

12. maj | 2016

Små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbud

- med fokus på udbudslovgivningens tiltag samt muligheden for konsortiedannelse

Ida Bisballe Rasmussen og Rebekka Mary Møller

Vejleder: Martin Holmgaard Thomsen

Udarbejdet af

Studie nr.

Ida Bisballe Rasmussen

Studie nr.

Rebekka Mary Møller

Antal anslag: 167.993

Specialet er afleveret indenfor fristen d. 12. maj 2016. Der er dog ikke medtaget nyt materiale efter d. 4. maj 2016.

summary

This thesis examines Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs) participating in public procurement. As this is a huge subject to examine, the main focus is on the new Public Sector Directives 2014/24/EU three¹ main innovations contained in Articles 46, 58 and 59 as well as the possibility for groups of economic operators to tend public procurement as a consortium.

SMEs are an important participant in the Internal Market as they are regarded as the spine of the economy in the EU. Therefore the promotion of SMEs is highlighted as one of the five main points of the reform of the directive.

The first chapter of this thesis' analysis examines Articles 46, 58 and 59 and considers the possibilities for individual SMEs to participate in public procurement and how the contracting authorities can make or break the chances for the SMEs to participate because of the exceptions in the Articles. Especially Article 46 which contains the rules for dividing contracts in to subcontracts and the reasons for not doing this can lead to problems for the SMEs.

The second chapter of the analysis examines how the Danish Public Procurement act and the Danish Competition act complement each other. The Public Procurement act doesn't have any restrictions on how a group of economic operators can engage in a relationship to bid on a contract. However the Competition act has strict rules on joint bidding. The acts Section 6 prohibits joint bidding if the agreement between the economic operators result in a restriction of the competition.

The third chapter examines when a group of economic operators will be seen to have made an agreement on joint bidding that is a restriction of the competition. This is a complex assessment where the key element is whether the individual economic operator is able to manage the contract by them self.

Finally the contracting authorities procurement culture is discussed. The authorities are a key player in promoting SMEs participation in public procurement especially because of the exceptions in the Articles and the free judgement the authorities are allowed. Some Danish counties are already making

¹ The Directive introduces four innovations. But especially the three is relevant for this thesis.

a special effort to promote SME's participation by making the procurement documents easier to understand and by counselling about making consortia.

The thesis has examined a complex area of procurement law. Efficient use of public funding is a main criteria when discussing public procurement. The law is meant to promote SMEs and by doing that efficient use of public funding can be achieved. But at the same time the law also makes it possibly to deviate from the Articles by wanting to obtain large scale production benefits, therefore making it hard for SMEs to participate in public procurement individually and might even force SMEs to be a part of a consortium where the consortium agreement is at risk of being considered as restricting the competition and in the worst case being a cartel.

Indholdsfortegnelse

1.0 INDLEDNING	7
1.1 HISTORISK OVERBLIK	7
1.2 RELEVANS	9
1.3 PROBLEMFOMULERING.....	11
2.0 METODE OG AFGRÆNSNING	12
2.1 METODE.....	12
2.2 LITTERATURVALG OG RETSKILDER	12
2.2.1 EU-rettens retskilder.....	14
2.3 AFGRÆNSNING.....	15
2.4 KOMPOSITION	16
2.4.1 Redegørelse	16
2.4.2 Analyse.....	16
2.4.3 Diskussion	16
2.5 BEGREBSAFKLARING	17
2.5.1 Små og mellemstore virksomheder.....	17
2.5.2 Ordregivende myndigheder	17
2.5.3 Økonomisk aktør, tilbudsgiver samt ansøger.....	18
2.5.4 Konsortium.....	18
2.5.5 Offentlige udbud.....	18
3.0 ANVENDELSESOMRÅDE	19
3.1 TEUF'S ANVENDELSESOMRÅDE	19
3.2 UDBUDSDIREKTIVETS ANVENDELSESOMRÅDE.....	20
3.3 UDBUDSLOVENS ANVENDELSESOMRÅDE	22
4.0 GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER	23
4.1 LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET	23
4.2 IKKE-FORSKELSBEHANDLING.....	24
4.3 GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET	25
4.4 PROPORTIONALITETSPRINCIPPET.....	26
5.0 DEN UDBUDSRETTLIGE ADGANG TIL OFFENTLIGE KONTRAKTER FOR SMV'ER	27
6.0 NYE INITIATIVER – LETTERE ADGANG FOR SMV'ER	28
6.1 OPDELING AF KONTRAKTER I DELKONTRAKTER	28
6.1.1 "Opdel eller forklar-princippet".....	29
6.1.2 Tildeling af mere end én delkontrakt.....	31
6.1.3 Obligatorisk opdeling	33
6.2 UDVÆLGELSESKRITERIER.....	33
6.2.1 Krav til minimumsomsætning pr. år	34
6.2.3 Implementering i dansk ret	36
6.3 FÆLLES EUROPÆISK UDBUDSDOKUMENT - ESPD.....	37

6.3.1 Implementering i dansk lov	39
6.4 SAMMENFATNING	40
7.0 UDBUD MED DELTAGELSE AF KONSORTIER.....	42
7.1 UDBUDSLOVENS REGULERING AF KONSORTIER	42
7.2 KONKURRENCELOVENS REGULERING AF KONSORTIER.....	44
7.3 SAMMENSPILLET MELLEM REGELSÆTTENE	46
7.4 SAMMENFATNING	49
8.0 KONSORTIEDANNELSE	50
8.1 LOVLIGE KONSORTIER	51
8.1.1 Konkurrencebegrænsende aftale (Trin 1)	51
8.1.2 Konkurrenter (Trin 1)	52
8.1.3 Fritagelse efter konkurrencelovens § 8 (Trin 2)	62
8.2 ULOVLIGE KONSORTIER	66
8.3 SAMMENFATNING	66
9.0 UDBUDSKULTUR.....	68
10.0 KONKLUSION	71
11.0 PERSPEKTIVERING - UNDERLEVERANDØRER.....	75
12.0 LITTERATURLISTE	77
12.1 ADMINISTRATIVE AFGØRELSER	77
12.2 DOMME FRA EU DOMSTOLEN	77
12.3 ARTIKLER.....	77
12.4 BEKENDTGØRELSER OG VEJLEDNINGER (REDEGØRELSER, ANALYSER)	78
12.5 BØGER	78
12.6 EU TRAKTATER, DIREKTIVER, MEDDELELSER M.V.	79
12.7 INTERNET	79
12.8 LOVE OG KOMMENTARER TIL LOVGIVNINGEN	80
12.9 RAPPORTER.....	80

1.0 Indledning

Offentlige indkøb er i Europa-Kommissionens (Kommissionens) vækststrategi *"Europa 2020, en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst"* fremhævet som et væsentligt element til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst, for på denne måde at sikre en effektiv udnyttelse af offentlige midler.²

For at opnå denne effektive udnyttelse er de forhenværende metoder og redskaber for offentlige indkøb blevet moderniseret ved vedtagelsen af direktiv 2014/24/EU (det nye udbudsdirektiv). Det nye udbudsdirektiv har blandt andet til formål at åbne markedet for offentlige indkøb for alle økonomiske aktører, uanset størrelsen på disse. Der er i direktivet dog særlig fokus på små og mellemstore virksomheders (SMV)³ adgang til disse markeder og derfor indeholder direktivet en række tiltag, der skal gøre det mere tilgængeligt for SMV'erne at byde på offentlige udbud.⁴

De små og mellemstore virksomheder anses for værende ryggraden i EU's økonomi og dermed anses lettere adgang til de offentlige indkøbsmarkeder for værende et vigtigt element i forbindelse med en effektiv anvendelse af de offentlige midler.⁵

I denne afhandling undersøges derfor de små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbudscontrakter. Dette forhold vil både blive undersøgt i forbindelse med tiltagene i det nye udbudsdirektiv samt muligheden for virksomhederne at indgå konsortiesamarbejder. Dermed vil afhandlingen belyse adgangen for SMV'erne i et udbudsretligt perspektiv såvel som i et konkurrenceretligt. I de følgende afsnit gennemgås, i hovedtræk, udbudslovgivningens historiske udvikling i Danmark, set fra en international såvel som en national synsvinkel. Derudover vil det ligeledes blive diskuteret, hvorfor det valgte emne synes at være relevant i dag.

1.1 Historisk overblik

I Danmark har offentlig licitation været almindeligt siden midten af 1900-tallet, hvor den første materielle lovgivning om udbud blev indført i 1966 med Licitationsloven⁶. Denne lov omfattede kun licitation inden for bygge- og anlægsområdet og gjaldt for såvel den offentlige som den private sektor. Licitationsloven blev i 2001 ophævet og erstattet af *"Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssek-*

²KOM(2010) 2020, s. 27, pkt. 4.3

³ Definition af SMV'er se s. 17

⁴ KOM(2011) 15, s. 28, pkt. 3.1

⁵ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 2

⁶ Lov nr. 216 af 8. juni 1966 om Licitation

toren”.⁷ Denne lov omhandlede ikke den private, men kun den offentlige sektor. Senere blev loven revideret og populært kaldt Tilbudsloven.⁸ I 2007 blev Tilbudslovens reguleringsområde udvidet og omfattede dermed ikke blot udbud ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter, men ligeledes regler om annoncering ved anskaffelser af visse varer og tjenesteydelser.⁹ Tilbudsloven var dog primært gældende for indkøb under tærskelværdien for EU-udbud.

I forbindelse med implementeringen af det nye udbudsdirektiv i dansk ret er reglerne i tilbudsloven for mindre indkøb af varer og tjenesteydelser blevet afskaffet og erstattet med reglerne i udbudsloven.¹⁰ Derudover er Tilbudsloven blevet ændret til *”Lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter”*¹¹ og dermed omhandler denne nu blot bygge- og anlægskontrakter under tærskelværdierne i udbudsdirektivet fra 2014.

Det Europæiske Fællesskab (EU) har - og har haft - en markant indflydelse på lovgivningen i Danmark samt i de øvrige medlemsstater. Siden etableringen af fællesskabet i begyndelsen af 1950’erne har ét af fokusområderne været at skabe et stabilt indre marked.

Ønsket om at fremme det indre marked har indebåret udarbejdelse af regler inden for udbudsområdet. Allerede i 1970 blev det første udbudsdirektiv vedtaget, det såkaldte Liberaliseringsdirektiv¹², og med dette var grundlaget for de senere direktiver på udbudsområdet etableret.¹³ Før det første udbudsdirektiv var det primære grundlag for offentlige indkøb alene reglerne i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).

Reglerne om regulering af offentlige anskaffelser på bygge- og anlægsområdet blev indført med Bygge- og anlægsdirektivet i 1971¹⁴ og senere fulgte Vareindkøbsdirektivet i 1977,¹⁵ Kontrolldirektivet i 1989¹⁶ og direktivet vedrørende tjenesteydelser i 1992.¹⁷

I 2004 undergik Bygge- og anlægsdirektivet, Tjenesteydelsesdirektivet samt Vareindkøbsdirektivet en større revidering, da de blev samlet til ét direktiv, udbudsdirektivet af 2004.¹⁸

⁷ Lov nr. 450 af 7. juni 2001, Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

⁸ Lov nr. 338 af 18. maj 2005 med de ændringer, der følger af lov nr. 572 af 6. juni 2007

⁹ Jesper Fabricius: Offentlige indkøb i praksis, 3. udgave, 2014, s. 24

¹⁰ Lov nr. 1564 af 15. december 2015

¹¹ LBK nr. 1410 af 07. december 2007

¹² Direktiv 71/304/EØF

¹³ Michael Steinicke m.fl.: EU’s udbudsdirektiver, 2. udgave, 2008, s. 83

¹⁴ Direktiv 71/305/EØF

¹⁵ Direktiv 77/62/EØF

¹⁶ Direktiv 89/665/EØF

¹⁷ Direktiv 92/50/EØF

Udbudsdirektivet blev endnu engang reformeret i 2014, i denne forbindelse nedsatte den danske regering udbudslovsudvalget, som skulle udarbejde et forslag til en national udbudslov. I november 2015 blev den danske udbudslov vedtaget af Folketinget, med ikrafttrædelse 1. januar 2016. Tidligere har Danmark implementeret udbudsdirektiver, ved bekendtgørelser frem for lov og udbudsloven er dermed den første danske udbudslov.¹⁹

1.2 Relevans

Hvert år foretager den offentlige sektor i Danmark indkøb og anskaffelser for cirka 300 milliarder kroner. Dette svarer til 15 procent af det danske bruttonationalprodukt.²⁰ Offentlige indkøb udgør på et europæisk plan knap 20 procent af EU's samlede bruttonationalprodukt, hvilket svarer til cirka 2.000 milliarder euro.²¹ Disse indkøb foretages alle gennem udbudsretlige procedurer.

Dette marked er altså ikke blot et stort, men kan også være et attraktivt marked. Små og mellemstore virksomheder kan dermed have en interesse i at blive en del af dette marked, da offentlige kontrakter kan skabe likvid sikkerhed, vækst og ikke mindst være en god reference.

De offentlige indkøb bliver imidlertid i stigende grad større og mere komplekse, idet der blandt andet stilles krav til, at virksomhederne kan udføre forskelligartede opgaver i ét og samme udbud. Disse krav til virksomhederne kan bevirke at kredsen af økonomiske aktører bliver indskrænket, da kravene til den finansielle, økonomiske, tekniske og faglige formåen bliver forhøjet, hvilket kan medføre, at den effektive konkurrence bliver svækket og en heraf medfølgende konsekvens kan således være, at den effektive anvendelse af offentlige midler ligeledes svækkes.²²

Lovgivere har i forbindelse med udbudslovgivningen gennemført flere tiltag, som skal fremme de små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud. Tiltagene skal dermed forsøge at forhindre, at de offentlige udbud bliver utilnærmelige for SMV'erne på grund af for strenge krav. De nye tiltag har imidlertid været genstand for kritik, da disse ikke er markant anderledes fra de tidligere regler i udbudsdirektivet fra 2004.²³

¹⁸ Direktiv 2004/18/EF

¹⁹ Grith Skovgaard m.fl.: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 61

²⁰ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen: Status for offentlige konkurrence, 2015, s. 4

²¹ Udbudsportalen, csr-indkob.dk: hvad er ansvarlige indkøb

²² Konkurrence og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud, 2013, s. 4

²³ Francois Lichère m.fl.: Modernising Public Procurement, 1 udg., 2014, s. 262-274

Såfremt de nye udbudsregler ikke får den tilsigtede effekt på de små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbud, vil det imidlertid fortsat være muligt for SMV'erne at byde på de større udbud.

Dette gøres muligt, da SMV'erne kan indgå konsortiesamarbejder, således at disse kan opfylde kravene til økonomisk, finansiel, faglig samt teknisk formåen. Kredsen af tilbudsgivere/ansøgere kan dermed øges, hvilket understøtter den effektive konkurrence og i sidste ende, den effektive udnyttelse af offentlige midler.

Små og mellemstore virksomheder udgør 97,3 procent af danske virksomheder og er dermed vigtige aktører, når det kommer til den danske vækst.²⁴ I slutningen af 2013 fremlagde regeringen sin vækstplan, hvor SMV'erne blev fremhævede som nøgleaktører for opnåelse af målsætningen. Derudover blev offentlige indkøb udpeget som et område der var strategisk vigtigt, da dette kan være med til at sikre vækst og beskæftigelse i Danmark, dette kræver dog en bedre og mere effektiv tilrettelæggelse. Det er dermed centralt, at det offentlige har et godt og funktionelt samarbejde med de små og mellemstore virksomheder.

På et EU-retligt plan udgør SMV'erne over 99 procent af alle europæiske virksomheder.²⁵

Små og mellemstore virksomheder er dermed en vigtig del af samfundet og skal der skabes vækst, må disse virksomheder yderligere integreres i det offentlige indkøbmarked. De nye initiativer på det udbudsretlige område kan muligvis være en faktor i opnåelsen af dette. Imidlertid kan der forekomme tilfælde, hvor udbudslovgivningen ikke får den tilsigtede virkning og hvor SMV'erne derfor skal udforske andre muligheder for at opnå adgang til de offentlige udbud. En mulighed kunne her være konsortiesamarbejde. Der hersker imidlertid usikkerhed om, hvorledes konsortier dannes uden, at aftale herom anses for værende en konkurrencebegrænsende aftale og i værste fald et kartel.²⁶

²⁴ Konkurrence og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud , 2013, s. 26

²⁵ Karsten Hagel-Sørensen, Aktuel udbudsret II, 1 udg., 2016, s. 301

²⁶ Dansk Erhverv, danskerhverv.dk, Konsortier eller kartel, 2014

1.3 Problemformulering

Med udgangspunkt i ovenstående gennemgang er formålet med denne afhandling at undersøge små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbudskontrakter. Denne undersøgelse vil tage afsæt i tiltagene i den nye udbudslovgivning samt SMV'ernes mulighed for konsortiedannelse. Følgende problemformulering fastlægger hermed rammerne for denne afhandling:

“I hvilket omfang har små og mellemstore virksomheder adgang til offentlige udbud?”

2.0 Metode og afgrænsning

I dette afsnit bliver der redegjort for den juridiske metode. Derudover indeholder afsnittet afhandlingens afgrænsning samt dennes komposition. Til sidst indeholder afsnittet begrebsafklaringen, hvor væsentlige begreber vil blive defineret.

2.1 Metode

Denne afhandlings juridiske problemstilling beskæftiger sig med små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbud. Et område, som er reguleret på såvel EU-plan som på nationalt plan. Det er derfor ikke blot den nationale retsforståelse, som den juridiske metode tager sit udgangspunkt i, men ligeledes vil den europæiske retsforståelse have en rolle.

For at kunne besvare afhandlingens problemformulering er det nødvendigt at udlede gældende ret på området.²⁷ Den juridiske metode indeholder flere retninger - i denne afhandling er det den retsdogmatiske metode som vil blive anvendt.²⁸ Denne metode angiver hvorledes gældende ret kan beskrives, fortolkes samt systematiseres med udgangspunkt i et retligt materiale.²⁹

Gældende ret om de små og mellemstore virksomheders muligheder i forbindelse med deltagelse i offentlige udbud bliver udledt gennem fortolkning af lovtekster, domspraksis, afgørelser, forarbejder og sædvane.

2.2 Litteraturvalg og retskilder

Identifikation og validering af hvilke regler, der anses som værende en del af det gældende retssystem beskrives som retskildelæren.³⁰

Alf Ross opdeler retskilderne i fire hovedgrupper: 1) regulering 2) retspraksis 3) retsædvaner 4) forholdets natur.³¹ Det fører til at der inden for en retsrealistisk forståelse intet hierarki er mellem retskilderne inden for dansk ret – dog er der inden for retskildelærens første hovedgruppe, regulering, en rangorden grundet lex superior-princippet.³² Denne afhandling vil imidlertid kun behandle de retskilder, der menes at være relevante i forhold til besvarelsen af problemformuleringen.

²⁷ Carsten M. Hansen: Retsvidenskabsteori, 1. udg., 2014, s. 86

²⁸ Moren Wegener: juridisk metode, 2. udg., 1994, s. 67

²⁹ Carsten M. Hansen: Rettens grund, 2011, s. 95/Retsvidenskabsteori, s. 86

³⁰ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retkilder og retsteorier, 4. udg., 2014, s. 55

³¹ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retkilder og retsteorier, 4. udg., 2014, s. 30

³² Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retkilder og retsteorier, 2014, s. 30 og Evald, Jens og Sten Schaumburg-Müller: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 1. udg., 2004, s. 277

Afhandlingen beskæftiger sig med små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbud. Inden for dette område er der flere love som finder anvendelse, heriblandt udbudsloven, som er en implementering af udbudsdirektivet fra 2014.

Udbudsdirektivet overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen, jf. TEUF artikel 288. Udbudsdirektivet er et minimumsdirektiv og derfor er der på EU-niveau fastlagt visse mindstekrav, som medlemsstaterne skal opfylde. Herudover kan der på nationalt plan fastsættes yderligere krav, så længe disse regler stadig er forenelige med direktivets målsætning.³³ I afhandlingen anvendes udbudsdirektivet³⁴, udbudsloven³⁵ samt konkurrenceloven³⁶. Da udbudsloven er en implementering af udbudsdirektivet, findes det hensigtsmæssigt at benytte sig af direktivet som et fortolkningsbidrag.

Konkurrencelovens § 6 vil være den primært benyttede bestemmelse, i forhold til konkurrenceloven i forbindelse med analysen. TEUF indeholder en tilsvarende bestemmelse i artikel 101. Den danske konkurrencelov er imidlertid tilpasset EU-konkurrencereglerne, derfor findes det hensigtsmæssigt at benytte sig af konkurrencelovens § 6 og som fortolkningsbidrag artikel 101.

Lovens forarbejder vil ligeledes blive anvendt i analysen. Dette sker for at finde ud af, hvad formålet med lovene er. Forarbejderne vil dog kun blive anvendt til fortolkning, da disse ikke selvstændigt har nogen retskildeværdi, de skal derfor i stedet ses som en forlængelse af lovene.

Eftersom afhandlingen har til formål at finde frem til, hvad gældende ret er inden for området, vil det ikke kun være tilstrækkeligt at undersøge lovene samt deres forarbejder. Det er ligeledes nødvendigt med en analyse af nævns- og retspraksis. Dette gøres for at undersøge hvorledes lovene fortolkes i praksis. Til denne del vil der blive benyttet afgørelser fra klagenævnene samt sager fra EU-domstolen. EU-domstolens praksis er en væsentlig retskilde i udbudsretten. Klagenævnet for Udbud³⁷ samt Konkurrencerådet tillægger EU-domstolen stor vægt.³⁸

Der vil primært blive benyttet afgørelser, afsagt af Konkurrencerådet i forbindelse med analysen.

Konkurrencerådet er imidlertid en speciel instans og afgørelser herfra har ikke samme retskildevær-

³³ Ruth Nielsen m.fl.: EU-ret, 2011, s. 131

³⁴ Direktiv 2014/24/EU

³⁵ Lov 2015-12-15 nr. 1564

³⁶ Lovbekendtgørelse 2015-07-08 nr. 869

³⁷ Klagenævnet for Udbuds afgørelser tillægges stor betydning.

³⁸ Grith Skovgaard og Ruth Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 49.

di som domme afsagt af domstolene. Det er dog fortsat relevant at undersøge afgørelser afsagt af Konkurrencerådet, da rådet træffer afgørelser i principielle og større sager.

Konkurrencerådet har det overordnede ansvar for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens administration af konkurrenceloven, hvorfor der er et tæt samarbejde mellem Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opsporer og griber ind, over for overtrædelser af konkurrenceloven og håndhæver på den måde konkurrencelovgivningen. Konkurrencerådet kan påbyde virksomheder, som overtræder konkurrenceloven, straks at stoppe ulovlighederne.³⁹ Rådet har dog ikke kompetence til at pålægge strafferetlige sanktioner, men kan anmelde sagen til Statsadvokaten for Særlige Økonomisk og International Kriminalitet, med henblik på en strafferetlig vurdering.

Lovene, deres forarbejder samt nævns- og retspraksis vil dermed ses som afhandlingens primære retskilder.

Der vil ligeledes blive benyttet sekundær litteratur i form af lærebøger som vedrører udbudsretten samt relevante artikler og vejledninger. Disse anvendes til at understøtte, hvad der kan udledes af den primære litteratur.

2.2.1 EU-rettens retskilder

Den EU-retlige regulering opdeles i primærretten og bindende sekundærregulering, derudover kommer praksis, softlaw og litteraturen.⁴⁰ Primærretten omfatter Traktaten om Den Europæiske Union samt TEUF. De vigtigste primærretlige regler for udbud er fri bevægelighedsreglerne i TEUF. Grundlæggende rettigheder og almindelige EU-retlige principper anses ligeledes for værende en del af primærretten.⁴¹

Den bindende sekundærregulering omfatter forordninger, direktiver samt generelle og individuelle afgørelser. I forbindelse med offentlige anskaffelser er de praktisk vigtigste EU-regler udbudsdirektiverne.⁴²

Af ikke-bindende regulering, også kaldt soft law, kan nævnes henstillinger og udtalelser.

Derudover kommer retspraksis, navnlig EU-Domstolens. EU-Domstolens praksis er en væsentlig retskilde og dermed ligeledes af stor betydning for udbudsretten.

³⁹KFST.dk, Konkurrencerådet, 2016

⁴⁰ Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 36

⁴¹ Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 39

⁴² Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2015, s. 36

Der eksisterer inden for EU-retten mange retskilder. Disse er inddelt i et hierarki, da nogle har en større værdi end andre. Primærretten anvendes forud for alle andre retskilder. Dernæst kommer den bindende sekundærregulering og videre soft law.

EU-retten er integreret i national ret og dermed har de nationale domstole pligt til at foretage en EU-konform fortolkning. Såfremt en EU-konform fortolkning ikke kan opnå harmoni mellem den nationale ret og EU-retten, skal den nationale domstol undersøge, om der er direkte anvendelige EU-regler, som skal anvendes med forrang for den nationale regel.

EU-retten har dermed forrang for national ret og endvidere direkte virkning i visse tilfælde.⁴³

2.3 Afgrænsning

Af ovenstående gennemgang blev det fastslået, at SMV'ers adgang til offentlige indkøb er et relevant og omdiskuteret emne. I denne afhandling undersøges SMV'ernes adgang til offentlige udbud i forbindelse med den nye udbudslovgivningens tiltag samt i forbindelse med konsortiesamarbejde. Det findes dog kun relevant at undersøge de tiltag som særligt kan få betydning for SMV'erne. Derfor belyses reglerne om opdeling af kontrakter i delkontrakter, loft for minimumsomsætning pr. år samt reglerne for brugen af det "*Fælles Europæiske Udbudsdokument*" (ESPD).

I afhandlingen undersøges muligheden for konsortiedannelse ligeledes. I denne forbindelse vil samspillet mellem de konkurrenceretlige - og udbudsretlige regler blive behandlet samt den konkurrenceretlige vurdering, som ligger til grund for bedømmelsen af, om en aftale er konkurrencebegrænsende. For nærværende afhandling er det derfor primært konkurrencelovens § 6, om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, der vil blive behandlet. Der bliver imidlertid ikke skelnet mellem konkurrencelovens § 6 og den tilsvarende artikel 101, stk. 1 i TEUF medmindre dette findes relevant for afhandlingen.

Afhandlingens analyse tager, ud over konkurrenceloven, afsæt i det nye udbudsdirektiv og den heraf implementerede udbudslov. Udbudsreglerne inden for EU omfatter dog ligeledes forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet samt forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Derudover findes der to håndhævelsesdirektiver. Disse direktiver vil ikke være genstand for videre undersøgelse.

Det findes ikke relevant at undersøge problemstillingen i forhold til private ordregivere og dermed omhandler afhandlingen kun adgangen i forbindelse med offentlige udbud.

⁴³ Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 76

2.4 Komposition

Denne afhandling er inddelt i forskellige undersøgende niveauer.

2.4.1 Redegørelse

I afsnit 3.0 og 4.0 vil der blive redegjort for udbudslovgivningens anvendelsesområde samt de grundlæggende udbudsretlige principper. Formålet med dette er at give læseren et kendskab til, hvilke principper der er særligt vigtige i forbindelse med fortolkning og udfyldning af udbudslovens og udbudsdirektivets enkelte regler.

2.4.2 Analyse

Analysen vil omfatte afsnittene 5.0, 6.0, 7.0 samt 8.0 og være inddelt i tre dele. Hvor første del, afsnit 5.0 og 6.0, omfatter en analyse af den nye lovgivnings tiltag for derved at udlede hvorledes ordregivers udformning af krav til tilbudsgiverne og ansøgerne kan få indvirkning på SMV'ernes adgang til at byde på offentlige udbud. I denne del af analysen vil både udbudsdirektivet samt den danske udbudslov inddrages i undersøgelsen.

Opbygningen af dette afsnit vil først tage udgangspunkt i udbudsdirektivet og derefter implementering i dansk lov via udbudsloven. Dette er gjort, da det findes mest logisk at nævne EU-retten først, da denne har forrang i forhold til dansk lovgivning.

Anden del af analysen omfatter afsnittet 7.0, som omhandler adgangen for SMV'erne til at danne konsortier, for på denne måde at deltage i offentlige udbud. Denne del vil indeholde en undersøgelse af sammenspillet mellem den udbuds- og konkurrenceretlige regulering af området. Her tages udgangspunkt i den danske lovgivning.

I tredje del af analysen, afsnit 8.0, undersøges, hvilke elementer der lægges vægt på i forbindelse med vurderingen af konkurrencebegrænsende aftaler. Her vil der ligeledes tages afsæt i den danske lovgivning. I analysen benyttes primært Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, hvor konsortieaftalen fandtes at være i strid med konkurrenceloven. Afgørelsen benyttes, da denne er den nyeste afgørelse på området.

2.4.3 Diskussion

I forlængelse af analysen vil det i afsnit 9.0 blive diskuteret, hvorledes den udbudsretlige lovgivning kan suppleres af udbudskulturen blandt de ordregivende myndigheder.

2.5 Begrebsafklaring

2.5.1 Små og mellemstore virksomheder

Små og mellemstore virksomheder (SMV'er) defineres ikke ens i alle sammenhænge. Europa-Kommissionen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens har hver deres definition af begrebet.

I EU-retlig øjemed defineres SMV'er, som virksomheder der beskæftiger under 250 personer og som har en årlig omsætning på ikke over 50 millioner euro eller en samlet årlig balance på ikke over 43 millioner euro. Af danske virksomheder falder 99,7 procent inden for denne kategori.⁴⁴

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse af små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud defineres SMV'er som virksomheder med færre end 50 ansatte og en årlig omsætning/balance, der ikke overstiger 10 millioner euro. Ud fra denne definition udgør 97,3 procent af de danske virksomheder SMV'er.⁴⁵

Det er relevant at fastlægge disse forskellige definitioner, da der med EU's definition er tale om en bred definition, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens definition er smal og kun omhandler danske virksomheder.

Det vil fremgå af fodnoterne hvilken definition der benyttes.

2.5.2 Ordregivende myndigheder

I udbudsdirektivet af 2014 defineres ordregivende myndigheder i artikel 2, stk. 1, nr. 1 som:

"ordregivende myndigheder: staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer, sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer"⁴⁶.

I den danske udbudslov er definitionen af ordregivende myndighed implementeret som ordregiver i § 24, nr. 28.

⁴⁴ Konkurrence og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud , 2013, s. 26

⁴⁵ Konkurrence og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud , 2013, s. 26

⁴⁶ Offentligretlige organer defineres i I direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 4, litra a-c

2.5.3 Økonomisk aktør, tilbudsgiver samt ansøger

I udbudsdirektivet skelnes der mellem økonomiske aktører, tilbudsgivere og ansøgere.

Økonomiske aktører er ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 10:

”Enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.”

I udbudsloven er denne artikel implementeret ved § 24, stk. 1, nr. 38.

En tilbudsgiver defineres i artikel 2, stk. 1, nr. 11 som:

”En økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud.”

I udbudsloven er denne artikel implementeret ved § 24, stk. 1, nr. 34.

En ansøger defineres i artikel 2, stk. 1, nr. 12 som:

”En økonomisk aktør, der har anmodet om opfordring til, eller som er blevet opfordret til at deltage i et begrænset udbud, udbud med forhandling, i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, en konkurrencepræget dialog eller i et innovationspartnerskab.”

I udbudsloven er denne artikel implementeret ved § 24, stk. 1, nr. 4.

2.5.4 Konsortium

Et konsortium i denne sammenhæng betegnes som en sammenslutning af to eller flere virksomheder. Dette er et aftalebaseret samarbejde, hvor formålet med sammenslutningen er at afgive et fælles tilbud på en offentlig kontrakt, som ellers ville have været for stor eller kompleks for den enkelte virksomhed.⁴⁷

2.5.5 Offentlige udbud

I denne afhandling benyttes begrebet *Offentlige udbud*, om udbud der udbydes af ordregivende myndigheder. Dette må **ikke** forveksles med udbudsformen *Offentligt udbud*.

⁴⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Udbud med deltagelse af konsortier, 2014, s. 6

3.0 Anvendelsesområde

I dette afsnit vil der blive redegjort for TEUF's, udbudsdirektivets og udbudslovens anvendelsesområde, for på den måde at udlede, hvilke relationer der er mellem disse.

Udbudsområdet er, som tidligere nævnt, omfattet af både EU-retlige regler samt nationale regelsæt, som tilsammen skal sikre at alle virksomheder opnår lige adgang til offentlige kontrakter samt sikre at offentlige anskaffelser sker til den billigste pris eller den bedste kvalitet i forhold til prisen.⁴⁸

3.1 TEUF's anvendelsesområde

Som tidligere beskrevet er TEUF en del af primærretten, hvor denne er den vigtigste af traktaterne. Af de primærretlige regler findes TEUF i udbudsretlig henseende ligeledes at have den største betydning, dette på trods af at TEUF ikke indeholder eksplicitte udbudsregler. TEUF indeholder imidlertid reglerne om fri bevægelighed, som skal respekteres i alle sager om indgåelse af offentlige kontrakter af grænseoverskridende interesse. Hvilket indebærer at det generelle nationalitets diskriminationsforbud i artikel 18 skal overholdes samt de specifikke, artikel 34 (varer), artikel 45 (arbejdskraft), artikel 49 (etablering) og artikel 56 (fri udveksling af tjenesteydelser). Derudover kommer ligeledes artikel 207 TEUF om den fælles handelspolitik. Konkurrencereglerne samt reglerne om statsstøtte, altså artikel 101-108 TEUF har ligeledes betydning for offentlige kontrakter. Den konkurrenceretlige betydning undersøges nærmere i afsnittene 7.0 og 8.0.

Fri bevægelighedsreglerne er direkte forpligtende for offentlige organer i medlemsstaterne, hvilket vil sige at reglerne kan påberåbes direkte i den nationale retsorden.

Baggrunden for anvendelsen af reglerne om fri bevægelighed er at sikre at der ikke sker forskelsbehandling af eksempelvis leverandører fra andre EU-lande, hvor der opsættes strengere eller vanskeligere krav, som er sværere at opfylde og dermed sikres det indre marked ligeledes ved opretholdelsen af konkurrencen.⁴⁹

Som tidligere beskrevet skal der være tale om en grænseoverskridende interesse, før en udbudsretlig kontrakt omfattes af TEUF, hvilket vil sige at også kontrakter under tærskelværdierne men med grænseoverskridende interesse omfattes.⁵⁰ I forbindelse med udbud ses det grænseoverskridende

⁴⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Bliv klogere på EU-udbud, 2012, s. 3

⁴⁹ Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 39

⁵⁰ Grith Skovgaard m.fl.: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 86.

element som værende, når økonomiske aktører fra andre EU-lande kan have interesse i udbuddet. Dette vurderes på baggrund af en konkret vurdering, hvor både kontraktens størrelse, ydelser, den fysiske beliggenhed samt særlige forhold, der kendetegner den berørte sektor (markedets størrelse og struktur, handelspraksis og lignende) vil indgå. Derudover er det ligeledes et element i vurderingen, om det udenlandske selskab har udvist reel interesse for den udbudte kontrakt.⁵¹

3.2 Udbudsdirektivets anvendelsesområde

Efter udbudsdirektivets artikel 1, nr. 2 omfatter denne "(...)en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder(...)".

Det er således kun offentlige kontrakter, der er omfattet af udbudspligten. I udbudsdirektivet defineres offentlige kontrakter som "gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås **skriftligt** mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser".⁵²

Det er dermed kun gensidigt bebyrdende aftaler, hvor der er tale om ydelse for modydelse, der er omfattet af udbudsdirektivet.⁵³

Det er endvidere et krav at aftalen skal være skriftlig. Dette indebærer imidlertid ikke at ordregiver kan komme uden om forpligtelsen til at foretage udbud ved at indgå mundtlige aftaler, da dette ville betragtes som omgåelse af udbudsdirektivet.⁵⁴ Med skriftlighed er det ikke et krav at aftalerne skal være nedskrevet på papir, af udbudsdirektivet fremgår at "skriftlig(t): ethvert udtryk bestående af ord eller tal, som kan læses, reproduceres og herefter videresendes, herunder informationer overført og lagret ved hjælp af elektroniske midler".⁵⁵

Udbudsdirektivet gælder i modsætning til TEUF kun for offentlige kontrakter, der overstiger tærskelværdierne, som er angivet i direktivets artikel 4. Efter denne skal værdien af et udbud, eksklusiv moms, enten svare til eller overstige én af følgende tærskelværdier:

"a) 5.186.000 EUR for offentlige bygge- og anlægskontrakter

⁵¹ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: kfst.dk, vurdering af klar og grænseoverskridende interesse, 2015

⁵² Direktiv 2014/24/EU, art. 2, stk. 1, nr. 5

⁵³ C-451/08, Helmut Müller GmbH mod Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, præmis 48

⁵⁴ Grith Skovgaard m.fl.: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 320

⁵⁵ Direktiv 2014/24/EU, art. 2, stk. 1, nr. 18

- b) 134.000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter der tildeles af statslige myndigheder samt projektkonkurrencer, der afholdes af disse myndigheder(...)*
- c) 207.000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der tildeles af ikke-statslige myndigheder samt projektkonkurrencer, der afholdes af disse myndigheder(...)*
- d) 750.000 EUR for offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser(...)"⁵⁶*

Disse tærskelværdier kontrolleres af Kommissionen hvert andet år, for på den måde at sikre at de fastsatte tærskler svarer til tærsklerne i Verdenshandelsorganisationens aftale om offentlige udbud (GPA-aftalen).⁵⁷ Såfremt tærskelværdierne ikke stemmer overens med aftalen, revideres disse i overensstemmelse med artikel 6. Til udregning af et udbuds værdi kan der anvendes en af de i artikel 5 oplyste metoder.

Forud for en offentlig anskaffelse skal der foretages et skøn over den forventede værdi af anskaffelsen. Det er dermed kun såfremt denne beregning overstiger tærskelværdierne, at der skal ske udbud efter reglerne i udbudsdirektivet.

Den anslåede værdi beregnes på grundlag af det samlede beløb eksklusiv moms, som den ordregivende myndighed skønner skal betales. I beregningen skal enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten, som eksplicit er fastsat i udbudsdokumenterne, indgå.⁵⁸ I forbindelse med værdiansættelsen af kontrakten skal der endvidere tages hensyn til alle indtægter, uanset om de modtages fra den ordregivende myndighed eller fra tredjemand.⁵⁹ Således skal værdien ansættes ud fra tilbudsgivers perspektiv.

Det er imidlertid ikke kun i de situationer, hvor værdien af et udbud ikke opfylder de ovenstående tærskelværdier, at disse er undtaget. Det er ligeledes tilfældet hvis disse udbud falder uden for direktivets anvendelsesområde. Direktivets kapitel 1, afdeling 3, indeholder undtagelser til direktivets anvendelsesområde.

⁵⁶ Direktiv 2014/24/EU, art. 4

⁵⁷ GPA-aftalen – Government Procurement Agreement

⁵⁸ Direktiv 2014/24/EU, art. 5, stk.1

⁵⁹ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 19

3.3 Udbudslovens anvendelsesområde

Som tidligere beskrevet er udbudsdirektivet implementeret i dansk ret ved udbudsloven af 2016.

Derfor vil ovenstående gennemgang af udbudsdirektivets anvendelsesområde være sammenfaldende med udbudslovens anvendelsesområde.

Udbudsloven fastsætter altså på samme måde som direktivet rammerne for ordregivers indkøbsadfærd.

Med udbudsloven har udbudslovsudvalget i Danmark fortolket udbudsdirektivets ordlyd og formål for dermed at skabe et regelsæt, der sikrer større klarhed, forenkling og fleksibilitet for både ordregivere men ligeledes for de økonomiske aktører.⁶⁰

Derudover har loven ligeledes samlet en række regler i én lov. Den samlede lov indeholder således EU's udbudsregler og de danske regler for indkøb af varer og tjenesteydelser under EU's tærskelværdier. Derudover integreres reglerne om ubetalt gæld til det offentlige fra *"Lov om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger"* samt visse bestemmelser fra *"Lov om håndhævelse af udbudsreglerne"*.⁶¹ Udbudsloven regulerer dermed ligeledes offentlige indkøb med en kontraktværdi under tærskelværdierne.

⁶⁰Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: Udbudsloven vejledning om udbudsreglerne, 2016, s. 9

⁶¹ Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 37

4.0 Grundlæggende principper

I dette afsnit vil de grundlæggende principper indenfor EU-retten, som har størst betydning inden for det udbudsretlige område, blive undersøgt. Der vil derfor blive redegjort for ligebehandlingsprincippet, ikke-forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet samt proportionalitetsprincippet.

På trods af at EU's udbudsregler fastsætter en meget detaljeret regulering af udbudsprocessen, har de bagvedliggende hovedprincipper stor betydning i forbindelse med fortolkning og udfyldning af udbudsreglerne.⁶² De mest fundamentale principper er i den forbindelse de domstolsskabte principper om lighed og gennemsigtighed.⁶³

4.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandling er et af de mest fundamentale principper i det moderne retssamfund. Begrebet spiller derfor ligeledes en væsentlig rolle inden for udbudsretten.

Det følger af princippet, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ensartede, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet og proportionalt.⁶⁴

I de EU-retlige regler om udbud er ligebehandlingsprincippet både en del af primærretten og eksplicit foreskrevet i udbudsdirektivet af 2014 og dermed altså ligeledes i den danske udbudslov.

Princippet er kendt fra TEUF, hvor principperne om nationalitetsdiskrimination og reglerne om fri bevægelighed har en central placering, men det har i udbudsreglerne en endnu mere vidtgående rækkevidde.⁶⁵

Af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, fremgår det at *"De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde"*. I den danske udbudslov er artikel 18, stk. 1 blevet implementeret ved § 2, stk. 1, som er udformet *"En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet"*. Derudover er der i § 2, stk. 2 indskrevet en fortolkning af ligebehandlingsprincippet. Da det kan udledes af princippet og retspraksis fra såvel EU-domstolen som praksis fra Klagenævnet for Udbud, at en ordregiver ikke må udforme udbuddet med det formål,

⁶² Jesper Fabricius: Offentlige indkøb i praksis, 3. udgave, 2014, s. 32

⁶³ Sune Troels Poulsen, EU udbudsretten, 3. udg., 2016, s. 54

⁶⁴ C-810/79, Peter Überschar præmis 16 og Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 39

⁶⁵ Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 39

at udelukke udbuddet fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt at indskrænke konkurrencen.⁶⁶

Den ordregivende myndighed skal derfor sikre at udbuddet af offentlige kontrakter er offentlige, således at alle økonomiske aktører har muligheden for at byde og at disse opnår den samme ensartede information vedrørende udbuddet. Dernæst indebærer ligebehandlingsprincippet at alle de økonomiske aktører bliver vurderet ud fra de samme krav. Ligebehandlingsprincippet skal overholdes gennem alle stadierne af udbudsprocessen.⁶⁷ Dette gælder altså lige fra udformningen af udbudsmaterialet, over udvælgelsen og frem til endelig tildeling og afslutning af den udbudte kontrakt.⁶⁸

Ligebehandlingsprincippet er dog sådan udformet at ordregiver ikke har pligt til at sænke sine krav til en ydelse, blot fordi der kun er en enkelt eller få leverandører, der har mulighed for at levere det ønskede, så længe kravene i øvrigt er stillet på et sagligt grundlag. Ligebehandlingsprincippet stiller altså ikke krav om, at samtlige vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutrale for alle aktører på markedet.⁶⁹

4.2 Ikke-forskelsbehandling

Ikke-forskelsbehandlingsprincippet er et diskriminationsforbud, hvilket medfører at det er forbudt at behandle tilbudsgivere strengere på grund af nationalitet. Udbudslovens § 3 omhandler forskelsbehandling, hvor direktivets artikel 18, stk. 1 er implementeret ved udbudslovens § 3, stk. 2:

”En ordregiver må ikke give økonomiske aktører og ydelser fra lande, der er medlem af Den Europæiske Union eller Det Økonomiske Samarbejdsområde, en behandling, der er mindre gunstig end den, der gives økonomiske aktører og ydelser fra Danmark”.

Dette princip omhandler altså kun forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, mens ligebehandlingsprincippet er karakteriseret ved at indeholde et forbud mod alle former for usaglig forskelsbehandling. Forbuddet anses derfor almindeligvis blot for ét element af det generelle lighedsprincip.⁷⁰

I forbuddet sondres der mellem direkte, indirekte og omvendt diskrimination på baggrund af nationalitet.⁷¹

⁶⁶ Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 56, til § 2

⁶⁷ Sune Troels Poulsen, EU udbudsretten, 3. udg., 2016, s. 57

⁶⁸ Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 40

⁶⁹ Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 40

⁷⁰ Ruth Nielsen m.fl.: EU-ret, 2011, s. 299

⁷¹ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: Udbudsloven vejledning om udbudsreglerne, 2016, s. 17

Direkte diskrimination foreligger, når en tilbudsgiver fra en anden medlemsstat underlægges strengere regler, påføres yderligere byrder eller på anden måde stilles ringere, end en indenlandsk tilbudsgiver behandles i en tilsvarende situation. Fokus er her på nationalitets- eller oprindelseskrav.⁷² I sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark (Storebælt), blev Danmark dømt for direkte diskrimination, da der i forbindelse med opførelsen af Storebæltsbroen i udbudsbetingelserne var krav om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel.

Indirekte diskrimination foreligger, hvor overholdelse af en tilsyneladende neutral national foranstaltning i praksis er mere byrdefuld for den udenlandske tilbudsgiver end den indenlandske.⁷³

I udbudslovens § 3, stk. 1 er der indført et forbud mod omvendt diskrimination. Det vil sige at danske ordregivere ikke må diskriminere danske økonomiske aktører eller ydelser ved at give disse mindre gunstig behandling end økonomiske aktører eller ydelser fra udlandet. Bestemmelsen er ikke en bestemmelse fra direktivet, men er derimod et udelukkende nationalt krav.

4.3 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet (transparens) er fremhævet i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1 samt udbudslovens § 2, stk. 1. Derudover kan princippet udledes af TEUF og derfor gælder det både inden for og uden for det direktivregulerede område.

EU-domstolen har på baggrund af lighedsprincippet udviklet gennemsigtighedsprincippet.⁷⁴ Kravet om gennemsigtighed skal dermed gøre det muligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt.

Den ordregivende myndighed er, som nævnt ovenfor, i forbindelse med udbudsprocessen forpligtet til at behandle ansøgere og tilbudsgivere lige. I den forbindelse er den ordregivende myndighed forpligtet til at benytte særlige og præcist detaljerede procedurer, som derved skaber en vis gennemsigtighed og i forlængelse deraf forudsigelighed. Gennemsigtighedsprincippet skal dermed ses i forlængelse af ligebehandlingsprincippet, som et princip der anvendes til at dokumentere uretmæssig forskelsbehandling og som usaglige eller ulovlige hensyn varetages.⁷⁵ Princippet er løbende blevet

⁷² Ruth Nielsen m.fl.: EU-ret, 2011, s. 300

⁷³ Ruth Nielsen m.fl.: EU-ret, 2011, s. 300-301

⁷⁴ C-454/06, presstext nachrichten agentur GmbH, præmis 32

⁷⁵ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: Udbudsloven vejledning om udbudsreglerne, 2016, s. 61-62

præciseret, således som EU-domstolen i C-19/00, SIAC Construction Ltd udtaler: "*at den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet*"⁷⁶

Gennemsigtighedsprincippet medfører altså dermed, at der skal være offentlighed og åbenhed omkring selve udbuddet, således de økonomiske aktører får mulighed for at tilkendegive deres interesse for udbuddet. Det kan derved ligeledes undgås at ordregiver foretager indkøb fra leverandører, som ordregiver på forhånd har præference for. Derudover medfører princippet ligeledes, at ordregiver skal beskrive kontraktens genstand og processen for udbuddet i udbudsmaterialet og derefter også skal handle derudfra og dermed inden for rammerne af beskrivelsen i udbudsmaterialet. Dermed sættes tilbudsgiver i stand til at gennemskue, om ordregiver overholder de processer, kriterier og metoder, der er opstillet for tildelingen af kontrakten.⁷⁷

4.4 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er implementeret i udbudslovens § 2, stk. 1. Princippet er et af EU-rettens grundlæggende principper og medfører at enhver foranstaltning inden for EU skal ses som værende egnet, nødvendig samt forholdsmæssig ud fra det formål, som der forsøges opnået. På baggrund af dette er proportionalitetsprincippet i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter relevant ved udarbejdelsen og tilrettelæggelsen af udbudsmaterialet og udbuddet samt ved selve gennemførelsen af udbudsprocessen.⁷⁸ Proportionalitetsprincippet finder altså anvendelse ved samtlige krav, som ordregiver stiller til interesserede økonomiske aktører, herunder tidsfrister, krav til egnethed og videre.

⁷⁶ C-19/00, præmis 43

⁷⁷ Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 58-59

⁷⁸ Bemærkninger til lovforslaget til Udbudsloven, s. 58-59

5.0 Den udbudsretlige adgang til offentlige kontrakter for SMV'er

Det Europæiske Råd fremhævede i forbindelse med tilblivelsen af det nye udbudsdirektiv, fem vigtige fokusområder for moderniseringen af direktivet.⁷⁹

Et af disse fokusområder var at fremme små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud. Dette er sket via en række initiativer, som undersøges nærmere i afsnit 6.0. Her vil fokus være på direktivets artikel 46 samt artikel 58 og 59.

En undersøgelse udført på vegne af Kommissionen i 2007 viser, at små og mellemstore virksomheders værdimæssige andele af offentlige indkøb over EU-tærskelværdier i 2005 var 42 procent, hvilket udgør 64 procent af de samlede kontrakter.⁸⁰ I undersøgelsen fandtes denne andel ikke for værende tilstrækkelig, set i forhold til små og mellemstore virksomheders betydning for EU's økonomi, da netop disse virksomheder bliver anset for værende EU's økonomiske rygrad. Alene i Danmark ses det at andelen af virksomheder, der hører under SMV-definitionen, er over 97 procent.⁸¹

Det blev på baggrund af undersøgelsen konkluderet at SMV'ernes potentiale, innovation samt vækst ikke blev udnyttet tilstrækkeligt. Derfor udarbejdede Kommissionen *"Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV'ers adgang til offentlige indkøbskontrakter"*, hvis formål var at gøre det lettere for de ordregivende myndigheder at udnytte det gamle udbudsdirektivs muligheder for at sikre ligebehandling af alle aktører, som ønsker at deltage i et offentligt udbud. I forbindelse med udarbejdelsen af dette Kodeks blev SMV'er adspurgt om vanskeligheder, som de havde oplevet i forbindelse med adgangen til offentlige udbud. Af rapporterede vanskeligheder kan blandt andet nævnes: Kontrakternes store størrelse, alt for stor administrativ byrde, omkostningerne ved udarbejdelse af tilbuddene, for vidtgående krav om finansielle garantier samt uforholdsmæssige store krav til kvalifikationsniveauer og certificering.⁸²

Dette kodeks blev dermed vigtigt i forbindelse med udarbejdelsen af det nye udbudsdirektiv.

⁷⁹ Council of The European Union, 2014

⁸⁰ SEC(2008)2193, s. 4

⁸¹ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud, 2013, s. 4.

⁸² SEC(2008)2193, s. 4-6

6.0 Nye initiativer – lettere adgang for SMV'er

Det følgende afsnit vil omfatte en analyse af de tiltag som er blevet indført i både udbudsdirektivet og udbudsloven, som skal fremme SMV'ernes adgang til offentlige udbud.

Som tidligere beskrevet indeholder det nye udbudsdirektiv tre bestemmelser, som er rettet mod letelse af adgangen til offentlige udbud for små og mellemstore virksomheder. Nærmere bestemt omfatter dette artikel 46, som indeholder et *"opdel eller forklar-princip"*, artikel 58 vedrørende udvælgelseskriterierne herunder, specielt relevant for denne afhandling, krav til minimumsomsætning pr. år samt artikel 59 som indfører *"European Single Procurement Document"* (ESPD).

Artikel 46 og 58's principper er allerede kendt fra det gamle direktiv. Der er dog sket en modernisering af disse, hvorimod reglen i artikel 59 bygger på et nyt initiativ.

6.1 Opdeling af kontrakter i delkontrakter

I forbindelse med gennemførelsen af det nye udbudsdirektiv blev der med artikel 46 indført mulighed for, at ordregivende myndigheder kan opdele kontrakter i delkontrakter.

Direktivets artikel 46, stk. 1 lyder som følger:

"De ordregivende myndigheder kan beslutte at tildele en kontrakt i form af særskilte delkontrakter og kan afgøre størrelsen og genstanden for sådanne delkontrakter."

Kommissionen forsøger derved at tilpasse de offentlige udbud til de små og mellemstore virksomheders behov. Det overordnede formål er dermed at udvide kredsen af potentielle tilbudsgivere/ansøgere, da de små og mellemstore virksomheder derved kan deltage og skabe yderligere konkurrence.⁸³

Offentlige udbud er ofte store, komplicerede og omkostningstunge og dermed vil disse typisk stille store krav til tilbudsgiverne/ansøgerne. Ved indførelse af artiklen vil der derfor kunne ses både en kvalitativ samt en kvantitativ virkning, da delkontrakterne dermed bedre kan tilpasses de små og mellemstore virksomheders specialeområde samt produktionskapacitet.⁸⁴

Muligheden for opdeling af kontrakter kunne ikke direkte udledes af det tidligere udbudsdirektiv.

I direktivets artikel 9, stk. 3 var adgangen til opdeling af kontrakter dog i et vist omfang reguleret.

Denne bestemmelse havde til formål at forhindre opdeling af kontrakter, udelukkende med det for-

⁸³ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 78

⁸⁴ SEC(2008)2193, s. 7

mål at komme under direktivets tærskelværdier. Bestemmelsen, som hvilede på almindelige principper om omgåelsesforbud, er i det nye udbudsdirektiv videreført i artikel 5, stk. 3.⁸⁵

Det kan af ovenstående udledes, at de ordregivende myndigheder allerede i forbindelse med det tidligere udbudsdirektiv havde mulighed for at opdele kontrakter men ligeledes muligheden for at undlade at gøre dette.

6.1.1 "Opdel eller forklar-princippet"

Udbudsdirektivets artikel 46, stk. 1 gør det obligatorisk for ordregiver at begrunde de tilfælde, hvor det undlades at opdele kontrakter. Formålet med bestemmelsen er ikke at "tvinge" ordregiverne til at opdele kontrakter, men derimod skal bestemmelsen tilskynde ordregiverne til at overveje, om en opdeling af en kontrakt i delkontrakter kan være hensigtsmæssigt.⁸⁶

På baggrund af dette er "*opdel eller forklar-princippet*" opstået. I de tilfælde hvor en kontrakt ikke opdeles skal begrundelsen herfor fremgå af udbudsmaterialet enten i udbudsdokumenterne eller i en individuel rapport.⁸⁷

"Opdel eller forklar-princippet" skal anvendes ved alle udbudspligtige kontrakter uanset deres værdi.⁸⁸

Ordregiver er i forbindelse med overvejelserne vedrørende opdeling af kontrakten overladt et skøn. Det er dermed ordregiverens egne overvejelser om hensigtsmæssigheden, der ligger til grund for afgørelsen. Ordregiver er ikke underlagt administrativ eller retlig kontrol og kan derfor frit træffe beslutning med enhver begrundelse, som denne måtte finde relevant.⁸⁹

Det er dog et krav at ordregiver angiver de primære årsager i udbudsmaterialet eller i den individuelle rapport. Det fremgår af direktivets præambel at disse årsager kan være, at ordregiver mener at opdeling vil medføre en øget risiko for begrænsning af konkurrencen eller medføre at gennemførelsen af udbuddet bliver uforholdsmæssigt dyrt eller teknisk vanskeligt.⁹⁰

Implementering i dansk ret

Direktivets artikel 46, stk. 1 er implementeret ved udbudslovens § 49, stk. 1 med følgende ordlyd:

"En ordregiver kan udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt."

⁸⁵ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 303

⁸⁶ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 309

⁸⁷ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 78

⁸⁸ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, 2014, s. 672

⁸⁹ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 78

⁹⁰ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 78

Der foreligger dermed ikke et *krav* om at ordregiver opdeler kontrakten, men i stedet en mulighed herfor.

Ordregiver bestemmer altså om en kontrakt skal opdeles, derudover bestemmer denne ligeledes hvordan kontrakten i givet fald skal opdeles. Opdeling af kontrakter kan ske på flere måder, dog skal opdelingen altid ske på et sagligt grundlag. Opdeling af kontrakter for at udelukke eller tilgodese en specifik leverandør på andre leverandørers bekostning, findes ikke at være en saglig begrundelse.⁹¹ Af udbudslovens forarbejder kan det udledes, at det ikke kun er muligt at foretage en kvalitativ- og kvantitativ opdeling af kontrakterne men ligeledes en geografisk opdeling. Med sidstnævnte mulighed henvises til eksempelvis udbud vedrørende transport, hvor opdelingen vil kunne foretages i geografiske afgrænsede delkontrakter.⁹²

I udbudslovens § 49, stk. 2 er "*opdel eller forklar-princippet*" blevet implementeret.

"*Opdel eller forklar-princippet*" formål er direkte overført til den danske udbudslov.

Af bestemmelsen fremgår det at begrundelsen for fravalget skal angives i udbudsmaterialet. Det er ikke angivet i bestemmelsen og heller ikke i forarbejderne til loven, at det skal være muligt at angive begrundelse i en særskilt rapport, som det ellers kan udledes af udbudsdirektivets præambel, jf. ovenstående analyse af udbudsdirektivets artikel 46.⁹³ Da direktivet som sagt er et minimumsdirektiv, kan dette forhold tyde på at lovgiver⁹⁴ i Danmark har benyttet sig af muligheden for at gå videre i deres bestræbelser på at fremme SMV'ernes deltagelse ved at gøre kravene strengere. Ved at begrundelsen skal angives direkte i udbudsmaterialet er begrundelsen mere tilgængelig for offentligheden, hvilket fremmer gennemsigtigheden.

Af lovens forarbejder kan der findes eksempler på hvilke forhold der kan begrunde, at en kontrakt ikke opdeles. Her nævnes varetagelsen af økonomiske- eller markedsmæssige hensyn. Et relevant markedsmæssigt hensyn kan foreligge i situationer, hvor ordregiver vurderer at den markedsmæssige situation betyder, at der ikke vil være tilstrækkelig konkurrence om delkontrakterne, såfremt en kontrakt opdeles. Økonomiske fordele i form af stordriftsfordele vil anses for værende et relevant økonomisk hensyn. Økonomiske hensyn kan endvidere ligeledes angå omkostningerne forbundet med den efterfølgende kontraktadministration.⁹⁵

⁹¹ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 304

⁹² Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

⁹³ Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

⁹⁴ Udbudslovsudvalget.

⁹⁵ Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

I forbindelse med overvejelserne vedrørende opdeling af kontrakter er de danske ordregivere overladt en skønsbeføjelse, hvor der i forarbejderne står at "*ordregiveren har et vidt skøn*".⁹⁶ Tilsidesættelse af dette vide skøn kan kun ske såfremt at ordregiveren har handlet i strid med principperne i lovens § 2⁹⁷. Her har princippet om ligebehandling en central rolle, da det anses for værende dette princip som i særdeleshed kan sætte grænser for skønnet.⁹⁸

Af udbudsdirektivets præambel kan det udledes at ordregiver ikke er underlagt administrativ eller retlig kontrol i forbindelse med beslutningsprocessen, jf. ovenstående gennemgang af udbudsdirektivet. Dette skal imidlertid ikke tolkes som om der ikke kan ske administrativ og/eller retligt prøvelse af ordregivers beslutning, herunder begrundelsen herfor. Dermed kan der ske prøvelse af både selve beslutningen om opdeling af kontrakten samt begrundelsen.

Klagenævnet for Udbud vil i denne forbindelse træffe afgørelse om der foreligger en saglig begrundelse for opdelingen og/eller mangelfuld begrundelse herfor.⁹⁹ Klagenævnet for Udbud kan annullere beslutning om tildeling af kontrakten, dog vil Klagenævnet sandsynligvis ikke sanktionere yderligere end at konstatere at ordregiver har tilsidesat udbudslovens bestemmelser^{100,101}

6.1.2 Tildeling af mere end én delkontrakt

Udover ordregivers kompetence til at bestemme om og hvorledes en kontrakt skal opdeles, kan ordregiver ligeledes bestemme, hvor mange delkontrakter en tilbudsgiver kan byde på samt hvorledes tildelingen af delkontrakterne gennemføres.

Dette skal blot fremgå af udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interesselikvidgelse, jf. artikel 46, stk. 2.

Den ordregivende myndighed skal i forbindelse med fastlæggelsen af antallet af kontrakter, som den enkelte tilbudsgiver kan byde på samt antallet af delkontrakter, den enkelte tilbudsgiver kan tildeles, ligeledes oplyse om de ikke-diskriminerende og objektive kriterier der ligger til grund for tildelingen af delkontrakterne.¹⁰²

I forbindelse med delkontrakter kan der imidlertid opstå problemer i forhold til fordelagtigheden af tilbuddene. Tilbud vil typisk være mere fordelagtige for den ordregivende myndighed, når tilbuddet

⁹⁶ Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

⁹⁷ Principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

⁹⁸ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 309

⁹⁹ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 312

¹⁰⁰ Klagenævnets praksis tyder på at nævnet er tilbageholdende med prøvelse af den ordregivende myndigheds skøn eller fastsættelse af grænser herfor, se kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI.

¹⁰¹ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 313

¹⁰² Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 79

omfatter et samlet bud på flere delkontrakter og dermed bør ordregiver kunne tildele delkontrakterne, således den mest fordelagtige løsning opnås.

Ordregiver kan af denne grund, så vidt metoden på forhånd er angivet i udbudsmaterialet, foretage en sammenlignelig vurdering af de indkomne tilbud. Således vil ordregiver kunne fastslå om en bestemt kombination af delkontrakter, som en tilbudsgiver har budt på, som helhed bedre vil kunne opfylde tildelingskriterierne¹⁰³ end tilbud på de enkelte delkontrakter isoleret set ville kunne.¹⁰⁴

Implementering i dansk ret

Direktivets artikel 46, stk. 2, er implementeret i den danske udbudslovs § 49, stk. 3, nr. 1-3. Efter nr. 1 skal det i udbudsbekendtgørelsen gøres klart, om en tilbudsgiver kan afgive tilbud på en eller flere delkontrakter. I nr. 2 anføres det at der af udbudsbekendtgørelsen skal fremgå, om tilbudsgiveren kan tildeles en eller flere delkontrakter. Derudover skal der ligeledes anføres, om delkontrakterne kan kombineres og hvorledes dette kan lade sig gøre. Ifølge nr. 3 skal ordregiver anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvilke objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler der er afgørende for tildelingen af delkontrakterne. Disse bestemmelser medfører en mere gennemsigtig gennemførelse af udbuddene.

Af lovens forarbejder fremgår det at der i de tilfælde, hvor der kan afgives tilbud på alle delkontrakter, men hvor det ikke er muligt for tilbudsgiver at få tildelt alle delkontrakterne, er den ordregivende myndighed forpligtet til at anføre reglerne eller fordelingsnøglen, samt eventuelle kombinationer eller sammenhænge i udbudsmaterialet.¹⁰⁵ Bestemmelserne herfor skal fastlægge, hvorledes delkontrakterne tildeles, såfremt en tilbudsgiver i henhold til tildelingskriterierne ville vinde flere delkontrakter end det på forhånd fastsatte maksimalantal, som en tilbudsgiver kunne tildeles. Derudover gør fordelingsnøglen det ligeledes muligt for ordregiver at kræve, at en tilbudsgiver der vinder en specifik delkontrakt ligeledes skal tildeles en anden specifik delkontrakt.¹⁰⁶ Herved kan ordregiver sikre at der findes en leverandør til delkontrakter, der ikke findes attraktive.¹⁰⁷

Den af ordregiver fastsatte fordelingsnøgle skal være objektiv og overholde principperne om ligebe-

¹⁰³ Kriterier som ordregiver fastlægger, som konkurrencen om den udbudte kontrakt skal afgøres efter. (EU udbudsretten, s. 519)

¹⁰⁴ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 79

¹⁰⁵ Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

¹⁰⁶ Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

¹⁰⁷ Karsten Hagel-Sørensen, Aktuel udbudsret II, 1 udg., 2016, s. 307

handling, proportionalitet samt gennemsigtighed.¹⁰⁸

Det er ligeledes muligt at give rabat, hvis en tilbudsgiver tildeles en eller flere delkontrakter. Såfremt muligheden herfor foreligger, skal denne dog også fremgå af udbudsmaterialet.¹⁰⁹

6.1.3 Obligatorisk opdeling

Af udbudsdirektivets artikel 46, stk. 4 fremgår det at medlemsstaterne kan vælge at gøre opdeling af kontrakter obligatorisk. Kommissionen ser i Kodekset denne mulighed som værende en vej til mere konkurrence samt en måde hvorpå en bedre ligebehandling af de forskellige virksomhedstyper sikres.

I Danmark har lovgiver valgt ikke at gøre opdeling af kontrakter obligatorisk. Dette begrundes med at alle kontrakter er forskellige og dermed skal muligheden for at den skal opdeles, vurderes ud fra en konkret vurdering foretaget af ordregiver.¹¹⁰

6.2 Udvalgelseskriterier

I forbindelse med tilblivelsen af det nye udbudsdirektiv har Kommissionen valgt at samle flere bestemmelser vedrørende udvælgelseskriterier fra det gamle udbudsdirektiv i én ny bestemmelse, artikel 58.¹¹¹ Muligheden for at kunne stille krav til ansøgers eller tilbudsgivers egnethed gennem teknisk og faglig formåen samt økonomisk og finansiell kapacitet skal ses som en sikkerhedsforanstaltning for den ordregivende myndighed.

Det fremgår af Kodekset, at ordregivende myndigheders udvælgelseskriterier allerede i forbindelse med det gamle udbudsdirektiv havde en væsentlig betydning for små og mellemstore virksomheders manglende konkurrenceevne ved offentlige udbud. Af Kodekset kan det udledes, at de nationale myndigheder skal sikre, at udvælgelseskriterierne er forholdsmæssige. Dette understøttes af EU-domstolens praksis,¹¹² som har fastslået at krav til økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig kunnen skal have sammenhæng samt stå i forhold til den enkelte kontrakt. De ordregivende myndigheder er på den måde underlagt det grundlæggende princip om proportionalitet.

¹⁰⁸ Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

¹⁰⁹ Bemærkninger til udbudslovens § 49, s. 93

¹¹⁰ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 671

¹¹¹ Bestemmelserne i det gamle udbudsdirektiv, artikel 46 om retten til at udøve det pågældende erhverv, artikel 47 om økonomisk og finansiell formåen samt artikel 48 om teknisk og/eller faglig formåen.

¹¹² C-601/13, AMBISIG-Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica Lda samt C-368/10 Kommissionen mod Nederlandene

Der skal foretages en konkret vurdering af de enkelte kontrakter. I denne vurdering skal der fokuseres på, hvilke kriterier der kan opstilles for den pågældende kontrakttype. Kriterier, som ikke strider mod principperne i TEUF om blandt andet diskrimination.

Disse overvejelser er blevet videreført til det nye udbudsdirektivs artikel 58, hvor der oplistes tre punkter, som udvælgelseskriterierne kan omhandle:

- 1) *Egnethed til at udøve det pågældende erhverv,*
- 2) *Økonomisk og finansiel formåen og*
- 3) *Teknisk og faglig formåen.*

Af Kodekset kan det konstateres, at der ikke bør stilles uforholdsmæssigt strenge krav i forhold til kontraktens genstand i forbindelse med opstillingen af udvælgelseskriterierne, da dette ville kunne afskære nogle tilbudsgivere fra at byde.¹¹³

Denne betragtning fra Kodekset er blevet taget til efterretning i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsdirektivet, således henviser artikel 58 til, at de krav, som ordregiver stiller til ansøger eller tilbudsgiver, skal relatere til samt stå i forhold til kontrakten.¹¹⁴

6.2.1 Krav til minimumsomsætning pr. år

Den ordregivende myndighed kan kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsomsætning pr. år, herunder at disse har en minimumsomsætning indenfor området, hvor kontrakten udbydes.

Udbudsdirektivets artikel 58, stk. 3 angiver at "*Den minimumsårsomsætning, som de økonomiske aktører skal have, må ikke være højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten (...)*".¹¹⁵

Denne bestemmelse har til formål at sikre, at flere små og mellemstore virksomheder ikke bliver udelukket fra deltagelse i offentlige udbud på grund af for strenge krav til virksomhedernes omsætning, set i forhold til kontraktens værdi.¹¹⁶ Ordregiverne var i forbindelse med benyttelsen af det gamle udbudsdirektiv ligeledes underlagt proportionalitetsprincippet, erfaringerne viste dog at ordregiverne på trods af dette fastsatte uforholdsmæssigt strenge krav til minimumsomsætningen pr. år.¹¹⁷ Med det nye udbudsdirektivs artikel 58, stk. 3 er princippet om proportionalitet indirekte blevet indskre-

¹¹³ SEC(2008)2193, s. 15

¹¹⁴ Direktiv 2014/24/EU, art 58

¹¹⁵ Direktiv 2014/24/EU, art.58, stk. 3

¹¹⁶ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 83

¹¹⁷ Bemærkninger til udbudslovens § 142, s. 161

vet i bestemmelsen, således er det blevet konkretiseret for ordregiver, hvad der *kan* forstås med proportionalt i denne sammenhæng.

Det er dog muligt at fravige bestemmelsen om loftet for minimumsomsætning pr. år. I disse tilfælde skal der være tale om "*behørigt begrundede tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med bygge- og anlægsarbejderne, tjenesteydelserne eller vareleverancerne*".¹¹⁸

I udbudsdirektivet uddybes det ikke nærmere, hvad der menes med "*behørigt begrundede tilfælde*". I direktivets præambel bliver dette dog formuleret som værende tilfælde, hvor der er en øget risiko forbundet med udførelsen af kontrakten, eller i de tilfælde, hvor kontraktens korrekte gennemførelse har stor betydning for gennemførelsen af andre kontrakter. Derudover kan bestemmelsen påberåbes såfremt en kontrakts rettidige og korrekte gennemførelse er nødvendig for at sikre et af de opregnede hensyn i TEUF's artikel 36, eksempelvis hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed.¹¹⁹

Ordregiver vil, på baggrund af undtagelsen i bestemmelsen, frit kunne beslutte, om det anses for værende passende samt relevant at fastsætte en højere minimumsomsætning pr. år. Ordregiver er også her overladt en skønsbeføjelse, således at denne ikke er underlagt administrativ eller retlig kontrol.¹²⁰ Som tidligere beskrevet betyder dette dog ikke, at der ikke kan ske administrativ og/eller retlig prøvelse af ordregivers beslutning.¹²¹

Beskrivelsen af "*behørigt begrundede tilfælde*" anses for værende relativt bredt formuleret, hvorfor det kunne frygtes at ordregivende myndigheder, som ønsker at opnå en større sikkerhed end hvad der ellers ville være muligt, ville kunne benytte sig af denne begrundelse.

For at forhindre dette indeholder artikel 58, stk. 3, et krav om at "*Den ordregivende myndighed angiver de vigtigste grunde til et sådant krav i udbudsdokumenterne eller den individuelle rapport*".¹²²

Kommissionen har i forbindelse hermed, forsøgt at gøre krav om mere end to gange kontraktens værdi til en undtagelse frem for reglen, da dette ellers ville medføre, de samme problemstillinger som de små og mellemstore virksomheder stod overfor før moderniseringen af udbudsdirektivet.

Udover loftet for minimumsomsætning pr. år er der ligeledes andre økonomiske krav, som den or-

¹¹⁸ Direktiv 2014/24/EU, Art. 58, stk. 3

¹¹⁹ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s.315

¹²⁰ Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 83

¹²¹ For yderligere gennemgang se afsnit 6.1.1

¹²² Direktiv 2014/24/EU, art. 58, stk. 3

dregivende myndighed har mulighed for at kræve i forbindelse med egnethedsbedømmelsen af de økonomiske aktører. Dette kan eksempelvis være oplysninger om årsregnskab, hvor forholdet mellem passiver og aktiver kan være bevis for de økonomiske aktørers finansielle formåen. Derudover kan ordregiver ligeledes kræve, at virksomhedens erhvervsansvarsforsikringer dækker på et bestemt niveau.¹²³

Det antages dog, at reglerne om loftet for minimumsomsætning pr. år vil have den største effekt på de små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbud.

De krav som den ordregivende myndighed stiller vedrørende minimumsomsætning pr. år, skal være anført i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen. Det skal ligeledes anføres hvordan disse ønskes dokumenteret.¹²⁴

Når en udbudskontrakt er opdelt i delkontrakter, gælder artikel 58, stk. 3's principper for hver del af kontrakten, dog kan der, i de tilfælde hvor der kan tildeles flere delkontrakter til én af de økonomiske aktører, fastsættes én minimumsårsomsætning som denne skal have. Dette gælder imidlertid kun såfremt delkontrakterne skal udføres samtidigt, da kravet til tilbudsgivers økonomiske formåen dermed skal afspejle størrelsen på opgaven. Dette betyder at det ved delkontrakter altså er den samlede potentielle omsætning, der er udgangspunktet for ordregivers beregning af omsætningskravet.¹²⁵

6.2.3 Implementering i dansk ret

Udbudsdirektivets artikel 58 er ikke direkte implementeret som en enkelt bestemmelse i den danske udbudslov. Det er derimod fundet mest hensigtsmæssigt at fordele artiklens principper i flere paragraffer. Hvilket harmonerer med lovgivers mål om at gøre udbudsloven mere overskuelig.

Artikel 58, stk. 1 er sammen med stk. 5 blevet implementeret i udbudslovens §140. Efter denne bestemmelse er minimumskravet blevet implementeret som et egnethedskrav. Egnethedskravet skal dog fortsat være udtrykt som et minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen, jf. § 140, stk. 2. Dette er indført på opfordring fra udbudslovsudvalget, som begrundet dette med muligheden for at styrke gennemsigtigheden i udbudsproceduren.¹²⁶

Kravene til egnethed er således blevet implementeret i hver deres paragraf:

¹²³ Direktiv 2014/24/EU, art. 58, stk. 3

¹²⁴ Direktiv 2014/24/EU, art. 58, stk. 5

¹²⁵ Bemærkninger til udbudsloven, s. 162

¹²⁶ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 316

- 1) udøvelse af det pågældende erhverv, jf. § 141,
- 2) økonomisk og finansiel formåen, jf. § 142, eller
- 3) teknisk og faglig formåen, jf. § 143.¹²⁷

Kravet om et loft for minimumsomsætning pr. år er at finde i §142, stk. 2.

I udbudslovens forarbejder har udbudslovsudvalget beskrevet nødvendigheden for en bestemmelse med loft for minimumsomsætning pr. år ud fra kritikken i Kodekset. Kritikken omhandler, som tidligere beskrevet, at der var opstået en skævvridning ved fastsættelsen af omsætningskrav, set ud fra kontraktens værdi, som begrænsede antallet af egnede *kandidater* og som særligt udgjorde en hindring for SMV'erne.¹²⁸

Lovens § 142, stk. 2 er udtryk for en øvre grænse og er dermed ikke en absolut indikator for, hvad der altid kan anses for værende proportionalt. I lovens bemærkninger er det angivet at *"I konkrete sager kan det være i strid med proportionalitetsprincippet at fastsætte et minimumskrav til en omsætning, der er det dobbelte af kontraktens anslåede værdi."*¹²⁹ Eksempel på et sådan tilfælde kan være en kontrakt af stor værdi, men med løbende levering over længere tid.

I forbindelse med delkontrakter kan der ligeledes forekomme tilfælde, hvor proportionalitetsprincippet i særdeleshed skal holdes for øje. I tilfælde hvor delkontrakterne i en gruppe af delkontrakter har en meget varierende værdi, vil det ikke altid være proportionalt at fastsætte omsætningskravet samlet for gruppen. Dette vil ligeledes gøre sig gældende i tilfælde hvor antallet af delkontrakter er meget højt og den samlede værdi af alle delkontrakterne dermed bliver uforholdsmæssig stor i forhold til den værdi hver enkelt delkontrakt har.¹³⁰

6.3 Fælles Europæisk udbudsdokument - ESPD

Som en nyskabelse indeholder det nye udbudsdirektiv et krav om at ordregiver skal benytte det Fælles Europæisk udbudsdokument. Dette bliver i direktivet beskrevet som værende:

"(...)det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), der består af en ajourført egenerklæring som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand, til bekræftelse af, at den relevante økonomiske aktør opfylder en af følgende betingelser:

¹²⁷ Udbudsloven § 140

¹²⁸ Bemærkninger til udbudslovens § 140, s. 160

¹²⁹ Bemærkninger til udbudslovens § 142, s. 161

¹³⁰ Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1 udg., 2016, s. 316

- a) *der er tale om en af de i artikel 57 omhandlede situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket*
- b) *aktøren opfylder de relevante udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til artikel 58*
- c) *aktøren opfylder, hvor det er relevant, de objektive regler og kriterier, som er opstillet i henhold til artikel 65.“¹³¹*

Formålet med anvendelse af ESPD'et er at reducere de administrative omkostninger som tilbudsgiver/ansøger tidligere har haft i forbindelse med dokumentation af de relevante minimumskrav og om der foreligger udelukkelsesgrunde.¹³²

Dette formål stemmer overens med et af de nævnte kritikpunkter i Kodekset. Heri bliver netop tidskrævende papirarbejde angivet som værende et af de små og mellemstore virksomheders mest almindelige klagepunkter. Dette skyldes at disse typisk ikke har den fornødne administrative kapacitet og det blev derfor i Kodekset anbefalet at holde den administrative dokumentation på et minimum.¹³³ ESPD'et indsendes til den ordregivende myndighed enten ved ansøgning om prækvalifikation eller ved indsendelse af tilbud. Dermed bør det blot være den vindende tilbudsgiver, der skal fremsende den endelige dokumentation. Den ordregivende myndighed kan dog kræve dokumentation tilsendt før der er fundet et vindende tilbud i de tilfælde hvor det har betydning for en korrekt gennemførelse af udbuddet. Det kan dog ikke forlanges at der fremlægges dokumentation for oplysninger, som ordregiver har tilgængelige.¹³⁴

I sagen Kommissionen mod Grækenland, C-199/07, kom EU-domstolen med en introduktion til det nye udbudsdirektiv og herunder ESPD'et. I den forbindelse nævnes det at ved offentlige udbud skal den ordregivende myndighed skelne mellem to vurderinger. Den første af disse to medfører vurdering af de økonomiske aktørers kapacitet og egnethed i udvælgelsesfasen. Denne fase vurderes ud fra den række af kriterier, som allerede er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Disse kriterier vil som ofte omhandle virksomhedernes kapacitet og kvalifikationer. Efterfølgende vil der i udvælgelsesfasen blive foretaget en undersøgelse af de indkomne bud af den ordregivende myndighed, hvor denne vil vælge den bedste af disse tilbud.

I sagen blev det derved fastslået, at ved brug af de nye ESPD'er vil der kunne spares tid både for den

¹³¹ Direktiv 2014/24/EU, art. 59

¹³² Direktiv 2014/24/EU, Præambelbetragtning nr. 84

¹³³ SEC(2008)2193, s. 18

¹³⁴ Direktiv 2014/24/EU, art. 59, stk. 4 og 5.

ordregivende myndighed samt for tilbudsgiver/ansøger. Dette forhold gør sig gældende, da det som før nævnt først er, når der er truffet beslutning om det vindende tilbud, at der vil blive forlangt dokumentation.¹³⁵ Domstolens udmelding stemmer derved overens med både formålet med direktivet samt problematikkerne som forsøges belyst i Kodekset.

Mulighederne for at gøre dokumentationsprocessen lettere blev før det nye udbudsdirektiv diskuteret. I den forbindelse blev forslaget om udarbejdelsen af en egnetheds erklæring som opfyldelse af udvælgelseskriterierne, fremlagt flere steder blandt andet i *"Grøn bog - om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb"*.¹³⁶ Kommissionen tog forslagene til efterretning og udarbejdede derfor et forslag om indførelsen af et ESPD.

6.3.1 Implementering i dansk lov

Kravet om udarbejdelsen af ESPD'et i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter er blevet implementeret i udbudslovens § 148.

Formålet med ESPD'et er herefter, at dokumentet skal fungere som bevis for, at en ansøger/tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, opfylder minimumskravene, samt viser hvordan de objektive og ikke-diskriminerede kriterier opfyldes af ansøger eller tilbudsgiveren.

I lovens § 151 fremgår det at det kun er den virksomhed, som vinder det pågældende udbud, der skal fremføre fuld dokumentation for den ordregivende myndighed. Af § 151, stk. 2 kan det imidlertid udledes at ordregiver når som helst i udbudsproceduren kan kræve at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger fuld dokumentation. Dog kan dette kun kræves såfremt det er nødvendigt for at udbudsproceduren gennemføres korrekt. Såfremt ordregiver vurderer at det er nødvendigt at indhente dokumentation fra samtlige ansøgere/tilbudsgivere i forbindelse med ansøgningerne/tilbuddene, for at proceduren gennemføres korrekt, er det ikke påkrævet at ordregiver benytter ESPD'et.¹³⁷

Indsendelse af et korrekt udfyldt ESPD, kan skabe en sikkerhed for ansøger eller tilbudsgiver, grundet denne derved ikke kan afvises på baggrund af nogle af de forhold som kræves udfyldt i ESPD'et. En manglende eller urigtig udfyldt ESPD vil derimod give direkte ret til afvisning af den pågældende an-

¹³⁵ C-199/07, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik, præmis 50-55

¹³⁶ KOM(2011) 15, s. 29

¹³⁷ Bemærkninger til udbudslovens § 148, s. 170

søger/tilbudsgiver. Dog kan den ordregivende myndighed give ansøger/tilbudsgiver muligheden for at rette op på fejl og mangler i ESPD'et.¹³⁸

6.4 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående analyse kan det udledes, at der er sket ændringer i lovgivningen, således denne nu indeholder specielt tre bestemmelser, hvis formål har været at lette adgangen for små og mellemstore virksomheder i forbindelse med offentlige udbud.

Hensigten med bestemmelsen om opdeling af kontrakter i delkontrakter har været at udvide kredsen af potentielle tilbudsgivere/ansøgere, grundet kravene til kontrakten på den måde vil blive mindre, således disse bedre harmonerer med både SMV'ernes økonomiske - og produktionskapacitet. For at sikre at den ordregivende myndighed overvejer hensigtsmæssigheden af opdeling af kontrakter, er det blevet obligatorisk for denne at begrunde, hvorfor der ikke er sket en opdeling, der er dermed opstået et "*opdel eller forklar-princip*".

Ordregivere kan begrunde fravalget af opdelingen med, at der foreligger økonomiske og markedsmæssige hensyn. Stordriftsfordele findes her at være et økonomisk hensyn. Det kan virke paradoksalt, at lovgivningen forsøger at fremme SMV'ernes adgang til offentlige udbud men på samme tid lader stordriftsfordele være en begrundelse for undladelse af opdeling. Dermed overlades den endelige beslutning om opdelingen til den ordregivende myndighed, hvor det af denne kan findes at stordriftsfordele bedre kan bidrage til opnåelse af effektiv udnyttelse af de offentlige midler end SMV'ernes adgang til delkontrakterne kan. En tilsvarende problematik kan forekomme i forbindelse med opdeling af kontrakterne, men hvor delkontrakterne kan tildeles samlet til den mest fordelagtige løsning. Her vil der kunne opnås samlerabatter og dermed udfordres adgangen for SMV'erne endnu en gang, da disse muligvis kun har den fornødne kapacitet til at byde på en enkelt delkontrakt og dermed ikke har muligheden for at give samlerabat.

Krav om minimumsomsætning pr. år har haft stor betydning for SMV'ers manglende deltagelse i offentlig kontrakter. Tiltaget vedrørende maksimumkrævet minimumsomsætning pr. år har et væsentlig potentiale til at forbedre SMV'ernes adgang til offentlige udbud. Ordregiver har muligheden for at kræve en minimumsomsætning pr. år, der er mere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten, dette må dog kun forekomme i *behørigt begrundede tilfælde*, hvor der er særlige risici forbundet med

¹³⁸ Udbudsloven § 159, stk. 5, nærmere uddybet i bemærkninger til udbudslovens § 159, s. 182

gennemførelsen af kontrakten. Dermed skal fravigelse af maksimumkravet ses som værende en undtagelse og ikke reglen.

Ændringerne af udbudsdirektivet har medført tilblivelsen af ESPD'et. Hensigten med dette har været at lette den administrative byrde, som der tidligere har været ved offentlige kontrakter og som specielt har skabt hindringer for SMV'ernes deltagelse. Ordregiver kan ved benyttelse af dette dokument undlade at kræve fuld dokumentation fra alle tilbudsgiverne/ansøgere og dermed lettes såvel SMV'ernes byrde som ordregivers byrde. Tiltaget har dermed potentialet til at lette adgangen for SMV'erne i forbindelse med offentlige udbud.

7.0 Udbud med deltagelse af konsortier

I dette afsnit analyseres små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige udbud ved hjælp af dannelse af konsortier. Det kan både fra et konkurrenceretligt og udbudsretligt perspektiv være fornuftigt for SMV'er, at indgå i en konsortieaftale.

I afsnittet nedenfor vil det derfor undersøges, hvornår virksomhederne lovligt kan indgå konsortiesamarbejder og hvilke problemstillinger disse kan støde på, i forhold til den konkurrenceretlige og udbudsretlige regulering af konsortieaftaler.

7.1 Udbudslovens regulering af konsortier

Udbudsdirektivets art. 19, stk. 2 er direkte implementeret i udbudsloven. Denne bestemmelse vedrører sammenslutningers adgang til at deltage i offentlige udbud. Af udbudslovens § 139, stk. 2 fremgår: *”Sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan deltage i udbudsprocedurer. Ordregiveren kan ikke kræve, at sammenslutninger af økonomiske aktører skal have en bestemt retlig form.”*

Dermed er der fri adgang for tilbudsgivere, der ikke selv opfylder kravene i udbudsmaterialet, til at indgå i et konsortiesamarbejde, uden at de har pligt til at etablere et fælles selskab eller lignende.

Den ordregivende myndighed kan ikke kræve en bestemt retlig form, for at sammenslutningen kan blive prækvalificeret eller for at afgive tilbud.¹³⁹ Ordregiver kan dog efter kontrakttildelingen kræve, at sammenslutningen antager en bestemt retlig form. Dette kan kun kræves, såfremt den retlige form er nødvendig for at sikre at kontrakten bliver opfyldt tilfredsstillende, jf. udbudslovens § 139, stk. 5. I forarbejderne til udbudsloven fremgår det, at en bestemt retlig form eksempelvis kan være nødvendig på grund af krav om solidarisk hæftelse.¹⁴⁰

Når konsortier ansøger om prækvalifikation eller indgiver tilbud, kan den ordregivende myndighed ikke kræve, at hver konsortiedeltager isoleret set overholder alle udvælgelseskriterierne, såfremt sammenslutningen som helhed overholder kravene, jf. § 144, stk. 7. Dette forhold kan udledes af sag C-399/05, Kommissionen mod Grækenland, hvor EU-domstolen afgjorde at det ikke kan kræves, at alle deltagere i et konsortium opfylder de opstillede krav til egnethed, når blot en eller flere deltagere opfylder kravene. Dette forhold kan ligeledes ses af en afgørelse fra Klagenævnet for Udbud af 9. oktober, 2000, DPA ApS mod Kolding Kommune med flere. Sagen omhandlede Kolding Kommune og ni

¹³⁹ Jesper Fabricius: Offentlige indkøb i praksis, 3. udg., 2014, s. 425

¹⁴⁰ Bemærkninger til udbudslovens § 139, s. 159

andre kommuner, som havde udbudt en tjenesteydelseskontrakt omhandlende transport, sortering, oparbejdning, behandling og bortskaffelse af elektronisk affald. I alt havde ti virksomheder indgivet anmodning om prækvalifikation, heriblandt et konsortium bestående af DAPA ApS og R-Plus Recycling GmbH, som var henholdsvis dansk og tysk.

Konsortiet blev ikke prækvalificeret og kontrakten blev tildelt Elektro Miljø A/S. DPA ApS indgav derfor en klage vedrørende udbuddet til Klagenævnet for Udbud. DAPA A/S mente, at ordregiver havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at undlade at prækvalificere konsortiet.

Den ordregivende myndighed havde nægtet at prækvalificere konsortiet, da der ikke var fremsendt virksomhedsoplysninger for hver af de deltagende virksomheder i konsortiet. Konsortiet havde dog i deres anmodning om prækvalifikation angivet, at DAPA ApS ikke fysisk skulle beskæftige sig med affaldet og derfor fandt Klagenævnet at det var tilstrækkeligt, at R-Plus Recycling, som skulle beskæftige sig med affaldet, havde indsendt det krævede materiale. Dermed kunne ordregiver altså ikke kræve dokumentationen fra hver af deltagerne i konsortiet. Ved ansøgning om prækvalifikation eller tilbudsafgivelse kan det imidlertid være hensigtsmæssigt for et konsortium at sikre at det fremgår af det indsendte materiale, hvilke oplysninger om kapacitet, der relaterer sig til den enkelte konsortiedtager.¹⁴¹

Udbudslovens § 144, stk. 3 fastlægger, at der i visse tilfælde kan kræves, at den enhed, som en økonomisk aktør baserer sin kapacitet på, ligeledes skal udføre de pågældende arbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disses kapacitet kræves.

Derudover kan det efter omstændighederne kræves, at alle deltagere i et konsortium overholder nogle bestemte krav eller skal afgive bestemte erklæringer, eksempelvis erklæring om gæld til det offentlige, overholdelse af arbejdsmiljøkrav og overholdelse af ILO, jf. Klagenævnets kendelse af 15. september 2008, *Totalrådgivergruppen mod Universitets- og Bygningsstyrelsen*.

Dertil kommer at et konsortium ligeledes kan udelukkes som helhed, såfremt en deltager er omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Ordregiver skal i sådan et tilfælde kræve, at deltageren erstattes med en deltager, som ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Ordregiveren skal hertil fastsætte en passende tidsfrist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at erstatte deltageren, jf. § 144, stk. 5.

¹⁴¹ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: vejledning til konsortiedannelse, 2014, s. 26.

I udbudsdirektivets art. 19, stk. 2 fremgår det, at medlemsstaterne enten kan indføre standardbetingelser for hvorledes konsortier skal opfylde kravene til økonomisk, finansiel, faglig og teknisk formåen. Eller medlemsstaterne kan overlade det til de ordregivende myndigheder at præcisere i udbudsdokumenterne, hvordan konsortier skal opfylde disse krav.

I Danmark har lovgiver overladt denne kompetence til de ordregivende myndigheder, jf. 139, stk. 3. I den forbindelse skal den ordregivende myndighed sørge for at enhver betingelse, som pålægges konsortier for gennemførelsen af en kontrakt, der er forskellig fra dem, der pålægges individuelle økonomiske aktører, skal være objektivt begrundede og proportionale, jf. § 139, stk. 4. Det kan imidlertid være nødvendigt at opstille krav til konsortier, som ikke stilles til individuelle økonomiske aktører. Eksempelvis kan der stilles krav om, at konsortier udpeger en fælles repræsentation eller en ledende partner i relation til udbudsproceduren. Det skal dog sikres, at konsortier ikke får mindre gunstig behandling end de øvrige individuelle aktører.¹⁴²

På EU-plan er der ingen detaljerede regler for, hvorledes konsortier skal behandles. Denne regulering er overladt til den enkelte medlemsstat.¹⁴³

Udbudsloven tillader således, at konsortier deltager i udbudsprocessen. Det tillades ligeledes at der opstilles betingelser for konsortier, der ikke stilles for individuelle deltagere. Betingelserne skal dog være objektivt begrundede og proportionale.

7.2 Konkurrencelovens regulering af konsortier

I konkurrenceloven er der opstillet nogle begrænsninger for, hvornår virksomheder må samarbejde i konsortier. Af Konkurrencelovens § 6, stk. 1 fremgår det at:

”Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrence.”

Det er dermed forbudt at indgå konkurrencebegrænsende aftaler. I lovens forarbejder er begrebet *konkurrencebegrænsende aftale* ikke videre defineret, hvilket er et bevidst valg. Grundet det ikke fandtes hensigtsmæssigt at opstille en udtømmende opregning af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, da Konkurrencerådet skal have mulighed for at foretage indgreb mod andre aftaler end blot de opregnede. Dermed skal begrebet fortolkes bredt og ligeledes på linje med begrebet i

¹⁴² Bemærkninger til udbudslovens § 139, s. 159

¹⁴³ C-57/01, Makedoniko Metro, præmis 61

TEUF art. 101, som anfører at alle aftaler, som kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen er ulovlige.¹⁴⁴

Der er fire betingelser, der skal være opfyldt, for at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, finder anvendelse. Der skal være tale om:

1. *erhvervsvirksomheder,*
2. *der indgår en aftale/vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder/udøver samordnet praksis, som*
3. *har til formål eller følge at begrænse konkurrencen*
4. *mærkbart.*

Den første betingelse for at være omfattet af konkurrencelovens § 6, er at der skal være tale om en erhvervsvirksomhed. Virksomhedsbegrebet i konkurrenceloven fortolkes bredt og gælder dermed for enhver form for erhvervsvirksomhed.¹⁴⁵ I forarbejderne til konkurrenceloven, fremgår det at en erhvervsvirksomhed omfatter *"enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester"*.¹⁴⁶ Ifølge EU-domstolspraksis omfatter virksomhedsbegrebet ligeledes *"enhver enhed som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde"*.¹⁴⁷

Den anden betingelse omfatter aftalen. Det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt eksempelvis *"gentlemen's agreements"*.¹⁴⁸ Dermed er det konkurrenceretlige aftalebegreb bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb. Der foreligger en aftale i konkurrencelovens forstand, når de involverede virksomheder viljemæssigt har tilpasset sig hinanden og dermed indrettet deres adfærd på markedet på en bestemt måde.

Den tredje betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse er, at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis direkte eller indirekte, enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Kommissionen har i forbindelse med konkurrencebegrænsende aftaler formuleret, at disse er aftaler *"der ifølge selve deres natur er egnet til at begrænse konkurrencen"*.¹⁴⁹ Såfremt det konstateres, at der er tale om en aftale med konkurrencebegrænsende formål, er det ikke nødvendigt at

¹⁴⁴ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 9

¹⁴⁵ Konkurrencelovens § 2, stk. 1.

¹⁴⁶ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, til § 2, s. 13

¹⁴⁷ sag C-41/90, Höfner & Elser, præmis 21

¹⁴⁸ T-9/99, Rørkartel, præmis 199-200

¹⁴⁹ 2011/C 11/01, punkt 24.

påvise nogen konkret virkning på markedet.¹⁵⁰ Ved vurderingen af, om en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse har til formål at begrænse konkurrencen, foretages en objektiv vurdering af aftalen eller vedtagelsen. Det vurderes dermed uafhængigt af, om parterne oprindeligt har haft en konkurrencebegrænsende hensigt ved aftalens indgåelse.

Den fjerde og sidste betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Dette forhold undersøges, såfremt samarbejdsaftalen som sådan ikke har haft et konkurrencebegrænsende formål.¹⁵¹ Med mærkbar skal forstås, at den konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse er egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang. Ved vurderingen af, om en konkurrencebegrænsning er mærkbar, udarbejdes en kvantitativ og en kvalitativ vurdering af forholdet.¹⁵²

Den kvantitative vurdering omhandler, som udgangspunkt, virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 1, jf. dog § 7, stk. 2. Dertil kommer Kommissionens bagatelmeddelelse, som ligeledes kan inddrages som fortolkningsbidrag, da den i punkt 11 indeholder bagatelgrænser, som afhænger af virksomhedernes markedsandele.

Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav. Den kvalitative vurdering undersøger, om aftalen er egnet til at have en vis påvirkning af konkurrencen på det pågældende marked. Ved vurderingen skal der tages hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde. Specielt den økonomiske og retlige sammenhæng, som de omfattede virksomheder indgår i, de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af aftalen, samt hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer, skal vurderes.¹⁵³

Konkurrenceloven tillader dermed ikke at virksomhederne indgår aftaler med konkurrencebegrænsende karakter. Det kan udledes af ovenstående, at dette er en konkret vurdering af den pågældende aftale.

7.3 Sammenspillet mellem regelsættene

Når offentlige opgaver kommer i udbud, skal ordregiver og de økonomiske aktører forholde sig til forskellig lovgivning. Her vil sammenspillet mellem den konkurrenceretlige og udbudsretlige regu-

¹⁵⁰ T-224/00, Archer Daniels, præmis 142.

¹⁵¹ 2011/C 11/01, s. 8, punkt 26.

¹⁵² Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, punkt 790

¹⁵³ F.eks. T-374/94 European Night Services m.fl. mod Kommissionen, præmis 136.

lering være relevant, set fra et udbudsretligt perspektiv, da reglerne overlapper hinanden. Med den konsekvens, at der i forbindelse med udbudsprocedurer og fortolkning af udbudsreglerne kan opstå spørgsmål vedrørende overtrædelsen af de konkurrenceretlige regler.¹⁵⁴

Den konkurrenceretlige og udbudsretlige regulering af udbud synes ikke altid at harmonere og derfor kan det på nogle områder være svært at navigere rundt som tilbudsgiver/ansøger. Dannelse af konsortier er ét af disse områder, hvor der til tider kan være problemer med at gennemskue retsstillingen. Erhvervslivet i Danmark har udtrykt bekymring vedrørende dette område. Da usikkerheden om sammenspillet mellem lovgivningerne gør det svært at skelne mellem et lovligt konsortium eller en overtrædelse af konkurrencereglerne, når virksomhederne går sammen om at byde på en opgave.¹⁵⁵ For at få en forståelse af, hvorledes sammenspillet mellem de to regelsæt fungerer, bør deres formål undersøges.

Af Konkurrencelovens § 1 fremgår det at:

*”Loven har til formål at **fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse** gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.”*

Loven skal dermed sikre en fri og effektiv konkurrence. Konkurrencebegrænsninger, som hæmmer konkurrencen og effektiviteten på markedet, skal elimineres. Loven skal både fremme konkurrencen mellem de virksomheder, der allerede er på markedet samt sikre konkurrencen ved fri adgang til markedet for nye virksomheder.¹⁵⁶ Dermed forsøger loven at sikre at konkurrencen inden for det indre marked ikke forvrides.¹⁵⁷

Det fremgår af udbudslovens § 1:

*”Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der **gennem en effektiv konkurrence** opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.”*

Loven har altså til formål at skabe de bedste mulige rammer for konkurrencen om de offentlige indkøb. Med effektiv konkurrence tilsigtes efter en åben konkurrence mellem de forskellige europæiske

¹⁵⁴Grith Skovgaard m.fl.: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s.782

¹⁵⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:, kfst.dk, Ny vejledning om udbud med deltagelse af konsortier, 2014

¹⁵⁶ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 9

¹⁵⁷ Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 784.

økonomiske aktører inden for det indre marked. På den måde kan de laveste mulige udbudsomkostninger for både ordregiverne og leverandørerne opnås.¹⁵⁸

I udbudsloven formuleres ligeledes hvilke principper, der skal sikre den effektive konkurrence, således denne er fri og lige. Principperne om gennemsigtighed og ligebehandling er i denne sammenhæng særligt relevante.¹⁵⁹

De to love har altså en fælles målsætning om optimal udnyttelse af ressourcerne. Udbudsloven formulerer dette som *bedst udnyttelse af offentlige midler* mens Konkurrenceloven formulerer det som *effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, jf. ovenfor*.

Derudover findes der fælles målsætninger, i forhold til skabelsen af effektiv konkurrence, på det indre marked. Forskellen kommer dog til syne, når det undersøges, hvem lovgivningen primært henvender sig til. Udbudsreglerne søger at hindre, at ordregivere foretager protektionistiske indkøb. Dette kan udledes af principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet, jf. udbudslovens § 2. Udbudsloven er altså udformet således, at ordregivers indkøbsadfærd reguleres ved at opstille procedureregler, som de ordregivende myndigheder i forbindelse med deres anskaffelser skal overholde.¹⁶⁰

Imidlertid er der ligeledes bestemmelser, der retter sig indirekte mod de økonomiske aktører. Heriblandt reglerne om self-cleaning¹⁶¹ og reglerne om udelukkelsesgrunde. Disse regler regulerer indirekte de økonomiske aktørers adfærd, da disse bestemmelser opstiller retningslinjer for, hvilke økonomiske aktører de ordregivende myndigheder skal indgå kontrakter med. I den forbindelse er økonomiske aktører, der ikke har overholdt lovgivningen eller ikke tidligere har kunnet opfylde deres forpligtelser, ikke aktører som de ordregivende myndigheder skal indgå kontrakter med.¹⁶² Det er dog stadig den ordregivende myndighed, som er den part, der er primært reguleret i udbudsloven.

Konkurrenceloven har derimod til hensigt at forebygge konkurrencebegrænsende adfærd hos virksomhederne, jf. § 6, stk. 1. Konkurrenceloven henvender sig dermed til virksomheder og regulerer deres adfærd på markedet. Virksomheder i konkurrenceretlig henseende indbefatter, som tidligere

¹⁵⁸ Bemærkninger til udbudslovens § 1, s. 56

¹⁵⁹ Udbudslovens § 2

¹⁶⁰ Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 786

¹⁶¹ Self-cleaning – ansøgere/tilbudsgivere har mulighed for at dokumentere, at de er pålidelige selv om de er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde.

¹⁶² Udbudslovens §§ 135-137

beskrevet, alle enheder der udøver økonomisk aktivitet ved at udbyde varer eller tjenesteydelser på markedet, uanset denne enheds juridiske form, finansiering og om aktiviteten udføres med eller uden vinding for øje.¹⁶³

Økonomiske aktører i udbudsretlig forstand deltager i udbud for at levere tjenesteydelser, varer samt bygge- og anlægsarbejder til de ordregivende myndigheder. Dermed må det konkluderes, at der er et sammenfald mellem den konkurrenceretlige definition af virksomheder og den udbudsretlige definition af økonomiske aktører. Konkurrencereglerne regulerer altså på den måde de økonomiske aktørers adfærd i forbindelse med udbudsprocedurerne.¹⁶⁴

Udbudslovens § 139, stk. 2 giver, som tidligere beskrevet, adgang for virksomheder til at danne konsortier og på denne måde byde på offentlige kontrakter. Konkurrenceloven indskrænker imidlertid denne adgang ved at opstille begrænsninger for, hvilke aftaler virksomhederne må indgå. Dette kan tolkes som om, at de to regelsæt modarbejder hinanden. Dog kan dette forhold ligeledes tolkes, som at regelsættene på nogle punkter komplementerer hinanden ved at regulere forskellige former for adfærd hos de økonomiske aktører.¹⁶⁵

7.4 Sammenfatning

Udbudsreglerne har, som tidligere beskrevet, til formål at opnå bedst mulig udnyttelse af de offentlige midler gennem effektiv konkurrence. Muligheden for at danne konsortier kan derfor være med til at skabe mere konkurrence, da der kommer flere konkurrenter på markedet. På den måde skabes der effektiv konkurrence og mulighederne for at udnytte de offentlige midler bliver skærpet, da der vil være flere tilbud og dermed antageligt lavere priser. Konkurrencereglerne komplementerer udbudsreglernes formål ved at begrænse muligheden for at danne konsortier, såfremt disse dannes på ulovligt grundlag og dermed ikke skaber flere konkurrenter, men tværtimod skaber færre. I disse tilfælde vil de ordregivende myndigheder komme til at betale for meget for den udbudte kontrakt og dermed vil de offentlige midler ikke blive brugt optimalt.

¹⁶³ Jens Fejø m.fl., EU-Konkurrenceret, 2014, s. 56

¹⁶⁴ Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 787

¹⁶⁵ Grith Skovgaard m.fl., EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 1. udgave, 2015, s. 789

8.0 Konsortiedannelse

Tidligere gennemgang har fastslået, at SMV'er kan byde på offentlige kontrakter på egen hånd og at den nye lovgivning tilmed har til formål at gøre det mere attraktivt for SMV'er at byde på disse. Der vil dog fortsat forekomme situationer, hvor det er nødvendigt for SMV'erne at indgå i et konsortium, såfremt de ønsker at byde på en offentlig kontrakt.

Der kan være forskellige grunde til, at virksomhederne ønsker at indgå i konsortier. En af grundene er, at det kan være svært for mindre virksomheder at leve op til kravene i udbudsmaterialet. Derfor kan flere virksomheder gå sammen om at udføre opgaven og dermed basere sig på hinandens kompetencer/kapacitet. Dette kan både være den tekniske, faglige, finansielle eller økonomiske formåen.

Der findes overordnet to typer konsortier:

- Konsortium med forskellige fagområder.
- Konsortium med samme fagområde.

Konsortium med forskellige fagområder

Konsortier kan dannes med forskellige fagområder. Her indgår virksomhederne i konsortiet, da der er krav om tværfaglighed i opgaveløsningen. Dette ses typisk i forbindelse med byggeri, hvor en arkitektvirksomhed kan have behov for at samarbejde med en rådgivende ingeniør for at kunne løse opgaven. I dette tilfælde vil virksomhederne, der indgår i konsortiet, ikke direkte være konkurrenter, da disse har kompetencer inden for forskellige fagområder.¹⁶⁶

Konsortium med samme fagområde – Horisontale samarbejdsaftaler

At danne et konsortium med samme fagområde vil sige at virksomhederne opererer inden for samme fagområde og potentielt kunne være konkurrenter. Disse virksomheder benytter sig derfor af hinandens kompetencer og kapacitet for at opfylde kravene i udbudsmaterialet, som de ellers ikke selv kunne have opfyldt.¹⁶⁷ Denne type aftaler, der indgås mellem disse virksomheder, betegnes som horisontale aftaler, da disse er indgået inden for samme omsætningsled.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: vejledning til konsortiedannelse, 2014, s. 10

¹⁶⁷ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: vejledning til konsortiedannelse, 2014, s. 10

¹⁶⁸ 2011/C 11/01, s. 4, præmis 1

Horisontale samarbejdsaftaler kan betyde betragtelige økonomiske fordele for parterne, særligt hvis komplementære aktiviteter, viden eller aktiver sammenlægges. Horisontale aftaler kan ligeledes være et middel til blandt andet omkostningsbesparelser, risikodeling, fælles udnyttelse af knowhow samt investeringsforøgelse.¹⁶⁹ Horisontale aftaler kan imidlertid ligeledes medføre konkurrencemæssige problemer.

Konsortiedannelse kan være en gylden mulighed for at deltage i udbud, som virksomhederne ellers ikke selv ville kunne udføre, hvad enten dette skyldes faglige- eller økonomiske kompetencer. Der kan dog opstå problematikker i forbindelse med konsortiedannelsen, virksomhederne skal derfor være særlige opmærksomme på sammenspillet mellem udbudslovgivningen og den konkurrenceretlige lovgivning.

8.1 Lovlige konsortier

Det er i forbindelse med dannelsen af et konsortium med samme fagområde, at der i særdeleshed kan opstå problemer i forhold til konkurrenceloven. Som ovenfor beskrevet, vil der i sådanne tilfælde være tale om horisontale samarbejdsaftaler.

Efter konkurrenceloven er konsortier lovlige i to situationer; Hvis konsortiet ikke begrænser konkurrencen, jf. § 6, eller hvis konsortiet begrænser konkurrencen, men konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning, jf. § 8, stk. 1. Dermed vil der ved vurderingen af, om et konsortium er foreneligt med konkurrencereglerne være *to trin*, som skal undersøges.

Første trin undersøger, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, herunder ligger en vurdering af, om virksomhederne i konsortiesamarbejdet er konkurrenter.

Andet trin undersøger om konsortieaftalen fritages efter konkurrencelovens § 8, fordi konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger.

8.1.1 Konkurrencebegrænsende aftale (Trin 1)

I afsnit 7.2 kunne det udledes, at en konkurrencebegrænsende aftale foreligger, når fire betingelser er opfyldt, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3. Der skal være tale om:

¹⁶⁹ 2011/C 11/01, s. 4, præmis 2

1. *erhvervsvirksomheder,*
2. *der indgår en aftale/vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder/udøver samordnet praksis, som*
3. *har til formål eller følge at begrænse konkurrencen*
4. *mærkbart.*

8.1.2 Konkurrenter (Trin 1)

Vurderingen af, om parterne er konkurrenter, er en omfattende undersøgelse med mange delelementer. I dette afsnit vil disse elementer undersøges nærmere.

8.1.2.1 Ikke-konkurrerende virksomheder

Et konsortium anses ikke for at være konkurrencebegrænsende, såfremt de virksomheder, der indgår i konsortiet, ikke selv ville være i stand til at byde på kontrakten. Dette kan udledes af forarbejderne til konkurrenceloven, hvoraf det fremgår *"Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer)".*¹⁷⁰ Derudover kan dette ligeledes udledes af Kommissionens retningslinjer for horisontale aftaler, hvoraf fremgår *"En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig, for at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejdet, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer".*¹⁷¹ Kommissionen henviser i den forbindelse til konsortieaftaler som et konkret eksempel derpå, da virksomhederne i konsortier kan få mulighed for at deltage i projekter/udbud, som de ikke ellers ville have kunnet gennemføre på egen hånd.¹⁷² Da parterne i konsortieaftalen dermed ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet/udbuddet, vil der ikke være tale om en begrænsning af konkurrencen og forbuddet i § 6.

8.1.2.2 Aktuelle og potentielle konkurrenter

Af ovenstående kan det altså ses, at et konsortium ikke er konkurrencebegrænsende, såfremt medlemmerne af konsortiet ikke selv kan byde på kontrakten. Sluttes der modsætningsvist heraf, kan det

¹⁷⁰ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 9

¹⁷¹ 2011/C 11/01, punkt 237

¹⁷² 2011/C 11/01, punkt 237

fastslås, at såfremt virksomhederne i konsortiet selv kan løse opgaven, så vil der være tale om en konkurrencebegrænsende aftale, da virksomhederne da er konkurrenter. Dette forhold kan ligeledes udledes af Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*. Sagen omhandlede Skive og Omegns Vognmandsforening (SOV), som var en brancheforening for vognmænd. Brancheforeningen havde afgivet et koordineret tilbud på sine medlemmers vegne, vedrørende et udbud om vintertjeneste for Skive Kommune. Konkurrencerådet fandt at de vognmænd, der havde deltaget i aftalen, havde kapacitet til at klare opgaven hver især, da udbuddet var tilrettelagt således at det var muligt, at afgive bud på enkelte ruter. Samarbejdet var dermed ulovligt efter konkurrencelovens § 6.

Såfremt virksomhederne i et konsortium opererer på det samme relevante marked og er i stand til at byde på offentlige opgaver på egen hånd, betragtes disse som værende aktuelle konkurrenter.¹⁷³ Virksomhederne i konsortiet kan imidlertid ligeledes blive betragtet som værende potentielle konkurrenter, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at virksomhederne ”i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode¹⁷⁴ vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked.”¹⁷⁵ Vurderingen af om en virksomhed kan indtræde på markedet, skal bygge på realistiske forhold og det er derfor ikke tilstrækkeligt, at der blot er en teoretisk mulighed herfor.¹⁷⁶

Vurderingen af, om virksomhederne i et konsortium betragtes som aktuelle eller potentielle konkurrenter, vil afhænge af det konkrete forhold, herunder særligt markedets karakteristika samt virksomhedernes respektive økonomiske ressourcer, kapacitet og knowhow.¹⁷⁷ Dertil kommer ressourcer som virksomheden har mulighed for at skaffe på det tidspunkt, den pågældende vare eller tjenesteydelse skal leveres¹⁷⁸ samt om udbuddet giver mulighed for at afgive delbud, jf. ovenstående sag, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*.

¹⁷³ 2011/C 11/01, s. 5, præmis 10

¹⁷⁴ Konkret vurdering hvor længe dette er – afhænger af sagens forhold.

¹⁷⁵ 2011/C 11/01, s. 5, præmis 10

¹⁷⁶ 2011/C 11/01, s. 5, præmis 10

¹⁷⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s. 6

¹⁷⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s. 6

Markedets karakteristika

I forbindelse med vurderingen af, om parterne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, er det essentielt at der foretages en afgrænsning af det relevante marked, der berøres direkte af samarbejdet. Markedet omfatter både produktmarked samt geografisk marked. I Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, herefter Vejstribeafgørelsen, kan det ses hvorledes markedet i denne sag blev karakteriseret. Sagen omhandlede LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S som d. 11. marts 2014 havde indgået en aftale om at samarbejde i et konsortium, som fik navnet Dansk Vejmarkerings Konsortium. Begge virksomheder var entreprenører inden for vejmarkering. Aftalen mellem de to virksomheder blev indgået, da der var et ønske om at udarbejde og afgive fælles bud på Vejdirektoratets udbud "Genudbud af kørebaneafmærkning – GEN-KA". Udbuddet var en vejmarkeringsopgave på det statslige vejnet og omfattede tre entrepriser, som var fordelt på tre distrikter i Danmark: Hovedstaden, Sjælland og Syddanmark.

Konkurrencerådet lagde her vægt på, at begge virksomheder var entreprenører inden for vejmarkering (produktmarked) og at begge udførte vejmarkeringsaktiviteter i Danmark (geografisk marked). Derudover var begge virksomheder ligeledes en del af en nordisk koncern, henholdsvis Geveko AB, som var Europas største entreprenør inden for vejmarkering og SAFERROAD Gruppen, som var Nordens største virksomhed inden for vejmarkering, skiltning og trafiksikkerhed.

Forskellen mellem de to virksomheder lå i, at LKF selv producerede den stribemasse, som skulle bruges til at udlægge vejmarkeringen. Dermed kunne fastslås at de to virksomheder agerede i samme omsætningsled.

Konkurrencerådet tillagde det ligeledes vægt, at der i Danmark hovedsageligt var syv virksomheder, der var aktive inden for vejmarkering, hvoraf fire af disse aktører var tilstrækkeligt store til at være landsdækkende. Tilsammen stod disse fire aktører for ca. 70-90 procent af omsætningen i Danmark. LKF var den største af disse aktører og dermed landets største entreprenør inden for vejmarkering, mens Eurostar var landets næststørste entreprenør på dette område.

Konkurrencerådet udtalte om dette forhold "*Konsortiet har derfor potentialet til i betydeligt omfang at begrænse konkurrencen, idet antallet af uafhængige virksomheder begrænses fra 7 til 6 virksomheder*"¹⁷⁹.

Derudover var markedet for vejmarkering ikke et marked, som var kendetegnet ved særlige kapacitetsbegrænsninger, da der alene skulle være adgang til specialmaskiner og medarbejdere, som kunne

¹⁷⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, punkt 412

betjene maskinerne. Imidlertid ville det kræve en vis kapital, da der skulle indkøbes specialmaskiner, som kostede mellem 3 og 3,6 millioner. Maskinerne ville derudover kunne skaffes i Danmark med en leveringstid på 4-7 uger.

Det ses altså at Konkurrencerådet karakteriserer markedet ved at fremlægge de faktuelle forhold, som vedrører virksomhederne i konsortiet samt hvorledes markedet, som de opererer på, fungerer. Det er dermed en konkret vurdering af forholdet, som må lægges til grund.

Fornøden kapacitet

Det er i forbindelse med vurderingen af parternes indbyrdes konkurrenceforhold ligeledes nødvendigt at vurdere, om virksomhederne kan udføre opgaverne i udbuddet hver for sig, altså om de har den fornødne kapacitet.

De følgende afsnit vil bestå af en analyse af betydningen af muligheden for at afgive delbud, adgangen til maskiner og arbejdskraft samt betydningen af forventningen til fremtidige opgaver.

Muligheden for at afgive bud på delkontrakter

Det er af afgørende betydning for den konkurrenceretlige vurdering af konsortiers lovlighed, om udbuddet er opdelt i delkontrakter - og dermed giver mulighed for at afgive delbud, da virksomhedernes kapacitet herefter skal vurderes i forhold til de enkelte delbud i udbuddet og altså ikke på baggrund af hele opgaven.¹⁸⁰ Denne vurdering er dermed vigtig i forhold til vurderingen af, om virksomhederne betragtes som aktuelle eller potentielle konkurrenter.

Det kan af Vejstribeafgørelsen udledes, hvilke forhold der kan gøre sig gældende, når der i forbindelse med et udbud er mulighed for at byde på delkontrakter. I sagen var udbuddet udformet således, at det var muligt at afgive delbud, da tilbudsgiverne kunne afgive bud på et enkelt distrikt. Tildelingskriteriet i forbindelse med dette udbud var laveste pris og dermed skulle Vejdirektoratet vælge den kombination af indkomne bud, der samlet set gav den laveste pris. Konsortiet (LKF og Eurostar) havde valgt at byde samlet på alle tre distrikter, da de dermed kunne give en samlerabat på 20 procent. Mens de andre tilbudsgivere afgav delbud, hvoraf ingen, ud over konsortiet, afgav bud på distrikt hovedstaden.

¹⁸⁰ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 421

Konsortiet gjorde i den forbindelse gældende, at der ikke var en reel mulighed for at blive tildelt enkelte distrikter, da Vejdirektoratet i udbudsmaterialet havde udformet en pris- og rabatmodel. I udbudsmaterialet blev det anført, at tilbudsgivere kunne indarbejde en rabatmodel, afhængig af tildelingen af flere eller alle entrepriser.¹⁸¹ Modellen medførte, at den pris som skulle bydes på et enkelt distrikt, skulle være meget lav. Derudover argumenterede konsortiet ligeledes for, at Vejdirektoratet havde opfordret de bydende til at byde på den samlede opgave og dermed ligeledes inkludere en samlerabat. Eurostar forklarede, at de havde fundet sig nødsaget til at indgå i konsortiet, da tildelskriteriet for udbuddet var laveste pris for den samlede opgave og de dermed ikke havde den fornødne kapacitet i form af maskiner til at løfte opgaven.

Konkurrencestyrelsen bemærkede i denne sammenhæng *"at det ikke i sig selv er et kriterium for et lovligt konsortiesamarbejde, at samarbejdet medfører øgede vinderchancer, hvis dette sker som følge af, at en konkurrent elimineres"*.¹⁸² Det var dermed styrelsens vurdering, at deltagerne i konsortiet havde adgangen til at afgive delbud på de enkelte distrikter.

Dermed kan det udledes at, hvis der er adgang til at afgive delbud, så bliver virksomhedernes kapacitet bedømt i forhold til dette. Det kan altså ikke tillægges betydning, at der ved afgivelse af tilbud på flere delaftaler i udbuddet kan opnås en samlerabat.

Kapacitet

Det næste element i vurderingen, om parterne i et konsortium er konkurrenter, er således om parterne hver især har kapaciteten til at udføre opgaverne i de enkelte delkontrakter. I den forbindelse spiller det ind, om virksomhederne har adgang til tilstrækkelig udstyr og arbejdskraft, økonomiske ressourcer til at gennemføre de investeringer, der er nødvendige for at løse opgaven samt den nødvendige knowhow.¹⁸³ Det er dermed en objektiv vurdering af den pågældende virksomhed.

Maskiner og arbejdskraft

Ved kapacitetsvurderingen kan det være et element i vurderingen, om virksomhederne har adgang til maskiner og arbejdskraft, således at der er tilstrækkelig kapacitet til at udføre opgaverne i udbuddet på egen hånd. Denne vurdering kan dermed afhænge af hvilken branche udbuddet omfatter. Det kan

¹⁸¹ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 422

¹⁸² Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 431

¹⁸³ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 434-435

eksempelvis være almindeligt i nogle brancher, at man indlejer arbejdskraft eller udstyr i forbindelse med større opgaver.¹⁸⁴

Ved vurderingen af, om en virksomhed har mulighed for at udføre en opgave, tages der udgangspunkt i de ressourcer, som virksomheden har eller har mulighed for at skaffe på det tidspunkt, hvor opgaven skal leveres.

Når det skal vurderes, om der er tilstrækkeligt med arbejdskraft til at udføre en opgave, undersøges virksomhedens arbejdstimekapacitet, altså den kapacitet som virksomhedens ansatte maksimalt kan arbejde om året. Arbejdstimekapaciteten sammenholdes med arbejdstimebehovet for det offentlige udbud samt arbejdstimebehovet for andre opgaver end udbuddet, eksempelvis kontrakter der er indgået med kunder og som fortsætter ind i kontraktperioden for udbuddet.

Den kapacitet som virksomheden skal have til rådighed for at kunne udføre opgaven på egen hånd findes dermed ved at summere arbejdstimebehovet for udbuddet med arbejdstimebehovet for andre opgaver end udbuddet, derved fremkommer det totale arbejdstimebehov. Såfremt arbejdstimekapaciteten overstiger det totale arbejdstimebehov, kan virksomheden ikke påstå at denne ikke har kapaciteten i forhold til tilstrækkelig arbejdskraft.

I forbindelse med Vejstribeafgørelsen gjorde begge deltagere af konsortiet gældende, at der forelå en kapacitetsbegrænsning idet de hverken rådede over det tilstrækkelige antal maskiner eller arbejdskraft, der skulle til for at løfte opgaven hver i sær.¹⁸⁵

Virksomheden LKF havde i den forbindelse udarbejdet en opgørelse vedrørende kapacitet ved at opliste de maskinformænd og maskiner, som havde ledig kapacitet i 2014, og som derfor ville kunne allokere til maskinarbejdet i forbindelse med udbuddet. Styrelsen betvivlede denne fremgangsmåde, da beregningen blandt andet ikke tog højde for den kapacitet der angik medhjælpere eller de håndmænd, som ville bruges til udførelsen af håndarbejdsdelen i udbuddet. Da udbuddet omfattede både maskinarbejde og håndarbejde, var håndarbejdet altså ligeledes en væsentlig del af kapaciteten.¹⁸⁶

Det kan dermed konstateres, at når kapaciteten skal beregnes for arbejdskraft, så er det ikke kun de direkte omfattede medarbejdere, men ligeledes medhjælpende medarbejdere der har en effekt på kapaciteten.

¹⁸⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s. 7

¹⁸⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 437

¹⁸⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 483

Styrelsen mente derudover at LKF's beregning af den ledige kapacitet ikke var retvisende og bad derfor om en opgørelse over maskinmændenes faktiske arbejdstid i 2012 og 2013, altså de foregående år før udbuddet. LKF tilkendegav i forbindelse med indsendelsen af opgørelserne at disse var *"retvisende for den normale belastning af LKF"*.¹⁸⁷ Det kan dermed udledes af afgørelsen, at der lægges vægt på virksomhedens historiske arbejdskraftkapacitet i forbindelse med vurderingen af arbejdstimekapaciteten. Der er en formodning for, at arbejdstimekapaciteten ikke kan være mindre end det antal timer, som medarbejderne reelt har arbejdet de foregående år. Såfremt virksomhedens arbejdskraftkapacitet for de foregående år er udtryk for den normale belastning af virksomheden, så kan forventningen til virksomheden alt andet lige være, at virksomheden fremadrettet som minimum kan disponere over tilsvarende arbejdsomfang.

På trods af at LKF havde udarbejdet et estimat over, hvor mange håndarbejdstimer, de enkelte distrikter i udbuddet efter deres mening ville kræve, foretog Styrelsen sin egen undersøgelse heraf. Dette blev gjort ved at indhente oplysninger om arbejdstimebehovet fra to øvrige aktører, som bød på udbuddet og på den baggrund fremkom antallet af arbejdstimer for maskinmænd. LKF fandtes at have overestimeret behovet, da Styrelsens beregning viste et markant mindre arbejdstimebehov. Det kan dermed konkluderes at såfremt tildelingskriteriet er laveste pris, som i dette tilfælde, vil Styrelsen vurdere arbejdstimebehovet på baggrund af de andre bydende.

I forbindelse med kapacitetsvurderingen skal adgangen til udstyr eller maskiner ligeledes undersøges. Det vil imidlertid være en lignende undersøgelse som den ovenfor, der vil blive foretaget. Dermed vil undersøgelsen altså basere sig på foregående års dokumentation, på adgang til udstyr såfremt der ikke er sket markante ændringer i produktionskapaciteten.

Såfremt virksomhedernes kapacitet er tilstrækkelig til at kunne udføre opgaverne i udbuddet, vil disse kunne anses som værende konkurrenter. I Vejstribeafgørelsen fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at virksomhederne med deres eksisterende kapacitet var i stand til at udføre vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter i udbuddet og endda havde kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter samlet i udbuddet. Dermed blev de anset som værende aktuelle konkurrenter i forhold til alle tre distrikter i udbuddet.

¹⁸⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 485

Økonomiske ressourcer

Der kan i forbindelse med offentlige udbud være krav til tilbudsgivernes økonomiske situation. Her vil virksomhedernes økonomiske ressourcer blive vurderet, her vil der blandt andet blive set på, om virksomhederne som helhed har finansiell styrke til at gennemføre de investeringer, der er nødvendige for opgaven.¹⁸⁸

I forbindelse med Vejstribeafgørelsen blev parternes økonomiske situation, i forbindelse med tilbudsafgivelsen, vurderet. Begge parter i konsortiet tilkendegav egenhændigt, at være i stand til at opfylde udbuddets krav til egenkapital.¹⁸⁹ Dermed var parterne altså uafhængige af hinanden til at opfylde kravet for den økonomiske kapacitet i forbindelse med udbuddet og der var altså ingen økonomisk begrundelse for at indgå i et konsortiesamarbejde.

Knowhow

Kapacitetsspørgsmålet vedrører ligeledes virksomhedens knowhow og om denne er tilstrækkelig, til at udføre den udbudte opgave på egen hånd. Begrebet knowhow kan dække over forskellige egenskaber. Som oftest er knowhow i forbindelse med udbud specialviden inden for et felt, dette kan være erfaringer samt praktiske færdigheder. I forbindelse med Vejstribeafgørelsen havde begge parter i konsortiet den nødvendige knowhow til at udføre opgaverne i udbuddet, da begge virksomheder var etablerede entreprenører på markedet og dermed begge havde udført denne type opgaver tidligere.¹⁹⁰ Der var dermed heller ingen grund til konsortiedannelse i forhold til knowhow, da begge besad denne og ingen af parterne som sådan havde specialiseret sig inden for dette. Såfremt én af parterne havde specialiseret sig inden for dette område, ville virksomhederne ikke umiddelbart anses som værende aktuelle eller potentielle konkurrenter, selvom de opererede på samme omsætningsled.¹⁹¹ Virksomhedernes knowhow må derfor vurderes ud fra en objektiv synsvinkel, hvor det som element i vurderingen må inddrages, hvilke opgaver virksomhederne tidligere har beskæftiget sig med.¹⁹²

Forventninger til fremtidige opgaver

¹⁸⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s. 7

¹⁸⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 438

¹⁹⁰ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 439

¹⁹¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s. 7

¹⁹² Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 439

Ved vurderingen af kapaciteten skal der ligeledes tages hensyn til den kapacitet, der skal bruges på de aftaler, virksomhederne i forvejen har indgået.¹⁹³ I den forbindelse kan det være relevant at undersøge, om virksomhederne har reserveret kapacitet til nye kunder og opgaver. Når der er tale om nye kunder/opgaver vil der endnu ikke være indgået en aftale.

I denne forbindelse er det særdeles relevant at undersøge Vejstribeafgørelsen nærmere, da der før denne ikke var taget stilling til, i hvilket omfang nye kunder eller nye opgaver skulle indgå i vurderingen af en virksomheds ledige kapacitet.

For at virksomhederne kan indgå lovlige konsortier, skal det være en nødvendighed for disse at indgå samarbejdet. Såfremt en virksomhed i et konsortium reserverer kapacitet til fremtidige kunder eller opgaver, så vil der reelt set være ledig kapacitet. Dermed vil konsortiesamarbejdet ikke være en nødvendighed, da virksomheden alene kan løfte opgaven.¹⁹⁴

Konkurrencestyrelsen vurderer, at der i særlige tilfælde kan tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder. Det kan eksempelvis være i tilfælde, hvor det kan dokumenteres *"at der er tale om forventede opgaver fra kernekunder, som har en sådan fast tilbagevendende karakter, at det er realistisk og dermed retvisende at reservere kapacitet til at udføre disse opgaver."*¹⁹⁵

I Vejstribeafgørelsen fandt Konkurrencestyrelsen, at særlige omstændigheder i denne sag kunne omfatte tilfælde, hvor enten LKF eller Eurostar modtog en reklamation over et arbejde, som de havde udført og de derfor havde kendskab til, at de skulle afhjælpe dette.¹⁹⁶

Betydningen af muligheden for at skaffe den fornødne kapacitet

I forbindelse med virksomhedernes kapacitetsvurdering skal der både tages udgangspunkt i de ressourcer, som virksomhederne har samt i de ressourcer de har mulighed for at skaffe på det tidspunkt, den pågældende opgave skal løses.

Dermed skal det vurderes, om virksomhederne kan betragtes som potentielle konkurrenter. Som tidligere beskrevet, behandles en virksomhed som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode vil foretage de nødvendige supplerende inve-

¹⁹³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s. 7

¹⁹⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 443

¹⁹⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 444

¹⁹⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 451

steringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger, for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer.

I Vejstribeafgårelsen undersøgte styrelsen på trods af at styrelsen havde fastslået at LKF og Eurostar var aktuelle konkurrenter også, om de var potentielle konkurrenter. Styrelsen foretog derfor en undersøgelse af, om det ville være sandsynligt, at LKF uden aftalen med Eurostar ville udvide sin mandskabskapacitet. Undersøgelsen omfattede adgangen til egnede kandidater, såvel nye aspiranter som erfarne. Styrelsen fandt at det var sandsynligt at virksomheden, såfremt aftalen mellem de to ikke havde foreligget, ville have udvidet sin mandskabskapacitet. Dette blev fastslået da Styrelsen ikke kunne påvise, at der skulle foreligge nogen form for kapacitetsbegrænsning for LKF, da der var påvist en vis udveksling af erfaren arbejdskraft i branchen samt at der var nye aspiranter klar som maskinformænd i 2014.

Det var ligeledes et element i vurderingen, at det ville være rentabelt for LKF at ansætte maskinformænd til at udføre vejmarkeringsarbejderne i udbuddet, da indtægterne ved udbuddet ville dække mere end omkostningerne til maskinformændenes lønninger samt de øvrige omkostninger i forbindelse med udbuddet.¹⁹⁷

Styrelsen fandt at det var sandsynligt, at LFK uden aftalen ville udvide deres eksisterende maskinpark, da LKF ville have en økonomisk gevinst ved dette. Derudover fandtes det sandsynligt at LKF uden aftalen ligeledes ville udvide sin stab af maskinformænd.

Endvidere ville ansættelsen af nye maskinformænd samlet set ikke betyde at LKF's medarbejderstab ville vokse meget. Dertil kom at LKF ikke havde foretaget en strategisk virksomhedsbeslutning om ikke at vækste.

Dernæst skulle det vurderes, om det ville være rentabelt for LKF at anskaffe de maskiner, der var nødvendige for at kunne udføre opgaverne i udbuddet. Styrelsen gjorde dette ved at lave en opgørelse over LKF's indtægter og udgifter ved at udføre opgaven, heri inkluderet anskaffelse og vedligehold af maskinerne. Derved fremkom et positivt dækningsbidrag for LKF på 11-14 millioner kroner. Opgørelsen viste dermed at de indtægter, der ville være ved udbuddet, mere end dækkede driftsomkostningerne ved udbuddet.¹⁹⁸ Tidmæssigt ville det ligeledes kunne lade sig gøre at supplere maskinparken, da leveringstiden for maskinerne lå inden for den periode hvor vejmarkeringsopgaverne er kendte for LKF, men endnu ikke igangsat.

¹⁹⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 662

¹⁹⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 673

Det var styrelsens vurdering, at det både var muligt og rimeligt at antage, at LKF ville udvide sin maskinpark.¹⁹⁹

8.1.3 Fritagelse efter konkurrencelovens § 8 (Trin 2)

Som tidligere beskrevet er konsortier lovlige i to situationer. Den første situation omfatter tilfælde, hvor konsortiet ikke begrænser konkurrencen, jf. § 6, mens den anden situation omfatter tilfælde, hvor konsortiet begrænser konkurrencen, men konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning, jf. § 8, stk. 1. I dette afsnit vil det være elementerne i vurderingen af den anden situation, som vil være genstand for undersøgelse.

Selv om virksomhederne i konsortiet selv vil kunne løse den udbudte opgave og dermed altså ville være konkurrenter, kan aftalen alligevel være lovlig, hvis aftalens fordele opvejer begrænsningen. Denne fritagelse kan ske for både en kategori af aftaler mellem virksomheder samt individuelt. Når fritagelsen omhandler en kategori af aftaler mellem virksomheder, kaldes dette for gruppefritagelse. Gruppefritagelse vil ikke blive nærmere undersøgt i denne afhandling.

Individuel fritagelse

De individuelle fritagelsesgrunde følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1. Denne bestemmelse finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder opfylder fire kumulative betingelser. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne for individuel fritagelse er opfyldt.²⁰⁰

Konkurrencelovens § 8, stk. 1 sonderer ikke mellem alvorlige og ikke-alvorlige konkurrencebegrænsninger. Derfor kan alle konkurrencebegrænsende aftaler i princippet opnå fritagelse. Ved aftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, må der dog kunne kræves særligt underbyggede begrundelser, førend disse ville kunne opfylde betingelserne i § 8. Det vil dermed ikke være sandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne for fritagelse.

Effektivitetsgevinster

Den første betingelse for fritagelse er at samarbejdet skal kunne medføre økonomiske fordele i form af effektivitetsgevinster.

¹⁹⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 685

²⁰⁰ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 807

Samarbejdsaftalen skal altså medvirke til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser mv. eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling.

Ved vurderingen af effektivitet skal der ikke kun tages hensyn til den driftsøkonomiske effektivitet, men ligeledes til den samfundsøkonomiske effektivitet. I overensstemmelse med formålsbestemmelsen i § 1, skal hovedvægten af denne vurdering lægges på den samfundsøkonomiske effektivitet.²⁰¹

I Vejstribeafgørelsen anførte LKF og Eurostar at de ved at være gået sammen i konsortiet kunne afgive et konkurrencedygtigt bud på alle distrikter, altså byde på alle tre delbud i udbuddet. Konsortiet havde, ved at gå sammen, haft muligheden for at tilbyde en samlet rabat på 5 procent, såfremt konsortiet vandt to distrikter i udbuddet og en samlet rabat på 20 procent, hvis de vandt alle distrikterne. Derudover anførte de, at der var væsentlige effektivitetsgevinster ved konsortiet, da parterne kunne trække på hinandens ressourcer. Det var endvidere ligeledes en fordel ved aftalen, at parterne hæftede solidarisk, da dette ville medføre en større sikkerhed for Vejdirektoratet.

Virksomhederne havde imidlertid aftalt at fordele distrikterne imellem sig og derfor "puljede" de ikke materiel eller mandskab til at udføre opgaven, dermed medførte samarbejdet ikke nogle synergieffekter i form af f.eks. omkostningsbesparelser gennem øget stordriftsfordele, en mere effektiv udnyttelse af virksomhedernes ressourcer mv.

Det kan dermed udledes, at såfremt samarbejdet medfører stordriftsfordele, så kan dette betegnes som værende en effektivitetsgevinst. Derimod kan det ikke ses som værende en effektivitetsgevinst, når virksomhederne hæfter solidarisk. I Vejstribeafgørelsen fandt Styrelsen at selvom solidarisk hæftelse giver større sikkerhed for ordregiver, så kan denne sikkerhed ikke betegnes som en effektivitetsgevinst, da den hverken bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling.²⁰²

I henhold til Kommissionens praksis kan specialiseringsaftaler føre til en forbedring af produktionen eller distributionen. Dette kan ske ved udnyttelse af stordriftsfordele, reducere af produktionsomkostninger eller føre til et mere varieret vareudbud eller højere kvalitetsniveau.²⁰³

²⁰¹ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 22

²⁰² Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 827

²⁰³ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 22

Fordele for forbrugerne

Anden betingelse medfører, at effektivitetsgevinsterne skal komme forbrugerne til gode. Disse fordele kan bestå i lavere priser, bedre kvalitet, forøget garanti, større udvalg af produkter eller tjenesteydelser, nye produkter og så videre.

”Forbrugere” forstås som udenforstående personer, som berøres af, men ikke deltager i aftalen. Begrebet dækker bredt og omfatter altså alle aftagere af det produkt eller den ydelse, konsortiesamarbejdet vedrører, hvad enten der er tale om endelige forbrugere eller mellemlid i distributionen. Dermed er forbrugerbegrebet i denne sammenhæng ikke sammenfaldende med forbrugerbegrebet i forbrugerlovgivningen.²⁰⁴

Generelt kan det gøres gældende, at jo større markedsandele konsortiedeltagerne har, jo mindre sandsynligt er det, at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode i form af eksempelvis lavere priser.²⁰⁵

I Vejstribeafgørelsen havde virksomhederne anført, at de ved at indgå i konsortiet kunne give det mest konkurrencedygtige tilbud på alle distrikterne. Styrelsen fandt imidlertid, at når to tilbudsgivere, som er i stand til at byde på opgaven alene, indgår en aftale om at afgive et fælles tilbud, vil der generelt afgives færre tilbud, end hvis aftalen ikke var indgået.

Dette forhold medfører, at den priskonkurrence der ellers ville have været mellem de virksomheder, såfremt de begge bød, sættes ud af kraft og den normale priskonkurrence på markedet dermed fordrejes.

Kun nødvendige begrænsninger – proportionalitetsprincippet

Den tredje betingelse der skal være opfyldt, førend aftalen kan fritages, er at de aftalte begrænsninger, som virksomhederne pålægger hinanden, er absolut nødvendige for samarbejdet og ikke går videre. Aftalen skal således gennemføres på den mindst konkurrencebegrænsede måde. Dermed må aftaleparterne ikke kunne nå de samme mål ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger. Dette kan have betydning, for de informationer der udveksles i forbindelse med samarbejdet, da disse *skal* være nødvendige for samarbejdet.

²⁰⁴ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 23

²⁰⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 833

Dermed er det således ikke tilstrækkeligt, at konkurrencebegrænsningerne medfører konkrete fordele efter første betingelse, men begrænsningerne skal ligeledes kunne anses for værende nødvendige for, at aftalen m.v. kan få disse fordele.²⁰⁶

I Vejstribeafgørelsen gjorde virksomhederne gældende, at de var nødt til at byde på alle tre distrikter i udbuddet for at vinde. Eurostar gjorde ligeledes gældende at aftalen mellem de to virksomheder var proportional, da fordelene, der var forbundet med aftalen, ikke kunne være opnået ved at byde hver for sig.

Styrelsen gjorde derimod gældende, at det ikke var nødvendigt at byde på alle tre distrikter, da udbuddet var udformet således, at der kunne byde på enkelte distrikter. Derudover kunne det ikke dokumenteres, at der var effektivitetsfordele ved aftalen, som ville komme forbrugerne til gode. Styrelsen fandt heller ikke, at såfremt effektivitetsfordele havde foreligget og disse var kommet forbrugerne til gode, at det var nødvendigt at indgå aftalen for at realisere disse effektivitetsfordele. Styrelsen fandt således at aftalen var uproportional, da aftalen pålagde de involverede virksomheder unødvendige begrænsninger ved at begrænse parternes mulighed for at byde på udbuddet.²⁰⁷

Opretholdelse af et konkurrenceminimum

Ifølge den sidste betingelse skal der opretholdes et konkurrenceminimum. Konsortiesamarbejdet må dermed ikke kunne udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter, som aftalen omhandler.²⁰⁸

Ved vurderingen af, om aftalen medfører eliminering af konkurrencen, skal der både tages hensyn til, hvor stor markedsandel konsortiedeltagerne tilsammen har samt til muligheden for konkurrence fra andre virksomheder på markedet. Såfremt en aftale medfører, at konkurrencen mellem aftaleparterne i det væsentligste ophæves, vil en fritagelse alene kunne gives, hvis der fra andre virksomheder på markedet kan forventes et væsentligt konkurrencetryk. Jo lavere markedsandele, konsortiedeltagerne tilsammen har, jo mindre sandsynlighed vil der dermed ligeledes være for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen.²⁰⁹

²⁰⁶ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 23

²⁰⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, s. 845

²⁰⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s. 10

²⁰⁹ Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, s. 23

8.2 Ulovlige konsortier

Som udledt ovenfor er et konsortiesamarbejde ulovligt, såfremt deltagerne hver især kan udføre opgaven alene og samarbejdet ikke opfylder de fire kumulative betingelser for fritagelse. Hvis virksomhederne kan udføre opgaven selv, vil de dermed anses som værende konkurrenter. Denne form for konkurrencebegrænsende aftaler kaldes for karteller.

Karteller kan opstå såfremt konkurrenter indgår aftaler om opdeling af markedet eller kunder, fastsættelse af priser, begrænsning af salg eller produktion eller koordinering af tilbud.

Karteller medfører som oftest højere priser og færre valgmuligheder for forbrugerne. Derfor er karteller omfattet af konkurrencelovens § 6 om konkurrencebegrænsende aftaler. Karteldannelse betragtes som en alvorlig form for økonomisk kriminalitet og er dermed en overtrædelse af konkurrenceloven. Overtrædelser straffes som udgangspunkt med bøde. Bøderne kan udmåle sig i over 20 millioner, formildende omstændigheder kan gøres gældende, således at bøderne kan være lavere. Forsætlige og grove overtrædelser kan udløse fængselsstraf i op til seks år.²¹⁰

8.3 Sammenfatning

Konsortiedannelse kan være de små og mellemstore virksomheders adgangsvej til større og mere komplekse udbud. Når virksomhederne sættes i stand til at byde på opgaver, som de ellers ikke ville have kunnet byde på individuelt, kan det være med til at fremme konkurrencen. Virksomhederne skal dog være varsomme, når et konsortium dannes, da en fejlsvurdering af lovligheden af konsortieaftalen kan medføre hårde straffe.

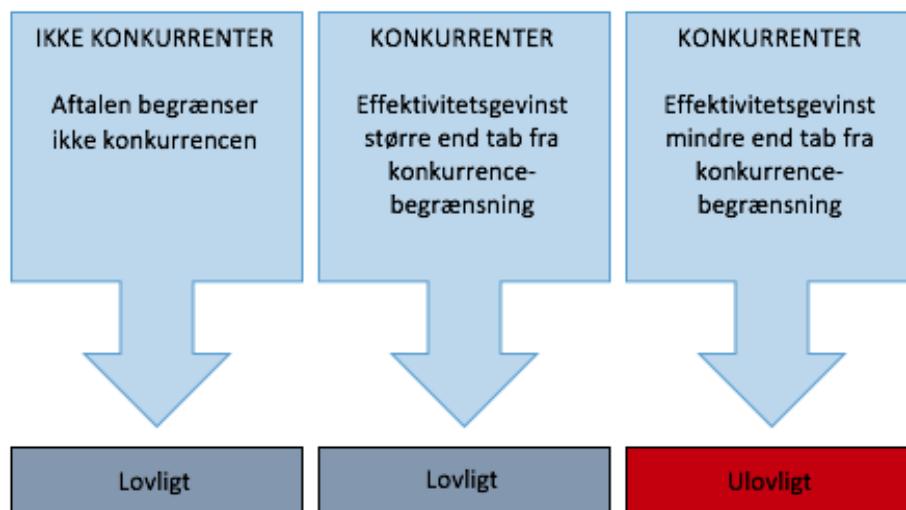
Det kan udledes af ovenstående analyse at der er fri adgang til konsortiedannelse, jf. udbudslovens § 139, stk. 2. Der sættes imidlertid begrænsninger for dannelsen af konsortier med konkurrencelovens § 6, stk. 1. Konkurrenceloven komplementerer på denne måde udbudsloven på dette område. Virksomhederne skal være opmærksomme på denne sammenhæng mellem de to regelsæt og vurderingen af, hvornår en aftale kan virke konkurrencebegrænsende.

Det kan ses af ovenstående analyse, at der er mange elementer i vurderingen af, om aftalen er konkurrencebegrænsende. Overordnet set er det dog afgørende, om parterne reelt har muligheden for at

²¹⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: kfst.dk, Hvorfor er karteller forbudte?, 2013

klare den udbudte opgave på egen hånd. Dermed må konsortiet heller ikke bestå af flere virksomheder end hvad der er nødvendigt for at kunne byde på det konkrete udbud.

Vurderes det at parterne er i stand til at klare opgaven på egen hånd, vil aftalen dog være genstand for en yderligere vurdering af effektivitetsgevinsten og dermed kan aftalen vurderes at være lovlig, på trods af evnen til at udføre opgaven individuelt. Se illustrering.



Figur 1. Udarbejdet med inspiration fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2014, s.12

Vurderingen af om en aftale er konkurrencebegrænsende vil altid afhænge af den konkrete situation og der vil altså skulle foretages en ny vurdering fra gang til gang.

9.0 Udbudskultur

Ét af de vigtigste formål, i forbindelse med tilblivelsen af det nye udbudsdirektiv var, som tidligere nævnt, at gøre det lettere for de små og mellemstore virksomheder at deltage i konkurrencen om offentlige udbud. Den danske udbudslov har været gældende siden 1. januar 2016 og derfor kan det være svært at konkludere, om tiltagene har haft en effekt. Det kan imidlertid allerede nu ses, at de i denne afhandling behandlede tiltag ikke er markant anderledes end de regler, der gjaldt i det gamle udbudsdirektiv.

Allerede i forbindelse med udformningen af *"Europæisk Kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter"* blev udbudskulturen udpeget som værende af central betydning for løsning af de vanskeligheder, som SMV'erne oplevede i forbindelse med offentlige udbud.²¹¹

De væsentligste vanskeligheder der rapporteredes, var blandt andet manglende viden om udbudsprocedurer, kontraktens store størrelse, for lidt tid til at udarbejde tilbud, uforholdsmæssige store krav til kvalifikationsniveauer og certificering samt for vidtgående krav om finansielle garantier.

Såfremt disse vanskeligheder gjorde sig gældende i forbindelse med brugen af det gamle direktiv og kritikken af de nye regler er, at der ikke er sket markante ændringer, kunne noget tyde på at disse vanskeligheder fortsat vil opstå. Yderligere kan det vise sig problematisk at ordregiver er overladt et meget vidt skøn, som i mange tilfælde sandsynligvis ikke vil sanktioneres af Klagenævnet for Udbud, medmindre der er tale om tilfælde, hvor principperne i udbudslovens § 2 er klart tilsidesat.

De ordregivende myndigheder og i særdeleshed udbudskulturen blandt disse er dermed vigtige i forhold til opnåelse af målet om effektiv udnyttelse af offentlige midler gennem, blandt andet, lettere adgang for SMV'er.

Flere kommuner i Danmark har allerede sat fokus på en konstruktiv udbudskultur og igangsat initiativer, som skal minimere barrierer i forbindelse med udbudsprocessen. Københavns Kommune er én af disse kommuner. I Kommunens Budgetaftale fra 2014 blev det vedtaget, at kommunen skulle blive bedre til at udnytte de små og mellemstore virksomheders potentiale ved at reducere barriererne for deltagelse i kommunens udbud.²¹² Et af initiativerne har været at sætte fokus på udbudsmaterialets udformning. I kommunen havde der været forskellige tilgange til, hvorledes udbudsmaterialet blev udarbejdet i de forskellige forvaltningers indkøbsafdelinger.²¹³ Ved at anvende fælles skabeloner og

²¹¹ SEC(2008)2193, 2008, s. 2

²¹² Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud, 2013, s. 5

²¹³ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud, 2013, s. 16

procedurer på tværs af forvaltningerne bliver det lettere for virksomhederne at byde, da et mere ensartet og standardiseret udbudsmateriale er mindre ressourcekrævende for disse.²¹⁴

Den nye udbudslovgivnings tiltag med ESPD'et kan anses for værende formet i samme retning, som ovenstående. Såfremt ordregiver standardiserer brugen af ESPD'et ved hovedparten af udbuddene, vil dette mindske virksomhedernes ressourceanvendelse i forbindelse med udfyldelsen af disse. Med standardisering skal der forstås, at ordregiver stiller enslydende krav til, hvilke punkter der skal udfyldes i ESPD'et.

Et andet initiativ, som Københavns Kommune iværksatte, var at denne skulle have en åben dialog med markedet, hvilket indebærer mere rådgivning af virksomhederne, så disse orienteres om kommunens udbud. I denne forbindelse blev der ligeledes gjort en indsats for at informere SMV'erne om adgangen til konsortiedannelse.²¹⁵ Initiativerne er tilgængelige for alle virksomheder og ikke kun SMV'erne, dog menes det at især SMV'erne vil få glæde af disse.

For at opnå en større SMV-deltagelse i udbud har flere kommuner iværksat tiltag, der skal understøtte SMV'ernes muligheder for at indgå konsortiesamarbejder. Odense Kommune har i denne forbindelse udviklet en strategi, som fremmer mulighederne for konsortiedannelse. Denne strategi omfatter forskellige elementer:

1. **Tid** – Udbudsplaner offentliggøres i god tid, således at virksomhederne får tilstrækkelig tid til at danne konsortier.
2. **Involvering** – Kommunen afholder stormøder forud for udfærdigelsen af udbud. Derved får virksomhederne mulighed for at netværke og dermed kan konsortiedeltagere findes.
3. **Facilitering** – Kommunen har planer om at oprette et webbaseret redskab (Konsortiedating), hvor virksomhederne kan uploade profiler og på den måde finde andre virksomheder at indgå konsortier med.
4. **Modning** – Kommunen gør i forbindelse med offentliggørelse af udbudsplaner opmærksom på forhold, som fordrer nye innovative løsninger. Dermed har virksomhederne mulighed for at udvikle innovative løsninger.²¹⁶

²¹⁴ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud, 2013, s. 16

²¹⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Udbud med deltagelse af konsortier, 2014, s. 5

²¹⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Udbud med deltagelse af konsortier, 2014, s. 25

Det kan udledes af ovenstående at kommunernes udbudskultur er under udvikling og der gennemføres flere tiltag for, at virksomhederne kan deltage i udbuddene.

Lovgivningen bør derfor suppleres med en god udbudskultur, hvor ordregiver er opmærksom på fordelene ved at fremme deltagelsen af SMV'erne i offentlige udbud, for på den måde at nå målsætningen om bedre udnyttelse af offentlige midler og vækst.

Ordregiver skal så vidt muligt ikke udnytte undtagelserne i lovgivningen, men derimod udnytte de muligheder loven giver, for at lette adgangen for SMV'erne. Dermed kan de ordregivende myndigheder på eget initiativ gennemføre yderligere tiltag på de områder, som SMV'erne har angivet som problematiske.

10.0 Konklusion

Formålet med denne afhandling har været at undersøge SMV'ernes adgang til offentlige udbud. I den forbindelse har tiltagene i den nye udbudslovgivning samt muligheden for konsortiedannelse været genstand for undersøgelse.

I den danske udbudslovs § 49 er direktivets artikel 46 implementeret. Denne bestemmelse omhandler opdelingen af kontrakter i delkontrakter, hvor ordregiver gives muligheden for at udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet. Derudover indføres der et "*opdel eller forklar-princip*", som medfører at ordregiver skal angive en begrundelse for at der ikke foretages opdeling. Reglerne "tvinger" altså ikke ordregiver til at opdele kontrakter, men ordregiver "tvinges" til at overveje hensigtsmæssigheden af opdeling. Dermed er det centrale i begrundelsespligten at ordregiver viser, at denne reelt har overvejet hensigtsmæssigheden af at opdele kontrakten.

Det er dog muligt at fravige bestemmelsen, såfremt begrundelse herfor angives i udbudsmaterialet. Ordregiver kan begrunde fravalget af opdeling af kontrakter med, at der foreligger økonomiske og markedsmæssige hensyn. Økonomiske hensyn kan eksempelvis være hensynet til stordriftsfordele. Dette kan imidlertid have væsentlige konsekvenser i forhold til SMV'ernes adgang til offentlige udbud, da SMV'er som oftest ikke har muligheden for at tilbyde stordriftsfordele. Dermed fremmer og hæmmer lovgivningen SMV'ernes adgang på én og samme tid, hvilket viser udbudslovgivningens kompleksitet. Hensynet til SMV'erne og hensynet til stordriftsfordele vil begge forfølge et mål om optimal udnyttelse af de offentlige midler, dermed overlades de ordregivende myndigheder et meget vidt skøn, da disse også skal tage stilling til, om stordriftsfordele eller SMV'ernes deltagelse vil fremme effektiviteten mest.

Bestemmelsen har potentialet til at fremme SMV'ernes adgang til offentlige udbud, da kontrakterne kan opdeles og dermed i højere grad tilpasses SMV'ernes evner. Det handler dog i høj grad om hvorledes bestemmelsen benyttes og hvilken udbudskultur der er blandt de ordregivende myndigheder.

I afhandlingen er tiltaget i udbudsdirektivet artikel 58 ligeledes undersøgt. Denne bestemmelse er, som tidligere beskrevet, implementeret i udbudslovens § 142, stk. 2. Bestemmelsen gennemfører et loft for den minimumsomsætning pr. år, som den ordregivende myndighed kan forlange. Ordregiver kan af denne grund ikke kræve mere end en minimumsomsætning pr. år, der er på mere end det dobbelte af kontraktens anslåede værdi. Bestemmelsen er udtryk for en øvre grænse og der kan dermed

forekomme tilfælde, hvor det ikke vil anses for værende proportionalt at fastsætte en minimumsomsætning pr. år på to gange den anslåede værdi af kontrakten. Eksempelvis i tilfælde hvor en kontrakts værdi er stor, men levering sker løbende over en længere periode.

Ordregiver *skal* altså ikke sætte kravet til minimumsomsætningen pr. år på to gange kontraktens anslåede værdi, men kan også sætte dette lavere. Dette kan især være optimalt i forhold til nyetablerede virksomheder.

Ordregiver vil i tilfælde, hvor der findes at være en særlig risiko forbundet med udførelsen af kontrakten, have mulighed for at fravige denne bestemmelse. Ordregiver skal i sådanne tilfælde begrunde dette *behørigt* i udbudsmaterialet. Da undtagelse kun kan ske i tilfælde med en *særlig risiko*, vil fravigelse af maksimumkravet være en undtagelse og ikke blive reglen, som var tilfældet i forbindelse med brugen af det gamle direktiv, da ordregivere fastsatte uproportionale krav på trods af et forbud her i mod.

Bestemmelsen har dermed potentialet til at fremme SMV'ernes adgang til offentlige udbud, da egnethedskravet dermed tilpasses disses kapacitet i højere grad.

Det sidste tiltag som har været genstand for undersøgelse i denne afhandling er bestemmelsen om brugen af ESPD'et, jf. artikel 59 som er implementeret ved § 148. Med dette tiltag er den administrative byrde forsøgt fjernet, da ansøgere/tilbudsgivere kan udfylde dette som foreløbigt bevis for at de opfylder de krav, som ordregiver stiller og derudover ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde. Det er kun den vindende tilbudsgiver, som skal indsende fuld dokumentation.

SMV'erne har angivet, at et af deres væsentligste problemer er den administrative byrde i forbindelse med udbud, dermed virker det som et kærkommet tiltag. Ordregiver kan også i forbindelse med dette tiltag fravige bestemmelsen, såfremt dette er nødvendigt for at udbudsproceduren gennemføres korrekt. I disse tilfælde kan ordregiver på et hvilket som helst tidspunkt i udbudsproceduren kræve at ansøgeren/tilbudsgiveren fremlægger fuld dokumentation. Tiltaget vil imidlertid ligeledes lette den administrative byrde for ordregiver, så denne vil sandsynligvis kun kræve dette såfremt dette findes særdeles nødvendigt.

Det kan dermed konkluderes at bestemmelserne har potentialet til at fremme SMV'ernes adgang til offentlige udbud. Dokumentet vil specielt kunne lette byrden for SMV'erne, såfremt ordregiver stiller enslydende krav til udfyldelse af ESPD'et fra udbud til udbud. Derved får SMV'erne rutine i at udfylde ESPD'erne og dokumenterne kan i nogle tilfælde genbruges.

Det kan hermed konkluderes at den nye udbudslovgivnings tiltag har potentialet til at fremme adgangen til offentlige udbud for SMV'erne. Det kan dog vise sig problematisk at opdeling af kontrakter kan undgås såfremt hensynet til stordriftsfordele findes at være mere tungtvejende end hensynet til SMV'ernes adgang. Dermed vil SMV'ernes adgang til de offentlige udbud begrænses.

Konsortiedannelse kan være adgangsvejen for de små og mellemstore virksomheder, når udbuddene er for store og komplekse til at klare individuelt. Det kan dog udledes af analysen af konsortiedannelse, at det kan være særdeles svært at vurdere, om en konsortieaftale er lovlig og derfor ikke er en konkurrencebegrænsende aftale. Derudover kan nogle SMV'erne føle sig nødsaget til at indgå konsortier, for at kunne tilbyde stordriftsfordele i forbindelse med tilbud på udbud. Stordriftsfordele kan her have karakter af samlerabat ved bud på flere delkontrakter.

SMV'erne skal ved konsortiedannelsen særligt være opmærksomme på muligheden for at udføre opgaven selv. Såfremt disse er i stand til dette, vil aftalen have karakter af at være en konkurrencebegrænsende aftale. På trods af den konkurrencebegrænsende karakter kan aftalen imidlertid have større fordele end ulemper for konkurrencen, hvorfor denne alligevel findes at være i overensstemmelse med lovgivningen.

Samlet kan det dermed konkluderes at SMV'erne kan deltage i udbud individuelt samt som konsortier. I udbudslovgivningen er der gennemført tiltag, som skal gøre det lettere for SMV'erne individuelt at byde på offentlige udbud. Tiltaget som vedrører opdeling af kontrakter kan dog vise sig ikke at have den ønskede effekt, da opdeling kan undlades såfremt stordriftsfordele kan opnås. Derfor skal SMV'erne tænke alternativt for fortsat at kunne byde på de større udbud og konsortiedannelse kan her være adgangsvejen. Lovgivningen på området er dog kompleks, da udbudsloven tillader ubegrænset dannelse af konsortier, hvor konkurrenceloven begrænser denne adgang.

Derfor kan udbudskulturen både vise sig at have betydning for SMV'ernes mulighed for konsortiedannelse samt muligheden for individuel adgang til offentlige udbud. Ordregiver har afgørende betydning for at fremme adgangen for SMV'erne. Ordregiver er via lovgivningen blevet tildelt en ramme for, hvad der er muligt i forbindelse med udbud, men ordregivers vide skøn skal udfylde denne ramme. Udbudskulturen skal derfor supplere lovgivningen og dette gøres blandt andet ved at ordregiver

har SMV'ernes adgang til offentlige udbud for øje, når eksempelvis opdeling af kontrakter overvejes. Derudover vil rådgivning af SMV'erne i forbindelse med konsortiedannelse kunne gøre det mere attraktivt og mindre frygtindgydende.

11.0 Perspektivering - underleverandører

Konsortiedannelse er ikke den eneste mulighed små og mellemstore virksomheder har, for at kunne deltage i udbuddet af offentlige kontrakter. Muligheden for at kunne deltage selv, er der selvfølgelig - men som denne afhandling har påvist er dette ikke altid en mulighed. I dette afsnit vil muligheden for underleverandøraftaler, som et alternativ til konsortiedannelse, blive belyst.

Små og mellemstore virksomheder kan i stedet for at danne et konsortium, byde på offentlige udbud ved hjælp af en underleverandøraftale. I forbindelse med underleverandøraftaler er én virksomhed (hovedleverandøren) ansvarlig for levering af opgaven til den ordregivende myndighed. Hovedleverandøren inddrager her en eller flere underleverandører til at løse dele af den udbudte opgave. Dette er en mulighed da det oftest er overladt til tilbudsgiver/ansøger, at vurdere hvordan denne vil opfylde den offentlige kontrakt, så længe dette gøres inden for den aftalte tid samt i en kvalitet som aftalen foreskriver. Dog kan den offentlige myndighed kræve at have kendskab til, om der bliver anvendt underleverandører jf. Udbudsloven § 155, nr. 11 sammenholdt med § 177, dette vil da skulle fremgå af udbudsbetingelserne og i disse tilfælde angives af tilbudsgiver/ansøger i ESPD'et²¹⁷.

Anvendelsen af underleverandører kan gøre det muligt for SMV'er at byde på en offentlig kontrakt som de ellers ikke har ressourcerne til, da en tilbudsgiver/ansøger, i følge udbudslovens § 144, har mulighed for at basere sin tekniske, faglige, finansielle og økonomiske kunnen på baggrund af en underleverandørers ressourcer. Det skal dog kræves af den ordregivende myndighed, at underleverandøren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, i sådanne tilfælde vil tilbudsgiver/ansøger dog have mulighed for at erstatte denne.²¹⁸ Den ordregivende myndighed vil kunne kræve dokumentation fra underleverandøren, som bevis for at denne besidder de krav som der forventes, samt at tilbudsgiver/ansøger har råderet over disse egenskaber ved kontraktens udførelse.²¹⁹

Det kan i udbudsmaterialet indskrives at udskiftning af underleverandører efter tilbudsafgivelse, ikke er muligt, i disse tilfælde skal der dog foreligge administrative grunde.²²⁰ Dog kan den ordregivende myndighed have interesse i udskiftning af underleverandører, eksempelvis i tilfælde af konkurs eller samarbejdsvanskeligheder, som vil have betydning for udførelsen af kontrakten.

Udskiftning af en underleverandør må ikke have det formål at skabe en kunstig fordel for tilbudsgiver/ansøger dette kunne eksempelvis være udsættelse af tilbudsfrist, eller muligheden for at forbed-

²¹⁷ Sune Troels Poulsen, EU udbudsretten, 3. udg., 2016, s. 498

²¹⁸ Sune Troels Poulsen, EU udbudsretten, 3. udg., 2016, s. 499

²¹⁹ C-314/01, Siemens AG Österreich, præmis 47

²²⁰ c-57/01, Makedoniko Metro

re et tilbud grundet udskiftning af en underleverandør, da dette vil være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling. I de situationer hvor der er behov for at udskifte en underleverandør efter aftaleindgåelse, skal der foretages en fortolkning af kontrakten, for om dette er muligt. En udskiftning vil ligeledes skulle ske i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.²²¹

Benyttelsen af underleverandører vil derfor være en oplagt mulighed for små og mellemstore virksomheder til at kunne deltage i offentlige kontrakter, som de ellers ikke ville have mulighed for at kunne deltage i, eksempelvis grundet manglede opdeling eller hvor SMV'erne ikke kan opfylde minimumskravene alene.

I modsætning til et konsortium, hvor der hæftes solidarisk, er det kun hovedleverandøren, ved denne samarbejdsform, der er direkte forpligtet over for ordregiver, da det kun er hovedleverandøren der har indgået en kontrakt med ordregiver.

²²¹ Sune Troels Poulsen, EU udbudsretten, 3. udg., 2016, s. 499

12.0 litteraturliste

12.1 Administrative afgørelser

Afgørelse fra Klagenævnet for Udbud af 9. oktober 2000, *DPA ApS mod Kolding Kommune med flere*

Afgørelse fra Klagenævnet for Udbud af 15. september 2008, *Totalrådgivergruppen mod Universitets- og Bygningsstyrelsen*

Afgørelse fra Klagenævnet for Udbud af 1. februar 2013, *Abena A/S mod SKI*

Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*

12.2 Domme fra EU Domstolen

C-810/79, Peter Überschär

C-243/89, Kommissionen mod Danmark

C-41/90, Höfner & Elser

T-374/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen

C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria

T-9/99, Rørkartel

C-19/00, SIAC Construction Ltd

T-224/00, Archer Daniels

C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki AE

C-314/01, Siemens AG Österreich

C-399/05, Kommissionen mod Grækebkand

C-454/06, Presstext nachrichten agentur GmbH

C-199/07, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik

C-451/08, Helmut Müller GmbH

C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene

C-601/13, AMBISIG-Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica Lda

12.3 Artikler

Council of The European Union: "*Council adopts directive for the reform of public procurement*", 2014

12.4 Bekendtgørelser og vejledninger (redegørelser, analyser)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "*Bliv klogere på EU-udbud*", 2012

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "*Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*", 2014

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: "*Små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud*", 2013

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "*Status for offentlige konkurrence*", 2015

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "*Udbud med deltagelse af konsortier*", 2014

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: "*Udbudsloven vejledning om udbudsreglerne*", 2016

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: "*Vejledning til konsortiedannelse*", 2014

Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde: "*Udbudskulturen i Danmark*", 2014

12.5 Bøger

Fabricius, Jesper: Offentlige indkøb i praksis, Karnov Group, 3. udgave, 2014

Fejøl, Jens og Grith Skovgaard Ølykke: EU-konkurrenceret, Jurist og økonomiforbundets forlag, 5 udgave, 1 oplag, 2014

Hagel-Sørensen, Karsten: Aktuel udbudsret II, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 1 udgave, 2016

Lichére, Francois, Roberto Caranta & Steen Treumer: Modernising Public Procurement, Djøf Publishing, 1 udgave, 2014

Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 1. udgave, 2014

Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen: EU-ret, Karnov Group, 6. Reviderede udgave, 2. Oplag, 2011

Poulsen, Sune Troels: EU udbudsretten, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 3. udgave, 2016

Schaumburg-Müller, Sten: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 1. udgave, 2004

Skovgaard, Grith & Ruth Nielsen: EU's udbudsregler - i dansk kontekst, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 1. udgave, 2015

Steinicke, Michael & Lise Groesmeyer: EU's udbudsdirektiver, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave, 2008

Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: Retskilder og retsteorier, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 4. udgave, 2014

Wegener, Morten: Juridisk metode, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave, 1994

12.6 EU traktater, direktiver, meddelelser m.v.

2011/C 11/01, Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler

Europa-Kommissionen, Den nye definition af små og mellemstore virksomheder, 2006

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

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

KOM(2010) 2020, Meddelelse fra Kommissionen, Europa 2020 – en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst., 3. marts 2010

KOM(2011) 15, Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt marked for offentlige indkøb, 27. januar 2011, KOM(2011)15 endelig

Lissabontraktaten, Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2008

SEC(2008)2193, Kommissionen for de europæiske fællesskaber, Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter, 2008

12.7 Internet

Dansk Erhverv: danskerhverv.dk, "*konsortier eller kartel*", 2014

<https://www.danskerhverv.dk/Nyheder/Sider/Konsortier-eller-karteller.aspx> (Set d. 10/5-2016)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: kfst.dk, "*Hvorfor er karteller forbudte?*", 2013

<http://www.kfst.dk/Konkurrenceforhold/Straflempelse/Hvorfor-er-karteller-forbudte> (Set d. 10/5-2016)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelse: KFST.dk, "*Konkurrencerådet*", 2016

<http://www.kfst.dk/Om-os/Raad-og-naevn/Konkurrenceraadet> (Set d. 10/5-2016)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:, kfst.dk, "*Ny vejledning om udbud med deltagelse af konsortier*", 2014

<http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/OK-nyheder/2014/20140630-Ny-vejledning-Udbud-med-deltagelse-af-konsortier?tc=E3907B9DF4DE4688B44A512692503843> (set d. 10/5-2016)

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: kfst.dk, "*vurdering af klar og grænseoverskridende interesse*", 2015

<http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Udbud/Udbuddk/Vurdering-af-graenseskridende-interesse> (Set d. 10/5-2016)

Udbudsportalen: csr-indkob.dk, "*hvad er ansvarlige indkøb*"

<http://csr-indkob.dk/hvad-er-ansvarlige-indkob/> (Set d. 10/5-2016)

12.8 Love og kommentarer til lovgivningen

Forslag til udbudslov, Forslag til udbudsloven, L 19, fremsat d. 7. oktober af erhvervs- og vækstminister (Troels Lund Poulsen)

Konkurrenceloven, Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997

konkurrenceloven, Lovbekendtgørelse 2015-07-08 nr. 869

Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15. december 2015

12.9 Rapporter

Erhvervs- og økonomiministeriet, rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, "*Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*", 2014