



AALBORG UNIVERSITET
DET JURIDISKE INSTITUT

Specialeafhandling: SMV'ers adgang til offentlige udbud

Navn: Alexander Herskind Rasmussen

Fagområde: EU-Udbudsret

Afleveringsdato: 15. maj 2025

Titelblad

Titel	SMV'ers adgang til offentlige udbud
Engelsk titel	The access of SMEs to the public procurement process
Forfatter	Alexander Herskind Rasmussen (20202997)
Uddannelse	Cand.Merc.Jur
Uddannelsessted	Juridisk Institut, Aalborg Universitet
Opgave	Kandidatspeciale
Vejleder	Dorthe Kristensen Balshøj
Omfang	131.596
Afleveringsdato	15. maj 2025

Abstract

This thesis examines small and medium-sized enterprises' (SMEs) participation in Denmark's public procurement, analysing how the Danish Public Procurement Act and the EU Public Procurement Directive shape their market access. Through a legal-dogmatic lens the paper will explore opportunities, barriers and possible ways to reform the market in an attempt to foster a more inclusive procurement market guided by the principles set forth by the EU of equal treatment, transparency, and proportionality.

To answer the research question a legal-dogmatic approach is used, drawing on the Public Procurement Act, the EU Directive, and the EU Court of Justice and Danish Complaints Board. The paper excludes related frameworks like the Utilities Directive, to focus on general procurement rules. This foundation leads to exploring the objectives and principles of public procurement law.

Next the thesis will assess the mechanisms supporting SMEs. The formation of consortiums allows SMEs to pool resources for larger contracts while the "divide or explain" principle encourages public contracting authorities to split contracts into smaller lots to allow for more competition. Case law highlights the principles application even though inconsistent use often limits its effectiveness.

Despite the tools that exist to help bring more SMEs into the public procurement process, barriers persist. Direct awards of contracts for low-value contracts favour more established firms and reduces transparency. In-house arrangements bypass competitive tendering thus limiting the opportunities for SMEs. EU case law like Teckal and Stadt Köln sets strict in-house conditions but their continued frequent use act as a hinderance of the competition. Complex tender requirements further challenge SMEs who often have less resources that they can put to use on the procurement process.

To address these issues, reforms are proposed. Enforcing contract division through market consultations and templates could curb bundling. Simplifying processes and offering guidance would ease administrative burdens. Limiting in-house arrangements and direct awards via transparency measures could open markets. Monitoring SME participation would inform policy. These reforms balance SME inclusion with authorities' flexibility.

The thesis concludes that the legal framework fails to ensure SMEs' equal access. Barriers like direct awards and in-house rules restrict competition. Proposed reforms, aligned with EU goals, require political will to create a fair, SME-friendly market.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	1
1.1 Introduktion	1
1.2 Problemformulering:	3
1.3 Afgrænsning	3
1.4 Metode:	5
1.4.1 Retskilder	6
1.4.1.1 Traktaten	6
1.4.1.2 Udbudsdirektivet	6
1.4.1.3 Grundlæggende principper i udbudsretten	7
1.4.1.4 Udbudsloven	7
1.4.1.5 Praksis	8
1.5 Afklaring af begreber og terminologi	8
1.6 Strukturen på afhandlingen	10
1. Centralt for udbudsretten	11
2.1 Formålet med udbudsretten	11
2.1.1 Baggrund for udbudsdirektivet	12
2.1.2 Virkeligheden under udbudsdirektivet	14
2.2 Ligebehandlingsprincippet	16
2.3 Gennemsigtighedsprincippet:	17
2.4 Proportionalitetsprincippet	18
2.5 Delkonklusion	18
3. Nuværende muligheder for SMV'er	19
3.1 Konsortier	19
3.1.1 U.2020.524 H	20
3.1.2 Minimumskrav	22
3.2 UBL § 49, stk. 2	24
3.3 Delkonklusion	26
4. Hvordan modarbejdes SMV'er i den nuværende lovgivning	27
4.1 Udbudslovens §§ 6-8, §§ 12-15 samt §§ 80-83	27
4.2 Direkte tildeling / delydelsesreglen	29
4.2.1 Klar grænseoverskridende interesse	30
4.2.2 Uden klar grænseoverskridende interesse	31

4.2.4 Delydelsesreglen.....	32
4.3 In-house reglen.....	32
4.3.1 Horisontalt samarbejde	35
4.3.1.1 Kontraktuelle samarbejder	35
4.3.1.1.1 C-480/06.....	36
4.3.2 Vertikalt samarbejde.....	37
4.3.2.1 C-51/15	38
4.3.2.2 Kontrolkriteriet:	39
4.3.2.3 Aktivitetskriteriet:	40
4.3.3 C-107/98	41
4.3.4 Decentrale enheder	41
4.3.4.1 Alabu Bolig mod Electrolux Professional A/S	43
4.4 In-house reglens forhold til EU-rettens konkurrenceprincip.....	44
4.4.1 Privat indblanding.....	45
4.4.2 C-458/03	47
4.5 Delkonklusion	48
5. Strategier og reformforslag	49
5.1 Bedre håndhævelse af opdel eller forklar	50
5.1.1 C-376/08	51
5.1.2 C-216/17	53
5.2 Reduktion af administrative byrder.....	54
5.3 Begrænsning af brugen af in-house reglen og direkte tildeling	55
5.4 Monitorering og evaluering.....	55
5.5 Vurdering af reformernes mulighed for implementering.....	56
5.6 Delkonklusion	59
6. Konklusion.....	59
Litteraturliste.....	62
Primære retskilder	62
Love.....	62
Traktater	62
Direktiver	62
Retspraksis:	62
EU-Domstolen.....	62

National retspraksis	63
Sekundære retskilder:.....	63
Bøger og artikler.....	63
Rapporter og vejledninger	63
Andet	64

1. Indledning

1.1 Introduktion

Udbudsloven er inkorporeret i dansk ret på baggrund af udbudsdirektivet. Formålet med udbudsdirektivet er at forpligte offentlige myndigheder til at agere på en måde som sikrer lige vilkår for økonomiske aktører i hele EU i forhold til at indgå offentlige kontrakter.¹

Ideen om at sikre lige vilkår for alle økonomiske aktører ses bl.a. i udbudslovens muligheder for mindre aktører om at gå sammen i konsortier for på den måde at afgive tilbud på offentlige kontrakter, som de ellers ikke havde mulighed for at afgive tilbud på, på baggrund af at de ikke levede op til de minimumskrav, som var fastsat i udbudsmaterialet. Disse krav kan være krav til finansiell, teknisk og faglig formåen.²

Ved konsortiedannelse baserer den ansøgende virksomhed sig på sin medkonsortient, hvorfor de to virksomheder; uanset deres retlige forbindelse, sammen hæfter for det fremsatte tilbud over for ordregiver.³ De bliver altså for både ordregiver såvel som konsortiet selv stillet som enhver anden tilbudsgiver i udbudsprocessen. Denne mulighed for konsortiedannelse tilføjer altså konkurrence til markedet, og bidrager til udvikling af SMV'ers mulighed for selv at kunne leve op til krav fremsat i fremtidige kontrakter, eftersom en mindre virksomhed som vinder en offentlig kontrakt vil stå stærkere finansielt, referencemæssigt og erfaringsmæssigt til næste udbud.

Med muligheden for at indgå i konsortium med en anden virksomhed for på den måde at opfylde minimumskravene i udbudsmaterialet, kan det virke lige til for mindre virksomheder at deltage på lige fod med større økonomiske aktører på markedet men dette er ikke nødvendigvis tilfældet. Et samarbejde mellem virksomheder uden nogen forbindelse er risikabelt for virksomhederne, da virksomhederne udover ikke at drive forrentning på samme måde, ikke kender til hinandens måde at udføre arbejde på. At hæfte solidarisk med en partner er derfor risikabelt for begge parter.

¹ EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, s. 29

² Udbudsloven §144

³ Udbudsloven §144, stk. 6

Virksomheder som indgår i konsortier gør derfor ofte kun dette, når de mener, at de har en reel chance for at vinde udbuddet, hvilket bidrager til en begrænsning af konkurrencen.⁴ Dette kommer på baggrund af omkostningerne til et konsortiesamarbejde i forbindelse med den høje administrative byrde, som der skal afsættes ressourcer mod at løse, ligesom der ved grænseoverskridende konsortier eksisterer kulturelle forskelle, som kan afholde aktører fra at samarbejde på tværs af landegrænserne - dette vil blive uddybet i afhandlingens afsnit 2.1.2.

Udover at der i udbudsloven er mulighed for at indgå i konsortium, fremsætter udbudsloven et krav til ordregiver om at opdele en kontrakt i delkontrakter eller forklare, hvorfor kontrakten ikke er opdelt.⁵

Formålet med dette “opdel eller forklar” princip er at bidrage til at stille SMV’er i en bedre position, allerede inden udbudsmaterialet er blevet udarbejdet, ved at tvinge ordregiver til at overveje udbuddets udformning og til at tænke i alternative måder at fremsætte udbuddet på, så der ikke opstår en situation, hvor udbud bliver lavet så store, at det tvinger SMV’er til at indgå i konsortier for at deltage i udbuddet. Der bliver i stedet opsat krav til handlemåder, som øger antallet af mindre udbud, hvilket også bidrager til konkurrencen på området, som hjælper med at opholde kvaliteten af offentlige aftaler, og betyder en mere effektiv udnyttelse af skatteborgernes penge.⁶

Denne specialeafhandling vil undersøge udbudslovens muligheder for at sikre SMV’ers adgang til offentlige udbud, med det formål at klarlægge, om disse på en ordentlig måde sikrer, at SMV har adgang til offentlige udbud på lige fod med store økonomiske aktører.

For tilstrækkeligt at klarlægge dette, vil der blive foretaget undersøgelse af specifikke paragraffer i udbudsloven og disses pendanter i udbudsdirektivet, ligesom der vil blive foretaget indgående analyser af specifikke domme, som har bidraget til at forme forståelsen af, hvordan reglerne skal fortolkes. Analysen har til formål at belyse samspillet mellem de grundlæggende principper og disses mulighed for at gribe SMV’er hele vejen gennem udbudsprocessen og ordregivers behov for at have en vis fleksibilitet i deres udbudsproces.

For at besvare ovenstående tager specialeafhandlingen udgangspunkt i følgende problemformulering:

⁴ SMV-Danmark, 7 veje til en smv-venlig udbudspolitik, 2023, s. 7

⁵ Udbudsloven § 49, stk. 2

⁶ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, Opdel eller Forklar, 2024, s.1

1.2 Problemformulering:

På hvilke vilkår deltager SMV'er i offentlige udbud, og hvad kan gøres for at forbedre disse vilkår og SMV'ers adgang.

1.3 Afgrænsning

Der vil i afhandlingen udelukkende blive gjort brug af udbudsloven, udbudsdirektivet samt retspraksis fra EU-domstolen og Klagenævnet for Udbud. Der vil således ikke blive refereret til forsyningsvirksomhedsdirektivet, direktivet for tildeling af koncessionskontrakter eller tilbudsloven.

De ovenstående, udeladte kilder kunne have været benyttet i forbindelse med udarbejdelsen af afhandlingen, men er udeladt for på den måde at give et mere klart billede af, hvordan udbudsdirektivet og udbudsloven forholder sig til den opsatte problemformulering.

Ved inddragelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet kunne dette have bidraget med at inddrage nye typer af ordregivere på områder for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester. Disse typer af virksomheder, hvis drift ville falde under forsyningsvirksomhedsdirektivet, er undladt da der her primært er tale om store opgaver, som vil være svære for mindre aktører at løfte, hvilket også afspejles i den højere tærskelværdi, som eksisterer for indkøb af varer og tjenesteydelser på området. Typerne af kontrakter er derfor ikke vurderet at være relevante for opgavens formål, hvorfor dette direktiv udelades.

Direktivet for tildeling af koncessionskontrakter kunne, ved inddragelse i afhandlingen, have bidraget med et perspektiv på, om det kan være fordelagtigt for en tilbudsgiver at indgå i koncessionskontrakter for på den måde at skabe sig referencer og erfaringer til fremtidige udbud samt at have en stabil indtægtsstrøm i kontraktens løbeperiode. Denne vinkel er dog undladt fra afhandlingen, da det vurderes, at det at skabe referencer og erfaringer allerede er en eksisterende mulighed gennem udbudslovens regler om unormalt lave tilbud i § 169, hvorfor perspektivet om spekulation i investering af erfaring på bekostning af økonomi anses for at være afdækket. Desuden ville der gennem inkluderingen af koncessionskontrakter og disses mulighed for at mindre aktører opbygger en relation til de offentlige ordregivere og opbygger

erfaring og kapital gennem kontraktens udførelse, vægtes mod den betydelige økonomisk byrde og den risiko, som findes ved en koncessionskontrakt, hvilket taler mod SMV'ers deltagelse.

Forsvars- og sikkerhedsdirektivet vil ikke blive inddraget i opgaven, da der ikke vurderes at være potentiale for, at inddragelsen af dette vil have betydning for en besvarelse af problemformuleringen.

Afhandlingen vil desuden ikke inddrage tilbudsloven, trods at tilbudsloven umiddelbart med dens færre krav, virker som en oplagt mulighed for mindre aktører til at få sig en bedre adgang til offentlige kontrakter. Tilbudsloven bliver dog ikke inddraget, da der i afhandlingen er fokus på adgangen til offentlige kontrakter hos et bredt spænd af tilbudsgivere, og en inklusion af tilbudsloven udelukkende ville have fordele hos de aktører, som beskæftiger sig med bygge- og anlægsarbejder. Det vurderes derfor, at der ikke ved en inddragelse af tilbudslovens regelsæt kan udledes nogle vilkår, som kommer SMV'er som samlet segment til gode, og tilbudsloven bliver således udeladt.

Der vil yderligere ikke blive inddraget en vurdering af afsnit III om light ydelser i udbudsloven. da light-regimet og dets anvendelse bidrager ikke til den ønskede besvarelse af problemformuleringen, idet der i afhandlingen ønskes et fokus på SMV'ers konkurrencesituation på baggrund af udbudslovens almindelige bestemmelser om kontrakter efter udbudslovens afsnit II, IV og V.

Endelig vil der i afhandlingen ikke ske en inddragelse af de særlige undtagelser til udbudspligten til tjenesteydelseskontrakter som fremgår af udbudslovens § 21. De nævnte undtagelser til udbudspligtige kontrakter bidrager i opgaven ikke til en besvarelse af problemformuleringen, og undlades derfor, da undtagelserne udelukkende kommer SMV'er til gode i situationer, hvor de mindre økonomiske aktører modtager en kontrakt ved direkte tildeling. Uanset dette bidrages der altså ikke til en besvarelse af den opstillede problemformulering.

1.4 Metode:

For at besvare afhandlingens problemformulering, vil der blive anvendt juridisk- og retsdogmatisk metode. Metodernes anvendelse betyder, at der indledende lokaliseres relevante retskilder, for dernæst at vurdere, hvad som kan udledes af disse retskilder og fastlægge deres retskildemæssige værdi. Det inddrages i afhandlingen international ret i form af EU-lovgivning og domme afsagt af EU-domstolen. EU-lovgivningen kommer som følge af en overdragelse af lovgivningskompetencen, en såkaldt derogation, som fungerer som en delvis suverænitetsafgivelse, der er mulig efter grundlovens § 20.⁷

En EU-lov er supranational, hvilket vil sige, at den er overnational og derfor holder en højere plads i det retslige hierarki.⁸ I opgavens brug af metode, finder der anvendelse af den juridiske metode såvel som den retsdogmatiske metode i afsnittene om afdækningen af det redegørende samt det analyserende afsnit i afhandlingen. Disse metoder er dog ikke anvendelige på afsnittet om strategier og reformforslag, da reformforslag ikke er en del af gældende ret, men i stedet kun støtter sig op ad denne. Den juridiske metode skal forstås som fastlæggelsen af relevant faktum, relevant regel og fastlæggelse af resultat.⁹ Den retsdogmatiske metode skal derimod defineres som en kombination af den juridiske metode og anerkendte metodiske principper som induktion og deduktion.¹⁰ Afhandlingen benytter sig af den retsdogmatiske metode med baggrund i den juridiske metode for at beskrive, fortolke og vurdere gældende ret (de lege lata).¹¹

Der vil gennem afhandlingen desuden ske en anvendelse af princippet om EU-reglers forrang for national ret. Dette princip har sin oprindelse i den principielle sag C-6/64 også kendt som Costa mod Enel. Her kom EF-domstolen frem til, at EF-retten havde forrang for national lovgivning med begrundelsen om, at medlemsstaterne i forbindelse med oprettelsen af et fællesskab med egne institutioner og selvstændigebeføjelser (EF/EU), så er der sket en kompetencebegrænsning på medlemsstaternes suverænitet. De nye regler, som bliver vedtaget på EF/EU plan skal således overholdes af medlemsstaterne, og EF/EU-domstolen er derfor af den opfattelse, at hvis et medlemsland bevidst udsteder love, som strider mod de vedtagne love på EF/EU plan, så foreligger der et brud på EØF/EUF-traktaten, med henvisning til

⁷ Hansen, Carsten Munk: Den juridiske løsning - introduktion til juridisk metode, 2017, 1. Udgave, s. 39

⁸ Hansen, Carsten Munk: Den juridiske løsning - introduktion til juridisk metode, 2017, 1. Udgave, s. 39, s. 43

⁹ Hansen, Carsten Munk: Den juridiske løsning - introduktion til juridisk metode, 2017, 1. Udgave, s. 11

¹⁰ Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 2024, 3. Udgave, s. 205

¹¹ Hansen, Carsten Munk: Den juridiske løsning - introduktion til juridisk metode, 2017, 1. Udgave, s. 11

traktatens artikel 5, stk. 2 om loyalitetsprincippet.¹² Det er for afhandlingen relevant at foretage en anvendelse af EU-retten, da den danske udbudslov er en national implementering af det europæiske udbudsdirektiv 2014/24/EU, hvorfor reglerne i den nationale lovgivning

1.4.1 Retskilder

For at besvare problemformuleringen er der benyttet følgende retskilder, som er analyseret ved brug af den juridiske- og den retsdogmatiske metode.

1.4.1.1 Traktaten

Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde også kaldet EUF-traktaten har ikke i sig selv et sæt bestemmelser, som bidrager til reguleringen af offentlige indkøb. Dog indeholder den principper om grundlæggende rettigheder som fri bevægelighed af varer, fri udveksling af tjenesteydelser samt forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet.¹³

1.4.1.2 Udbudsdirektivet

Udbudsdirektivet hedder også Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2014-02-26. Dette kom i forbindelse med ophævelsen af det tidligere direktiv.

Udbudsdirektivet har med dets status af direktiv en høj retskildeværdi. Desuden bidrager direktivet til at klarlægge, hvordan gældende ret skal fortolkes. Dette skyldes, at der i EU-retten er fastsat forpligtelser til at fortolke nationale regler overens med det direktiv, som de nationale regler er baseret på - den såkaldte EU-konform fortolkning.¹⁴

EU-konform fortolkningen stammer fra EU-Domstolens afgørelse C-14/83 af 10 april 1984. Domstolen skulle træffe en afgørelse om sagen som omhandlede et spørgsmål om diskrimination på baggrund af køn ved en ansættelsesproces ved et fængsel i Tyskland. Princippet om EU-konform fortolkningen fremkom i forbindelse med dommen, da domstolen vurderede, at Tyskland på nationalt niveau ikke i tilstrækkelig grad havde implementeret reglerne fra EU. Af dette opstod princippet om konform fortolkningen, som bestemte at de nationale domstole skulle fortolke deres egne nationale regler i overensstemmelse med EU-retten. Princippet er efterfølgende blevet bekræftet i sager som C-106/89 og C-441/14, hvoraf C-441/14 omhandlede de danske domstoles krav om at tilsidesættes nationale afgørelser, selv

¹² Dom af 15. juli 1964 i sag C-6/64, Costa mod ENEL

¹³ Hamer, Carina Risvig: Udbudsret, 2021, 2. Udgave, s. 39-40

¹⁴ Neergaard, Ulla. & Nielsen, Ruth. (2021). EU-Ret: Fri bevægelighed, 4. Udgave, s. 30-32

hvis disse strider mod en EU-konform fortolkning af reglerne; Højesteret fandt dog, at der forelå en *contra legem* situation, hvor reglen i national ret ikke kan fortolkes konformt med reglerne i EU, uden at ændre betydningen af den nationale lov, og nægtede derfor at efterleve princippet om EU-konformitet.¹⁵

1.4.1.3 Grundlæggende principper i udbudsretten

De grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet fra udbudsdirektivets art. 18 findes indarbejdet i national ret gennem udbudslovens § 2. Disse vil blive behandlet yderligere i afhandlingens kapitel 2.

Principperne har en bred berøringsflade og udbudslovens § 11 skal fortolkes sådan, at kontrakter, uanset om disse er under tærskelværdien, skal behandles efter principperne i udbudslovens § 2, hvis der er tale om kontrakter, som har en klar grænseoverskridende interesse.¹⁶ Hvis der derimod er tale om en situation, hvor der ikke foreligger klar grænseoverskridende interesse, så skal en ordregiver benytte sig af udbudslovens § 193, som indeholder reglerne om, at et indkøb under tærskelværdierne, uden grænseoverskridende interesse. Dette vil blive uddybet i afhandlingens afsnit 4.2 om direkte tildeling og delydelseskontrakter.

En ordregiver kan altså ikke undlade at overholde principperne i situationer, hvor der kunne være en klar grænseoverskridende interesse fra aktør i et andet EU-land, men skal i stedet foretage sig overvejelser om, hvornår der er en grænseoverskridende interesse, idet begrebet “grænseoverskridende interesse” må siges at dække over flere scenarier. Vurderingen af, om der er en grænseoverskridende interesse skal ske ud fra kontraktens værdi, genstand, geografiske placering, sædvanlig markedspraksis og hvis der har været en specifik interesse fra udenlandske virksomheder.¹⁷

1.4.1.4 Udbudsloven

Udbudsloven er implementeret på baggrund af udbudsdirektivet. Disse udgør det primære retsgrundlag for offentlige myndigheders erhvervelse af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder.¹⁸ Udbudsloven fungerer som regelsættet for offentlige ordregivere omkring kontraktindgåelse for offentlige anskaffelser på nationalt plan.

¹⁵ Hamer, U.2020 B.114, Er lovbemærkningerne til at stole på? (2020), s. 3

¹⁶ Dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, Telaustria mod Telekom Austria AG, præmis 60

¹⁷ Dom af 18. november 2010 i sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, præmis 30-32.

¹⁸ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 49

I forbindelse med udbudslovens anvendelse i et offentligt indkøb, kan fortolkningen af lovens bestemmelser blive diskuteret, hvorfor en sammenholdning med udbudsdirektivet bliver nødvendig for at beslutte reglens korrekte anvendelse i de tilfælde, hvor direktivbestemmelsen er egnet til at agere grundlag for vurderingen.¹⁹ Denne sammenholdning skal ske på baggrund af princippet om EU-retten forrang, hvorfor anvendelsen af direktivbestemmelsen skal finde sted frem for anvendelsen af en modstridende regel i udbudsloven.²⁰

1.4.1.5 Praksis

Der vil gennem afhandlingen blive refereret til domme afsagt i EU-domstolen samt Klagenævnet for Udbud, da denne praksis er væsentlig for kunne analysere retstilstanden på området i både internationalt og nationalt regi. Klagenævnets kendelser bidrager altså på samme måde som EU-domstolens til at klarlægge SMV'ers muligheder, og på den måde til en besvarelse af afhandlingens problemformulering.

Trods at Klagenævnet kan være med til at fastlægge retstilstanden i Danmark, så er det EU-domstolen som fastlægger, hvad der er gældende ret. Dette udgangspunkt findes i EUF-traktatens artikel 19, og det betyder, at EU-domstolen i tilfælde hvor reglerne i udbudsdirektivet i er tvetydige, udfylder reglerne i direktivet.

SMV'ers adgang til offentlige udbud er et emne, som i EU-retten er blevet behandlet ad flere omgange, hvor både spørgsmål om vurdering af konsortiers samlede kapacitet samt ligebehandling mellem konsortier og selvstændigt bydende aktører har været omdrejningspunkter.²¹ Retspraksis har altså bidraget til at forme området, og holder derfor en vigtig plads i analysen.

1.5 Afklaring af begreber og terminologi

I udbudsretlig terminologi er en offentlig kontrakt en kontrakt, der lever op til kravene om at være gensidigt bebyrdende, skriftlig og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser. Disse bliver behandlet efter udbudslovens afsnit II. En offentlig kontrakt kan berøre indkøb af varer- og tjenesteydelser eller udførelse af bygge- og anlægsarbejder. Udbudslovens § 6 fastsætter tærskelværdierne for, hvornår udbudslovens

¹⁹ Poulsen, Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 50

²⁰ Dom af 21. december 2021 i sag C-357/19 *Comune di Bari mod Securitalia Srl*, præmis 36

²¹ Dom af 28. november 2019 i sag C-395/18, *Tedecoop Società Cooperativa Sociale og andre mod Comune di Torino og andre*, præmis 31 og 34 og dom af 23. december 2009 i sag C-376/08, *Serrantoni Srl og andre mod Comune di Milano*, præmis 35 og 40.

afsnit II finder anvendelse, og disse tærskelværdier for en kontrakts udbudspligt afhænger af kontraktens art, da tærskelværdierne ikke er ens for alle typer af kontrakter. Disse kontrakter er udbudspligtige for en offentlig ordregiver.²²

Efter udbudslovens § 24, nr. 28 forstås begrebet “ordregiver” som en statslig, regional eller kommunal myndighed og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentlige organer.

Modspilleren til ordregiver findes i § 24, nr. 34, hvor begrebet “tilbudsgiver” bliver defineret som en økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud.

Definitionen af begrebet “direktivet” fremkommer af udbudslovens § 24, nr. 35, og forstås som Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65)

Begrebet “udbudsmateriale” findes i udbudslovens § 24, nr. 36, og forstås som de dokumenter, som ordregiveren udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, herunder:

- a) udbudsbekendtgørelsen,*
- b) de tekniske specifikationer,*
- c) det beskrivende dokument,*
- d) foreslåede kontraktbetingelser,*
- e) formater for ansøgernes og tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter,*
- f) oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser og*
- g) eventuelle supplerende dokumenter.*

I udbudslovens § 24, nr. 37 foreligger begrebet “ændring af grundlæggende elementer”, og dette defineres som en ændring af kontrakten, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlende udbudsprocedure eller som fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.

²² Udbudslovens § 24, nr. 24

Af udbudslovens § 24, nr. 38 beskrives begrebet “økonomisk aktør” som enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet. Begrebet “økonomisk aktør” vil i afhandlingen blive brugt synonymt med “aktør”.

1.6 Strukturen på afhandlingen

Det første afsnit i afhandlingen indeholder en introduktion til det valgte emne, de metodiske overvejelser, afgrænsningen for afhandlingen samt de centrale begreber, som bliver anvendt i afhandlingen.

I afhandlingens andet afsnit vil der ske en behandling af udbudslovens formål samt de grundlæggende principper som findes i lovgivningen, med fokus på SMV’ers inklusion.

I det tredje afsnit i afhandlingen behandles de nuværende muligheder i udbudsloven, som bidrager til SMV’ers øgede inklusion i offentlige udbud.

Afhandlingens fjerde afsnit behandler, hvordan SMV’ers mulighed for at indgå i offentlige udbud bliver modarbejdet i den nuværende udbudslovgivning.

Afsnit fem fungerer som en sammenholdning af de dele i udbudsloven, som negativt påvirker SMV’ers adgang til offentlige udbud og forslag til, hvordan disse kan justeres, så de bedre giver adgang til mindre aktører. Desuden fremsættes der reformforslag og strategier til ændringer og nye tiltag.

1. Centralt for udbudsretten

2.1 Formålet med udbudsretten

Der er på EU-plan udstedt tre direktiver: Udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet og direktivet om tildeling af koncessionskontrakter.²³

Udbudsloven er produktet af en omfattende omskrivning af udbudsdirektivet, hvis formål er at ændre direktivet til at passe til danske forhold.²⁴

Udbudsdirektivet er en del af EU's forsøg på at oprette et indre marked med reel fri bevægelighed med effektiv konkurrence. Udbudsdirektivet såvel som udbudsloven har stor fokus på den reelle, frie bevægelighed, på det indre marked, og skal ses som en måde at regulere konkurrencen på, samt at forenkle kontraktindgåelse af offentlige kontrakter på tværs af EU-lande ved at opsætte nogle rammer for, hvordan ordregiver skal agere i forbindelse med indgåelsen af en offentlig kontrakt.²⁵

Danmark har gennem sit EU-medlemskab forpligtet sig til at overholde EUF-traktaten. Denne regulerer i forvejen emner som fri bevægelighed på varer og tjenesteydelser, men indeholder desuden forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet²⁶, forbud mod at hindre den frie bevægelighed²⁷ samt forbud mod begrænsning og forvridning af konkurrencen gennem økonomisk støtte til nogle virksomheder.²⁸

Trods denne forpligtelse i EUF-traktaten, bliver det nødvendigt for medlemslandene at lave en nærmere regulering af udbudsreglerne, da EUF-traktatens forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet reelt ikke stopper en forfordeling af kontrakter til en national virksomhed frem for at se ud over landets grænser mod en virksomhed i et andet land. Udbudsdirektivet er således et forsøg på at modarbejde medlemsstaternes kendte såvel som ukendte bias mod nationale virksomheder, ved at fremlægge en række metodikker for ordregivers udførelse af udbudsprocessen, som på den måde fremmer lighed og konkurrence.²⁹

²³ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 29

²⁴ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 30

²⁵ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 30

²⁶ EUF-traktatens artikel 18

²⁷ EUF-traktatens artikel 34, 45, 49, 56, 63

²⁸ EUF-traktatens artikel 101, 102, 106, 107

²⁹ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 32

Ønsket om at fremme lighed og konkurrence kommer til udtryk i udbudslovens § 2, som indeholder de udbudsretlige principper. Disse er gennemgribende for udbudsretten og regulerer de offentlige ordregiveres måde at eksekvere udbud på.

2.1.1 Baggrund for udbudsdirektivet

Før der nuværende udbudsdirektiv 2014/24/EU blev introduceret, eksisterede det tidligere direktiv 2004/18/EF. I dette direktiv eksisterede der dog nogle problematikker omkring deltagelse i udbud på tværs af medlemsstater, unødvendig kompleksitet og manglende fleksibilitet.³⁰

Man ville med det nye udbudsdirektiv 2014/24/EU bl.a. afhjælpe den stagnering som var kommet på det indre marked af varer- og tjenesteydelser. I *“Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market”*, som fungerede som forarbejder til direktiv 2014/24/EU, beskrives det, at tankerne med en revidering af reglerne for udbud i EU kom på baggrund af, at der ikke var stor afsætning af grænseoverskridende kontrakter, med kun 1,6% af alle udbudte kontrakter som blev tildelt grænseoverskridende.³¹ Ligeledes fremgår det i betragtning 2 af præambelen til direktiv 2014/24/EU, at der ønskes en større indblanding af SMV'er for på den måde at sikre en bedre udnyttelse af de offentlige midler.³²

Dette fragmenterede marked kom af, at udbudsprocesserne i medlemslandene varierede meget fra stat til stat, og virksomheder, heriblandt specielt SMV'er, sad med en uforholdsmæssig stor byrde, som gjorde at de ikke valgte at byde på kontrakter i andre medlemslande, da SMV'er i andre lande end der, hvor udbuddet fandt sted, skulle sætte sig ind i nye procedurer, regler og krav til deres dokumentation. Dette betød, at de ofte ikke kunne konkurrere med større økonomiske aktører med ressourcer til at overkomme denne læringskurve, samt nationale aktører, som ikke havde samme byrde om indlæring af de nationale regler og praksis. De nye regler i 2014/24/EU skulle gennem ensartet- og gennemsigtighed medvirke til at sikre, at alle aktører uanset nationalitet, havde lige vilkår til indgåelse af offentlige kontrakter, ligesom

³⁰ Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011, s. 4-10

³¹ Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011, s. 5

³² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT L 94 af 28. marts 2014, betragtning 2

byrden for SMV'er blev lettet og markedet blev åbnet for konkurrence, og kvaliteten på det udbudte blev forbedret.³³

Udover den indlæringskurve som tilbudsgivende aktører havde, som uforholdsmæssigt påvirkede SMV'ers adgang til grænseoverskridende udbud, var der ikke en sikret en lige adgang til offentlige udbud, nærmere var information om offentlige udbud i andre stater ofte svært for SMV'er at fremkalde.³⁴ Det moderniserede udbudsdirektiv havde derfor også til opgave at sikre, at denne ulighed blev opvejet. Dette skete gennem udbudsdirektivets art. 22 som gjorde elektronisk kommunikation obligatorisk samt art. 48, som med krav om offentliggørelse af forhåndsmeddelelser er med til at sikre en gennemsigtig udbudsproces.

SMV'ernes mindre ressourcer og kapacitet både økonomiske såvel som menneskeligt var tidligere en endnu større hindring for deres deltagelse i offentlige udbud, end det er i dag.³⁵ En begrænsning på adgangen til information om grænseoverskridende udbud og en modvilje om at indgå i konsortium med en aktør med anden nationalitet skabte ringe forhold for SMV'erne, hvilket afspejlede sig i antallet af vundne kontrakter. Der blev under det tidligere direktiv estimeret, at SMV'er udgjorde omkring 99% af alle virksomheder i EU og stod for omkring 60% af beskæftigelse. Alligevel var det kun 31-38% af den samlede værdi af udbudte kontrakter, som kunne tilskrives de mindre aktører.³⁶

Denne fordeling af kontrakterne bidrog til en vurdering af, hvordan man bedre kunne tilgodese SMV'er i udbudssituationer. Ad dette kom initiativer som fremtræder i udbudsdirektivets art. 42, som begrænsede ordregivers krav til tilbudsgivers omsætning til maksimalt at være det dobbelte af kontraktsummen, ligesom der i direktivets artikel 19 blev klarlagt regler for konsortier samt at deres retsstilling i udbudsprocesser blev tydeliggjort - en ændring som øgede fleksibiliteten for konsortierne og som skulle medvirke til at nedbryde de barrierer, som kom

³³ Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011, s. 4

³⁴ Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011, s. 23

³⁵ Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011, s. 16

³⁶ Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011, s. 9

mellem mindre aktører og store udbud, navnlig de store økonomiske og menneskelige omkostninger.³⁷

2.1.2 Virkeligheden under udbudsdirektivet

I 2021 blev der på EU plan foretaget en undersøgelse, hvis formål var at identificere de barrierer som SMV'er oplever i forbindelse med offentlige udbud. Denne undersøgelse som blev udført gennem quiz'es, webinarer og historier, giver et billede af SMV'ers opfattelse af offentlige udbud og de barrierer, som de oplever eksisterer. At sammenholde denne undersøgelse med *“Green Paper on the modernization of public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market”*, der fungerede som forarbejder til udbudsdirektivet, giver et indblik i, hvordan markedet har ændret sig fra før implementeringen af det nye udbudsdirektiv, og til efter direktivet har ageret hjemmel i en årrække.

Det fremgår af undersøgelsen, at SMV'er gennem hele udbudsprocessen oplever forskellige problematikker, som særligt påvirker dem grundet deres størrelse, nemlig den høje administrative byrde³⁸, kulturelle og sproglige forskelle i grænseoverskridende konsortier³⁹, urimelige tildelingskriterier⁴⁰ samt dårlig brugervenlighed på udbudsplatformen TED.⁴¹ Dette er yderligere bakket op af Den Europæiske Revisionsret, som i deres særberetning af 2023 kommer frem til, at effekten af de elektroniske tiltag som der blev givet adgang til at implementere ved 2014/24/EU, endnu ikke har vist sig at have en stor effekt, og der foreligger altså endnu høje administrative byrder, trods de tiltag som er blevet implementeret i et forsøg på at mindske dem.⁴²

For mindre virksomheder er det at indgå i et udbud ikke nødvendigvis noget, som de har de menneskelige og økonomiske ressourcer til. Dette er ikke noget nyt, og er et problem, som der

³⁷ Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011, s 9

³⁸ Celotti, P., Alessandrini, M., Valenza, A., Amichetti, C., & Fábregas, J. (2021). SME needs analysis in public procurement: Final report. European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, s. 10, s. 35

³⁹ Celotti, P., Alessandrini, M., Valenza, A., Amichetti, C., & Fábregas, J. (2021). SME needs analysis in public procurement: Final report. European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, s. 10, s. 49

⁴⁰ Celotti, P., Alessandrini, M., Valenza, A., Amichetti, C., & Fábregas, J. (2021). SME needs analysis in public procurement: Final report. European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, s. 10, s. 44

⁴¹ Celotti, P., Alessandrini, M., Valenza, A., Amichetti, C., & Fábregas, J. (2021). SME needs analysis in public procurement: Final report. European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, s. 10, s. 39

⁴² Den Europæiske Revisionsret, Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU, 2023, s. 30

fra flere sider ofte bliver peget på når der omtales problemer for SMV'er i offentlige udbud.⁴³ Det var ligeledes en af de punkter, som der ved implementeringen af det nye udbudsdirektiv var fokus på, for at få en bedre udnyttelse af det offentliges midler.

Den mulighed som mindre økonomiske aktører har for at forsøge at komme omkring problemet om manglende ressourcer er gennem konsortiedannelse. Denne mulighed kan både være mellem nationale virksomheder eller mellem virksomheder i forskellige medlemslande. Dog bliver det en mere vanskelig proces for de konsortierende virksomheder, når samarbejdet krydser grænser - både grundet kulturelle og sproglige forskelle.⁴⁴

Hvad der skulle agere mulighed for tværnationalt samarbejde, bliver i stedet en hæmsko for fremtidige udbud, hvor virksomhederne i stedet for at anskue hinanden som potentielle samarbejdspartnere ser hinanden som konkurrenter; noget som bidrager til at virksomhederne mindsker deres erfaring med indgåelse i konsortier, hvilket kommer til at påvirke deres muligheder for fremtidige kontrakter.⁴⁵

Der er blandt de små økonomiske aktører en fornemmelse af, at de krav som ordregiver fremsætter i udbudsmaterialet er overdrevne af karakter og at disse forhindrer virksomhederne i både at deltage samt at vinde udbud gennem vanskelige eller umulige krav til teknisk eller finansiell kapacitet og ved at have for meget fokus på pris frem for kvalitet.⁴⁶ Siden kvalitet er et parameter, som mindre virksomheder som regel konkurrerer på⁴⁷, må dette anses som værende en væsentlig nedsættelse af aktørernes mulighed for at bidrage til tilbudsgivningen, ligesom at deres bidrag ser sig hæmmet.

Endelig ser mindre aktører sig stillet i en værre position end deres større konkurrenter på baggrund af deres manglende erfaring med udbudsportalen TED.

TED, som offentliggør udbud i hele EU, giver ellers alle aktører uanset størrelse samme mulighed for at have adgang til information om offentlige udbud i EU, for på den måde at sikre,

⁴³ OECD (2018), SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits, OECD Public Governance Reviews, s. 32

⁴⁴ OECD (2018), SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits, OECD Public Governance Reviews, s. 48, s. 49

⁴⁵ OECD (2018), SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits, OECD Public Governance Reviews, s. 48, s. 54

⁴⁶ Celotti, P., Alessandrini, M., Valenza, A., Amichetti, C., & Fábregas, J. (2021). SME needs analysis in public procurement: Final report. European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, s. 10, s. 44, s. 46

⁴⁷ OECD. (2018). SMEs in public procurement: Practices and strategies for enhancing participation, s. 22

at der i udbudsprocesser i hele EU ikke bliver set bort fra princippet om ligebehandling, som skal sikre, at aktørerne på markedet, uanset nationalitet, har lige adgang til at medvirke i udbuddet.⁴⁸

Der kan ligeledes ske en sammenholdning af ønskerne inden direktiv 2014/24/EU's implementering om øget SMV inddragelse med særberetningen om offentlige udbud i EU, som blev udført af Den Europæiske Revisionsret i 2023 for årene 2011-2021. I denne påpeges der, at der samlet set efter implementeringen af det nye udbudsdirektiv ikke skete en stigning af kontrakter, som blev vundet af SMV'er.⁴⁹

2.2 Ligebehandlingsprincippet

Princippet om ligebehandling oprinder af EUF-traktatens art. 18, og formålet med princippet er at sikre, at der i udbudssituationer ikke forskelsbehandles på baggrund af nationalitet.⁵⁰

Denne forskelsbehandling har en dobbelt sikring, forstået sådan at der ikke må ske forskelsbehandling på lige forhold, men der må ligeledes ikke ske sammenligning af forhold, som er ulige.⁵¹ At der skelnes mellem lige og ulige forhold betyder, at ligebehandlingsprincippet kan sidestilles med et diskriminationsforbud, trods at et princip om ligebehandling foreskriver retsnormen positivt, mens et diskriminationsforbud beskriver retsnormen negativt.⁵²

Dette krav til ligebehandling pålægger dog ikke den ordregivende myndighed at skulle udligne alle forhold mellem de økonomiske aktører, som deltager i udbuddet. I stedet pålægger det ordregiver at give lige adgang til udbudsmaterialet og anden information som eventuelt vil blive fremlagt i forbindelse med ordregivers besvarelse af spørgsmål til materialet om udbuddet.⁵³

Udbudsprocessen kan opdeles i tre sektioner: før, under og efter udbuddet. Principperne fra udbudslovens § 2 skal overholdes i alle dele af udbudsprocessen, og ikke kun i perioden ”under” udbuddet. Yderligere skal princippet om ligebehandling ikke kun ses i forhold til de

⁴⁸ Fabricius, Jesper, Udbudsretlige principper i Steen Treumer (red.): Udbudsretten, 2019, 1. udgave, s. 41

⁴⁹ Den Europæiske Revisionsret, Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU, 2023, s. 31.

⁵⁰ Fabricius, Jesper, Udbudsretlige principper i Steen Treumer (red.): Udbudsretten, 2019, 1. udgave, s. 41

⁵¹ Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, 1. udgave, s. 63

⁵² Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000 1. udgave, s. 63

⁵³ Dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, præmis 73 og 141-143

parter, som deltager i udbudsprocessen, men også i forhold til de økonomiske aktører, som kunne have haft afgivet tilbud.⁵⁴

Ligebehandlingsprincippet skal imidlertid involveres i hele udbudsprocessen.⁵⁵ Dette sikrer, at alle tilbudsgivere har lige adgang til at optimere deres respektive tilbud mest muligt, og giver således lige vilkår for tilbudsafgivelse for alle deltagende økonomiske aktører.

2.3 Gennemsigtighedsprincippet:

Princippet om gennemsigtighed spejler sig på mange måder i princippet om lighed, da en vurdering af, om der er sket ligebehandling i udbudsprocessen, må bygge på en vurdering af gennemsigtigheden i udbuddet. Gennemsigtighedsprincippet fungerer altså som et supplement til ligebehandlingsprincippet og dets forbud mod forskelsbehandling ved at stille nogle krav til gennemsækeligheden af udbudsprocessen, som gør det muligt at foretage vurderingen af, hvorvidt ligebehandlingssprincippet er overholdt.⁵⁶

Ligesom det er tilfældet i ligebehandlingsprincippet, er der også i gennemsigtighedsprincippet et krav til, at princippet tilgodeses i alle dele af udbudsprocessen⁵⁷. Dette viser endnu engang, hvordan princippet om ligebehandling spiller tæt sammen med princippet om gennemsigtighed med formålet om at sikre lige behandling blandt tilbudsgivere, og modarbejde favorisering af offentlige ordregivere.

Gennemsigtighedsprincippet regulerer, at det skal være gennemsækeligt, hvilke krav som er tilstede i de enkelte udbud, og at disse er formuleret klart, præcist og utvetydigt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen. Vurdering af, om formuleringen overholder disse krav til klarhed, sker ved at foretage en vurdering af, om alle velinformerede normalt omhyggelige økonomiske aktører forstår og fortolker indholdet ens.⁵⁸

⁵⁴ Fabricius, Jesper: ”Kapitel 2: Udbudsretlige principper” i Steen Treumer (red.): Udbudsretten, 2019, 1. udgave, s. 44

⁵⁵ Dom af 28. januar 2009 i sag T-125/06, Centro Studio mod Antonio Manieri Srl, præmis 86

⁵⁶ EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, s. 67

⁵⁷ Dom af 12. december 2002 i sag C-470/99, Universale-Bau mod AG, præmis 92, 93

⁵⁸ Dom af 14. januar 2021 i sag C-387/19, RTS infra BVBA og andre mod Vlaams Gewest, præmis 35

2.4 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er et generelt princip i EU-retten, som bestemmer at alle foranstaltninger skal være egnede, nødvendige og forholdsmæssige i forhold til det ønskede mål.⁵⁹

Princippet om proportionalitet ser sin største anvendelse i den indledende fase af udbuddet, hvor ordregiver i sin udformning af udbudsmaterialet skal foretage en vurdering af eventuelle krav, som ordregiver ønsker at sætte over for eventuelle tilbudsgivere. Dette kunne være krav til omsætning, antal ansatte, virksomhedens kvalifikationer m.m. Yderligere ses princippet anvendt i forbindelse med fastlæggelsen af kravene til genstanden for kontrakten, hvor krav til genstandens tekniske specifikationer skal være proportionel med hvad som er nødvendigt for at kunne udføre opgaven.⁶⁰

2.5 Delkonklusion

Afsnittet belyser udbudsrettens grundlæggende principper, som understøtter et effektivt indre marked i EU. Formålet med udbudsretten, herunder baggrunden for udbudsdirektivet, er at fremme den frie bevægelighed og konkurrence ved at standardisere procedurer, samt ved at adressere den lave grænseoverskridende deltagelse. Dette ses i udbudslovens § 2, som implementerer principperne om ligebehandling og ikke-diskrimination, der findes i EUF-traktatens artikel 18.

Ligebehandlingsprincippet sikrer, at alle økonomiske aktører behandles ens, både før, under og efter udbuddet, og forbyder forskelsbehandling af lige forhold, jf. dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, Telaustria mod Telekom Austria AG, præmis 60.

Gennemsigtighedsprincippet supplerer dette ved at kræve klare og utvetydige udbudsformuleringer, hvilket gør det muligt at foretage en konkret vurdering af ligebehandling, for at sikre en gennemskelig idet en gennemskelig udbudsproces bidrager til at skabe lige konkurrenceforhold, som det ses i sag C-470/99, Universale-Bau mod AG, præmis 92-93.

Proportionalitetsprincippet sikrer, at krav og specifikationer er nødvendige og passende, hvilket beskytter SMV'er mod overdrevne barrierer, hvilket ses i dom af 12. oktober 2023, S. mod Fővárosi Katasztrófavédelmi Igazgatóság, sag C-547/22, præmis 34.

⁵⁹ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 72

⁶⁰ Dom af 12. oktober 2023, S. mod Fővárosi Katasztrófavédelmi Igazgatóság, sag C-547/22, præmis 34

Samlet styrker principperne konkurrence og effektivitet, men udfordringer som SMV'ers ulige ressourceforhold og de komplekse procedurer som findes i offentlige udbud fortsætter med at være barrierer, som rammer SMV'er uforholdsmæssigt meget i forhold til større aktører.

3. Nuværende muligheder for SMV'er

Kravene til aktører, som vælger at deltage i et offentligt udbud er ikke lige for alle. I stedet eksisterer der, som effekt af aktørernes størrelse, en ulighed mellem de, som afsender tilbud. Denne ulighed kommer af, at ordregivers krav til aktørerne ikke er proportionelle, men i stedet er krav, som alle aktører uanset deres størrelse bliver vurderet på på samme grundlag, hvilket sætter SMV'er i en "David mod Goliath" situation. I udbudsdirektivet og udbudsloven eksisterer der dog nogle regler, som har til formål at fremme SMV'ernes deltagelse og chancer i et offentligt udbud. Dette afsnit har til formål at se på disse muligheder gennem en vurdering af reglerne, deres anvendelse i praksis og hvilke negative konsekvenser, som eventuelt kan opstå ved reglernes anvendelse.

3.1 Konsortier

Virksomheders muligheder for at byde på en kontrakt ved at byde sammen med en anden virksomhed og basere sig på dennes virksomheds aktiver - den såkaldte konsortiedannelse, er hjemlet i udbudsdirektivets artikel 63 og er blevet indskrevet i dansk lov i form af udbudslovens § 144.

Meningen med muligheden er todelt. Først bidrager det at tillade virksomheder at lade basere sig på andres aktiver til den effektive konkurrence, som skaber en mere fordelagtig udbudsproces for ordregiver.⁶¹

Ordregiver får, gennem tilladelsen til konsortier, åbnet op for flere bydende parter. Det kan være fra større økonomiske aktører, som har indgået konsortium i et udbud, hvor der efterspørges flere faglige kompetencer, men virksomheden ikke selv er i besiddelse af alle disse. Her vil virksomheden, for at kunne dække al den efterspurgte faglighed, være nødsaget til at finde en samarbejdspartner hvis faglige profil kan fungere som supplement til virksomheden selv, og bidrage til at konsortiet kan løfte de opgaver, som ordregiver søger udført. Denne form for konsortiedannelse ses eksempelvis i rådgiverudbud, hvor der fra ordregivers side kan efterspørges mulighed for rådgivning inden for forskellige discipliner som jura og revision.⁶²

⁶¹ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, Udbud med deltagelse af Konsortier vejledning til ordregivere, 2022, s. 4

⁶² Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, Udbud med deltagelse af Konsortier vejledning til ordregivere, 2022, s. 4

Mindre virksomheder, heriblandt SMV'er, kan på samme måde som store virksomheder indgå samarbejde for at dække hinandens manglende kompetencer. Dog har mindre økonomiske aktører også sommetider behov for at gå sammen i konsortier for at dække minimumskrav, som er blevet sat af ordregiveren.⁶³

Større udbud betyder som regel også højere minimumskrav. Dette medfører, at mindre virksomheder, som ønsker at deltage i udbuddet, ser sig nødsaget til enten at gå sammen i større grupperinger eller at gå sammen med større aktører, som kan løfte mere af byrden, for at kunne leve op til minimumskravene. I tilfælde hvor der indgås konsortium med større virksomheder skal aktørerne dog have for øje, at de ikke kommer på kant med konkurrenceloven, som det var tilfældet i U 2020.524 H (Vejstribesagen).

Konsortier fungerer altså som en mulighed for, at mindre aktører kan deltage i større udbud, men det eksisterer også ulemper ved konsortiedannelse, navnlig at dannelsen af konsortier mindsker puljen af uafhængige tilbudsgivere. Dette har potentiale til at svække konkurrencen, idet en ordregiver ikke kan modtage tilbud fra alle de enkelte virksomheder, som afgiver tilbud i konsortium.⁶⁴

3.1.1 U.2020.524 H

Dommen U.2020.524 H er bedre kendt som vejstribesagen, og er en tvistesag mellem parterne Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og de fire virksomheder: Eurostar Danmark A/S, FV Gulve ApS, LKF Vejmarkering A/S og GVCO A/S, og virksomhedernes brancheorganisationen Dansk Byggeri.

Omdrejningspunktet for sagen var, om der var sket en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, som er den nationale implementering af EUF-traktatens artikel 101, i forbindelse med tilbud på et udbud om vejstribemarkering i 2014. De fire virksomheder var gået sammen i konsortium for at afgive tilbud, men Vejdirektoratet som var ordregiver i udbuddet mente, at virksomhederne havde aftalt ikke at byde selvstændigt, for i stedet at have koordineret deres tilbudsgivning med det formål at begrænse konkurrencen på markedet.

⁶³ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, Udbud med deltagelse af Konsortier vejledning til ordregivere, 2022, s. 4

⁶⁴ OECD (2018). SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits. OECD Public Governance Reviews.

De tilbudsgivende virksomheder påstod derimod, at de havde dannet konsortium for at kunne opfylde de betydelige krav, som var stillet i udbuddet om levering af vejstriber i hele landet. Virksomhederne påstod, at de var nødt til at indgå i konsortium og lade sig basere på hinandens midler for at kunne opfylde kravene til udbuddet, hvorfor deres konsortiedannelse var sket efter reglerne i udbudsloven, og at de ligeledes ikke havde modsat sig konkurrencelovens regler om konkurrencebegrænsende aftaler - hvilket var det, som blev det centrale spørgsmål i sagen.

Retsgrundlaget for Højesteret blev konkurrencelovens § 6, stk. 1 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler ligesom udbudslovens § 144, stk. 1 blev et centralt spørgsmål. Højesteret skulle således tage stilling til, om de fire virksomheder havde handlet i strid med konkurrenceloven ved at byde som konsortium i stedet for at have afgivet tilbud hver for sig. Højesteret stadfæstede dommen fra Landsretten da retten fandt, at virksomhederne havde brudt konkurrencelovens regler om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, i og med at mindst to af virksomhederne, nemlig Eurostar og LKF havde den kapacitet som var nødvendig for at kunne byde alene eller i et mindre konsortium. Højesteret anså derfor tilbuddet for at være konkurrencebegrænsende af karakter med den virkning af Vejdirektoratet ikke kunne opnå det bedst mulige tilbud grundet den reducerede mængde tilbudsgivere. Højesteret afslog konsortiets legitimitet under udbudsloven og afgav en samlet bøde på i alt 27,5 mio. Kr.

Dommen viser risikoen ved konsortiedannelse, når dette ses i kontekst med konkurrenceloven. Hvor konsortiedannelse på den ene side giver SMV'erne et redskab til lettere at få adgang til offentlige udbud, så kan det også bruges på en sådan måde, at det anses for at være konkurrencebegrænsende.

Mindre økonomiske aktører skal derfor være om sig, og sikre sig, inden de benytter sig af konsortiedannelse som redskab, at de ikke indskrænker konkurrencen kunstigt, idet de ellers vil kunne ende i den situation, som beskrives i vejstribedommen. Dette tilføjer endnu et aspekt til konsortiedannelse, da der udover barriererne til konsortiedannelse som risikoen ved indgåelse af samarbejde med en ukendt virksomhed, det finansielle aspekt ved dannelsen samt det øgede administrative pres som kommer i forbindelse med at sikre et glidende samarbejde på tværs af virksomheder, sprog og kulturer, også skal undersøges, hvordan de deltagende aktørers størrelse på markedet står i forhold til opgavens størrelse. En aktør som ikke ønsker at lade alle sine aktiver gå til udførelsen af en kontrakt, men som vil spare nogle af dem med henblik på at indgå en kontrakt yderligere, og som derfor indgår i konsortium, trods at aktøren

ville kunne have haft båret hele kontrakten selv, hvis alle aktiver blev sat af til kontraktens opfyldelse, vil anses som konkurrence indskrænkende.

3.1.2 Minimumskrav

Minimumskrav i udbudsmaterialet er de krav, som ordregiver ikke vil acceptere, ikke bliver opfyldt. Disse kaldes også de konditionsmæssige krav, og de fungerer som grænsen tilbudsgiver skal krydse for at kunne være med i udbuddet. Disse krav kan være krav til, at tilbudsgiver er egnet til at udføre arbejdet, krav til tilbudsgivers økonomiske formåen og krav til deres tekniske og faglige formåen, jf. Udbudslovens § 140.

Kravene som ordregiver skal følge i forbindelse med vurderingen af minimumskravene er opsat på udbudslovens proportionalitetsprincip, men giver dog alligevel ordregiver nogle brede rammer, som de kan navigere inden for, men bør i deres vurdering af kravene have med i overvejelserne, at højere krav til de økonomiske aktører bidrager til at indskrænke feltet af aktører, som kan afgive tilbud.⁶⁵ At sikre sig korrekt proportionelle krav er derfor vigtigt, da et tilbud fra en tilbudsgiver ikke lever op til de minimumskrav, som er fastsat i udbudsmaterialet, automatisk vil blive kategoriseret som ukonditionsmæssigt, og vil således ikke skulle være genstand for vurdering af ordregiver.⁶⁶

Problemstillingen om indskrænkning af konkurrencen fremkommer, når minimumskrav udelukker virksomheder, som ellers kunne have leveret konkurrencedygtige tilbud.

For SMV'er kan krav om høj omsætning eller mange års erfaring blive barrierer for adgang til udbuddet. Denne begrænsning af tilbudsgivere favoriserer større aktører og svækker konkurrencegrundlaget. Det er derfor vigtigt, at de minimumskrav som bliver stillet, ikke er overdrevne, og ikke overstiger hvad der er nødvendigt for kontraktens udførelse.⁶⁷

Dertil kommer, at kombinationen af flere minimumskrav kan bidrage til at skabe en adgangsbarriere, som i stor stil udelukker SMV'er. Krav om erfaring, omsætning og certificeringer i én pakke gør det svært for mindre virksomheder at bryde ind på markedet, hvilket har en dobbelt effekt på SMV'er, idet de med deres udelukkelse af udbuddet ikke får mulighed for at stille sig bedre til det næste udbud.

⁶⁵ EU-udbudsretten, Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, 4. udgave 2022, s. 518

⁶⁶ Totalleverandør Danmark ApS mod Rudersdal Kommune, KLFU 23. oktober 2018

⁶⁷ Dom af 19. oktober 2000, Kommissionen mod Frankrig, sag C. 225/98, præmis 43

Samlet set begrænser minimumskrav konkurrencen og vanskeliggør SMV'ers adgang til udbud. EU-domstolens fokus på proportionalitet og ligebehandling markerer en vej frem, men udfordringen er at sikre, at disse principper omsættes til konkrete tiltag, så SMV'er ikke konsekvent udelukkes.

Hvis et tilbud fra en tilbudsgiver ikke lever op til de minimumskrav, som er fastsat i udbudsmaterialet, vil tilbuddet per automatik blive kategoriseret som ukonditionsmæssigt, og vil ikke skulle være genstand for vurdering af ordregiver.⁶⁸

Når virksomheder indgår i konsortium, er dette både et dyrt og risikabelt bekendtskab - noget som kan fungere som en begrænsning for virksomhedernes tendens til at benytte sig af muligheden for at byde i fællesskab, idet virksomhederne ikke ønsker blot at indgå i samarbejde med hvem som helst, men i stedet lægger vægt på at have fuld tillid til, at deres medkonsortient kan løfte deres del af opgaven; hvad end om byrden er økonomisk, faglig eller teknisk.⁶⁹

Forberedelsen til at indgå i konsortium kræver juridisk såvel som administrativt arbejde, da der skal udarbejdes aftaler, koordineres mellem parter og produceres risikovurderinger. Disse omkostninger stiger, hvis konsortiet skal opfylde komplekse udbudskrav som forskellige kombinationer af minimumskrav, hvilket ofte kræver, at der indhentes ekstern rådgivning fra konsulenter. For SMV'er, der typisk har begrænsede ressourcer, kan dette være en uforholdsmæssig stor byrde sammenlignet med større virksomheder, som enten har mulighed for at løse disse konsulentytelser in-house, eller har en større økonomisk kapacitet til betaling af eksterne konsulenter. Samtidig indebærer samarbejdet en risiko for økonomisk eller juridisk ansvar, hvis en partner ikke leverer, da virksomheder i konsortier underskriver en erklæring om solidarisk hæftelse i den vedlagte ESPD, som fremkommer sammen med det afgivne tilbud. Denne risiko bidrager til højere udgifter til due diligence og sikkerhedsforanstaltninger inden samarbejdet kan finde sted. Alt sammen noget, som afskrækker SMV'er fra at indgå i konsortier.⁷⁰

⁶⁸ Totalleverandør Danmark ApS mod Rudersdal Kommune, KLFU 23. oktober 2018

⁶⁹ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, Høringssvar til udkast til vejledning "Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven", 2017, s. 12.

⁷⁰ Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, rapport "Udbud og Konkurrence", 2018, s. 45

Samlet set gør udgifterne til konsortiedannelse, fra konsulenttydelser til risikovurdering og håndtering, det til en dyr og risikabel proces, som, trods EU's ønske om ligebehandling, ikke skaber lige vilkår.

3.2 UBL § 49, stk. 2

Udbudslovens § 49, stk. 2 er den nationale implementering af Direktiv 2014/24/EU, artikel 46, som omhandler kravet til ordregiver om at opdele en kontrakt i delkontrakter eller i udbudsmaterialet forklare, hvorfor kontrakten ikke er opdelt, men formålet om at give bedre muligheder for SMV'ers deltagelse i offentlige udbud.

SMV'er kan både i forbindelse med konsortiedannelse og alene, have bedre mulighed for at afgive tilbud på opdelt kontrakter, eftersom en et konsortium eksempelvis vil kunne dække malerarbejdet i et bygge- anlægsprojekt, men ikke hele opgaven.

Ligeledes bør ordregiver have for øje, at større kontrakter kræver større konsortiedannelser eller konsortiedannelse blandt større aktører. Begge dele noget som har højere omkostninger for tilbudsgiverne end det havde været, hvis kontrakten i stedet havde været splittet op i mindre dele.

Af lovbemærkningerne fremgår det, at begrundelsen for en manglende opdeling kan være af markedsmæssige eller økonomiske hensyn. Det kunne tænkes, at der blev udbudt en kontrakt som, trods at denne blev opdelt i delkontrakter, alligevel ikke ville have flere tilbudsgivere. Det kunne også tænkes, at der ved at udbyde en kontrakt som én samlet kontrakt kunne opnås stordriftsfordele. Begge disse argumenter ville give ordregiver mulighed for at undgå at opdele kontrakten.

Dog kan det ikke siges at være ordregivers byrde, at sørge for en opdeling af kontrakten for at sikre SMV'ernes øgede mulighed for deltagelse. Ordregiver har, som tidligere beskrevet, parametrene om markedsmæssige og økonomiske hensyn at skrue på, og dette giver således ordregiver muligheden for at vurdere, om det er mest fordelagtigt at lade opgaven blive delt op eller at udbyde den som en samlet kontrakt.⁷¹

Ligesom det var tilfældet i vurderingen om minimumskrav i et udbud, tillægges der også ordregiver et bredt skøn om vurderingen af nødvendigheden om opdelingen af en kontrakt. Det

⁷¹ EU-udbudsretten, Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, 4. udgave, s. 274

fremgår desuden af lovbemærkningerne, at denne vurdering alene kan tilsidesættes, hvis der ved en klage over udbuddet gives ret i, at ordregiver i forbindelse med sin vurdering om opdelingen findes at have overtrådt de grundlæggende principper i UBL § 2.⁷²

At der på denne måde er et bredt skøn omkring ordregivers vurdering, viser en pragmatisk tilgang til udbudsprocessen, hvor ordregiveren får fleksibilitet til at tilpasse udbuddet til de behov, som er i opgaven.

Denne fleksibilitet er dog ikke uden hæmninger, da der ligesom i lovbemærkningerne til udbudsloven § 49, stk. 2, er fastsat nogle begrænsninger for, hvornår ordregiver kan undlade at opdele kontrakten. Der er gennem EU-retspraksis blevet fastlagt, at en begrundelse for ikke at opdele kontrakten i delkontrakter skal være taget på “objektive og verificerbare grundlag”, ligesom en beslutning om ikke at opdele en kontrakt for at sikre “organisatorisk ensartethed”, ikke er tilstrækkelig.⁷³

En yderligere udfordring ved udbudslovens § 49, stk. 2 er, at ordregivere ofte undlader at udnytte muligheden for at opdele kontrakten for at undgå den øgede administrativ kompleksitet på ordregivers side. Denne tilbageholdenhed kan utilsigtet bidrage til en favorisering af større økonomiske aktører, som har de nødvendige ressourcer til at håndtere omfattende kontrakter, mens SMV’er uden de samme ressourcer må se sig sidestillet.⁷⁴

EU-Kommissionens vejledning om SMV-venlige udbud understreger, at opdeling ikke kun handler om at opdele kontrakterne i mindre delkontrakter, men også om at strukturere udbuddene på en sådan måde, at de bliver lettere at tilgå for de mindre aktører, ved eksempelvis at forenkle dokumentationskravene eller ved at benytte sig af nogle standardiserede kontrakts- og kravspecifikationer.⁷⁵

Desuden kan manglende opdeling føre til en slags “lock-in” effekt, hvor ordregivere bliver afhængige af nogle få store leverandører, enten fordi disse med deres adgang til specifikke ressourcer bedst kan løse ordregivers efterspørgsel, eller fordi disse aktører gennem tidligere vundne udbud skabte sig noget specialiseret erfaring og nogle tætte relationer, som betyder, at

⁷² Lovbemærkninger til udbudslovens § 49, stk. 2

⁷³ Dom af 28. november 2019, T&A mod Comune di Milano, sag C-263/19, præmis 34, 38

⁷⁴ Caranta, R., & Trybus, M., *The Law of Public Procurement in the European Union*, 2. udgave, 2020, s. 156

⁷⁵ Europa-Kommissionen, *Guidance on Making Public Procurement SME-Friendly*, 2021, s. 12

det for ordregiver bliver svært at erstatte denne leverandør, da de ofte kan levere den bedste ydelse på det efterspurgt, hvilket reducerer konkurrencen på længere sigt.

En analyse af danske udbud viser, at opdelingen af kontrakter fremmer antallet af tilbud fra SMV'er med op til 25% flere tilbud i opdelte udbud sammenlignet med samlede kontrakter⁷⁶, hvilket peger i retning af, at § 49, stk. 2 kan bidrage til en større inklusion af SMV'er i offentlige udbud.

3.3 Delkonklusion

Afsnit 3 analyserer de muligheder, som udbudsretten tilbyder SMV'er med særligt fokus på konsortiedannelse efter udbudslovens § 144 og opdel eller forklar princippet i udbudslovens § 49, stk. 2.

Konsortier, reguleret i udbudslovens § 144 og Direktiv 2014/24/EU, artikel 63, gør det muligt for SMV'er at kombinere deres ressourcer for at opfylde minimumskrav, som eksemplificeret i U.2020.524 H om vejstribemarkering. Dog medfører konsortiedannelse betydelige økonomiske og administrative omkostninger samt konkurrenceretlige risici, som ligeledes er illustreret i Vejstribesagen, hvor koordineret tilbudsgivning resulterede i bøder på 27,5 mio. kr.

Minimumskrav til tilbudsgivere, som er underlagt proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 140, kan udelukke SMV'er, hvis de er uforholdsmæssigt strenge, som illustreret i dom af 19. oktober 2000, Kommissionen mod Frankrig, sag C-225/98, præmis 43. Ordregivere skal her, for at fremme SMV'ers deltagelse, fastsætte minimumskrav som er tilpas lave til, at en mindre aktør selv kan leve op til disse, uden at lade sig være afhængig af andre.

Opdelingsprincippet i § 49, stk. 2 søger at fremme SMV'ers adgang ved at opfordre til at kontrakter opdeles i delkontrakter. Dette modarbejdes dog af den store skønsmargin, som ordregiver har, der ofte er begrundet i administrativ bekvemmelighed eller økonomiske hensyn. Denne begrænser princippet effektivitet; illustreret i dom af 28. november 2019, T&A mod Comune di Milano, sag C-263/19, præmis 34, 38.

⁷⁶ Dansk Erhverv, Analyse af SMV-adgang til offentlige udbud, 2022, s. 19

En manglende opdeling kan bidrage til at skabe en “lock-in” effekt, hvor ordregivere bliver afhængige af få store leverandører, hvilket reducerer konkurrencen og SMV’ers markedsadgang, som leder til højere priser på de afleverede tilbud.

4. Hvordan modarbejdes SMV’er i den nuværende lovgivning

I udbudsdirektivet og udbudsloven eksisterer der nogle instrumenter, som bidrager til SMV’ers yderligere inddragelse i de offentlige udbud og på som på den måde øger konkurrencen, men der findes i lovgivningen også hjemmel til helt at undgå udbudsprocessen for at give ordregiver mere fleksibilitet. Denne afvejning af, hvornår det er mest fordelagtigt at lade ordregiver have fleksibilitet frem for på bedst mulig måde at optimere markedet, er en balancegang der er svær at begå sig på.

4.1 Udbudslovens §§ 6-8, §§ 12-15 samt §§ 80-83

Udbudsdirektivets artikel 4 er implementeret i dansk lov ved paragrafferne 6 og 7 i udbudsloven. Disse opsætter beløbsgrænser kaldet tærskelværdier, som dikterer hvornår en kontrakt er udbudspligtig, og dermed hvornår man som offentlig ordregiver må benytte sig af retten til direkte tildeling af en kontrakt, for at undgå at sende denne i udbud. Tærskelværdierne afhænger af opgavens art og hvilken type offentlig ordregiver, der er tale om. Dog spænder værdierne mellem 595.344 kr. og 41.212.688 kr.⁷⁷

Af forarbejderne fremgår det, at ideen bag at lade mindre kontrakter kunne blive tildelt direkte til en aktør var for at undgå en kompliceret udbudsproces, unødigt bureaukrati, og bidrage til en strømlining af processen hos ordregiver.⁷⁸

Udbudslovens § 8, stk. 2 fremlægger derimod ordregivers muligheder om at foretage direkte tildeling af delkontrakter til en økonomisk aktør, så længe denne kontrakt opfylder reglerne i paragraffen. Dette uddybes i afhandlingens afsnit 4.2.

In-house reglen findes i udbudsdirektivets art. 12 og er implementeret i dansk lovgivning ved udbudslovens §§ 12-15. Disse bestemmelser giver ordregiver, hvis nogle betingelser er opfyldt, er muligheden for at undlade at udbyde en kontrakt for i stedet at udføre opgaven selv. Direktivets artikel 12 er en kodificering af dommene C-107/98 og C-480/06, som begge var

⁷⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2023). Tærskelværdier for offentlige udbud i 2024 og 2025.

⁷⁸ Folketinget. (2015). Forslag til lov om udbud (L 12). Bemærkninger til §§ 6-8, s. 38 - formål med tærskelværdier

med til at fastlægge, at nogle opgaver som kan løses af samarbejdende ordregivere kan undtages fra processen om offentligt udbud, så længe der er tale om “in-house” forhold.

Muligheden for in-house løsninger må vurderes som en modarbejdelse af gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet der her ikke skal ske en publicering af tildelingsbeslutningen. Ligeledes sker der en indskrænkning af konkurrencen, når der ikke sker en test af markedet, og ordregiver således ikke finder ud ad, om en eller flere aktører på markedet kunne levere et bedre produkt eller en bedre pris.⁷⁹

Udbudslovens § 80 er en implementering af udbudsdirektivets art. 32, stk. 2, og præsenterer ordregivers mulighed for at gøre anvendelse af udbudsproceduren “udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse”. Denne bestemmelse har en række krav til, hvornår den kan finde anvendelse, og lyder som følgende:

En ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud af bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter

- 1) ikke er modtaget nogen ansøgninger eller tilbud eller*
- 2) kun er modtaget ansøgninger eller tilbud, der er irrelevante i forhold til kontrakten.*

Stk. 2.

Det er en betingelse efter stk. 1, at der ikke foretages ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale, og at der sendes en rapport til Europa-Kommissionen, hvis denne anmoder herom.

Stk. 3.

En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør på grund af,

⁷⁹ OECD (2018): SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits, s. 119-120.

- 1) at udbuddet har til formål at skabe eller erhverve et unikt kunstværk eller en unik kunstnerisk optræden,*
- 2) på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager eller*
- 3) på grund af beskyttelse af eksklusive rettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder.*

Stk. 4.

Stk. 3, nr. 2 og 3, gælder kun, når der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene.

Stk. 5.

En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.

Udover udbudslovens § 80, findes der i §§ 81 og 82 yderligere muligheder for at ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i nogle særtilfælde, og udbudslovens § 83 fremlægger muligheden for at ordregiver kan anvende proceduren i forbindelse med det, som udbudsloven kalder “gentagelse af tilsvarende tjenesteydelser”. Denne giver mulighed for, at ordregiver kan benytte sig af den samme økonomiske aktør til udførelse af en tilsvarende ydelse, som havde udført den oprindelige kontrakt, når betingelserne for reglens anvendelse er overholdt.⁸⁰

Denne bestemmelse giver ordregiver mulighed for at undgå at skulle foretage et nyt udbud, hvilket giver ordregiver en fleksibilitet i deres proces, dog på bekostning af de aktører, som ikke udførte den originale kontrakt.

4.2 Direkte tildeling / delydelsesreglen

Hvis der er tale om en kontrakt, som ikke overstiger tærskelværdierne, så er kontrakten ikke udbudspligtig, jf. udbudslovens § 6. Ordregiver skal således ikke følge reglerne i udbudslovens afsnit II om offentlige indkøb over tærskelværdierne, men skal i stedet foretage en vurdering af, hvorvidt der eksisterer en grænseoverskridende interesse for kontrakten. Hvis der er tale om en kontrakt med en klar grænseoverskridende interesse, så skal ordregiver benytte sig af

⁸⁰ Udbudslovens § 83

udbudslovens afsnit IV, jf. udbudslovens § 10, hvilket inkluderer paragrafferne 191 og 192, mens afsnit V af udbudsloven skal benyttes, hvis der ikke eksisterer en klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens § 11, hvilket aktiverer § 193, som angiver vejledning til ordregiver i form af dennes vurdering af, om et indkøb er sket på markedsmæssige vilkår.

4.2.1 Klar grænseoverskridende interesse

Udbudslovens afsnit IV inkluderer paragrafferne 191 og 192. Disse kommer i spil, når der er tale om en offentlig kontrakt, som er under tærskelværdierne, men som har en interesse udover de nationale grænser. Denne vurdering af, om en kontrakt har interesse udover grænserne kan vurderes efter:

Kontraktens genstand:

Hvis en kontrakt indeholder krav om, at den vindende tilbudsgiver skal have nogle særlige færdigheder som kendskab til dansk særlovgivning eller tale dansk flydende, så taler dette for, at en kontrakt ikke har en interesse for økonomiske aktører uden for landets grænser.⁸¹

Kontraktens værdi:

En kontrakts grænseoverskridende interesse og dens værdi følger den samme kurve, hvor en høj kontraktværdi medfører en større chance for, at kontrakten har en grænseoverskridende interesse, da en højere værdi af en kontrakt bidrager til at kunne opveje de ekstra omkostninger, som måtte være hos en udenlandsk aktør.⁸²

Forholdene i branchen (markedets størrelse, konkurrencesituationen, handelspraksis):

En vurdering af forholdene i branchen kunne ske ved at se på den nationale konkurrencesituation. Ved en kontrakt, hvor der på nationalt plan ikke eksisterer et stort konkurrencefelt, kan dette tale for, at der er en interesse for udenlandske aktører.⁸³

Geografisk lokation for kontraktens udførelse:

Den geografiske lokation for en kontrakts udførelse skal tillægges vægt for vurderingen af, om der for kontrakten er en grænseoverskridende interesse. Hvis en kontrakt har udførelsessted langt fra grænser til andre lande, taler dette mod at der er en klar grænseoverskridende interesse,

⁸¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2024). Sådan vurderer du klar grænseoverskridende interesse, side. 1

⁸² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2024). Sådan vurderer du klar grænseoverskridende interesse, side. 1

⁸³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2024). Sådan vurderer du klar grænseoverskridende interesse, side. 2

hvorimod et udførelsessted tæt på en landegrænse eller en kontrakt hvor udførelsen af den kan foretages uden en fysik tilstedeværelse i Danmark, vil tale for, at kontrakten kunne være interessant for udenlandske aktører.⁸⁴

Øvrige, f.eks. Kontraktens varighed:

Hvis en kontrakt har en længere varighed, giver dette mulighed for, at udenlandske aktører kan afskrive de investeringer, som de har foretaget i forbindelse med kontraktens udførelse. Hvis der derimod er tale om en kontrakt af kort varighed, og som ikke har et udførelsessted, som er umiddelbart tæt på udenlandske aktører, taler dette for, at der er tale om en kontrakt, som har en udelukkende national interesse.⁸⁵

4.2.2 Uden klar grænseoverskridende interesse

Hvis der er foretaget en vurdering af en kontrakts grænseoverskridende interesse, og kontrakten vurderes ikke at have interesse for aktører uden for landets grænser, så skal ordregiver forholde sig til reglerne i udbudslovens afsnit V, som omhandler § 193 i udbudsloven. Heri opsættes reglerne for, hvordan ordregiver ved et indkøb uden klar grænseoverskridende interesse endnu skal sikre sig, at indkøbet foregår på markedsmæssige vilkår. Dette kan ske efter udbudslovens regler gennem:

- 1) *En markedsafdækning, som danner grundlag for indhentning af ét tilbud*
- 2) *Indhentning af to eller flere tilbud eller*
- 3) *Annoncering af kontrakten på ordregivers hjemmeside eller i overensstemmelse med de regler som er indført i medfør af § 191, stk. 2.*

Det fremgår af forarbejderne til paragraffen, at en markedsafdækning kan ske på baggrund af benchmarkingundersøgelser, mundtlige kontakter til udvalgte virksomheder eller erfaringer fra tidligere indkøb, og ordregivers sikring om markedsmæssige vilkår vurderes derfor at være forholdsvis enkel at opnå. Dette bidrager til at hjælpe mindre økonomiske aktører, som ellers allerede inden konkurrencen om udbuddet hurtigt kan komme bagud på point, da de ofte ikke har samme relation til ordregiver, som de store virksomheder har. De store aktører kan med

⁸⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2024). Sådan vurderer du klar grænseoverskridende interesse, side. 2

⁸⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2024). Sådan vurderer du klar grænseoverskridende interesse, side. 2

deres flere ressourcer, også ofte levere hurtigere og billigere løsninger end deres mindre konkurrenter, hvilket er noget, som ordregivere lægger vægt på at prioritere.⁸⁶

4.2.4 Delydelsesreglen

Den direkte tildeling kommer også i form af udbudslovens § 8 stk. 2, som tillader at foretage direkte tildeling af delkontrakter, så længe værdien af de direkte tildelte kontrakter er under 595.832 kr. for varer og tjenesteydelser og 7.447.900 kr. for bygge- og anlægsarbejde pr. 2025 niveau. Denne form for direkte tildeling kaldes også for delydelsesreglen, og den kan bidrage til de mindre aktørers mulighed for at modtage kontrakter i en størrelse, som er mere proportionel med SMV'ers størrelse. Udover at skulle være under de opsatte tærskelværdier, så må værdien af de direkte tildelte kontrakter ikke overstige 20% af den samlede sum af alle kontrakterne, hvorfor en kontrakt på 1.000.000 kr. maksimalt kan have tildelt 200.000 kr. uden at have ladet der være et udbud, jf. Udbudslovens § 8, stk. 2, nr. 2.

Muligheden for direkte tildeling af delydelseskontrakter har potentialet til at være med til at fungere som en måde hvorpå de mindre aktører på markedet kan komme i spil uden konkurrence fra store virksomheder, men de små aktører bliver sat bagud som følge af de store aktørers nærmere relation med ordregiverne, og delydelser vurderes derfor ofte at falde til store aktørers side, eller til mindre virksomheder, som gennem deres tilhørsforhold til en stor ordregiver modtager delydelsen, mens den store ordregiver håndterer den store kontrakt ligesom det er tilfældet i totalentreprise forhold.

uden at skulle fokusere på at bringe denne i udbud. Beslutningerne om disse mindre kontrakter er desuden ofte ikke noget, som SMV'er vælger at udfordre, da omkostningerne i tid, penge og arbejde ofte ikke validerer at klage over tildelingsbeslutningen.⁸⁷

4.3 In-house reglen

In-house reglen har sin oprindelse i EU-Domstolspraksis, nærmere dommen C-107/98. Dommen fastslog, at en kontrakt mellem en offentlig myndighed og en enhed, der er under dens kontrol, ikke kræver udbud, hvis to kriterier er opfyldt: 1) Myndigheden udøver en kontrol over enheden, der ligner dens kontrol over egne afdelinger, og 2) enheden udfører hovedparten

⁸⁶ EU (2021): SME Needs Analysis in Public Procurement, s. 44-46

⁸⁷ EU (2021): SME Needs Analysis in Public Procurement, s. 46

af sine aktiviteter for myndigheden.⁸⁸ Denne undtagelse blev grundlaget for in-house reglen i udbudslovens §§ 12-15 og direktiv 2014/24/EU, art. 12, men anvendelsen af denne undtagelse begrænser SMV'ers adgang til offentlige udbud, da kontrakter tildeles internt uden konkurrence. Den senere dom C-458/03 fungerede som en præcision af kriterierne gennem et forbud mod deltagelsen af privat kapital.

Den afgørende vurdering af, om der er tale om en in-house opgave ligger i at vurdere, hvilke tjenestegrene, som tilhører den samme ordregivende myndighed, og hvilke tjenestegrene som tilhører andre eksterne ordregivende myndigheder.⁸⁹ En organisatorisk afhængighed bør ses som værende en udslagsgivende for en klar vurdering af grænserne hos den enkelte myndighed, og en vurdering af statens uafhængighed mellem ministerierne vil ikke anses for at opfylde kravene til uafhængighed. Dog vil en institution som Folketinget blive betragtet som værende en adskilt institution fra staten, og der er altså her tale om to separate myndigheder. Denne vurdering skal ses i lyset af grundlovens opdeling og uafhængighed mellem de to.⁹⁰

En in-house opgave er ikke lige så gennemsigtig som en udbudsproces, og det bliver derfor sværere for andre virksomheder på markedet at udfordre og klage over tildelingsbeslutningen. Ordregiver burde med udbudsloven have incitament til at undersøge de muligheder, som findes på markedet, der kan bidrage til at øge konkurrencen for at nedbringe prisen på det udbudte. Dette er med tanken om, at ordregivers pengepung stammer fra skatteborgerne, hvorfor en så fordelagtig pris som muligt bør vægte tungt i processen.⁹¹ I stedet fungerer reglen som en "exit-mulighed" for ordregiver, hvor ordregiver får mulighed for at træde væk fra udbudsrunderne; noget som modvirker de muligheder, som er implementeret i udbudsdirektivet for at bidrage til større SMV deltagelse.⁹²

Hvor udbudslovens principper er, at der gennem ligebehandling og konkurrence skal skabes det bedst mulige tilbud til ordregiver for at sikre, at det offentlige økonomi forvaltes på den mest effektive måde i forhold til pris og kvalitet, så strider in-house reglen mod disse principper ved at lade ordregiver slippe for tilbudsindhentningen, uanset om der er sket en vurdering af, om andre aktører på markedet kunne levere et produkt med bedre værdi. En rapport fra KFST

⁸⁸ Dom af 18. november 1999, Teckal Srl mod Comune di Viano, sag C-107/98, præmis 50

⁸⁹ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 110

⁹⁰ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 110

⁹¹ Europa-Parlamentet og Rådet. (2014). Direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud, s. 65

⁹² OECD (2018): SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits, s. 119

viser, at øget konkurrence i form af flere tilbudsgivere i danske EU-udbud reducerer prisen på offentlige opgaver med 2,5-3 % per ekstra tilbud. Dette understøtter vigtigheden af at tiltrække flere SMV'er til udbudsprocesser, idet ordregiver vil modtage bedre tilbud.⁹³ Ifølge KFST, kan fire tilbud i stedet for ét reducere prisen på det udbudte med 10-13%, hvilket vil svare til potentielle besparelser på 12-20 mia. kr. årligt for offentlige ordregiver. Dette viser behovet for at overveje inkluderingen af SMV'er i udbudsprocessen for på den måde at maksimere de økonomiske gevinster.⁹⁴

Hvis ordregiver skal begrunde deres brug af in-house reglen, vil dette komme til at ligne "opdel eller forklar" princippet fra udbudslovens § 49, stk. 2; noget som kan være med til at bidrage til en mindskning af reglens anvendelse. Dette vil, hvis implementeringen bliver stram nok, medvirke til at opgaver i højere grad vil blive udbudt, og vil på den måde bidrage til en vækst hos SMV'erne, som kan have en nedsivningseffekt, som positivt kan påvirke SMV'ernes muligheder i efterfølgende udbud.

Udbudslovens § 15, stk. 3, som er bestemmelsen i udbudsloven om in-house undtagelsen viser, hvordan det primært er SMV'er, som bliver påvirket af benyttelsen af bestemmelsen, da det af lovens ordlyd kan læses, at ordregivere som arbejder sammen om at udføre en opgave under in-house reglen efter § 15, "*tilsammen skal udføre mindre end 20% af de aktiviteter, som påvirker markedet*". Der er altså en grænse for opgavernes størrelse, som ordregiverne, hvis de vil benytte sig af in-house reglen i § 15, skal overholde, for at kunne undlade at lade kontrakten blive udbudt. Dette betyder i praksis, at offentlige ordregivere i større grad har mulighed for at udføre mindre opgaver in-house. Opgaver som, grundet deres størrelse, havde været oplagte at udbyde til mindre aktører på markedet.

Nedsivningseffekten som er afgørende for SMV'ers fremtidige adgang til udbud især lider hårdt under in-house reglen. Ved at lave mere in-house, bliver der skabt en lukket økonomi, hvor penge fra det offentlige ikke bliver postet ud i markedet, men i stedet cirkulerer mellem de offentlige aktører, som er med i in-house projektet. Dette lukkede marked påvirker i større

⁹³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2023). Konkurrenceanalyse i udbud. Velfungerende Markeder, nr. 66, maj 2023, s. 5

⁹⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2023). Konkurrenceanalyse i udbud. Velfungerende Markeder, nr. 66, maj 2023, s. 2, 8

grad mindre virksomheder, idet disse er mere afhængige af nye kontrakter på det økonomiske såvel som på reference området.⁹⁵

4.3.1 Horisontalt samarbejde

Et horisontalt samarbejde i udbudsdirektivet og udbudslovens forstand er et samarbejde, som foregår mellem to offentlige aktører på samme niveau.⁹⁶ Disse aktører har i forbindelse med deres samarbejde ikke oprettet en fælles juridisk enhed, som de kunne tildele kontrakten, men er i stedet gået sammen for at levere en offentlig tjeneste. Der kunne her være tale om en aftale mellem to kommuner om at renovere en vej, som går gennem begge kommuner, hvorfor det er i begge kommuners interesse, at denne bliver fornyet. Kommunerne kunne have aftalt at bruge den ene kommunes maskiner mod compensation fra den anden kommune. I en sådan situation ville kommunerne undgå at indblende private aktører, da de kan bære opgaven internt.

Ligeledes gælder det, at en kontrakt som gives af en kontrolleret enhed til en anden kontrolleret enhed, når begge disse kontrollerede enheder har samme kontrollør, jf. Udbudslovens § 13, 2. led. Dette giver mulighed for en horisontal tildeling af kontrakt på kontrolkæde niveau, uden en iagttagen af udbudsloven.⁹⁷

4.3.1.1 Kontraktuelle samarbejder

Udover at tildele en kontrakt til en anden offentlig myndighed, som er på samme niveau i kæden, kan en kontrakt om et samarbejde mellem offentlige ordregivere som har til formål at udføre en fælles public service opgave, undtages fra at skulle udbydes.⁹⁸ Undtagelsen til denne typer af kontrakter findes i udbudslovens § 15, og denne fremsætter reglerne således:

- 1) kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem ordregiverne med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som ordregiverne skal udføre, leveres med henblik på at realisere fælles målsætninger,*
- 2) gennemførelsen af dette samarbejde udelukkende er underlagt hensyn, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og*
- 3) ordregiverne på det åbne marked til sammen udfører mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet.*

⁹⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2021). "Analyse af konkurrence i offentlige indkøb i Danmark". Rapport udgivet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Danmark, s. 45-48

⁹⁶ Udbudsdirektivets art. 12, stk. 4, Udbudslovens § 15

⁹⁷ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 118

⁹⁸ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 119

Yderligere kan det ses i betragtning 33 til udbudsdirektivet, at baggrunden for at undtage et horisontalt samarbejde fra at skulle i udbud er,

De ordregivende myndigheder bør kunne vælge at levere deres ydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form

Det må altså vurderes, at der fra lovgivers side eksisterer en præference om at lade ordregiver have en mulighed for ikke at være afhængige af markedets aktører for at få udbedret fælles problemer, men i stedet kan lade disse blive løst gennem et samarbejde. Dette kan, afhængigt af opgavens art og antallet af aktører på markedet, bidrage til at problemerne løses billigere end ved at lade opgaverne blive udbudt, og der vil ligeledes være mulighed for at løse disse opgaver hurtigere.

En vurdering af om kontraktuelle samarbejder har en værdi for ordregiver, som overstiger den potentielle værdi, der ville være hos markedets aktører og dermed også for SMV'erne, er derfor ikke enkel at foretage, da der her kræves en vurdering af de enkelte kontrakter, deres værdi, kompleksitet og geografiske omfang.

4.3.1.1.1 C-480/06

Dommen C-480/06, også kaldet Hamborg-dommen, omhandlede hvorvidt Tyskland havde forsømt sine forpligtelser om udbud af en offentlige kontrakt, da en kontrakt mellem Hamborg kommune og omkring liggende kommuner ikke havde været i udbud, hvilket kommissionen mente, stred mod reglerne i direktivet. Tyskland mente derimod at denne tildeling faldt uden for direktivets anvendelsesområde, da der var tale om en samarbejdsaftale kommunerne i mellem, og at der derfor ikke var tale om deltagelsen af en privat økonomiske aktør.

Direktivet som retlig ramme fremsatte reglerne om, at hvis der var tale om kontrakter, som oversteg tærskelværdierne, så skulle disse kontrakter udbydes, medmindre der var tale om en kontrakt mellem offentlige myndigheder, som er en del af den samlede enhed eller er underlagt kontrol af den samme enhed. Spørgsmålet i sagen blev således, hvorvidt der reelt var tale om, at de involverede myndigheder alle var underlagt kontrol af den samme myndighed.

Kommissionen mente, at aftalerne mellem kommunerne omkring affaldsbehandling skulle betegnes som offentlige kontrakter, som skulle have været i udbud, da de tjenester som aftalen omhandlede var nogle, som typisk ville falde ind under direktivets anvendelsesområde. Tyskland mente dog, at der blot var tale om et interkommunalt samarbejde om løsning af nogle fælles opgaver, og at disse ikke faldt under direktivets anvendelsesområde, da disse kontrakter ikke var af offentlige kontrakter, og der ikke var nogle private økonomiske aktører involveret i løsningen af kontrakterne.

Domstolen fandt, at der var tale om et samarbejde mellem de involverede kommuner, og at denne derfor ikke var en offentlig kontrakt, som krævede en udbudsprocedure. Domstolen kunne bekræfte, at et interkommunalt samarbejde som der var tale om i denne sag, var undtaget fra reglerne i udbudsloven, så længe der er tale om et ægte samarbejde mellem de offentlige myndigheder, og der ikke er en privat aktør indblandet i udførelsen af kontrakten. Denne afgørelse etablerede principperne om, at udbudsreglerne ikke gælder over for offentlige ordregivere, når deres samarbejde udelukkende har til formål at udføre deres fælles interesser, og der ikke sker en indblanding fra private aktører. Desuden blev det fastlagt, at en kontrakt mellem to offentlige ordregivere ikke altid skulle anses som en kontrakt i udbudsrettens forstand, men at denne vurdering afhang af, om der eksisterer en markedsorienteret transaktion eller ej.

Dommen har været et vigtigt bidrag til forståelsen af interkommunalt samarbejde og vurdering af sådanne kontrakter kontra kontrakter som inkluderer private økonomiske aktører. Dommen agerer hjælpemiddel til vurderingen af offentlige myndigheders fleksibilitet ved kontraktsindgåelser dem imellem, og viser hvordan offentlige myndigheder kan organisere deres samarbejde, for ikke at krænke reglerne i udbudsdirektivet.

4.3.2 Vertikalt samarbejde

Et vertikalt samarbejde defineres i udbudsretlig forstand ved, at en offentlig myndighed tildeler kontrakten til en aktør, som den offentlige myndighed har kontrol over, således at der ikke er tale om, at der er blevet givet en kontrakt til en tredjepart uden at der har været et udbud. Kriterierne for at kunne benytte sig af et vertikalt samarbejde findes i udbudslovens §§ 12-14, og disse fastslår, at der selv i en situation, hvor der er tale om en selvstændig juridisk enhed, kan gennemføres en in-house kontrakt, hvis kontrollen over den juridiske enhed som modtager kontrakten er lig den kontrol, som den ordregivende aktør har over sine egne afdelinger. Dette blev oprindeligt fastlagt i dom C-107/98, som senere blev kodificeret i udbudsdirektivet.

Udover at have mulighed for at tildele en kontrakt til en offentlig myndighed, som er underlagt kontrol, er det også muligt at lave en "omvendt vertikal" kontrakts tildeling, hvor en kontrolleret enhed tildeler en kontrakt op ad i kæden til den kontrollerende myndighed. Her er der endnu tale om, at kontrakten ikke kommer udover grænserne for de forbundne myndigheder, og der er således ikke tale om en offentlig kontrakt som beskrevet i udbudslovens

§ 24, nr. 24, hvorfor kontrakten ikke er udbudspligtig, idet en offentlig myndighed ikke kan indgå gensidigt bebyrdende aftale med sig selv.

4.3.2.1 C-51/15

Dommen C-51/15 er en dom fra EU-Domstolen, som omhandlede brugen af in-house kontrakter i tilfælde, hvor der eksisterede en ejerstruktur, som betød, at den offentlige ordregiver ikke direkte var det led, som var tættest på den aktør som blev tildelt kontrakten. Problemstillingen opstod, da byen Köln i Tyskland tildelte en kontrakt om affaldshåndtering til selskabet AWB, som en direkte tildeling uden afholdelse af udbud. Selskabet AWB var ejer af et holdingselskab kaldet Stadtwerke Köln GmbH, og holdingselskabet var ejet af byen Köln og en anden offentlig myndighed.

Tildelingsbeslutningen blev dog anfægtet af den private virksomhed Remondis, som også leverede ydelser inden for affaldshåndtering. Remondis mente ikke, at betingelserne for in-house reglen var opfyldt, da de ikke mente, at AWB opfyldte kravet om tilstrækkelig og direkte kontrol.

EU-Domstolen skulle således tage stilling til, om in-house reglen kunne anvendes, i det tilfælde hvor kontrollen over den kontrollerede skete gennem et holdingselskab. Det kan læses af domstolens præmis 39, ligesom det fremgik af C-107/98, at in-house undtagelsen kræver, at kontrollen skal svare til den kontrol, som den ordregivende enhed har over sine egne afdelinger. Dog tilføjede Domstolen her, at kontrollen skal være reel og effektiv, og at en rent formel kontrol ikke er nok til at opfylde kravet.

At byen Köln kun indirekte ejede AWB gennem holdingselskabet var i sig selv ikke noget problem, så længe at der eksisterede en tilstrækkelig tæt kontrol, og Köln således havde indflydelse på den daglige drift såvel som de strategiske beslutninger i AWB. Domstolen kom frem til, at holdingselskabet udelukkende agerede som et administrativt led mellem Köln og AWB, hvorfor der reelt ikke var tale om, at holdingselskabet handlede efter sin egen dagsorden og egne interesser, men udelukkende efter Kölns. Der blev i Domstolens præmisser 40 og 41 noteret, at i det tilfælde hvor holdingselskabet havde sin egen kommercielle dagsorden, ville dette kunne undtage brugen af in-house undtagelsen.

Domstolen kom i sidste ende frem til, at undtagelse om in-house kontrakter godt kunne finde anvendelse på selskaber med indirekte ejerskab, så længe dette ejerskab trods dets indirekte

natur er tilstrækkelig tæt og fungerer som en reel kontrol tilsvarende et direkte ejerskab uden mellemlid. Denne afgørelse bidrager til at indskrænke risikoen for misbrug af undtagelsen, ved at fremsætte krav om, at der ikke tillades en facade opstilling i ejerstrukturen bag kontrollen, men at der i stedet eksisterer en ægte, reel kontrol.

4.3.2.2 Kontrolkriteriet:

Kontrolkriteriet går ud på, at den ordregivende myndighed skal udøve en kontrol over den separate juridiske enhed, som kontrakten tildeles. Denne kontrol skal svare til den, som myndigheden har over sine egne afdelinger, hvilket betyder, at den ordregivende myndighed skal have afgørende indflydelse på de strategiske beslutninger i den juridiske enhed, ligesom at ordregiver skal have afgørende indflydelse på den juridiske enheds daglige drift.

Yderligere skal den kontrollerede enhed udføre mindst 80% af sine aktiviteter hos den kontrollerende myndighed eller andre kontrollerede enheder, og sidst må der ikke være privat kapital deltagelse. Denne kontrol skal desuden være reel og må derfor ikke udelukkende være en formel kontrol. Dette princip om reel kontrol stammer fra dom C-51/15, som tog stilling til kontrolkravet i en kompleks ejerstruktur.⁹⁹

Det fremgår af udbudslovens § 14, stk. 1 nr. 1, at kontrolkriteriet kan blive opfyldt af flere offentlige deltagere i fællesskab, og EU-domstolen har tidligere haft anerkendt, at offentlige myndigheder som har haft en ejerandel på 0,25% har kunne opfylde kriteriet, hvorfor det i bedømmelsen af kontrol ikke er nok at se på den offentlige myndigheds ejerandel.¹⁰⁰ For at bedømme om kontrolkriteriet er opfyldt, skal der ses mod udbudslovens § 14, stk. 2, som beskriver at kriteriet anses som opfyldt når:

- 1) den juridiske persons beslutningstagende organer sammensættes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivere, der kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivere,*
- 2) ordregiverne i fællesskab kan udøve bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den juridiske person og*

⁹⁹ Dom af december, 2016, Stads Köln mod Remondis GmbH & CO. KG Region Nord, C-51/15, præmis 39

¹⁰⁰ Dom af 13. november 2008 i sag C-324/07, Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale

3) den juridiske person ikke varetager en interesse, der er i modstrid med de kontrollerende ordregiveres interesser.

Af de opstillede kriterier for kontrolkriteriet, kan det ses, at der sker en skærpelse af kravet til den udøvede kontrol, i de tilfælde hvor der er flere ordregivende myndigheder, som i fællesskab har kontrol over den juridiske enhed.¹⁰¹

4.3.2.3 Aktivitetskriteriet:

Aktivitetskriteriet siger, at den separate juridiske enhed, som får tildelt en kontrakt af en offentlig ordregivende myndighed, skal udføre hovedparten af sine aktiviteter for denne ordregivende myndighed. Dette sikrer, at enhedens primære funktion er at agere som forlængelse af den ordregivende myndighed, og at enheden således ikke fungerer som en aktør på markedet. Domstolen sagde hertil, at hvis en enhed, som får tildelt en kontrakt fra en offentlig ordregiver, fungerer som en aktør på markedet, vil denne direkte tildeling af kontrakten være konkurrence forvrængende, og kontrakten ville derfor i stedet skulle udbydes efter udbudsreglerne.

Domstolen vurderede, at der i de tilfælde hvor kriterierne er overholdt er tale om en intern transaktion, hvorfor der ikke eksisterer en reel tredjepart, og kontrakten derfor ikke behøver at skulle være i udbud.¹⁰²

Dommens afsigelse skabte præcedens for in-house undtagelse til udbudsdirektivet, og dommen blev kodificeret i Direktiv 2014/24/EU's artikel 12, og agerer balancebom for EU's mål om fleksibilitet for offentlige ordregivere og sikring af konkurrencen på det indre marked.

Dommen har haft stor indflydelse på medlemsstaternes brug af in-house virksomheder, og det er især inden for sektorer som energi og fornyelse af offentlig infrastruktur som veje, at der sker en benyttelse af reglerne om in-house kontrakter. Dette ses eksempelvis i udbudslovens § 15 og udbudsdirektivets artikel 12, stk. 4, som fungerer som hjemmel til at udtage offentlige samarbejder fra at skulle i udbud.

¹⁰¹ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 115

¹⁰² Dom af november 1999, Teckal Srl mod Comune di Viano, C-107/98, præmis 49

4.3.3 C-107/98

Dommen C-107/98 er bedre kendt som Teckal dommen, og er afsagt af EU-domstolen d. 18. november 1999, og involverede parterne Teckal Srl mod Comune di Viano og Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia.

Sagen omhandlede spørgsmålet om, hvorledes den italienske kommune Viano ulovligt havde tildelt en kontrakt om levering af naturgas til den offentlige virksomhed Teckal Srl uden at have haft kontrakten i udbud, eller om en sådan tildeling kunne være undtaget fra reglerne om offentligt udbud. Denne tildelingsbeslutning blev udfordret af den italienske konkurrence- og markedsmyndighed, som påstod, at tildelingen stred mod reglerne i direktiv 93/36/EØF, som var udbudsdirektivet på daværende tidspunkt, da de mente, at der var sket en ulovlig tildeling af kontrakt, eftersom Teckal Srl var en selvstændig juridisk enhed.

Teckal dommen adresserede et praktisk behov, nemlig at offentlige myndigheder som Viano kan have fokus på at få organiseret deres tjenester gennem selskaber for på den måde at skabe øget effektivitet.

Domstolen anerkendte, at udbud i sådanne tilfælde kunne være unødvendigt bureaukrati, hvis enheden reelt var en forlængelse af myndigheden.¹⁰³ Kontrolkriteriet sikrer, at enheden ikke agerer selvstændigt på markedet, mens aktivitetskriteriet forhindrer konkurrenceforvridning. I praksis betyder domstolens afgørelse, at kommuner får mulighed for at samarbejde om områder som infrastruktur uden udbud, hvis kriterierne opfyldes.

Domstolen slog altså fast, at en kontrakt som var mellem en offentlig myndighed og en anden juridisk enhed, ikke er underlagt udbudslovens regler, så længe kriterierne om kontrol og aktivitet er opfyldt.

4.3.4 Decentrale enheder

En ordregivende myndighed har muligheden for at opdele sig selv i mindre, selvstændige enheder, som kaldes for decentrale enheder. Disse enheder kan selvstændigt tilrettelægge og gennemføre en anskaffelse uden at være afhængige af de andre divisioner, som tilhører den samme ordregivende myndighed.¹⁰⁴ En decentral enheds indkøb af varer og tjenesteydelser kan undlades at medtages i den samlede beregning af kontrakter hos den ordregivende myndighed,

¹⁰³ Dom af november 1999, Teckal Srl mod Comune di Viano, C-107/98, præmis 49

¹⁰⁴ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 125

og dermed ikke være underlagt reglerne i udbudsloven, så længe værdierne af kontrakterne ikke overstiger tærskelværdierne. Reglerne for hvordan denne opgørelse af værdierne skal finde sted findes i udbudslovens § 31:

Består en ordregiver af decentrale enheder, skal der tages hensyn til den samlede anslåede værdi for alle decentrale enheder.

Stk. 2.

Er en decentral enhed selv ansvarlig for den pågældende kontrakt, kan værdien dog anslås for den pågældende enhed alene.

Stk. 3.

En decentral enhed er selv ansvarlig for en kontrakt i henhold til stk. 2, når enheden

- 1) selv står for gennemførelse af udbudsforretningen,*
- 2) har et selvstændigt budget for det pågældende udbud, som den råder over, og*
- 3) ikke benytter en indkøbsaftale, der er indgået af ordregiveren.*

Af stk. 1 kan det udledes, at i de tilfælde hvor en ordregivende myndighed består af flere decentrale enheder, skal der tages hensyn til den samlede anslåede værdi for alle driftsenhederne, men af stk. 2 kan det derimod læses, hvis det er driftsenheden selv, som står for sine egne indkøb, så skal værdien udelukkende opgøres for denne enkelte enhed.¹⁰⁵

Endelig fastlægger stk. 3 i bestemmelsen, hvornår der er tale om, at en driftsenhed er en selvstændig enhed, og dermed hvornår det udelukkende er denne ene enhed, som skal indgå i værdiopgørelsen af kontrakterne. I denne overvejelse skal indgå vurderinger af, om enheden selv har ansvaret for indkøbet, om den selv står for gennemførelsen af udbuddet, om enheden selv træffer beslutningen om at foretage indkøbet, om der foreligger et selvstændigt budget for enheden ved udbuddet og endelig om enheden selv står for afslutning og finansiering af kontrakten samt at enheden ikke benytter sig af en allerede eksisterende aftale på området.¹⁰⁶

Hvis en enhed lever op til reglerne om at være en decentral enhed, har denne enhed mulighed for at foretage indkøb til enheden op til tærskelværdierne, uden at afholde et udbud. Dette kan give nogle fordele for enheden, da det må vurderes, at en decentral enheds behov ofte ikke er lige så store som en centraliseret enhed, og en enkelt enhed på den måde får mulighed for at

¹⁰⁵ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 125

¹⁰⁶ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 125

foretage proportionelt større indkøb end en centraliseret enhed ville have haft mulighed for. Dog skal det holdes for øje, at en decentral enhed kan se ud på mange måder, og en enhed som har været vurderet decentral i et udbud, kan vurderes som værende ikke decentral i det næste udbud.¹⁰⁷ Vurderingen om decentralitet skal altså foretages ved hvert indkøb, og en enhed som ellers virker decentral som eksempelvis en dansk kommune, kan også fungere som deltager i et centraliseret indkøb, hvor deres autonomi indskrænkes. Muligheden for at fungere mere autonomisk, samtidig med at kunne falde tilbage i en mindre autonomisk rolle giver en enorm fleksibilitet, som positivt kan bidrage til ordregivers proces i forbindelse med deres indkøb.

Denne frihed kan påvirke SMV'erne positivt og negativt. Når en offentlig ordregiver har mulighed for at træde ned på et mere autonomisk niveau og på den måde foretage mindre indkøb åbner dette op for SMV'ernes muligheder for at deltage og vinde disse indkøb. Men dette scenarie kan også vendes om, hvilket skaber en situation hvor en enhed som ellers synes at være decentral vælger at benytte sig af en mindre autonomisk indkøbsproces, som medfører, at de mindre virksomheder potentielt bliver sat ud af indkøbsprocessen, idet der nu udbydes en større kontrakt.

Yderligere afhænger SMV'ernes adgang til decentrale enheders indkøb af, hvor stor en decentral enhed, der er tale om. En mindre kommune har et mindre behov i forbindelse med sine indkøb end en større kommune har, og kontraktens størrelse har derfor mulighed for at variere betydeligt, hvilket medfører varierende krav til tilbudsgiverne.

4.3.4.1 Alabu Bolig mod Electrolux Professional A/S

Klagesagen mellem Alabu Boligselskab og Electrolux Professional A/S omhandlede, at Alabu skulle have leveret og drevet vaskemaskiner i flere af deres afdelinger. I den forbindelse havde de haft konkurrenceudsat kontrakter til dette gennem en udbudslignende proces uden offentliggørelse, hvilket var en proces som senere blev aflyst. Efter aflysningen af konkurrenceudsættelsen, indgik de enkelte afdelinger i boligselskabet kontrakter med den leverandør, som de havde haft inden konkurrenceudsættelsen, uden forudgående offentliggørelse.

Electrolux klagede over denne direkte tildeling, og fremlagde påstand om, at Alabu Boligselskab var ordregiver, og at indkøbene foretaget i Alabus forskellige afdelinger skulle

¹⁰⁷ Kanepejs, K., & Kirikova, M. (2018). Centralized vs. decentralized procurement: A literature review. CEUR Workshop Proceedings, 2218, 225-226

lægges sammen til én stor kontrakt, samt at denne kontrakts værdi overskred tærskelværdierne for indkøb af varer- og tjenesteydelser, hvorfor kontrakten skulle have været udbud efter udbudslovens regler.

Til denne påstand havde Electrolux lagt til grund, at kontrakterne måtte være Alabu som helhed, der havde indgået kontrakterne med leverandøren, og ikke de enkelte afdelinger. Dette baserede Electrolux på, at det var Alabus direktør, som havde underskrevet næsten alle kontrakterne, at kontrakterne var indgået på tre sammenfaldende datoer, at kontrakterne var indholdsmæssigt enslydende med kun få afvigelse, og at Alabu havde gennemført én samlet annullering af de tre kontrakter, som tidligere var vurderet at være over tærskelværdierne.

Alabu mente dog, at hver af deres afdelinger skulle anses som værende selvstændige ordregivere og at de således var omfattet af reglerne for decentrale enheder, hvorfor indkøbene ikke skulle lægges sammen, men at de derimod skulle ses som separate indkøb, som hver især skulle komme over tærskelværdierne for at blive udbudspligtige efter udbudslovens regler.

Klagenævnet fandt, at Alabus afdelinger levede op til kravene om at være decentrale enheder efter udbudsloven, og at kontrakterne derfor ikke skulle sammenlægges. Denne afgørelse viser den problemstillingen omkring ordregivers autonomi, hvor vurderingen af ordregivers klassifikation om decentral enhed ved indkøbet bliver bragt op til revision. Dog viser afgørelsen også mulighederne for SMV'er ved indkøb gennem decentrale enheder, hvor der for de mindre aktører kan opstå en positiv konkurrencesituation.

4.4 In-house reglens forhold til EU-retten konkurrenceprincip

Konkurrenceprincippet i EU-retten er et af de helt grundlæggende principper bag udviklingen af det indre marked, hvor formålet med markedet er at sikre åben, lige konkurrence mellem alle virksomheder i EU.¹⁰⁸

In-house reglen udfordrer imidlertid EUF-traktaten artikel 101 og 102 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling.¹⁰⁹ Desuden stresstestes udbudslovens ønske om lige konkurrence fra de centrale principper i udbudslovens § 2.

¹⁰⁸ Europa-Parlamentet og Rådet. (2008). Traktat om Den Europæiske Unions funktionsmåde, konsolideret version, s. 51 – artikel 3, stk. 3.

¹⁰⁹ Europa-Parlamentet og Rådet. (2008). Traktat om Den Europæiske Unions funktionsmåde, konsolideret version, s. 88-89

Udbudslovens § 12 forsøger at balancere konkurrence og effektivitet. Forarbejderne til loven fremhæver, at muligheden for at udføre kontrakter in-house er for at sikre, at der i den offentlige administration er en vis fleksibilitet, som kan give hjemmel i tilfælde hvor der skal træffes hurtige beslutninger, som det var tilfældet under corona pandemien i 2020.¹¹⁰ Dette skal dog fortolkes snævert, jf. C-107/98, med henblik på at beskytte konkurrencen. I praksis ser reglen dog høj anvendelse uden tilstrækkelig begrundelse.

Når der ikke begrundes, hvorfor en offentlig ordregiver har valgt at benytte sig af en in-house løsning frem for at lade opgaven blive budt ud på markedet, så bliver reglen til en konkurrencebegrænsning.¹¹¹

Det er især et problem når der siden pandemien i 2020 er sket en betydelig stigning i tildelingen af in-house aftaler. Der har i perioden 2020-2024 været en stigning i antallet af tildelte in-house aftaler på 15%, hvilket korrelerer med den nedgang som har været i antallet af kontrakter som blev vundet af SMV'er, hvor nedgangen var 10% for perioden.¹¹²

Hvor C-51/15 præciserede, at der skulle være tale om en reel kontrol uanset ejerstrukturen, så viste C-458/03, at der ikke kan ske en in-house kontrakttildeling, når enheden som modtager kontrakten er en væsentlig spiller på markedet. Det kan udledes, at der fra domstolens side foreligger et ønske om at lade reglerne om in-house aftaler være snævert anvendelige, hvilket gavner SMV'ernes mulighed for at blande sig i indkøbet.

4.4.1 Privat indblanding

Udskillelsen af en offentlig myndighed eller dennes aktivitet i et privat selskab er en procedure, som ofte finder sted. Dette bidrager til at skabe klarhed over, præcis hvor visse af myndighedens foretager finder sted, og kontrakter på området bliver således fremover indgået mellem selskabet og en tilbudsgiver. Yderligere kan der, afhængigt af selskabets uafhængighed, skabes en situation hvor det oprettede selskab kan agere som decentral enhed, og dermed opnå de fordele, som kommer hermed.

¹¹⁰ Folketinget. (2015). Forslag til lov om udbud. Bemærkninger til § 12, s. 43

¹¹¹ OECD (2018): SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits, s. 120

¹¹² OECD. (2024). Public Procurement for Innovation and SME Growth: A Global Perspective. OECD Public Governance Reviews, s. 66-67

Problemstillingen om de selvstændige selskaber opstår idet ejerandele i dette selskab sælges til private aktører, og der således sker en “privatisering” af virksomheden. Problemet ligger i, at der eksisterer en mulighed for at omgå udbudsreglerne, hvis en offentlig myndighed tildeler en kontrakt over tærskelværdierne uden udbud til et selskab, som på tidspunktet for kontraktens tildeling ikke har private aktører involveret, og kontrakten derfor på tildelingstidspunktet har kategori af at være en vertikal in-house opgave mellem den ordregivende myndighed og dennes datterselskab, men datterselskabet efter tildelingen af opgaven bliver solgt til en privat aktør. En sådan situation vil have omgået udbudslovens regler, da det reelt er den køvende private aktør, som er blevet tildelt kontrakten.

Denne problemstilling kommenterede domstolen på i dommen *Sea Srl. mod Comune di Ponte Noss*, hvor der af domstolen blev kommenteret på, hvordan reglerne skulle forstås i den situation, hvor der ikke er afholdt et udbud, og en privat aktionær senere får mulighed for at deltage i selskabets kapital.

Udgangspunktet i udbudsretten er, at det er anskaffelsestidspunktet af kapitalen i selskabet, som modtaget kontrakttildelingen, som skal fungere som udgangspunkt for, om en kontrakt er udbudspligtig eller ej. En kontrakt som er tildelt før anskaffelsestidspunktet, er således som udgangspunkt ikke forpligtet til at skulle have været i udbud, hvor en kontrakt efter indblandingen af private aktører er pålagt udbudsforpligtelsen.¹¹³

Dog eksisterer der i udbudsreglerne en mulighed for at afholde en offentlige myndighed fra at indgå en aftale med en virksomhed, som har indgået en aftale med en virksomhed, som endnu ikke har solgt ejerandele til en privat aktør. Domstolens vurdering bliver her, om der omkring tildelingstidspunktet har været tale om en kunstig konstruktion af ejerforholdet.¹¹⁴

Herefter bliver det relevant at se på, om vurderingen af, om der er tale om en kunstig konstruktion kan ske udelukkende på baggrund af den eventuelle mulighed for en senere indblanding af private aktører, eller om denne vurdering vil være for vidt rækkende i forhold til at skulle spå om fremtiden.¹¹⁵

Dette blev behandlet af domstolen i sagen *C-573/07*, hvor der af domstolen blev foretaget en vurdering af, om en aktivering af udbudspligten tilstrækkeligt kunne være afhængig af

¹¹³ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 132

¹¹⁴ Dom af 10. november 2005 i sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig

¹¹⁵ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 132

muligheden for senere privat indblanding. Domstolen kom her frem til, at pligten til at afholde et udbud kun kunne aktiveres, når der var en "konkret udsigt" til indblandingen, samt at denne var "snart forestående". Dette betyder altså, at når der er tale om en situation, hvor al kapitalen i et selskab er ejet af offentlige myndigheder, og en fremtidig indblanding af private aktører i ejerstrukturen ikke er konkret forestående, så er den blotte mulighed ikke nok til at konkludere, at der ikke er tale om, at den offentlige ordregiver udøver en reel kontrol af virksomheden.¹¹⁶ Dog sagde domstolen yderligere, at der i tilfælde hvor der ikke er afholdt udbud, og en privat aktør fik adgang til ejerstrukturen mens den tildelte kontrakt endnu løb, ville denne inklusion af en privat aktør fungere som en ændring af en grundlæggende kontraktbetingelse, og at dette ville betyde, at det ville være nødvendigt at afholde et udbud af kontrakten.¹¹⁷

4.4.2 C-458/03

Dommen som fungerer som baggrund for implementeringen af forbuddet om privat kapitaldeltagelse i udbudsdirektivets art. 12, stk. 1, involverer kommunen Brixen i Sydtyrol, som havde tildelt en kontrakt om drift af en offentlig parkeringsplads til virksomheden Stadtwerke Brixen AG uden at der havde været afholdt en udbudsrunde. Stadtwerke Brixen AG var oprindeligt fuldt ejet af Brixen kommune, men denne blev senere omdannet til et aktieselskab og blev herefter ejet 51% af kommunen og 49% af en privat aktør, hvorfor kommunen endnu havde majoritetsejerskab.

Beslutningen om at tildele kontrakten direkte blev anfægtet af den private aktør Parking Brixen GmbH, og de mente, at kontrakten om drift af p-pladsen burde have været udbudt, da Stadtwerke Brixen AG ikke længere levede op til kravene til in-house kontrakter på baggrund af den private kapital i selskabet.

Domstolen skulle tage stilling til, hvorvidt kriterierne fra Teckal-dommen til kontrol og primær aktivitet hos den ordregivende myndighed endnu var opfyldt selv efter virksomhedens nye ejerstruktur.

I dommens præmis 65 kan det udledes, at privat kapital i en kontrolleret virksomhed udelukker muligheden for at benytte sig af in-house undtagelsen. Domstolen fastslog, at tilstedeværelsen af den private kapital betød, at den private aktør ville have indflydelse på selskabets beslutninger. At der kunne være indflydelse på selskabets beslutninger fra en privat aktør kunne

¹¹⁶ Dom af 10. september 2009, Sea Srl. mod Comune di Ponte Nossa, præmis 49, 50

¹¹⁷ Dom af 10. september 2009, Sea Srl. mod Comune di Ponte Nossa, præmis 53

ikke være foreneligt med kravet om, at der skulle være fuldstændig kontrol på samme måde som hos den offentlige ordregivers interne afdelinger, idet der nu måtte vurderes også at være kommercielle interesser involveret, hvilket fremgår af dommens præmis 62 og 63. Det måtte yderligere vurderes, at selskabets nye form tilføjede en så tilpas stor del af autonomi, at der ikke længere var tale om tæt kontrol, hvorfor Teckal-kriterierne om kontrol ikke længere var opfyldt.

Domstolen fortsatte og pointerede i præmis 68, at konkurrenceprincippet i EU-retten skal fortolkes snævert for på bedst mulig måde at beskytte ligebehandlingen og konkurrencen på det indre marked. Domstolens præmis 67 påpegede, at Stadtwerke Brixen AG's aktiviteter efter indblandingen af den private aktør nu måtte anses for at være kommercielt rettet frem for at tjene kommunens behov. Det måtte altså også her vurderes, at in-house undtagelsen ikke kunne benyttes. Præmis 67 og 68 vurderede altså, at indblandingen af privat kapital ville skabe et ulige konkurrenceforhold, hvorfor kriterierne fastsat i Teckal dommen ikke kunne anses som opfyldt og tildelingen af kontrakten uden afholdelse af en udbudsrunde stred med reglerne i udbudsdirektivet.

Dommen må siges at understrege aktivitetskriteriet fra Teckal dommen, om at enheder som fungerer in-house, ikke også fungerer som konkurrerende enheder på det frie marked, hvilket bidrager til at opretholde tankerne bag EU's konkurrenceprincip, da dette afholder offentlige ordregivere fra at kunne konkurrere på et ulige grundlag med private aktører.

4.5 Delkonklusion

Afsnittet analyserer, hvordan udbudsrettens nuværende rammer begrænser SMV'ers adgang til offentlige udbud, primært gennem direkte tildeling og in-house reglen.

Direkte tildeling, reguleret i udbudslovens §§ 80-83 tillader, at kontrakter under de opsatte tærskelværdier kan blive tildelt uden udbud, hvilket ofte favoriserer større aktører med etablerede relationer til ordregivere. Disse tildelinger kan ske uden stor anfægtning fra SMV'er grundet de betydelige økonomiske og tidsmæssige omkostninger som er forbundet med at klage over en tildelingsbeslutning. Det kan derfor ofte ikke betale sig for mindre aktører at klage, eftersom kontrakterne er små, og gevinsten derfor ikke er betydelig nok til at opveje for den potentielle manglende indsats, som kan være i forbindelse med perioden hvor klagen kører.

In-house reglen, som fremgår af udbudslovens §§ 12-15 om horisontalt- og vertikalt samarbejde muliggør, at ordregivere undgår udbud ved at tildele kontrakter internt, hvilket udelukker SMV'er fra markedsadgang.

En øget adgang til markedet fra SMV'er vil kunne bidrage til en væsentlig besparelse hos ordregiver gennem forbedret konkurrence. Horisontalt og vertikalt samarbejde understøtter desuden interne løsninger, men EU-retten begrænser in-house reglens anvendelse, idet privat kapital eller markedsaktivitet udelukker dens anvendelighed. I forhold til indblandingen af privat kapital, skal der her ske en vurdering af, om der er tale om en reel ejeropsætning, og at der derfor ikke er tale om en kunstig opsætning, som har til formål at forsøge at komme omkring udbudslovens regler om direkte tildeling uden udbudsproces. Vurderingen af denne skal ske på baggrund af, om indblandingen af privat kapital er "snart forestående" samt om der er "konkret udsigt" til denne indblanding, jf. Dom af 10. september 2009, Sea Srl. mod Comune di Ponte Nossa.

Mekanismerne om in-house aftaler og direkte tildeling af kontrakter reducerer gennemsigtigheden og konkurrencen på markedet, hvilket mindsker SMV'ernes muligheder for at have lige konkurrence.

5. Strategier og reformforslag

Efter analysen af udbudsrettens muligheder og udfordringer for SMV'er, herunder konsortiedannelse, opdeling eller forklar princippet, direkte tildeling og in-house reglen, er det relevant at undersøge, hvordan lovgivningen og praksis kan reformeres for at styrke SMV'ers adgang til offentlige udbud.

Manglende opdeling af kontrakter, administrative byrder og konkurrencebegrænsende mekanismer som in-house aftaler fungerer som betydelige barrierer, hvor fokuserede tiltag positivt kan bidrage til at skabe en øget ligebehandling og konkurrence på markedet, hvilket der også er fokus på fra Europa Kommissionen i forbindelse med deres evaluering og revidering af udbudsdirektivet, forsyningsvirksomheds direktivet samt direktivet for tildeling af koncessionskontrakter.

For at fremme SMV'ernes deltagelse i de offentlige udbud, bliver det derfor nødvendigt at implementere strategier og reformer, som kan være med til at reducere de adgangsbarrierer, som eksisterer. Dette afsnit vil præsentere forslag som en bedre markedsdialog, bedre

anvendelse af opdelingen af kontrakter, bedre overvågning af ordregivers håndtering af deres forpligtelser inden et udbud samt en overordnet nedskalering af den administrationsbyrde, som eksisterer ved deltagelsen i offentlige udbud. Desuden vil der blive foretaget en vurdering af, hvorvidt disse tiltag realistisk kan implementeres i praksis.

5.1 Bedre håndhævelse af opdel eller forklar

Opdel eller forklar princippet i udbudsdirektivets artikel 46 og udbudslovens § 49, stk. 2 fungerer i praksis ved at skabe en ekstra barriere for ordregiver i forbindelse med udsættelsen af deres udbud. Dette skal få ordregiver til at genoverveje, om kontrakten kunne opdeles i mindre kontrakter for på den måde at tilgodese både mindre aktører på markedet men også den mere generelle konkurrencesituation, som er på markedet.¹¹⁸

En opstramning af reglen kunne komme i form af indførslen af obligatoriske retningslinjer, som pålægger den offentlige ordregiver at foretage konsultationer med markedet inden et udbud. En dialog med markedet kan ligeledes være med til at afklare, på hvilket grundlag en kontrakt kan eller ikke kan opdeles. Disse grundlag kan være kontraktens størrelse, dens udførelsessted, om kontrakten er på et marked med få aktører samt om en opdeling af kontrakten vil betyde, at der ikke opstår konkurrence om delkontrakterne.¹¹⁹

Markedsdialogen kan, for at mindske bebyrdelsen hos de adspurgte, forbedres gennem et tiltag som virtuelle møder, da dette vil reducere rejseomkostninger og tid, som kan ramme mindre aktører uforholdsmæssigt højere end større aktører, da en større procentvis andel af mindre aktørers aktiver ved markedsdialog bliver benyttet på ikke at bidrage til virksomhedens omsætningsevne i den periode, som markedsdialogen finder sted. Desuden ville denne markedsdialog kunne forbedre problematikken om det begrænsede antal af strategiske udbud, som finder sted, hvilket vil kunne bidrage til at bringe SMV'erne på banen, da tildelingskriteriet her vil have en større vægtning, hvilket er der, hvor de mindre aktører kan konkurrere med de store aktører.¹²⁰

En markedsdialog er altså et redskab som ordregiver kan bruge til at skabe sig et bedre overblik over, hvorvidt det er realistisk og fordelagtigt at kontrakten bliver opdelt i delkontrakter,

¹¹⁸ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 270

¹¹⁹ Poulsen. Steinicke, Birkelund Nielsen og Bergholt Sommer, EU-udbudsretten, 4. udgave 2022, s. 270

¹²⁰ Den Europæiske Revisionsret, Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU, 2023, s. 33

ligesom det kan bidrage til at skabe bedre rammer for SMV'erne, hvis der kommer en større vægtning på kvalitet som tildelingskriterie.¹²¹

Udover en øget anvendelse af markedsdialog om kontraktens opdeling, kunne ordregiver med fordel benytte sig af en øget standardisering af skabeloner til brug for offentlige udbud, da disse positivt kunne bidrage til, at ordregiver ikke kun ville modtage en større andel af konditionsmæssige tilbud, men også at ordregivers forklaring om den manglende opdeling af en kontrakt i større grad kan holdes op mod kravene om objektive forklaringer, hvilket vil agere redskab for en reduktion af risikoen for vilkårlige beslutninger om kontraktens opdeling.¹²² Dog skal man samtidig have for øje, at der ikke sker en udnyttelse af reglen fra ordregivers side, da ordregiver kan have en interesse i at få en kontrakt opdelt i mindre dele, for på den måde at komme under tærskelværdierne, og således undgå at skulle afholde et udbud, og i stedet vil kunne benytte sig af en direkte tildeling.

En opdeling af kontrakter er ligeledes et tiltag, som der er fokus på i forbindelse med udarbejdelsen af et nyt udbudsdirektiv. Dette kommer efter at Den Europæiske Revisionsret i deres særberetning nr. 28/2023 har konkluderet, at der i praksis ikke efterleves målet i 2014-reformen af direktiverne om at muliggøre en opdeling af kontrakter i delkontrakter.¹²³ At der gennem skærpede standardiserede kontrakter kommer fokus på ordregivers forklaring om at undlade en opdeling, vil derfor komme SMV'erne til gode. Effekten af strengere krav til ordregivers forklaring vises gennem de følgende domme fra EU-domstolen i afhandlingens afsnit 5.1.1 og 5.1.2.

5.1.1 C-376/08

Sagen C-376/08 omhandler en tvist mellem to italienske virksomheder, Serrantoni Srl og Consorzio Stabile Edile Srl, og den offentlige ordregiver, Comune di Milano. Tvisten omhandler en offentlig kontrakt omkring levering og installation af vinduer og døre til bygninger i Milano kommune, og spørgsmålet som sagen havde til formål at besvare var, om kontrakten var blevet opdelt i mindre delkontrakter med formålet om at undgå EU's tærskelværdier, hvilket de to virksomheder mente, var sket. Virksomhederne anfægtede

¹²¹ Europa-Kommissionen, Guidance on Making Public Procurement SME-Friendly, 2021, s. 13

¹²² Europa-Kommissionen, Guidance on Making Public Procurement SME-Friendly, 2021, s. 14

¹²³ C/2024/3521 - Rådets konklusioner om Den Europæiske Revisionsrets særberetning nr. 28/2023, nr. 3

således, at delkontrakterne ikke skulle samles i én samlet kontrakt, og mente, at der skulle ske et EU udbud af den samlede, store kontrakt.

Sagen havde præjudiciel værdi, og blev henvist til EU-domstolen for bedømmelse, med spørgsmålene om, hvorledes en ordregiver lovligt kunne opdele en kontrakt i mindre delkontrakter, når den samlede sum af alle delkontrakterne oversteg tærskelværdien, samt hvilke kriterier som skulle anvendes i vurderingen af, om der var foretaget en kunstig opdeling.

EU-domstolen kom i deres afgørelse af dommen frem til, at en kunstig opdeling af en kontrakt med formålet om at komme under tærskelværdierne strider mod reglerne i udbudsdirektivet. Yderligere kom domstolen frem til, at ordregiver i sin beregning af kontraktens værdi skal benytte sig af den samlede værdi for alle udbudte delkontrakter, når disse delkontrakter har karakter af at være en samlet økonomisk eller teknisk enhed.

Domstolen kom desuden frem til i sin bedømmelse af spørgsmål to; om kriterierne for at vurdere en kontrakts kunstige opdeling, at man i bedømmelsen af legitimiteten af en kontrakts opdeling skal vurdere kontraktens karakter, ordregivers intentioner med opdelingen samt om der er en tidsmæssig og geografisk sammenhæng mellem de udbudte delkontrakter, da en sådan sammenhæng ville pege mod, at der er tale om en kunstig opdeling. Domstolen lagde dog vægt på, at trods de vurderinger som skulle foretages omkring hvorvidt, der var tale om en kunstigt opdelt kontrakt, så har ordregiver et vist skøn i deres udbudsproces, blandt andet for at kunne opdele en stor kontrakt med formålet om bedre at kunne inkludere SMV'er i udbuddet.

Afgørelsen præciserede præcis hvad, man som interessent i et udbud og man som domstol i en sag om mulig kunstig opdeling, skal have fokus på i forbindelse med at bedømme, om en kontrakt har været opdelt kunstigt med formålet om at undgå reglerne i udbudsdirektivet. Afgørelsen fungerer som støtteklods til de centrale principper om gennemsigtighed og ligebehandling og den har en direkte spejling i opdel eller forklar princippet krav til saglige, upartiske vurderinger om en kontrakts opdeling, da den fungerer som afgørelse både i forhold til kunstige opdelinger, men også om kontrakter, som bevidst ikke er blevet opdelt med tanken om, at tilbudsgiver kan opnå stordriftfordele.

5.1.2 C-216/17

Sagen C-216/17 blev behandlet af EU-Domstolen og omhandlede en tvist i Italien om et offentligt udbud af rengørings- og vedligeholdelsestjenester til sundhedsfaciliteter. Parterne i sagen var Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato og virksomheden Coopservice, som anfægtede ordregiver Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica's beslutning om at udbyde en stor, samlet kontrakt fremfor at opdele kontrakten i mindre delkontrakter. Klager i sagen mente, at der ved at samle kontrakten i én samlet kontrakt skete en begrænsning af konkurrencen ved at udelukke de SMV'er, som opererede på markedet, da de ikke kunne leve op til de fastsatte krav om kapacitet og omsætning.

Sagen blev henvist til EU-domstolen, som skulle tage stilling til spørgsmålene om, hvorvidt en ordregiver var forpligtet til at opdele en stor kontrakt i mindre delkontrakter, eller om der forelagde et skøn til denne opdeling. Desuden blev EU-domstolen bedt om at tage stilling til, om ordregiver altid var forpligtet til at begrunde, hvorfor en kontrakt ikke var opdelt, samt hvilke krav som skulle stilles til denne begrundelse, og endelig om en manglende opdeling af en kontrakt kunne anses som brud på de centrale principper i udbudsretten om ligebehandling og gennemsigtighed samt EU's konkurrenceprincip, da dette udelukker SMV'er fra deltagelse i udbuddet.

Domstolen fandt, at opdel eller forklar princippet ikke lagde et absolut krav om opdeling af kontrakter på ordregiver, men at ordregivers skøn om opdeling kunne foretages på baggrund af organisationens behov, kontraktens omfang og kontraktens art. Dog skal dette skøn have principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet for øje. Domstolen slog ligeledes fast om spørgsmål to, at der var en pligt til begrundelse af manglende opdeling af en kontrakt, da der uden en beskrivelse af, hvorfor en kontrakt ikke blev opdelt, ikke kan sikres den gennemsigtighed, som muliggør en kontrol mellem ordregivers beslutning og målene i udbudsdirektivet.

Endelig om spørgsmålet om, hvorvidt der vil være tale om en overtrædelse af principperne ved manglende opdeling af en kontrakt, kom domstolen frem til, at et af hovedformålene med opdel eller forklar princippet er at sikre, at SMV'er har adgang til offentlige udbud, hvorfor en manglende opdeling af en kontrakt skal kunne dokumenteres at have været proportionel og ikke diskriminerende.

Ved en sammenholdning af de to domme ses der altså, at der er et klart ønske fra EU-domstolens side om at sikre, at mindre aktører ikke diskrimineres i mod og at de har adgang til at deltage i offentlige udbud på lige fod med store aktører, naturligvis med ligebehandlingsprincippet krav om, at lige forhold behandles lige, og ulige forhold behandles forskelligt. Dog ses der også, at reglerne om opdel eller forklar ikke altid fortolkes ens, og at der endnu opstår uenighed om, hvornår der er afgivet en begrundelse om en kontrakts manglende opdeling, som har bund i saglighed. Det er på baggrund af dette, at strengere krav til ordregivers forklaring om manglende opdeling vil komme markedets aktører til gode.

5.2 Reduktion af administrative byrder

Store administrative byrder som høj kompleksitet i udbudsdokumenter og adgangsbarrierer til konsortiedannelse, både grænseoverskridende og ikke grænseoverskridende, gør SMV'ers adgang til offentlige udbud sværere end deres større konkurrenters. Yderligere skal konsortier have sig for øje, at deres samarbejde ikke er på en sådan måde, at det kommer til at blive konkurrencebegrænsende, som der var tilfældet i Vejstribesagen. Denne administrative byrde ville kunne reduceres ved at gøre brug af nogle standardiserede kontraktspecifikationer, som ville betyde, at mindre aktører ikke ville skulle have samme viden om udbud, som er tilfældet i dag, hvorfor de bedre selv vil kunne håndtere processen og derved kunne spare omkostninger forbundet med denne del.¹²⁴

Ordregivere kunne desuden tilbyde målrettet vejledning til SMV'er om udbudsprocessen gennem online ressourcer eller workshops.¹²⁵ Dette ville sænke den administrative barriere, for SMV'er i udbuddets opstartende fase inden de byder, hvilket vil kunne bidrage til, at der er flere mindre aktører, som afgiver tilbud, da de er kommet godt gennem de indledende dele af udbuddet. Denne tilgang kræver dog investeringer i kapacitetsopbygning hos ordregiver, hvilket kan være en udfordring for nogle af de mindre offentlige ordregivere. Dog bør der ske en vurdering af, om en sådan investering kan være positiv på lang sigt, da større SMV deltagelse kan bidrage til at øge konkurrencen og derved forbedre tilbuddene, som bliver afgivet.¹²⁶ Ved at kigge mod andre EU-lande og deres erfaringer, samt ved at forenkle

¹²⁴ EU (2021): SME Needs Analysis in Public Procurement, s. 35-36

¹²⁵ EU (2021): SME Needs Analysis in Public Procurement, s. 46

¹²⁶ Europa-Kommissionen, Guidance on Making Public Procurement SME-Friendly, 2021, s. 15

processerne, kan der ske en markant forøgelse af SMV-deltagelse, hvilket vil bidrage til forbedrede tilbud og dermed lavere priser for ordregivere.¹²⁷

5.3 Begrænsning af brugen af in-house reglen og direkte tildeling

In-house reglen efter udbudslovens §§ 12-15 og direkte tildeling i lovens §§ 6-8 fungerer som en indskrænkning af potentialet for deltagelsen af SMV'er gennem en reduktion af konkurrence og gennemsigtighed, som det sås i Teckal dommen såvel som i Stadt Köln dommen.¹²⁸

For at bidrage til en begrænsning af brugen af in-house reglen kunne der fra lovgiveres side indføres et strengere gennemsigtighedskrav for direkte tildeling, som eksempelvis et obligatorisk krav om en offentliggørelse af tildelingsbeslutninger, hvilket ville betyde en muliggørelse af kontrol, som kan bidrage til klageadgangen for SMV'er.¹²⁹

For in-house reglen kunne en mere indskrænket fortolkning, som understøttet af retspraksis, begrænse dens anvendelse ved at kræve en klar dokumentation af kontrol- og aktivitetskriterierne.¹³⁰ Alternativt kunne der på EU- såvel som på nationalt niveau indføres kvoter eller incitamenter for SMV-deltagelse i udbud, ved eksempelvis at prioritere SMV-tilbud i visse sektorer.¹³¹ Dette ville bidrage til at modvirke "lock-in" effekten, hvor ordregivere bliver afhængige af nogle få store leverandører, og i stedet fremme en bredere markedsadgang. Dog skal en begrænsning af in-house reglen afvejes med ordregivers behov for fleksibilitet i deres udbud, hvilket vil besværliggøre implementeringen af et sådant tiltag, eftersom der ikke ønskes at fjerne ordregivers adgang til fleksibilitet.

5.4 Monitorering og evaluering

En væsentlig svaghed i den nuværende udbudsret er manglen på systematisk data om SMV'ers deltagelse i offentlige udbud, samt hvilken effekt tiltag som udbudslovens § 144 og § 49, stk. 2 reelt har på SMV'ers adgang. Ved at indføre en mekanisme, som på nationalt niveau kunne overvåge og evaluere kontraktens opdeling i praksis og vurdere SMV'ers succesrate, kunne der skabes et evidensgrundlag for, hvordan man ved fremtidige udbud kunne strukturere disse, for

¹²⁷ Dansk Erhverv, Analyse af SMV-adgang til offentlige udbud, 2022, s. 20

¹²⁸ Dom af 18. november 1999, Teckal Srl mod Comune di Viano, sag C-107/98; Dom af 10. december 2015, Stadt Köln mod Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, sag C-51/15

¹²⁹ World Bank (2017): Benchmarking Public Procurement 2017, s. 16

¹³⁰ Dom af 13. oktober 2005, Parking Brixen GmbH, sag C-458/03

¹³¹ OECD (2018): SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits, s. 49-50.

at sikre den bedst mulige konkurrence ved at have mindre aktører involveret.¹³² En sådan mekanisme kunne bestå af årlige rapporter om andelen af opdelte udbud og SMV-tildelinger. Noget som allerede sker i andre EU-lande, men som endnu ikke har fundet sin vej til det danske marked.¹³³

En større overvågning og dataindsamling ville kunne gøre det muligt at skabe en mere kvalificeret vurdering af, hvorvidt offentlige ordregivere i forbindelse med afholdelsen af deres udbud overholder principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, i de tilfælde hvor de undlader at opdele kontrakten eller hvor de gør brug af in-house reglen. Dette er også den anbefaling som findes af Rådet for Den Europæiske Union, som i deres konklusion af særberetningen fra Revisionsretten støtter Revisionsrettens anbefaling om anvendelse af data af høj kvalitet, og opfordrer Kommissionen og medlemsstaterne til at samarbejde om en identifikation af relevante datasæt, som kan bidrage til en grundig analyse med formålet om at forbedre kvaliteten af den indsamlede data.¹³⁴ Ved at foretage en analyse af de offentlige ordregivers tildelingsmønstre, ville der kunne ses, om der i udbuddene sker en favorisering af større aktører. En sådan favorisering kan ske bevidst og ubevidst, og en undersøgelse af en ordregivers tendenser ville kunne fungere som værktøj til at ændre deres handlemåde, hvad end der er tale om en bevidst bias eller ej.

5.5 Vurdering af reformernes mulighed for implementering

Et er at foreslå tiltag, som ved implementering kan have en effekt på ligestillingen af SMV'er i offentlige udbud, men noget andet er at implementere disse i virkeligheden. Forslag om forstærket opdelingspraksis for ordregiverene, reducerede administrative byrder hos tilbudsgiverne samt en begrænsning af brugen af in-house reglen og en større overvågning af tildelingsbeslutninger ved brug af data har potentielt muligheden for at styrke adgangen for SMV'er, men er tveægget idet tiltagene ville fungere som en begrænsning af den fleksibilitet og effektivitet, som de offentlige ordregivere nyder godt af, og som kan være nødvendig i praksis.

For en bedre opdelingspraksis, ville dette kræve at der blev afsat ressourcer som havde til formål at tjekke, om ordregiver havde forholdt sig korrekt til reglerne fremsat i udbudsloven.

¹³² EU (2021): SME Needs Analysis in Public Procurement, s. 10

¹³³ Europa-Kommissionen, Guidance on Making Public Procurement SME-Friendly, 2021, s. 16

¹³⁴ C/2024/3521 - Rådets konklusioner om Den Europæiske Revisionsrets særberetning nr. 28/2023, nr. 15

Denne undersøgelse af ordregivers overholdelse af sine forpligtelser ville kræve, at der blev gransket både de store udbud som ikke blev opdelt, men også de opdelt kontrakter, som kunne ligne, at de potentielt kunne have karakter af at være en samlet kontrakt, som er kunstigt opdelt.

Dette er betydelige ressourcer, som ville skulle gå til at tjekke de mange tildelingsbeslutninger, som bliver foretaget både over såvel som under tærskelværdierne. Yderligere ville beslutninger taget på baggrund af overvågningen og den indsamlede data være genstand for potentielle klagesager fra ordregivers side samt de aktører, som var blevet tildelt kontrakterne. Dette ville lægge yderligere pres på Klagenævnet for Udbud, som ville skulle håndtere de mange nye klager. Det ville desuden lægge et større pres på de deltagende aktører i de offentlige udbud, da de pludselig ville skulle være forberedte på enten at klage over en tildelingsbeslutning eller en manglende opdelt kontrakt i større omfang end tidligere, ligesom de ville skulle forberede sig på, at de tildelingsbeslutninger som falder deres vej, pludselig i højere grad end tidligere har udsigt til at blive udfordret ved Klagenævnet. Dette pålægger yderligere pres på de administrative byrder, som er der hvor de mindre aktører bliver ramt hårdere end de store spillere på markedet.

Ved redueringen af de administrative byrder, vil dette være diametralt med tiltagene og konsekvenserne heraf, som ville fremkomme ved det foreslåede tiltag om kvalitetssikring af tildelingsbeslutningerne fra ordregivers side. Det handler her i stedet om at mindske byrden, som fremkommer hos SMV'er, når deres personel arbejder på at afgive tilbud og deltage i et udbud, da de her afsætter deres aktiver til denne proces, hvorfor disse aktiver enten ikke har mulighed for at bidrage til virksomhedens omsætning andre steder, eller at denne mulighed er mindsket. Det er altså en vurderingssag fra en mindre aktør, om chancen for at vinde udbuddet er høj nok til, at den potentielle gevinst overstiger de direkte som indirekte udgifter, der er forbundet med deltagelsen.

En mindskning af de administrative byrder gennem tiltag som udarbejdelse af standard skabeloner vil mest realistisk se sådan ud, at byrderne om det administrative arbejde bliver flyttet fra tilbudsgiver til ordregiver, og at det indledende arbejde i udbudsprocessen kommer til at se sig forøget. Dette vil naturligvis bidrage til en stigning af nødvendige ressourcer i forbindelse med udbuddets afholdelse fra ordregivers side, men vurderingen her må blive, om det ikke, for at skabe et mere lige marked hos tilbudsgiver, er nødvendigt og ikke mindst acceptabelt at denne udgift og denne ressource ligges hos ordregiver frem for tilbudsgiver.

Endelig vil det at begrænse in-house reglen være en mere realistisk måde at fremme SMV'ers tilstedeværelse i offentlige udbud på. Denne måde vil ikke forbedre SMV'ers oplevelse i forbindelse med udbuddene, men vil i stedet fremme antallet af udbud, som de mindre aktører kunne deltage i. Der kan argumenteres for, at dette initiativ vil pålægge SMV'er flere forpligtelser end tidligere, samt at dette vil øge presset på deres administrative ressourcer, men dette skal ses i lyset af, at de mindre aktører gennem dette tiltag får adgang til en større andel af udbud, som de kan vælge at deltage i, hvorfor de får bedre mulighed for at vurdere, om de har lyst til og mulighed for at afsætte ressourcer til at deltage i de ekstra udbud.

SMV'erne har altså pludselig en større mulighed for strategisk at placere deres aktiver dér, hvor de vurderer, at der er størst mulighed for at de vil kunne vinde udbuddet og derved få en retur på den investering af tid, penge og mistet omsætning, som har været i udbudsprocessen. Vurderingen af forslagets reelle virkning ved implementering skal altså ske ved at se på, om det at give muligheden for en mere strategisk overvejelse af aktørernes aktiver har en effekt som er proportionel med den risiko for yderligere pres på den administrative byrde og derved en potentielt værre konkurrencesituation, som dette forslag også kan fremtvinge.

Dog kunne et mindre indgreb som SMV kvoter i offentlige udbud være en mellemvej mellem at give SMV'er en større mulighed for at komme på banen uden at fungere som en begrænsning af ordregivers fleksibilitet og uden at være en krænkelse af princippet om ligebehandling.¹³⁵ En opstilling af sådanne kvoter vil kunne give noget af det samme som en reducere af benyttelsen af in-house reglen, da de opgaver som pludselig ikke længere bliver lavet in-house, typisk er kontrakter af lavere værdi, som mindre aktører bedre kan klare selv, og som ikke har stor nok værdi til, at større aktører vil få meget ud af at deltage i. Det fungerer altså som en form for kvote for SMV'er, og effekten af de to tiltag kunne forestilles at være nogenlunde den samme, med den undtagelse af kvoter for SMV'er også ville gælde i forhold til kontrakter af høj værdi, og konkurrencesituationen på de store kontrakter vil pludselig være højere. Denne kvote ville dog ikke kunne gælde på konsortier, da disse skal konkurrere med de store aktører på lige vilkår, og en konkurrencesituation som havde kvoter på konsortiers deltagelse, ville de facto stille større aktører i et ringere udgangspunkt, hvorfor der vil opstå en ulighed mellem aktørerne som er uforenelig med udbudslovens grundlæggende principper i udbudslovens § 2 om ligebehandling og proportionalitet.

¹³⁵ Dom af 12. marts 2008, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, sag T-345/03, præmis 73 og 141-143

5.6 Delkonklusion

I afsnit 5 foreslås der reformer for at imødegå de barrierer, som SMV'er møder i forbindelse med deres deltagelse i offentlige udbud, som manglende opdeling af kontrakter, høje administrative byrder og konkurrencebegrænsende mekanismer som in-house reglen og direkte tildeling.

Forstærket håndhævelse af udbudslovens § 49, stk. 2 gennem obligatoriske retningslinjer og konsultationer med markedet kan bidrage til at sikre en effektiv opdeling af kontrakter, hvilket kan være med til at fremme SMV-deltagelse.

En reduktion af administrative byrder gennem øget vejledning og større standardisering af skabeloner kan positivt påvirke specielt mindre aktører, mens en indskrænket anvendelse af in-house reglen og direkte tildeling, støttet af gennemsigtighedskrav og SMV-kvoter, kan modvirke udelukkelse fra markedet. En national mekanisme til overvågning af tildelingsbeslutninger, som indsamler og analyserer data om SMV-tilbud, opdelingspraksis og mønstre i tildelingen, kan skabe et større evidensgrundlag for, hvordan SMV'er bedre kan inddrages i fremtidige udbud, samt hvordan ordregiver kan handle for bedre at inddrage de mindre aktører.

Disse tiltag er forenelige med EU-rettens krav om ligebehandling og konkurrence, men implementeringen af disse kræver, at der findes en balance mellem SMV-venlighed og hensyn til ordregivers behov for effektivitet og fleksibilitet.

6. Konklusion

Denne specialeafhandling har undersøgt SMV'ers vilkår for deltagelse i offentlige udbud samt mulighederne for at forbedre deres adgang gennem en analyse af udbudsloven, udbudsdirektivet og relevant retspraksis. Afhandlingen har vist, at udbudsdirektivet og udbudsloven indeholder mekanismer, som søger at fremme SMV'ers adgang, men at der fortsat eksisterer barrierer, som begrænser deres muligheder for at konkurrere på lige fod med større økonomiske aktører.

Udbudslovens muligheder for konsortiedannelse efter § 144 og princippet om "opdel eller forklar" i udbudslovens § 49, stk. 2 er centrale tiltag, som sigter mod at styrke SMV'ers deltagelse ved offentlige udbud.

Konsortiedannelse giver mindre aktører mulighed for at opfylde minimumskrav og dække manglende kompetencer, hvilket øger deres konkurrenceevne i større udbud. Dog medfører konsortier risiko for konkurrencebegrænsning, som set i Vejstribesagen (U.2020.524 H), og kulturelle samt sproglige udfordringer i grænseoverskridende konsortier kan yderligere bidrage til en komplikation af samarbejdet. "Opdel eller forklar" princippet tvinger ordregivere til at overveje mindre kontrakter, men praksis viser, som belyst i C-376/08 og C-216/17, at manglende eller utilstrækkelig begrundelse for manglende opdeling ofte begrænser den faktiske effekt af princippet.

Barrierer som direkte tildeling efter udbudslovens §§ 6-8 og in-house reglen i udbudslovens §§ 12-15 reducerer konkurrence og gennemsigtighed, hvilket uproportionelt rammer SMV'er. Direkte tildelinger under tærskelværdier favoriserer ofte etablerede aktører, mens in-house reglen, som præciseret i Teckal (C-107/98) og Stadt Köln (C-51/15), muliggør en intern tildeling uden udbud, hvilket også uproportionelt rammer SMV'erne, da manglende adgang til markedet agerer som en "nedsivningseffekt", som påvirker aktørernes mulighed for at deltage i fremtidige udbud. Derudover udgør høje administrative byrder og kompleksitet i udbudsdokumenter yderligere udfordringer for SMV'er, som ofte mangler ressourcer til at navigere i udbudsprocessen, og hvor prisen for deres anvendelse af ressourcer i udbudsprocessen er højere end hos de store aktører, grundet den procentvis større anvendelse af aktiver i forbindelse med et udbud.

For at forbedre SMV'ers vilkår kommer afhandlingen med forslag til reformer som en strammere håndhævelse af "opdel eller forklar" gennem obligatorisk markedsdialog og standardiserede skabeloner, reduktion af administrative byrder via målrettet vejledning, og en indskrænket anvendelse af in-house reglen og direkte tildeling gennem skærpede gennemsigtighedskrav. Endelig foreslås der en national overvågningsmekanisme, som ican indsamle data om SMV-deltagelse og tildelingsmønstre i offentlige udbud, for på denne måde at skabe evidens for en optimering af fremtidige udbud, således at disse bliver gjort mere SMV-venlige, og på den måde får skabt en styrket konkurrencesituation, som vil komme tilbudsgiverne såvel som ordregiverne til godt gennem henholdsvis øget adgang og bedre priser.

Disse tiltag er forenelige med EU-rettens principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, men kræver en afvejning mod ordregivers behov for fleksibilitet. Implementering af reformerne vil medføre øgede ressourcer til overvågning og

administration, hvilket kan udfordre mindre ordregivere, men fordelene ved øget konkurrence og bedre udnyttelse af offentlige midler opvejer disse omkostninger på længere sigt, hvor en besparelse på fremtidige udbud som følge af øget konkurrence giver ordregiver mere luft i budgettet.

Der konkluderes, at udbudsloven ikke i tilstrækkelig grad sikrer SMV'ers adgang til offentlige udbud på lige fod med større aktører. Dette er et synspunkt, som deles af Den Europæiske Revisionsret og Rådet for Den Europæiske Union, og er et fokus punkt for en opdatering af udbudsdirektivet. Trods at konsortiedannelse og opdelingsprincippet i teorien fremmer inklusionen af de mindre aktører, så modvirkes denne effekt af ordregivers anvendelse af direkte tildelinger, in-house reglen og høje administrative byrder ved deltagelse i en udbudsproces.

De foreslåede reformer kan bidrage til at styrke SMV'ernes position i situationer om offentlige udbud, men kræver politisk vilje og ressourcer for at balancere SMV-venlighed med effektivitet i udbudsprocessen. Der er derfor behov for en fortsat evaluering og justering af udbudsretten for at opnå et mere konkurrencedygtigt og inkluderende marked, som lever op til udbudsdirektivets mål om lige vilkår og effektiv anvendelse af offentlige midler.

Litteraturliste

Primære retskilder

Love

- Grundloven: Danmarks Riges Grundlov, Lov nr. 169 af 5. juni 1953
- Udbudsloven: Lov nr. 1564 af 15. december 2015.

Traktater

- EUF-traktaten: Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, konsolideret version, EU-Tidende 2012, nr. C 326.

Direktiver

- Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EU-Tidende 2014, nr. L 94.
- Direktiv 2004/18/EF: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af procedurerne for tildeling af offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, vareindkøb og tjenesteydelser, EU-Tidende 2004, nr. L 134.

Retspraksis:

EU-Domstolen

- C-6/64: Costa mod ENEL, dom af 15. juli 1964.
- C-14/83: Von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen, dom af 10. april 1984.
- C-106/89: Marleasing SA mod La Comercial Internacional de Alimentación SA, dom af 13. november 1990.
- C-107/98: Teckal Srl mod Comune di Viano, dom af 18. november 1999.
- C-324/98: Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, dom af 7. december 2000.
- C-29/04: Kommissionen mod Østrig, dom af 10. november 2005.
- C-458/03: Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG, dom af 13. oktober 2005.
- C-480/06: Kommissionen mod Tyskland, dom af 20. maj 2008.
- T-345/03: Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, dom af 12. marts 2008.

- C-573/07: Sea Srl mod Comune di Ponte Nossa, dom af 10. september 2009.
- C-226/09: Kommissionen mod Irland, dom af 18. november 2010.
- C-376/08: Serrantoni Srl og Consorzio Stabile Edile Srl mod Comune di Milano, dom af 23. december 2009.
- C-395/18: Tedecoop Società Cooperativa Sociale og andre mod Comune di Torino og andre, dom af 28. november 2019.
- C-51/15: Stadt Köln mod Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, dom af 17. december 2015.
- C-441/14: Dansk Industri (DI) mod Rasmussen, dom af 19. april 2016.
- C-216/17: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) mod Coopservice Soc. coop. arl, dom af 19. december 2018.
- C-357/19: Comune di Bari mod Securitalia Srl, dom af 21. december 2021.
- C-470/99, Universale-Bau mod AG, dom af 12. december 2002

National retspraksis

- U.2020.524 H: Vejstribesagen, Højesterets dom af 2020.
- Alabu Bolig mod Electrolux Professional A/S: Klagenævnet for Udbud, kendelse af 2022
- Totalleverandør Danmark ApS mod Rudersdal Kommune, KLFU 23. oktober 2018

Sekundære retskilder:

Bøger og artikler

- Evald, Jens (2024). Juridisk teori, metode og videnskab, 3. udgave. København: Djøf Forlag.
- Hamer, Carina Risvig (2021). Udbudsret, 2. udgave. København: Djøf Forlag.
- Hamer, Ulla (2020). "Er lovbemærkningerne til at stole på?", U.2020.B.114.
- Hansen, Carsten Munk (2017). Den juridiske løsning - introduktion til juridisk metode, 1. udgave. København: Djøf Forlag.
- Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth (2021). EU-Ret: Fri bevægelighed, 4. udgave. København: Djøf Forlag.
- Poulsen, Steen, Steinicke, Michael, Birkelund Nielsen, Carina & Bergholt Sommer, Maria (2022). EU-udbudsretten, 4. udgave. København: Djøf Forlag.

Rapporter og vejledninger

- Celotti, P., Alessandrini, M., Valenza, A., Amichetti, C., & Fábregas, J. (2021). SME needs analysis in public procurement: Final report. European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs.
- Dansk Erhverv (2022). Analyse af SMV-adgang til offentlige udbud.
- Den Europæiske Revisionsret (2023). Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU.

- Europa-Kommissionen (2011). Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15 final, 27. januar 2011.
- Europa-Kommissionen (2021). Guidance on Making Public Procurement SME-Friendly.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2024). Opdel eller Forklar.
- OECD (2018). SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits. OECD Public Governance Reviews.
- OECD (2024). Public Procurement for Innovation and SME Growth: A Global Perspective. OECD Public Governance Reviews.
- SMV-Danmark (2023). 7 veje til en SMV-venlig udbudspolitik.
- World Bank (2017). Benchmarking Public Procurement 2017.
- C/2024/3521: Rådets konklusioner om Den Europæiske Revisionsrets særberetning nr. 28/2023.