiver blandt andet skulle have mulighed for at afvise tilbud, som var unormalt lave på grund af fejlregninger i prisen.⁸ Tilbudsgivers strategiske incitamenter til at afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud, gør det imidlertid interessant at overveje, hvilken betydning bestemmelsen har for vurdering af strategiske tilbud. Dette emne må anses for at være høj aktuelt, da EU-Domstolen på den ene side har tydeliggjort, at strategisk prissætning er lovligt, og på den anden side viser nyere praksis fra Klagenævnet for Udbud, at strategiske tilbud afvises efter UBL § 169. Afhandlingen tager som følge heraf udgangspunkt i dansk ret, men inddrager ligeledes EU-retten herunder Traktaten om

¹ Økonomistyrelsen (s.d.): *Den historiske fortælling om fælles indkøb i staten*

² Ratcliff, Bono og Martinello (2023): *Offentlige kontrakter*

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EU af 26.02.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT 2014 L 94/65.

⁴ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 45-46

⁵ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, udbudsloven, med de ændringer, der følger af lov nr. 204 af 5. marts 2019, lov nr. 1251 af 30. november 2019 og § 1 i lov nr. 884 af 21. juni 2022.

⁶ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 19

⁷ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 19

⁸ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 779

Den Europæiske Unionens Funktionsmåde⁹ (herefter TEUF) og Udbudsdirektivet. Afklaringen på området er desuden særligt relevant, da det må fremhæves, at EU's medlemsstater/ordregiver er forpligtet til at sikre, at en tilbudsgivers deltagelse i udbudsprocessen ikke vil fordreje konkurrencen.¹⁰

Afslutningsvis vil det blive diskuteret, hvordan risikoen for afgivelse af et unormalt tilbud, som et strategisk tilbud kan mindskes, så den effektive konkurrence i højere grad understøttes. Det må netop fremhæves, at det ikke er alle tilbudsgivers strategier, der er ønskværdige fra ordregivers synspunkt. Som følge af uklarheden af UBL § 169, vil det i afhandlingen derfor blive undersøgt, om ordregiver kan forhindre afgivelse af et unormalt tilbud som et strategisk tilbud på anden vis.

1.2 Problemformulering

Økonomisk:

Hvordan påvirkes konkurrencen af et unormalt lavt tilbud, og hvilke incitamenter har tilbudsgiver til at afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud?

Juridisk:

Hvordan reguleres unormalt lave tilbud i udbudsretten, og hvordan vil disse regler påvirke vurderingen af strategiske tilbud?

Integreret:

Hvordan kan risikoen for et unormalt lavt tilbud, som et strategisk tilbud, mindskes?

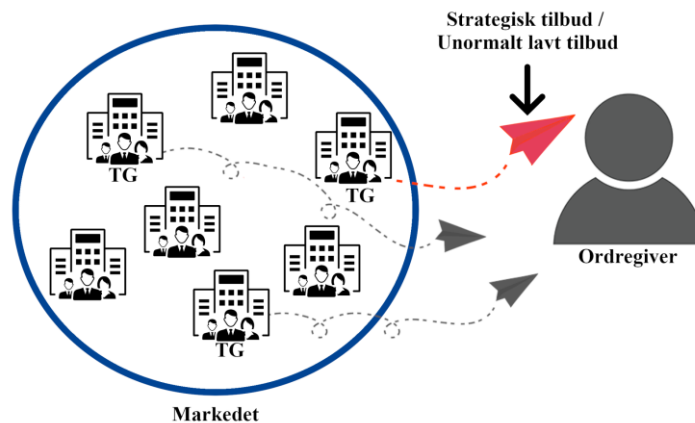
1.3 Analyseniveau

I afhandlingen vil der først blive anlagt et markedsperspektiv, hvor det vil blive undersøgt, hvilken betydning et unormalt lavt tilbud som strategisk tilbud har for de enkelte markeder. Afhandlingen skifter herefter analyseniveau til virksomheden, da det ønskes undersøgt, hvorfor den enkelte virksomhed kunne ønske at afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud. Som følge heraf vil det fremgå tydeligt, at den pågældende tilbudsgiver, der afgiver et strategisk tilbud, vil være problemskaber, mens de øvrige private aktører på markedet er problemejere. Ordregiver er også til

⁹ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, konsolideret version offentliggjort i EUT 2012 C 326/47.

¹⁰ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 21

en vis grad problemejer, da ordregiver har pligt til at sikre, at konkurrencen på de enkelte markeder ikke fordrejes som følge af et udbud, jf. UBL § 2. Afslutningsvis undersøges det derfor, hvad ordregiver kan gøre for at mindske risikoen for et unormalt lavt tilbud, og her vil afhandlingens analyseniveau ligeledes være på virksomheden. Gennem udarbejdelsen af denne afhandling er der fokus på analyse skiftet, og det forventes derfor ikke at påvirke den røde tråd gennem afhandlingen. På nedenstående billede ses en illustration af afhandlingens case:



Figur 1: Case - Egen tilblivelse

1.4 Negativ afgrænsning

1.4.1 Økonomisk

Der er i afhandlingen fokus på, at der er en vekselvirkning mellem det offentlige marked og det private marked. I afhandlingen kommenteres der dog ikke særskilt på det private marked, da dette er præget af andre dynamikker og reguleringer end det offentlige marked.

De produktionsmæssige årsager bag afgivelsen af et unormalt lavt tilbud behandles ikke i afhandlingen, og der kommenteres derfor ikke på, at årsagen blandt andet kan være, at virksomheden ønsker at komme af med fordærvelige varer, eller at virksomheden har et kapacitetsoverskud.¹¹ Denne beslutning er truffet på baggrund af, at afhandlingen i højere grad har fokus på de strategiske årsager bag et unormalt lavt tilbud.

Den økonomiske analyse tager desuden ikke højde for andre tildelingskriterier end pris, og det er derfor uvist, hvorvidt der kan drages sammen konklusion i tilfælde af, at ordregiver anvender et andet tildelingskriterie end pris. Det må dog fremhæves, at ved brug af tildelingskriteriet "pris og

¹¹ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 113-114

kvalitet” skal et af underkriterierne altid indeholde enten et pris- eller omkostningselement. Dette skyldes, at ordregiveren skal vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.¹² Beslutningen om ikke at inddrage andre underkriterier er truffet på baggrund af, at det vurderes, at det er priselementet, der i høj grad er afgørende for, hvorvidt tilbuddet er unormalt lavt. De øvrige underkriterier vurderes således ikke at være afgørende for afhandlingens problematik.

Det findes desuden ikke relevant for afhandlingens problematik at inddrage 2. grads og 3. grads prisdiskrimination. Beslutningen er truffet på baggrund af, at tilbudsgiveren udformer et tilbud fra udbud til udbud, og 1. grads prisdiskrimination findes derfor i højere grad relevant.

1.4.2 Juridisk

I afhandlingen analyseres ikke situationer som falder inden for direktivet om koncessioner, Forsyningsvirksomhedsdirektivet samt Forsvars- og sikkerhedsdirektivets anvendelsesområde, da disse direktiver har et begrænset anvendelsesområde i forhold til Udbudsdirektivet. Afhandlingens konklusioner danner derfor heller ikke grundlag for, hvad en eventuelt retsfølge vil være i situationer, hvor disse finder anvendelse. I afhandlingen inddrages konkurrenceretten heller ikke på trods af, at indeværende problemstilling også kunne være undersøgt ud fra et konkurrenceretligt synspunkt. I indeværende afhandling findes det ikke relevant, da EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud sjældent blander disse sager sammen. Dette skyldes blandt andet, at udbudsreglerne og konkurrencereglerne håndhæves gennem to forskellige håndhævelsessystemer.¹³ Konkurrenceretten er desuden fravalgt, da det må fremhæves, at konkurrenceretten og udbudsretten har forskelligt formål. Konkurrenceretten har til formål at sikre en fair konkurrence mellem virksomhederne på markedet, mens udbudsretten har til formål at fastlægge en procedure for offentlige indkøb, for at sikre en effektiv konkurrence.

Afhandlingens juridiske analyse beskæftiger sig endvidere ikke med tilrettelæggelsen og forberedelsen af udbud, da afvisningen af tilbud sker i tilbudsevaluerings- og tildelingsfasen, hvorfor det ikke anses for relevant at inddrage de øvrige faser.

¹² Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 750

¹³ Jacobsen (2022): *Collaboration Between Economic Operators in the Competition for Public Contracts*, s. 23-22

På trods af at UBL § 169, stk. 4 og 5 vedrører statsstøtte, findes det ikke nødvendigt i afhandlingen at inddrage yderligere regler om statsstøtte, og statsstøttereglerne i TEUF behandles derfor ikke dybdegående i afhandlingens juridiske analyse. Denne beslutning er truffet på baggrund af, at dette ikke findes tilstrækkeligt relevant i forhold til afhandlingens problemformulering.

1.5 Definitioner

Unormalt lave tilbud og strategiske tilbud

I afhandlingen behandles termerne “unormalt lave tilbud” og “strategiske tilbud”, og det bør derfor indledningsvis fastslås, hvad der forstås ved disse to udtryk, da det ikke er defineret direkte i retskilderne. Afhandlingen har til hensigt på baggrund af retskilderne, at analysere og definere, hvad der skal forstås ved et unormalt lavt tilbud, og der henvises derfor til afsnit 3.3 for en mere dybtgående analyse af begrebet.

Indledningsvis må det bemærkes, at særligt to juridiske forskere har givet deres bud på, hvad der kan forstås ved et unormalt lavt tilbud. Sue Arrowsmith udtaler: “[...] *it seems to refer to a tender that, because of its particularly favorable terms, raises a suspicion either that the economic operator will not be able to perform lawfully according to the terms offered [...] and/or a danger that the economic operator will seek extra payments or that the tender is affected by unlawful state aid*”.¹⁴ Denne betegnelse giver i langt højere grad ordregiver et skøn til at definere, hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud. I litteraturen eksisterer der imidlertid også mere økonomiske tilgange til, hvornår der er tale om et unormalt lavt tilbud. Grith Skovgaard Ølykke argumenterer blandt andet for, at der skal ses på sammenhængen mellem profit og omkostninger, og hvor der således er tale om et unormalt lavt tilbud, når omkostningerne ved kontrakten ikke dækkes af prisen.¹⁵ Både Arrowsmith og Ølykkes definitioner danner rammerne for, hvad der i afhandlingen anses for et unormalt lavt tilbud. I afhandlingen vil der blive taget selvstændig stilling til, hvordan begrebet skal forstås i afsnit 3.3, og herefter vurderes det, hvorvidt afhandlingen tilslutter sig Arrowsmith eller Ølykkes definition. Når der i afhandlingen nævnes “tilsyneladende unormalt lavt tilbud” henvises der til, at tilbuddet endnu ikke er undersøgt, og det derfor er usikkert, hvorvidt tilbuddet anses for “unormalt lavt” i sidste ende.

¹⁴ Arrowsmith (2014): *The Law of Public and Utilities Procurement bind. 1*, s. 802

¹⁵ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 351-352

Når der i afhandlingen nævnes strategiske tilbud, henvises der til de situationer, hvor tilbudsgiver har udformet sit tilbud af strategiske årsager for at vinde det pågældende udbud. Dette kan eksempelvis skyldes en predatory pricing strategi, at virksomheden er konkurstruet, eller at virksomheden har til hensigt at udnytte den asymmetriske information mellem ordregiver og tilbudsgiver, og således afgive zero-pricing offers, hvoraf visse kategorier på tilbudslisten prissættes til nul kroner. Der vil i afhandlingen være særligt fokus på disse strategier i afsnit 2.4 til 2.4.3.1.

Evalueringsmodel

Når evalueringsmodel nævnes, henvises der til: *“Det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes besvarelse af forskellige kriterier for tildeling med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud”*, jf. UBL § 24, nr. 39.

Offentlige kontrakter

Når der i afhandlingen nævnes offentlige kontrakter, henvises der til: *“Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser”*, jf. UBL § 24, nr. 24.

Ordregiver

Når ordregiver omtales i afhandlingen henvises der til: *“Statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer”*, jf. UBL § 24, nr. 28.

Tilbudsgiver

Når tilbudsgiver omtales i afhandlingen, henvises der til: *“En økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud”*, jf. UBL § 24, nr. 34.

Udbudsmateriale

Når udbudsmaterialet nævnes i afhandlingen, henvises der til: *“De dokumenter, som ordregiveren udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt [...]”*, jf. UBL § 24, nr. 36.

1.6 Metode

1.6.1 Økonomisk metode

Til besvarelsen af den økonomiske problemformulering anvendes den induktive metode. Der er netop opstillet en problemformulering i afhandlingen, som ønskes belyst gennem de oplistede teorier nedenfor.¹⁶ Formålet med at anvende forskellige økonomiske teorier er at opnå en dybere forståelse af problemstillingen og at lave en nuanceret analyse af emnet. Ved at kombinere teorierne, vil analysen belyse forskellige aspekter af problemet, og bidrage med ny forskning på området. Den induktive tilgang giver dermed mulighed for at opdage ukendte sammenhænge og dermed bidrage til det økonomiske forskningsfelt.¹⁷

1.6.2 Økonomisk Teori

1.6.2.1 Neoklassisk teori

Besvarelsen af den økonomiske problemstilling tager afsæt i neoklassisk teori. Det ønskes netop undersøgt, hvordan et unormalt lavt tilbud påvirker konkurrencen. I forhold til valg af denne teori, skal det bemærkes at denne bruger situationsbegrænsningscentreret heuristik. Der tages derfor ikke højde for den enkelte virksomhedsadfærd, interne struktur mv. Det antages derimod, at virksomhederne agerer efter den markedssituation de befinder sig i.¹⁸ Valget af neoklassisk teori skal derfor suppleres med øvrige teorier for at besvare problemformuleringen fyldestgørende.

I forbindelse med inddragelse af neoklassisk teori er der desuden særligt fokus på velfærden, herunder særligt udviklingen i producer surplus, da det må antages at dette kan være med til at forklare incitamentet bag afgivelsen af et unormalt lavt tilbud.

Det fremgår af den hårde kerne i neoklassisk teori, at aktørerne har ubegrænset rationalitet og er profitmaksimerende.¹⁹ Af teoriens beskyttelsesbælte indgår ligeledes nogle omskiftelige hjælpehypoteser herunder markedsstrukturen og informationsforudsætningerne.²⁰

Markedsstrukturen vil i høj grad blive kommenteret i afhandlingen, jf. nedenfor samt afsnit 2.2.1.

¹⁶ Andersen (2008): *Den Skinbarlige virkelighed*, s. 35

¹⁷ Andersen (2019): *Den Skinbarlige virkelighed*, s. 36-37

¹⁸ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 55

¹⁹ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 54

²⁰ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 54

1.6.2.1.1 Bertrand-konkurrence

I forlængelse af neoklassisk teori inddrages Bertrand-modellen. Det vurderes at markedsstrukturen i en udbudssituation minder om markedsstrukturen oligopol, hvor der konkurreres på pris.

Forudsætningerne for modellen er, at aktørerne udbyder homogene produkter, de sætter priserne simultant, de har ingen kapacitetsbegrænsning, og de har de samme marginale omkostninger.²¹

Der er i afhandlingen opmærksomhed på, at der kan opstå et oligopol-problem i form af en uendelig regres, når det antages at de økonomiske aktører ikke blot er parametrisk rationelle, men også strategiske.²² Som følge af dette skal teorien om Bertrand-konkurrence derfor heller ikke ses som en del af det neoklassiske forskningsprogram, men som en videreudviklet teori.²³ I afhandlingen vil Bertrand fældens forudsætninger kritisk overvejes i forbindelse med inddragelsen af Bertrand-modellen.

1.6.2.2 Predatory pricing

For at belyse hvorfor aktørerne har incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, inddrages teorierne om predatory pricing. Ved predatory pricing vil virksomheder sænke priserne på deres produkter eller ydelser til under de marginale omkostninger for at skubbe konkurrenter ud af markedet. Efter de har opnået monopolstatus på markedet, vil de derefter hæve deres priser til monopolprisen.²⁴

Det bør fremhæves, at predatory pricing strategien har mødt kritik i litteraturen, især fra Chicago-skolen. Denne kritik går på, at antagelsen om rationelle aktører og fuld information underminerer holdbarheden af predatory pricing som en effektiv strategi. Ifølge Chicago-skolen vil det ikke være rationelt for den tabende tilbudsgiver at træde ud af markedet, på trods af at der bliver benyttet predatory pricing.²⁵ Den tabende tilbudsgiver er bevidst om, at den tilbudsgiver, som vinder kontrakten ved at benytte predatory pricing, på langt sigt ikke vil kunne opretholde priser under deres marginale omkostninger, grundet det tab de lider. Det vil derfor være mere rationelt for de tabende tilbudsgivere at blive på markedet og vente på, at den vindende tilbudsgiver bliver tvunget til at hæve priserne igen. Chicago-skolen argumenterer dermed for, at predatory pricing ikke vil

²¹ Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 186

²² Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 61

²³ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 64

²⁴ Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 317-320

²⁵ Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 317-318

kunne observeres i virkeligheden, da det ikke vil være en meningsfuld strategi for tilbudsgiver at forfølge.²⁶ Hensigten i denne afhandling er at modsige denne kritik og bevise, hvorfor predatory pricing ud fra et strategisk synspunkt kan være rationelt for den enkelte virksomhed.

1.6.2.2.1 Spilteori

For at analysere rationaliteten bag predatory pricing strategien i en udbudssituation, vil spilteori inddrages i form af et gentagne spil. En hovedforudsætning i spilteori er, at spillerne er individuelt rationelle og træffer derfor valg, der maksimerer egne payoffs.²⁷ Spillet "war of attrition" bliver opstillet for at vise, hvordan virksomheder agerer under en priskrig, og hvordan strategien påvirker konkurrencen på markedet.²⁸ Spillet har til hensigt at undersøge, hvorvidt en rationel virksomhed vil gøre brug af predatory pricing. Spillerne har fuldkommen information, og kender til hinandens payoffs og deres strategier. Spillerne har dog ikke perfekt information, da spillerne i både spil 1 og spil 2 skal træffe deres valg simultant.

På baggrund af spillet "war of attrition" undersøges det afslutningsvis, hvilken effekt predatory pricing strategien har for prisdannelsen samt producer surplus. Der vil heraf særligt være fokus på prisdannelsen under monopol.

1.6.2.3 Principal-agent-teori og teori om prisdiskrimination

Afslutningsvis behandler den økonomiske analyse de problemstillinger, som kan opstå som følge af den asymmetriske information mellem tilbudsgiver og ordregiver. Det skal heraf fremhæves, at principal-agent-teori ligesom neoklassisk teori ønsker at identificere komplette optimale løsninger på beslutningsproblemer. Forskellen ligger i, at der i principal-agent-teorien behandler en parametrisk usikkerhed frem for strukturel usikkerhed.²⁹ Den hårde kerne i principal-agent-teorien udgør maksimeringsrationalitet mere end begrænset rationalitet.³⁰ I afhandlingen tillægges det vægt, at ordregiver - som principal - ønsker den økonomiske fordelagtige tilbudsgiver, hvoraf arbejdet udføres som forventet, mens den vindende tilbudsgiver - som agent - ønsker at profitmaksimere. Dette kan på sin vis anses som to modsatrettede hensyn, hvilket kan give udfordringer i forbindelse med asymmetrisk information - herunder særligt adverse-selection (ex ante). Den økonomiske

²⁶ Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 318

²⁷ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 94

²⁸ Besanko, Dranove, Shanley og Schaefer (2010): *Economics of Strategy*, s. 320

²⁹ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 171

³⁰ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 172

analyse forklarer ikke, hvordan den asymmetriske information mindskes. Der henvises her til den integrerede analyse for nærmere redegørelse.

Den økonomiske analyse forholder sig til, at de afledte konsekvenser af den asymmetriske information kan føre til prisdiskrimination - nærmere bestemt 1. grads prisdiskrimination - hvorved "sælger" sætter prisen på et givet produkt til, hvad den enkelte "køber" maksimalt er villig til at betale for det. Prisen vil derfor være forskellig fra "køber" til "køber".³¹ Teorien om prisdiskrimination bruges særligt i forbindelse med zero-pricing offers, hvoraf det undersøges, hvilke økonomiske fordele en tilbudsgiver får ved at afgive et sådan tilbud. I forbindelse med inddragelsen af prisdiskrimination skal det fremhæves, at det antages, at tilbudsgiveren kender den enkelte ordregivers efterspørgselsbehov, og at tilbudsgiveren har mulighed for at fastsætte forskellige priser til forskellige ordregivere.³² Sidste del er uden tvivl opfyldt, men det diskuteres i den økonomiske analyse, hvorvidt første del er opfyldt.

1.6.3 Juridisk metode

I afhandlingen bliver retsteorien "Europæisk realistisk retspositivisme" anvendt, til at udlede gældende ret, og i afhandlingen tillægges således et monistisk syn på retten i Danmark på EU-regulerede områder.³³ Når der i denne afhandling behandles en udbudsretlig problemstilling, vil national ret og EU-ret anses for et samlet retssystem. Anvendelsen af denne retsteori til at finde gældende ret forudsætter, at der er konsensus mellem nationale domstole, lovgivere og forskere, da retsstillingen ellers er uklar.³⁴ Såfremt der er uoverensstemmelser mellem disse, vil dette fremhæves i afhandlingen inden der drages konklusioner. I de to nedenstående afsnit redegøres der derfor også for både nationale retskilder og EU-retskilder, da gældende ret skal findes i en integreret anvendelse af danske-, EU- og folkeretlige-retskilder.³⁵ De øvrige principper, som "Europæisk realistisk retspositivisme" bygger på, gennemgås herefter i afsnittet, hvor der redegøres for den retsdogmatiske metode.

³¹ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 412

³² Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 122

³³ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 557

³⁴ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 570

³⁵ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 570

1.6.3.1 Retskildelæren: EU-retskilder

Primærret

I afhandlingen kommenteres der ikke dybdegående på særskilte traktatbestemmelser, da det ikke findes relevant i forbindelse med besvarelse af afhandlingens problemformulering. TEUF's bestemmelser om fri bevægelighed bliver dog behandlet overfladisk i afhandlingen, da der er en øget bevidsthed om, at Udbudsdirektivet har til hensigt at understøtte det indre marked.³⁶ Ligeledes nævnes TEUF art. 107, stk. 2 og 3 - angående statsstøtte - kort.

Der er desuden en generel opmærksomhed på, at primærretten anses som EU's forfatningsgrundlag, jf. Les Verts-dommen,³⁷ Præmis 23, og at sekundærret skal ses i sammenhæng med traktaterne samt at primærretten har forrang overfor sekundærregulering, som har forrang overfor ikke-bindende ret.³⁸

Sekundærret

I afhandlingen behandles sekundærret i form af Udbudsdirektivet, som er et minimumsharmoniseringsdirektiv.³⁹ Afhandlingens primære fokus er at belyse Udbudsdirektivets art. 69 vedrørende unormalt lave tilbud samt de hertil relevante præambelbetragtninger, men øvrige artikler som er relevante i forbindelse med afhandlingens problemformulering vil ligeledes blive belyst. Der kan hertil nævnes Udbudsdirektivet art. 55, som er særligt relevant i forbindelse med ordregivers begrundelsespligt, og Udbudsdirektivet art. 18, stk. 2 angående tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser.

I forbindelse med brugen af Udbudsdirektivet skal det ligeledes nævnes, at direktivet ikke har umiddelbar anvendelighed i Danmark.⁴⁰ Udbudsdirektivet er implementeret i Danmark gennem Udbudsloven, og det er derfor relevant at se nærmere på Udbudsdirektivet, da EU-retten har forrang over for national ret, jf. Costa/ENEL-dommen⁴¹ samt afhandlingens valgte retsteori "Europæisk realistisk retspositivisme".

³⁶ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 45-46

³⁷ Sag C-294/83, Miljøpartiet "Les Verts" mod Europa-Parlamentet. Domstolens dom af 23. april 1986.

³⁸ Neergaard og Nielsen (2020): *EU-ret*, s. 121-122

³⁹ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 73

⁴⁰ Neergaard og Nielsen (2020): *EU-ret*, s. 221

⁴¹ Sag C-6/64, Flaminio Costa mod ENEL. Domstolens dom af 15. juli 1964.

Praksis

Praksis fra EU-Domstolen anvendes til at understøtte fortolkningen af Udbudsdirektivets bestemmelser. Da EU-Domstolen ikke følger stare decisis doktrinen, men i stedet anvender en dynamisk fortolkningsstil,⁴² er der et øget fokus på, hvorvidt EU-Domstolen har afvejet sig fra egen praksis. Dette forekommer dog sjældent.⁴³

Der vil i afhandlingen blive inddraget enkelte domme, som er afsagt uden for Udbudsdirektivets anvendelsesområde. Det vurderes, at disse domme fortsat er relevante, da de kan anvendes analogt som følge af, at bestemmelsen angående unormalt lave tilbud er relativt ens på tværs af de direktiver, som regulerer offentlige indkøb.

I forbindelse med praksis fra EU-Domstolen inddrages desuden også generaladvokatens forslag til afgørelser som fortolkningsbidrag, jf. TEUF art. 252.

Soft law

Soft law er ikke-bindende sekundærregulering, jf. TEUF art. 288. Soft law bruges dog som fortolkningsbidrag, på trods af at disse ikke har hjemmel, da ikke-bindende retsakter skal inddrages, når national ret, der implementere EU-ret, skal fortolkes, jf. Grimaldi-dommen.⁴⁴ Der bliver i afhandlingen inddraget "Grønbog om offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden"⁴⁵ i forbindelse med fastlæggelse af formålet bag Udbudsloven.

1.6.3.2 Rekildelæren: Nationale retskilder

I forhold til national ret skal det fremhæves, at der ikke er nogen rangorden mellem regulering og praksis.⁴⁶ Nedenfor gennemgås de dog særskilt.

Regulering

I forbindelse med regulering bør det nævnes, at der er et reguleringshierarki, jf. lex superior-princippet, hvorefter en trinøjere retsregel går forud. Det indebærer således at bekendtgørelser skal

⁴² Neergaard og Nielsen (2020): *EU-ret*, s. 154

⁴³ Neergaard og Nielsen (2020): *EU-ret*, s. 154

⁴⁴ Sag C-322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles. Domstolens dom (Anden Afdeling) af 13. december 1989.

⁴⁵ KOM(96) 583

⁴⁶ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 61

have hjemmel i lov, og lov ikke må være i strid med Grundloven.⁴⁷ Afhandlingens juridiske analyse beskæftiger sig udelukkende med Udbudsloven. Udbudsloven er ikke i strid med Grundloven, og der kommenteres derfor ikke yderligere på Grundloven eller reguleringshierarkiet.

Pligtregler bliver hovedsageligt behandlet i afhandlingen, da disse beskriver handlemåder,⁴⁸ og Udbudsloven derfor som følge heraf primært består af denne type bestemmelser.

Retspraksis

I forhold til retspraksis inddrages en række kendelser fra Klagenævnet for Udbud. Modsat EU-Domstolen udtaler Klagenævnet sig ikke om generel fortolkning, men fokuserer i højere grad på konkret retsanvendelse.⁴⁹ Klagenævnets kendelser giver en god indikation på, hvad der gælder i forskellige udbudssituationer,⁵⁰ og de er derfor også relevante at inddrage i afhandlingen. Det skal desuden nævnes, at Klagenævnet anses som en ret, jf. TEUF art. 267, og de har derfor mulighed for at stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen.

Retssædvaner og Forholdets natur

I afhandlingen bliver forholdets natur i form af de udbudsretlige principper inddraget, herunder ligebehandling-, proportionalitet- og gennemsigtighedsprincippet.

Fortolkningsbidrag

I afhandlingen anvendes lovbemærkningerne til de enkelte bestemmelser samt rapporter fra udbudslovsudvalget, som fortolkningsbidrag. Det skal i den forbindelse nævnes, at disse ikke har hjemmel.⁵¹ I afhandlingen vil der ligeledes blive henvist til juridisk forskning på området fra Sue Arrowsmith og Grith Skovgaard Ølykke.

1.6.3.3 Retsdogmatisk metode

For at finde frem til, hvad et unormalt lavt tilbud er, og hvorvidt et strategisk tilbud kan udelukkes på baggrund af UBL § 169 - og dermed med andre ord finde frem til de lege lata - anvendes den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode tager udgangspunkt i følgende rækkefølge:

⁴⁷ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 81

⁴⁸ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 79

⁴⁹ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 77

⁵⁰ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 77

⁵¹ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 77

Faktum, retsfaktum, jus og afslutningsvis retsfølge,⁵² hvor af retsfaktum i indeværende afhandling skal ses som den juridiske problemstilling.

Som følge af den retsdogmatiske metode anvendes retskilderne desuden systematisk, eftersom retskilderne skal anvendes i en specifik rækkefølge.⁵³ Afhandlingen vil derfor tage udgangspunkt i regulering, herefter retspraksis og til sidst forholdets natur.

Da den juridiske analyse har til hensigt at finde frem til en gyldig retsfølge, anvendes der ligeledes fortolkningsregler. Dette indebærer således, at der i analysen anvendes objektiv og subjektiv formålsfortolkning, samt at objektiv ordlydsfortolkning vil blive anvendt til at analysere de enkelte bestemmelser. Ligeledes vil de enkelte bestemmelser i Udbudsloven i videst muligt omfang blive fortolket EU-konformt, jf. Von Colson-dommen.⁵⁴

1.6.4 Integreret metode

På baggrund af den juridiske og økonomiske analyse udarbejdes den integreret analyse. Denne analyse forholder sig til retspolitik - de lege ferenda - frem for gældende ret. Formålet med denne del af afhandlingen er netop at finde ud af, hvordan retsstillingen bør være,⁵⁵ og dermed finde frem til, hvordan risikoen ved de økonomiske konsekvenser, der omtales i den økonomiske analyse, mindskes. I afhandlingen er der fokus på at fremsætte et reguleringsforslag, som kan nedbringe den asymmetriske information. Der vil i afhandlingen blive undersøgt effekten af reguleringsforslaget ved brug af spilteori, hvoraf fokus vil være på Nash equilibrium. Som led i opsætning af spillernes payoff inddrages lov om Klagenævnet for Udbud⁵⁶ kortvarigt.

Som følge af at lovgivningsprocessen særligt inden for EU kan være lang, diskuteres det hvilke muligheder ordregiver har efter de gældende regler på nuværende tidspunkt, for at mindske tilbudsgivers incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud. Der ses i afhandlingen nærmere på, hvorvidt ordregiver kan gøre brug af egnethedskrav, kontraktklausuler

⁵² Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 36

⁵³ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 61

⁵⁴ Sag 14/83, Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen. Domstolens dom af 10. april 1984.

⁵⁵ Tvarnø og Nielsen (2021): *Retskilder og retsteorier*, s. 546

⁵⁶ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

samt hvilken evalueringsmodel, ordregiver bør anvende. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om evalueringsmodeller anvendes som inspiration i analysen.

1.7 Struktur

Kapitel 1 præsenterer afhandlingens emne og problemformuleringer, analyseniveau samt afgrænsning, og der redegøres herefter for de valgte metoder der anvendes til at analysere indeværende problemformulering.

Kapitel 2 besvarer den økonomiske problemstilling. Det undersøges i dette kapitel, hvordan et strategisk / unormalt lavt tilbud kan påvirke de enkelte markeder, og hvilke incitament tilbudsgiver har til afgive et unormalt lavt tilbud. I forbindelse hermed har afhandlingen fokus på predatory pricing, konkurstruede virksomheder og prisdiskrimination.

Kapitel 3 besvarer den juridiske problemstilling. Der undersøges derfor, hvad et unormalt lavt tilbud er, og hvorvidt et strategisk tilbud udelukkes på baggrund af UBL § 169, som implementerer Udbudsdirektivets art. 69.

Kapitel 4 besvarer den integrerede problemstilling, og det undersøges derfor, hvordan risikoen for et strategisk / unormalt lavt tilbud mindskes. Dette gøres ved at se på, om ordregiver har tiltag, der kan mindske tilbudsgivers incitament, og hvorvidt lovgivningen bør nedbringe den asymmetriske information.

Kapitel 5 vil afslutningsvis sammenfatte besvarelsen af de tre problemstillinger i en samlet konklusion, som besvarer afhandlingens problemformulering.

Kapitel 2 - Økonomisk analyse

2.1 Indledning

Baseret på den neoklassiske teori, vil dette kapitel indledes med en analyse af, hvordan tilbudsgiverne fastsætter deres tilbud. Herunder ses der nærmere på, hvorvidt antagelserne for Bertrand-fælden er opfyldt. Det vil dernæst blive undersøgt, hvilket incitament tilbudsgiver har for at afgive et unormalt lavt tilbud. Det undersøges blandt andet ved brug af spilteori, hvorvidt det kan anses som rationelt for tilbudsgiveren at anvende predatory pricing.

2.2 Prisfastsættelse

Som nævnt i kapitel 1 er hensigten bag udbudsreglerne at understøtte det frie marked og sikre en effektiv konkurrence.⁵⁷ Det må derfor lægges til grund, at effekten bag fuldkommen konkurrence er det, som udbudsreglerne ønsker at opnå. Under fuldkommen konkurrence vil der være en effektiv ressourceallokering som følge af, at forbrugerne/ordregiveren nyttemaksimerer, og at leverandøren maksimerer profitten.⁵⁸ Leverandøren vil i denne konkurrenceform blive pristager, og derfor blive tvunget til at sætte sin pris lig de marginale omkostninger, for at bevare sin eksistens på markedet. Dette skyldes blandt andet, at der er tale om homogene produkter, hvor leverandøren ikke vil kunne differentiere sig gennem prisen, og derfor er nødsaget til at acceptere markedsprisen, som fastsat ved udbud og efterspørgsel.⁵⁹ Det er dog en forudsætning for fuldkommen konkurrence, at der er fri adgang samt udtrædelse af markedet, hvor der er ingen (eller lave) adgangsbarriere, da det sikrer, at der altid vil være konkurrence på markedet.⁶⁰

2.2.1 Bertrand-konkurrence

Imidlertid er forudsætningerne for fuldkommen konkurrence næppe til stede i en udbudssituation, da antallet af tilbudsgivere er begrænset, hvilket ikke opfylder forudsætningen i fuldkommen konkurrence om mange aktører på markedet.⁶¹ En udbudssituation minder i langt højere grad om konkurrenceformen oligopol, hvor der er Bertrand-konkurrence, da der er tale om et begrænset antal tilbudsgivere, der vil konkurrere om at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I forbindelse med Bertrand-konkurrence bør det fremhæves, at dette ligeledes kan føre til en effektiv ressourceallokering som i fuldkommen konkurrence, dog under forudsætning af, at betingelserne

⁵⁷ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 45-46

⁵⁸ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 83

⁵⁹ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 247

⁶⁰ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 248

⁶¹ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 247

for Bertrand-fælden er opfyldt. Tilbudsgiverne vil netop i dette tilfælde underbyde hinanden til prisen er lig med de marginale omkostninger.⁶²

Forudsætningerne for Bertrand-fælden er opfyldt når: I) Der prisfastsættes samtidig, II) der udbydes homogene produkter, III) der forekommer ingen kapacitetsbegrænsninger og IV) de har de samme marginale omkostninger.⁶³

Ad I) Simultan prisfastsætte

Det må alt andet lige siges, at der er tale om samtidig prisfastsættelse, da der ved udbud bliver sat en tilbudsfrist, hvor tilbudsgiver skal afgive deres tilbud. Desuden må ordregiver ikke åbne tilbuddene før denne frist, og det vurderes derfor, at antagelsen om simultan prisfastsættelse er opfyldt.

Ad II) Homogene produkter

I forhold til, hvorvidt tilbudsgiverne udbyder homogene produkter, vurderes det, at kravspecifikationerne vil have betydning for, hvorvidt der er tale om homogene produkter. På den ene side, vil der forekomme udbud inden for markeder, hvor produktdifferentiering er stor. På den anden side vil der i udbudsmaterialet være kravspecifikationer, som oplister en række kriterier, som varen/ydelsen skal leve op til, hvilket alt andet lige vil medføre, at produkterne vil blive mere homogene. Det vil derfor have stor betydning for, hvorvidt der er tale om homogene produkter, hvor specifikke og detaljerede kravspecifikationerne er.

Ad III) Ingen kapacitetsbegrænsninger

I udbudsmaterialet fremgår det, hvilke krav ordregiver stiller til tilbudsgivers tilbud. Tilbudsgiver vil derfor have læst og vurderet, at de har kapaciteten for at kunne opfylde kravene til tilbuddet, inden de byder ind på udbuddet. Det vurderes derfor, at der ikke er nogen kapacitetsbegrænsninger for tilbudsgiver i en udbudssituation, da potentielle tilbudsgiver ikke vil byde ind på et udbud, hvor de ikke har kapacitet til at dække ordregivers behov.

⁶² Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 189-191

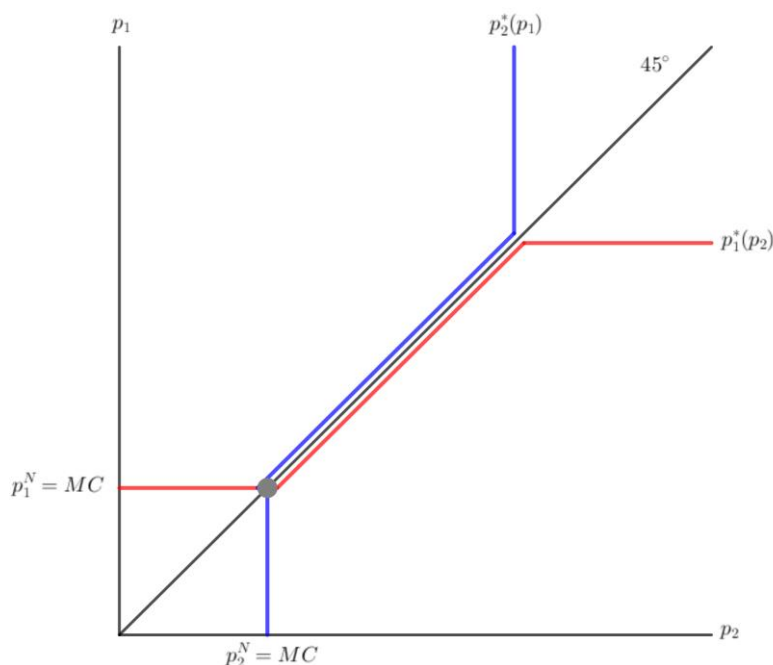
⁶³ Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 189-191

Ad IV) Samme marginale omkostninger

På den ene side vil virksomhederne ikke have samme marginale omkostninger, da der kan forekomme stordriftsfordele for visse virksomheder, som vil mindske deres marginale omkostninger.⁶⁴ På den anden side vil virksomhederne levere samme produkt, som formodningsvist må blive fremstillet på samme måde. Det må derfor antages, at virksomhederne i begrænset omfang vil have forskellige marginale omkostninger, som følge af produktionsprocessen må forventes at være ens.

Sammenfatning

Ud fra ovenstående må det derfor vurderes, at betingelserne for, at Bertrand-fælden vil forekomme, er opfyldt. Dette medfører, at tilbudsgiverne vil konkurrere prisen ned til deres marginale omkostninger for at vinde udbuddet, jf. figur 2 nedenfor. Virksomhederne vil derfor ikke opnå en profit, da prisen kun dækker omkostninger forbundet med at opfylde kontrakten. Situationen minder altså om fuldkommen konkurrence, hvor man vil opnå en effektiv ressourceallokering, hvilket stemmer overens med Udbudslovens formål som omtalt tidligere.



Figur 2: Inspireret af Luís M. B. Cabral, 2017, figur 8.2, side 188.

⁶⁴ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 229

Figur 2 ovenfor viser to virksomheders reaktionsfunktion som er henholdsvis rød og blå. Da der er tale om Bertrand-konkurrence er priserne ud af henholdsvis X- og Y-aksen. Figuren viser, at virksomhederne vil blive ved med at sænke prisen til den er lig med MC.

2.3 The winners curse

Under forudsætning af, at tilbudsgiverne prisfastsætter lig med deres marginale omkostninger, må det alt andet lige antages, at en af årsagerne bag unormalt lave tilbud kan være, at tilbudsgiverne foretager et forkert skøn af de omkostninger, som er forbundet med udbuddet. På den anden side baserer tilbudsgivers skøn sig på historiske data, og denne årsag må derfor anses for at have begrænset betydning for erfarne tilbudsgivere.⁶⁵

Der bør samtidig fremhæves, at i de situationer, hvor der er tvivl om efterspørgslen, vil usikkerheden omkring produktionsomkostningerne alt andet lige være mere kompleks. Dette er blandt andet tilfældet, når udbuddet vedrører en rammeaftale, da det ikke vides på forhånd, hvor ofte der gøres brug af rammeaftalen.⁶⁶ Hvis tilbudsgiver tillægger et for optimistisk syn på efterspørgslen, kan det medføre at tilbudsgiveren bliver ramt af "The winners curse", hvoraf tilbudsgiveren underbyder kontrakten, fordi tilbudsgiveren kun tager højde for de estimerede omkostninger. Dette kan på kort sigt anses som fordelagtigt for ordregiver, da de modtager et lavt bud, men på lang sigt kan tilbudsgivers økonomiske situation tvinge dem til at omkostningsreducere og dermed forringe kvaliteten på deres produkt/ydelse, hvilket vil komme ordregiver til skade.⁶⁷

På baggrund af ovenstående kan det derfor antages, at effektive og erfarne tilbudsgivere kan gøre brug af tidligere erfaringer for at undgå et fejlestimat og "The winners curse", hvorimod uerfarne og mindre effektive tilbudsgivere i højere grad vil have tendens til at underbyde. Dette kan skabe et problem i de situationer, hvor der ikke tages højde for tilbudsgiverens informationsmængde, da det vil medføre, at ordregiver ikke kan tildele kontrakten til den effektive og erfarne tilbudsgiver grundet underbud fra de øvrige tilbudsgivere.⁶⁸ Der kan således skabes en situation, hvor de erfarne virksomheder tvinges ud af det offentlige marked grundet unormalt lave tilbud.

⁶⁵ Harrower (1999): *Abnormally Low Tenders - Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*, s. 14

⁶⁶ Dimitri, Piga og Spagnolo (2006): *Handbook of Procurement*, s. 147

⁶⁷ Dimitri, Piga og Spagnolo (2006): *Handbook of Procurement*, s. 149-150

⁶⁸ Dimitri, Piga og Spagnolo (2006): *Handbook of Procurement*, s. 153-154

2.4 Virksomhedens situation

På baggrund af ovenstående afsnit om Bertrand-konkurrence ses der nærmere på, hvilke strategiske incitamenter den enkelte virksomhed kan have til at afgive et unormalt lavt tilbud, da incitamentene kan afhænge af den enkelte virksomheds situation. Nedenfor fokuseres derfor på henholdsvis store virksomheder, konkurstruede virksomheder, og afslutningsvis fokuseres der på virksomheders udnyttelse af asymmetrisk information.

2.4.1 Predatory pricing

Årsagen til afgivelsen af et unormalt lavt tilbud kan i langt højere grad være strategisk. Da der konkurreres på pris, kan det netop overvejes, hvorvidt tilbudsgiver reelt vil bruge strategien predatory pricing, når de afgiver et tilbud. Predatory pricing forekommer, når tilbudsgiver sætter deres pris på deres tilbud lavere end deres marginale omkostninger, for at vinde et udbud.⁶⁹

Konkurrenterne vil derfor tvinges ud af det offentlige markedet, fordi de ingen udbud vinder. For at predatory pricing strategien er rationel for en virksomhed, er det nødvendigt, at virksomheden enten er tilstrækkelig stor eller har andre forretningsområder, som kan kompensere for tabet, som den vil lide under benyttelsen af strategien.⁷⁰ Det skal hertil også nævnes, at en forudsætning for predatory pricing er, at tilbudsgiver vil hæve prisen igen, når de har opnået en monopolstatus på markedet.

Som nævnt i afsnit 1.6.2.2 har predatory pricing strategien mødt kritik fra Chicago-skolen, da antagelsen om rationalitet og fuld information vil medføre, at det ikke er en effektiv strategi.⁷¹

Modsat kan det argumenteres, at predatory pricing i virkeligheden kan være fordelagtig og rationel for tilbudsgivere at benytte. I en kontekst, hvor der ikke er fuldkommen information på markedet, modsat Chicago-skolen, kan predatory pricing fungere som et signal fra en tilbudsgiver til dens konkurrenter. Da virksomhederne ikke har information om hinandens marginale omkostninger, vil tilbudsgiveren kunne benytte predatory pricing for at signalere, at de har lavere marginale omkostninger end deres konkurrenter, selvom dette ikke nødvendigvis er tilfældet.⁷² De virksomheder, der ikke benytter predatory pricing, vil derfor tro, at de ikke er konkurrencedygtige på markedet grundet en overbevisning om, at deres egne marginale omkostninger er højere. Det vil derfor være deres rationelle valg at udtræde af det offentlige marked, fordi de ikke vil kunne opnå

⁶⁹ Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 317-320

⁷⁰ Bishop og Walker (2002): *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, s. 220

⁷¹ Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 317-318

⁷² Cabral (2017): *Introduction to Industrial Organization*, s. 319

profit. Rationalet bag predatory pricing kan således skyldes, at den enkelte virksomhed ønsker at sende et signal, der vil øge sandsynligheden for at konkurrenterne forlader markedet.⁷³

På den måde kan predatory pricing være en rationel strategi i kontekst, hvor der ikke er fuld information på markedet, hvilket typisk er tilfældet i udbudssituationer, hvor tilbudsgiverne ikke får oplyst, hvem de øvrige tilbudsgivere er, mens udbudsproceduren kører.

2.4.1.1 War of attrition

Tilbudsgivers incitament til at benytte predatory pricing strategien kan således udledes i en form for war of attrition spil. Det skal i den forbindelse fremhæves, at den tidligere antagelse i neoklassisk teori, om at aktørerne på markedet er parametriske rationelle, erstattes af en antagelse om, at de er strategisk rationelle. Denne ændring indebærer således, at virksomhederne ikke længere betragter deres situation som givet udefra, men i højere grad determineres af de andre virksomheder på markedet.⁷⁴ Ændringen foretages som følge af, at flere spilteoretiske forskere har påpeget, at virksomheder ikke vil basere deres beslutning om at træde ind eller ud af et marked på baggrund af den eksisterende pris, men på baggrund af den forventede fremtidige pris.⁷⁵

For at tydeliggøre det rationelle valg bag predatory pricing strategien antages det, at der er to potentielle tilbudsgivere på markedet, som henholdsvis er spiller A og B. Det antages ligeledes at gevinsten ved at opnå monopol er større end omkostningerne ($M > c$).⁷⁶ Spillerne kan vælge mellem to strategier:

1. Bruge predatory pricing og få monopol på det offentlige marked.
2. Ikke bruge predatory pricing og dermed tabe udbuddet, da de ved, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil vinde. Spilleren træder således ud af det offentlige marked.

Spillerne træffer deres valg simultant, og indeværende eksempel tager udgangspunkt i to runder. Som følge heraf antages det, at spillerne enten byder igen under genudbud eller der kommer et lignende udbud hos en anden ordregiver. Principielt kan spillet dog ligeledes anses som infinit og således fortsætte, indtil en af spillerne forlader markedet.

⁷³ Kate og Niels (2002): *On the rationality of predatory pricing: the debate between Chicago and post-Chicago*, s. 23

⁷⁴ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 30

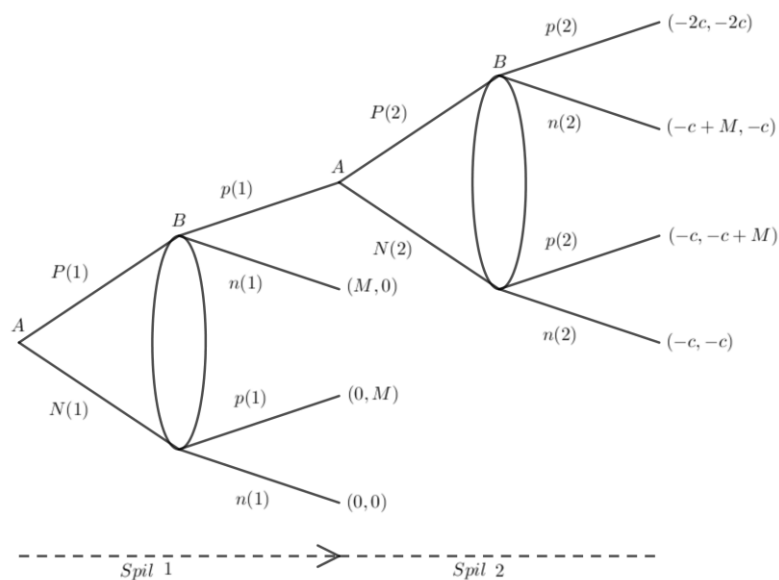
⁷⁵ Knudsen (1997): *Økonomisk metodologi bind 2*, s. 105

⁷⁶ Polak (2008): *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*

Hvis den ene spiller ikke bruger predatory pricing, og bliver tvunget ud af markedet, vil den tilbageværende spiller få en gevinst "M", som følge af at virksomheden nu er den eneste på markedet, og har vundet udbuddet. Spilleren vil dog samtidig lide tabet ved at bruge predatory pricing. Dette tab angives "c".

Hvis begge spillere vælger ikke at anvende predatory pricing, så vil de opnå et payoff på 0, som følge af, hverken den tabende eller vindende tilbudsgiver vil opnå en profit, jf. Bertrand-fælden, som beskrevet i afsnit 2.2.1.

Hvis begge spillere derimod vælger at bruge predatory pricing, vil begge spillere have omkostningen forbundet med at bruge predatory pricing. Det antages desuden, at omkostninger påført i tidligere runder skal anses som sunk cost i de efterfølgende runder, hvorfor de ikke tages i betragtning, når spillerne træffer deres strategi-valg.⁷⁷



Figur 3: Inspireret af Ben Polak, 2008, Lecture 20

I figur 3 ovenfor ses et gentagne spil i form af to simultane spil, hvoraf cirklen afspejler, at spillerne i det enkelte spil træffer sine valg simultant. "P" illustrerer situationen hvor spiller A anvender predatory pricing, og "N" illustrerer situationen hvor spiller A ikke anvender predatory. Lille "p" og "n" illustrerer på samme vis B's valg. Nedenfor vil de enkelte payoffs blive uddybet.

⁷⁷ Polak (2008): *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*

Ingen spillere bruger predatory pricing - Spil 1

I spil 1 ses det, at hvis begge spillere vælger ikke at bruge predatory pricing, så vil de opnå et payoff på $(0,0)$, jf. figur 3. Dette sker som følge af Bertrand-fælden. Bertrand-fælden vil medføre, at virksomhederne vil ende i en situation, hvor ingen vil opnå en profit, da ingen af virksomhederne vil kunne sætte deres pris højere end deres marginale omkostninger, jf. afsnit 2.2.1.

Virksomhederne vil derfor ikke have noget incitament til at ende i denne situation, da de ikke vil opnå en gevinst.

Den ene virksomhed bruger predatory pricing, den anden gør ikke - Spil 1

Hvis spiller A vælger at anvende predatory pricing strategien, og spiller B sætter deres pris almindeligt, vil spiller A opnå monopol på markedet, mens spiller B ikke opnår noget, hvorfor payoffene i figur 3 bliver $(M,0)$. Det samme gælder omvendt, hvis spiller A sætter sin pris almindeligt og spiller B opnår monopol. Her vil payoffene i figur 3 blive $(0,M)$. Denne strategi skal ses i lyset af, at virksomheden, der anvender predatory pricing, i de efterfølgende lignende udbud, har mulighed for at hæve prisen til monopolpris som følge af, at de er de eneste på markedet, jf. afsnit 2.4.1.2 nedenfor.

Begge bruger predatory predatory pricing - Spil 1

Hvis begge spillere derimod vælger at anvende predatory pricing, så afhænger payoff af udfaldet i spil 2, og der skal derfor ses nærmere på spil 2 i figur 3. På kort sigt må det dog fastslås, at strategien vil medføre omkostninger for begge virksomheder.

Ingen bruger predatory pricing - Spil 2

Hvis begge spillere i anden periode ikke benytter predatory pricing, vil payoffene blive $(-c,-c)$, jf. figur 3, da spillerne stadig vil have omkostningerne for første periode, uden at de har opnået en profit på baggrund af udbuddet i spil 2. Begge spillere vil dermed udelukkende have opnået en omkostning ved at bruge predatory pricing i første spil. Dette udfald vil finde sted, hvis virksomhederne af økonomiske årsager er tvunget til at fravælge predatory pricing. Udfaldet vil derfor være aktuelt i situationer, hvor virksomhederne ikke længere kan opveje tabet med gevinsten fra øvrige forretningsområder, herunder det private marked.

Den ene bruger predatory pricing og den anden gør ikke - Spil 2

Hvis spiller A i anden periode bruger predatory pricing, men spiller B nu sætter sin pris almindeligt, vil spiller A have omkostningen ved at bruge predatory pricing i første periode, men A vil samtidig opnå en gevinst ved at få monopol på markedet i anden periode. Spiller B vil lide tab for at bruge predatory pricing i første periode, og vil ikke opnå noget i spil 2, da virksomheden vil tabe udbuddet. Payoffene vil derfor blive $(-c+M,-c)$, jf. figur 3. Det samme kan siges modsætningsvist, hvis spiller B i anden periode bruger predatory pricing, mens spiller A sætter sin pris almindeligt. Da vil payoffet i figur 3 blive $(-c,-c+M)$.

Årsagen til at den ene virksomhed trækker sig, må som omtalt ovenfor være de økonomiske omkostninger som predatory pricing strategien medfører, og det er således forventeligt at det er virksomheden med den bedste soliditet, der vil opretholde predatory pricing strategien til den konkurrerende virksomhed har forladt det offentlige marked. Det uddybes nærmere nedenfor, i forbindelse med mixed strategies, hvilke faktorer der spiller ind i spillernes strategivalg.

Begge bruger predatory pricing - Spil 2

Hvis begge virksomheder vælger at bruge predatory pricing i anden periode, vil vi ende i et payoff, hvor begge har lidt et tab ved at bruge predatory pricing i første og anden periode, men hvor ingen af virksomhederne har opnået gevinsten ved monopol på markedet, hvorfor payoffene er $(-c-c,-c-c)$, jf. figur 3. Spillet vil derfor i princippet gentage sig.

Løsning på spillet

Som nævnt ovenfor, antages omkostningerne forbundet med første runde som værende sunk cost, hvorfor de ikke tages i betragtning i anden periode.⁷⁸ Spilmatrixen for spil 2 kan således opsættes på følgende måde:

⁷⁸ Polak (2008): *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*

		B	
		p(2)	n(2)
A	P(2)	-c, -c	M*, 0*
	N(2)	0*, M*	0, 0

-c+
(Sunk cost)

Figur 4: Inspireret af Ben Polak, 2008, Lecture 20

Figur 4 ovenfor viser spilmatrixen for spil 2 med de dertilhørende payoffs, når der ses bort fra de sunk cost. De enkelte spilleres bedste svar er illustreret med “*”.

Ud fra matrixen kan det således udledes, at der er to pure strategy Nash equilibrium i henholdsvis (0,M) og (M,0). Det kan derfor udledes, at den bedste strategi er at træde ud af udbuddet/markedet, når den anden spiller benytter predatory pricing. Dog er dette ikke en stabil Nash equilibrium, og der bør derfor ses nærmere på mixed strategy Nash equilibrium.

For at finde spiller B's mixed-strategy gøres spiller A indifferent mellem de to strategier. Spiller B vil bruge predatory pricing med sandsynligheden p , og spiller B vil ikke benytte predatory pricing med sandsynlighed $(1-p)$. Som følge af antagelsen om, at spiller A skal være indifferent, opstilles de to givne payoffs med sandsynligheder:⁷⁹

- Hvis spiller A vil bruge predatory pricing: $-c \cdot p + M \cdot (1 - p)$
- Hvis spiller A ikke vil bruge predatory pricing: $0 \cdot p + 0 \cdot (1 - p)$, hvilket er 0.

De strategier sættes herefter lig med hinanden:

$$-c \cdot p + M \cdot (1 - p) = 0$$

$$p = \frac{M}{c + M}$$

⁷⁹ Polak (2008): *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*

Spiller A vil derfor bruge predatory pricing med sandsynligheden: $p = \frac{M}{c+M}$. Det kan således konstateres, at mixed-strategy Nash equilibrium for at bruge predatory pricing i perioden sker med sandsynligheden $\frac{M}{c+M}$.

For at finde sandsynligheden for at spiller A ikke bruger predatory pricing indsættes nu ovenstående sandsynlighed i payoffet ved strategien predatory pricing:

$$-c \cdot \frac{M}{c+M} + M(1-p) = 0$$

$$(1-p) = \frac{c}{c+M}$$

Derfor er sandsynligheden for at spiller A ikke bruger predatory pricing $\frac{c}{c+M}$. Det kan således konstateres, at mixed-strategy Nash equilibrium for ikke at bruge predatory pricing i perioden sker med sandsynligheden $\frac{c}{c+M}$.

Med disse mixed-strategy Nash equilibrium kan payoffene ved de to strategier udledes:

- Med predatory pricing: $-c \cdot \frac{M}{c+M} + M \cdot \frac{c}{c+M}$
- Uden predatory pricing: $0 \cdot \frac{M}{c+M} + 0 \cdot \frac{c}{c+M} = 0$

Da spiller A er indifferent, og payoffet ved ikke at bruge predatory pricing er 0, så må det alt andet lige betyde, at strategien ved at bruge predatory pricing ligeledes er 0. Derfor vil spillerne ved at bruge mixed-strategy i periode to opnå et payoff på 0.⁸⁰

Det kan ligeledes udledes, at "mixed-strategy Nash equilibrium" vil være, hvis begge spillere benytter predatory pricing med sandsynligheden $p^* = \frac{M}{c+M}$. The mixed sub-game perfect equilibrium er således: $(p^*, p^*), (p^*, p^*)$, hvorefter deres forventet payoff som nævnt er 0.⁸¹ Sandsynligheden for, at begge virksomheder bruger predatory pricing vil således være $p^* \cdot p^*$ i første spil og altså $(p^*)^4$ i andet spil. Sandsynligheden vil derfor mindskes per spil,⁸² og på baggrund af $p^* = \frac{M}{c+M}$ kan det ligeledes ses, at sandsynligheden mindskes, når omkostningerne øges.

⁸⁰ Polak (2008): *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*

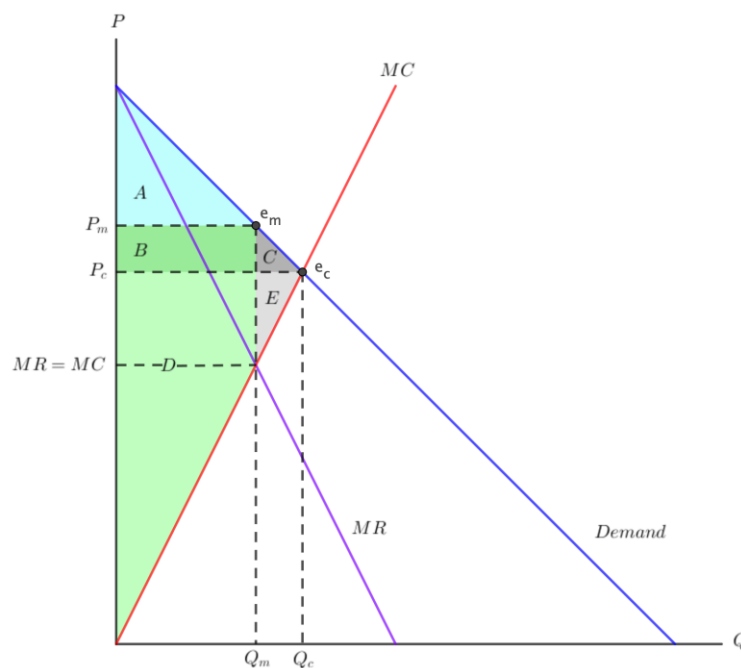
⁸¹ Polak (2008): *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*

⁸² Polak (2008): *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*

Strategien vil derfor på længere sigt medføre, at den ene spiller forlader det offentlige marked for den respektive ydelse/varer, mens den anden opnår en monopolstatus.

2.4.1.2 Effekt af predatory pricing strategien

Tilbudsgivers incitament til predatory pricing strategien må derfor antages, at anvendes til det formål at erhverve en betydelig markedsandel, og dermed opnå en monopol-tilstand. Efter konkurrenternes udtrækning fra markedet, vil den vindende tilbudsgiver kunne hæve priserne igen. Dette skyldes monopol-tilstanden, hvor den vindende tilbudsgiver nu er prissætter frem for pristager. Virksomheden vil derfor - modsat under Bertrand-konkurrence og fuldkommen konkurrence - maksimere sin profit ved at sætte en monopolpris.⁸³ Dette må desuden ses i lyset af, at virksomheden har incitament til at forsøge at opnå kompensation for de sunk cost, som predatory pricing har medført, jf. afsnittet ovenfor. Dette vil dog medføre et dødvægtstab - som illustreret nedenfor i figur 5 med bogstaverne C og E - og det vil derfor ikke medføre en effektiv ressourceallokering.⁸⁴ Der er således tale om en ineffektiv produktion/forbrug, da prisen ikke længere er lig med MC.



Figur 5: Inspireret af Jeffrey M. Perloff, 2018, figur 11.5, side 383.

⁸³ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 368

⁸⁴ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 382-383

Figur 5 viser prisdannelsen under monopol. Den blå linje illustrerer efterspørgselskurven, mens den røde linje illustrerer monopolvirksomhedens MC-kurve. Den lilla linje illustrerer monopolvirksomhedens MR-kurve. På figuren fremgår ligeledes A, B, C, D og E som kommenteres nærmere nedenfor.

Incitamentet for at benytte predatory pricing strategien kan ligeledes ses i lyset af forøgelsen i producer surplus, da dette netop illustrerer virksomhedens gevinst ved at være på markedet.⁸⁵ Hvis ingen virksomheder benytter sig af predatory pricing strategien, og derfor fastholder Bertrand-konkurrencen, vil det medføre, at producer surplus vil være $D + E$, jf. figur 5. Når en virksomhed derimod anvender predatory pricing strategien, og opnår monopol, vil det medføre at producer surplus er $B + D$, jf. figur 5. Producer surplus forøges derfor med $B - E$ som følge af predatory pricing strategien.

2.4.2 Konkurrerede virksomheder

Det må fremhæves, at ovenstående incitamenter for predatory pricing strategien primært er relevante for større virksomheder med langsigtede målsætninger, da effekten af strategien først må forventes at indtræde efter en række spil, hvorfor sandsynligheden for at begge spillere vælger predatory pricing strategien er lav. Det bør i forlængelse heraf overvejes, hvilke incitamenter en virksomhed med kortsigtede målsætninger har. Det kan for eksempel være på grund af en konkurstrussel.

I forbindelse med konkurstruede virksomheders incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud bør det fremhæves, at kapitalselskaber har begrænset hæftelse.⁸⁶ Da kapitalselskaberne således ved, at de kun vil hæfte med den sum, som de har indskudt i virksomheden ved etablering, kan de således have et øget incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, når de er konkurstruet.⁸⁷ I modsætning hertil vil virksomheder, der ikke er konkurstruet, have en større risiko ved at afgive et unormalt lavt tilbud, da de skal bære det fulde tab.

Det må således fastslås, at konkurstruede virksomheder har mindre at miste ved at påtage sig denne risiko, da de er bekendt med, at alternativet er konkurs. Det kan derfor ses som en "sidste udvej" for

⁸⁵ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 297

⁸⁶ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 117

⁸⁷ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 117

virksomheder, der allerede er på vej ud af markedet. Hvis virksomheden ikke har de nødvendige ressourcer til at gennemføre projektet, vil de gå konkurs, hvilket alligevel ville være tilfældet, hvis de ikke havde vundet kontrakten. Hvis de har tilstrækkelige ressourcer til at udføre kontrakten, vil de opnå en eventuelt (lille) fortjeneste.⁸⁸

Hvis en konkurstruet virksomhed afgiver et unormalt lavt tilbud, kan der således opstilles tre scenarier, som afgivelsen af et unormalt lavt tilbud kan medføre. Nedenfor bliver det yderligere forklaret, hvorfor konkurstruede virksomheder kan have incitament til at afgive tilsyneladende unormalt lave tilbud, afhængigt af tilbudsprisen og omkostningerne forbundet med at udføre kontrakten.

Profit når tilbudsprisen er større end omkostningerne

Når tilbudsprisen overstiger omkostningerne ved at udføre kontrakten, resulterer det i en profit for tilbudsgiveren. Dette kan udledes ved at tilbudsprisen fratrukket omkostningerne giver et positivt overskud for tilbudsgiveren. Afgivelsen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud vil således medføre, at den konkurstruede virksomhed vil opnå en profit.

Profit når tilbudsprisen er større end de estimerede omkostningerne men mindre end produktionsomkostninger

Som tidligere nævnt i afhandlingens afsnit 2.3, er produktionsomkostninger ikke altid identiske med de omkostninger tilbudsgiveren estimerer. Tilbudsgiver kan derfor risikere, at produktionsomkostningerne forbundet med udførelsen af kontrakten vil overstige den faktiske tilbudspris. Som omtalt i afsnit 2.3 kan dette således medføre, at virksomheden påfører sig et mindre tab, eller at virksomheden er nødsaget til at omkostningsreducere og forringe kvaliteten for ikke at påføre sig et tab.

Profit når tilbudsprisen er mindre end omkostningerne

Når tilbudsprisen er mindre end omkostningerne, resulterer det i en negativ profit for virksomheden. Det må således forventes, at virksomheden vil gå konkurs, og have omkostninger forbundet hermed i form af tab af kapitalindskuddet. Det må dog fremhæves, at en konkurstruet virksomhed, uagtet

⁸⁸ Engel og Wambach (2006): *Public procurement under limited liability*, s. 2

hvorvidt de afgav et unormalt lavt tilbud, ville stå over for disse omkostninger, da de alligevel ville ende med at gå konkurs.

Sammenfatning

På baggrund af de tre scenarier står det således klart, at en konkurstruet virksomhed kan vælge at afgive et unormalt lavt tilbud, og gevinsten ved dette kan være en af følgende:

- En gevinst, hvis tilbudsprisen $>$ omkostningerne
- Tab af kapitalindsuddet *eller* 0, hvis de estimerede omkostninger $<$ tilbudsprisen $<$ produktionsomkostningerne, jf. afsnit 2.3
- Tab af kapitalindsuddet, hvis tilbudsprisen $<$ omkostningerne

Det må heraf bemærkes, at virksomheden ved afgivelse af et unormalt lavt tilbud i det værste tænkelige scenarie vil påføre sig et tab i form af tab af kapitalindsuddet. Dette vil dog også være tilfældet, hvis virksomheden ikke afgiver et unormalt lavt tilbud. Det kan således udledes, at en rationel virksomhed, der er konkurstruet, vil forsøge at afgive et unormalt lavt tilbud, da det i alle situationer vil stille virksomheden bedre eller lig med den situation, hvor virksomheden ikke gør noget.

2.4.3 Tilbudsgivers udnyttelse af asymmetrisk information

Afslutningsvis bør det overvejes, hvorvidt omvendt prisdiskrimination kan udgøre et andet strategisk valg for tilbudsgiver i en udbudsproces. På baggrund af Bertrand-konkurrence skal det netop fremhæves, at en sænkelse af prisen vil medføre, at den enkelte virksomhed vinder hele markedet i en periode. I en udbudssituation må det antages at betyde, at den enkelte virksomhed vil vinde det konkrete udbud, jf. heraf også at ordregiver skal vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Incitamentet til benyttelsen af omvendt prisdiskrimination, kan desuden udledes ved at se nærmere på relationen mellem ordregiver og tilbudsgiver frem for markedet - som har været i fokus ovenfor. Det må fremhæves, at der ikke vil være tale om perfekt information i en udbudssituation. Der eksisterer tværtimod asymmetrisk information, som kan få tilbudsgiveren til at handle efter egen interesse. Det må antages, at ordregiver kun i meget begrænset omfang har mulighed for at identificere, hvorvidt der er tale om en god eller dårlig tilbudsgiver før efter kontrakttildelingen.

Dette kommenteres yderligere i kapitel 4 - den integrerede analyse, hvor der ses nærmere på krav til egnethed.

Det må forventes, at tilbudsgiver udnytter denne asymmetriske information, da der foreligger en målkonflikt mellem tilbudsgiver og ordregiver. Tilbudsgiver ønsker - som nævnt ovenfor - at opnå profit, mens ordregiver ønsker at få varen/ydelsen til de marginale omkostninger, jf. afsnit 2.2. Det må desuden antages at tilbudsgiver ofte har et større kendskab til ordregivers behov end ordregiver selv har, da tilbudsgiver er ekspert på det enkelte område, og i højere grad har et større markedskendskab end ordregiver. Der opstår således et adverse selection-problem, som tilbudsgiver kan udnytte. Tilbudsgiver kan blandt andet udnytte dette til at tilpasse prisen til ordregivers behov. Det bør således overvejes, hvorvidt årsagen bag afgivelsen af et unormalt lavt tilbud er prisdiskrimination, - nærmere bestemt førstegrads prisdiskrimination - hvoraf prisen tilpasses den enkelte ordregivers behov.⁸⁹

2.4.3.1 Prisstrategien “value-based pricing” og “zero-pricing offers”

Tilbudsgiver kan vælge at gøre brug af prisstrategien “value-based pricing”, som handler om, at tilbudsgiver fastsætter sine priser efter, hvad ordregiver er villig til at betale.⁹⁰ Tilbudsgiver forsøger således at maksimere sin profit, på trods af, at det ikke bør være muligt, jf. Bertrand-fælden. Når tilbudsgiver benytter denne strategi, vil det også medføre, - på samme måde som predatory pricing strategien som omtalt i afsnit 2.4.1.2 - at consumer surplus mindskes, mens producer surplus øges.⁹¹

Som følge af at virksomhederne er bevidste om, at det er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, der vinder udbuddet, kan virksomhederne derfor kombinere denne strategi med ”zero-pricing offers”. Når tilbudsgiver benytter zero-pricing offers, angiver de en række kategorier i tilbudslisten til nul, da de vurderer, at ordregiver ikke vil have behov for den pågældende del af tilbuddet.⁹² Tilbudsgiver kan dog have incitament til at tilbageholde informationen overfor ordregiver, om at disse enkeltposter ikke vil blive benyttet. Modsat predatory pricing strategien - vil dette medføre, at tilbudsgiveren vil kunne vinde kontrakten uden at påføre sig omkostninger først, da den evalueringstekniske pris, fra ordregivers vinkel, vil fremstå lav. Risikoen for benyttelse af denne

⁸⁹ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 412

⁹⁰ Hudson Outsourcing (2021): *How to win tenders with the right pricing strategy*

⁹¹ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 414

⁹² Anchustegui og Gjendemsjøl (2019): *Between aggressive bidding, abnormally low tenders and zero-pricing in procurement contract*, s. 5

strategi, må derfor også ses som betydelig højere end predatory pricing. Dette skyldes, strategien ikke kun er relevant for større virksomheder, men kan være relevant for alle aktører på markedet som følge af, at virksomhederne ikke først skal påføre sig sunk cost over en længere periode under antagelse af, at ordregiver ikke stiller krav om, hvordan tilbudsgiver skal udføre opgaven.

Tilbudsgivers udnyttelse af den asymmetriske information kan på den ene side anses som en indtrængningsstrategi, da der i mange udbud stilles referencekrav.⁹³ Når virksomheden derfor har vundet et udbud, vil virksomheden være bedre stillet i forhold til kommende udbud. På den anden side kan strategien også anvendes af allerede etablerede virksomheder på det offentlige marked. Det bør fremhæves, at de enkelte udbud vil have forskellig nytteværdi for tilbudsgivere, og strategien kan bruges af tilbudsgivere til at sikre, at de vinder udbud med høj nytteværdi. Nyttneværdien må alt andet lige anses som særlig høj, hvis tilbudsgiveren forventer at udbuddet vil afføde flere kontrakter, eller hvis tilbudsgiveren kan udnytte den vindende kontrakt i markedsføringsmæssig sammenhæng til at opbygge et image.⁹⁴

Det må således vurderes, at uanset tilbudsgivers aktuelle situation, så har tilbudsgiver incitament til at udnytte den asymmetriske information mellem tilbudsgiver og ordregiver. Dette anses som problematisk, da det vil medføre at consumer surplus mindskes, mens producer surplus øges. Tilbageholdelsen af information vil desuden medføre, at det er svært for ordregiver at vurdere, hvornår tilbudsgiveren anvender denne strategi. Det vil i den integreret analyse i afhandlingens kapitel 4 blive undersøgt, hvordan den asymmetriske information kan mindskes.

2.5 Delkonklusion

Baseret på ovenstående analyse kan det konkluderes, at der i en udbudssituation vil være tale om et oligopol med Bertrand-konkurrence. Virksomhederne vil således prisfastsætte lig med deres marginale omkostninger, jf. Bertrand-fælden. I forbindelse heraf kan afgivelse af et unormalt lavt tilbud skyldes, at tilbudsgiver rammes af "The winners curse", hvor tilbudsgiver kun tager højde for de estimerede omkostninger og ikke de samlede produktionsomkostninger. Denne effekt bør undgås, da det i sidste ende vil skade ordregiver som følge af kvalitetsforringelser.

⁹³ Pedersen og Jakobsen (2022): *Tips til det gode referencekrav i udbud*

⁹⁴ Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 117

Afgivelse af et unormalt lavt tilbud kan dog også i højere grad skyldes strategiske spekulationer fra tilbudsgivers side. Afgivelsen kan således skyldes en predatory pricing strategi, hvor virksomhederne søger efter monopolstatus, ved at tvinge konkurrerende virksomheder ud af markedet for derefter at hæve prisen på deres produkt/ydelse efter opnåelse af denne markedsstatus. Dette vil føre til en forøgelse af producer surplus og medfører ligeledes dødvægtstab. Der vil således ikke længere være tale om en effektiv ressourceallokering som under Bertrand-konkurrence, men derimod en ineffektiv ressourceallokering. I forbindelse med at større virksomheder anvender en predatory pricing strategi, bør det fremhæves, at virksomheder som nærmer sig konkurs, også kan have et øget incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud. En konkurstruet virksomhed kan netop ikke stilles dårligere end konkurs, og den pågældende virksomhed vil derfor være villig til at tage risikoen forbundet med afgivelsen af et unormalt lavt tilbud.

Afslutningsvis kan det konkluderes, at tilbudsgiver ligeledes har et incitament til at udnytte den asymmetriske information, og tilbudsgiveren kan således kombinere prisstrategien “value-based pricing” og “zero-pricing offers”. Der skabes således en form for omvendt prisdiskrimination, som ligeledes vil medføre, at consumer surplus mindskes, mens producer surplus øges. Denne strategi er modsat predatory pricing strategien relevant for alle virksomheder og ikke kun de største virksomheder. Strategien kan blandt andet bruges som en indtrængningsstrategi som følge af kravene om referencer fra ordregivers side.

Kapitel 3 - Juridisk analyse

3.1 Indledning

I dette kapitel undersøges det, hvad et unormalt lavt tilbud er, og hvorvidt et strategisk tilbud kan udelukkes som unormalt lavt. Analysen tager således udgangspunkt i UBL § 169, og som følge heraf også Udbudsdirektivets art. 69.

3.2 Formålet med Udbudsloven

Indledningsvis bør Udbudslovens formål fastslås, da UBL § 169 må forstås i lyset af lovens formål, jf. blandt andet ved udbudslovsudvalgets rapport, hvoraf det nævnes at hensigten med formålsbestemmelsen var at sætte en overordnet ramme for anvendelsen af reglerne.⁹⁵ Det fremgår af UBL § 1, at formålet med Udbudsloven er *“at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.”* Udbudsloven har således til formål at skabe en effektiv konkurrence. Derudover har loven til formål at minimere udbudsomkostningerne for både ordregivere og tilbudsgivere.⁹⁶ Udbudsloven har ligeledes til hensigt at skabe større klarhed om reglerne i deres helhed. Det skal desuden fremhæves, at det følger af lovbemærkningerne til UBL § 1, at der ikke kan støttes selvstændig ret på denne bestemmelse, og bestemmelsen må derfor alene ses som rammesættende.

3.2.1 Formålet med Udbudsdirektivet

Udbudsloven implementerer Udbudsdirektivet fra EU-retten,⁹⁷ og der bør derfor ses nærmere på Udbudsdirektivets formål, da der er pligt til EU-konform fortolkning, jf. Von Colson-dommen.⁹⁸ Det er desuden interessant, da EU-retten ofte benytter en objektiv formålsfortolkning,⁹⁹ og Udbudslovens formål ikke må være i strid med Udbudsdirektivets formål.¹⁰⁰

EU indså på et tidspunkt, at der var behov for direktiver, som regulerer det offentlige marked for, at reglerne om fri bevægelighed og de EU-retlige principper var effektive inden for det offentlige marked.¹⁰¹ Udbudsreglerne i Udbudsdirektivet udspringer således særligt af TEUF's bestemmelser

⁹⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2014). *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*, s. 6

⁹⁶ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 73

⁹⁷ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 71

⁹⁸ Sag 14/83, Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen. Domstolens dom af 10. april 1984.

⁹⁹ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 45

¹⁰⁰ Nielsen (2022): *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 89

¹⁰¹ KOM(96) 583, s. 3

om fri bevægelighed. Dette kan blandt andet ses på baggrund af, at Udbudsdirektivet er vedtaget med hjemmel i TEUF art. 53, stk. 1, art. 62 og art. 14.¹⁰²

Det fremgår af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 1, at tildelingen af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med reglerne om fri bevægelighed, samt principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, proportionalitet og gennemsigtighed. Der skal således tilsikres, at der åbnes for konkurrencen. Det bør i den forbindelse fremhæves, at EU-Domstolen tidligere har fastslået, at hovedformålet med udbudsreglerne er fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence, jf. Stadt Halle-dommen, præmis 44.¹⁰³ Denne holdning er efterfølgende blevet gentaget i Strong Seguranca-dommen,¹⁰⁴ hvor Domstolen yderligere tilføjede, at den effektive konkurrence er hovedformålet bag Udbudsdirektivet, jf. Strong Seguranca-dommen, præmis 37.

EU-Kommissionen har ligeledes i "Grønbog om offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden" udtalt, at EU's politik inden for offentlige indkøb har til formål at skabe en loyal og åben konkurrence for dermed at understøtte det indre marked.¹⁰⁵ Således må formålet med Udbudsdirektivet anses for at være et dobbelt formål i form af 1) fri bevægelighed og 2) En ufordrejet konkurrence.¹⁰⁶ Det står således klart, at Udbudsdirektivet generelt har til formål at understøtte det indre marked. EU-Domstolen er imidlertid ikke konsistent i forhold til henvisninger til en ufordrejet konkurrence. Domstolen har således også henvist til en fri og effektiv konkurrence.¹⁰⁷

Det ses blandt andet i Rad service-dommen, at Domstolen udtaler: "*Princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende*

¹⁰² Nielsen (2022): *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 76

¹⁰³ Sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Domstolens dom (Første Afdeling) af 11. januar 2005.

¹⁰⁴ Sag C-95/10, Strong Segurança SA mod Município de Sintra & Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 17. marts 2011.

¹⁰⁵ KOM(96) 583, s. 3

¹⁰⁶ Nielsen (2022): *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 79

¹⁰⁷ Nielsen (2022): *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 80

indgåelse af en offentlig kontrakt – hvilket er selve hovedformålet med EU-bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter [...]”, jf. Rad service-dommen, præmis 43.¹⁰⁸

Det kan i forbindelse med formålet om en effektiv og ufordrejet konkurrence diskuteres, hvorvidt en effektiv udnyttelse af de offentlige midler ligeledes er formålet bag Udbudsdirektivet. I præambelbetragtning 2 nævnes dette som et hensyn der skal tages i forbindelse med revideringer af Udbudsdirektivet, men det er tvivlsomt, hvorvidt det skal anses som formål bag Udbudsdirektivet. På den ene side fremgik det af EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, at en effektiv udnyttelse af de offentlige midler var et supplerende mål.¹⁰⁹ På den anden side har generaladvokat Maduro i forslag til afgørelse af C-250/07, kommissionen mod Grækenland,¹¹⁰ tydeliggjort, at formålet om effektiv konkurrence blot øger sandsynligheden for effektiv udnyttelse af de offentlige midler, jf. forslag til afgørelse, betragtning 11. I denne afhandling anses effektiv udnyttelse af de offentlige midler derfor heller ikke som formålet med direktivet, men som en afledt effekt af formålet.

På baggrund af ovenstående, er der derfor ingen tvivl om, at udbudsreglerne har til hensigt at undgå de økonomiske situationer, som omtales i den økonomiske analyse i kapitel 2, da disse netop ikke vil føre til en effektiv konkurrence. Det vil således heller ikke medføre en effektiv udnyttelse af de offentlige midler. Nedenfor vil der derfor blive set nærmere på anvendelsesområdet af UBL § 169.

3.3 Definition af et unormalt lavt tilbud

Udbudslovens § 169 regulerer unormalt lave tilbud. Oprindeligt var bestemmelsen tiltænkt at give ordregiver mulighed for at afvise tilbud, der var urealistisk lave grundet forhold såsom fejlregninger.¹¹¹ Bestemmelsen var således ikke tiltænkt afvisning af strategiske tilbud.

Udbudsloven § 24 indeholder en definitionsbestemmelse, men det fremgår ikke af denne bestemmelse, hvad der skal forstås ved et unormalt lavt tilbud. Ligeledes indeholder Udbudsdirektivet ikke nogen nærmere definition, og det er derfor uklart, hvad et unormalt lavt

¹⁰⁸ Sag C-210/20, Rad Service Srl Unipersonale m.fl. mod Del Debbio SpA m.fl. Domstolens dom (Niende Afdeling) af 3. juni 2021.

¹⁰⁹ Nielsen (2022): *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 81

¹¹⁰ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Maduro i sag C-250/07 (Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik), fremsat d. 17. december 2008.

¹¹¹ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 779

tilbud er. Som tidligere redegjort i afhandlingen, vurderer Ølykke, at der er tale om et unormalt lavt tilbud, når omkostningerne ved kontrakten ikke dækkes af prisen.¹¹² Arrowsmith mener derimod, at der er tale om et unormalt lavt tilbud, når der er mistanke om, at tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at udføre opgaven lovligt efter tilbuddet.¹¹³ Nedenfor foretager afhandlingen derfor en selvstændig analyse af retskilderne med henblik på at tilslutte sig enten Ølykkes eller Arrowsmiths definition.

UBL § 169, stk. 1, som implementerer Udbudsdirektivets art. 69, indeholder heller ikke en nærmere definition af, hvad der menes med et unormalt lavt tilbud. Dette er på trods af, at EU-Kommissionen i forbindelse med Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb¹¹⁴ havde oplyst tre kumulative betingelser, der skulle være opfyldt, for at ordregiver havde pligt til at bede tilbudsgiver om en redegørelse for tilbuddet. Betingelserne var:

- i. Prisen eller omkostningerne er mere end 50% lavere end gennemsnittet af de øvrige tilbudsgivers pris/omkostninger.
- ii. Prisen eller omkostningerne er mere end 20% lavere end prisen/omkostningerne ved det næstlaveste bud.
- iii. Der er afgivet fem tilbud.

Disse kumulative betingelser kan på sin vis give en indikation på, hvad der defineres som et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Heraf ses det, at ordregiver i høj grad bør vurdere tilbuddet på baggrund af de øvrige indkomne tilbud. På den anden side bør det bemærkes, at disse kumulative betingelser ikke er implementeret i Udbudsdirektivet, og derfor ikke kan være udtryk for gældende ret. I forbindelse med det gældende Udbudsdirektiv kan det alene nævnes, at det fremgår af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 103, at unormalt lave tilbud kan være baseret på tekniske, økonomiske eller retligt uforsvarlige antagelser eller praksis. Præambelbetragtningen giver således en indikation på hvilke hensyn, der bør indikere et unormalt lavt tilbud, men det bør samtidig fremhæves, at dette ikke er udtømmende, jf. ordet "kan".

Den nuværende bestemmelse i Udbudsloven kan dog også på sin vis ses som en negativ afgrænsning af, hvad der skal forstås ved et "unormalt lavt tilbud". UBL § 169, stk. 2 oplister netop

¹¹² Ølykke (2010): *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*, s. 351-352

¹¹³ Arrowsmith (2014): *The Law of Public and Utilities Procurement bind. 1*, s. 802

¹¹⁴ Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om offentlige indkøb, KOM/2011/0896.

en række kriterier som kan begrunde den tilbudte pris, og der kan således argumenteres for, at disse forhold taler imod, at et tilbud er unormalt lavt, jf. nærmere herom i afsnit 3.3.2 nedenfor. Det fremgår blandt andet af UBL § 169, stk. 2, nr. 1, at tilbudsgiverens redegørelse kan vedrøre besparelser i forbindelse med produktionsmetoden. På baggrund heraf kan der således også tales for, at omkostningerne i forbindelse med produktionen bør give indikationer om, hvorvidt det pågældende tilbud er unormalt lavt. Det blev endvidere konstateret i European Dynamics Belgium-dommen,¹¹⁵ at hvis der opstår mistanke om, at tilbuddet ikke dækker omkostningerne til at overholde lovgivningen i det pågældende land, herunder lønvilkår, arbejdsmiljøstandarder osv., samt dække omkostningerne til udførelse af arbejdet, er der tale om et unormalt lavt tilbud, jf. dog nærmere herom i afsnit 3.4.1. Dette taler således for Ølykkes definition af et unormalt lavt tilbud.

Det skal desuden fremhæves, at EU-Domstolen i andre domme ligeledes har forholdt sig til, hvad der kan karakteriseres som et unormalt lavt tilbud. I den forbindelse må særligt Serco Belgium-dommen¹¹⁶ fremhæves, som illustrerer EU-Domstolens nyere praksis angående fortolkning af, hvad et “unormalt lavt tilbud” er. I Serco Belgium-dommen, præmis 55, konstaterede Domstolen, at et bud forekommer “usædvanligt lavt”, hvis der er mistanke om, at tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at præstere i henhold til de tilbudte vilkår. Generelt er der en tendens til, at EU-Domstolen i nyere praksis har udtalt, at et tilbud forekommer unormalt lavt, når tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at præstere i henhold til de tilbudte vilkår,¹¹⁷ jf. hertil også blandt andet Secolux-dommen,¹¹⁸ præmis 61 og European Dynamics Luxembourg-dommen, præmis 86.¹¹⁹

På baggrund af denne retspraksis er det derfor vurderingen i denne afhandling, at “unormalt lave tilbud” med overvejende sandsynlighed skal forstås bredere end Ølykkes definitionen. På trods af at det anerkendes, at der er tale om et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, når omkostningerne ikke dækkes af prisen, må det netop vurderes, at ordregiver har et bredere skøn end dette. Ordregiver skal netop - uagtet forholdet mellem omkostninger og pris - vurdere, om tilbudsgiver er i stand til at præstere i henhold til de tilbudte vilkår. Denne afhandling tilslutter sig således i højere grad

¹¹⁵ Sag T-638/11, European Dynamics Belgium SA m.fl. mod Europæiske Lægemedelagentur. Domstolens dom (Anden Afdeling) af 15. oktober 2013.

¹¹⁶ Sag T-644/13, Serco Belgium m.fl. mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom af 4. februar 2014.

¹¹⁷ Ølykke & Clausen (2021): Article 69 abnormally low tenders, s. 731-732

¹¹⁸ Sag T-90/14, Secolux mod Europa-Kommissionen, Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 8. oktober 2015.

¹¹⁹ Sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 4. juli 2017.

Arrowsmiths brede fortolkning af, hvad et “unormalt lavt tilbud” er. Det kan således også fremhæves, at et strategisk tilbud i højere grad kan anses for at være tilsyneladende unormalt lavt.

3.3.1 Ordregivers undersøgelsespligt

Det fremgår af ordlyden af UBL § 169, stk. 2, at bestemmelsen giver ordregiver mulighed for at afvise et unormalt lavt tilbud, når tilbudsgiveren ikke kan redegøre for prisen eller omkostningsniveauet. Det fremgår ligeledes af UBL § 169, stk. 1, at ordregiver skal anmode tilbudsgiveren om en redegørelse, når tilbuddet forekommer unormalt lavt. På baggrund af ordet “forekommer”, må det fremhæves, at et tilbud ikke kan karakteriseres som unormalt lavt, medmindre tilbuddet er undersøgt nærmere. Det står således klart, at ordregiver har en undersøgelsespligt, og dermed ikke kan karakterisere et tilbud som unormalt lavt, medmindre denne pligt er udført, og ordregiver ikke finder tilbudsgivers redegørelse tilstrækkelig. Indtil denne pligt er udført, er der alene tale om et tilsyneladende unormalt lavt tilbud. Kravet om at tilbuddet undersøges må ses i lyset af, at hensigten bag bestemmelsen er at beskytte tilbudsgiverne mod vilkårlighed fra ordregiver, jf. Mantovani-dommen.¹²⁰

I forbindelse med denne hensigt med bestemmelsen, bør det også bemærkes, at ordregiver kun har denne undersøgelsespligt, såfremt tilbuddet forekommer unormalt lavt, jf. ordlyden af UBL § 169, stk. 2. Det bør hertil fremhæves, at Klagenævnet i Roche-kendelsen¹²¹ har udtalt, at ordregiver har et forholdsvis frit skøn af, hvorvidt tilbuddet forekommer unormalt lavt. Da ordregiver i den pågældende sag ikke havde vurderet, at der var tale om et tilbud, som forekom unormalt lavt, havde ordregiver derfor heller ikke pligt til at indhente oplysninger. Efterfølgende er denne retsstilling desuden blevet bekræftet i Mediq-kendelsen.¹²² I forbindelse med Klagenævnets udtalelse er det dog vigtigt at bemærke, at der ikke er tale om et frit skøn, men et “forholdsvist” frit skøn. Ordregivers skøn er således ikke ubegrænset. Dette må ligeledes udledes af Veridos-dommen,¹²³ hvoraf EU-Domstolen udtaler: “[...] når en ordregivende myndighed ikke har indledt en

¹²⁰ Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) og Impresa Ing. Mantovani SpA mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Ditta Paolo Bregoli (C-286/99). Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 27. november 2001.

¹²¹ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 22. august 2023, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland.

¹²² Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 10. december 2023, Mediq Danmark A/S mod Staten- og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

¹²³ Sag C-669/20, Veridos GmbH mod Ministar na vatesnjnite raboti na Republika Bulgaria & Mühlbauer ID Services GmbH – S&T. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 15. september 2022.

kontrolprocedure vedrørende et eventuelt unormalt lavt tilbud med den begrundelse, at ingen af de tilbud, den er blevet forelagt, havde en sådan karakter, kan dens vurdering gøres til genstand for domstolsprøvelse”, jf. Veridos-dommen, præmis 48.¹²⁴ Ligeledes har EU-Domstolen i Impresa Lombardini-dommen udtalt, at ordregiver har pligt til at udpege de bud, der giver anledning til mistanke, jf. Impresa Lombardini-dommen, præmis 55.¹²⁵

Brug af matematiske modeller til vurdering

Det bør endvidere fremhæves, at en række medlemslande gennem national ret har krævet, at den ordregivende myndighed anvender en matematisk model i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt der er tale om et unormalt lavt tilbud.¹²⁶ Dette kan tydeliggøre, hvad der kan karakteriseres som et unormalt lavt tilbud, jf. ovenstående afsnit 3.3, og modellerne kan således hjælpe ordregiver med at foretage skønnet om, hvorvidt der er tale om et unormalt lavt tilbud. På den anden side har EU-Domstolen udtalt, at disse modeller er udmærkede, men at de ikke kan tilsidesætte ordregivers undersøgelsespligt, jf. Impresa Lombardini-dommen, præmis 73.¹²⁷ Det må således vurderes, at ordregiver er nødsaget til at lave en konkret vurdering i alle relevante situationer, da national ret ikke kan indrettes på sådan måde, at karakteriseringen sker automatisk efter nogle fastlagte kriterier. Dette vurderes desuden i lyset af, at EU-Domstolen tidligere har fastslået, at vurderingen af, hvorvidt et tilbud forekommer unormalt lavt, skal være konkret i henhold til kontraktens genstand og tilbuddets sammensætning, jf. Agriconsulting Europe-dommen, præmis 55.¹²⁸ Det må desuden også udledes af bemærkningerne til UBL § 169, hvoraf det fremgår, at ordregiver skal foretage en konkret vurdering under hensyntagen til udbuddet, brancheforholdene og andre relevante faktorer, der kan have en indflydelse på prisspændet. Forholdene, der danner grundlag for beslutningen om, hvorvidt et tilbud skal afvises som unormalt lavt, kan således skifte fra udbud til udbud.

¹²⁴ Sag C-669/20, Veridos GmbH mod Ministar na vatesnjite raboti na Republika Bulgaria & Mühlbauer ID Services GmbH – S&T. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 15. september 2022.

¹²⁵ Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) og Impresa Ing. Mantovani SpA mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Ditta Paolo Bregoli (C-286/99). Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 27. november 2001.

¹²⁶ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 781

¹²⁷ Forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) og Impresa Ing. Mantovani SpA mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Ditta Paolo Bregoli (C-286/99). Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 27. november 2001.

¹²⁸ Sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 28. januar 2016.

Nedre grænse for undersøgelsespligten

Afslutningsvis kan det overvejes, hvorvidt der kan forekomme situationer hvor undersøgelsespligten kan tilsidesættes. I forbindelse med ovenstående analyse af definitionen “unormalt lave tilbud” kan det være nærliggende at tro, at et tilbud på 0 EUR umiddelbart kan afvises uden nærmere undersøgelser, da det må stå klart, at hverken omkostningerne til udført arbejde eller til overholdelse af lovgivning er dækket. EU-Domstolen har dog tydeliggjort, at et tilbud ikke kan afvises, blot fordi prisen er 0 EUR, og ordregiver er derfor nødsaget til i denne situation også at indhente en redegørelse, jf. Tax-Fin-Lex-domen, præmis 31.¹²⁹ Det fremgår af generaladvokatens forslag til afgørelse, at kun i tilfælde af at tilbuddet er af en sådan art, at det er utvetydigt, at der ikke er tale om en modydelse og således en gensidigt bebyrdende aftale, kan det anses for nytteløst at bede tilbudsgiveren om en redegørelse, jf. generaladvokat Colomers forslag til afgørelse - sag C-367/19, betragtning 74.¹³⁰ Det må således udledes af betragtningen, at der kan opstå situationer, hvor undersøgelsespligten kan tilsidesættes. Dette må dog samtidig fortolkes snævert, da et tilbud på 0 EUR, ifølge EU-Domstolen, ikke er bevis nok, for at det er utvetydigt, at der ikke foreligger en modydelse fra ordregivers side. Ydermere fremgår det af generaladvokatens forslag til afgørelse, betragtning 74, at der er tale om et paradoks, og at det er uvist, hvorvidt der er tale om et unormalt lavt tilbud, indtil tilbudsgiveren har redegjort for logikken og strukturen bag tilbuddet. Det skal ligeledes fremhæves, at generaladvokatens forslag til afgørelse alene kan anses som fortolkningsbidrag, modsat reguleringen som har retskildeværdi, hvoraf ordet “skal” fremgår direkte af ordlyden, jf. UBL § 169, stk. 1, som nævnt tidligere.

Sammenfatning

På baggrund af ovenstående kan det således fastslås, at ordregiver har et forholdsvis frit skøn til at vurdere, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Såfremt ordregiver vurderer, at dette er tilfældet, påhviler der ordregiver en undersøgelsespligt, jf. UBL § 169, stk. 1. Det er vurderingen i denne afhandling, at denne pligt kun i meget begrænset omfang kan tilsidesættes, og ifølge denne afhandling bør ordregiver derfor undersøge ethvert tilbud, som forekommer unormalt lavt. Det bliver ligeledes fastslået i afhandlingen, at der er behov for en konkret vurdering i henhold til

¹²⁹ Sag C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o. mod Ministrstvo za notranje zadeve. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 10. september 2020.

¹³⁰ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Bobek i sag C-367/19 (Tax-Fin-Lex d.o.o. mod Ministrstvo za notranje zadeve), fremsat den 28. maj 2020.

kontraktens genstand og tilbuddets sammensætning, jf. Agriconsulting Europe-dommen.¹³¹ Matematiske modeller kan derfor ikke alene begrunde afvisningen af et tilbud.

3.3.2 Tilbudsgivers redegørelse

I forlængelse af undersøgelsespligten bør det ligeledes overvejes, hvilke begrundelser der kan legitimere afgivelsen af et unormalt lavt tilbud. Der kigges herved nærmere på UBL § 169, stk. 2, som implementerer Udbudsdirektivets art. 69, stk. 2, men derudover er retspraksis også særligt relevant, da det må fremhæves at UBL § 169, stk. 2 ikke er udtømmende, jf. ordet “kan”. Det bekræftes desuden i retspraksis, at listen i Udbudsdirektivets art. 69, stk. 2 ikke er udtømmende, jf. SAG ELV Slovensko-dommen, præmis 30.¹³² Tilbudsgivers redegørelse kan derfor vedrøre andre hensyn end de oplyste. Det skal dog samtidig bemærkes, at listen ikke alene er vejledende, og ordregiver har derfor på den anden side heller ikke frihed til at bestemme de relevante elementer der skal tages i betragtning ved vurderingen af, hvorvidt tilbuddet er unormalt lavt, jf. SAG ELV Slovensko-dommen, præmis 30,¹³³ samt Kommissionen mod Belgien, præmis 159.¹³⁴ Nedenfor gennemgås derfor nogle af de elementer, som tilbudsgivers redegørelse kan vedrøre med henblik på at finde frem til, hvornår ordregiver ikke kan afvise et tilbud som unormalt lavt.

Omkostninger og tekniske egenskaber

Det fremgår af Udbudslovens § 169, stk. 2, nr. 1, 2 og 3, at tilbudsgivers redegørelse af deres tilbud kan begrundes i omkostningsstrukturen samt tilbuddets tekniske egenskaber, herunder tekniske løsninger og originalitet. SECAP-dommen¹³⁵ er i den forbindelse relevant at fremhæve, da den nævner særligt to hensyn. På trods af at denne dom ikke vedrører Udbudsdirektivets anvendelsesområde, anses den for relevant, da EU-Domstolens betragtninger må anses for at have generel karakter.¹³⁶ Det kan således udledes af dommen, at et tilbud kan anses som tilsyneladende unormalt lavt som følge af, at tilbudsgiveren kommer fra en anden medlemsstat, og derfor har en

¹³¹ Sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 28. januar 2016.

¹³² Sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 29. marts 2012.

¹³³ Sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 29. marts 2012.

¹³⁴ Sag C-292/07, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien. Domstolens Dom (Første Afdeling) af 23. april 2009.

¹³⁵ Forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP SpA (C-147/06) og Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) mod Comune di Torino. Domstolens Dom (Fjerde Afdeling) af 15. maj 2008.

¹³⁶ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 782-783

anden omkostningsstruktur, jf. SECAP-dommen, præmis 26. Der er imidlertid ingen tvivl om, at omkostningsstrukturen kan anvendes som begrundelse i tilbudsgivers redegørelse, da det som tidligere nævnt også fremgår direkte af UBL § 169, stk. 2, nr. 1, at en redegørelse kan vedrøre besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, jf. hertil også art. 69, stk. 2, litra a.

Forretningsmæssige strategier

I forhold til strategiske tilbud er det desuden særligt relevant, at SECAP-dommen¹³⁷ også nævner, at virksomheden kan begrænse sin avance som følge af, at tilbudsgiveren ønsker at trænge effektivt ind på det pågældende marked, jf. SECAP-dommen, præmis 26. Det kan imidlertid diskuteres, hvorvidt redegørelsen for afgivelsen af et unormalt lavt tilbud kan vedrøre indtrængning på markedet.

På den ene side har EU-Domstolen i nyere praksis bekræftet i Tax-Fin-Lex-dommen,¹³⁸ at afgivelsen af et tilsyneladende unormalt lavt tilbud kan begrundes i ønsket om at trænge ind på et nyt marked eller for at opnå referencer, jf. Tax-Fin-Lex-dommen, præmis 35. På den anden side skal det fremhæves, at EU-Domstolen tidligere har været tilbageholdende med denne begrundelse, da disse årsager er tilfældige og følgerig, og derfor ikke kan resultere i en gensidigt bebyrdende aftale, jf. Tax-Fin-Lex-dommen, præmis 28. Det fremgår af Generaladvokatens forslag til afgørelse, at både referencer og erfaring på et nyt marked baserer sig på et sats af fremtidige begivenheder. Ordregiver skal således ikke erlægge en modydelse, som ellers er nødvendig for, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale ifølge art. 2, stk. 1, nr. 5, jf. forslag til afgørelse Generaladvokat Colomer - sag C-367/19, betragtning 63-66.¹³⁹ Det må således udledes, at et tilsyneladende unormalt lavt tilbud ikke alene kan begrundes i spekulationer om fremtidige begivenheder, men at disse begivenheder kan tages i betragtning som en del af den samlede vurdering. Det er således vurderingen i denne afhandling, at tilbudsgiver ikke bare kan afgive et unormalt lavt tilbud som en del af en indtrængningsstrategi, medmindre der også ligger andre årsager bag.

¹³⁷ Forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP SpA (C-147/06) og Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) mod Comune di Torino. Domstolens Dom (Fjerde Afdeling) af 15. maj 2008.

¹³⁸ Sag C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o. mod Ministrstvo za notranje zadeve. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 10. september 2020.

¹³⁹ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Bobek i sag C-367/19 (Tax-Fin-Lex d.o.o. mod Ministrstvo za notranje zadeve), fremsat den 28. maj 2020.

Derudover bør det fremhæves, at det fremgår af bemærkningerne til UBL § 169, at tilbudsgivers redegørelse kan vedrøre forretningsmæssige strategier. Det skal hertil bemærkes, at dette formentlig ikke er en tungtvejende begrundelse. Det ses netop i NFB Transport Systems-kendelsen,¹⁴⁰ at et tilbud blev afvist som unormalt lavt, på trods af tilbudsgiverens strategiske interesser i kontrakten. Klagenævnet lagde vægt på, at der fortsat var betydelig tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren ville kunne overholde kontrakten uden tab. Det bliver i afhandlingen nærmere forklaret brugen af forretningsmæssige strategier som årsag i afsnit 3.5, i forhold til situationer hvor enkelte poster prisfastsættes lavt.

Statsstøtte

Tilbudsgiver kan ligeledes i redegørelsen begrunde den pris, som forekommer unormalt lavt med modtagelse af statsstøtte, hvorved tilbuddet ikke kan afvises som værende unormalt lavt, jf. UBL § 169, stk. 2. Det præciseres i Udbudsdirektivets art. 69, stk. 4, implementeret i UBL ved § 169, stk. 4, at denne statsstøtte skal være "forenelig", og i henhold hertil kan ordregiver ikke afvise tilbuddet med den begrundelse, at det er unormalt lavt, jf. Data Medical Service-dommen.¹⁴¹ For at sikre at statsstøtten er forenelig med det indre marked, er det nødvendigt, at støtten kan retfærdiggøres i henhold til TEUF art. 107, stk. 2 og 3, hvori det angives under hvilke betingelser statsstøtten er forenelig med det indre marked.

3.4 Kan eller skal ordregiver afvise unormalt lave tilbud?

Såfremt tilbudsgiveren ikke kan redegøre fyldestgørende for det tilbudte pris- eller omkostningsniveau, bør det overvejes, hvorvidt ordregiver har pligt til at afvise det unormalt lave tilbud. Af den tidligere artikel 55 i Udbudsdirektivet fra 2004, var der usikkerhed om, hvorvidt ordregiver kunne eller skulle afvise et unormalt lavt tilbud grundet forskelle i de sproglige versioner. Ud fra den danske version havde ordregiver ikke en pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud.¹⁴² Artikel 69 i Udbudsdirektivet fra 2014 synes dog til en vis grad at have skabt større klarhed på området, jf. nedenfor.

¹⁴⁰ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

¹⁴¹ Sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service srl. Domstolens dom (Femte Afdeling) af 18. december 2014.

¹⁴² Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 785-786

3.4.1. Unormalt lave tilbud - Tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser

Det fremgår af Udbudsloven og den danske version af Udbudsdirektivet, at ordregiver har pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud, hvor årsagen skyldes tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, jf. UBL § 169, stk. 3 og Udbudsdirektivet art. 63, stk. 3, andet led.

Udbudsdirektivet art. 63, stk. 3 henviser til Udbudsdirektivets art. 18, stk. 2, og det fremgår heraf, at medlemsstaterne skal træffe passende forholdsregler for at sikre overholdelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning. Det må dog fremhæves, at ordregiver ligeledes er forpligtet til at sikre, at de økonomiske aktører overholder disse forpligtelser, jf. præambelbetragtning 37.

Det kan diskuteres, hvorvidt en tilbudsgiver med en god begrundelse kan accepteres på trods af, at tilbudsgiver har fremsendt et tilbud, hvoraf prisen for visse elementer ikke kan dække overholdelse af de gældende forpligtelser. Tilbudsgiveren kan for eksempel afgive et tilbud med en timepris, som er lavere end minimumslønnen på området. Det må være op til ordregiver, hvorvidt det accepteres, at tilbudsgiveren af strategiske årsager forskyder omkostningerne mellem omkostningsposter.¹⁴³ På baggrund af Udbudsdirektivets art. 18, stk. 2 må det anses som afgørende, at ordregiver i tilfælde af accept efterfølgende kontrollerer, at tilbudsgiveren trods prisniveauet faktisk overholder de gældende forpligtelser. Dette kan desuden også udledes af klagenævnspraksis, hvoraf Klagenævnet blandt andet ikke mener, at der er et krav om, at prisen skal dække den overenskomstmæssige løn, medmindre der er konkrete beviser for, at tilbudsgiver ikke udbetaler den overenskomstmæssige løn, jf. blandt andet Kongsvang Rengøringservice-kendelsen,¹⁴⁴ og EL-TECH TEAM-kendelsen.¹⁴⁵ Det må således fastslås, at ordregiver ikke har pligt til at afvise tilbuddet, alene fordi prisen indikerer, at tilbudsgiver ikke overholder de gældende forpligtelser. Ordregivers pligt indtræder først, når der er dokumentation for, at forpligtelserne ikke er overholdt.

3.4.2. Unormalt lave tilbud - Anden årsag end miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser

Selvom det nuværende Udbudsdirektiv fra 2014 har skabt større klarhed omkring ordregivers pligt, hvis årsagen skyldes tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, kan der stadig skabes tvivl om retsfølgen, hvis årsagen er en anden end nævnt ovenfor.

¹⁴³ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 792

¹⁴⁴ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 13. maj 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Egaa Gymnasium.

¹⁴⁵ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle.

På den ene side må det fremhæves, at ordregiver ikke må antage et ikkeforskriftmæssigt tilbud, og at unormalt lave tilbud defineres som et ikkeforskriftmæssigt tilbud, jf. bl.a. UBL § 61, stk. 2, nr. 4, hvilket taler for, at ordregiver altid har en pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud. Ligeledes skal det fremhæves, at EU-Domstolen i European Dynamics Luxembourg-dommen har udtalt: “[...] *Den ordregivende myndighed skal dernæst vurdere de afgivne forklaringer og afgøre, om det pågældende bud er unormalt lavt, i hvilket tilfælde den er forpligtet til at afvise det*”, jf. European Dynamics Luxembourg-dommen, præmis 89.¹⁴⁶ Denne præmis giver derfor ligeledes indtryk af, at ordregiver har pligt til at afvise tilbuddet. En pligt til at afvise må også i højere grad anses for at være i overensstemmelse med Udbudslovens formål. Formålet med Udbudsloven/Udbudsdirektivet er netop blandt andet at skabe en effektiv konkurrence, jf. afsnit 3.2. Hvis ordregiver har mulighed for selv at vælge, hvorvidt tilbuddet skal afvises, vil der således være en risiko for, at bestemmelsen ikke lever op til formålet. Afhandlingens økonomiske analyse viser netop, hvordan unormalt lave tilbud kan medføre, at der ikke længere er tale om en effektiv ressourceallokering, såfremt disse ikke afvises.

På den anden side skal formålsfortolkning kun anvendes, hvis ordlyden ikke er klar og præcis, og i dette tilfælde bemærkes det at ordet “kan” anvendes i Udbudsdirektivets art. 69, stk. 3, første led, hvorimod andet led - som omhandler miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser - forpligter ordregiver til at afvise tilbuddet. Dette fremgår ligeledes af Udbudsloven, hvoraf “kan” bruges i UBL § 169, stk. 2, mens “skal” bruges i UBL § 169, stk. 3. Det oplyses derudover i bemærkningerne til UBL § 169, at “*Ordregiveren har en ret til at afvise unormalt lave tilbud, men ikke en pligt hertil*”. Desuden har Klagenævnet i flere kendelser henvist til, at ordregiver ikke har pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud, medmindre der er tale om overtrædelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, jf. bl.a. Efkon-kendelsen,¹⁴⁷ samt Autocentralen.com-kendelsen.¹⁴⁸

Det bemærkes desuden, at Arrowsmith i den juridiske litteratur udtaler at: “[...] *there is no duty to reject simply because there is an unacceptable risk of performance, but merely a power to reject*”.¹⁴⁹ Ligeledes udtaler Ølykke: “*The new duty to reject tenders which are abnormally low due*

¹⁴⁶ Sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 4. juli 2017.

¹⁴⁷ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund.

¹⁴⁸ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 6. marts 2020, Autocentralen.com A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

¹⁴⁹ Arrowsmith (2014): *The Law of Public and Utilities Procurement bind. 1*, s. 813

to non-adherence to Article 18(2) obligations also implies that if a tender is abnormally low for other reasons, there is not a duty to reject them”.¹⁵⁰

Sammenfatning

På baggrund af ovenstående overvejelser tilslutter afhandlingen sig Arrowsmiths og Ølykkes holdning til UBL §169, stk. 2. I afhandlingen tillægges det netop vægt, at ordet “kan” anvendes i bestemmelsen, samt, at det oplyses i bemærkningerne til UBL § 169. Det er således vurderingen i afhandlingen, at bestemmelsen giver ordregiver mulighed for, men ikke pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud, hvis årsagen skyldes en anden end tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser.

3.5 Enkelte poster prisfastsættes lavt

EU-Domstolen har - som nævnt tidligere - fastslået, at et tilbud er unormalt lavt, når der afgives et tilbud på 0 EUR, under forudsætning af, at tilbudsgiver har haft mulighed for at fremsende en redegørelse, jf. Tax-Fin-Lex-dommen, præmis 31.¹⁵¹ Det er derimod uklart, hvorvidt dette også er tilfældet, såfremt tilbudsgiveren af strategiske årsager angiver delpriser til 0 kr. - omtalt som zero-pricing offers i den økonomiske analyse, afsnit 2.4.3.1.

Med udgangspunkt i blandt andet Agriconsulting Europe-dommen¹⁵² argumenterer Ølykke for, at et tilbud kun skal anses som unormalt lavt, hvis den samlede pris er unormal lav.¹⁵³ Agriconsulting Europe-dommen vedrørte et udbud af 36 opgaver, hvoraf 27 af dem var tillægsydelser. Det blev vurderet, at 19 af tillægsydelserne var berørt af unormale forhold. Tilbudsgiveren klagede herefter over, at vurderingen var foretaget på baggrund af omkostningerne til tillægsopgaverne frem for tilbuddet samlet set. Det er heraf særligt relevant, at Domstolen udtaler: “*Endvidere betyder den omstændighed, at de fremhævede uregelmæssigheder kun vedrørte tillægsopgaverne, ikke, at budet ikke er blevet vurderet som helhed. I denne forbindelse var det nemlig den samlede pris for sagsøgerens bud, der blev fundet unormalt lav [...]*”, jf. Agriconsulting Europe-dommen, præmis 61. EU-Domstolen bekræfter således, at det er den samlede pris, der skal vurderes, og at

¹⁵⁰ Ølykke & Clausen (2021): *Article 69 abnormally low tenders*, s. 739

¹⁵¹ Sag C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o. mod Ministrstvo za notranje zadeve. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 10. september 2020.

¹⁵² Sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 28. januar 2016.

¹⁵³ Ølykke & Clausen (2021): *Article 69 abnormally low tenders*, s. 739

vurderingen, i den pågældende situation også var foretaget samlet. Ligeledes må det fremhæves, at praksis fra Klagenævnet ved KARL STORZ Endoskopi Danmark-kendelsen¹⁵⁴ viser, at Klagenævnet også udelukkende kigger på den samlede pris. På baggrund af denne praksis kan der således argumenteres for, at et strategisk tilbud, hvor enkelte poster prifsættes lavt, kun kan anses som unormalt lavt, hvis de produkter/ytelser som er berørt af unormale forhold, udgør en væsentlig del af den offentlige kontrakt.

På den anden side må denne retspraksis og Ølykke's definition af et unormalt lavt tilbud anskues kritisk. EU-Domstolen har i Proximus-dommen¹⁵⁵ (en rammeaftale af cyber sikkerhedstjenester) udtalt, at en situation, hvor omkostningerne ved en servicepakke fordeles på en anden pakke og dermed har positiv indvirkning på tildelingen, vil være omfattet af art. 151 i Kommissionens delegerede forordning nr. 1268/2012, jf. Proximus-dommen, præmis 84. Det fremgår imidlertid ikke tydeligt af dommen, hvorvidt servicepakkerne var et samlet indkøb eller om servicepakkerne var uafhængige af hinanden, hvorved nogle af servicepakkerne kunne anses som unormalt lavt.¹⁵⁶

Bemærkninger til UBL § 169 taler dog også for, at disse strategiske tilbud kan afvises som unormalt lavt. Det fremgår som tidligere nævnt af bemærkningerne, at et tilbud kan forekomme unormalt lavt på grund af tilbudsgiverens forretningsmæssige strategier eller beslutninger. Som følge af ordet "forekomme" står det klart, at et strategisk tilbud kan karakteriseres som et tilsyneladende unormalt lavt tilbud, som ordregiver skal undersøge, jf. UBL § 169. Bemærkningerne giver imidlertid ikke nærmere information om, hvorvidt et strategisk tilbud efterfølgende kan karakteriseres som unormalt lavt, men der må her henvises til nyere klagenævnsspraksis, hvoraf der ikke er tvivl om faktum i samme omfang som Proximus-dommen.

Klagenævnet har i Kongsvang Rengøringservice-kendelsen¹⁵⁷ behandlet et strategisk tilbud. Kendelsen omhandlede en situation, hvor kun visse poster var afgivet til 0 kr. Tilbudsgiveren havde i sagen tilbudt fire gange så mange timer til ledelse og tilsyn end det næsthøjeste tilbud, men kun halvdelen var indregnet i omkostningerne til tilbuddet, og ordregiver kunne derfor stille sig tvivlende overfor, om tilbudsgiveren havde til hensigt at levere alle timerne. Det stod netop klart, at

¹⁵⁴ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 21. september 2012, KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S mod Region.

¹⁵⁵ Sag T-117/17, Proximus SA/NV mod Rådet for Den Europæiske Union. Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 17. januar 2019.

¹⁵⁶ Ølykke, Clausen (2021): *Article 69 abnormally low tenders*, s. 737-738

¹⁵⁷ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 13. maj 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Egaa Gymnasium.

tilbudsgiveren ville opnå en god score på kvalitet som følge af det høje timeantal. Da tilbudsgiveren ikke kunne redegøre for, hvorfor det var relevant og nødvendigt med så mange timer, afviste ordregiver tilbuddet som unormalt lavt. Klagenævnet fastslog, at ordregivers skøn blev foretaget på en objektiv og ikke-diskriminerende måde, og ville således ikke tilsidesætte, at der var tale om et unormalt lavt tilbud. Denne klagenævnskendelse modsiger således tidligere klagenævnspraksis samt Agriconsulting Europe-dommen, da Klagenævnet ikke tilsidesætter ordregivers skøn som følge af, at det unormale forhold ikke udgør en væsentlig del af den offentlige kontrakt.

Ordregivers mulighed for at anvende UBL § 169 til at afvise strategiske tilbud, hvor enkelte poster prissættes lavt, må dog fortsat anses for begrænset. Dette vurderes på baggrund af, at Klagenævnet i flere kendelser har udtalt, at strategisk prissætning i udgangspunktet er lovligt, da det er ordregivers ansvar, at tilbudslisten er hensigtsmæssig, jf. blandt andet EL-TECH TEAM-kendelsen.¹⁵⁸

I EL-TECH TEAM-kendelsen udtaler Klagenævnet konkret: *“Klagenævnet bemærker endvidere, at det på den ene side stod tilbudsgiverne frit for at fastsætte priserne på de enkelte ydelser på en måde, der efter tilbudsgiverens opfattelse maksimerede chancerne for at blive tildelt kontrakten (strategisk prissætning). På den anden side havde AAB Vejle som ordregiver ansvaret for at fastsætte en evalueringsmodel, som var egnet og dermed lovlig, og boligorganisationen havde herved mulighed for at tage højde for eventuel strategisk prissætning fra tilbudsgivernes side.”*¹⁵⁹

Klagenævnet fastslog i kendelsen, at forarbejderne til tilbudslovens § 8, stk. 3 skal fortolkes indskrænkende, og at ordregiver derfor ikke havde grundlag for at antage, at EL-TECH TEAM ApS havde afgivet et unormalt lavt tilbud. Klagenævnet bekræfter således, at tilbudsgiver kan fastsætte priserne for de enkelte poster på en sådan måde, at det maksimerer deres chance for at vinde kontrakten. Det er overbevisningen i denne afhandling, at forarbejderne til UBL § 169 ligeledes skal fortolkes indskrænkende, da bestemmelserne i høj grad er ens, og at udfaldet vil derfor være ens, i tilfælde af at Udbudslovens regler fandt anvendelse i stedet.

¹⁵⁸ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle.

¹⁵⁹ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle, s. 32.

Efter at denne kendelse er blevet afsagt, er der imidlertid kommet en ny kendelse, som går i den modsatte retning. I Damgaard Rådgivende Ingeniører-kendelsen¹⁶⁰ angav tilbudsgiveren Damgaard en timepris på 1 kr. for visse medarbejderkategorier. Ordregiveren anså tilbuddet for at være tilsyneladende unormalt lavt, og anmodede derfor om en redegørelse. Tilbudsgiveren forklarede, at timepriserne var fastsat til 1 kr. af “markedsstrategiske årsager”, da de ikke vurderede, at medarbejderne var nødvendige for udførelsen af arbejdet. Ordregiver henviste til, at der ikke var tale om strategisk prissætning, men derimod spekulationer i prissætningen, som ville komme ordregiver og de øvrige tilbudsgivere til skade.

I Damgaard Rådgivende Ingeniører-kendelsen udtalte Klagenævnet: “[...] Damgaards redegørelse herfor må lægges til grund, at Damgaard reelt ikke tilbød medarbejderne [...] Damgaards tilbudte priser reelt ikke var begrundet i markedsstrategiske årsager. Tværtimod ville de tilbudte priser medføre, at det udførte arbejde ville blive væsentlig dyrere end forudsat ved prisevalueringen af tilbuddet”.¹⁶¹

Denne klagenævnskendelse indskrænker tilbudsgivers mulighed for at anvende strategiske tilbud, og giver således ordregiver mulighed for i højere grad at afvise strategiske tilbud som unormalt lave. Da denne praksis er relativ ny, på afhandlingens skrivetidspunkt, er det uklart, hvorfor Klagenævnet i nogle sager bekræfter at strategiske tilbud - hvor enkelte poster prisfastsættes lavt - kan afvises, mens Klagenævnet i andre kendelser bekræfter at strategisk prissætning er lovligt. Damgaard Rådgivende Ingeniører-kendelsen synes dog at sondre mellem “markedsstrategiske årsager” og “spekulationer” på trods af, at der ikke er nærmere redegjort for dette i kendelsen.

Sammenfatning

Baseret på ovenstående analyse kan det fastslås, at der fortsat er uklart, hvorvidt et strategisk tilbud, der inkluderer enkelte poster med lav pris, kan afvises som unormalt lavt, da praksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet peger i hver sin retning. Det må dog fremhæves, at Klagenævnet synes, at der skelnes mellem “markedsstrategiske årsager” og “spekulation”. Det undersøges derfor nedenfor, hvad der mere konkret kan menes med “markedsstrategiske årsager” og “spekulation”.

¹⁶⁰ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 20. juni 2023, Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Sønderborg Varme A/S.

¹⁶¹ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 20. juni 2023, Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Sønderborg Varme A/S, s. 20.

3.5.1 Sondring mellem “markedsstrategiske årsager” og “spekulation”

Undersøgelsen af, hvad der menes med “markedsstrategiske årsager” og “spekulation” udledes af de to nævnte klagenævnskendelser ovenfor. Når Damgaard Rådgivende Ingeniører-kendelsen¹⁶² sammenholdes med EL-TECH TEAM-kendelsen,¹⁶³ må det fremhæves, at tilbudsgiveren i EL-TECH TEAM ApS havde dokumenteret, at de ville gøre brug af lærlinge, på trods af at den tilbudte timepris var lavere end kostprisen. I Damgaard Rådgivende Ingeniører-kendelsen, lægger Klagenævnet derimod vægt på, at tilbudsgiveren ikke havde til hensigt at bruge de medarbejderkategorier, som var prisfast lavt. Klagenævnet udtalte således også i sidstnævnte kendelse, at det udførte arbejde ville være væsentlig dyrere end forudsat ved prisevalueringen.

På baggrund af Klagenævnets praksis er det derfor vurderingen i denne afhandling, at et strategisk tilbud, hvor enkelte poster prisfastsættes lavt, ikke kan afvises som unormalt lavt, hvis dette skyldes markedsstrategiske årsager. Tilbuddet kan dog afvises efter UBL § 169, hvis der er tale om spekulationer fra tilbudsgivers side. Det må heraf fremhæves, at der er tale om spekulationer frem for markedsstrategiske årsager, når de lave priskategorier ikke efterfølgende vil blive benyttet af tilbudsgiver, og tildelingen derfor vil være til væsentlig ulempe for ordregiver.

3.6 Ordregivers begrundelsespligt

Afslutningsvis skal det fremhæves, at hvis ordregiver i sidste ende afviser et tilbud som følge af, at det er unormalt lavt, har ordregiver en begrundelsespligt, jf. UBL § 171. Bestemmelsen implementerer Udbudsdirektivets art. 55. Ordregiver har således pligt til at meddele den pågældende tilbudsgiver, hvorfor tilbuddet er unormalt lavt, og hvorfor tilbudsgiverens redegørelse ikke var tilstrækkelig til at afkræfte denne mistanke, jf. Computer Resources International-dommen, præmis 54.¹⁶⁴ Ordregivers begrundelsespligt må netop anses for, at have til hensigt at sikre tilbudsgivers rettigheder således, at en tilbudsgiver kan klage ved Klagenævnet for Udbud eller Domstolen.¹⁶⁵ Det er derfor afgørende, at tilbudsgiveren ikke blot får indsigt i processen, men får

¹⁶² Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 20. juni 2023, Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Sønderborg Varme A/S.

¹⁶³ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle.

¹⁶⁴ Sag T-422/11, Computer Resources International (Luxembourg) SA mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom (Niende Afdeling) af 5. november 2014.

¹⁶⁵ Ølykke & Clausen (2021): *Article 69 abnormally low tenders*, s. 742

indsigt i grundlaget, som beslutningen er truffet på baggrund af, jf. blandt andet Trasys International-dommen.¹⁶⁶

På baggrund af den usikre retsstilling vedrørende, hvornår et strategisk tilbud kan afvises som unormalt lavt, er det afhandlingens forventning, at ordregiver med overvejende sandsynlighed som følge af risikoen for en klage sjældent vil anføre, at et strategisk tilbud afvises, fordi mistanken ikke i tilstrækkelig grad er fjernet.

Såfremt ordregiver ikke i betydeligt omfang kan bevise, at en eventuel tildeling vil være til væsentlig ulempe for ordregiver, kan det også betyde, at ordregiver finder sig nødsaget til ikke at afvise tilbuddet. I dette tilfælde skal det dog fremhæves, at ordregiver i tilfælde af en anmodning fra de øvrige tilbudsgivere skal kunne redegøre for, hvorfor et tilsyneladende unormalt lavt tilbud ikke er afvist som unormalt lavt, jf. European Dynamics Luxembourg-dommen, præmis 91 og 93.¹⁶⁷

3.7 Delkonklusion

Baseret på ovenstående analyse kan det konkluderes, at formålet med udbudsretten er at fremme reglerne om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser samt overholdelsen af de EU-retlige principper, og opretholde en effektiv og ufordrejet konkurrence på det offentlige marked. Art. 69 i Udbudsdirektivet, som er implementeret i dansk ret ved § 169 i Udbudsloven, regulerer unormalt lave tilbud. Det bemærkes imidlertid, at hverken direktivet eller loven definerer, hvad der udgør et unormalt lavt tilbud. Det fremgår dog af retspraksis, at et unormalt lavt tilbud, ikke udelukkende er hvor omkostningerne ikke dækkes af prisen, men også når tilbudsgiveren ikke vil være i stand til at præstere i henhold til de tilbudte vilkår. Ordregiver har således et forholdsvist frit skøn.

Det bemærkes samtidig, at ordregiver har en undersøgelsespligt, og at et tilbud derfor som altovervejende udgangspunkt ikke kan afvises som unormalt lavt, medmindre tilbudsgiveren har haft mulighed for at redegøre for det tilbudte pris- eller omkostningsniveau, og ordregiver efterfølgende har foretaget en konkret vurdering. Ordregiver har mulighed for at afvise alle tilbud som er unormalt lave, men har kun pligt til at afvise i situationer, hvor årsagen skyldes

¹⁶⁶ Sag T-741/17, Trasys International EEIG og Axianseu - Digital Solutions SA mod Det Europæiske Luftfartssikkerhedsagentur. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 10. september 2019.

¹⁶⁷ Sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 4. juli 2017.

tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, jf. UBL § 169, stk. 3. Det vil således i de fleste tilfælde være op til ordregiver, hvorvidt et strategisk tilbud skal afvises.

I forbindelse med tilbudsgiverens redegørelse er det særligt relevant ved strategiske tilbud, at redegørelsen kan vedrøre forretningsmæssige strategier. Det bemærkes samtidig, at redegørelsen ikke alene kan tillægges spekulationer om fremtidige begivenheders betydning. Den udefinerede grænse mellem "markedsstrategiske årsager" og "spekulation" gør det uklart for ordregiver, hvornår et strategisk tilbud kan afvises. Afslutningsvis må det konkluderes, at kombinationen af ordregivers begrundelsespligt og den uklare grænse mellem "markedsstrategiske årsager" og "spekulation" må forventes at medføre, at ordregiver sjældent vil afvise et strategisk tilbud, medmindre ordregiver konkret kan bevise, at en eventuel tildeling vil være til væsentlig ulempe for ordregiver.

Kapitel 4 - Integreret analyse

4.1 Indledning

På baggrund af den økonomiske analyse står det klart, at unormalt lave tilbud kan medføre, at der ikke længere er en effektiv ressourceallokering på det pågældende marked. Den juridiske analyse konkluderer, at ordregiver har et bredt skøn til at afvise unormalt lave tilbud, jf. UBL § 169, og ordregiver har derfor også i høj grad mulighed for at undgå de økonomiske konsekvenser, som et unormalt lavt tilbud kunne medføre. Ordregivers skøn er dog også forbundet med risici, som følge af at udbudsreglerne ikke definerer "unormalt lave tilbud" klart. Den juridiske analyse konkluderer ligeledes, at ordregiver ikke i lige så høj grad kan afvise et strategisk tilbud, hvor enkelte poster prisfastsættes lavt, da strategisk prissætning i udgangspunktet er lovlig, og tilbudsgiver kan begrunde afgivelse af et unormalt lavt tilbud i markedsstrategiske årsager. Strategiske tilbud kan afvises efter UBL § 169, hvis det udførte arbejde ville være væsentlig dyrere end forudsat ved prisevalueringen. I forbindelse hermed skal det fremhæves, at der er asymmetrisk information mellem ordregiver og tilbudsgiver, og at tilbudsgiver vil udnytte denne i forbindelse med afgivelsen af et strategisk tilbud, jf. afsnit 2.4.3. I praksis må det alt andet lige anses som vanskeligt for ordregiver allerede under udbudsprocessen at vurdere, hvorvidt det udførte arbejde ville være væsentlig dyrere end forudsat ved prisevalueringen. Det må derfor anses for vanskeligt at afvise et strategisk tilbud efter UBL § 169. Som følge heraf har nedenstående analyse fokus på, hvilke tiltag ordregiver kan tage for at nedbringe den asymmetriske information, så ordregiver i højere grad kan forhindre unormalt lave tilbud. Afslutningsvis vil analysen fremsætte et reguleringsforslag, da det må forventes på baggrund af Udbudsloven/Udbudsdirektivets formål, jf. afsnit 3.2, at reglerne i høj grad har til hensigt at regulere dette område.

4.2 Ordregivers tiltag

4.2.1 Egnethedskrav - Økonomisk og finansiel formåen

Den økonomiske analyse viste, at konkurstruede virksomheder kunne have et særligt incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, jf. afsnit 2.4.2. Det bør således fremhæves, at ordregiver netop af denne årsag bør gøre brug af minimumskrav af økonomisk og finansiel formåen, jf. UBL § 142, stk. 1. Når ordregiver opsætter disse krav, vil det netop medføre, at en tilbudsgiver, som ikke lever op til disse minimumskrav, har afgivet et uacceptabelt tilbud, og tilbuddet vil således være uantageligt.

Det bør derfor overvejes, hvilke egnethedskrav i forhold til tilbudsgiverens økonomiske og finansielle formåen der bør stilles i forsøget på at undgå, at tilbudsgivere med incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud kan deltage i udbudsprocessen. Det skal her nævnes, at UBL § 142, som implementerer Udbudsdirektivets art. 58, stk. 3, oplister en række krav, som ordregiver kan kræve af den potentielle tilbudsgiver. Der er dog ikke tale om en udtømmende liste. Ordregiver har således i høj grad valgfrihed, i forhold til hvilke krav der sættes, under den forudsætning af at kravet ikke er i strid med de udbudsretlige principper, specielt proportionalitetsprincippet. Det kan i den forbindelse overvejes, hvorvidt et omsætningskrav kan forhindre konkurstruede virksomheder i at deltage i udbuddet. På den ene side kan et omsætningskrav vise, at virksomheden har aktivitet, og derfor vil tjene penge indenfor den nærmeste fremtid. Ligeledes kan det give ordregiver en indikation på virksomhedens økonomiske kapacitet. På den anden side må det fremhæves, at der ikke kan stilles et krav om at tilbudsgivers omsætning er mere end dobbelt så høj som kontraktens anslåede værdi, jf. UBL § 142, stk. 2. Det må endvidere fremhæves, at et omsætningskrav ikke stiller krav om virksomhedens soliditet. Et omsætningskrav er således ikke garanti for, at den potentielle tilbudsgiver ikke er konstrueret.

Det bør derfor i højere grad diskuteres, hvorvidt et solvenskrav kan afhjælpe problemstillingen. På den ene side må det antages, at virksomheder inden for en relativ kort periode kan blive konkurstruet. Der er derfor en risiko for, at den potentielle tilbudsgiver vil kunne dokumentere, at de lever op til egnethedskravet, på trods af at dette ikke afspejler virksomhedens nuværende situation. Ligeledes er der risiko for, at et solvenskrav vil begrænse konkurrencen som følge af, at ikke alle virksomheder vil kunne leve op til egnethedskravet. På den anden side kan et solvenskrav minimere risikoen for, at en tilbudsgiver ikke kan opfylde sine forpligtelser til kontrakten grundet ustabilitet i sin økonomi, og det må forventes at en virksomhed med en høj soliditet ikke i samme omfang er i risiko for konkurs, og derfor heller ikke har incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud i samme omfang. Ordregiver bør derfor anvende et solvenskrav, dog må dette krav ikke sættes for højt, da dette kan forværre konkurrencen om det pågældende udbud.

Brugen af dette egnethedskrav må anses for at nedbringe den asymmetriske information mellem ordregiver og tilbudsgiver - og således mindske adverse selection problemet - da ordregiver allerede inden tildelingsfasen vil få mulighed for at kontrollere den potentielle tilbudsgiver.

Alternativt kan ordregiver ligeledes anvende den frivillige udelukkelsesgrund angående konkurs, insolvens og likvidationsbehandling, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 2. Ordregiver skal dog være opmærksom på, at denne udelukkelsesgrund kun kan udelukke virksomheder som er under konkurs, insolvens- eller likvidationsbehandling, og ordregiver vil således ikke have mulighed for at afvise konkurstruede virksomheder, som endnu ikke har indgivet konkursbegæring. Det må derfor vurderes, at denne udelukkelsesgrund har begrænset effekt, da konkurstruede virksomheder, som endnu ikke har indgivet en konkursbegæring, fortsat har incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, jf. den økonomiske analyse. Det vurderes derfor, at brugen af solvenskrav vil have den største effekt.

I forbindelse hermed skal det også fremhæves, at et solvenskrav alene vil forhindre, at konkurstruede virksomheders tilbud tages i betragtning, og ordregiver skal derfor fortsat være opmærksom på, at virksomheder med en høj soliditet kan have et incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud som følge af en predatory pricing strategi, jf. den økonomiske analyse.

4.2.2 Valg af evalueringsmodel

Tilbudsgiver kan afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud, i håb om at øge egne chancer for i sidste ende at vinde kontrakten, jf. den økonomiske analyse. Det må heraf antages, at ordregivers valg af evalueringsmodel er afgørende for, hvilket incitament ordregiver har til at udnytte den asymmetriske information, og afgive et unormalt lavt tilbud. Det er netop evalueringsmodellen, som gør det muligt at sammenligne de indkomne tilbud,¹⁶⁸ så ordregiver kan tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det er desuden særligt relevant at diskutere, hvilken evalueringsmodel ordregiver bør anvende, da Klagenævnet i EL-TECH TEAM-kendelsen¹⁶⁹ - som nævnt i den juridiske analyse - udtalte, at det var ordregivers ansvar at fastsætte en evalueringsmodel, og at ordregiver herigennem kunne tage højde for eventuel strategisk prissætning fra tilbudsgivernes side.

På den ene side vil det være nærliggende at argumentere for, at ordregiver bør have mulighed for at benytte en pointmodel, hvoraf tilbuddet tættest på gennemsnitsprisen får flest point, da det vil kunne mindske ordregivers incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, da de i stedet får incitament til

¹⁶⁸ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): EU's udbudsregler - i dansk kontekst, s. 771

¹⁶⁹ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle.

at afgive gennemsnitsprisen.¹⁷⁰ På den anden side må det fremhæves, at dette også vil dæmpe priskonkurrencen,¹⁷¹ og dette kan således gøre anskaffelsen dyrere for ordregiver i sidste ende, da tilbudsgiver tværtimod får incitament til at afgive et højt bud. Det må ligeledes antages at være i strid med Udbudslovens formål at dæmpe priskonkurrencen væsentligt, jf. den juridiske analyse. Det vurderes derfor, at brugen af en gennemsnitsscore vil mindske risikoen for unormalt lave tilbud, men denne metode er uhensigtsmæssig, og det anbefales derfor ikke, at en sådan evalueringsmodel anvendes.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en vejledning oplistet en række evalueringsmodeller som kan anvendes af ordregiver, og der bør derfor kigges nærmere på disse. Denne vejledning inddeler blandt andet evalueringsmodeller i henholdsvis prismodeller og pointmodeller. Det vil i afhandlingen blive analyseret, hvilken evalueringsmodel-type der er bedst egnet til at tage højde for unormalt lave tilbud. Det må hertil bemærkes, at der bør vælges en evalueringsmodel hvor resultatet ikke i væsentlig grad bliver påvirket af outliers.

Lineær pointmodel

Ved anvendelse af en lineær pointmodel skal den tilbudte pris omregnes til point. Dette kan blandt andet gøres ved en lineær pointmodel, som denne:¹⁷² $Point = maksimumpoint -$

$$\left(\frac{maksimumpoint - minimumpoint}{x \text{ pct}} \right) \cdot \frac{pris - laveste pris}{laveste pris}$$

Som formlen antyder, afhænger denne model i høj grad af den laveste pris, og afgivelsen af et unormalt lavt tilbud kan således have stor betydning for, hvilket tilbud der i sidste ende anses som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.¹⁷³ Dette vil også være tilfældet hvis der vælges en pointmodel baseret på gennemsnitsprisen.¹⁷⁴ Den lineære pointmodel kan ligeledes være udfordrende, fordi ordregiver er nødsaget til, at fastlægge hældningsgraden inden de kender det faktiske prisspænd, og dette kan medføre, at evalueringsmodellen er ubrugelig eller uhensigtsmæssig.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Dimitri, Piga og Spagnolo (2006): *Handbook of Procurement*, s. 316

¹⁷¹ Dimitri, Piga og Spagnolo (2006): *Handbook of Procurement*, s. 316

¹⁷² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2022). *Evalueringsmodeller - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 23-24

¹⁷³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2022). *Evalueringsmodeller - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 23-24

¹⁷⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2022). *Evalueringsmodeller - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 23-24

¹⁷⁵ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, s. 772

I forbindelse med en lineær pointmodel bør det nævnes, at ordregiver kan fastsætte en minimumspris for laveste acceptable tilbudspris, jf. blandt andet Byggeselskabet Paulsen-kendelsen, hvilket kan være fordelagtigt i forsøget på at undgå unormalt lave tilbud.¹⁷⁶ I Byggeselskabet Paulsen-kendelsen valgte ordregiver at fastlægge et prisinterval, som tilbudsgiver skulle afgive tilbud efter. Såfremt tilbudsgiver ikke overholdt dette, blev tilbuddet vurderet ukonditionsmæssigt. Klagenævnet mente, at det var klart formuleret i udbudsmaterialet, at der blev anvendt en ”targetpris”-pointmodel, og tilbudsgiveren derfor har haft mulighed for at sikre, at de afgav et konditionsmæssigt tilbud.

I Byggeselskabet Paulsen-kendelsen udtalte Klagenævnet: “[...] Vedrørende evalueringen af ”Pris” fremgik det, at der ville blive lagt vægt på den laveste tilbudte pris, og at point ville blive givet i henhold til den angivne ”targetpris pointmodel”. Evalueringen blev således foretaget efter en på forhånd fastlagt metode, som gjorde det klart, hvordan identifikationen af tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet ville ske.”¹⁷⁷

Det står således klart, at ordregiver kan fastsætte en minimumspris. Ordregiver skal dog være særlig opmærksom på, at dette tydeligt skal beskrives i udbudsmaterialet, jf. herunder også ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Brugen af minimumspriser må alt andet lige fjerne tilbudsgivers incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud. Da beløbsgrænsen fastsættes på forhånd, må det samtidig forventes at kræve, at ordregiver har et godt markedskendskab. Såfremt ordregiver har nok markedskendskab til at kunne fastslå, hvor beløbsgrænsen skal ligge, må dette anses som et særligt effektivt tiltag. Såfremt ordregiver fastsætter denne grænse for højt, er der dog risiko for, at det vil begrænse priskonkurrencen, da ordregiver således både vil afskrække “unormalt lave bud” og “lave bud”. Ordregiver kan derfor komme til at betale mere for anskaffelsen end nødvendigt.

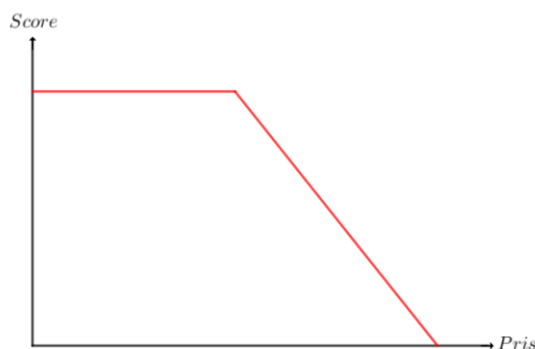
I forbindelse med ovenstående kendelse skal det ligeledes bemærkes, at ordregiver gjorde brug af en “knækket kurve” i forbindelse med evalueringen efter targetpris pointmodel.¹⁷⁸ Ved brug af en

¹⁷⁶ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 4. juni 2021, Byggeselskabet Paulsen A/S mod Boligselskabet AKB København.

¹⁷⁷ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 4. juni 2021, Byggeselskabet Paulsen A/S mod Boligselskabet AKB København, s. 21-22.

¹⁷⁸ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 4. juni 2021, Byggeselskabet Paulsen A/S mod Boligselskabet AKB København, s. 6 og 13.

“knækket kurve” vil hældningen på kurven for omregning af priser til point afhænge af punktet på grafen.¹⁷⁹ Der er således mulighed for at begrænse tilbudsgivers incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, da evalueringen kan opstilles således, at en yderligere prisreduktion ikke vil medføre en øget pointscore, jf. figur 6 nedenfor.



Figur 6: Inspireret af Nicola Dimitri, Gustavo Piga & Giancarlo Spagnolo, 2006, figur 12.1, side 306.

Figur 6 ovenfor viser et grafisk eksempel af omregningsscoren i tilfælde af, at ordregiver anvender en “knækket kurve”. Ud af X-aksen ses prisen, og ud af Y-aksen ses scoren. Det er således tydeligt - på baggrund af den røde kurve - at en reduktion i prisen på et tidspunkt ikke længere vil betyde en tilsvarende stigning i score.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har tidligere beskæftiget sig med spørgsmålet om ordregivers anvendelse af en “knækket kurve” ved evalueringsmetoden, men dette fremgår ikke af den seneste vejledning. Retsstillingen vedrørende brug af en “knækket kurve” fremgår ikke af Udbudsdirektivet, præambelbetragtningerne, Udbudsloven eller bemærkningerne til loven. Det bemærkes ligeledes, at EU-Domstolen ikke har behandlet spørgsmålet om, hvorvidt “knækkede kurver” kan benyttes ved evalueringsmetoden. Desuden omhandlede Byggeselskabet Paulsen-kendelsen¹⁸⁰ som nævnt en “knækket kurve”, uden at det blev behandlet af Klagenævnet. Retsstillingen er derfor fortsat uklar.

Det bør fremhæves, at ordregiver har et vidt skøn til at fastlægge evalueringmodellen, såfremt den blot beskrives i udbudsmaterialet, jf. UBL § 160.¹⁸¹ Det er således vurderingen i denne afhandling, at ordregiver kan anvende “knækkede kurver”, såfremt det er i overensstemmelse med de

¹⁷⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2016). *Evalueringmetoder - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 54

¹⁸⁰ Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 4. juni 2021, Byggeselskabet Paulsen A/S mod Boligselskabet AKB København.

¹⁸¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2022). *Evalueringmodeller - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 7

udbudsretlige principper. Heraf bør der særligt ses nærmere på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. På den ene side kan der argumenteres for, at brugen af "knækkede kurver" er i strid med princippet om ligebehandling, idet den resulterer i forskellig behandling af tilbuddene afhængigt af deres position i forhold til knækket på kurven. Tilbudsgiverne vil således ikke blive behandlet ens, og der vil derfor være tale om en skæv evaluering.¹⁸² På den anden side må det erkendes, at evalueringsmodellen som nævnt skal præciseres i udbudsmaterialet jf. UBL § 160, hvilket betyder, at tilbudsgiveren er bekendt med valget af evalueringsmetode og kender placeringen af knækket på kurven, hvorfor princippet om gennemsigtighed er overholdt. Gennemsigtigheden medfører således også, at den enkelte tilbudsgiver har mulighed for at afgive deres tilbud efter oplysningerne om den knækket kurve, og det vurderes således at alle tilbudsgiverne bliver behandlet ens, og at ligebehandlingsprincippet derfor også er opfyldt. Det er således vurderingen i denne afhandling, at ordregiver kan anvende "knækkede kurver", såfremt brugen heraf fremgår tydeligt af udbudsmaterialet. Ordregiver bør således bruge tid på at beskrive evalueringsmodellen grundigt i udbudsmaterialet, da brugen af "knækkede kurver" kan anses som et særligt effektivt tiltag mod unormalt lave tilbud, eftersom tilbudsgiveren ikke blive belønnet for ekstreme prisnedsættelser.

Pris- og "Price-Quality ratio"-model

Ordregiver kan i stedet anvende en prismodel baseret på beregningsbeløb, hvoraf det i stedet er kvalitetspointene der omregnes til priser.¹⁸³ Ligeledes findes "Price-Quality ratio"-modellen, hvoraf der foretages en absolut evaluering af hvert enkelt tilbud.¹⁸⁴ Det må alt andet lige vurderes, at omregningen ikke i samme omfang påvirkes af outliers/unormalt lave tilbud. Det skal dog ligeledes fremhæves, at disse modeller ikke mindsker tilbudsgiveres incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, da det efter disse evalueringsmodeller fortsat kan være fordelagtigt at afgive et unormalt lavt tilbud. Dette vurderes på baggrund af, at de omregnede kvalitetspoint til beløb efterfølgende bliver lagt sammen med tilbudsprisen, og det er herefter tilbuddet med det laveste evalueringsbeløb der vinder udbuddet.¹⁸⁵ En lav tilbudspris vil derfor betyde, at tilbuddets evalueringsbeløb er lav, og tilbudsgiveren vil derfor fortsat have incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud.

¹⁸² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2016). *Evalueringsmetoder - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 55

¹⁸³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2022). *Evalueringsmodeller - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 15

¹⁸⁴ Pedersen (s.d.): *Evalueringsmodel til udbud - Hortens ratiomodel*

¹⁸⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2022). *Evalueringsmodeller - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*, s. 15

4.2.3 Betingelse vedrørende kontraktens gennemførelse

Det fremgår af Udbudslovens § 176, som implementerer Udbudsdirektivets art. 70, at ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af kontrakten. Et krav er dog, at betingelsen skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. UBL § 176, 2. pkt., og betingelsen skal ligeledes være i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, herunder særligt proportionalitetsprincippet.

En indførelse af et krav om, hvordan tilbudsgiveren skal udføre den pågældende opgave, må således anses for at være i overensstemmelse med UBL § 176 - under forudsætning af, at det også er proportionalt. Indførelsen af sådan betingelser må anses for at kontrollere tilbudsgiveren i sådan grad, at tilbudsgiver ikke ønsker at afgive et strategisk tilbud med zero-pricing offers, da tilbudsgiveren i så fald ikke længere opnår profit. På den anden side kan benyttelsen af kontraktbetingelse være negativt, som følge af, at tilbudsgiver kender ordregivers behov bedre end ordregiver selv, jf. den økonomiske analyse. Brugen af kontraktbetingelser kan således tvinge tilbudsgiveren til en unødvendig udførelsesprocedure. Det vurderes derfor, at brugen af kontraktbetingelser kan medføre, at tilbudsgiverens produktionsomkostninger stiger unødigt. Dette må alt andet lige medføre, at ordregiver i sidste ende skal betale mere for anskaffelsen. Ordregiver bør derfor være varsom med benyttelsen af kontraktklausuler på trods af, at dette kan mindske risikoen for afgivelse af unormalt lave tilbud, som strategisk tilbud.

4.2.4 Behov for kendskab inden udbudsprocessen

Fælles for ovenstående tiltag er, at ordregiver er nødsaget til at tage beslutning om, hvorvidt der skal gøres brug af disse tiltag inden udbudsmaterialet offentliggøres, da både valg af evalueringsmodel og egnethedskrav samt kontraktbetingelser skal fremgå af henholdsvis udbudsmaterialet og udbudsbekendtgørelsen, jf. UBL §§ 140, 160 og 176. Der stilles derfor store krav til, at ordregiver allerede inden udbudsprocessen vurderer, hvorvidt det tiltænkte udbud kan give særlig anledning til afgivelse af unormalt lave tilbud. Det bør fremhæves, at ovenstående tiltag ikke bør anvendes uden nærmere eftertanke, da der som nævnt ligeledes følger nogle ulemper med ved brugen af disse tiltag.

4.3 Reguleringsforslag

Det kan i forbindelse hermed ligeledes diskuteres, hvorvidt der er behov for regulering på området. Det vurderes, at det ikke bør defineres tydeligere, hvad der skal forstås som et “unormalt lavt tilbud”, da dette vil begrænse ordregivers skøn, og derfor alt andet lige vil medføre, at ikke alle relevante situationer vil være omfattet af bestemmelsen. Det kunne overvejes, hvorvidt det bør tydeliggøres, hvilke forhold ordregiver kan tillægge vægt i vurderingen. Nedenfor er der dog udformet et reguleringsforslag, som mindsker den asymmetriske information, så ordregiver i højere grad har grundlag til at afvise strategiske tilbud som unormalt lavt. Det er særligt relevant at fremhæve, at der på nuværende tidspunkt i Udbudsdirektivet er en bestemmelse som forpligter medlemsstaterne efter anmodning til at tilgængeliggøre dokumenter, som er nødvendig for vurderingen af, hvorvidt et tilbud er unormalt lavt, jf. Udbudsdirektivets art. 69, stk. 5. Det må fremhæves, at denne bestemmelse blot sikrer, at ordregiver kan få tilsendt eksempelvis overenskomster, som en udenlandsk tilbudsgiver vil være omfattet af. Det skal derudover bemærkes, at denne bestemmelse ikke er implementeret i Udbudsloven.¹⁸⁶

4.3.1 Krav om adgang til data

Som tidligere nævnt medfører den asymmetriske information i høj grad et adverse-selection problem, der gør det svært for ordregiver inden tildeling at gennemskue, hvorvidt det udførte arbejde ville være væsentlig dyrere end forudsat ved prisevalueringen, og hvorvidt UBL §169 kan bruges til at afvise strategiske tilbud som unormalt lave.

Det må antages, at de to mest effektive tiltag til at mindske adverse-selection problemet er at udligne informationen mellem ordregiver og tilbudsgiver eller begrænse tilbudsgiveres mulighed for at udnytte informationen.¹⁸⁷ Sidstnævnte kan ordregiver i høj grad selv begrænse, jf. afsnit 4.2.1 til 4.2.4, men disse tiltag kan også medføre ulemper uden den fornødne omhu. Det vurderes derfor i denne afhandling, at det bør overvejes, hvorvidt det er nødvendigt at regulere området, så informationen mellem ordregiver og tilbudsgiver i højere grad udlignes. Det er desuden vurderingen i afhandlingen, at ordregiver ikke besidder nok information til at der blot stilles krav om screening af tilbudsgiverne. Det skal derfor overvejes, om tilbudsgiver bør indgive mere information. Således at “signalering” anvendes til at nedbringe den asymmetriske information.¹⁸⁸ Effekten heraf vil dog

¹⁸⁶ Ølykke, Ohm og Petersen (2022): EU's udbudsregler - i dansk kontekst, s. 799

¹⁸⁷ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 656

¹⁸⁸ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 656

afhænge af, at ordregiver finder tilbudsgivers signalering troværdig.¹⁸⁹ Der skal således opsættes et reguleringsforslag, som tvinger tilbudsgiver til at fremsende troværdig information.

I forbindelse med reguleringsforslaget søges der inspiration fra reglerne om dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, jf. hertil UBL § 151. Der bemærkes, at indhentelse af dokumentation vil være byrdefuldt for både ordregiver og tilbudsgiver, og det bør således i praksis kun være den vindende tilbudsgiver, der bør have pligt til at fremsende oplysningerne. På baggrund af dette udarbejdes følgende reguleringsforslag:

Stk. 1. Ordregiver kan, for at sikre, at der ikke er tale om et unormalt lavt tilbud, anmode tilbudsgiveren om dokumentation for, at tilbudsgiveren er i stand til at udføre opgaven lovligt efter tilbuddet. Dokumentationen kan vedrøre:

- 1) Tilbudsgiverens overvejelser om det forventede forbrug i henhold til tilbudslisten.*
- 2) Tilbudsgiverens forbrug på lignende opgaver.*

Stk. 2. Ordregiver skal anmode tilbudsgiveren, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, om at fremlægge dokumentationen i henhold til stk. 1, inden kontrakten tildes.

Stk. 3. Tilbudsgiveren er ikke forpligtet til at fremlægge dokumentation, som ordregiver allerede er i besiddelse af eller direkte har adgang.

Ovenstående stk. 3 er inspireret af UBL § 151, stk. 5, og det findes relevant at tilføje en lignende bestemmelse i denne situation. Udover at dokumentationskravet generelt er byrdefuldt, så må det netop anses for særdeles byrdefuldt for små- og mellemstore virksomheder, som revidering af Udbudsdirektivet ellers bør forsøge at tilgodese, jf. præambelbetragtning 2. Det er således vurderingen, at der kun bør pålægges tilbudsgiveren en dokumentationsbyrde, når dette er den eneste mulighed. I forbindelse med ovenstående reguleringsforslag skal det ligeledes bemærkes, at stk. 1 oplister en ikke-udtømmende liste, og tilbudsgiveren kan derfor fremsende anden dokumentation. Dette må ligeledes mindske tilbudsgiverens dokumentationsbyrde.

¹⁸⁹ Perloff (2018): *Microeconomics*, s. 657

4.3.1.1 Effekt af reguleringsforslag

Det må forventes, at ovenstående reguleringsforslag vil mindske adverse-selection problemet, og det er således også vurderingen, at ordregiver i langt højere grad har mulighed for at identificere et tilsyneladende unormalt lavt tilbud på trods af, det fortsat ikke er defineret i loven, hvad et unormalt lavt tilbud er.

Effekten af reguleringsforslaget kan som følge heraf analyseres ved brug af spilteori, hvor spillerne er henholdsvis tilbudsgiveren, som står til at få tildelt kontrakten, og ordregiver. Spillet er simultant, da spillerne vil være uvidende om den anden spillers valg, når de træffer deres beslutning.

Tilbudsgiveren kan vælge mellem at afgive et unormalt lavt tilbud eller et almindeligt tilbud, og ordregiver kan vælge mellem at anmode om dokumentationen i henhold til reguleringsforslaget eller handle i strid med reguleringsforslaget.

		<i>Ordregiver</i>	
		<i>Dokumentation</i>	<i>Handle i strid</i>
<i>Tilbudsgiver</i>	<i>Unormalt lavt tilbud</i>	$0 - C, A - C^*$	$0^*, 0$
	<i>Almindeligt tilbud</i>	$A - C^*, A - C^*$	$0^*, 0$

Figur 7: Egen tilblivelse

Figur 7 ovenfor viser spilmatrixen med de tilhørende payoffs for det opsatte spil. De enkelte Payoff beskrives nedenfor, men det antages at $A > C$. A illustrerer kontraktens værdi, mens C illustrerer omkostningerne forbundet med dokumentationsbyrden. De enkelte spillers bedste svar er illustreret med “*”.

Ordregiver handler i strid med reguleringsforslaget

Hvis ordregiver ikke vælger at indhente dokumentation fra den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, så vil ordregiver handle i strid med reguleringsforslagets stk. 2. Udbudsproceduren vil således ikke foregå korrekt, og det må forventes, at der vil komme en klage,

hvorefter kontrakten kan erklæres for uden virkning som følge af, at der er tale om en grov overtrædelse, jf. Lov om Klagenævnet for udbud § 13. Da kontrakten således vil blive bragt til ophør, så må det alt andet lige give et payoff på 0,0.

Tilbudsgiver afgiver et unormalt lavt tilbud / Ordregiver indhenter dokumentation

Når tilbudsgiveren har afgivet et unormalt lavt tilbud, og ordregiver beder om dokumentation, vil ordregiver besidde den nødvendige information, der skal til for at gennemskue, om tilbudsgiveren har afgivet et unormalt lavt tilbud. Tilbudsgiveren vil derfor blive afvist efter UBL § 169, og vil få et payoff på 0-C. Ordregiver vil derimod få et payoff på A-C. Ordregiver vil tildele kontrakten til en anden tilbudsgiver, og kontrakten har derfor fortsat en værdi (A) for ordregiver, men spillerne har også haft omkostninger (C) i forbindelse med indhentning af dokumentation.

Tilbudsgiveren afgiver et almindeligt tilbud / Ordregiver indhenter dokumentation

Hvis tilbudsgiveren afgiver et almindeligt tilbud, og ordregiver indhenter dokumentation, vil tilbudsgiveren få kontrakten tildelt, da den indhentede dokumentation ikke giver anledning til at afvise tilbuddet som unormalt lavt. Spillerne vil dog have omkostninger forbundet med dokumentationsbyrden, og begge spillers payoff vil derfor være A-C.

Løsning på spillet

Det ses på figur 7 ovenfor, at reguleringsforslaget vil medføre, at tilbudsgiveren får en svagt dominerende strategi til at afgive et almindeligt tilbud, mens ordregiver har en strengt dominerende strategi til at indhente dokumentation. Nash equilibrium er således "A-C; A-C", hvor ordregiver indhenter dokumentation, og tilbudsgiveren afgiver et almindeligt tilbud.

Reguleringsforslaget vil således medføre, at tilbudsgiveren ikke længere vil have incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, uagtet hvilken situation virksomheden står i, da det netop ikke længere vil være muligt at udnytte den asymmetriske information. Tilbudsgiveren vil således ikke længere kunne afgive zero-pricing offers, jf. Afsnit 2.4.3.1. Den konkurstruede virksomhed vil ikke længere få noget ud af at afgive et unormalt lavt tilbud i forsøget på at overleve, jf. afsnit 2.4.2. Ligeledes vil de større virksomheder ikke have incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud som led i en predatory pricing strategi, jf. afsnit 2.4.1. Bertrand-konkurrencen vil således fastholdes, og der vil ikke længere være risiko for monopol.

4.4 Delkonklusion

Det konkluderes på baggrund af ovenstående analyse, at ordregiver bør gøre brug af minimumskrav af økonomisk og finansiel formåen, jf. UBL § 142, stk. 1, hvis der er risiko for unormalt lave tilbud. Der bør her være en øget opmærksomhed på, at et omsætningskrav ikke vil forhindre konkurstruede virksomheder i at deltage i udbuddet, og der bør således stilles et solvenskrav. Virksomheder med en høj soliditet er netop ikke i samme omfang i risiko for konkurs. Det kan endvidere konkluderes, at ordregiver kan gøre brug af de frivillige udelukkelsesgrunde angående konkurs, insolvens og likvidationsbehandling, jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 2. Da denne udelukkelsesgrund kun kan udelukke virksomheder, som er under konkurs, må det dog konkluderes at have en begrænset effekt.

Ordregiver skal desuden være opmærksom på, at ovenstående tiltag kun vil nedbringe konkurstruede virksomheders incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud. Såfremt ordregiver ønsker at nedbringe alle virksomheders incitament til at afgive unormalt lave tilbud som strategiske tilbud, bør ordregiver overveje valget af evalueringsmodel nøje.

Ordregiveren kan gøre brug af en lineær pointmodel med fastsat minimumspris, jf. Byggeselskabet Paulsen-kendelsen. Brugen af minimumspris vil netop mindske incitamentet, dog er der også risiko for, at det vil begrænse priskonkurrencen. Det kan ligeledes konkluderes, at brugen af "knækkede kurver" er i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, og ordregiver kan således ved brugen af dette ligeledes nedbringe tilbudsgivers incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud. Ordregivers tredje mulighed er at indføre kontraktbetingelser, som sætter krav til tilbudsgivers udførelsesproces. Dette må forventes at mindske tilbudsgivers incitament til zero-pricing offers. Fælles for alle tiltag er, at disse skal træffes inden udbudsmaterialet offentliggøres, og der stilles derfor store krav til ordregivers markedskendskab.

Det konkluderes i afhandlingen, at der er behov for regulering på området, som mindsker den asymmetriske information mellem ordregiver og tilbudsgiver. Dette gøres ved at sikre, at ordregiver anmoder tilbudsgiveren, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, om dokumentation for, at tilbudsgiveren er i stand til at udføre opgaven lovligt efter tilbuddet. Effekten af reguleringsforslaget vil være, at incitamentet for at afgive et unormalt lavt tilbud ikke længere er til stede. Som følge af at den asymmetriske information udlignes, vil ordregiver have nemmere ved at identificere et tilsyneladende unormalt lavt tilbud.

Kapitel 5 - Konklusion

5.1 Konklusion

På baggrund af afhandlingen konkluderes det, at der vil være Bertrand-konkurrence under et udbud. Virksomhederne vil således ikke opnå profit, jf. Bertrand-fælden. Virksomhederne kan dog i forbindelse hermed vælge at afgive et unormalt lavt tilbud af strategiske årsager. Et unormalt lavt tilbud kan ses som et led i en predatory pricing strategi, hvor større virksomheder søger monopolstatus og således skabe profit. Konkurreruede virksomheder har ligeledes et øget incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud, da afgivelsen af tilbuddet ikke vil forringe deres situation. Generelt må det konkluderes, at virksomhederne har incitament til at udnytte den asymmetriske information og således kombinere prisstrategien "value-based pricing" og "zero-pricing offers".

Det kan ligeledes konkluderes, at ordregiver har mulighed for at afvise alle unormalt lave tilbud, men kun en pligt til at afvise, hvis det skyldes tilsidesættelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, jf. UBL § 169, stk. 3. Det konkluderes, at et tilbud er unormalt lavt, når der er mistanke om at tilbudsgiver ikke vil være i stand til at præstere i henhold til de tilbudte vilkår. Ordregiver har således et forholdsvist frit skøn. Det bør fremhæves, at ordregiver har en undersøgelsespligt, jf. UBL § 169, stk. 1, og at tilbudsgivers redegørelse blandt andet kan vedrøre markedsstrategiske årsager. Det konkluderes, at det er afgørende for, hvorvidt et strategisk tilbud kan afvises, om der er tale om "markedsstrategiske årsager" eller "spekulationer". Grænsen er imidlertid ikke klar, og det må konkluderes at et strategisk tilbud kun kan afvises efter UBL § 169, når ordregiver har beviser for, at en eventuel tildeling vil være til væsentlig ulempe for ordregiver.

Afslutningsvis må det konkluderes, at den asymmetriske information gør det svært for ordregiver at vurdere, hvornår en tildeling vil være til væsentlig ulempe. Ordregiver bør derfor forsøge at mindske risikoen for et unormalt lavt tilbud, som et strategisk tilbud, med andre tiltag. Det konkluderes, at ordregiver bør overveje at gøre brug af et solvenskrav, en evalueringsmodel med en "knækket kurve" og betingelser for kontraktens gennemførelse. Det må også konkluderes, at disse tiltag ikke er uden ulempe, og brugen skal således nøje overvejes. Der stilles derfor krav til ordregivers markedskendskab. Det kan derfor overvejes, hvorvidt problemstillingen i stedet bør afhjælpes ved regulering. Et reguleringsforslag, som udligner informationen mellem ordregiver og tilbudsgiver, vil i høj grad fjerne tilbudsgivers incitament til at afgive et unormalt lavt tilbud som et strategisk tilbud.

Kildeliste

Lov-/direktiv/traktatoversigt

Direktiv om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (Udbudsdirektivet), EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU af 28. februar 2024.

Lov nr. 338 af 18. maj 2005 (Lov om indhentning af tilbud), med de ændringer, der følger af lov nr. 572 af 6. juni 2007.

Lov nr. 492 af 12. maj 2010 (Lov om Klagenævnet for Udbud), med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

Lov nr. 1564 af 15.12.2015 (Udbudsloven), med de ændringer, der følger af lov nr. 204 af 05.03.2019, lov nr. 1251 af 30.11.2019 og § 1 i lov nr. 884 af 21.06.2022.

Traktat om den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), Lissabontraktaten 2009.

Domsregister og klagenævnskendelser

Domsregister:

Agriconsulting Europe, sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Europa-Kommissionen.

Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 28. januar 2016. ECLI:EU:T:2016:40.

Computer Resources International, sag T-422/11, Computer Resources International (Luxembourg) SA mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom (Niende Afdeling) af 5. november 2014.

ECLI:EU:T:2014:927.

Costa/ENEL, sag C-6/64, Flaminio Costa mod ENEL. Domstolens dom af 15. juli 1964.

ECLI:EU:C:1964:66.

Data Medical Service, sag C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service srl. Domstolens dom (Femte Afdeling) af 18. december 2014.

ECLI:EU:C:2014:2466.

European Dynamics Belgium, sag T-638/11, European Dynamics Belgium SA m.fl. mod Europæiske Lægemeddelagentur. Domstolens dom (Anden Afdeling) af 15. oktober 2013. ECLI:EU:T:2013:530.

European Dynamics Luxembourg, sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 4. juli 2017. ECLI:EU:T:2017:462.

Grimaldi, sag C-322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles. Domstolens dom (Anden Afdeling) af 13. december 1989. ECLI:EU:C:1989:646.

Impresa Lombardini & Mantovani, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) og Impresa Ing. Mantovani SpA mod ANAS - Ente nazionale per le strade og Ditta Paolo Bregoli (C-286/99). Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 27. november 2001. ECLI:EU:C:2001:640.

Kommission mod Belgien, Sag C-292/07, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien. Domstolens dom (Første Afdeling) af 23. april 2009. ECLI:EU:C:2009:246.

Les Verts, sag C-294/83, Miljøpartiet "Les Verts" mod Europa-Parlamentet. Domstolens dom af 23. april 1986. ECLI:EU:C:1986:166.

Proximus, sag T-117/17, Proximus SA/NV mod Rådet for Den Europæiske Union. Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 17. januar 2019. ECLI:EU:T:2019:19.

Rad Service, sag C-210/20, Rad Service Srl Unipersonale m.fl. mod Del Debbio SpA m.fl. Domstolens dom (Niende Afdeling) af 3. juni 2021. ECLI:EU:C:2021:445.

SAG ELV Slovensko, sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 29. marts 2012. ECLI:EU:C:2012:191.

SECAP & Santorso, forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP SpA (C-147/06) og Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) mod Comune di Torino. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 15. maj 2008. ECLI:EU:C:2008:277.

Secolux, sag T-90/14, Secolux mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 8. oktober 2015. ECLI:EU:T:2015:772.

Serco Belgium, sag T-664/13, Serco Belgium m.fl. mod Europa-Kommissionen. Domstolens dom af 4. februar 2014. ECLI:EU:T:2014:57.

Stadt Halle, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Domstolens dom (Første Afdeling) af 11. januar 2005. ECLI:EU:C:2005:5.

Strong Segurança, sag C-95/10, Strong Segurança SA mod Município de Sintra & Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 17. marts 2011. ECLI:EU:C:2011:161.

Tax-Fin-Lex, sag C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o. mod Ministrstvo za notranje zadeve. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 10. september 2020. ECLI:EU:C:2020:685.

Trasys International, sag T-741/17, Trasys International EEIG og Axianseu - Digital Solutions SA mod Det Europæiske Luftfartssikkerhedsagentur. Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 10. september 2019. ECLI:EU:T:2019:572.

Veridos, sag C-669/20, Veridos GmbH mod Ministar na vatesnjite raboti na Republika Bulgaria & Mühlbauer ID Services GmbH – S&T. Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 15. september 2022. ECLI:EU:C:2022:684.

Von Colson, sag 14/83, Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen. Domstolens dom af 10. april 1984. ECLI:EU:C:1984:153.

Klagenævnskendelser:

KARL STORZ Endoskopi Danmark, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 21. september 2012, KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S mod Region.

NFB Transport Systems, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Efkon, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund.

Autocentralen.com, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 6. marts 2020, Autocentralen.com A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Kongsvang Rengøringservice, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 13. maj 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Egaa Gymnasium.

EL-TECH TEAM, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle.

Byggeselskabet Paulsen, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 4. juni 2021, Byggeselskabet Paulsen A/S mod Boligselskabet AKB København.

Damgaard Rådgivende Ingeniører, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 20. juni 2023, Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Sønderborg Varme A/S.

Roche, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 22. august 2023, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland.

Mediq, Klagenævnet for Udbudsret, kendelse af 10. december 2023, Mediq Danmark A/S mod Staten- og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Fortolkningsbidrag

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Bobek i sag C-367/19 (Tax-Fin-Lex d.o.o. mod Ministrstvo za notranje zadeve), fremsat den 28. maj 2020.

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Maduro i sag C-250/07 (Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik), fremsat d. 17. december 2008.

KOM(96) 583 endelig udgave, ”Grønbog om offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden”.

Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om offentlige indkøb, KOM/2011/0896.

LitteraturlisteBøger:

Andersen, Ib (2008). *Den skinbarlige virkelighed*. Frederiksberg: Samfundslitteratur. 4. udgave.

Andersen, Ib (2019). *Den skinbarlige virkelighed*. Frederiksberg: Samfundslitteratur. 6. udgave.

Arrowsmith, Sue (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement bind 1*. London: Sweet & Maxwell. 3. udgave.

Besanko, David. Dranove, David. Shanley, Mark & Schaefer, Scott (2010). *Economics of Strategy*. Asia: John Wiley & Sons. 5. udgave.

Bishop, Simon & Walker, Mike (2002). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London: Sweet & Maxwell Ltd. 2. udgave.

Cabral, Luís M. B. (2017). *Introduction to Industrial Organization*. Cambridge: MIT-press. 2. udgave.

Dimitri, Nicola. Piga, Gustavo & Spagnolo, Giancarlo (2006). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press. 1. udgave.

Jacobsen, Kathrine Søs Cesko (2022). *Collaboration Between Economic Operators in the Competition for Public Contracts*. Frederiksberg: Copenhagen Business School. 1. udgave.

Knudsen, Christian (1997). *Økonomisk metodologi bind 2*. København K: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.

Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth (2020). *EU-ret*. København: Karnov Group. 8. udgave.

Nielsen, Rasmus Horskjær (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. København: Djøf Forlag. 1. udgave.

Perloff, Jeffrey M. (2018): *Microeconomics*. Harlow: Pearsons. 8. udgave.

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth (2021). *Retskilder og retsteorier*. København K: Djøf Forlag. 6. udgave.

Ølykke, Grith Skovgaard (2010). *Abnormally low tenders with an emphasis on public tenders*. København: Djøf Forlag. 1. udgave.

Ølykke, Grith Skovgaard. Ohm, Mette & Petersen, Cecilie Fanøe (2022). *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*. København K: Djøf Forlag. 3. udgave.

Internetsider:

Hudson Outsourcing. (2021): *How to win tenders with the right pricing strategy*. Hudson Outsourcing.

URL:<https://www.tenderconsultants.co.uk/how-to-win-tenders-with-the-right-pricing-strategy/>

(Besøgt d. 7. april 2024)

Pedersen, Annelouise Dalgaard. (s.d.). *Evalueringsmodel til udbud - Hortens ratiomodel*. Horten

URL:<https://www.horten.dk/viden/tools/evalueringsmodel-til-udbud-hortens-ratiomodel> (Besøgt d.

29. april 2024)

Pedersen, Annelouise Dalgaard & Jakobsen, Anders. (2022). *Tips til det gode referencekrav i udbud*. Horten.

URL:<https://www.horten.dk/viden/artikel2022/tips-til-det-gode-referencekrav-i-udbud> (Besøgt d. 21. april 2024)

Polak, Ben. (2008). *Econ 159: Game Theory - Lecture 20 - Subgame Perfect Equilibrium: Wars of Attrition*. Yale University.

URL:<https://oyc.yale.edu/economics/econ-159/lecture-20> (Besøgt d. 7. april 2024)

Ratcliff, Christina. Bono, Jordan De & Martinello, Barbara. (2023). *Offentlige kontrakter*.

Faktablade om Den Europæiske Union Europa-Parlamentet

URL:<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/34/offentlige-kontrakter> (Besøgt d. 27. marts 2024)

Økonomistyrelsen. (s.d.). *Den historiske fortælling om fælles indkøb i staten*. Økonomistyrelsen

URL:<https://oes.dk/indkoeb/indkoeb-i-staten/den-historiske-fortaelling-om-faelles-indkoeb-i-staten/> (Besøgt d. 27. marts 2024)

Rapporter:

Anchustegui, Ignacio Herrera & Gjendemsjø, Ronny (2019). *Between aggressive bidding, abnormally low tenders and zero-pricing in procurement contracts*. Konkurransetilsynet.

Harrower, John R. (1999). *Abnormally Low Tenders - Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2014). *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2016). *Evalueringsmetoder - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2022). *Evalueringsmodeller - Praksis vejledning til offentlige indkøbere*. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Videnskabelige artikler:

Engel, Andreas R. & Wambach, Achim (2006). *Public procurement under limited liability*.

Kate, Adreiaan Ten & Niels, Gunnar (2002). *On the rationality of the predatory pricing: the debate between Chicago and post-Chicago*. Los Angeles: SAGE Publications.

Ølykke, Grith Skovgaard & Clausen, Christian (2021). *Article 69 abnormally low tenders*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited.