

Copenhagen Business School

Cand.Merc.Jur

Kandidatafhandling

Januar 2011

Partnering i EU udbud

en vej til værdiskabelse for den offentlige sektor

(Partnering in EU procurement – a way to create value in the public sector)

Vejledere:

Christina D. Tvarnø (juridisk)

Lasse Henningsen (økonomisk)

Udarbejdet af:

Kalle Johannes Rose

Antal tegn inkl. Summary og forside: 171.632

11 modeller af 800 tegn = 8.800

I alt 180.432 tegn = 79,31 normal sider

Summary

This thesis investigates the legal restrictions by the prohibition of negotiations in the EU public procurement directive and the possible use of partnering in public procurement law.

By analyzing the EU public procurement directive I investigate the possibility to use partnering as a procurement contract. One of the main elements in the partnering contract is the possibility to negotiate. In the public procurement directive there is a general prohibition of negotiations conducted from the two general principles of equal treatment and transparency. I find that these two principles and the prohibition of negotiations combined makes partnering impossible to use in EU public procurement.

I analyze the economic value of three kinds of contracts, a tradition agreement, procurement with competitive dialogue and partnering to see which one secure an optimal contract on the background of asymmetrical information, based on the Principal Agent theory. The use of procurement with competitive dialogue is used, because it is the most willing type of contract to allow partnering. With a combination of Principal Agent theory, game theory and microeconomics I find, that partnering is superior to the other two contracts because of the negotiations in the process of the contract and the ideas behind engaging in a partnering contract.

I finally combine the legal and the economic issues in an integrated law and economic perspective. Here I use a model inspired by the classical prisoner's dilemma matrix. I expand the model to get a more accurate output and use it to analyse the legal background of the prohibition of negotiations in the EU public procurement directive in a context of the economic results from the economic chapter. Here I conclude that even if the prohibition of negotiation serves to uphold a social economic market structure, it undermines the possibility for the public sector in the EU to obtain and use the much more efficient contract, partnering.

Therefore I conclude that the prohibition of negotiation has a large negative economic influence on the public procurement contract regarding the possibilities with the use of negotiations in a partnering context.

Indholdsfortegnelse

| | |
|--|-----------|
| Kapitel 1: Introduktion | 4 |
| 1.1 Indledning | 4 |
| 1.2 Problemstilling | 5 |
| 1.2.1 Partsautonomi og de offentlige myndigheder | 6 |
| 1.2.2 Problemformulering | 9 |
| 1.3 Afgrænsning | 10 |
| 1.4 Metodeafsnit | 10 |
| 1.4.1 Formål, synsvinkel og struktur | 10 |
| 1.4.2 Juridisk metode | 12 |
| 1.4.3 Økonomisk metode | 14 |
| 1.4.4 Integreret metode | 16 |
| 1.5 Begrebsafklaring | 16 |
| Kapitel 2: Juridisk analyse | 17 |
| 2.1 Partnering som kontraktform: | 17 |
| 2.2 EU udbudsdirektiv 2004: | 22 |
| 2.2.1 Grundlæggende principper: | 22 |
| 2.2.2 Udbudsformer | 31 |
| 2.3 Partnering under EU Udbudsdirektiv 2004 | 37 |
| 2.4 Delkonklusion | 42 |
| Kapitel 3: Økonomisk analyse | 44 |
| 3.1 Forhandlingens relevans | 45 |
| 3.1.1 Fangernes dilemma uden forhandling: | 45 |
| 3.1.2 Fangernes dilemma med forhandling: | 47 |
| 3.2 Principal-Agent problemer i en kontraktuel sammenhæng | 48 |
| 3.2.1 Informationsfordeling mellem de kontraherende parter: | 49 |
| 3.2.2 Adverse Selection og Moral Hazard: | 50 |
| 3.2.3 Traditionelle aftaler og P/A problemer: | 50 |
| 3.2.4 Partnering og P/A problemer: | 53 |
| 3.2.5 Udbud og P/A problemer: | 58 |
| 3.3 Værdiskabelse ved forhandling | 64 |
| 3.4 Delkonklusion | 69 |
| Kapitel 4: Integreret analyse | 70 |
| 4.1 Kontraktspillet | 70 |
| 4.1.1 Den traditionelle aftale: | 72 |
| 4.1.2 Udbud med konkurrencepræget dialog: | 73 |
| 4.1.3 Partnering: | 75 |
| 4.1.4 Forhandlingsforbuddet kontra partnering: | 77 |
| Kapitel 5: Samlet Konklusion | 82 |
| Litteraturliste: | 83 |

Kapitel 1: Introduktion

1.1 Indledning

Den økonomiske grundeksistens for hierarkisk opbyggede virksomheder, der efter Ronald Coase i 1937 eksisterede pga. transaktionsomkostninger, bliver i dag stærkt udfordret af den gældende markedsstruktur, kaldet globaliseringen.¹ I et marked, der i teorien omfatter hele jordkloden, er antallet af variabler for virksomheder eskaleret. Derfor er en virksomhed nødt til at kunne justere hurtigt, da variablerne risikeres ændret på et splitsekund grundet en eventuel ændring i markedets handling, trend eller teknologi. For at virksomhederne skal kunne følge denne fleksible markedsstruktur, er det en nødvendighed at tilpasse virksomhedsopbygningen. Det er ikke længere de store organisatoriske hierarkier der er brug for, for at omkostningsminimere, men en sammensætning af netværk mellem virksomheder, hvor alle fokuserer på deres kerneområder og sammen skaber det endelige produkt.²

Det der er brug for i globaliseringen, er en interagerende virksomhedsstruktur, hvor der i fællesskab med andre virksomheder og organisationer skabes en værdiskabende genstand ud fra tanken om samarbejde i en netværksgruppe. Denne fladere organisationsstruktur skabes ved borttagelse af mellemed i virksomheden, der vil føre til bedre kommunikation i og mellem det øverste og nederste virksomhedsled og forbundet med strategien om outsourcing af alt, der ikke tilhører virksomhedens kerne kompetence, vil skabe større effektivitet. Dette kræver et samarbejde med andre virksomheder, der derved sammen skaber et fælles netværk.³

Denne omjustering er ikke kun relevant for det private erhvervsliv, men tilegner sig ligeledes de offentlige organer, der om noget har en hierarkisk organisationsstruktur.⁴ Specielt med det offentlige er fokus placeret med hovedvægt på outsourcing, da de offentlige myndigheder stadig besidder monopollignende råden over store dele af det offentliges ydelser. Nødvendigheden for det offentliges transformering er de seneste år set i praksis, ved den store udvikling for anvendelse af

¹ Francis Fukuyama (2010) afs. "New approaches to public administration".

² Francis Fukuyama (2010) afs. "New approaches to public administration".

³ Francis Fukuyama (2010) afs. "New approaches to public administration".

⁴ Francis Fukuyama (2010) afs. "New approaches to public administration".

offentlige private partnerskaber (OPP, eller engelske PPP).⁵ Grundidéerne bag virksomhedernes sociale netværksgrupper ligger i et tæt tillidsbånd mellem de forskellige netværksdeltagere og handler om en optimering af social kapital, der betegner tilvejebringelse af overskud for hele netværksgruppen og ikke kun den enkelte deltager.⁶

Denne fremgangsmåde har det private erhvervsliv (specielt i Storbritannien og USA) taget til sig gennem de sidste to årtier og overført tankegangen til dannelsen af en ny form for kontrakttype ved navn partnering.⁷ For at imødekomme kravene om fleksibilitet og konstante konjunkturændringer har det private erhvervsliv dannet grundrammen for, hvordan et projekt skal ledes og udføres efter tankegangen om virksomhedernes sociale netværk, baseret på tillid og opnåelsen af et fælles mål ved nyttemaksimering på baggrund af en optimering af den sociale netværksgruppes kapital.⁸ Partnering sætter målet for det endelige projekt foran alting og fokuserer på relationen i netværksenheden, der kræver konstant kommunikation og forhandling, når udfordringer skal løses, hvorfor selve processen også er et primært fokus. Dette medfører, at kontraktindgåelsen er mere baseret på fælles værdier og målsætning i forhold til normale kontrakter, der som hovedmål omhandler en transaktion bestående af en ydelse og en modydelse. Partnering har vist sig som en profitabel kontraktform i forhold til traditionelle aftaler pga. idéen om fælles optimering.⁹ Eksemplet her viser, at man igen ser det private erhvervsliv som forløber for den innovative proceshåndtering for at tilpasse sig markedet. Men for at der skal komme en komplet værdiskabelse på hele det europæiske markedet, er det nødvendigt, at indbringe det offentlige i denne tankegang. Det er ikke længere nok at begrænse sig til OPP'er, hvor muligheden for partnering er til stede.

1.2 Problemstilling

Hvis denne kontraktform synes at inddrage elementer, der kan løse visse opgaver på en mere effektiv måde end andre kontrakter, bør den anvendes hvor det synes muligt. Til forskel for den private sektor er den offentlige sektor reguleret i et andet omfang og om dette kan have en effekt på anvendelsen af partnering er nødvendig information for denne afhandling og den endelige

⁵ Christina D. Tvarnø (2002, Partnering – En aftaleretlig udfordring) afs. 1

⁶ Christina D. Tvarnø (2002, Julebog) s. 4

⁷ Christina D. Tvarnø (2002- Partnering – en aftaleretlig udfordring) afs. 1

⁸ K. N. Olesen (2004) s. 60ff og 157f

⁹ Christina D. Tvarnø (2002, Julebog) s. 16

problemformulering. Derfor vil der nedenstående analyseres forskellen mellem de private og offentlige aftaler/hensyn og hvorfor der synes at være mere regulering af den offentlige sektor.

1.2.1 Partsautonomi og de offentlige myndigheder

Aftalefriheden, som vi kender den ifølge aftaleretten, opstod i den økonomiske liberalisme i Det 19. Århundrede på baggrund af ønsket om frie muligheder for at sammensætte ønskede retlige aftaler mellem kontraherende parter.¹⁰ Der er sket meget siden, men princippet om aftalefrihed står stadig stærkt i forhold til aftale- og kontraktindgåelse indenfor den private sektor og er om noget den reelle grundsten for privatretten. Det frembringes eksempelvis i den danske Grundlov, hvor det skrives, at ”Alle indskrænkninger i den fri og lige adgang til erhverv, som ikke er begrundet i det almene vel, skal hæves ved lov”.¹¹ Aftalefriheden eller partsautonomi omfatter at kontraherende parter selv er ansvarlige for en given aftale og bygger i særdeleshed på troen om, at kontraherende parter i fællesskab kan komme frem med den mest effektive kontrakt, hvis der ikke er opstillet regler og procedurer for hvorledes de forskellige parter skal handle og specielt begrænses. Det tilsiges at en kontrakt er en overensstemmelse i de kontraherende parters viljeserklæringer overfor hinanden. Den fælles vilje og forståelse af en kontrakt er grundlaget for fortolkningen af denne.¹² Kontraktretten som beskriver forholdet mellem de kontraherende parter i en aftale/kontrakt situation, er en del af privatretten, men omfatter både de kontrakter, som er indgået mellem private parter og de offentlige kontrakter.¹³ Dog omfatter kontraktretten ikke de offentlige reguleringer, eller de forbud, der kan forekomme pålagt den offentlige sektor, som eksempel forbudsregulering i forbindelse med medlemskabet af den Europæiske Union.¹⁴ Grundlaget herfor er, at den offentlige regulering omfatter at udstede love, bekendtgørelser etc. og træffer beslutninger (forvaltningsakter), der er en ensidig beslutning, hvorfor dette ikke kan siges at være en aftale.¹⁵

¹⁰ L. L. Andersen og P. B. Madsen (2006) s. 22

¹¹ Grundlovens § 74

¹² Bernard Gomard (1996) s. 20

¹³ Professor, dr.jur. Bernhard Gomard beskriver i sin bog ”Almindelig kontraktret” fra 1996, at den almindelige kontraktret og aftaleret omfatter de retsregler, som angår alle kontrakter. Se s. 17 kombineret med s. 23

¹⁴ Bernard Gomard (1996) s. 17, eksempelvis med henvisning til de forbud der ligger i den EU regulerede udbudsret, se kap. 2

¹⁵ Bernhard Gomard (1996) s. 30

Det reelle fokus for en rent privat aftale/kontrakt er, at opfylde den kontraherende parts viljeserklæring ved samtidig opfyldelse af egen viljeserklæring.¹⁶ Den bygger, som skrevet ovenstående, på den økonomiske liberalisering, så hvis en udveksling af goder parter imellem synes tilfredsstillende, bør der ikke være lovmæssige begrænsninger. Dette understøttes specielt af det normative Coase teorem:¹⁷

”Hvis man ønsker effektivitet, bør loven udformes således, at den reducerer eller helst fjerner hindringer for private aftaler.”

Coase mener hermed, at hvis der udformes retsregler, som kan medføre en yderligere omkostning ved en kontrakt for de kontraherende parter, synes denne ikke at være effektiv. Han beskytter herved aftale og kontraktfriheden og viser med sit normative teorem, at begrænsninger i disse friheder foringer ikke kun kontrakten men også samfundet.¹⁸ Beskyttelsen af partsautonomien i den private sektor må herved grundlægges i, at der kommer mere økonomisk fordelagtige kontrakter ud af fleksibiliteten i partsautonomien, da kontrakternes økonomiske mulige værdi ikke forringes af eksterne faktorer.¹⁹

Der er dog afvigelser til Coase Teoremet. Eksempelvis gælder der for rent private aftaler regler i forhold til opretholdelse af konkurrencen, der hermed indskrænker den mulige aftale/kontraktfrihed, for samtidig sikring af en effektiv konkurrence.²⁰ Selvom det offentlige i princippet, som beskrevet ovenstående også er omfattet af kontraktretten og som grundlag har aftale/kontrakt frihed, adskiller de sig væsentligt ved at være bundet til adskillige andre regelsæt. Det er her vigtigt at fremhæve, at kontraktfrihed kun gælder i det omfang, at lovgivningen overholdes.²¹ I modsætning til en kontrakt, der er baseret udelukkende på private parter, har de offentlige myndigheder et andet værdibaseret grundlag at skulle tage hensyn til. I stedet for profitmaksimering, skal de offentlige myndigheder tage hensyn til samfundets interesse. Alf Ross fastsætter, at en *”Myndighed betyder en særegen kompetence: kompetence som social funktion”* og at *”En myndighed kaldes offentlig, når den tjener det omfattende suveræne fællesskab, vi kalder staten”*.²² Grundet de kompetencer, der tildeles en

¹⁶ Bernard Gomard (1996) s. 20

¹⁷ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 77, der er anvendt egen oversættelse.

¹⁸ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 76f

¹⁹ L. L. Andersen og P. B. Madsen (2006) kap.1 afs. 1.3 og 1.4

²⁰ Her henvises til reglerne om monopoler artikel 101-103 TEUF

²¹ K. N. Olesen (2004) s. 65

²² Alf Ross (1971) s. 247

offentlig myndighed, ved at skulle tage beslutninger på statens veje, følger der en række forskrifter og procedurer, som kræves overholdt for at sikre, at det offentlige ikke går ud over deres kompetencer.²³ Grundlaget herfor er, at det skal kunne garanteres, hvorvidt de statslige midler bliver anvendt i rette henseende. Det interessante i forhold til begrænsningerne for de offentlige myndigheders råderum for at indgå aftaler og kontrakter er, at de elementer, der bliver frataget de offentlige myndigheder, kan være med til at forringe de aftaler og kontrakter, der bliver indgået. Det er dog ikke altid, at det er den nationale myndighed, der har udstedt den eventuelle begrænsende lovgivning. Danmark er som eksempel en del af den Europæiske Union, der omfatter at den danske stat og myndigheder er pligt til at overholde EU-retten.²⁴ Et af de grundlæggende mål for den Europæiske Unions oprettelse af det indre marked er ”udvikling i Europa baseret på en afbalanceret økonomisk vækst....med høj konkurrenceevne”²⁵. Af lovmæssig relevans, for de offentlige myndigheders muligheder for at indgå kontrakter, er EU udbudsretten, der bl.a. tilsigter at opretholde ovenstående EU mål.²⁶ Ved indførelse af udbudsdirektivet fra 2004 sikrer Unionen, at der bliver skabt et rum for offentlige kontrakter inden for det indre marked. Metoden til at opnå den høje konkurrenceevne på dette marked opnås ved at fremsætte standardiserede procedurer, som de ordregivende myndigheder skal overholde ved indgåelse af offentlige kontrakter, der omfattes af direktivet.²⁷

Nødvendigheden for at indføre strikse procedurer for opretholdelsen af konkurrencen på et marked der omfatter de offentlige myndigheder vil kunne synes mærkværdig, da de mest anvendte regler for opretholdelse af en effektiv konkurrence på det indre marked er baseret på forbud mod opstilling af barrierer samt en mere liberaliserende tro på, at den effektive konkurrence netop opretholdes ved at frigøre det indre marked for alle.²⁸ Dog er der et stort behov for at regulere de offentlige myndigheder indenfor Unionen og pålægge dem yderligere forpligtelser for at garantere en opretholdelse af den effektive konkurrence. Grunden herfor er, at den offentlig myndighed ikke har samme struktur og mål som en privat virksomhed. En privat virksomhed vil have profitmaksimering for øje, da dette er grundlæggende for videre eksistens. Herimod har en offentlig myndighed ansvar for at tilvejebringe og opretholde politiske hensyn.

²³ Alf Ross (1971) s. 246-249

²⁴ Også kaldet EU konform fortolkning. Se Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 105 mfl.

²⁵ Artikel 3, stk. 3 EU

²⁶ Ruth Nielsen (2010) s. 19ff

²⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF og Michael Steinicke s. 132

²⁸ Art. 34 TEUF (Varernes fri bevægelighed), Art. 45 TEUF (arbejdskraftens fri bevægelighed), Art. 49 TEUF (etableringsfrihed), Art. 56 TEUF (fri udveksling af tjenesteydelser) og Art. 63 TEUF (kapitalens fri bevægelighed).

EU opstiller via reglerne for offentlige udbudskontrakter en mulighed for, at de offentlige myndigheder kan agere som virksomheder uden fare for at statens penge ikke er effektive, med det egentlige mål om bl.a. høj konkurrenceevne og social markedsøkonomi jf. EU art. 3, stk.3.²⁹ Disse regler omhandler bl.a. princippet om ligebehandling, gennemsigtighed og et hertil hørende forhandlingsforbud.³⁰ Det interessante er i denne sammenhæng at undersøge, hvorledes en kontrakt der baseres på bl.a. forhandlingsfleksibiliteten i partsautonomien, som partnering, kan findes at muliggøre under de EU retlige udbudsregler for offentlige kontrakter, når de ovennævnte udbudsregler bl.a. inkluderer et forhandlingsforbud.

1.2.2 Problemformulering

Problemformuleringen indeholder et overordnet integreret spørgsmål og to underspørgsmål, der findes nødvendige for at kunne besvare det overordnede spørgsmål. Disse underspørgsmål behandles i henholdsvis et juridisk og et økonomisk kapitel. Konklusionerne fra de to kapitler sammenholdt med analysen i et integreret kapitel lægger grundlaget for besvarelsen af det overordnede spørgsmål.

Integreret:

I hvilken grad påvirker forhandlingsforbuddet den økonomiske efficiens af offentlige aftaler under de udbudsretlige regler i den Europæiske Union i forhold til anvendelse af partnering, som kontraktform ved offentlig udbud?

Juridisk:

- I hvilken grad muliggør de gældende regler og forhandlingsforbuddet i Udbudsdirektivet fra 2004 anvendelsen af partneringkontrakter?

Økonomisk

- Hvilken kontraktøkonomisk værdi vil en tilladelse af forhandling og anvendelsen af partneringkontrakter have i forhold til en offentlig udbudskontrakt?

²⁹ Se også Ruth Nielsen (2010) s. 26-27

³⁰ Ruth Nielsen (2010) kap. 2

1.3 Afgrænsning

Denne afhandling tager udgangspunkt i udbud af offentlige kontrakter under det nugældende udbudsdirektiv.³¹ Herved afgrænses der for alle kontrakter og aftaler, der ikke hører ind under direktivets anvendelsesområde og herved ikke overstiger de i udbudsdirektivet fastsatte tærskelværdier.

Der tages i denne afhandling ikke hensyn til specifikke nationale bestemmelser. Der afgrænses for andre udbudsmuligheder end offentlig udbud, begrænset udbud, udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog. Offentlig udbud og begrænset udbud afgrænses der fra i en dybere analytisk tilgang, da en dybere analyse af disse udbudsformer ikke vil gavne afhandlingens omdrejningspunkt.

Der afgrænses ydermere for anvendelse af folkeretlige implikationer på udbudsretten, da denne fremstilling udelukkende ønsker at klarlægge udbudsreglerne i et rent EU-retligt perspektiv og grundet i, at flere folkeretlige tiltag implementerer lande uden for EU, hvilket ikke hidrører behandlingsområdet for denne fremstilling.³²

1.4 Metodeafsnit

1.4.1 Formål, synsvinkel og struktur

Formålet med denne afhandling er at foretage en teoretisk analyse af, hvorledes partnering som kontraktform ville kunne anvendes af de ordregivende myndigheder og effektivisere kontrakter ved offentlig udbud i EU. Grunden hertil er, at det ønskes med afhandlingen at sætte fokus på, hvorledes regler udstedt af EU er med til at begrænse den offentlige sektor i at effektivisere. Ved at analysere jura og økonomi i hver deres fagområder er formålet, at vise hvor velbegrundet og forskellig to sider kan være af næsten samme sag. Formålet med dette er bagefter at kombinere de to retninger for at kunne besvare den overordnede problemformulering og vise hvorledes de to fag kan kombineres på en måde, hvorpå der kan skabes en mere effektiv løsning ved at drage nytte af hvert fagområdes viden,. I det store hele er udgangspunktet at vise en kombineret vej til at skabe et bedre

³¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF

³² Ruth Nielsen (2010) s. 50

samfund. På denne baggrund synes det at være logisk, at synsvinklen er EU i et samfundsperspektiv. Den benyttede teori til at analysere efficiens vil i denne afhandling baseres på Pareto-efficiens.³³

Afhandlingen er opdelt i en juridisk analyse i kapitel 2, en økonomisk i kapitel 3 og en integreret i kapitel 4 efterfulgt af den samlede konklusion i kapitel 5. Kapitel 2 og 3 ønsker at besvare de to underspørgsmål til hoved problemformuleringen og kapitel 4 sammenfatter herved konklusionerne fra kapitel 2 og 3 og analyserer dette, for i kapitel 5 at besvare den overordnede problemformuleringen.

I kapitel 2 analyseres forståelsen og anvendelsen af partnering som kontraktform. Herefter analyseres de nugældende udbudsregler ved en analyse af de grundlæggende principper bag udbudsdirektivet samt hertil relevant retspraksis. De to relevante udbudsformer for denne afhandling, udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog, analyseres herefter. Som afsluttende del i denne juridiske analyse sammensættes kontraktformen partnering med udbudsreglerne for at udlede mulighederne for anvendelse af kontraktformen under de nugældende udbudsregler.

I kapitel 3 søges virkningen af forhandling i en kontraktsituation ved først at analysere det klassiske eksempel af fangernes dilemma. Herefter opsættes en analyse i et P/A perspektiv af henholdsvis en traditionel kontrakt, en partnering kontrakt og en udbudskontrakt for udbud med konkurrencepræget dialog. Der analyseres graden og grundlaget for asymmetrisk information, der understøttes af mikroøkonomiske modeller og implementering af bl.a. konkurrenceeffekter. For at den økonomiske analyse ikke skal baseres på en opfyldelse af principalens nyttemaksimering analyseres de tre kontraktformer og deres forhandlingsværdi i den mikroøkonomiske Edgeworth Box, der fastsætter værdien af kontrakten baseret på begge parter nyttemaksimering.

I kapitel 4 sammenfattes konklusionerne for de to forrige kapitler og herved dannes der via opstilling af et kontraktspil grundlag for en retsøkonomisk analyse. Dette kontraktspil baseres på juridiske parter i en kontraktindgåelsessituation for offentlig udbud. Ved hjælp af den økonomiske analyse fremsættes værdier for forskellige mulige kontraktindgåelser. Disse analyseres og kapitel 5

³³ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 21f

svarer herefter på den overordnede problemformulering med hjælp fra de to foregående konklusioner og den integrerede analyse.

1.4.2 Juridisk metode

For at kunne vurdere, i hvilket omfang det EU retlige forhandlingsforbud sikrer en samfundsefficient retlig baggrund i forhold til muligheden for at anvende en kontraktform, som partnering, der er afhængig af brugen af forhandling, er det nødvendigt at udlede gældende ret, for at analysere muligheden for at anvende partnering ved udbud af offentlige kontrakter. Denne analyse foretages ud fra en retsdogmatisk metode, der angiver relevante kilder til at udlede gældende ret og hvorledes disse skal fortolkes.³⁴

Retskildelære:

Retskilderne kan opdeles i 4 hovedgrupper, regulering, retsædvaner, præjudikater og forholdets natur. Denne opdeling er baseret på Alf Ross' realistiske retsteori.³⁵ Denne afhandling behandler dog kun de retskilder, der findes relevante i forhold til problemformuleringen.

Indenfor offentlige udbud er de ordregivende myndigheder underlagt en række retskilder af folkeretlig, EU-retlig og national karakter.³⁶ Denne afhandling omhandler dog kun de ydelser de offentlige myndigheder ønsker anskaffet, der er underlagt det samlede Europa-Parlamentets og Rådes direktiv Nr. 2004/18/EF, herefter udbudsdirektivet. Derfor vil udgangspunktet for afhandlingens juridiske analyse være EU-retlig regulering. Anvendelsen af national ret begrænses til primært kun at anlægge en kontraktretlig procesramme for en traditionel aftale. Dette frembringes under analysen af partnering som kontraktform og denne procesramme anvendes herefter som tilbagevendende subjekt som analytisk værktøj.

EU-retlig regulering er opdelt i primære og sekundære retskilder.³⁷ Den primære værende traktaten, det er forpligtigende for de ordregivende myndigheder, uanset om de udbudte kontrakter omfattes af udbudsdirektivet eller ej.³⁸ De frie bevægelighedsregler skal kun respekteres, når der er tale om en

³⁴ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 28-29

³⁵ Alf Ross (1953) og Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 43

³⁶ Ruth Nielsen (2010) kap. 1

³⁷ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) kap. 3 afsnit 3.3

³⁸ Ruth Nielsen (2010) s. 31

grænseoverskridende interesse.³⁹ Da fokus i denne afhandling er udbud af offentlige kontrakter, der omfattes af udbudsdirektivet, vil traktatens bestemmelser anvendes i begrænset omfang. Derimod analyseres de primærretlige principper, ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet samt det afledte forhandlingsforbud, i samspil med direktivet.⁴⁰ Disse principper skal respekteres på EU-regulerede områder.⁴¹

De sekundære retskilder kan videre opdeles i bindende og ikke-bindende retskilder jf. Art. 288 TEUF. Udbudsdirektivet er en bindende sekundær regulering og er omdrejningspunktet for denne afhandling, men der vil kun blive behandlet bestemmelser, der har relevans for problemstillingen.⁴² Direktiver er jf. Art. 288 TEUF bindende for enhver medlemsstat, men gennemførelsen overlades til de nationale myndigheder, der skal sørge for at direktivernes tilsigtede mål overholdes. Danmark har implementeret direktivet ved bekendtgørelse nr. 937 af 16. September 2004. Dette behandles dog ikke yderligere, da fokus i denne afhandling ønskes forbeholdt EU og ikke de individuelle medlemsstater.

Af relevans for analysen inddrages Rådets og Kommissionens fælleserklæring for at bidrage til fortolkningen af det EU-retlige forhandlingsforbud.⁴³ EU-domstolen anvender ikke bindende retsakter til fortolkning, så selvom Fælleserklæringen anses som ikke bindende sekundær regulering, synes retskildeværdien at kunne tillægges en vis værdi, da fælleserklæringen anvendes som fortolkningselement for EU-domstolen i sagen om de Wallonske busser.⁴⁴

For at fremkomme med en fyldestgørende analyse til besvarelse af problemformuleringen, er det nødvendigt at foretage analyse af domspraksis i forbindelse med det behandlede EU-retlige principper og forbud. EU-domstolens afgørelser er væsentlige for fortolkningen af gældende ret og er en afgørende retskilde i udbudsretten.⁴⁵ Hvor det synes relevant inddrages generaladvokatens udtalelser til fortolkning af EU-domstolens afgørelser. Disse udtalelsers retskildeværdi er dog

³⁹ Ruth Nielsen (2010) s. 32, der henledes til artiklerne; Art. 18 TEUF (generelt forbud mod diskrimination), Art. 34 TEUF (Varernes fri bevægelighed), Art. 45 TEUF (arbejdskraftens fri bevægelighed), Art. 49 TEUF (etableringsfrihed), Art. 56 TEUF (fri udveksling af tjenesteydelser) og Art. 63 TEUF (kapitalens fri bevægelighed).

⁴⁰ Ruth Nielsen (2010) s. 81ff

⁴¹ Ruth Nielsen (2010) s. 32

⁴² Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 128f

⁴³ EFT L111/114 af 30. April 1994.

⁴⁴ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 132 og Sag C-87/94

⁴⁵ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 123f

tvivlsomme og er ligeledes ikke-bindende sekundær regulering, men er et godt supplement af mere teoretisk karakter.⁴⁶

Fortolkningslære:

Fortolkningslæren sætter retningslinjerne for, hvorledes der udledes gældende ret baseret på de anvendte retskilder. I denne afhandling anvendes primært objektiv formålsfortolkning, da den juridiske analyses fokus er EU-rettens udbudsdirektiv. I EU-retten anvendes som oftest objektiv formålsfortolkning, da formålet står i selve retsakten og er genstand for fortolkning.⁴⁷ Dette ses bl.a. ved de fremsatte formålsbeskrivelser, der forekommer i præamblerne til f.eks. udbudsdirektivet.⁴⁸ Herudover anvendes der mere begrænset ordlydsfortolkning for at fremhæve juridiske mål ved lovtekster, af mere pointerende karakter.

1.4.3 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse baseres på en kontraktøkonomisk tilgang. Denne søger ikke at analysere de relevante kontraktmuligheder på et samfundsmæssigt niveau, men selve værdien af kontrakten.⁴⁹ Selvom fokus i den økonomiske analyse er kontraktøkonomien, er det vigtigt at have in mente, at den økonomiske analyse skal anses som en fastlæggelse af de nødvendige elementer i en kontraktøkonomisk tilgang, for senere at kunne overføre disse resultater til en retsøkonomisk analyse. Kombinationen ønskes for læser at have for øje, da værdien af udbud af offentlige kontrakter har en samfundsmæssig effekt, på baggrund af det offentliges tilknytning til samfundet.

Det anvendes i den økonomiske analyse forskellige økonomiske tilgange, som synes relevante for at kunne besvare problemformuleringen. Udgangspunktet for den økonomiske analyse er principal-agent (P/A) teorien, der anlægger den mere kontraktøkonomiske tilgang.⁵⁰ P/A teorien baseres på at der i kontraktforhold mellem to parter forekommer risiko via asymmetrisk information.⁵¹ Den adskiller sig fra den neoklassiske tankegang ved at basere sin teori på antagelsen om begrænset rationalitet og usikkerhed, i stedet for den neoklassiske antagelse om komplet rationalitet og

⁴⁶ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 128-129

⁴⁷ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 46

⁴⁸ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 239

⁴⁹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 421

⁵⁰ C. Knudsen (1997) s. 168f

⁵¹ C. Knudsen (1997) s. 164

fuldkommen information.⁵² P/A teorien anvendes for at belyse graden af usikkerhed repræsenteret ved asymmetrisk informationsfordeling ved forskellige kontrakttyper på baggrund af den juridiske analyse. For at besvare den overordnede problemformuleringen søges der via P/A teorien, at kunne fremstille en kontraktøkonomisk værdi af de relevante kontrakttyper til senere behandling i en retsøkonomisk kontekst.

For at kunne vurdere værdien af den asymmetriske information mellem de kontraherende parter i den økonomiske analyse, anvendes mikroøkonomiske modeller. Mikroøkonomien baseres på den neoklassiske tankegang og har hermed et andet analytisk grundlag end P/A teorien. Den baseres på fuld information og rationelle økonomiske aktører.⁵³ Dette er modstridende P/A teorien, men grundlaget for, at det synes relevant at anvende mikroøkonomi er, at analysen af kontrakternes værdi i et nytte-maksimeringsperspektiv lægger grund for en mere direkte vurdering af den reelle økonomiske kontraktværdi. Endvidere synes det nødvendigt for den overordnede problemformulering at anvende mikroøkonomiens værdiperspektiv, for at kunne drage P/A teorien til en mere målbar eksistens, for senere anvendelse i den integrerede analyse.

Spilteorien er en videreudvikling af den neoklassiske teori, men skal anses som et selvstændigt forskningsprogram, da den udvider antallet af løsningsmuligheder, for at kunne behandle interaktioner mellem parter på et sæt, som ikke synes opfyldt ved den neoklassiske tilgang.⁵⁴ I spilteorien er der ikke tale om fuld rationelle økonomiske aktører, men strategisk rationelle. På den måde åbner spilteorien op for, at der er flere muligheder end hvad der forekommer i den neoklassiske teori, der i udgangspunktet baseres på et optimum.⁵⁵ I spilteorien kan aktørerne i stedet have flere forskellige optimum efter den valgte strategi.⁵⁶ Spilteorien anvendes kortfattet i den økonomiske analyse af mere introducerende karakter. Det klassiske eksempel fangernes dilemma opstiller netop en økonomisk analog situation til det udbudsretlige forhandlingsforbud og anlægger herved grundlaget for at gå i en dybere analyse baseret for på P/A teori og mikroøkonomi.⁵⁷ Formålet er via fangernes dilemma at åbne for den økonomiske analyse og fremsætte et udgangspunkt for den senere retsøkonomiske tilgang i den integrerede analyse.

⁵² Anders C. Hansen (2007) s. 23

⁵³ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 420

⁵⁴ Christian Knudsen (1997) s. 89

⁵⁵ Christian Knudsen (1997) s. 89

⁵⁶ Christian Knudsen (1997) s. 83ff

⁵⁷ E. Eide og E Stavang (2003) s. 43f

1.4.4 Integreret metode

Den integrerede analyse baseres på en retsøkonomisk tilgang, der har til formål at analysere retsregler i en økonomisk kontekst, for herved at udlede hvilken økonomisk effekt de gældende regler og eventuelle mulige ændringer har i et samfundsmæssigt perspektiv.⁵⁸ Den integrerede analyse har udgangspunkt i spilteorien og anvender de kontraktøkonomiske værdier til at opsætte et spil inspireret af fangernes dilemma.⁵⁹ For at kunne besvare den overordnede problemformulering, sættes de kontraktøkonomiske betragtninger i relation til den juridiske analyse samt forholdet til samfundsmæssige hensyn. Kontraktspillet i den integrerede analyse opsættes med formålet, at der kan udledes en retsøkonomisk forståelse af forskelle mellem den juridiske og økonomiske analyse. Ved at opstille et kontraktspil baseret på 2 spillere værende den ordregivende myndighed og den vindende tilbudsgiver, analyseres spillernes incitament for hvor meget information de ønsker at tilbageholde i forhold til spilteoriens strategiske rationalitetsantagelse.⁶⁰ Der vil blive analyseret, hvorledes parternes valg vil foreligge i forbindelse med indgåelse af en traditionel aftale, en kontrakttype baseret på det juridisk mulige i forhold til den juridiske analyse og til sidst hvorledes spillerne ønsker at agere ved indgåelse i et partnersamarbejde. Udover inddragelse af det juridiske og økonomiske kapitel til den integrerede analyse, anvendes også afsnittet ”Partsautonomi og de offentlige myndigheder” fra indeværende kapitel. Grunden herfor synes at være, at en del af problemstillingen kan have en stor effekt på besvarelsen af problemformuleringen. Kontraktspillets efficiensbetragtning vil være baseret på Pareto-efficiens i konsensus med tidligere kapitel.⁶¹ Som endelig mål synes det for den integrerede analyse at besvare på den overordnede problemformulering med eventuelle anbefalinger i forbindelse herved.

1.5 Begrebsafklaring

Udbudsdirektivet vil blive brugt løbende igennem denne afhandling, men vil, hvis ikke andet er fremført, henvise til Udbudsdirektivet fra 2004 (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF).

⁵⁸ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (2008) s. 417f

⁵⁹ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 43f

⁶⁰ Christian Knudsen (1997) s. 89

⁶¹ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 21f

Kapitel 2: Juridisk analyse

Dette kapitel ønsker at klarlægge, i hvilket omfang det er muligt at anvende kontrakttypen partnering i overensstemmelse med de europæiske regler for udbud af offentlige kontrakter ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF. Dette gøres ved først at fremstille en præcisering af, hvad en partneringkontrakt omfatter, hvad der adskiller denne kontrakttype fra en standard aftaleretlig kontraktindgåelse samt fordele og ulemper ved anvendelsen af denne kontrakttype. Herefter fremstilles grundlaget for det nuværende udbudsdirektiv via en analyse af de grundlæggende principper bag direktivet, især med fokus på det afledte forhandlingsforbud og hvad disse principper medfører af praktiske barrierer og tilgange.

Mulighederne for at anvende partnering som kontraktform analyseres i forhold til de tilladte udbudsformer ved det gældende udbudsdirektiv, efter en analyse af reglerne for de enkelte udbudsformer. Som afsluttende del i dette kapitel konkluderes det, i hvilket omfang de juridiske rammer i EU tillader/begrænser anvendelsen af partnering ved kontrakter i offentligt udbud, der er underlagt udbudsdirektivet.

2.1 Partnering som kontraktform:

For at kunne vurdere i hvilket omfang det er muligt at anvende partnering som kontraktform inden for den Europæiske Union, er det nødvendigt at klargøre, hvad en partneringkontrakt omfatter samt hvad der adskiller den fra andre kontrakter. Dette vil være omdrejningspunktet i dette afsnit, for senere at kunne sættes i relation med EU regulering og herved redegøre mulighederne for anvendelsen af kontraktformen.

Kontrakttypen partnering er skabt ud fra tankegangen om, at tillid og samarbejde mellem parter i et kontraktforhold skaber mulighed for opnåelse af et højere udbytniveau i kontraktforholdet.⁶² I modsætning til traditionelle aftaler hvor pris, tid, kvalitet og individuel overskudsgrad er det primære fokus, baseres partneringkontrakter på et mere værdibaseret grundlag. Målet er, at skabe fælles optimering via dialog og forhandling og herved udnytte synergieffekterne mellem parterne i form af øget konkurrenceevne, innovation og omkostningsminimering.⁶³ Der er i Erhvervs- og

⁶² Christina D. Tvarnø (2002, Partnering – En aftaleretlig udfordring) afs. 5

⁶³ Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) afs. 2 og Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 2

Boligstyrelsens Bygherrevejledning fra December 2003 fremsat en kortere begrebsforklaring af partnering:

”Begrebet ”partnering” anvendes om en samarbejdsform i et bygge- og anlægsprojekt, der er baseret på dialog, tillid og åbenhed og med tidlig inddragelse af alle parter. Projektet gennemføres under en fælles målsætning formuleret ved fælles aktiviteter og baseret på fælles økonomiske interesser.”

Partnering skal ikke forveksles med en traditionel partnerskabskontrakt eller OPP, da disse baseres på omkostningsminimering ved en fordeling af ydelser, hvor parterne varetager hver deres kerneområde og fordeler de resterende ydelser til/mellem de kontraherende parter i partnerskabet. Derudover anvendes partnerskabsbegrebet kun hvor den ene part i aftaleforholdet er en offentlig myndighed.⁶⁴ I modsætning hertil adskiller partneringkontrakten ikke de involverede parter, men implementerer dem i en fælles proces, udvikling og afvikling af et givent projekt. I stedet for at have en organisatorisk opsætning baseret på afsætningsled/kæde, samles alle leddene i en enhed for at omkostningsminimere og samtidig fastholde den tillid, aftalen grundlægges med. Partnering er mest set indenfor byggebranchen og kan eksemplificeres således: I stedet for at have en ingeniør, en bygherre, en arkitekt, en tømrer og en konstruktør hver for sig i hver deres virksomhed til at ”sælge” et givent produkt med overskud på egen bundlinje som hovedmål, samles disse i en partnering aftale med et fælles mål, hvor alle parter er med som beslutningstagere og aflønnes herefter.⁶⁵

Det er ikke kun den organisatoriske del af en partneringaftale, der afviger fra den traditionelle afsætningskæde baserede tankegang. Selve den kontraktretlige proces er også anderledes. Den traditionelle måde at foretage aftaler og indgå i en kontrakt afspejler sig efter aftaleloven ved nedenstående proceslinje.⁶⁶

Opfordring til tilbud → tilbud → accept → ordrebekræftelse

⁶⁴ Christina D. Tvarnø (2004 – Julebog) afs. 2.3. samt afs. 2.5.

⁶⁵ Christina D. Tvarnø (2003, Partnering) afs. 4.

⁶⁶ Aftaleloven, Lovbkg. Nr. 781 1996 §1, samt L. L. Andersen og P. B. Madsen (2006) afs. 2.2.2. og Christina D. Tvarnø (2003 - Partnering) s. 11

I modsætning hertil bygger en partneringaftale på en mere kommunikativ proces, der ses herunder.⁶⁷

Kontakt → forhandling → partnering aftale → successiv forhandling → Evt. materiel aftale

De kontraherende parter i en partneringaftale kontakter hinanden på baggrund af ønsket om, at udføre et fælles projekt med grundelementerne ved partnering for øje. Efter kontaktskabelsen mellem de forskellige parter påbegynder fasen, hvor parterne skal blive enige om målsætning, økonomisk ramme og vigtigst af alt oparbejder et tæt tillidsbånd ved at ”lægge alle kortene på bordet” via kommunikation og forhandling parterne imellem.⁶⁸ Parterne viser alle deres individuelle hensigter bag projektet og hvad de forventer af samarbejdet, som er uhyre vigtigt at få fastlagt, da loyaliteten parterne imellem er grundlaget for partneringaftalen.⁶⁹ Dette kombineres med parternes fastlæggelse af kapitalgrundlag, der suppleres med at de involverede fører åbne regnskaber over for hinanden, der understøtter tillidsgrundlaget.⁷⁰ Disse elementer, der normal ville anses som risikofyldte, specielt i forhold til de åbne regnskaber, er nødvendige for gennemførelsen af partneringaftalen. Forskellen i den loyalitetsforpligtelse der foreligger i en partneringaftale i forhold til en traditionel aftale er altafgørende. Den traditionelle aftale udleder på baggrund af de kontraherende parter aftalens retsfaktum og retsfølge med fokus på at aftalen på dette grundlag bliver opretholdt/fuldført.⁷¹ Loyalitetsforpligtelsen foreligger ved en traditionel aftale indfortolket i aftalegrundlaget. Den er ikke eksplicit fremhævet og forudsætter derfor, at de kontraherende parter opfylder aftalen og herved tager hensyn til den kontraherende part, ved at opfylde loyalitetsforpligtelsen.⁷² Ved partnering gælder det modsat den traditionelle aftale. Her grundlægges aftalen i loyalitetsforpligtelsen og retsfaktum og retsfølge har mindre fokus i selve partneringaftalen, da aftalen ikke eksplicit definerer et produkt.⁷³ Loyalitetsforpligtelsen må derfor siges at være væsentlig større under partnering, da ønsket med aftalen er det tætte samarbejde og

⁶⁷ Christina D. Tvarnø (2002, Partnering – En aftaleretlig udfordring) model i afs. 4. Modellen er en kombination mellem de to modeller opstillet for branche-betinget og ikke branche-betinget. Grunden herfor er, at der ikke ønskes anvendt begrebet ”Dialog” i denne fremstilling, da dette benyttes i udbudsreglerne, som noget andet. Derfor ændres termene til forhandling og successiv forhandling.

⁶⁸ Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) s. 13

⁶⁹ Dansk Byggeri Vejledning (2005 – Partnering i Praksis) s. 8

⁷⁰ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 17-18

⁷¹ Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) s. 7

⁷² Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) s. 12

⁷³ Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) s. 13, Retfaktum forstået som (forbud og påbud) og retsfølge forstået som (konsekvens), se samme artikel s. 5

processen. Samtidig synes en større loyalitetsforpligtelse at underbygge mindre incitament for de kontraherende parter i udtræde fra samarbejdet.

Mål, idégrundlag, økonomisk ramme samt loyalitetsforpligtelsen parterne imellem bliver herefter grundlaget for den egentlige nedskrevne partnering aftale.⁷⁴ En vigtig genstand i den traditionelle kontrakt er mislighedsbeføjelser og eventuelle erstatningsbetingelser, men når det kommer til en partneringaftale søges dette undgået. Her er der i stedet tale om, hvorvidt parterne opfylder eller ikke opfylder den loyalitetsforpligtelse, der ligger i partnering og skulle der opstå tvister bør disse afgøres i opløbet via kommunikation.⁷⁵ Der er i en partneringaftale ikke som udgangspunkt brug for mislighedsbeføjelser, da aftaleparterne indgår i kontraktforholdet med ønske om at der ikke vil forekomme tvister.⁷⁶ De indtrædende parter har som før fremsat ikke egen vinding for øje men fælles. Derfor vil en part ikke indgå i denne form for kontrakt type, hvis dette ikke er tilfældet. Det må kunne udledes at endnu en begrundelse for at mislighedsbeføjelser ikke anses tungtvejende i partneringkontrakter, kunne tænkes at være, at der ved mislighedsbeføjelser i en kontraktuel sammenhæng medfølger en vis tro på mistillid, der som grundlæggende element ville stride mod grundlaget for indgåelsen af det tillidsafhængige partneringsamarbejde.

Herefter kommer det nok mest signifikante element i aftalen, muligheden for yderligere forhandling, her benævnt successiv forhandling.⁷⁷ Den forhandling, der ligger til grund for selve beslutningen om partneringaftalen og skaber det tillidsbånd mellem parterne, er nødvendigt at opretholde. Parterne er enige om målet for selve aftalen og hvilke rammer, der ligger til grund herfor. Den successive forhandlingsdel tager herefter over efter fastlæggelsen af partnering aftalen. De successive forhandlinger er konstante og udspringer af, at metoden for partneringsamarbejdet ligger i, at udnytte parternes viden og kundskaber i alle faser af projektudførelsen, for at skabe det unikke resultat. Dette forløber ved, at alle parterne får indflydelse i alle dele i processen, der herved åbner op for muligheden for konstant effektivisering og kontinuer fleksibilitet.⁷⁸ Samtidig sikrer gruppen sig, at minimere risikoen for senere uforudsete hændelser.

⁷⁴ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 11f

⁷⁵ Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) s. 12

⁷⁶ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 10

⁷⁷ Efter Christina D. Tvarnø (2002, Partnering – En aftaleretlig udfordring) afs. 4 anvendes ordlyden forhandling for successiv forhandling. Grundlaget for skift i ordlyden er, at dialog, som term, anvendes på anden måde i EU-udbudsretten.

⁷⁸ Dansk Byggeri Vejledning (2005 – Partnering i Praksis) s. 8

Den sidste del af kontrakt- og udviklingsprocessen er en eventuel materiel aftale. Dette giver mulighed for parterne at nedskrive mere standardiserede kontraktbestemmelser i forbindelse med f.eks. nærmere fastsatte milepæle for tidshorizonten for færdiggørelsen af delelementer, eller hvis der i den successive forhandlingsproces er opstået mere bestemte faste ydelsesforhold, der kræves oprethold af de forskellige parter.⁷⁹

Fordelene ved partneringskontrakten er netop det, der adskiller den fra de traditionelle kontrakter. Det er fleksibiliteten og råderummet kontraktformen tilbyder ved ikke at have fastlagt alle delelementer, der skaber muligheden for virkelig at strikke kontraktforholdet sammen løbende og derved ikke opstille barriere for senere ændringer. Partnering kontrakten kræver dog også pga. dette meget åbne forhold en del arbejde, der netop udtrykkes ved behovet for konstant kommunikation parterne imellem og kræver ligeledes en stor indsats før påbegyndelse af kontraktforholdet, for oparbejdelse af det nødvendige tillidsniveau.

En kritik i forhold til anvendelsen af partneringskontrakter kan være, at det synes svært at skulle tvangsfuldbyrde loaltetspligten ved fagedretten i tilfælde af opståen af en uløselig tvist parterne imellem.⁸⁰ Og i tråd hermed kræver denne loyalitet, der ligger i partnering, noget helt andet for en virksomhed end den er vant til, netop pga. den manglende sikkerhed i at kunne fastsætte retsfaktum og retsfølge ved en eventuel erstatningssag. tør at stole på en anden virksomhed (eller offentlig myndighed), for at denne kontraktform kan realiseres. Derfor er det typisk at der netop er en skillelinje. Dem der tror på det er jo netop dem, der kan gøre det, hvor dem der ikke tror på det, ikke vil have muligheden, da de ikke er villige til at udvise den nødvendige tillid og skabe det relationelle bånd med den eventuelle kontraherende part. Så ulemperne ved kontrakten er, at en kontrakt som denne er yderst sårbar overfor mistillid og udnyttelse heraf.⁸¹

Der har været tvivl om, hvorvidt det er muligt at anvende partnering ved offentlige kontrakter.⁸² Grundlaget herfor er at finde i EU-reguleringen på området. De offentlige myndigheder, også kaldet ordregivere ved udbud, er underlagt en række regler i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter. Her gælder bl.a. et forhandlingsforbud baseret på ligebehandling, som kan synes

⁷⁹ Dansk Byggeri Vejledning (2005 – Partnering i Praksis) s. 9 samt eksempler på forskellige partneringsaftaler i vejledningen.

⁸⁰ Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) s. 13

⁸¹ Christina D. Tvarnø (2003 – Partering) s. 21

⁸² Ruth Nielsen (2010) s. 139

uforenelig med den vægt partnering lægger i forhandling.⁸³ På denne baggrund analyseres der ved næste afsnit mulighederne for at anvende forhandling under de nugældende udbudsregler, for senere at analysere muligheden for partnering.

2.2 EU udbudsdirektiv 2004:

Dette afsnit omhandler det nugældende EU udbudsdirektiv fra 2004 og ønsker at analysere direktivets mål i forhold til mulighederne for anvendelse af partnering ved udbudskontrakter for den offentlige sektor.

Før dannelsen af det nye udbudsdirektiv, bestod direktivet af tre separate direktiver for henholdsvis bygge og anlæg⁸⁴, indkøb⁸⁵ og tjenesteydelser⁸⁶. Grundlaget for dannelsen af et samlet direktiv var blandt andet, at gøre det lettere anvendeligt for den offentlige sektor og følge en udvikling mod mere fleksible udbudsformer, som vil behandles nedenstående.⁸⁷ Det grundlæggende formål med udbudsdirektivet fra 2004 er at sikre en effektiv konkurrence for offentlige kontrakter på det indre marked i EU og samtidig sikring af ligebehandling i forhold til alle tilbudsgivere samt opretholdelsen af en gennemsigtig proces.⁸⁸

2.2.1 Grundlæggende principper:

Ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed tilhører nogle af de grundlæggende principper i EU-retten og er en del af grundelementerne bag udbudsdirektivet, der ved Kommissionen blev beskrevet ved forslag om omarbejdelse af de gamle direktiver den 10. Maj 2000: *”Formålet med disse bestemmelser er ikke at erstatte national lovgivning, men at sikre overholdelse af principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gennemsigtighed og konkurrence ved indgåelse af offentlige kontrakter i alle medlemsstater.”*

Endvidere understøttes disse principper i præamblen til udbudsdirektivet jf. Betragtning 2, om traktatfæstede og afledte principper, og 4, om undgåelse af konkurrenceforvridning. At disse principper er grundlæggende for selve udbudsdirektivet klargøres, udover i præamblen, i selve

⁸³ Ruth Nielsen (2010) s. 89 sammenholdt med s. 139

⁸⁴ 93/37/EØF

⁸⁵ 93/36/EØF

⁸⁶ 92/50/EØF

⁸⁷ Ruth Nielsen (2010) s. 21f

⁸⁸ Steen Treumer (2000) s. 22

direktivet, hvor Artikel 2 foreskriver at: ”De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde”.

Ligebehandlingsprincippet er et grundlæggende princip i EU retten. Princippet er udledt af diskriminationsforbuddet på baggrund af nationalitet jf. TEUF art. 18. Ligebehandlingsprincippet er blevet behandlet ved EU-domstolen i *Überschär*-sagen, der omhandlede en efterbetalingsmulighed for alderspension og om der herved var forskel i mellem på den ene side tyske arbejdstagere og udlændinge bosat i Tyskland og på den anden side arbejdstagere fra andre medlemsstater. Det væsentlige i denne sag var, at selvom der ikke fandt nogen forskelsbehandling sted ifølge domstolens afgørelse i forhold til det anbringende, som beskrevet her, beskrev domstolen ligebehandlingsprincippet, der gælder ved forskelsbehandling pga. nationalitet jf. TEUF art. 18. Ligebehandlingsprincippet skulle herefter betragtes som et grundlæggende princip i fællesskabsretten og:

*”Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.”*⁸⁹

Under udbudsreglerne er princippet om ligebehandling dog mere fremtrædende, da det eksplicit er hjemlet i udbudsdirektivets artikel 2. Der kræves en konstant opretholdelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivet, hvorimod der i følge traktatens bestemmelser er et krav om, at medlemsstaterne afholder sig fra forskelsbehandling. Herved kan det udledes, at ligebehandlingsprincippet netop i udbudsreglerne udvider retsbeskyttelsen af princippet.⁹⁰ Ligebehandlingsprincippet er en del af selve grundlaget for udbudsdirektivet og medfører herved, at offentlige ordregivere har pligt til at garantere, at der gennem hele udbudsprocessen ikke forekommer forskelsbehandling mellem og overfor de tilbudsgivende virksomheder. Dette er ikke kun baseret på forskelsbehandling pga. nationalitet, men på alle relevante faktorer i forhold til selve udbuddet. Grundlæggende er dette til for at skabe den bedst tænkelige situation for tilbudsgiverne og for opretholdelsen af en effektiv konkurrence.⁹¹ Ved overholdelse af ligebehandlingsprincippet fratages den ordregivende myndighed muligheden for at favorisere et tilbud frem for et andet og

⁸⁹ Sag 810/79, præmis 16.

⁹⁰ Steen Treumer (2000) s. 69

⁹¹ Steen Treumer (2000) afsnit 2.2

tilbudsgiverne får herved åben mulighed for at konkurrere, hvilket understøtter det generelle fællesskabsretlige mål om høj konkurrenceevne jf. EU Art. 3, stk. 3.

Af understøttende retspraksis for ligebehandlingsprincippet i forbindelse med udbudsretten kan sagen om de Wallonske busser i særdeleshed fremhæves. Kongeriget Belgien (herefter Belgien) blev sagsøgt af Kommissionen, da denne fandt, at Belgien bl.a. havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved et udbud, udbudt af ”Société Régionale Wallonne du Transport” (betegnes herefter som SRWT).⁹² Udbuddet omhandlede 6 leverancer af busser og der var ved tilbudsfristens udløb afgivet tilbud fra 5 forskellige virksomheder EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Bruxelles), Berkhof (Roeselaere) og Jonckheere (Roeselaere). SRWT havde udarbejdet et notat til videre beslutning for bestyrelsen, hvori der stod, at tilbudene burde behandles således, at Jonckheere skulle tildeles leverance 1 og Van Hool de resterende 5 leverancer.⁹³ Inden bestyrelsesmødet modtog SRWT rettelse til det afgivne tilbud fra tilbudsgiveren EMI, hvormed der fremstod ændringer af flere elementer ved det oprindelige tilbud.⁹⁴ Bestyrelsen var ikke i den overbevisning at de kunne træffe en beslutning på baggrund af de oplysninger de havde modtaget og ønskede svar på, om det var muligt at tage det revurderede tilbud fra EMI i betragtning, selvom dette indeholdt ændringer i forhold til det oprindelige tilbud og derfor ikke kunne anvendes. Den wallonske transportminister godkendte betragtningen af det nye tilbud af EMI og efter en revurdering af de forskellige tilbud med de tilsatte rettelser i forhold til tilbuddet fra EMI, besluttede bestyrelsen at tildele den 1. Leverance til Jonckheere og de resterende 5 leverancer til EMI.⁹⁵ Van Hool lagde sag an ved den belgiske domstol, men fik ikke medhold i sagen.

Den 11. Marts 1994 lagde Kommissionen sag an og sagen endte med, efter tilbagekaldelse af et klagepunkt, at omhandle hvorvidt Belgien havde ”*tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet, såvel som det princip om ligebehandling af tilbudsgivere*”⁹⁶. Domstolen fandt på baggrund af, at SRWT havde taget det nye tilbud i betragtning fra EMI efter fristdagens udløb, at den belgiske regering havde tilsidesat princippet om ligebehandling af tilbudsgivere. Begrundelsen blev anlagt som følgende jf. Dommens præmis 56:

⁹² Sag C-87/94

⁹³ Sag C-87/94 præmis 16

⁹⁴ Sag C-87/94 præmis 17

⁹⁵ Sag C-87/94 præmis 18-23

⁹⁶ Sag C-87/94 præmis 28

”Det må konstateres, at når en ordregiver tager hensyn til en ændring, som en enkelt tilbudsgiver har foretaget i det oprindelige tilbud, får denne tilbudsgiver en fordel i forhold til konkurrenterne, hvilket er i strid med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og skader procedurens gennemsigtighed.”

Herudover blev der lagt vægt på, at EMI i deres senere tilbudsgivende henvendelse havde fremlagt nogle oplysninger, der ikke var i overensstemmelse med det i direktivet tillagte bilag 23. I stedet for at udfylde formularen i bilag 23, havde EMI ændret på de kalkulationer formularen bestod af, som var en del af det oprindelige fremsatte udbud fra ordregiveren. Kommissionen fremhævede her, at den var i den overbevisning, at der her var tale om *”en dobbelt tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere”*.⁹⁷ Domstolen valgte også at give Kommissionen medhold i dette klagepunkt.⁹⁸

Denne sag giver en meget klar indikation på, hvorledes ligebehandlingsprincippet bliver behandlet som retsgrundlag ifølge EU-Domstolen og hvor vigtig dette princip er for specielt en udbudsretlig sag.

Gennemsigtighedsprincippet har en tæt sammenhæng med princippet om ligebehandling. Gennemsigtighedsprincippet kan ligesom ligebehandlingsprincippet udledes på baggrund af EU-domstolens praksis i forbindelse med det generelle diskriminationsforbud jf. TEUF Art. 18. EU-domstolen har i sagen Hospital Ingenieure netop fremhævet det nære sammenspil mellem de to principper samt grundlaget for anvendelsen af gennemsigtighedsprincippet i forbindelse med offentlige kontrakter ved udbud. Sagen omhandlede en tilbagetagelse af et udbud fra byen Wien, som det tyske aktieselskab Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-GmbH (herefter HI) havde afgivet tilbud på. Der blev i dommen fremsat 3 præjudicielle spørgsmål, hvorved kun det ene har relevans for denne fremstilling. Der var i denne sag tale om en tjenesteydelse i den forstand, at udbuddet omhandlede en gennemførelse af en projektledeelse *”med henblik på fuldførelsen af den samlede strategi for madforsyningen i institutioner henhørende under Wiener Krankenanstaltenverbund”*.⁹⁹ HI anførte at de havde mistanke om, at Wien havde tilbagetrukket udbuddet til gavn for den tidligere tilbudsgiver og at der forelå en diskriminerende handling, da HI anlagde, at Wien gjorde dette med begunstiggelse af den tidligere østrigske tilbudsgiver for øje og

⁹⁷ Sag C-87/94 præmis 66

⁹⁸ Sag C-87/94 præmis 74

⁹⁹ Sag C-92/00 præmis 12

derved diskriminerede det tyske selskab.¹⁰⁰ Wien havde fremsat begrundelsen for tilbagetrækningen af udbuddet, som værende grundlagt i en strategiændring fra ledelsens side om, at det udbudte projekt skulle decentraliseres og ikke køres som et eksternt ledet projekt.¹⁰¹

Det relevante præjudicielle spørgsmål i denne sag drejede sig om, hvorvidt en ordregivende myndighed var forpligtiget til at indføre klageprocedurer ved tilbagekaldelse af et udbud af en offentlig tjenesteydelse. Herunder pointerede domstolen, at der var en forpligtigelse for medlemsstater at ”indføre procedurer, som gør det muligt at indgive klage over de beslutninger, der træffes under en udbudsprocedure, såfremt beslutningerne er i strid med fællesskabsretten ... eller ... hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser”.¹⁰² Ifølge dommens præmis 37 skal denne klageprocedure være til rådighed ved alle anliggender vedrørende offentlige kontrakter, der er underlagt fællesskabsretten. Dette må anses som en logisk udledning i forbindelse med præmis 36, da det ikke vil være muligt at definere, hvorvidt en handling i forbindelse med en offentlig udbudssag, overholder de relevante lovgivningsmæssige bestemmelser, hvis muligheden for at klage ikke forefindes.

Domstolen anlagde en fortolkning i forhold til dagældende regler om, hvorvidt den ordregivende myndighed skulle begrunde deres beslutning og fandt, at den ordregivende myndighed ved tilbagekaldelse af et udbud skal begrunde deres beslutning.¹⁰³ Dette sat i relation til muligheden for at kunne klage, danner sammen den logiske udledning til domstolens præmis 45, der klarlægger sammenhængen mellem ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

”Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemskuelse, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt.”

Afgørelsen på det anførte præjudicielle spørgsmål var i omskrevet form, at der skal være mulighed for klageprocedure og annullering af en tilbagekaldelse af et offentligt udbud for tjenesteydelser, hvis denne ikke overholder fællesskabsretten eller de forenelige nationale bestemmelser. Men

¹⁰⁰ Sag C-92/00 præmis 16

¹⁰¹ Sag C-92/00 præmis 14

¹⁰² Sag C-92/00 præmis 36

¹⁰³ Sag C-92/00 præmis 41

vigtigheden i sagen her var definitionen af sammenhængen mellem gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

Gennemsigtighedsprincippet kan således siges at have til formål, at danne rammerne for overholdelsen af ligebehandlingsprincippet ved f.eks., at den offentlige ordregiver i udbudsprocessen blandt andet offentliggør alle relevante oplysninger for tilbudsgiverne. Ved udbudsdirektivet fra 2004 kræves der, ved offentliggørelsen af en ordre, mulighederne for indgåelse af forskellige kontrakter og hvorledes bedømmelse og afgørelse af de forskellige tilbud vil blive behandlet. Dette er tydelige eksempler på direktivets krav til gennemsigtighed og dennes sikring af ligebehandlingsprincippet, endvidere at fællesskabsretten afholder et kontinuert forhold til gennemsigtighedsprincippet, som et grundlæggende princip.¹⁰⁴

Forhandlingsforbuddet er et afledt princip, der udspringer af ligebehandlingsprincippet. Forhandlingsforbuddet er ikke eksplicit fremhævet i direktivet, men kan bl.a. udledes via retspraksis.

Storebælt-sagen er af stor vigtighed for forhandlingsforbuddet og er til dags dato den afsagte dom fra EU Domstolen, der henføres til, når forhandlingsforbuddet behandles i forskellige sammenhænge.¹⁰⁵ Sagen omhandler opførelsen af Storebæltsbroen i det danske farvand mellem Sjælland og Fyn. Det offentlige kontrollerede aktieselskab ”A/S Storebæltsforbindelsen” havde sat opførelsen af broen i udbud under udbudsformen begrænset udbud ved offentliggørelse den 9. Oktober 1987.¹⁰⁶ 5 internationale konsortier, heriblandt European Storebælt Group (ESG), blev udpeget til at afgive tilbud på 3 allerede udarbejdede broprojekter, lavet af A/S Storebæltsforbindelsen, eller efter udbudsbetingelserne § 3, stk. 3, afgive et alternativt projekt. Fællesbetingelsernes § 6, stk. 2, tilskrev yderligere, at den vindende entreprenør var ”forpligtet til i størst muligt omfang at anvende danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel.” Dommens præmis nr. 7 frembringer en kort redegørelse for udbudsforløbet; ”A/S Storebæltsforbindelsen gennemførte derefter drøftelser med de forskellige tilbudsgivere for at kunne sammenligne og vurdere deres respektive tilbud samt for at prissætte de mange forbehold, som disse tilbud indeholdt. Efter at have indsnævret kredsen af tilbud væsentligt videreførte A/S Storebæltsforbindelsen forhandlingerne med ESG på grundlag af det alternative tilbud, som dette

¹⁰⁴ Udbudsdirektivets præambel nr. 46, 2. afsnit

¹⁰⁵ Sag C-243/89

¹⁰⁶ Præmis 3, Sag C-243/89

konsortium havde afgivet. Disse forhandlinger førte til underskrivelsen af en kontrakt mellem ESG og A/S Storebæltsforbindelsen den 26. juni 1989.”

Kommissionen frembragte 2 påstande som grundlag for den anlagte sag.

1. A/S Storebæltsforbindelsen havde indbudt til afgivelse af tilbud på baggrund af en betingelse om anvendelse af danske materialer, forbrugsgods etc. som ovenfor beskrevet.
2. A/A Storebæltsforbindelsen havde ført forhandlinger med ESG om det ikke konditionsmæssige bud.

Kommissionen præciserer efterfølgende de to grundlag for den anlagte sag.¹⁰⁷ Første påstand præciseres i den forstand, at de udbygges med, at betingelsen for anvendelsen af dansk materiale, arbejdskraft etc. for så vidt muligt, var i strid med ”*princippet om ligebehandling, som ligger til grund for dette direktiv.*”¹⁰⁸ Derudover fordybes den anden påstand til at definere, at de anførte forhandlinger mellem A/S Storebæltsforbindelsen og ESG havde ført til ”*ændringer af udbudsbetingelserne udelukkende til fordel for denne tilbudsgiver, og som navnlig vedrørte elementer, der havde indflydelse på prisen.*”¹⁰⁹ Den danske regering nedlagde påstand mod de ændringer der blev foretaget fra Kommissionens side og at omformuleringen krævede retten til forsvar og krævede sagen omlagt til de i stævningen 2 opsatte påstande.¹¹⁰ Kommissionen fremsatte, at der i forhold til den første påstand om anvendelsen af dansk materiel etc., som senere ændret til et spørgsmål om ligebehandling, kun fandt sted, at der blev henvist til anden del af direktivet, hvilket ikke ændrede på selve genstanden i forhold til udbudsbetingelsen og at der i forhold til påstand 2 kun forelå en præcisering af selve effekten af den afholdte forhandling mellem parterne.

I forhold til det første anbringende for domstolen om kravet af hovedsageligt dansk indhold, fik kommissionen medhold i, at det var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Det nyskabende ved denne sag blev fastlagt ved begrundelsen for domstolens afgørelse i forhold til den anden fremførte påstand omhandlende forhandlingerne med ESG. I præmis 32 tilskrives i forhold til dette

¹⁰⁷ Præmis 10 og 11, sag C-243/89

¹⁰⁸ Præmis 11, sag C-243/89, der her henfører til direktiv 71/305 og ikke det nye udbudsdirektiv fra 2004.

¹⁰⁹ Præmis 10, sag C-243/89

¹¹⁰ Præmis 18, sag C-243/89

anbringende, at der er tale om et nyt retsgrundlag i forhold til det omtvistede traktatbrud, da det daværende direktiv decideret ikke omfattede et princip mod forhandling og dette som en del af ligebehandling af tilbudsgiverne, jf. Præmis 33. Domstolen lægger endvidere klart, at det alternative projekt, som ESG fremførte ikke overholdt alle de generelle betingelser for det oprindelige udbud. Domstolen giver jf. Præmis 44 medhold i kommissionens andet klagepunkt angående de foregåede forhandlinger mellem A/S Storebæltsforbindelsen og ESG. Denne dom anlagde herved retsgrundlaget for et forhandlingsforbudsprincip afledt af det generelle ligebehandlingsprincip.¹¹¹

Dette retsgrundlag blev videre understøttet i 1994, hvor der blev fremsat en fælleserklæring mellem EU's Ministerråd og EU-Kommissionen, der nærmere fastsatte den fællesskabsretlige holdning om forhandlingsforbuddet:

*”Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentlig eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser. Der må kun finde drøftelser sted med ansøgere og bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling”.*¹¹²

Denne erklæring giver et yderst godt syn på det underliggende forhandlingsforbud og sammenhængen til ligebehandlingsprincippet. Denne erklæring gælder for de to udbudsformer, som nævnt ved erklæringen og selvom der ikke decideret er indskrevet et forhandlingsforbud i teksten til udbudsdirektivet fra 2004, må det antages, at erklæringen om forhandlingsforbuddet stadig gælder som en del af udbudsretten.¹¹³ Der er dog tvivl om selve retsvirkningen af fælleserklæringen. I Storebælt sagen fremsatte generaladvokaten Tesauro fælleserklæringen, som havde den retsvirkning og indflydelse på sagen, men Domstolen fremstod ikke med en direkte stilling til retsvirkningerne for fælleserklæringen, men afgjorde dog sagen i overensstemmelse med generaladvokatens forslag.¹¹⁴ I sagen om de Wallonske busser, som også behandlet i ovenstående, blev

¹¹¹ Dom afsagt den 22 juni 1993

¹¹² EFT L 111/114 af 30. April 1994. Lignende erklæring blev afgivet i 1989 som bilag til et ændringsdirektiv for det forhenværende direktiv for bygge og anlæg. Denne erklæring blev optrykt i EFT. L210/22 af 18. Juli 1989.

¹¹³ J. Fabricius og R. Offersen (2006) s. 38

¹¹⁴ Sag C-243/89, generaladvokatens Punkt 19 samt Steen Treumer (2000) s. 146)

Fælleserklæringen anvendt som en del af retsgrundlaget for afgørelsen af sagen og blev af Generaladvokaten Lenz fremsat som et klart udtryk for et retsgrundlag.¹¹⁵ Fælleserklæringen bør dog ikke betragtes som et fyldestgørende retsgrundlag, da denne ikke kan inddrage mulige afvigelser og undtagelser, i forhold til forbuddet.¹¹⁶

Udbudsdirektivet fra 2004 indeholder 2 andre muligheder for udbud, udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog, der vil blive analyseret nærmere for muligheden af anvendelse af forhandling nedenfor, for at kunne udlede, hvorvidt partnering vil kunne findes mulig. For disse udbudsformer gælder dog stadig det ikke nedskrevne forhandlingsforbud i den forstand, at ligebehandling og gennemsigtighedsprincippet tillige gælder for disse udbudsformer. Det kan herved udledes, at ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet i sammenhæng med fælleserklæringen fra 1993 fastlægger et generelt forhandlingsforbud ved offentlige udbud, der skal behandles i forhold til direktivet, hvor andet ikke er fastlagt. Et eksempel på dette ses i direktivets præambel 8, der tillader teknisk dialog og rådgivning forudsat, at det ikke forhindrer konkurrence.

Formålet med forhandlingsforbuddet er, en komplet overholdelse af ligebehandling og gennemsigtighedsprincippet samt det politiske mål i at fastsætte rammerne for et åbent marked på tværs af landegrænser inden for Den Europæiske Union.¹¹⁷ Forhandlingsforbuddet klarlægger en meget striks linje for, hvad der er tilladt i selve udbudsprocessen, så ordregiver og tilbudsgiver ikke kan være i tvivl om, hvor langt princippet om ligebehandling og gennemsigtighed vil blive fortolket i en retlig sammenhæng. Ved at anlægge en så fastlåst situation for de kontraherende parter i en udbudsproces, sørges der for en proces med stor gennemsigtighed og en yderst streng kontrol med ordregiverne, som offentlige instanser.

Der foreligger ikke en juridisk definition af forhandlingsbegrebet i forhandlingsforbuddet ved udbudsdirektivet fra 2004 og ej heller i fælleserklæringen, som behandlet ovenstående. Forhandlingsbegrebet er bl.a. blevet behandlet af Professor Steen Treumer (2000), hvor han tilegner begrebet at skulle forstås i en udvidet betydning. Forhandling i sig selv synes at omfatte skriftlig eller mundtlig kommunikation mellem parterne, men Steen Treumer fortsætter denne fortolkning til at omfatte, at al kontakt mellem ordregiver og tilbudsgiver, hvor det ikke kan udelukkes at have effekt på tilbud eller udbudsmateriale, falder under begrebet forhandling. Herved ville Storebælt

¹¹⁵ Sag C-87/94 præmis 8, Generaladvokatens afgørelse punkt 30 samt Steen Treumer (2000) s. 147

¹¹⁶ Steen Treumer (2000) s. 147-148

¹¹⁷ Steen Treumer (2000) s. 141

Sagen også have endt ud på samme måde, selvom der ikke kunne påvises en direkte effekt på prisen, men kun muligheden derfor. Steen Treumer argumenterer yderligere, at det ikke har nogen effekt, om der kun er tale om envejskommunikation.¹¹⁸ Det væsentlige er risikoen for, at en kommunikativ korrespondance kan have indflydelse på noget, der stiller de andre tilbudsgivere ringere. Hermed kan inddrages den tænkelige situation, at et forbehold fra en tilbudsgiver, der strider mod udbudsmaterialet, også vil kunne omfattes af forhandlingsbegrebet. Om en sådan form for envejskommunikation kan medregnes som forhandling kan diskuteres, da en envejskommunikation ikke nødvendigvis medfører konsensus fra den kontraherende part.

Retsbeskyttelsen er bred i forhold til forhandlingsforbuddet, da forbuddet ikke omhandler de situationer, hvormed der kan bevises, at en forhandling har været til stede, som har haft udfald, der tilsidesætter opretholdelsen af ligebehandlingsprincippet. Retsbeskyttelsen bliver i stedet grundlagt i, at hvis der foreligger en mulighed for, at en given handling opstår, der kan fortolkes som forhandling, så er forhandlingsforbuddet overtrådt og dette vil herved ikke anses som forenelig med Fællesskabsretten.¹¹⁹ Der kan på basis af dette sættes spørgsmålstegn ved, om sagen om de Wallonske busser, som behandlet ovenstående, ville kunne have været dømt på baggrund af forhandlingsforbuddet om nødvendigt, da der fandt skriftlig kommunikation sted mellem parterne, som fik afgørende betydning for valget af tilbudsgiver.¹²⁰ Om forhandlingsforbuddet ville kunne blive anvendt i denne sammenhæng er uvis, men det tyder på at kunne være en mulighed, da der i dommens præmisser tilmed henvises til Storebælt Sagen, som kunne indikere en tæt sammenhæng.¹²¹

2.2.2 Udbudsformer

Som udledt ovenfor er der et totalt forhandlingsforbud overfor to af de mulige udbudsformer, offentligt eller begrænset udbud. Disse vil af denne grund ikke blive behandlet i dette afsnit, men fokus vil i stedet omhandle udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog, for at analysere mulighederne for og omfanget af anvendelsen af forhandling, til senere analyse i relation til muligheden for partnering under de nuværende udbudsregler.

¹¹⁸ Stten Treumer (2000) s. 144

¹¹⁹ Steen Treumer (2000) s. 144

¹²⁰ Sag C-87/94

¹²¹ Sag C-87/94 præmis 51

For alle udbudsformer gælder, at der er tilladelse til at indhente supplerende oplysninger og få specificeret de forskellige tilbud. Dette vil ikke blive nærmere behandlet, da de supplerende oplysninger ikke kan betragtes som grundlag for forhandling. De supplerende oplysninger, der er tale om ved udbud er af mere præciserende karakter af f.eks. tekniske data.¹²²

Udbud med forhandling bliver i udbudsdirektivets Artikel 1 defineret som en procedure, ”*hvor de ordregivende myndigheder henvender sig til økonomiske aktører, som de selv udvælger, og forhandler kontraktens vilkår med en eller flere af disse.*”

Anvendelsen af denne udbudsform er stærkt begrænset til at omfatte specifikke situationer, der er omtalt i udbudsdirektivets Art. 30 og 31.¹²³ I Udbudsrådets vejledning om udbudsdirektivet fra 2004 beskrives denne form for udbud som anvendelig kun i ”*undtagelsestilfælde*”¹²⁴. I de angivne ”*undtagelsestilfælde*” har den offentlige myndighed som ordregiver mulighed for, at forhandle med de tilbudsgivende parter om selve aftalegrundlaget for udbudskontrakten. Dette gælder bl.a. tilfælde, hvor der i de afgivne tilbud ikke forekommer forskriftsmæssige eller antagelige tilbud, der eksempelvis defineres i Udbudsdirektivets Artikel 30, stk. 1, litra a, som tilbud, ”hvor der er taget forbehold”. Her har parterne altså ret til at forhandle sig frem til et acceptabelt aftalegrundlag.

Ej at forglemme skal de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed også overholdes ved denne udbudsform, hvilket medfører, at der ved de pågældende forhandlinger med de forskellige tilbudsgivere ikke må forskelsbehandles.¹²⁵ Den ordregivende myndighed må altså foretage forhandlinger for at få klarlagt og dannet de endelige aftalevilkår for den endelige udbudskontrakt. Hovedsageligt sker forhandlingerne her for at få tilpasset tilbudene til de krav, den ordregivende myndighed som udgangspunkt har fremsat i udbudsmaterialet.¹²⁶ Hvis det findes nødvendigt har myndighederne under denne udbudsform mulighed for, at dele forhandlingsperioden op i flere faser, for at indsnævre de forskellige anlagte tilbud.¹²⁷

Herefter skal den ordregivende myndighed afgøre hvilket tilbud, der får tildelt kontrakten. For udbud med forhandling er der to forskellige anvendelige tildelingsmetoder, lavest pris eller mest

¹²² Ruth Nielsen (2010) s. 146-153

¹²³ Henholdsvis for ”Udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse” (Art. 30) og ”Udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse” (Art. 31).

¹²⁴ ”Dialog ved udbud – hvad er muligt?” af Udbudsrådet (2010) afsnit 5.2.3.

¹²⁵ Direktiv Nr. 2004/18/EF Art. 30, stk. 3

¹²⁶ ”Dialog ved udbud – hvad er muligt?” af Udbudsrådet (2010) afsnit 5.2.3.

¹²⁷ Ruth Nielsen (2010) s. 149

økonomiske fordelagtige bud, jf. Udbudsdirektivets art. 53.¹²⁸ Tildelingskriteriet skal være oplyst i selve udbudsbetingelserne, som tilbudsgiverne afgiver tilbud efter. Tildelingskriteriet laveste pris, jf. Direktivets art. 53, stk. 1 litra b, er en måde hvorpå den ordregivende myndighed sikrer en decideret omkostningsminimering, men vægter således ikke nødvendigvis kvalitet særlig højt, selvom kvalitetsniveauet også skal være oplyst i udbudsmaterialet. Det andet tildelingskriterium er efter det økonomisk mest fordelagtige bud. Dette tildelingskriterium baseres på en række genstande, der frembringes ved direktivets art. 53, stk. 1 litra a, som eksempelvis pris, kvalitet, teknisk værdi, rentabilitet mm. Der skal i forhold til de angivne kriterier i udbudsmaterialet efter stk. 2 beskrives i de udbudsmaterialet eller betingelserne hertil, hvordan kriterierne vil blive vægтет i forhold til hinanden, således at tilbudsgiverne stilles lige i forhold til mulighederne for at vinde udbudet. Hvis den ordregivende myndighed ikke kan fremkomme med en decideret plan over, hvorledes de forskellige kriterier vil blive vægтет, skal den ordregivende myndighed jf. Stk. 2 påvise dette og i stedet opstille en prioriteret rækkefølge med det vigtigste kriterium først. For at få et visuelt billede over mulighederne ved forhandling ved denne kontrakttype ses nedenfor den aftaleretlige proces for udbud ved forhandling.¹²⁹

Opfordring til tilbud ved udbud → tilbud → forhandling af kontraktvilkår → udformning af kontraktvilkår → tildeling af kontrakt

Det må kunne udledes, at der ved udbud med forhandling er en mulighed for at forhandle i en vis grad i forhold til kontraktens udformning og i et vist omfang også prisen.¹³⁰ Forhandlingsforbuddet er altså ikke i dette tilfælde totalitær, men kravet om overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet begrænser stærkt de frie muligheder for forhandling, der i forvejen er yderst begrænset i forhold til muligheden for anvendelsen af denne udbudsform, jf. udbudsdirektivets Artikel 30 og 31.

Udbud med konkurrencepræget dialog er ligeledes defineret i udbudsdirektivets Artikel 1 som en procedure, hvor ”*enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, med*

¹²⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF

¹²⁹ Inspireret af proceslinjen for partnering af Christina D. Tvarnø, sammensat med Ruth Nielsen (2010) kap. 4 afs. 2.5

¹³⁰ ”Dialog ved udbud – hvad er muligt?” af Udbudsrådet (2010) afsnit 5.2.3. og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. September 2001, Judex A/S mod Århus Amt.

henblik på at udvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde dens behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.”

Denne udbudsform er ikke set i nogle af de forhenværende udbudsdirektiver, men fremstod som en ny udbudsform ved udstedelsen af udbudsdirektivet fra 2004 og anses for en udvikling indenfor EU, for at åbne op for brugen af mere fleksible kontrakter end en traditionel kontrakt, som behandlet i afsnittet om partnering.¹³¹ Det er op til de enkelte medlemslande om de vil tillade anvendelsen af konkurrencepræget dialog samt i hvilken udstrækning, indenfor direktivets rammer, ved særlige komplekse kontrakter jf. Artikel 29, stk. 1 i udbudsdirektivet. Herved overdrages retten til de nationale myndigheder. Danmark har valgt at gøre brug af tilladelsen for anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog, jf. § 3, stk. 1, i implementeringsbekendtgørelsen.¹³²

Udbud med konkurrencepræget dialog åbner op for større samarbejde mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiverne ved at tillade, at parterne i dialog kan klarlægge ordregiverens behov. Formålet med denne udbudsform er, at ordregiveren har et problem, der skal løses, men er ikke bekendt med mulighederne for at løse problemet, hvorfor der gives tilladelse til at danne mulige løsninger med de forskellige tilbudsgivere.¹³³ Anvendelsen af denne udbudsform er kun tilladt i det tilfælde, at der foreligger en særlig kompleks kontrakt jf. Artikel 29, stk. 1 i udbudsdirektivet. Hvornår der foreligger en kompleks kontrakt eller projekt anføres i præamblen til direktivet i betragtning 31. Der forekommer et særlig komplekst projekt, eller kontrakt, når det for den ordregivende myndighed, uden egen skyld, ikke er i stand til ”objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger.”

Professor, dr. Jur. Ruth Nielsen anvender i bogen ”Udbud af offentlige kontrakter” ordet præcisere i stedet for fastlægge i hendes opstilling af kriterier for anvendelsen af denne udbudsform, hvilket kan diskuteres om værende et stærkt nok grundlag, da præcisering vil kunne anses mulig under reglerne om retten til at udføre teknisk dialog før udbudsproceduren, jf. Betragtning 8 i præamblen til udbudsdirektivet 2004.¹³⁴ Det er yderst vigtigt at den ordregivende myndighed kan argumentere for, at de ikke er i stand til at definere forhold og løsninger i forvejen, da denne udbudstype åbner op for risikoen for diskrimination og ikke objektive interesser. Selvom ligebehandlingsprincippet

¹³¹ Ruth Nielsen (2010) s. 139ff

¹³² Bekg. Nr. 937 af 16.9.2004

¹³³ Ruth Nielsen (2010) s. 144.

¹³⁴ Ruth Nielsen (2010) s. 145.

også gælder for denne udbudstype, kan det ikke nægtes at risikoen øges for andre interesser end de tilsigtede, når der fjernes noget kontrol ved overdragelse til de enkelte deltagere.¹³⁵

Udbud med konkurrencepræget dialog opstartes under meget upræciserede forhold fra den ordregivende myndighed, der via dialog med tilbudsgiverne skal komme frem til en række løsningsmuligheder. Da opfordringen til tilbud fra den ordregivende myndighed fremkommer i et meget åbent format, kan det være nødvendigt at dele processen op i flere stykker, for at kunne indsnævre antallet af tilbudsgivere, da processen ellers vil kunne blive meget omkostningsfuld grundet antallet af behandlinger af tilbud og tiden brugt derpå. Dette er muligt ligesom ved udbud med forhandling, dog under de betingelser, at de resterende tilbudsgivere i den afsluttende dialogfase stadig udgør en mængde, der opretholder og sikrer konkurrencen.¹³⁶ For at konkurrencen ikke fordrejes i dialogfasen og alle tilbudsgivere bliver behandlet ens i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, er det ikke tilladt for den ordregivende myndighed at afsløre mulige løsninger med en tilbudsgiver, som en anden tilbudsgiver har fremsat, jf. Direktivets art. 29, stk. 3, 3. afsnit. Dette omfatter ikke, at den ordregivende myndighed ikke må drøfte nødvendige elementer med alle tilbudsgiverne, men at deciderede detaljerede oplysninger som eksempelvis priser og fremsatte løsninger, som en anden tilbudsgiver har fremsat, ikke må blive fremsat. Den ordregivende myndighed skal altså foretage dialogerne objektivt ud fra de angivne betingelser og ønsker i udbudsbetingelserne.¹³⁷ Denne del af udbudsprocessen bliver betegnet for dialogfasen og er det, der primært adskiller sig i forhold til de andre mulige udbudsformer, da denne fase underbygger den øgede fleksibilitet, der er i overensstemmelse med formålet for udbud med konkurrencepræget dialog.

Efter dialogfasen kommer tilbudsfasen. Denne fase er baseret på det samme som under udbud med forhandling. Forskellen er primært, at tilbudsgiverne skal aflægge deres tilbud i forhold til de resultater og elementer, der er blevet fastlagt i dialogfasen i stedet for, hvad der er anvist i udbudsbetingelserne. Udbudsbetingelserne skal stadig overholdes og der må ikke ændres ved grundlæggende dele af udbudsmaterialet og de fastlagte mål fra dialogfasen i den grad, at der ikke er fare for konkurrencefordrejning eller overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

¹³⁵ S. Hjelmberg, P. Jakobsen og S. Poulsen (2006) s. 241.

¹³⁶ Ruth Nielsen (2010) s.146

¹³⁷ Ruth Nielsen (2010) s.146

Herefter kommer tildelingsfasen, der ved konkurrencepræget dialog adskiller sig en smule fra de andre udbudsformer. Her er der nemlig ikke mulighed for at vælge tildelingskriteriet lavest pris, men kun det økonomisk mest fordelagtige tilbud.¹³⁸ Dette ligger dog naturligt til denne udbudsform, da selve kompleksitetskravet og hele dialogfasen ligger til grund, at denne form for udbud skal afgøres på den samlede løsningsmodel i en helhed. Der gælder de samme regler i forhold til tildeling på baggrund af det økonomiske mest fordelagtige bud, som under udbud med forhandling. Ved konkurrencepræget dialog tilskrives kriterier eller den prioriterede rækkefølge dog i det beskrivende dokument, jf. Direktivets art. 53, stk. 2, som den ordregivende myndighed fremstiller før dialogfasen, med målsætning og de egentlige udbudselementer som basis for dialog og tilbudsfasen.

Denne udbudsform kan visualiseres ved følgende proceslinje¹³⁹:

Opfordring til tilbud ved udbud → fastlæggelse af tilbudsgivere → dialog → (indsnævring af tilbudsgivere) → (dialog) → tilbud → tildeling af kontrakt

Det kan udledes heraf, at forhandlingsforbuddet hovedsagelig har indflydelse efter indgåelse af kontrakten i denne udbudsform. De kriterier, der omhandler den objektive vurdering og tildeling af kontrakter, samt fortroligheden i dialogfasen overfor tilbudsgiverne, er en tydelig indikation på, at ligebehandlingsprincippet samt princippet om gennemsigtighed, stadig er gældende for denne udbudskategori. Forhandlingsforbuddet bliver i dialogfasen repræsenteret ved overholdelsen af de generelle principper, men det synes ikke at fremstå som et eksplicit element i dialogfasen. I tilbudsfasen begrænses dialogen, herved muligheden for forhandling, til muligheden for tekniske specifikationer og supplerende oplysninger. Det kan fastsættes at der foreligger en snæver mulighed for dialog i denne fase. Når et tilbud er blevet tildelt kontrakten forefindes det reelle forhandlingsforbud og der kan ikke forhandles om emner eller elementer, der kan have indflydelse på de oprindelige udbudsbetingelser.

¹³⁸ J. Fabricius og R. Offersen (2006) s. 147

¹³⁹ Inspireret af proceslinjen for partnering af Christina D. Tvarnø og sammensat i forhold til Ruth Nielsen (2010) kap. 4, afs. 2.4.

2.3 Partnering under EU Udbudsdirektiv 2004

Hvorvidt det er muligt at anvende kontrakttypen partnering under de nugældende EU udbudsregler, er der forskellige holdninger til. Partnering kræver at de kontraherende parter har mulighed for at forhandle og det er netop dette, der opstiller en problematik i forhold til overholdelsen af udbudsreglernes grundlæggende ligebehandlingsprincip samt især det afledede forhandlingsforbud.¹⁴⁰

Som analyseret ovenfor, gælder der et totalt forhandlingsforbud ved anvendelsen af de to udbudsformer offentligt- og begrænset udbud. Af denne grund har disse udbudsformer ikke været behandlet i denne fremstilling, da det i sig selv afskærer enhver mulighed for anvendelsen af partnering som kontraktform. Spørgsmålet er så herefter om de resterende to udbudsformer, udbud med forhandling og udbud med konkurrencepræget dialog, åbner op for anvendelsen af kontrakttypen partnering.

Partnering i udbud med forhandling burde efter ordlyden give mening i forhold til, at det netop er forhandlingsmuligheden, der afskærer muligheden for partnering ved offentligt- og begrænset udbud. For at få et mere visuelt billede af, om det er muligt at anvende partnering ved udbud med forhandling, er proceslinjerne for de to forskellige kontrakttyper, som analyseret i de respektive afsnit ovenstående, opstillet nedenstående.

Udbud med forhandling:¹⁴¹

Opfordring til tilbud ved udbud → tilbud → forhandling af kontraktvilkår → udformning af kontraktvilkår → tildeling af kontrakt

Partnering:¹⁴²

Kontakt → forhandling → partnering aftale → successiv forhandling → Evt. materiel aftale

¹⁴⁰ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 5-6

¹⁴¹ Inspireret af proceslinjen for partnering af Christina D. Tvarnø, sammensat med Ruth Nielsen (2010) kap. 4 afs. 2.5

¹⁴² Christina D. Tvarnø (2002, Partnering – En aftaleretlig udfordring) model i afs. 4. Modellen er en kombination mellem de to modeller opstillet for branche-betinget og ikke branche-betinget. Grunden herfor er, at der ikke ønskes anvendt begrebet ”Dialog” i denne fremstilling, da dette benyttes i udbudsreglerne, som noget andet. Derfor ændres termene til forhandling og successiv forhandling.

Der foreligger en kontaktfase mellem ordregiver og tilbudsgiver, ved udbud med forhandling set i de to første faser. Ved udbud med forhandling kommer herefter netop en forhandlingsperiode mellem parterne for at klarlægge de gældende betingelser og grundlag for kontrakten. Her er der en snæver forskel til partnering forhandlingen, der, som analyseret i afsnittet om partnering, mere omhandler en klarlæggelse af fælles mål med det ønskede projekt og ikke deciderede kontraktuelle bestemmelser i forhold til de forskellige transaktioner parterne imellem. Det må kunne udledes, ikke at være utænkeligt, at man ved udbud med forhandling, vil kunne foretage den samme slags forhandlinger som under partnering. I realiteten omfatter dette at parterne er indforstået med de kontraktbestemmelser, målbestemmelser, som bliver nedskrevet. Ved udbud under forhandling tildeles kontrakten nu en tilbudsgiver, dette vil i realiteten også ske i forhold til partnering, men hvor omfanget nok mere vil være hensat til at omfatte selve indgåelsen af partneringkontrakten og enigheden derom i sig selv må anses som tildeling af kontrakten. Men i en udbudssituation vil man skulle tildele en partnering partner kontrakten jf. Udbudsreglerne og det burde i sig selv godt kunne lade sig gøre.

Efter selve tildelingen af kontrakten ses den reelle forskel mellem de to proceslinjer. Ifølge udbud med forhandling er processen for aftalens udformning nu færdig og den vundne tilbudsgiver skal nu udføre dennes del af aftalen med eller uden samarbejde med den offentlige instans. Der er her ifølge tankegangen i partnering brug for en stadig konstant forhandling, for efter denne kontrakttype er der i realiteten på dette tidspunkt ”kun” skabt enighed om forløb, mål, etc. Men alle delelementer i kontrakten skal efter denne kontrakttype konstant forhandles. Dette er ikke muligt under udbudsformen udbud med forhandling.

Man ville kunne argumentere for, at der ved at være muligheder for at dele forhandlingsperioden op i udbud med forhandling, kunne opstilles en afledt form for partnering og tilskrive partneringaftalen som en del af udbudsmaterialet og herefter bruge forhandlingsperioden som perioden med successiv forhandling, som under proceslinjen for partnering.¹⁴³ Problemet ved dette er for det første, at den successive forhandling under partnering er tænkt som værende konstant, hvorved den ordregivende virksomhed skulle fortsætte en forhandling med alle tilbageværende tilbudsgivere indtil en tilfreds aftale kunne fastlægges. For det andet ville dette stadig ikke kunne tilfredsstille en partnering aftale, da målet med den konstante forhandling mellem parterne netop er den kontinuere fleksibilitet, hvilket afskæres i udbud med forhandling så snart kontrakten er tildelt en tilbudsgiver, hvorved der

¹⁴³ S. Hjelmberg, P. Jakobsen og S. Poulsen (2006) s. 290-292

ikke kan ændres på elementer i aftalen, som ikke overholder det ovenfor behandlede ligebehandlingsprincip. Herudover skal det endnu en gang klargøres, at denne udbudsform, er til brug i undtagelsestilfælde, hvilket i sin generelle form gør, at partnering her ikke må anses som tilladt efter reglerne om udbud med forhandling.¹⁴⁴

Partnering i udbud med konkurrencepræget dialog må anses som en mere åbenlys mulighed på baggrund af ovenstående redegørelse og angives tillige af diverse kilder, som værende den praktiske løsning på anvendelsen af partnering under Udbudsdirektivet fra 2004.¹⁴⁵ Der fremstilles herunder igen to proceslinjer repræsenterende aftalemodellen for partnering og nu udbud med konkurrencepræget dialog.

Udbud med konkurrencepræget dialog:¹⁴⁶

Opfordring til tilbud ved udbud → fastlæggelse af tilbudsgivere → dialog → (indsnævring af tilbudsgivere) → (dialog) → tilbud → tildeling af kontrakt

Partnering:¹⁴⁷

Kontakt → forhandling → partnering aftale → successiv forhandling → Evt. materiel aftale

Formålet med udbudsformen konkurrencepræget dialog er, som analyseret ovenstående, at skabe en mere åbenhed og fleksibilitet i forhold til offentlige udbudssager i EU. Tankegangen med netop denne udbudsform er, at man tillader dialog mellem tilbudsgiverne og den egentlige ordregiver, da denne ikke er bevidst om, hvorledes det reelle udbud skal sammenstøbes og hvordan. Dette må siges at ligge nær tanken om idéen med partnering i den forstand, at en part har nogle ønsker og mål, men gerne vil skabe et produkt/projekt i samarbejde med andre, for at udnytte de andre parter specifikke viden.

¹⁴⁴ Ruth Nielsen (2010) kap. 4 afs. 2.5

¹⁴⁵ Ruth Nielsen (2010) s.139

¹⁴⁶ Inspireret af proceslinjen for partnering af Christina D. Tvarnø og sammensat i forhold til Ruth Nielsen (2010) kap. 4, afs. 2.4.

¹⁴⁷ Christina D. Tvarnø (2002, Partnering – En aftaleretlig udfordring) model i afs. 4. Modellen er en kombination mellem de to modeller opstillet for branche-betinget og ikke branche-betinget. Grunden herfor er, at der ikke ønskes anvendt begrebet ”Dialog” i denne fremstilling, da dette benyttes i udbudsreglerne, som noget andet. Derfor ændres termene til forhandling og successiv forhandling.

Det må tillige udledes af direktivet, at en partneringaftale må henhøre under definitionen ”særlig kompleks” kontrakttype. Definitionen om særligt komplekse kontrakter fastsættes, som en kontrakt der ikke er i stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde de nødvendige behov samt præcisere de retslige og finansielle forhold i forhold til et projekt.¹⁴⁸ Som partneringkontrakt er det specifikt ikke fastlagt, hvad der skal til, for at aftalen kan lade sig gøre, hvilket er pointen bag indgåelsen i den meget kommunikative kontraktform. Derfor må de finansielle og retslige forhold heller ikke anses som udspecificerede og er dermed understøttende for, at partnering kan anses som en kompleks kontrakt og under denne betingelse bør kunne anvendes i udbud med konkurrencepræget dialog.

Som udgangspunkt må det udledes, at der er yderst stor lighed i dialogfasen for udbud med konkurrencepræget dialog og til forhandlingsfasen for partnering. Specielt fordi tilbudsgiverne har mulighed for at føre dialog, hvorved der fremsættes oplysninger, som den ordregivende myndighed ikke må offentliggøre for de andre tilbudsgivere. Dog er det vigtigt stadig at have for øje, at der er forskel på dialog og forhandling som termer og den praktiske betydning heraf. Dialogen i udbud med konkurrencepræget dialog er skabt for at den ordregivende myndighed kan få klarlagt hvilke muligheder der er, og for at de tilbudsgivende virksomheder på en måde skaber en konkurrence mellem hinanden via dialogen i selve situationen, som tilbudsgivere på et konkurrencemarked. Dette er stadig under den begrænsning, at den ordregivende myndighed ikke må foretage drøftelser med en tilbudsgiver, som kan sætte denne bedre end andre.¹⁴⁹ Det vigtige i denne dialogfase i forhold til forhandlingsfasen er, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtiget til, at inddrage de forskellige elementer i dialogen i det endelige udbud. Heroverfor står forhandlingen i partnering, der tilrettelægger hvilke mål, retningslinjer etc. der er for partneringaftalen og disse skal i udgangspunktet overholdes. Det må dog formodes, at den ordregivende myndighed ved udbud, i et vist omfang ender ud med, at have inddraget nogle ting fra dialogfasen i det endelige udbud, men måske også fra flere tilbudsgivere. Dette understøtter en vis skepsis overfor den brede fortolkning af forhandlingsforbudet af Professor Steen Treumer, da dialogen her er eksempel på tilladt envejskommunikation. Selvom der er forskel på de to, må det udledes, at partnering nok godt ville kunne muliggøres i overensstemmelse med udbud med konkurrencepræget dialog i omfanget af dialogfasen.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Udbudsdirektivets 2004 Artikel 1, stk. 11 litra c, 2. afs.,

¹⁴⁹ Ruth Nielsen (2010) s. 146-147

¹⁵⁰ Ruth Nielsen (2010) s. 232-233 beskriver at partnering i praksis vil blive anvendt under denne udbudsform.

Det synes dog at være tilfældet, ligesom under udbud med forhandling, at det svage led i anvendelse af partnering under udbudsdirektivet ved konkurrencepræget dialog er, at der efter indgåelse af kontrakten ikke er mulighed for yderligere forhandling i det omfang, at det ville kunne have indflydelse på de bestemmelser, der er fremsat ved udbuddet.¹⁵¹ Selvom der ved muligheden for udbud med konkurrencepræget dialog er skabt større fleksibilitet i forhold til daværende muligheder for udbud, er der ikke mulighed for, at der kan ske reelle forhandlinger efter indgåelse af kontrakten, som har effekt på de oprindelige udbudsbetingelser og skaber muligheden for anvendelsen af partneringkontrakter.¹⁵²

Man kan udlede, at en partneringkontrakt er mulig at indgå i konkurrencepræget dialog i det omfang, at der ikke via kommunikation efter tildelingsfasen mellem parterne forekommer udfald, der ikke stemmer overens med udbudsbetingelserne. Problemet ved dette er, at en garanti for dette aldrig vil kunne lade sig gøre, samtidig med at det i realiteten herved afskærer sig fra at opfylde idéen med partneringkontrakten. Partnering er, som analyseret, baseret på konstante forhandlinger for at kunne ændre projektet derhen, hvor det viser sig mest optimal. Ved at fjerne mulighederne for at forhandle efter kontraktindgåelse i en partneringkontrakt fjerner fleksibiliteten, der netop er en af grundene til, at denne kontrakttype er fordelagtig i en verden med et højt konkurrenceniveau grundet globaliseringen.¹⁵³ Den konstante opretholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt især forhandlingsforbuddet forhindrer muligheden for at anvende partneringkontrakter i sin fulde form under de fastsatte udbudsregler jf. Udbudsdirektivet fra 2004 sammenholdt med opbakningen fra Domstolen ved analysering af retspraksis og den altafgørende overholdelse af de grundlæggende principper for direktivet og forhandlingsforbuddet.

¹⁵¹ Dette grundlagt i ligebehandlingsprincippet sammenholdt med forhandlingsforbuddet og retspraksis, som behandlet ovenfor.

¹⁵² S. Hjelmberg, P. Jakobsen og S. Poulsen (2006) s. 292

¹⁵³ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 2

2.4 Delkonklusion

Efter ovenstående analyse kan det udledes, at partnering er en kontraktform baseret på åbenhed, tillid, fælles optimering med fokus på processen frem for selve produktet. Der er i partnering en høj loyalitetsforpligtelse parterne imellem, som løbende underbygges ved at parterne foretager konstante forhandlinger, der skaber mulighederne for at være fleksible og sikrer at målet om fælles optimering, sker ved udfærdigelsen af samarbejdet. Forhandling anses derfor for en væsentlig del af partnering.

Udbud af offentlige kontrakter reguleres via EU-rettens regler under det nuværende udbudsdirektiv. Udbudsdirektivet er baseret på det generelle princip om ligebehandling og gennemsigtighed, som er udledt af TEUF Art. 18. Disse principper skal sørge for, at der ikke forekommer forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne for et offentligt udbud, så bl.a. det generelle mål jf. EU Art. 3, stk. 3, om høj konkurrence, opretholdes. Afledt af ligebehandlingsprincippet findes et generelt forbud mod forhandling. Dette forbud er ikke eksplicit fremhævet i selve direktivet, men er udledt af retspraksis og understøttes af Rådet og Kommissionens fælleserklæring fra 1994, der tilskriver forhandlingsforbuddet at udelukke enhver forhandling ved udbudsformerne ”offentlig” eller ”begrænset udbud”.

Der forekommer to andre udbudsformer i udbudsdirektivet, ”udbud med forhandling” og ”udbud med konkurrencepræget dialog”. Udbud med forhandling er en sjældent anvendt udbudsform, da den kun er tilladt i undtagelsestilfælde, hvor andet ikke synes muligt, hvorfor den ikke kan betragtes som en generel kontraktløsning og i forhold til anvendelsen af partnering og forhandling, giver den ikke mulighed for at føre forhandlinger efter kontraktindgåelsestidspunktet. Udbud med konkurrencepræget dialog fremkommer som den løsning, der giver størst mulighed for anvendelsen af partnering. Udbudsformen er baseret på, at parterne går i dialog om udformningen af den endelige kontrakt og ses også som et syn på, at EU ønsker at åbne op for mere fleksible udbudskontrakter. Dog tillader den, trods den forholdsvis kommunikative fase før kontraktindgåelsen, ikke forhandlinger efter kontraktindgåelsen på baggrund af det grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtig, understøttet af forhandlingsforbuddet.

På denne baggrund konkluderes det, at anvendelsen af partneringkontrakter, under de gældende regler i udbudsdirektivet fra 2004 med de tilhørende principper og forbud for udbud af offentlige

kontrakter, ikke er mulig på grund af den manglende mulighed for at forhandle, der er væsentlig i forhold til målene og loyalitetsforpligtelsen ved partnering og for dennes eksekvering.

Kapitel 3: Økonomisk analyse

Dette kapitel ønsker på baggrund af de lovmæssige forhindringer, ifølge de nuværende EU-retlige udbudsregler, at klarlægge, hvorledes råderummet for anvendelsen af partneringskontrakter vil ændre det kontraktmæssige udfald i et økonomisk henseende. Til dette anvendes en kombination af principal agent teori, der underbygges af mikroøkonomiske modeller, som analyserende værktøjer, samt spilteori.

Kapitlet vil starte med en redegørelse for vigtigheden af forhandlinger ved kontraktindgåelse situationer og opstiller herved et kontraktspil, hvorved progressionen ved en forhandling ud fra et fangernes dilemma spil analyseres. Ønsket med dette afsnit er, at åbne analysen for den økonomiske effekt af forhandlingsforbuddet under det nuværende udbudsdirektiv for udbud af offentlige kontrakter og samtidig give en kort introduktion til spilteorien, der vil være basis i den integrerede analyse.

Der vil blive foretaget en principal agent, herefter P/A, teoretisk analyse af traditionelle aftaleforhold, for at belyse, hvorledes P/A teorien kan fremhæve negative faktorer, der belyser kontraktens svagheder i forbindelse med at opfylde det oprindelige ønskede udfald fra principalens synspunkt. Herefter analyseres kontraktformen partnering dybdegående ud fra P/A teorien, for at belyse hvorledes forhandlingerne i denne kontraktform er med til at mindske de uoverensstemmelser, der foreligger mellem en principal og dennes agent, hvorfor udfaldet af en sådan relationel kontrakt baseret på forhandling medfører et mere ønskværdigt resultat. Kontraktformen udbud med konkurrencepræget dialog bliver herefter analyseret i samme dybdegående vinkel som partnering, for at belyse forskelle mellem denne kontraktform og partnering under P/A teoriens råderum og hvorledes denne kontraktform ifølge P/A teorien formår at skabe rammerne for en optimal kontrakt ud fra principalens synspunkt. P/A teorien underbygges i de forskellige sektioner af en mikroøkonomisk inspireret P/A model til visuel belysning af forskellen mellem principalens mulige produktion og agentens egen interesse og udnyttelse heraf. Dette fremføres for at vise omkostningerne, der tillægges en principal ved, at den tilhørende agent ikke besidder samme interesser, som principalen selv.

Kapitlet afsluttes med et yderligere fokus på, hvorledes forhandling netop i en kontraktuel kontekst har merskabende værdi ved fremførelse af Edgeworth Box fra mikroøkonomisk teori. I denne model indsættes og beskrives de tre forskellige kontraktformer og hvorledes forhandling kan forbedre det

indbyrdes forhold og allokere ressourcerne parterne imellem, for at frembringe pareto forbedringer og herved øget samlet kontraktuelt output.¹⁵⁴

3.1 Forhandlingens relevans

Dette afsnit søger at klarlægge et overblik over, hvorledes forhandling i en kontraktsituation kan skabe en merværdi i den endelige kontrakt og forholdet mellem parterne. Det vil fremføres ved først at grundlægge en kontraktsituation, hvor der ikke er forhandling til stede for at belyse, hvordan slutsituationen vil ændres ved anvendelse af forhandling. Herefter vil der fremføres en analyse af, hvad forhandling har af effekt på en kontraktsituation.

3.1.1 Fangernes dilemma uden forhandling:

Som beskrevet i kapitel 1, baseres aftaler på viljeserklæringer, der fra begge parter er underliggende for indgåelsen af en aftale/kontrakt. En part har et ønske, som denne søger opfyldt, men ved at dette kun kan ske ved at indgå i en kontraherende situation med en modpart.¹⁵⁵ Dette er grundlaget for at indbringe den kontraktuelle situation i en spil teoretisk sammenhæng. Spilteorien bygger på, at de involverede parter er indbyrdes afhængige af hinanden, som må kunne anskues i overensstemmelse med den fremførte basis for indgåelse af kontrakter.¹⁵⁶ Et klassisk eksempel på et kontraktspil er fangernes dilemma, der eksemplificerer, hvorledes to rationelle parter sætter egen interesse før fælles optimering.¹⁵⁷

| | Samarbejder | Angiver |
|-------------|-------------|---------|
| Samarbejder | -1, -1 | -6, 0 |
| Angiver | 0, -6 | -5, -5 |

Spillet omhandler to tilfangetagne forbrydere, der er placeret til forhør i hver deres lokale og ikke kan føre kommunikation med hinanden. De to lodrette kolonner repræsenterer spiller 1 (fange 1) og de to vandrette rækker repræsenterer spiller 2 (fange 2). Spillet er sat i en stat, hvor man ved

¹⁵⁴ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 22f

¹⁵⁵ Se kapitel 1

¹⁵⁶ P. K. Dutta (1999) s. 3

¹⁵⁷ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 42-45

samarbejde med politiet kan opnå lavere straf. De har begge begået en forbrydelse og kan vælge enten at erkende forbrydelsen ved samtidigt at angive den anden, eller fortælle politiet at de ikke har gjort noget. Straffen er den numeriske værdi, der repræsenterer den nytte, de to forbrydere opnår ved de forskellige udfald afhængigt af, hvilken strategi de hver individuelt vælger at følge kontra den andens strategi. Det er her antaget at hver spiller kender den anden spillers valgmuligheder.¹⁵⁸ Hver spiller skal vælge strategi ud fra, hvad de tror, den anden spiller vil vælge. Spillerne kan vælge at samarbejde med politiet eller angive den anden tilfangetagne. Hvis spillerne begge nægter sig skyldige, vil de få en nytte på -1 begge to, pga. ubehaget ved forhøret. Hvis de vælger at angive hinanden vil de begge ryge i fængsel og får derfor -5 i nytte. Hvis den ene angiver og den anden nægter, vil den der nægter skulle afsone hele straffen alene og får derfor -6 i nytte, hvorimod den, der angiver(stikker) den anden, bliver belønnet og slipper for at afsone straf og går derfor ud med en nytte på 0. Hvis spiller 1 betragtes og det, som skrevet ovenstående, antages, at denne er rationel og ønsker at maksimere sit eget udbytte, vil han skulle anlægge sin dominerende strategi ud fra valget af den anden spillers valg. En dominerende strategi betegner valget en spiller vælger på baggrund af, hvordan han er bedst stillet i forhold til den modstående spillers valg i alle tilfælde.¹⁵⁹ Så hvis spiller 2 vil samarbejde og hermed nægte sig skyldig, vil det bedst kunne betale sig for spiller 1 at angive ham, da spiller 1 så herved slipper helt for ubehag og går ud med nytten 0. Hvis spiller 1 tror, at spiller 2 vil angive ham, kan det også bedst betale sig for spiller 1 at angive, da han herved ikke skal afsone hele straffen alene, men dele den med spiller to og går fra -6 til -5 i nytte. Den dominerende strategi for spiller 1 er herved altid at angive den anden, da denne strategi er bedst, uanset den andens spillers valg. Det samme gælder så for spiller 2, der netop har samme oplysninger og samme nyttefunktioner, som spiller 1. Resultatet bliver, at hver spiller angiver hinanden uanset hvad og udfaldet af dette spil bliver den værst tænkelige situation.¹⁶⁰

Dette er aldeles sammenligneligt med en kontraktindgåelsessituation uden forhandling. Netop uden forhandling i en kontraktsituation vil begge parter skulle fremlægge deres valg ud fra den løsning, der sætter dem bedst muligt i forhold til alle de muligheder den kontraherende part har til rådighed. Herved sker det, at parterne for at sikre sig selv mod værre tilfælde, ender i en uhensigtsmæssig position.

¹⁵⁸ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 43

¹⁵⁹ P. K. Dutta (1999) s. 41

¹⁶⁰ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 43-45

3.1.2 Fangernes dilemma med forhandling:

Vi gentager fangernes dilemma, men giver nu tilladelse til, at parterne imellem har mulighed for at kommunikere med hinanden, før de skal træffe deres valg i forhold til, om de vil erklære sig skyldige og angive den anden, eller nægte sig skyldig og derved samarbejde med den anden fange. Det skal herved igen pointeres, at antagelserne bag dette spil er, at begge parter er 100% rationelle og har 100% information om de mulige valg, der gør, at denne opstilling er en noget simplificeret model i forhold til en kontraktindgåelsessituation specielt med henblik på de i det juridiske kapitel omhandlede kontraktformer.¹⁶¹

Problemet er klart opsat, for det kræver en del af parterne at gå over til komplet samarbejde. Dette er bestemt problematisk, da hver part vil have det bedste udfald, hvis modparten samarbejder og part selv angiver modparten og herved opnår nytten 0, som er den umiddelbare handling efter rationalitetsantagelsen. Hvis fangerne i stedet her udnytter situationen, da de ved at tale sammen kan forhandle om det endelige udfald, vil de have mulighed for at ende i det mest attraktive udfald i en samlet kontekst. Parterne ved præcis hvad der vil ske ved alle mulige valg, hvorfor det der bør ske ved en forhandling i dette tilfælde er en garantistillelse overfor modparten, der sikrer at hver part opretholder deres del af aftalen. Dette kunne eksempelvis være ved at indføre en klausul, der ville medføre en nytte lavere end -1, som de lægger i forhold til hinanden for at sikre sig, at ingen angiver, eller modsat, at de garanterer en kompensation til hinanden, der overstiger tabet på -1, men som ligger under -5, for at sikre at de begge vil overholde aftalen.¹⁶² Det er et godt eksempel på, hvorledes forhandling har mulighed for at optimere den nytteeffekt i en aflukket kontekst. Ikke at vi skal lade fanger samarbejde i vores samfund, men hvis situationen sættes i relation til de gældende udbudsregler for EU, vil forhandlinger måske have den effekt, at der bliver sat muligheder for at optimere de kontrakter, der allerede indgås. Det er et meget simplificeret billede at opsætte fangernes dilemma, som løsningen på alle manglende forhandlingsproblematikker, men den giver et kort præcist logisk overblik over mulighederne, der udspringer af, at tillade forhandling.

¹⁶¹ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 43

¹⁶² E. Eide og E. Stavang (2003) s. 45-47

3.2 Principal-Agent problemer i en kontraktuel sammenhæng

Som beskrevet i det juridiske kapitel, er en væsentlig del af rammen for indgåelse i et partneringsamarbejde, at alle parter samles i en enhed og dermed gør op med den normale hierarkiske virksomhedsstruktur.¹⁶³ Herved skulle partnering som kontraktmodel skabe et overskud, som i forbindelse med den relationelle struktur. Dette vil der blive søgt forklaret i dette afsnit ved at analysere en partneringsaftaler ud fra P/A teori. Afsnittet vil udlægge med en indgang i P/A teorien og hvilke elementer og underteorier, dette afsnit vil sætte i en kontraktuel kontekst. Herefter eksemplificeres mulige P/A problemer i forhold til en traditionel aftaleretlig kontraktstruktur for at belyse hvorledes en traditionel kontrakt er udsat for forringende effekter på baggrund af disse P/A problemer. P/A teorien bruges herefter til en dybdegående analyse af partneringskontraktens egenskaber i forhold til opfyldelse af en principals ønsker. Som afsluttende element anvendes P/A teorien i forhold til en analyse af udbud med konkurrencepræget dialog, for at belyse det kontraktuelle udfaldsområdes forskel mellem dette udbud med konkurrencepræget dialog og partnering. P/A teorien underbygges af diverse modeller, inddraget med basis fra mikroøkonomien af understøttende analytiske og fortolkningsmæssige hensyn.

Principal-agent teorien (herefter P/A) analyserer forholdet mellem en principal og en agent, hvor agenten anses som ansat under principalen og skal i denne forbindelse varetage principalens interesser.¹⁶⁴ P/A teorien bygger på problemfeltet mellem principalen og agentens fordeling af information i deres interne forhold, samt deres individuelle interesser. Udgangspunktet for P/A teorien er selve informationsfordelingen mellem principalen og agenten, hvor principalen anses for at være den informationsbærende part, der udsteder regler og retningslinjer for agentens handlinger, for at få opfyldt principalens mål, der er baggrunden bag deres indbyrdes kontraktforhold.¹⁶⁵ P/A teorien anvendes normalt i ansættelsesforhold, eller mere organisatorisk i mellem de forskellige organisationsniveauer på et mere generaliseret basis.¹⁶⁶

¹⁶³ Christina D. Tvarnø (2002 – Partnering – en aftaleretlig udfordring) afs.3

¹⁶⁴ C. Knudsen (1997) s. 164f

¹⁶⁵ Kirsten Bregm (2007) s. 116f

¹⁶⁶ Kirsten Bregm (2007) s. 112-113

3.2.1 Informationsfordeling mellem de kontraherende parter:

I dette afsnit vil der tages udgangspunkt i, at en offentlig myndighed indgår en aftale med en privat virksomhed ubesat de gældende udbudsregler jf. Kapitel 2. Formålet er at se, i hvilket omfang en partneringaftale herefter kan undgå P/A problemer, for senere at sætte det i relation til udbudsformer i en P/A konstrueret ramme. Det vil sige, at der i udgangspunktet her opstilles en kontraktramme lig en traditionel aftale, en partneringaftale og udbud med konkurrencepræget dialog, som defineret i kapitel 2.

Den offentlige myndighed vil i dette tilfælde blive anset som principal i det indbyrdes forhold og den private virksomhed som agent. P/A teorien bygger på den grundlæggende forudsætning, at de kontraherende parter handler efter egen interesse og under antagelsen, at der i denne forbindelse ikke foreligger symmetrisk informationsfordeling parterne imellem.¹⁶⁷

I den normale opbygning af en P/A analyse, står principalen, som den mest informerede part i det interne forhold og agenten som informationsunderlegen. I dette tilfælde gælder en lidt afledt udgave i forhold til den klassiske teori, som der ligeledes vil analyseres i redegørelsen. Da der er tale om en offentligt/privat aftale, vil den offentlige myndighed have størst information, når det gælder de rammer, der kan tillades i det indbyrdes forhold, men den private virksomhed har en speciel fordel i, at være ekspert på området og vil dermed ikke i udgangspunktet være underlegen i det informationsmæssige forhold, men stadig repræsenteret som den ansatte. Der vil optræde en decideret informationsfordrejning parterne imellem, da disse ikke har kendskab til hinandens videns sfære. Det specielt interessante i denne fremstilling og det væsentlige omdrejningspunkt for den generelle P/A teori er, hvorvidt det er muligt for den offentlige myndighed, som principal, ved indgåelse af en partnering aftale, at få agenten, den private virksomhed, til at handle i overensstemmelse med ønsket fra principalen ved at anskue om partnering skaber incitament for dette.¹⁶⁸

¹⁶⁷ C. Knudsen (1997) s. 164ff

¹⁶⁸ C. Knudsen (1997) s. 164f

3.2.2 Adverse Selection og Moral Hazard:

P/A teorien understøttes af to definerende underteorier, der beskriver den risiko, der foreligger ved at en part udnytter den overlegne information, som denne er i besiddelse af.¹⁶⁹ De to underteorier, Adverse Selection og Moral Hazard, betegner de problemer en principal kan blive udsat for ved asymmetrisk informationsfordeling.¹⁷⁰

Adverse Selection omhandler den situation principlen forefindes i før kontraktindgåelsestidspunktet med agenten.¹⁷¹ Principlen har i den præ kontraktuelle fase ikke komplet kendskab til agentens informationsmængde, dennes evner til opfyldelse af principlens ønske for aftaleforholdet og agentens egen interesse for indtrædelse heri. Adverse Selection er mere bestemt betegnelsen for den skjulte information en agent fraholder sig at informere principlen om, under incitamentet for egen optimering.

Moral Hazard beskriver den tilstand, der foreligger efter kontraktindgåelsen og betegner det forhold, at principlen ikke har mulighed for at være sikker på, hvorledes agenten handler.¹⁷² En principal kan ikke være 100% overvågende af sin agent og dermed opstår situationer, hvor agentens handlinger ikke er observerbare. Moral Hazard defineres også som skjult handling, da principlen ikke er klar over, hvad agenten foretager sig.¹⁷³

3.2.3 Traditionelle aftaler og P/A problemer:

Nedenstående fremstilles en proceslinje, som beskriver den traditionelle aftaleform,¹⁷⁴ som beskrevet i kapitel 2. P/A teoriens to underteorier Moral Hazard og Adverse Selection vil i dette tilfælde forefindes før accept for Adverse Selection og efter accepten for Moral Hazard. Et eksempel på en simpel kontraktindgåelse efter den traditionelle aftaleform gives for at belyse analysens problemfelt;

¹⁶⁹ Kirsten Bregm (2007) s. 113

¹⁷⁰ C. Knudsen (1997) s. 165ff

¹⁷¹ C. Knudsen (1997) s. 165, også kendt som ex ante.

¹⁷² C. Knudsen (1997) s.167, også kendt som ex post.

¹⁷³ Kirsten Bregm (2007) s. 113

¹⁷⁴ Aftaleloven, Lovbkg. Nr. 781 1996 §1, samt L. L. Andersen og P. B. Madsen (2006) afs. 2.2.2. og Christina D. Tvarnø (2003 - Partnering) s. 11

Opfordring til tilbud → tilbud → accept → ordrebekræftelse

Case: lad os anskue, at en offentlig virksomhed ønsker at indgå en traditionel aftale med et konsulenthus om varetagelse af et serviceområde. Herved vil den offentlige virksomhed betragtes som principal og konsulenthuset som agenten. Ved at beskue deres egen interesser, kan der klargøres, hvorledes P/A problemer vil opstå. Et konsulenthus er en privat virksomhed der først og fremmest eksisterer for at tjene penge. Det må antages, at enhver virksomhed altid vil have profitmaksimering for øje, når denne søger at indgå i en kontraktuel forpligtigelse overfor en anden privat virksomhed eller offentlig myndighed.¹⁷⁵ Den offentlige myndighed søger at skulle opretholde eller forbedre samfundsmæssige krav og får bevillinger af staten for at opretholde dette niveau. Herved må det antages, at offentlige myndighed har mål om at omkostningsminimere, da der er begrænsede økonomiske ressourcer.¹⁷⁶

Den offentlige myndighed køber en ydelse fra konsulenthuset, som skal foretages over en given tid. Men den offentlige myndighed har før kontraktindgåelsen ikke nogen specifik viden om, hvad konsulentbureauet ved og hvorledes dennes strategi er. Her har konsulenthuset en egen information angående omkostningerne for den egentlige ydelse, som den offentlige instans ikke har. Dette er et tydeligt eksempel for Adverse Selection. En privat virksomhed kender sin egen omkostninger per enhed og ved at skulle udføre en ordre for den offentlige virksomhed, vil den private part have incitament til at lade som om, at den har større omkostninger end hvad tilfældet i realiteten er.¹⁷⁷ Herimod risikerer det offentlige ved at sætte den tilbudte kapital for lav, for ikke at give efter for den privates overbetaling, at den private virksomhed, der ender med at få kontrakten, ikke yder den rette kvalitet, der kan medføre ekstraomkostninger senere hen.¹⁷⁸ Da der her et tale om en offentlig kontrakt vil en meromkostning have effekt på samfundet, da en meromkostning i forhold til kontraktforholdet vil ende ud med at skulle blive betalt af borgerne via skatten. Ellers kan det offentlige acceptere den forringede kvalitet. Uanset hvad sker der i dette tilfælde en samfundsøkonomisk forringelse.¹⁷⁹

¹⁷⁵ C. Knudsen (1997) s.54ff

¹⁷⁶ Der henvises til problemstillingen i kapitel 1 om offentlige myndigheder. Her betragtes de begrænsede økonomiske ressourcer i forhold til, at offentlige myndigheder er underlagt et statsligt budget.

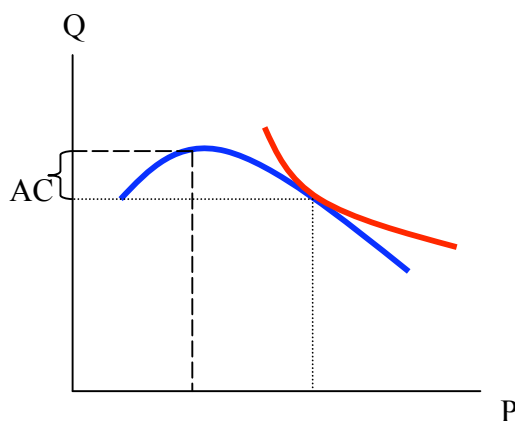
¹⁷⁷ Kåre P. Hagen (2005) s. 135

¹⁷⁸ Kåre P. Hagen (2005) s. 135

¹⁷⁹ Kåre P. Hagen (2005) s. 135

Efter kontraktindgåelsestidspunktet viser det sig, udover de effekter Adverse Selection har medført, om principalen er bevidst om agentens egentlige handlinger. Ved eksemplet med denne traditionelle kontrakt mellem en offentlig instans og et konsulenthus, kan den offentlige myndighed have svært ved at overvåge alt hvorledes det eksterne konsulenthus agerer. Dette åbner op for muligheden, at agenten agerer modstridende principalens ønsker. Dette kan i dette eksempel være, at yde en lavere indsats end det niveau det offentlige formoder jf. kontrakten. I et sådan tilfælde vil der være tale om en udnyttelse af principalens tillid, grundet dennes mangel på at kunne overvåge og bevise agentens handlinger, der defineres som agentens Moral Hazard.¹⁸⁰ Incitamentet bag udnyttelsen af sådanne situationer ligger i agentens incitament til at opfylde egen interesser til laveste omkostning.

Ved den traditionelle aftaleform, hvor der her formodes ikke at være yderligere kommunikation mellem parterne i forløbet fra opfordring til tilbud, til den endelige ordrebekræftelse, må der siges at være stor risiko for både Adverse Selection og Moral Hazard. Principalen har, specielt grundet det umiddelbare ringe relationelle forhold, stor risiko for at blive udnyttet af agenten. Samlet kan dette opstilles i en principal agent model, der viser tabet principalen udsættes for ved ikke at have den nødvendige kontrol over agenten.¹⁸¹



Ved ovenstående figur ses en blå linje, der repræsenterer opfyldelsen af principalens ønskede Q afhængig af prisen P .¹⁸² P symboliserer dog også i denne sammenhæng alt andet end Q , hvilket vil

¹⁸⁰ Kåre P. Hagen (2005) s. 123-124, eksemplet i denne fremstilling skabes på baggrund af bl.a. Hagen's analyse af myndigheders manglende observerbarhed af de private virksomheders handlinger i en offentlig/privat kontraktindgåelse.

¹⁸¹ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 209. Det er i de anvendte modeller i denne analyse byttet om på x og y akslens værdier, da det antages at en offentlig myndighed ønsker en mængde goder til lavest pris og ikke som private virksomheder en maksimal profit ved mindst produktion.

¹⁸² Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 209

sige eksempelvis kvalitet. Pointen her er, at principalen grundet dens manglende viden på det givne område ikke er klar over hvad der er muligt, dvs. hvorledes funktionen i realiteten er for den blå linje.¹⁸³ Hvis principalen kunne se den blå linje ville den ønske, at agenten ydede Q og P svarende til det øverste punkt på den blå kurve. Men agenten, i dette eksempel konsulenthuset, har nogle andre incitament, hvorfor dennes nyttekurve ses ved den røde kurve. Denne nyttefunktion repræsenterer for konsulenthuset den nyttefunktion, der giver højst nytte ud af alle.¹⁸⁴ Agenten udnytter principal agent situationen og yder Q og P lig skæringspunktet mellem de to kulørte funktionskurver. Herved skabes et tab for principalen lig med AC, der repræsenterer den mulige mergevinst principalen ville kunne have anskaffet sig ved fuld information om agentens valg og principalens egne muligheder.¹⁸⁵ AC området dækker det trekantsområde fra skæringspunktet mellem de to kurver, til principalens ypperste Q til givne P og ned til Q linjen for agentens valg. Dette er ikke kun anset som principalens tab, men også det tab der definerer den traditionelle aftales forringede værdi på baggrund af P/A problemer.

3.2.4 Partnering og P/A problemer:

På baggrund af analysen af partnering som kontraktform i kapitel 2, kan der sås tvivl om, i hvilket omfang der er risiko for, at der fremkommer reelle P/A problemer ved partneringaftaler, da selve kontraktformen baseres på tillid, åbne regnskaber, samarbejde og skabelse af et produkt uden fokus på egen optimering, men af samarbejdets fælles værdi.¹⁸⁶

Partnering har en speciel opbygningsform rent organisatorisk, der medfører et problem i forhold til definitionen mellem principal og agent i forhold til P/A teorien. Hvis en offentlig myndighed ønsker at indgå i et partnersamarbejde med en privat virksomhed, er udgangspunktet for partnering, at disse to enheder skal smelte sammen i processen og sammen være beslutningstagere for alle beslutninger. Hvis man via teorien ville opdele dem som principal og agent, ville tankegangen bag partnering ikke være 100% understøttet, pga. kravet til, at alle parter deltager aktivt i alle dele af processen og at der netop ikke i partnering forekommer en hierarkisk opbygget

¹⁸³ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 209

¹⁸⁴ Nyttfunktioner er placeret i hele koordinatsystemet, men den med det største afkast vil i denne opstilling være den nyttefunktion, der skærer den blå funktionskurve yderst mod højre øverste hjørne.

¹⁸⁵ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 208

¹⁸⁶ Christina D. Tvarnø (2004) afs. 2.2

organisationsstruktur.¹⁸⁷ Der er dog stadig tale om en offentlig myndighed, der via et udbud sender ønske om indgåelse af en partneringaftale og denne myndighed defineres derfor som principal og den private virksomhed som agent.

Begge parter går ind i et partneringsamarbejde for at skabe noget sammen. Det må altså formodes, at de parter, som ønsker at anvende partnering som en kontraktform er indstillede på, at de skal indgå i det tætte tillidsarbejde med den konstante loyalitetspligt.¹⁸⁸ De forskellige parter i partneringaftalen deler overskuddet efter en fordelingsnøgle parterne imellem, så jo mere parterne lægger i samarbejdet, jo større er gevinsten. På denne baggrund kan det udledes, at partnering i sig selv egentlig repræsenterer en aftaleform, der i sig selv har indbygget en form for incitamentskontrakt.¹⁸⁹ Dette er yderst relevant, da incitamentsaftaler som regel anses for at være en løsningsmodel i P/A teorien til at få agenten til at handle korrekt efter principalens ønsker.¹⁹⁰ Formålet med netop indførelsen af incitamentskontrakter for at løse P/A problematikker er, at få agenten til at handle i overensstemmelse med principalens ønsker. Når der så i denne kontraktform endda kan anlægges en vis tvivl, om der overhoved forekommer et decideret principal/agent hierarki, må det anses som et symbol på, at denne kontraktform finder god anvendelse i situationer, hvor P/A problemer normalt ville opstå.

Kontakt → forhandling → **partneringaftale** → successiv forhandling → Evt. materiel aftale

I første forhandlingsdel skal principalen og agenten klarlægge hinandens ønsker og danne rammerne for selve partneringaftalen. Det er her vigtigt at have in mente, at kontrakten ikke er skrevet under endnu, så parterne behøver ikke gå ind i samarbejdet, hvis der ikke kan dannes konsensus om partneringsamarbejdets mål.

Adverse Selection er den skjulte information, der er et ex ante problem, som senere i en ex post situation kan give udslag i en ikke optimal kontraktsituation for parterne og skaber et samfundsøkonomisk tab, som beskrevet ovenstående.¹⁹¹ I et partneringsamarbejde, hvor det antages, på baggrund af den juridiske fremstilling, at parterne kun får dækket deres målbare omkostninger ved at udtræde af samarbejdet efter kontraktindgåelsestidspunktet, må det udledes, at

¹⁸⁷ Christina D. Tvarnø (2002 – Partnering – En aftaleretlig udfordring) afs. 4

¹⁸⁸ Christina D. Tvarnø (2002 - Julebog) s. 13-14

¹⁸⁹ Christina D. Tvarnø (2003, Partnering – i et økonomisk og juridisk perspektiv) afs. 4.

¹⁹⁰ Kirsten Bregm (2007) s. 118-119

¹⁹¹ Kirsten Bregm (2007) s. 113

der i realiteten ikke er incitament for at tilbageholde information fra de kontraherende parter.¹⁹² Denne information vil have merværdi for fællesskabet og ikke for den enkelte part, da denne kun får dækket sine reelle målbare omkostninger ved udtræden af samarbejdet.¹⁹³ Så udover at parterne har ønske om en partneringaftale til at starte med, bør principalen kunne stole på denne åbne tilgang fra agenten, dette understøttes også af princippet om åbne regnskaber.¹⁹⁴ Ved partneringaftalen kan vi udlede, ved antagelsen om alles ønske om anvendelse af partnering som aftaleform og den fælles accept af den høje loyalitetsforpligtelse, at der i kontaktfasen ikke bør foreligge nogen betydelig Adverse Selection.

Efter aftaleindgåelsen befinder parterne sig i en ex post situation og nu er der mulighed for, at agenten udnytter situationen og agerer i modstrid af principalen. Her er partnering som koncept en mulig løsning på denne problematik.¹⁹⁵ Ved at fortsætte med konstante forhandlinger parterne imellem sikres, at alle parter bliver hørt. Principalen kan på denne måde holde øje med sin agent via forhandlinger og aflæse hvorledes dennes ønsker og vilje er. Ved at der i praksis vil kunne tvivles om, hvem der her er principal og hvem der agent på grund af den fælles beslutningsprocedure, har agenten incitament til at overholde principalens ønsker og overholde aftalens rammer.¹⁹⁶ I den successive forhandlingsdel udvikles målet og projektet for samarbejdet udføres, så incitamenterne for at gå ud af samarbejdet her vil være minimalt, da den eventuelle bonus nærmer sig. En egen optimerende agent vil kun forringe kvaliteten af det reelle arbejde og nedsætte kvaliteten af det samlede projekt og dermed mindske muligheden for en eventuel bonus. Så selvom agenten kan udføre Moral Hazard og forblive uden for principalens observante sfære, vil incitamentet ikke være forefindes.

Til slut i processen er en eventuel materiel aftale. Denne kan anvendes hvis en part eksempelvis skal levere en fast konstant ydelse, hvorved det kan forekomme fordelagtigt med eventuelle materielle aftaler.¹⁹⁷ Det skal tilføjes her, at selvom den del af partnering processen som beskrives ved successiv forhandling kan være af langvarig karakter, så bør der ved udstedelse af de materielle aftaler ikke forekomme videre ageren af Moral Hazard. Grundlaget herfor kan ses ved, at partnering

¹⁹² Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 17

¹⁹³ I ”Partnering i Praksis” (2005) vejledning argumenteres der for anvendelsen af incitamentsprogrammer og bonusaftaler, så de kontraherende parter får dækket deres omkostninger, men får incitament til at fortsætte samarbejdet, for at få del i den mulige bonus.

¹⁹⁴ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 17-18

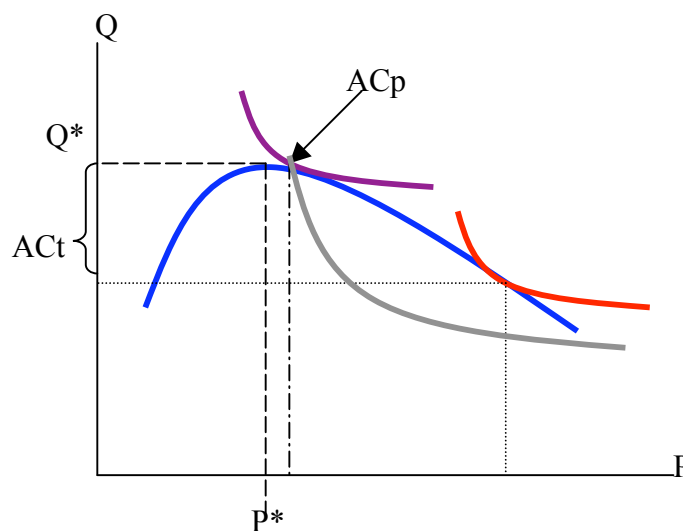
¹⁹⁵ Her henvises til de, i den juridiske analyse omhandlede, successive forhandlinger.

¹⁹⁶ Kirsten Bregm (2007) s. 116-118

¹⁹⁷ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 12

som aftaleform er enorm ressourcetung. Dette kan øge incitamentet for at blive i aftaleforholdet i længere tid, da succeskriteriet er at færdiggøre projektet, hvorfor incitamentet stiger jo længere agenten kommer i processen. Endvidere har agenten personligt på dette tidspunkt en uhyre stor indsigt og tilhørsforhold til det pågældende projekt, endda så stort at dennes interesse for projektet kan forekomme større end det reelle tilhørsforhold til den oprindelige arbejdsgiver.¹⁹⁸

Der synes at være en tæt forbindelse mellem den store grad af forhandling i partnering aftaleprocessen og den lille grad af asymmetrisk information og agentens vilje til at udnytte situationen og gå mod principalens vilje. Den samlede grad af P/A problemer på baggrund af Adverse Selection og Moral Hazard må derfor synes relativt lave. Ved at fremsætte samme model som under den traditionelle kontraktform kan det anskues, hvorledes partnering mindsker AC omkostningerne.¹⁹⁹



Den blå kurve repræsenterer stadig principalens uobserverbare funktionskurve for mulige kombinationer af Q og P, opfyldt af agenten.²⁰⁰ Den røde linje er agentens nyttefunktion ved en traditionel aftaleform og det nye i denne opsætning er den lilla kurve, der viser agentens nyttefunktion under partnering. Det specielle her er, at som det kan ses på ovenstående figur, er den lilla funktion ikke af samme hældning som den røde. Dette er grundet i, at hvis agenten havde

¹⁹⁸ Partnering i Praxis vejledning (2005) advarer netop med, at der ved partnering kan forekomme den situation, at de involverede er mere loyale overfor selve partnering projektet end den virksomhed de oprindeligt er ansat i. Dette er grundlagt i den store indsats og medbestemmelse der forekommer for deltagerne i et partnering samarbejde. Se bl.a. vejledningens s. 9.

¹⁹⁹ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 209

²⁰⁰ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 209

samme incitamenter i en partneringskontrakt, som under den traditionelle aftaleform, burde den samme hældning anvendes. Principalen skulle så via incitamentsaflønnings-, bonusprogrammer eller anden medindflydelse lokke agenten til vælge en anden indifferenskurve til fordel for principalen, så agenten ville nærme sig det optimale Q^* og P^* for principalen. Eksemplet på dette er givet ved den grå kurve, der repræsenterer en anden indifferenskurve, som principalen får agenten til at vælge, ved at tilbyde agenten en kompensation for at vælge denne mindre nyttegivende indifferenskurve.²⁰¹

Det specielle ved partnering er, at grundlaget for at indgå i kontraktforholdet er, at parterne er indstillede på, at egen optimering tilsidesættes for at opnå en værdi i fællesskab. Derfor må det formodes, at en indifferenskurve fra en agent i udgangspunktet vil ligge en del nærmere principalens Q^* og P^* , i stedet for det optimum for agenten, som repræsenteret ved skæringen mellem den blå og røde kurve. Indifferenskurver beskriver en parts nytteværdi i forhold til de repræsenterede goder, eller værdier, som givet ved x og y-aksen. På alle steder af en indifferenskurve er nytten den samme.²⁰² Der findes i realiteten utallige indifferenskurver, når en parts mulige nytteværdier vurderes.²⁰³ Grundlaget for, at den blå kurve og funktion ikke ændres er, at P/A-teorien bygger på agentens opfyldelse af principalens behov. Samtidig fastholdes denne faktor, for at danne et sammenligningsgrundlag for denne P/A-analyse.

Placeringen og skæringspunktet for den lilla kurve kan endvidere begrundes i, at AC-omkostningerne i denne model betegner den samlede negative effekt af Adverse Selection og Moral Hazard, der, som beskrevet i analysen om disse problemers fremtræden i det reelle partneringsforhold, er meget lave grundet forhandlinger og partneringskonceptet baseret på tillid, samarbejde og åbne regnskaber.²⁰⁴

²⁰¹ Neil Bruce (2001) s. 33. Accept af lavere indifferenskurver kan ske på baggrund af kompensation i en persons andre værdsatte goder, da der her vil ske en opgradering i forhold til niveauet for indifferenskurven for det pågældende gode.

²⁰² Neil Bruce (2003) s. 33

²⁰³ R. Pindyck og D. Rubinfeld (2005) s. 67ff

²⁰⁴ Christina D. Tvarnø (2003 – Partnering) s. 17

3.2.5 Udbud og P/A problemer:

I dette afsnit vil der tages udgangspunkt i udbudsformen udbud med konkurrencepræget dialog. Grundlaget herfor er, som beskrevet i kapitel 2, at det er den udbudsform, der giver størst råderum for forhandlinger (trods defineret som dialog) under det nuværende og gældende udbudsdirektiv. Samtidig hermed er det blevet fremsat af kilder, at partnering så vidt muligt i praksis ville kunne anvendes i denne udbudsform, hvorfor det findes interessant at analysere, hvorledes der fremtræder forskelle ved P/A problemer.²⁰⁵

Det interessante ved udbud i et P/A perspektiv er den konkurrencebaserede form, som udbud grundlægges ud fra og endnu mere interessant er hermed udbud med konkurrencepræget dialog, da der herved tillades kommunikation parterne imellem. Ved udbud synes det klart, at den ordregivende myndighed er principal og tilbudsgiveren agent. Alle agenterne har hver deres incitamentsbaggrund og søger at vinde udbuddet med opfyldelse af egne incitament.²⁰⁶ Der gælder ved denne udbudsform, at det mest økonomisk fordelagtige bud vinder udbuddet.²⁰⁷ Herved har agenterne, incitament til, at fremføre det mest effektive tilbud baseret på en balance mellem kvalitet og pris. De vil ikke decideret have incitament til at omkostningsminimere, men fremkomme med det bedste bud samtidig med at garantere deres egen profitmaksimering.²⁰⁸ Ved at analysere dette i en P/A sammenhæng kan en sådan tilgang synes at give stor mulighed for at tilbageholde og skjule information. Konkurrencen, der foreligger ved udbud, har dog en begrænsende indflydelse på mængden af asymmetrisk information.²⁰⁹ Jo flere tilbudsgivere, der byder på udbuddet, jo mere konkurrencen. Den asymmetriske information ved Adverse Selection minimeres på grund af konkurrencen, da de forskellige tilbudsgivere alle ønsker at vinde det pågældende udbud. Herved vil de forskellige tilbudsgivere have incitament til at afgive deres skjulte information for at vinde udbuddet.²¹⁰ Tilbudsgiveren, med den reelle laveste omkostningsfunktion, for det givne gode, bør ifølge teorien vinde udbuddet, da denne kan afgive tilbud i overensstemmelse med principalens ønsker og en sikring af kvaliteten. Det skal dog tillægges her, at vinderen af udbuddet ikke bør afgive et tilbud, der nødvendigvis afslører dennes egentlige omkostningsfunktion. For at vinde

²⁰⁵ Ruth Nielsen (2010) s. 232-233

²⁰⁶ Kåre P. Hagen (2005) s. 155

²⁰⁷ Som beskrevet i kapitel 2, skal udbud ved konkurrencepræget dialog ikke afgøres på baggrund af lavest pris, men på det mest økonomisk fordelagtige bud, dette specielt grundet kompleksitetskravet for denne udbudsform.

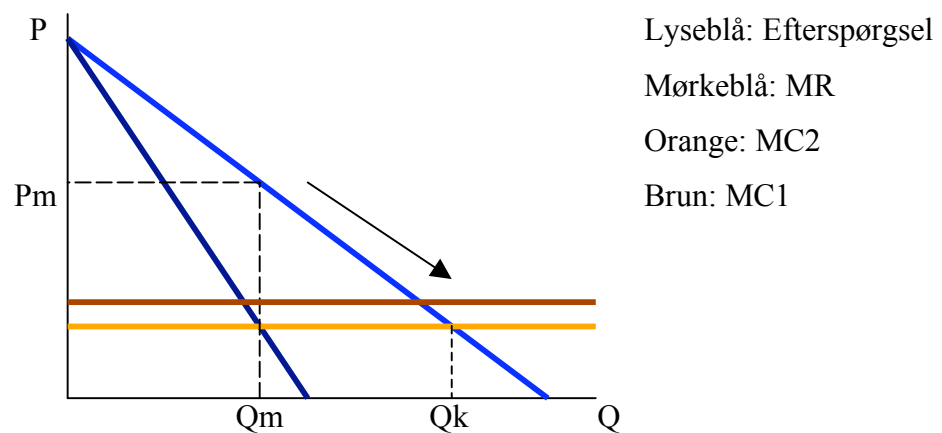
²⁰⁸ Kåre P. Hagen (2005) s. 156

²⁰⁹ Kåre P. Hagen (2005) s. 156-157

²¹⁰ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 79

udbuddet kan den vindende agent nøjes med at placere sit tilbud marginalen under det næst bedste tilbud.²¹¹

Ved en model over monopol kontra fuldkommen konkurrence, kan effekten af konkurrencen analyseres.



En monopolist sætter sit Q og P efter dennes fuldstændige frie mulighed for at profitmaksimere. En monopolist sætter altså Q_m og P_m lig med det, der opfylder dennes nytte uden nogle markedsbarrierer fra andre konkurrenter.²¹² Dette punkt angives på ovenstående figur, hvor de marginale omkostninger (MC_2) er lig det marginale overskud (MR). Herefter angives prisen P_m ved den angivne Q_m på efterspørgselskurven.²¹³ Når der i stedet opstår konkurrence på et marked sker det, at prisen per Q sænkes, som vist med angiven pil og spillerne nærmer sig herved deres marginale omkostninger. Spillerne ofrer herved deres egentlige overskud, for at vinde en eventuel kontrakt. Som beskrevet ovenstående, vil den agent, der har den laveste reelle omkostning, symboliseret i modellen ved MC_2 , vinde kontrakten ved et udbud, da denne kan garantere en given Q til lavest pris, se Q_k . Q_k antages også her at være lig principalens ønskede mængde samt kvalitet. Normalt gives det, at optimum af Q og P ved fuldkommen konkurrence ligger, hvor efterspørgselskurven skærer MC , her MC_2 .²¹⁴ Men Pointen her under udbud med konkurrencepræget dialog og som beskrevet ovenstående er, at den vindende agent ikke vil afsløre sin reelle MC , hvis denne kan undgå det, da agenten herved får større egen nytte. Ovenstående model viser et eksempel på dette. Den brune funktion, MC_1 , viser de marginale omkostninger for

²¹¹ Kåre P. Hagen (2005) s. 156

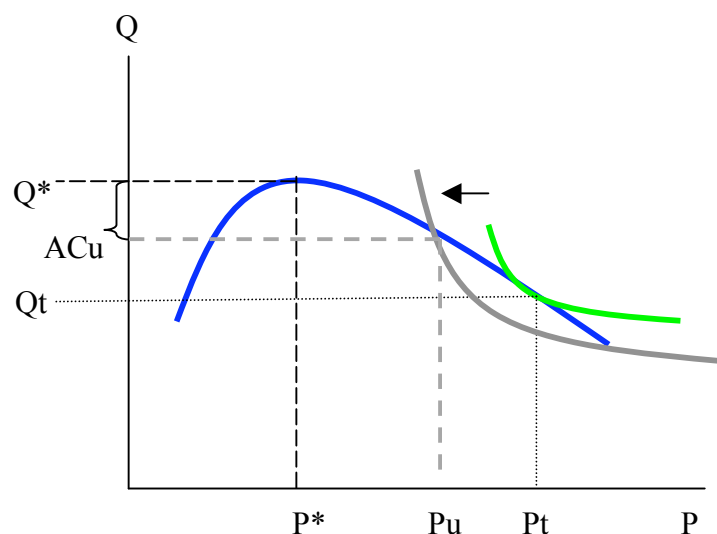
²¹² R. Pindyck og D. Rubinfeld (2005) s. 340ff

²¹³ Neil Bruce (2003) s. 42

²¹⁴ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 83

den agent, der har den tætteste marginale omkostningsstruktur i forhold til den vindende agent. Herved bør den vindende agent i stedet for at sætte $P=MC_2$ fokusere på, at sætte P marginalen under MC_1 . Herved vinder agenten og får optimeret sin egen nytte.

Dette kan overføres analogt til den mængde af asymmetrisk information, der forefindes mellem parterne ifølge P/A teorien. Konkurrenceelementet i udbud giver, som beskrevet ovenstående, incitament til at agenterne ikke tilbageholder så megen information, da de bliver nødt til at ofre deres egen optimale nytte, for at kunne afgive det økonomisk mest fordelagtige bud til principlen. Nedenstående figur viser den pågældende effekt.



Figuren her er en genskabelse af, hvordan en traditionel kontrakt skaber unødvendige omkostninger for principlen grundet den asymmetriske informationsfordeling.²¹⁵ Her repræsenterer den grønne kurve den vindende agents nyttefunktion før indtrædelsen i konkurrencen med de andre agenter. Grundet konkurrencen bliver denne agent nødt til at nedsætte mængden af skjult information overfor principlen og herved kunne forbedre forholdet til principlen ved at kunne give principlen en øget opfyldelse af principlens ønske.²¹⁶ Dette ses ved, at agenten rykker sig fra at vælge den mest givende indifferenskurve, til at gå ned i nytteniveau i retning af den grå indifferenskurve. Agenten har stadig samme hældning ved sine indifferenskurver, da der ikke sker en decideret justering af agentens egen nyttefunktion ved konkurrence. Der er dog kun mulighed for at opnå en mindre nytte pga. konkurrencen end ved en situation uden konkurrence, der analogt kan sammenlignes med monopol situationen, som beskrevet ovenstående. Det kan ved ovenstående

²¹⁵ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 209

²¹⁶ Kåre P. Hagen (2005) s. 155-158

model også fastslås, at området for AC omkostningerne for den asymmetriske information formindskes ved konkurrencen, dvs. området defineret af ACu begrænset ved siderne P^* som venstre margin og den blå kurve som øvre og højre margin.

Det specifikke ved udbudstypen udbud med konkurrencepræget dialog er, at principalen i denne udbudsform har mulighed for, at føre dialog med agenterne og sammen fastlægge de kontraktvilkår, der skal ligge til grund for den endelige kontrakt.²¹⁷ Dette åbner muligheden for, at principalen kan aflæse agenterne. Hvis en af agenterne ikke deltager aktivt i dialogfasen, kan dette opfattes som negativt fra principalens side og en formodning om skjulte informationer vil være mere til stede her i forhold til en aktiv agent. Derudover synes det også mere positivt, at en agent virker interesseret i at føre dialogen og viser hermed, at agenten er en bedre samarbejdspartner. Samtidig giver denne dialogform mulighed for, at agenten får medindflydelse på kontraktbestemmelserne. En sådan medindflydelse vil kunne nedsætte incitamentet, der kunne være modstridende principalens interesse.

Parternes mulighed for dialog skaber en relationel kontakt mellem principalen og agenten, men må ikke forveksles med effekten af forhandling under partnering. I partnering er parterne fælles om at skabe de rammer, der bliver sat for det videre forløb, hvor det ved udbud med konkurrencepræget dialog er op til principalen, hvilke bestemmelser denne finder passende og grænsen mellem principalen og agenten er herved større ved udbuddet end ved partnering. Dialogen parterne imellem er hemmelig for så vidt angår agentens løsningsmuligheder, men principalen skal handle med respekt for ligebehandling og gennemsigtighedsprincippet.²¹⁸ Herved kan principalen ikke forhandle enkeltvis med de forskellige agenter, da dette ville stride mod principperne, som frembragt ved den juridiske analyse. Agenterne skal altså føre en dialog med principalen uden at principalen kan afgive information til fordel for den enkelte agent. Agenterne bør herved have incitament til at føre dialog med principalen, for at vise engagement og prøve at få indflydelse, men ikke i så stor grad, at det får en yderligere negativ effekt på agenternes individuelle nytte.²¹⁹ Efter dialogrunden skal tilbudsgiverne afgive tilbud på baggrund af det, som principalen er kommet i overensstemmelse med alle de deltagende agenter.

²¹⁷ Ruth Nielsen (2010) s. 144-146

²¹⁸ Ruth Nielsen (2010) s. 144-148 og J. Fabrivius og R. Offersen (2006) s. 146f

²¹⁹ I forhold til den negative effekt agenten allerede har oplevet ved konkurrenceelementet.

Det kan herved udledes, at den skærpede konkurrence mellem de forskellige agenter ved udbud, vil få den effekt at muligheden for at skjule information indsnævres og sammen med dialogen må det her tilskrives, at der ved udbud med konkurrencepræget dialog er en lav grad af mulighed for Adverse Selection, dog højere end ved partnering.

Ved betragtning af proceslinjen for udbud med konkurrencepræget dialog kan det ses, at der efter principalens tildeling af kontrakten til den vindende agent, ikke er repræsenteret flere led.

Opfordring til tilbud ved udbud → fastlæggelse af tilbudsgivere → dialog → (indsnævring af tilbudsgivere) → (dialog) → tilbud → tildeling af kontrakt

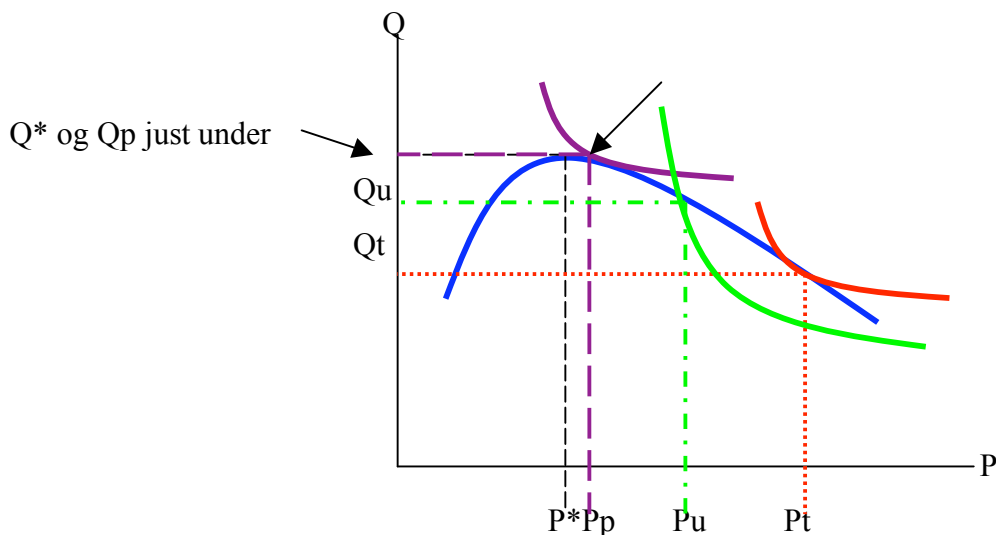
Det er ikke tilladt efter tildeling af kontrakten for de kontraherende parter at ændre i nogen kontraktbestemmelser, der kan have indflydelse på de oprindelige bestemmelser, specielt ikke hvis dette har en effekt på pris.²²⁰ Denne yderst begrænsende regel gør, at der her findes en stor ulighed i forhold til partnering processen. Selvom der ikke synes stor mulighed for, at den vindende agent kan holde megen skjul information for principalen ex ante, er der ex post ikke efter udbudsproceduren decideret noget, der fraholder denne agent fra at udvise Moral Hazard og udnytte situationen.²²¹

Ved tidsbegrænsede kontrakter, som et normalt udbud, mindskes agentens incitament for at foretage nødvendige investeringer for vedligeholdelse af det givne produkt. Grundlaget herfor er, at agenten ved manglende vedligeholdelse og investering har mulighed for omkostningsreducering og da denne agent ikke er garanteret at vinde den næstkommende udbudsrunde, kan incitamentet for vedligeholdelse og investering findes af lavere væsentlighed.²²² Dette kan medføre uobserverbare markante ekstra uhensigtsmæssige omkostninger for principalen. Dette undgås i partnering ved brug af de successive forhandlinger, som analyseret ovenstående.

²²⁰ Ruth Nielsen (2010) s. 147

²²¹ C. Knudsen (1997) s. 165ff

²²² Kåre P. Hagen (2005) s. 158-159



Ovenstående sammensættes de tre forskellige kontrakttyper ved frembringelse af agenternes nyttefunktioner i forhold til den, af principalens opsatte, mulige funktion for uobserverbare løsningskombinationer mellem Q og P. Det, der kan udledes af denne grafiske fremstilling, er baseret på analysen af de individuelle fremstillinger. P^* er det optimale uobserverbare mål for principalen, som giver givne afkast Q^* i forhold til prisfastsættelsen P^* . Efter principalens produktionsfunktion kan det udledes, at principalen har større nytte ved at udvide mængden Q i forhold til højere marginalfortjeneste i monetær format ved P, baseres på hældningen i produktionsfunktionen..²²³ Herved udledes det, at principalens værdiopfattelse af de to outputværdier Q og P ikke er ens, hvormed de ikke er direkte subsidiære.²²⁴ Det reelle output for principalen ved Q^* og P^* er vist ved indramningen af det rektangulære område ved de stiplede sorte linjer. For principalen anses denne mængde Q og P som optimal.

Ved beskuelse af de tre kontraktformer kan deres individuelle output anses i figuren, som indrammet af tre forskellige typer stiplede linjer, i hver deres farvekode, som tilsammen med X og Y akser danner rektangulære outputområder. Partnering ses ved lilla markering, udbud med konkurrencepræget dialog vises med grøn markering og den traditionelle kontraktform ved rød markering. Det spidsfindige ved denne opstilling er, at selvom partnering, som beskrevet under tilhørende afsnit, findes mest nær principalens egentlige ønskede fordeling, kan det undres, at udbud med konkurrencepræget dialog og den traditionelle kontraktform synes at have et større rektangulært område.²²⁵ Grundlaget herfor er, at der ved offentlige goder ikke er fokus på

²²³ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 208f.

²²⁴ Ved direkte subsidiære outputs menes, at 1Q kan substitueres af 1P.

²²⁵ Figuren er sat som eksempel og ikke baseret på direkte faktuelle tal.

profitmaksimering, men et højt ydelsesniveau.²²⁶ Det centrale her er, at figuren viser en sammenhæng mellem, at valget af kontraktform i forbindelse med dennes tilhørende mulighed for dialog og forhandling, har en tilknytning til den forringede kontrakteffekt på baggrund af Adverse Selection og Moral Hazard. Ved at beskue modellens Y akse, kan de forskellige mængder af Q ses for hver kontrakttype. Differencen mellem den sorte stiplede linje til de andre, definerer AC omkostningerne, hvilket repræsenterer det tab, som principalen mister pga. den u hensigtsmæssige informationsfordeling mellem agenten og principalen. Så ved at beskue de forskellige AC omkostninger kan det udledes, at i forhold til den værdi, der en kontrakt forringes via skjult information og skjult handling ifølge P/A teorien, yder partnering som kontraktform den bedste forebyggende effekt samt behandling P/A problemer og maksimerer herved principalens output i forhold til det ønskede.

3.3 Værdiskabelse ved forhandling

Ovenstående resultat er bl.a. en effekt af de forhandlinger, der forekommer ved kontraktformen partnering. Forhandling betegner en omfordeling af ressourcer mellem de involverede parter. Edgeworth Box'en, beskriver hvorledes to parter på baggrund af forhandling mellem to goder, kan muliggøre en re-allokering, således, at parternes situation i fællesskab forbedres.²²⁷ Modellen er opstillet som to sammensatte koordinatsystemer, således at Y og X akse for hver koordinatsystem tilsammen danner en rektangulær figur. Herved kan man analysere to forskellige parters nyttefunktioner ud fra hver deres værdiangivelse af de to repræsenterede enheder.²²⁸ Ligesom ved forrige afsnit anvendes her definitionerne Q og P, hvorved P repræsenterer prisen og Q kvalitet, mængde samt andre faktorer i den ønskede output. Til forskel for den tidligere model fremsat under afsnittet om principal agent teorien, hvor principalens mulige produktionsfunktionskurve var repræsenteret kontra agentens nyttefunktion, anvender vi her i stedet nyttefunktionerne for begge parter. Sammen danner de rammen og viser effekten ved forhandlinger i den kontraktuelle sammenhæng. Forhandlingsprincippet i Edgeworth Box'en baseres på Pareto forbedringer.²²⁹ En Pareto forbedring defineres ved, at en part i et kontraktforhold stilles bedre uden, at den anden part

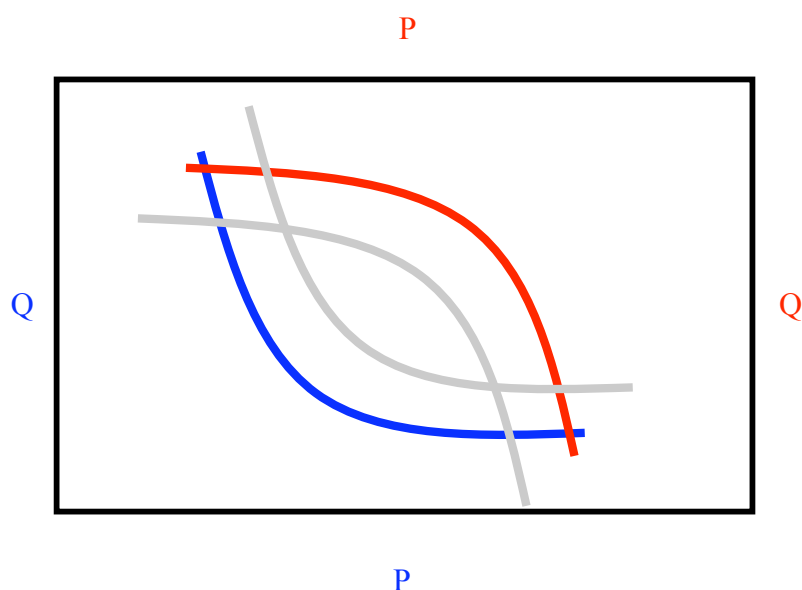
²²⁶ Se kapitel 1.

²²⁷ Neil Bruce (2001) s. 53

²²⁸ Neil Bruce (2001) s. 53

²²⁹ Neil Bruce (2001) s. 54

stilles værre.²³⁰ Den optimale situation, parterne via Pareto forbedringer kan havne i, kaldes Pareto optimalitet. I denne tilstand er det ikke længere muligt at lave flere Pareto forbedringer.



Ovenstående fremstår en meget simplificeret Edgeworth Box. Den blå funktion angiver principalens nyttefunktion ud fra dennes vurdering af sammenhængen mellem P og Q og den røde funktion angiver ligeledes denne nyttefunktion, dog repræsenterende agenten i kontraktforholdet.²³¹ Nyttefunktionerne er givet ved at vise de forskellige parter angivne nytte for en vis værdi, der her visuelt vises ved, at opstille funktionen for den indifferenskurve, som repræsenterer den pågældende nytteværdi. Det kan ses i ovenstående model, at parterne ved de to angivne indifferenskurver har to skæringspunkter, der viser hvor parterne efter disse funktioner finder den største samlede nytte ved kontraktindgåelse. Området mellem de to funktioner betragtes som den mulige forhandlingszone.²³² Det er ikke sikkert at der kan gøres fuld brug af denne zone, da det kræver en lang række af Pareto forbedringer, men muligheden er der.

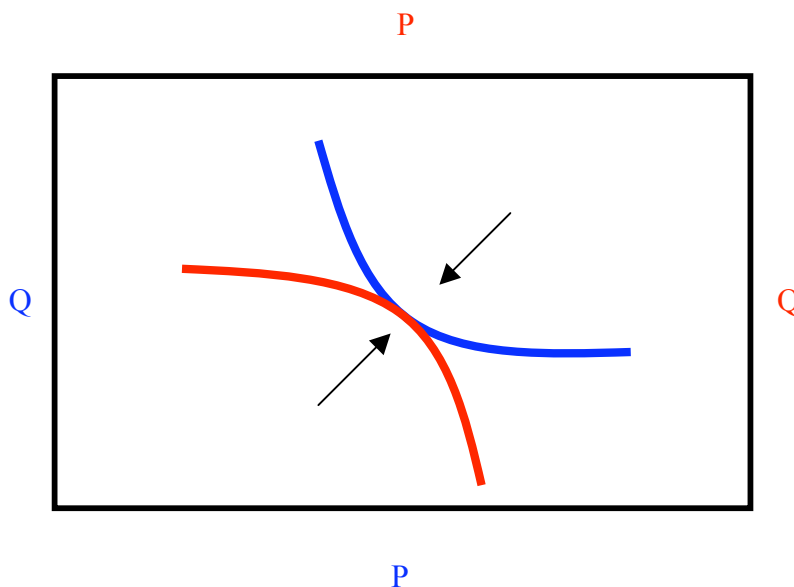
Indifferenskurver er givet ved en række kurver med samme hældning, der dog har forskellig placering, som viser springet i nytteniveau. Dette er vist ved ovenstående figur med de to grå funktioner. Disse to funktioner repræsenterer det næste trin i indifferenskurver for henholdsvis principalen og agenten. For at opnå dette er parterne nødt til at kommunikere med hinanden. Grundlaget for at gå videre end den oprindelige nytte position er, at jo højere indifferenskurve

²³⁰ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 21-23

²³¹ Tilsvarende definerer blå Q og P akserne for den blå funktion og rød Q og P akserne for den røde funktion.

²³² R. Pindyck og D. Rubinfeld (2005) s. 585-590

principalen kan opnå mod højre øverste hjørne, jo større nytte får denne ud af kontrakten.²³³ Samtidig gælder det spejlvendt for agenten, der således skal forsøge at finde den lavest venstrestillede indifferenskurve. Den optimale samlede situation er opstillet nedenstående. Der hvor principalen og agentens indifferenskurver kun formår at danne et skæringspunkt angiver den bedst tænkelige mulige situation for hver part, givet den anden parts indifferenskurves placering. For at der kun forekommer et skæringspunkt mellem to eksponentielle funktioner kræves det, at disse skærer hinanden på deres toppunkt, defineres ved det punkt hvor funktionen knækker, som ses nedenstående.



Dette optimale felt kan opnås via forhandling.²³⁴ Ved at parterne forhandler og udveksler en nærmere defineret fordeling af de pågældende mulige goder, som defineret først ved muligt forhandlingsfelt, kan parterne forbedre deres indbyrdes kontraktforhold. Et klassisk eksempel på en Pareto forbedring på baggrund af forhandling er historien om to piger, der hver skal bage deres egen kage, hvortil de hver har brug for to appelsiner ifølge opskriften. De finder herefter ud af, at de kun er i besiddelse af to appelsiner. De to søstre kommer op at skændes og argumenterer for hvorfor deres individuelle kage er vigtigere end modpartens. De har ikke i historien mulighed for at anskaffe sig flere appelsiner og søstrene går herved i stærk position overfor hinanden, da ingen vil lave en halv kage. Det bliver til en alt eller intet situation, som ikke synes særlig efficient. Hvis

²³³ R. Pindyck og D. Rubinfeld (2005) s. 585-590

²³⁴ R. Pindyck og D. Rubinfeld (2005) s. 585-590

søstrene havde set ordentlig efter og talt om, hvad de hver især mere specificeret havde brug for, ville de opdage, at den ene kun havde brug for skralden fra appelsinerne og den anden juicen.²³⁵

Denne lille case/historie eksemplificerer rationalet bag Edgeworth Box'en. Udgangspunktet mellem to kontraherende parter har en mulig sfære for forhandlinger, der ved Pareto forbedringer, kan resultere i en Pareto optimal situation.²³⁶ Ved at sætte dette i relation til de tre behandlede kontrakttyper må udgangspunktet herved blive, at der ved den traditionelle aftale, hvor der efter antagelserne ikke føres videre kommunikation, ikke sker nogle Pareto forbedringer. Herved står parterne i den situation, at de skal vælge en given fordeling af goder efter den ovenstående første fremstilling af Edgeworth Box'en uden forhandling. Uden forhandling mellem parterne viser Edgeworth Box'en, at parterne ikke udnytter mulighederne i kontraktforholdet og i værste fald kan de ende op i en alt eller intet situation som søstrene i appelsin casen.

Ved udbud med konkurrencepræget dialog kan det udledes, at begge parter via dialogen i den prækontraktuelle fase muligvis gør brug af Pareto forbedringer, da de diskuterer selve betingelserne og udgangspunktet i kontrakten. Til forskel for principal agent modellen, hvor udgangspunktet var fastholdelsen af principalens produktionsfunktion og udgangspunktet for udbud med konkurrencepræget dialog kun fremstod som en ekstra omkostning for principalen, anses det anderledes i denne fremstilling. Udbud med konkurrencepræget dialog giver mulighed for Pareto forbedringer indtil kontraktindgåelsestidspunktet og kan sættes i relation til de grå indifferenskurver i første fremstilling af Edgeworth Box'en. Ved kommunikationen parterne imellem forbedres begge parters indifferenskurver og opnår en forbedret position. Det synes dog ikke muligt at opnå en Pareto optimal situation ved udbud med konkurrencepræget dialog, da det kræver mere end dialog på et offentligt plan blandt de mulige tilbudsgivere og specielt fordi der ikke forekommer mulighed for at forhandle efter kontraktindgåelsen.

Partnering åbner op for fuld forhandling og herved også mulighederne for at opnå en Pareto optimal situation parterne imellem. Til forskel for principal agent modellen bør det være muligt for de kontraherende parter i en partneringskontrakt at opnå det ypperste resultat efter en Pareto betragtning. Ved principal agent modellen siges, at der aldrig kan opnås en optimal situation.²³⁷ Men i Edgeworth Box'en undlades ikke muligheden for dette resultat. Forskellen må altså ligge i, at

²³⁵ Simon & Schuster (2000) s. 18-19

²³⁶ Neil Bruce (2001) s. 55

²³⁷ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 208-209

Edgeworth baseres på en om allokering og justering af de implicerede faktorer for kontraktforholdet, hvor principal agent teorien søger at såkaldt "tvinge" agenten til at agere efter principalens ønsker.²³⁸ Begge modeller og ovenstående analyse af P/A teoriens indvirkning på disse kontraktformer viser, at forhandling har en positiv effekt, der får partnerne til at indgå i en mere komplet kontraktform. Det essentielle ved Edgeworth er dog, at principalen også søger mulighed for at flytte sit udgangspunkt. Principalens interesse anses med stor vægt i P/A teorien, hvorimod der ved beskuelse af Edgeworth tilgangen kan udledes, at der kan fremstå situationer, hvor agenten eventuelt har en viden, der kan optimere forholdet parterne imellem. Herved må det siges, at ved betragtning af mulighederne for Pareto forbedringer via Edgeworth Box'en, kan der argumenteres for, at AC omkostningerne i realiteten bør være lavere under P/A teoriens opsætning, da forhandling og kommunikation parterne imellem bør have effekt på principalens nyttefunktion

²³⁸ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 208

3.4 Delkonklusion

På baggrund af det klassiske spilteoretiske eksempel fangernes dilemma kan det konkluderes, at der ved anvendelse af forhandlinger åbnes for, at kontraherende parter kan opnå et bedre resultat. Når dette overføres til en Principal Agent teoretisk tilgang, hvor formålet er, at mindske de asymmetriske informationsomkostninger, er resultatet i konsensus med spilteorien. Ved at indføre forhandlinger i forbindelse med partneringkontrakter i forhold til offentlig udbud øges værdien af de kontraherendes indbyrdes kontraktforhold. Dette er grundet i, at forhandlinger medfører muligheden for, at udligne parternes individuelle ønsker til gavn for det endelige projekt. Det kan yderligere konkluderes, at partnering som koncept har stor indflydelse på den kontraktøkonomiske værdi. Grunden hertil er, at den grad af tillid, åbne regnskaber, loyalitetsforpligtelse og enigheden om fælles optimering, skaber et lille rum for asymmetrisk information, der herefter kan løses ved forhandling, så en Pareto optimal kontrakt kan opnås.

For den analyserede offentlige udbudskontrakt, udbud med konkurrencepræget dialog, der er den udbudstype, som ligger partnering nærmest, kan følgende konkluderes. Selvom der indgår et konkurrenceelement, der mindsker graden af asymmetrisk information mellem principalen og agenten, er udgangspunktet egen optimering ved udbud og parterne opnår derfor ikke den kontraktøkonomiske værdi, som under partnering. Endvidere er der ved udbud med konkurrencepræget dialog ikke mulighed for at foretage fulde private forhandlinger før kontraktindgåelsen og slet ingen mulighed for forhandlinger efter kontraktindgåelsen, hvorfor det må konkluderes, at det ved udbud med konkurrencepræget dialog ikke er muligt at opnå en Pareto optimal kontrakt.

Det kan herpå konkluderes at den kontraktøkonomiske værdi ved tilladelse af forhandling og anvendelse af partneringkontrakter øges væsentligt i forhold til anvendelsen af en offentlig udbudskontrakt, som udbud med konkurrencepræget dialog.

Kapitel 4: Integreret analyse

På baggrund af den juridiske analyse, danner der sig et negativt billede af en EU regulering, der ikke tillader anvendelse af forhandling ved offentlige udbudsprocesser, der afskærer muligheden for anvendelse af partnering i sin fulde udstrækning. I den økonomiske analyse ses, at der ifølge den klassiske spilteori, P/A teorien og mikroøkonomisk nytteværdianalyse er en økonomisk gevinst ved inddragelse af forhandling i kontraktuelle sammenhæng. Ved analysen af de tre kontrakttyper, traditionel aftale, udbud med konkurrencepræget dialog og partnering kunne det fastsættes, at der ville være mulighed for betydelige besparelser i forhold til omkostninger, der relaterer sig til den asymmetriske informationsfordeling parterne imellem, ved anvendelse af forhandling specielt i en kontekst af partneringkontrakter.

Det synes klart efter ovenstående frembringelser, at der forestår en form for divergens mellem den negative juridisk begrænsede tilladte anvendelse af partneringkontrakter og det økonomiske positive udfald ved anvendelsen af forhandlinger og partnering som kontraktform. Netop denne divergens søges ved dette integrerede kapitel analyseret for at udlede, i hvilket omfang forhandlingsforbuddet påvirker den økonomiske efficiens af offentlige udbudskontrakter ved fratagelsen af mulighed for forhandling og anvendelsen af partneringkontrakter. Via en retsøkonomisk efficiensanalyse analyseres den samfundsmæssige værdi af forhandlingsforbuddet, der understøttes af EU retten, kontra muligheden for anvendelse af partneringkontrakter, der understøttes økonomisk grundet effekten på asymmetrisk information ved bl.a. forhandling. Denne analyse tager udgangspunkt i kontraktforholdet parterne imellem via et fremsat kontraktspil, der vurderer kontraktens værdi på baggrund af de kontraherende parters strategivalg.

4.1 Kontraktspillet

For at analysere divergensen mellem den juridiske analyses restriktive forhold til forhandling og den økonomiske positive effekt af anvendelse heraf i partneringkontrakter, opstilles et kontraktspil for at udlede hvorfor denne divergens forestår. Herefter analyseres, hvorledes det EU-retlige forhandlingsforbud synes samfundsefficient.

Kontraktspillet baseres ud fra det klassiske Fangernes Dilemma, som anvendt i den økonomiske analyse.²³⁹ I stedet for en matrix bestående af 2x2, øges antallet dog her til 3x3. Dette er for at ekspandere omfanget af spillet, så en mere præciseret analyse findes mulig. Værdierne, der anvendes til opstillingen af denne matrix er baseret på de fremstillede argumentationer og modeller i den økonomiske analyse. Modellen tager kun hensyn til de tre anvendte kontraktformer, som analyseret i den økonomiske analyse. Værdiangivelserne i den opsatte matrix repræsenterer det værditab, der forringer en kontrakt på baggrund af en asymmetrisk informationsfordeling, der øger risikoen for Adverse Selection og Moral Hazard.²⁴⁰ Spillet opsættes således, at de kontraherende parter, her ordregiver og tilbudsgiver, har mulighed for, at vælge hvor høj grad af asymmetrisk information de hver ønsker i deres fælles kontraktindgåelse. Dette begrundes i, at hver part selv har muligheden for at tilbringe mere eller mindre viden og deling af information i det samlede kontraktforhold. Ved at analysere de forskellige muligheder for strategier, hver spiller kan vælge, kan kontraktens forringede værdi af de tre fremsatte mulige kontrakttyper vurderes kontrakterne imellem. Der inddrages i denne analyse angivelse af mulige Pareto forbedringer.²⁴¹

Nedenstående matrix viser kontraktspillet med de givne payoff for tilbudsgiver og ordregiver, hvor de reagerer uafhængigt af hinanden. Værdierne viser kontraktens forringelse grundet parternes mistillid og udnyttelsen af den asymmetriske information, men inddrager ikke parternes individuelle økonomiske forhold. Det er helt essentielt for denne model, at den ikke bygger på parternes individuelle økonomiske forhold, da dette ikke har nogen særlig betydning for, hvorledes kontrakten er mest efficient parterne imellem, da analysen omhandler asymmetrisk informationsfordeling. De negative payoff vil formodentlig have en negativ effekt på kontrakten og hermed kan dette antageligt også at have en økonomisk negativ indflydelse, men dette vil ikke være det fastsatte fokus. De fremsatte payoff er symbolske og angiver herved ikke en direkte fastlagt økonomisk værdi, men symboliserer forholdet mellem de mulige udfald og er angivet symmetrisk parterne imellem, da det antages, at begge har lige mulighed for at tildele mere information eller udnytte manglen heraf.²⁴² Forkortelsen for asymmetrisk information (AI) er her anvendt af pladsmæssige hensyn. Det antages at værdien af det samlede payoff i en situation, repræsenterer

²³⁹ Eide E. (2001) side 43 & Dutta P.K. (1999) side 11 og 309.

²⁴⁰ C. Knudsen (1997) s. 165

²⁴¹ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 21f

²⁴² At der fremgår en mulig payoff på (0,0) er udelukket grundet i, at der i fremstillingen kun tages hensyn til de tre omhandlede kontrakter, hvorved den bedst mulige kontraktssituation parterne kan stilles i ud fra de mulige kontrakter angives som det ypperste ved payoff (0,0), se under partnering i dette spilteori afsnit.

graden af samfundsefficiens. Dette grundet i, at de asymmetriske forringelser for en kontrakt vil have en effekt på samfundets samlede økonomi, specielt når der her er tale om kontrakter for offentlige myndigheder.

| | | Tilbudsgiver | | |
|------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|
| | | Høj grad af AI | Middel grad af AI | Lav grad af AI |
| Ordregiver | Høj grad af AI | (-6,-6) | (-3,-8) | (0,-10) |
| | Middel grad af AI | (-8,-3) | (-4,-4) | (0,-5) |
| | Lav grad af AI | (-10,0) | (-5,0) | (0,0) |

4.1.1 Den traditionelle aftale:

Ved den traditionelle aftale blev der i den økonomiske analyse anlagt en høj mulighed for udnyttelse af den asymmetriske informationsfordeling. Det antages, som i den økonomiske analyse, at der ved indgåelse af den traditionelle aftaleform ikke forekommer nogle eksterne faktorer ud over selve overdragelsen af en ydelse mod en modydelse, der har indflydelse på spillernes valg af strategi.²⁴³ Herved er alle strategier mulige for de to spillere i kontraktspillet. Da der ikke forekommer direkte eksterne faktorer som konkurrence eller lignende og de angivne payoff er symmetriske, tages der udgangspunkt i, at tilbudsgiver skal vælge strategi for dennes handling, hvorved ordregivers situation må antages identisk under tilstanden med symmetriske payoff. Hvis vi anskuer tilbudsgiverens mulige valg kan det angives, at han ud fra sine payoff ville vælge at have høj grad af asymmetrisk information, når ordregiveren formodes at have høj eller middel grad af asymmetrisk information. Derimod synes han ingen difference at have hvis ordregiver udviser lav grad af asymmetrisk information. På denne baggrund kan det anslås, at tilbudsgiveren har en svagt dominerende strategi ved at udvise høj grad af asymmetrisk information ved indgåelse af en

²⁴³ Eksempelvis øget konkurrence, dialog eller forhandling. Se økonomisk analyse.

traditionel aftale. Denne strategi er udelukkende ikke stærkt dominerende grundet indifferencen i payoff ved ordregiverens lave grad af asymmetrisk information.²⁴⁴

Det må dog antages at både tilbudsgiver og ordregiver ved en traditionel aftaleindgåelse ved, at der som udgangspunkt er høj grad af asymmetrisk information og at det synes mere sandsynligt at parterne ikke nedsætter den asymmetriske information, men i stedet undlader dette, da grundlaget herfor ikke synes at være til stede for nogen af parterne. Hvis en part ønsker at mindske den asymmetriske information og vælger en lav grad af asymmetrisk information, er denne et mulig offer for, at modparten udnytter dette og følger dennes svagt dominerende strategi. Denne skævvridning i kontraktens udfald angives ved de to yderpunkter med de angivne payoff (-10,0) og (0,-10). Her udnytter modspilleren den afgivne information til egen fordel og forbeholder sig sin viden og information til sig selv. Sandsynligheden for de negative implikationer ved Adverse Selection og Moral Hazard vil i disse punkter stige overfor den spiller, der ønsker lav asymmetrisk information.

På denne baggrund kan det udledes, at spillerne vil følge deres svagt dominerende strategi, da de ved undladelse herved har stor sandsynlighed for at blive udnyttet af modparten og derved ende i et værre individuelt payoff. Den traditionelle aftaleform lægger op til, at parterne, som også argumenteret for i den økonomiske analyse, forholder sig restriktiv i forhold til at mindske den asymmetriske information, hvorved de ender i payoff situationen (-6,-6). Hvis vi summerer de to spilleres payoff er resultatet -12. Den samlede forringelse af værdi for parternes kontrakt er herved det værst mulige, grundet parternes ønske om egen optimering.²⁴⁵

4.1.2 Udbud med konkurrencepræget dialog:

Ligesom fremsat i både den juridiske såvel den økonomiske analyse adskiller udbud med konkurrencepræget dialog sig væsentlig fra en traditionel aftale indgåelse. Grundlaget for, hvorledes hver spiller tager beslutninger, ændres ikke. Hver spiller ønsker egen optimering og opnår dette ved at vælge efter deres stærkt dominerende eller svagt dominerende strategivalg.²⁴⁶ I modsætning til den traditionelle aftale er der ved udbud med konkurrencepræget dialog eksterne

²⁴⁴ P. K. Dutta (1999) s. 41-42

²⁴⁵ Understøttes analogt af det oprindelige udfald af fangernes dilemma. Se økonomisk analyse el. P. K. Dutta (1999) s. 11-12

²⁴⁶ P. K. Dutta (1999) s. 41-42

faktorer, som har effekt på spillernes mulige beslutninger i forhold til valg af asymmetrisk informationsniveau. Det signifikante ved udbud med konkurrencepræget dialog blev anlagt i den juridiske analyse og effekten understøttet i den økonomiske analyse, som værende den øgede konkurrence ved udbud og muligheden for at føre dialog mellem parterne for strømligning af udbudsmaterialet.²⁴⁷ Derudover kræver de gældende udbudsregler et vis omfang af oplysninger offentliggjort angående selve udbudsmaterialet samt overholdelse af gennemsigtighedsprincippet, der giver en skærpet kontrol med den ordregivende virksomhed.²⁴⁸

For tilbudsgiver er det konkurrenceelementet, der medfører en ændring af valg i forhold til grad af asymmetrisk information.²⁴⁹ Konkurrencen medfører, at tilbudsgiver bliver nødt til at fremvise interesse for at vinde udbuddet over de andre tilbudsgivere, hvorved denne vil afgive den fornødne information, som skal til, for at få ordregiveren til at vælge den pågældende. Sammenholdt hermed kan tilbudsgiveren videregive information i dialogfasen, der gør denne til en større sandsynlig vinder af det aktuelle udbud grundet chancen for, at ordregiver følger tilbudsgiverens forslag mere end de andre tilbudsgivere. Så konkurrencen tvinger hermed tilbudsgiveren at gå væk fra den oprindelige foretrukne svagt dominerende strategi, høj grad af asymmetrisk information, og i stedet vælger tilbudsgiver så en mellem grad af asymmetrisk information.²⁵⁰ Dette bliver i realiteten den nye svagt dominerende strategi, da konkurrenceeffekten, jævnfør ligeledes den økonomiske analyse, forhindrer valgmuligheden for høj grad af asymmetrisk information.²⁵¹

Ordregiver er ikke udsat for konkurrence, men ved udbud er der andre eksterne faktorer gældende for den ordregivende spiller i en mere juridisk kontekst. Dialogen er under udbud med konkurrencepræget dialog forholdsvis envejskommunikation, da den ordregivende myndighed ikke har nogen pligt til, at inddrage de dialogbaserede elementer.²⁵² Til gengæld har det en effekt på ordregiverens valg af grad af asymmetrisk information, at der for at anvende denne udbudsform er krav om kompleksitet jf. udbudsdirektivets Artikel 29, stk.1. Som fremsat i den juridiske analyse anføres der i præambelen til udbudsdirektivet ved betragtning 31, at den ordregivende myndighed ikke skal være i stand til ”objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at

²⁴⁷ Ruth Nielsen (2010) s. 144f og K. P. Hagen (2005) s. 155f

²⁴⁸ Ruth Nielsen (2010) s. 96f, samt juridisk analyse

²⁴⁹ K. P. Hagen (2005) s. 155f

²⁵⁰ P. K. Dutta (1999) s. 41f sammenholdt med K. P. Hagen (2005) s. 155f

²⁵¹ Her antages, at der ikke forekommer ekstreme tilfælde, hvor alle tilbudsgivere udviser høj grad af asymmetrisk information uden én udnytter situationen til egen fordel.

²⁵² J. Fabricius og R. Offersen (2006) s. 146f

vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger.” Dette giver incitament for ordregiver at dele ud af information angående den ønskede ydelse fra tilbudsgiver for til dels at modtage korrekt ydelse, men også for at overholde ovenstående regulative frembringelse. Samtidig tildeler gennemsigtighedsprincippet også en effekt på ordregiverens incitament, da dette princip tvinger ordregiveren til blandt andet at offentliggøre alle relevante oplysninger for tilbudsgiverne.²⁵³ På denne baggrund må det udledes, at ordregiver må formodes at vælge en middel grad af asymmetrisk information baseret på dennes mulige strategivalg. Ordregiveren har ikke incitament til at offentliggøre alle informationer, da dette eventuelt vil kunne medføre en risiko for, at tilbudsgiver udnytter denne information efter kontraktindgåelsestidspunktet, som præsenteret i ovenstående matrix med payoff (-5,0). Ordregiveren mister på grund af regulative begrænsninger muligheden for at vælge høj grad af asymmetrisk informationsfordeling og vil derfor vælge at følge den nye svagt dominerende strategi ved at vælge middel grad af asymmetrisk information.

Herved bliver den samlede payoff situation ifølge den opstillede matrix, at begge parter vælger at følge den nye svagt dominerende strategi, middel grad af asymmetrisk information, grundet deres begrænsninger i muligheden for at udvise høj grad af asymmetrisk information. Dette er grundet i hovedsageligt konkurrenceelementet for agenten og regulering for principalen. Herved ender parterne i payoff (-4,-4). Dette vil herefter blive anset det payoff, der knytter sig til udbudsdirektivet i forhold til anvendelsen af udbud med konkurrencepræget dialog, som den mest nærstående mulighed til partnering, men under overholdelse af forhandlingsforbuddet.²⁵⁴

4.1.3 Partnering:

Det interessante ved partnering er, at når partnering skal sættes i kontekst med ovenstående opsatte matrix, forestår der en anden tilgang end den eller repræsenterede svagt dominerende strategi. Hvor de to ovenstående kontraktformer baseres på egen optimering, hvorved parternes handlinger udledes af strategivalg som dominerende og svagt dominerende strategier, har partnering et helt andet udgangspunkt for vurdering og udledning af spillernes mulige strategivalg. Ved partnering er fokus ikke egen optimering, men fælles optimering.²⁵⁵ Ved nedenstående genoptagede matrix ses

²⁵³ J. Fabricius og R. Offersen (2006) s. 146f

²⁵⁴ Ruth Nielsen (2010) s. 139

²⁵⁵ Christina D. Tvarnø (2003) s.16f

hvorledes egen optimeringen, symboliseret ved sorte pile, tvinger spillerne hen mod en uhensigtsmæssig position. Dette sker på grundlag af deres individuelle fokuspunkter.

| | | Tilbudsgiver | | |
|------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|
| | | Høj grad af AI | Middel grad af AI | Lav grad af AI |
| Ordregiver | Høj grad af AI | $(-6,-6)$ | $(-3,-8)$ | $(0,-10)$ |
| | Middel grad af AI | $(-8,-3)$ | $(-4,-4)$ | $(0,-5)$ |
| | Lav grad af AI | $(-10,0)$ | $(-5,0)$ | $(0,0)$ |

I stedet for at fokusere på egen optimering søger partnering nemlig at ændre bevægelsesretningen. Et stærk bånd af tillid, åbne regnskaber, fælles bestemmelse og incitamentsafslønning via fordelingsnøgler er alle elementer i partnering, der er med til at fjerne muligheden for at skjule information.²⁵⁶ Som beskrevet tidligere i denne afhandling er set, at de involverede i et partnering forløb synes at kunne blive mere loyale overfor projektet end deres oprindelige arbejdsgiver. Alle ovenstående elementer er også med til at ændre fokus og retning for de kontraherende parter væk fra egen optimering, som ses ved de røde pile. I stedet for at selve kontraktunderskrivelsen og salg af en bestemt ydelse er fokus er i fokus, er fokus for partnering processen for at opnå den bedst mulige løsning på projektet. Dette suppleres af det primære fokus på samarbejdet og specielt den loyalitetsforpligtelse, der foreligger parterne imellem.²⁵⁷

Under disse forudsætninger kan det udledes, at der for tilbudsgiver og ordregiver synes at være kongruens mellem målsætningen for projektet. Med forhandlingsmulighederne åbne og anvendte hele processen igennem, synes omstændighederne at skabe den bedst tænkelige situation for de kontraherende parter i forhold til de analyserede kontraktformer. Derfor må det antages, at payoff for en partnering kontrakt svarer til feltet $(0,0)$. Hertil skal det noteres, at der ikke ifølge økonomisk incitamentsteori kan skabes 100% fælles incitamentsgrundlag for kontraherende parter, hvorfor

²⁵⁶ Christina D. Tvarnø (2003) s.17f

²⁵⁷ Christina D. Tvarnø (2002 – Julebog) s.12ff

resultatet (0,0) skal tages ud fra den betragtning, som tidligere fremsat, at være lig det bedst mulige i denne analyse og derved pareto-optimal.²⁵⁸ Skulle der opstå mindre udsving væk fra (0,0), således at en part stilles ringere, vil denne part kunne justere tilbage mod (0,0) ved eventuelt at ændre i den økonomiske aflønnende fordelingsnøgle, eller via forhandling. Men som vist med de røde pile er udgangspunktet for partnering at opnå payoff (0,0), hvorfor, der ikke bør være problemer ved at ”forhandle” modparten tilbage.

Ovenstående er der lagt til grund, at partnering som kontraktform sætter de bedste rammer for, at en kontrakt ikke forringes grundet en asymmetrisk informationsfordeling, der endvidere medfører et økonomisk tab i et samfundsmæssigt henseende på grund af den manglende udnyttelse af kontraktens muligheder. Der kan herefter anslås en tvivl i forhold til, hvorledes forhandlingsforbuddet kan synes optimalt i forhold til muligheden for anvendelsen af partnering. Specielt med det vækst- og udviklingspotentiale for den fulde udnyttelse af offentlige kontrakter, der ligger i partnering.²⁵⁹ Dette synes specielt relevant, når Art. 3, stk. 3 EU foreskriver at:²⁶⁰

*“Unionen opretter et indre marked. Den arbejder for en bæredygtig **udvikling** i Europa baseret på en afbalanceret **økonomisk vækst** og prisstabilitet, en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne....”*²⁶¹

4.1.4 Forhandlingsforbuddet kontra partnering:

Som det kan ses ud fra ovenstående analyse medbringer udbudsreglerne en Pareto-optimering ved at fratage de kontraherende parter i at anvende høj grad af asymmetrisk information og herved ende med payoff (-4,-4). Ved en regulær Pareto-forbedring er der tale om, at det skal være muligt at stille den ene part bedre uden at forværre situationen for den anden part.²⁶² Som det kan ses ud fra den opsatte matrix er det faktisk ikke muligt at foretage Pareto-forbedringer ud fra punktet (-6,-6). Grundlaget herfor er, at man ved Pareto-forbedringer enten kan rykke vertikalt eller horisontalt. Det

²⁵⁸ Viscusi, Harrington and Vernon (2005) s. 208-209

²⁵⁹ Christina D. Tvarnø (2003) s. 3

²⁶⁰ Der foretages ingen dybere juridisk analyse af denne regulering, men den anvendes her udelukkende som belyningsgrundlag.

²⁶¹ Egen fremhævelse.

²⁶² E. Eide og E. Stavang (2003) s. 21f

udbudsreglerne i sammenhold med konkurrencen gør, er derfor en ikke helt normal Pareto-forbedring, da begge parter stilles bedre uden nogen stilles værre.

Dog afgrænser forhandlingsforbuddet muligheden for anvendelsen af partnering, som konkluderet i den juridiske analyse. Grundlaget herfor kan findes i ovenstående analyse af strategivalg og payoff for de to kontraktformer, udbud med konkurrencepræget dialog og partnering. Hvis man i udbudsreglerne fjerner forhandlingsforbuddet, sætter man også til dels ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet på højkant. Som beskrevet i den juridiske analyse hænger disse tre tæt sammen.²⁶³ Ved at tillade forhandling i en udbudssituation forringer man samtidig gennemsigtigheden ved, at opsynet med parternes interne forhold bliver sværere at observere. Ligebehandlingsprincippet bliver herved også tilsidesat, da den manglende overvågning ved gennemsigtighedsprincippet udgør, at ligebehandlingsprincippet ikke længere kan garanteres i samme omfang.²⁶⁴ Ligebehandlingsprincippet har som formål at lægge rammerne for en høj konkurrence, hvorfor en forringelse af ligebehandlingsprincippet må formodes at have en negativ effekt på konkurrencen.²⁶⁵ Den tætte sammenhæng i reguleringerne og målene i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter gør, at der ved at fjerne det reelle forhandlingsforbud vil kunne blive tale om en domino effekt af forringet regulering.

Forhandling har dog sine fordele, som analyseret i den økonomiske analyse. Det giver muligheder for at forbedre kontraktforholdet parterne imellem og skabe merværdi. Så ved en fratagen af forhandlingsforbuddet åbner man ligeledes op for en forbedring af kontrakter via forhandling.²⁶⁶ Det synes mindre sandsynligt at parterne vil ende ud med payoff (-6,-6), hvis der er tilladt forhandling ved offentlig udbud, da der stadig forekommer konkurrenceeffekt og regulering af udbudsmateriale.²⁶⁷ Herved ender situationen som set ved nedenstående matrix.

²⁶³ Ruth Nielsen (2010) s. 89ff

²⁶⁴ Ruth Nielsen (2010) s. 81ff sammenholdt med 96ff

²⁶⁵ Ruth Nielsen (2010) s. 81ff

²⁶⁶ R. S. Pindyck og Daniel L. Rubinfeld (2005) s. 585f

²⁶⁷ Henvisning til fangernes dilemma i den økonomiske analyse.

| | | Tilbudsgiver | | |
|------------|-------------------|--------------------|-------------------|----------------|
| | | Høj grad af AI | Middel grad af AI | Lav grad af AI |
| Ordregiver | Høj grad af AI | (-6,-6) | (-3,-8) | (0,-10) |
| | Middel grad af AI | (-8,-3) | (-4,-4) | (0,-5) |
| | Lav grad af AI | (-10,0) | (-5,0) | (0,0) |

Det væsentlige her er, at udbudsreglerne med forhandlingsforbuddet garanterer, at parterne ikke ender ud i kontraktuelle sammenhæng med payoff $(-3,-8)$, $(-8,-3)$, $(0,-10)$ og $(-10,0)$. Disse payoff må anses som mulige uden det gældende forhandlingsforbud, dog hertil også mulighederne for at nå de tre payoff kombinationer af $(0,-5)$, $(-5,0)$ og $(0,0)$, som udbudsreglerne ikke synes at have som muligt udfald. Sandsynligheden for, at parterne ender i $(0,-5)$, $(-5,0)$ og $(0,0)$ under udbud synes ikke stor, da udgangspunktet for parterne i udbud stadig er egen optimering.²⁶⁸

Grundlaget for, at EU vælger at lave begrænsninger i tråd med de gældende udbudsregler for offentlige myndigheder, ses bl.a. ved Artikel 3, stk. 3 EU i Lissabon traktaten:

*“Unionen opretter et indre marked. Den arbejder for en bæredygtig udvikling i Europa baseret på en **afbalanceret** økonomisk vækst og **prisstabilitet**, en **social markedsøkonomi** med høj konkurrenceevne....”*²⁶⁹

Udbudsreglerne har til mål at tilbringe en høj konkurrenceevne, der understøtter det normative Coase teoremet, som behandlet i kapitel 1.²⁷⁰ Her overfor støttes begrænsningen i denne kontraktuelle model af hensynet til sikringen af offentlige remedier ligeledes i ovenstående regulering ved bl.a. at pålægge fokus på en social markedsøkonomi. EU sikrer ved det nugældende

²⁶⁸ Forhandlinger har effekt, men spilteorien bygger stadig på, at spillerne er strategisk rationelle, hvorfor de søger den dominerende eller svagt dominerende strategi, som udgangspunkt.

²⁶⁹ Egen fremhævelse.

²⁷⁰ E. Eide og E. Stavang (2003) s. 77

udbudsdirektiv, at der ved offentlige kontrakter ikke opstår situationer, hvor de kontraherende parter på baggrund af asymmetrisk information og eventuelle uhensigtsmæssige forhandlinger ender i de fire situationer, hvor det samlede payoff stiller parterne i en mindre optimal kontrakt end (-4,-4). Dette må synes begrundet i beskyttelse af skatteborgernes penge ved offentlige myndigheders kontraktindgåelser således, at velfærdsgraden i medlemsstaterne ikke falder pga. uhensigtsmæssige kontraktindgåelser.²⁷¹ Ud fra dette hensyn må det herved udledes, at forhandlingsforbuddet og de nugældende EU regler og hermed kontraktformen udbud med konkurrencepræget dialog synes at sikre en mere samfundsefficient løsning via den regulerede fastlagte pareto forbedring, i forhold til et ophør af disse reguleringer. Dette under antagelsen af spillernes egen optimering ikke vil føre til payoff (0,-5), (-5,0) og (0,0) under udbud med konkurrencepræget dialog.

Det vigtige her er, som analysen fremhæver ovenstående, at partnering ikke medfører, at de kontraherende parter ønsker at ende i en payoff situation andet end (0,0). Grundlaget for dette skal ikke findes i selve muligheden for forhandling, for som vist ved ovenstående, vil forhandlingsmuligheden i sig selv ikke garantere en payoff på (0,0). Derfor må det udledes at det bærende argument er loyalitetsforpligtelsen, de åbne regnskaber, økonomisk fordelingsnøgle etc., der sammen støtter denne kontraktform på et andet værdigrundlag.²⁷² Da partnering ikke ønsker en egen optimering, ender parterne ikke i en kontraktssituation som under den traditionelle aftaleform eller som i fangernes dilemma. Det er tilgangen til kontraktindgåelsen, der er anderledes og herved optimerer kontraktforholdet, så selvom der findes kritikere til partnering, kan partnering kun anbefales i kontraktuelle situationer, hvor parterne ønsker det og kritikken skal her afvises.²⁷³

Når partnering kan give mere samfundsefficiente kontrakter i forhold til offentlige udbudscontrakter i EU, bør der åbnes op for muligheden. Ikke alle kontrakter passer til partnering, men de der gør, bør gives muligheden, da der er en klar Pareto optimering af kontraktens genstand i forhold til de nuværende muligheder ved udbud med konkurrencepræget dialog. Det synes svært at sammensætte to forskellige tilgange til indgåelse af kontrakter, men en eventuel kombination kunne anbefales. De virksomheder og offentlige instanser, der er klar på at følge globaliseringens krav til en mere social virksomhedsstruktur og indgå i det arbejde der ligger i en kontrakt baseret på partnering, bør på baggrund af denne analyse ikke have ønsker om at ændre sit værdigrundlag og

²⁷¹ Se afsnit "Partsautonomi og de offentlige myndigheder" i hertil hørende kapitel 1

²⁷² Christina D. Tvarnø (2003) s. 17f og Christina D. Tvarnø (2002 –Julebog) s. 12ff

²⁷³ Christina D. Tvarnø (2003) s. 21

satse på egen optimering.²⁷⁴ Partnering bør derfor tillades for offentlige myndigheder under udbudsdirektivet, eller undlades reguleret af direktivet. Herved ville det gøres muligt for EU at følge en global tendens for fladere og social virksomhedsstruktur for de offentlige instanser i Unionen.²⁷⁵ Dette vil give mulighed for de store fordele ved partnering af synergieffekter og omkostningsbesparelser, der sammen vil kunne sætte rammerne for en mere samfundsefficient løsningsmodel end ved den nuværende regulering.²⁷⁶

²⁷⁴ Francis Fukuyama (2010) afs. ”New approaches to public administration”.

²⁷⁵ Francis Fukuyama (2010) afs. ”New approaches to public administration”.

²⁷⁶ Christina D. Tvarnø (2003) s. 2

Kapitel 5: Samlet Konklusion

Det afledte forhandlingsforbud, der gælder ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/17/EF for udbud af offentlige kontrakter, afskærer muligheden for anvendelse af partneringskontrakter ved offentlige udbud i EU. Dette er grundet i, at der ved partneringskontrakter foretages konstante forhandlinger, hvorfor et forbud mod forhandling begrænser anvendelsen af partnering i sin fulde form.

Partneringskontrakter giver som kontraktform mulighed for at opnå en høj økonomisk efficiens ved at muliggøre en Pareto optimal kontrakt. Dette er grundlagt i, at partneringskontraktens konstante anvendelse af forhandlinger og udgangspunktet om fælles optimering frem for egen optimering minimerer graden af asymmetrisk information partnerne imellem. Ved at minimere den asymmetriske information forbedres den kontraktøkonomiske værdi og medfører herved en mere samfundsefficient kontrakt. Den offentlige udbudskontrakt, som kommer tættest på mulighederne for anvendelsen af partnering er udbud med konkurrencepræget dialog. Men denne kontraktform formår ikke at kunne muliggøre den samme økonomiske efficiens som partnering. Forhandlingsforbuddet begrænser nemlig de kontraherende parter i at forhandle og udbud med konkurrencepræget dialog kan pga. bl.a. den manglende mulighed for forhandling ikke opnå samme økonomiske efficiensniveau som partnering. Grundlaget for forhandlingsforbuddet og de udbudsretlige regler er, at de skal sikre ligebehandling, høj konkurrence og social markedsøkonomi. Dog kan en tilladelse af partnering ikke få negativ indflydelse på disse mål. Dette er begrundet i, at de kontraherende parter i partnering ikke vil indgå i et partnersamarbejde, hvis de ønsker andet end fælles optimering og at opnå en Pareto-optimal kontrakt. Så overfor partnering har forhandlingsforbuddet ikke den tilsigtede virkning.

Det konkluderes herved, at forhandlingsforbuddet har en stor negativ påvirkning på muligheden for den økonomiske efficiens af offentlige kontrakter under de udbudsretlige regler i den Europæiske Union, da den hindrer anvendelse af kontraktformen partnering ved offentlig udbud, hvor partnering vil kunne anvendes.

Litteraturliste:

Bøger:

Fukuyama, Francis (2010) artikel "Globalisation, the Nation-State and the Public Sector" bidrag til bogen "The Nation-State in Transformation", Aarhus Universitetsforlag, 1. Udgave.

Olesen, Karsten Naundrup (2004) "Samfundsloddet", Forlaget Thomson, 1. Udgave.

Andersen, Lennart Lyng og Madsen, Palle Bo (2006) "Aftaler og Mellemmænd", Forlaget Thomson, 5. Udgave.

Gomard, Bernhard (1996) "Almindelig kontraktsret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. Omarbejdede udgave.

Eide, Erling og Stavang Endre (2003) "Rettsøkonomi", Cappelen Akademisk Forlag, 1. Udgave, 2. Oplag.

Ross, Alf (1971) "Om ret og retfærdighed", Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 3. Oplag.

Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. (2008) "Retskilder og Retsteorier", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. Reviderede udgave.

Nielsen, Ruth (2010) "Udbud af offentlige kontrakter", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. Udgave.

Ross, Alf (1953) "Om ret og retfærdighed", København

Knudsen, Christian (1997) "Økonomisk metodologi – bind 2", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. Udgave.

Hansen, Anders Christian (2007) Artikel "Hovedstrøm og sidestrømme" bidrag til bogen "Uden for Hovedstrømmen", Roskilde Universitetsforlag, 1. Udgave.

Bregm, Kirsten (2007) Artikel "Principal-agent teori" bidrag til bogen "Uden for Hovedstrømmen", Roskilde Universitetsforlag, 1. Udgave.

Treumer, Steen (2000) "Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. Udgave.

Fabricius, Jesper og Offersen, René (2006) "EU's Udbudsregler i Praksis", Forlaget Thomson, 2. Udgave.

Hjelmberg, Simon Evers – Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels (2006) "Public Procurement Law", DJØF Forlag, 1. Udgave.

Dutta, Prajit K. (1999) "Strategies and Games", The MIT Press,

Hagen, Kåre P. (2005) "Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet", Cappelen Akademisk Forlag, 2. Udgave.

Viscusi, Kip W. – Harrington, Joseph E. Og Vernon, John M. (2005) ”Economics of Regulation and Antitrust”, The MIT Press, 4. Udgave.

Bruce, Neil (2001) ”Public Finance”, University of Washington – Addison Wesley. 2. Udgave.

Pindyck, Robert S. Og Rubinfeld, Daniel L. (2005) ”Microeconomics”, Pearson Education International, 6. Udgave.

Artikler:

Tvarnø, Christina D. (2002) ”Partnering – en aftaleretlig udfordring”. Rettid, 2002 s. 74-81.

Tvarnø, Christina D. (2002) ”Loyalitetspligt og partneringaftaler”. Julebog 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Tvarnø, Christina D. (2003) ”Partnering – i et økonomisk og juridisk perspektiv”, WORKING PAPER.

Tvarnø, Christina D. (2004) ”Offentlige-Private Partnerskaber”, Julebog DJØF.

Simon & Schuster (2000) artikel ”The Shadow Negotiation” fra materialesamling ”Kontraktforhandling – strategi og koncipering” Forår 2010, Juridisk Institut. SL Books

Dansk Byggeri. (2005) Vejledning ”Partnering i Praxis”

Udbudsrådet. (2010) ”Dialog ved udbud”

Domme:

Überschär-sagen - Sag 810/79

Wallonske busser - Sag C-87/94

Hospital Ingenieure - Sag C-92/00

Storebælt-sagen - Sag C-243/89