

# **Partnering i rammeaftaler**

- i et juridisk og økonomisk perspektiv

**Partnering in framework agreements**

- In a legal and economic perspective

**Copenhagen Business School**

Cand.merc.jur-afhandling

Dato: 15/1-2012

Forfatter: Nanna Bruun Christensen

Vejledere: Grith Skovgaard Ølykke & Lasse Henningsen

Antal anslag: 176.132 inkl. figurer

## **Summary**

This thesis examines the coherence between framework agreements in EU public procurement directive (directive 2004/18/EC) and the use of partnering.

The concept of partnering is explained in order to compare this to the EU public procurement directive's rules on framework agreements. Partnering is based on a high degree of negotiation between the parties and on trust, corporation, open books, joint utility and positive incentives. Partnering is normally not limited to a specific project but involves a long term relationship between the two parties.

The EU public procurement directive limits the duration of the framework agreement to four years unless a longer duration can be duly justified by the subject of the framework agreement. The use of partnering cannot justify this exception and therefore the duration of the framework agreement will be limited. This has a negative impact on the parties' incentives to cooperate which is illustrated by the use of a game theory analysis.

Due to the restrictions on amending a framework agreement, the thesis finds that it is impossible to obtain the level of negotiation and flexibility partnering consists. However it is possible to secure a certain level of negotiation and flexibility by using revision clauses and functional requirements.

The economic value of three types of agreements is analyzed: normal framework agreements, framework agreements containing partnering and partnering not restricted by the EU public procurement directive. This is done by using an Edgeworth box model and Williamson's theory on transaction cost.

The conclusions from the legal and economic analyzes is combined in a model inspired by the prisoner's dilemma. The model contains the different levels of negotiation under the three types of agreements which the parties are willing to and able to achieve. It is shown that partnering is superior to the two other kinds.

## 1 Indhold

1. Kapitel.....	4
1.1 Indledning .....	4
1.2 Problemformulering.....	5
1.3 Afgrænsning .....	6
1.4 Metodeafsnit .....	6
1.4.1 Formål og synsvinkel .....	6
1.4.2 Afhandlingens struktur .....	7
1.4.3 Juridisk metode.....	7
1.4.3.1 Regulering .....	8
1.4.3.2 Retspraksis .....	9
1.4.3.3 Fortolkning.....	9
1.4.3.4 Erhvervsjuridisk metode .....	11
1.4.4 Økonomisk metode.....	12
1.4.5 Retsøkonomi og retspolitik .....	15
2. Kapitel.....	16
2.1 Partnering.....	16
2.1.1 Partnerings anvendelsesområde .....	16
2.1.2 Den kontraktuelle opbygning .....	17
2.2 De udbudsretlige principper .....	19
2.2.1 Ligebehandlingsprincippet .....	19
2.2.2 Gennemsigtighedsprincippet .....	20
2.2.3 Forhandlingsforbuddet .....	20
2.3 Rammeaftaler.....	22
2.3.1 Definition af rammeaftaler .....	22
2.3.2 Udbudsdirektivet artikel 32 .....	23
2.3.3 Rammeaftale med en økonomisk aktør .....	24
2.3.4 Alle væsentlige vilkår.....	25
2.4 Sammenfatning .....	26
3. Kapitel.....	27
3.1 Partnering i rammeaftaler – hvornår er det relevant.....	27
3.1.1 Reguleringsrammer .....	28

3.1.1.1	Markedet som efficient reguleringsramme .....	28
3.1.1.2	Hierarkiet som efficient reguleringsramme .....	28
3.1.1.3	Hybriden som efficient reguleringsramme.....	29
3.1.2	Kontraktformer .....	29
3.1.2.1	Klassiske kontrakter .....	30
3.1.2.2	Relationelle kontrakter .....	30
3.1.3	Reguleringsramme til rammeaftaler .....	30
3.1.3.1	Efficient reguleringsramme til simple rammeaftaler .....	31
3.1.3.2	Efficient reguleringsramme til komplekse rammeaftaler.....	31
3.1.3.3	Eksempler på komplekse rammeaftaler .....	32
3.2	Delkonklusion.....	33
4.	Kapitel.....	34
4.1	Rammeaftalens varighed .....	34
4.1.1	Rammeaftalens formål .....	34
4.1.2	Rammeaftalens genstand .....	35
4.1.3	Tidsubegrænsede rammeaftaler.....	37
4.1.4	Sammenfatning.....	38
4.1.5	Kan partnering begrunde en periode for rammeaftaler ud over fire år.....	38
4.1.6	Sammenfatning.....	39
4.2	Mulighed for at foretage løbende forhandlinger.....	40
4.2.1	Forbud mod væsentlige ændringer .....	40
4.2.2	Væsentlig ændring.....	41
4.2.3	Forskellige typer af ændringer.....	42
4.2.3.1	Udvidelse af aftalens ydelser .....	42
4.2.3.2	Den økonomiske balancegang.....	43
4.2.4	Forhold, der taler for at en ændring er tilladt .....	43
4.2.4.1	Udefrakommende og uforudsete forhold .....	44
4.2.4.2	Kontraktens kompleksitet og løbetid .....	46
4.2.5	Ændringsklausuler .....	47
4.2.6	Anvendelsen af funktionskrav .....	48
4.2.7	Foreneligheden mellem muligheden for at foretage ændringer og partnering ....	49
4.2.7.1	Muligheden for at medtage ændringsklausuler .....	51

4.2.7.2	Anvendelsen af funktionskrav .....	52
4.3	Delkonklusion.....	53
5.	Kapitel.....	54
5.1	Partnering i EU-udbud.....	54
5.1.1	Screening af den økonomiske aktør .....	54
5.1.2	Anvendelsen af funktionskrav .....	55
5.1.3	Opbygning af samarbejde og fælles interesser.....	55
5.1.4	Sammenfatning.....	56
6.	Kapitel.....	57
6.1	Værdiskabelse gennem forhandling .....	57
6.1.1	Sammenfatning.....	61
6.2	Partnering og EU-rammeaftaler.....	62
6.2.1	Kontraktregime.....	62
6.2.2	Tilpasning.....	62
6.2.3	Inddragelse af produktionsomkostninger .....	64
6.2.4	Fordelene ved at anvende partnering i rammeaftaler .....	65
6.2.4.1	Transaktionsomkostninger .....	65
6.2.4.2	Produktionsomkostninger .....	66
6.2.5	Sammenfatning.....	67
6.3	Tidsbegrænsningen af rammeaftaler.....	67
6.3.1	Uendeligt antal perioder .....	69
6.3.2	Endeligt antal perioder .....	69
6.3.3	Rammeaftalen i spilteoretisk perspektiv .....	70
6.3.4	Samarbejdets betydning .....	71
6.3.5	Underinvestering .....	71
6.4	Delkonklusion.....	72
7.	Kapitel.....	73
7.1	Retsøkonomisk analyse .....	73
8.	Konklusion .....	78
9.	Litteratur- og kildefortegnelse.....	80

## 1. KAPITEL

### 1.1 Indledning

Den øgede globalisering har medført omskiftelighed samtidig med konkurrencen er steget. Der kan derfor hurtigt ske et skift i forbrugerpræferencer, markedets trend og teknologi. Dette har gjort det vanskeligere for virksomheder at skabe værdi alene, og det er derfor nødvendigt at indgå samarbejde med andre virksomheder om at skabe værdi. Til dette samarbejde, kræves der nye samarbejdsformer og nye måder at indgå aftaler på.<sup>1</sup> En af disse nye samarbejdsformer er partnering. Værdien af partnering kommer til udtryk i form af bl.a. større produktivitet, bedre kvalitet, lavere omkostninger, større konkurrenceevne, forøgelse af innovation, dynamik og synergi.<sup>2</sup>

Hvis partnering kan anvendes til at løse visse opgaver mere effektivt, bør det anvendes, hvor det synes muligt. Den offentlige sektor er dog i forhold til den private sektor underlagt regulering i et højere omfang. Udbudsreglerne sætter visse grænser for ordregivende myndigheders aftalefrihed, hvilket kan påvirke myndigheders mulighed for at anvende partnering.

Målsætningen med Europa-Parlamentet og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF (herefter udbudsdirektivet) var bl.a. opfyldelsen af tre mål, nemlig modernisering, forenkling og fleksibilitet. Modernisering af udbudsområdet skulle ske for at kunne tage hensyn til udviklingen af ny teknologi og ændringer i det økonomiske landskab. Forenklinger for at gøre det lettere at forstå udbudsreglerne og fleksibilitet for at imødekomme kritik om for stive procedurer, der ikke imødekom de offentlige indkøberes behov tilstrækkeligt. For at opnå disse mål identificerede Kommissionen syv områder med behov for indholdsmæssige ændringer. Et af disse områder var offentlige indkøberes muligheder for at indgå rammeaftaler, hvor alle betingelser ikke var fastsat på forhånd, og hvor der på grundlag heraf kunne indgås kontrakter uden først at skulle opfylde alle krav i udbudsdirektivets.<sup>3</sup> Det blev ikke anset for hensigtsmæssigt for offentlige indkøbere at lade sig forpligte til faste priser og vilkår, og de offentlige indkøbere havde i stigende omfang behov for at administrere deres køb på lang sigt. Kommissionens begrundelse for indførelse af rammeaftaler var derfor

---

<sup>1</sup> Scheuing 1994; 1 og 11

<sup>2</sup> Ibid; 24 og Tvarnø 2003a; 2

<sup>3</sup> KOM(2000) 275 endelig/2; 3-4

nødvendigheden af at gøre det muligt at anvende indkøbsteknikker, der giver de ordregivende myndigheder mulighed for at tage hensyn til produkt- og prisudviklingen, altså et behov for en mere fleksibel indkøbsteknik.<sup>4</sup> Spørgsmålet er om rammeaftaler indeholder den fleksibilitet, som er nødvendig for, at disse kan indgås med partnering. Rammeaftaler sikrer desuden, at der kan indgås flere kontrakter med den samme økonomiske aktør. Dette er vigtigt, da to parter i et partneringarrangement normalt ikke vil afgrænse deres samarbejde til en enkelt opgave, men vil indgå det for en tidsbegrænset periode.

## 1.2 Problemformulering

Det følger af ovenstående, at der kan være gevinster ved at anvende partnering. Partnering er en fleksibel samarbejdsform, der sikrer, at parterne løbende kan tilpasse sig skift i markedet. Rammeaftaler blev foreslået af Kommissionen for at sikre, at offentlige indkøbere kunne tage højde for, hvordan markedet udvikler sig. Mulighederne for at forene rammeaftaler og partnering vil være omdrejningspunktet for denne afhandling. Der fokuseres på mulighederne herfor i Danmark og derfor på, hvordan udbudsdirektivet fortolkes i Danmark.

På baggrund heraf vil denne afhandling besvare følgende problemstilling:

- Er det muligt at anvende fuld partnering i rammeaftaler med en økonomisk aktør og hvilke økonomiske konsekvenser er der forbundet hermed

Det overordnede integrerede spørgsmål vil blive besvaret ved at opstille henholdsvis juridiske og økonomiske spørgsmål.

### Juridiske spørgsmål

- Hvad er forskellen på en traditionel aftale og en partneringaftale
- Kan rammeaftaler sikre et tidsbegrænset samarbejde mellem en ordregivende myndighed og en privat part
- Kan en rammeaftale sikre den fornødne fleksibilitet og mulighed for løbende forhandling som partnering kræver

---

<sup>4</sup> Ibid; 7 og KOM(98)143 – Kommissionens meddelelse - Offentlige indkøb i den Europæiske Union, pkt. 2.1.2.3.

## Økonomiske spørgsmål

- For hvilken type indkøb er det relevant at anvende partnering i en rammeaftale
- Hvilke fordele er der ved partnering og dets anvendelse i rammeaftaler

### 1.3 Afgrænsning

Denne afhandling beskæftiger sig alene med kontrakter, der er underlagt udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF). Der ses derfor bort fra kontrakter under udbudsdirektivets tærskelværdier og øvrige undtagne kontrakter. Baggrunden for dette er, at afhandlingens formål er at belyse muligheden for at anvende partnering i rammeaftaler, som har været i EU-udbud. Der afgrænses fra de kontraktretlige problemstillinger, som partnering kan give anledning til, da disse ikke hidrører behandlingsområdet for denne afhandling.

Der fokuseres på rammeaftaler indgået med én ordregivende myndighed og én økonomisk aktør, da dette er mest hensigtsmæssigt, da det er kompliceret at håndtere flere partneringarrangementer.<sup>5</sup> Rammeaftaler indgået gennem indkøbscentraler og rammeaftaler, hvor der er flere ordregivere eller flere økonomiske aktører vil derfor ikke blive behandlet.

Der fokuseres primært på mulighederne for forhandling efter tildeling af rammeaftalen og ved indgåelse af kontrakter, der er baseret på rammeaftaler, hvorfor parternes mulighed for teknisk dialog ikke behandles. Af samme årsag analyseres af forhandlingsforbuddet kun kort.<sup>6</sup> Der fokuseres på rammeaftaler indgået ved offentlig eller begrænset udbud, hvorfor mulighederne for forhandling ved konkurrencepræget dialog jf. udbudsdirektivet art. 29 og udbud med forhandling i udbudsdirektivet art. 30 og 31 ikke analyseres.

### 1.4 Metodeafsnit

#### 1.4.1 Formål og synsvinkel

Formålet med afhandlingen er at foretage en teoretisk analyse af, hvorledes partnering i rammeaftaler kan anvendes af ordregivende myndigheder og hvilken værdi dette kan skabe. Baggrunden herfor er et ønske om at sætte fokus på, hvorvidt udbudsdirektivet begrænser den offentlige sektor i at opnå efficiente resultater og effektivisering. Da fokus i afhandlingen er

---

<sup>5</sup> Scheuing 1994; 14-15

<sup>6</sup> Om forhandlingsforbuddets betydning inden partneringaftalens indgåelse se bl.a. Tvarnø 2010a og Rose 2011



på, hvorledes udbudsdirektivet anvendes og fortolkes i Danmark, er synsvinklen Danmark i et samfundsmæssigt perspektiv.

#### **1.4.2 Afhandlingens struktur**

Afhandlingen er delt op i kapitler med primær juridisk eller økonomisk indhold. Kapitel 2 analyserer partnerings opbygning og anvendelsesområde. Herefter analyseres de grundlæggende udbudsretlige principper og rammeaftaler med en økonomisk aktør. I kapitel 3 analyseres det ved hvilken type rammeaftale, det er relevant at anvende partnering. I kapital 4 analyseres foreneligheden mellem partnering og rammeaftaler. Fokus er på rammeaftalers varighed og ændringsmuligheder. I kapitel 5 sammenholdes det, i hvilket omfang partnering i rammeaftaler er foreneligt med udbudsdirektivet. I kapitel 6 analyseres fordelene ved den forhandling ved hjælp af Edgeworth-box, og fordelene ved at anvende partnering i rammeaftaler analyseres bl.a. ved hjælp af transaktionsomkostningsteorien. Betydningen af rammeaftalers varighed analyseres ved hjælp af "fangernes dilemma", som senere danner grundlag for den retsøkonomiske analyse. Den retsøkonomiske analyse i kapitel 7 integrerer afhandlingens juridiske og økonomiske konklusioner. Der opstilles et udvidet "fangernes dilemma", som illustrerer de økonomiske konsekvenser ved anvendelse af almindelige rammeaftaler, partnering i rammeaftaler og partnering generelt.

#### **1.4.3 Juridisk metode**

Formålet med afhandlingens juridiske del er at analysere mulighederne for at anvende partnering i rammeaftaler under det gældende udbudsdirektiv. Det er derfor nødvendigt at undersøge, hvad der er gældende ret, de lege lata. Den juridiske metode i denne afhandling vil således være en retsdogmatisk analyse, da denne søger at systematisere, beskrive og analysere gældende ret.<sup>7</sup> Den retsdogmatiske analyse suppleres med den erhvervsjuridiske metode, som beskrives nedenfor i afsnit 1.4.3.4. For at den retsdogmatiske analyse kan anses som valid og konkret, må den udføres i overensstemmelse med retskildernes hierarki. Analysen skal således påbegyndes i retskilden "regulering", derefter "retspraksis"/"præjudikater" så "retssædvaner"

---

<sup>7</sup> Nielsen og Tvarnø 2011; 31-32

og slutteligt ”forholdets natur”.<sup>8</sup> Det er alene de for problemformuleringens relevante retskilder, der vil blive behandlet i denne afhandling og som forklares nedenfor.

#### 1.4.3.1 *Regulering*

Offentlige indkøb er underlagt retskilder af national, EU-retlig og i et vist omfang folkeretlig karakter. Denne afhandling fokuserer alene på offentlige indløb, som er underlagt udbudsdirektivet.

Retskilden ”regulering” inden for EU-retten kan opdeles i primærret og sekundærregulering. Til primærretten hører traktaterne, charter om grundlæggende rettigheder og de almindelige EU-retlige principper fastslået af EU-Domstolen (herefter blot Domstolen). I udbudsdirektivet, præambel 2. betragtning angives det, at offentlige indkøb er underlagt principperne om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, fri etableringsret samt principperne afledt heraf om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. Udbudsdirektivet skal fortolkes i overensstemmelse hermed.<sup>9,10</sup>

Til bindende sekundærregulering hører forordninger, direktiver og afgørelser jf. art. 288 TEUF<sup>11, 12</sup>. Udbudsdirektivet er en sådan bindende sekundærregulering og vil danne grundlag for den juridiske analyse i denne afhandling.<sup>13</sup> Det er dog alene de relevante artikler for afhandlingens problemformulering, der vil blive behandlet. Udbudsdirektivet er implementeret direkte i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011. Udover udbudsdirektivet findes også forsyningsvirksomhedsdirektivet<sup>14</sup> og kontroldirektivet<sup>15</sup>, som ikke vil blive behandlet yderligere. Kontroldirektivet er implementeret i dansk ret ved håndhævelsesloven.<sup>16</sup>

---

<sup>8</sup> Ibid; 31-32 og 49. Denne opdeling er baseret på Alf Ross’ realistiske retsteori.

<sup>9</sup> Nielsen 2010; 30 og Steinicke og Groesmeier 2008; 91.

<sup>10</sup> Kontrakter om offentlige indkøb af grænseoverskridende interesse, der falder uden for udbudsdirektiverne skal alene respektere primærretten. Nielsen 2010; 31

<sup>11</sup> Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

<sup>12</sup> Nielsen og Tvarnø 2011; 130

<sup>13</sup> Udover udbudsdirektivet findes også direktiv 2004/17/EF forsyningsvirksomhedsdirektivet og kontroldirektivet inden for udbudsområdet.

<sup>14</sup> Direktiv 2004/17/EF

<sup>15</sup> Direktiv 2007/66/EF om ændring af direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF

<sup>16</sup> Lov nr. 492 af 12. maj 2010

#### 1.4.3.2 *Retspraksis*

Afgørelser har som nævnt også karakter af bindende sekundærregulering og tilhører retskilden "retspraksis".<sup>17</sup> Afgørelser fra EU's institutioner er bindende i alle enkeltheder. Når en afgørelse angiver, hvem den er rettet til, er den kun bindende for disse jf. TEUF art. 288. Domstolens afgørelser er en vigtig retskilde ved fortolkning af udbudsdirektivet og de generelle principper. Domstolen fortolker endeligt bestemmelserne i udbudsdirektivet og har ved sin fortolkning anlagt objektiv formålsfortolkning.<sup>18</sup>

Der inddrages desuden kendelser fra det danske Klagenævn for udbud<sup>19</sup>, der har kompetence til at afgøre sager om overtrædelse af udbudsreglerne og til at anvende retsfølgerne som fastsat i håndhævelsesloven. Kendelser fra Klagenævnet er bindende for sagens parter. Som led i deres afgørelse fastlægger Klagenævnet en relevant regels indhold og retsfaktum, hvor Klagenævnet oftest som led i dette foretager en fortolkning og udfyldning af reglerne, der må forventes at blive lagt til grund ved fremtidige kendelser.<sup>20</sup> Klagenævnet lægger i deres kendelser stor vægt på Domstolens retspraksis og anvender ligeledes objektiv formålsfortolkning.<sup>21</sup> Selvom Klagenævnets kendelser kan ændres ved de almindelige domstole, tillægges disse betydelig retskildeværdi, da Klagenævnet er den primære retshåndhævende instans i Danmark.<sup>22</sup> Klagenævnets praksis inddrages derfor i analysen.

#### 1.4.3.3 *Fortolkning*

Udgangspunktet for enhver fortolkning er først og fremmest bestemmelsens ordlyd. EU-retsakter er udgivet på samtlige sprog i EU. Da alle sprogversioner er autentiske og gyldige i alle medlemsstater, anvendes der derfor en sammenligning af forskellige sprogversioner ved fortolkningsstivl om en bestemmelses indhold. Ved fortolkning af EU-domme er fransk af særlig betydning, da dette er arbejds sproget ved Domstolen, og den franske version er derfor den eneste samtlige dommere har medvirket til udformningen af. Den franske sprogversion inddrages derfor ved indholdsmæssige overensstemmelser i forskellige sprogversioner af en dom.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Nielsen og Tvarnø 2011; 172

<sup>18</sup> Nielsen 2010; 43-44 og Poulsen m.fl. 2011; 46 og 63-64. Se mere herom nedenfor.

<sup>19</sup> Herefter blot kaldet Klagenævnet

<sup>20</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 132 og Poulsen m.fl. 2011; 47

<sup>21</sup> Nielsen 2010; 43

<sup>22</sup> Poulsen m.fl. 2011; 47

<sup>23</sup> Nielsen og Tvarnø 2011; 212

Domstolen fortolker ud fra en bestemmelses kontekst og i lyset af alle relevante bestemmelsers formål.<sup>24</sup> Der kan både ske subjektiv eller objektiv formålsfortolkning. Domstolen anvender overvejende objektiv formålsfortolkning, hvorfor samme metode anvendes i denne afhandling. Ved objektiv formålsfortolkning fortolkes der ud fra det formål, som fortolkeren indlægger i reglerne, mens en subjektiv formålsfortolkning tager udgangspunkt i det formål, som lovgiver tilskriver bestemmelser, hvorfor forarbejderne inddrages i subjektiv formålsfortolkning.<sup>25</sup> EU-retsakter indeholder formålsbestemmelser som en del af retsaktens tekst i præamblerne og Domstolen henviser oftest til præambler til direktiver. Nogle gange angiver den indledende artikel endvidere formålet med retsakten, men dette er ikke tilfældet for nogle af udbudsdirektiverne.<sup>26</sup> Præambelen til udbudsdirektivet medtages i, det omfang det bidrager til den juridiske analyse.

Det væsentligste formål med udbudsreglerne er at sikre et indre marked for offentlige indkøb samt sikre en effektiv konkurrence herfor, således at virksomheder i hele EU får lige adgang til at deltage i udbud og lige chance i forbindelse hermed. Kommissionen angiver det desuden som formål at begrænse den offentlige sektors omkostninger og sikre, at ordregivende myndigheder opnår det bedst mulige tilbud.<sup>27</sup> Hensynet til den effektive konkurrence vejer dog tungere end hensynet til den enkelte ordregiver, hvilket også ses i Domstolens fortolkning af udbudsreglerne.<sup>28</sup>

### Forarbejder

Forarbejder til udbudsdirektivet er ikke bindende jf. artikel 288 TEUF og kan ikke tillægges betydning, da dette vil anses for en krænkelse af andre EU-institutioner. En accept af forarbejder harmonerer dårligt med princippet om den tildelte kompetence mellem EU institutionerne, og ingen EU-institution har kompetence til at regulere gennem forarbejder.<sup>29</sup> Forarbejderne til udbudsdirektivet inddrages dog for at klargøre lovgivers mål med retsakter.

---

<sup>24</sup> Ibid; 216 og 232

<sup>25</sup> Ibid.; 51 og 241

<sup>26</sup> Ibid.; 239 og 241 og Poulsen m.fl. 2011; 61

<sup>27</sup> KOM(96)583, pkt. 2.3

<sup>28</sup> Steinicke og Groesmeier 2008; 85 og Treumer 2000; 26

<sup>29</sup> Nielsen og Tvarnø 2011; 132 og 238

### Vejledninger m.m.

Både Kommissionen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udsendt generelle retningslinjer med forklaring og fortolkning af udbudsreglerne. Disse har ikke kompetence til at udstede bindende regler, hvorfor disse alene er af vejledende karakter. Vejledningerne inddrages dog i afhandlingen, da disse hidrører fra myndigheder med betydelig indsigt i udbudsreglerne.<sup>30</sup>

Der inddrages af samme årsag vejledninger og rapporter fra Erhvervs- og Byggestyrelsen<sup>31</sup>, Udbudsrådet og Udbudsportalen. Udbudsrådet er et uafhængigt råd, hvis medlemmer tilsammen har et alsidigt kendskab til udbud og konkurrenceforhold. Rådets sekretariat betjenes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.<sup>32</sup> Udbudsportalen er udviklet i et samarbejde mellem Erhvervs- og Byggestyrelsen samt Kommunernes Landsforening og tilbyder offentlige udbydere og private leverandører vejledning i, viden om og værktøj til udbud af offentlige serviceopgaver.<sup>33</sup>

### Juridisk litteratur

Juridisk litteratur er ikke en retskilde, men denne bidrager til forståelse af lovgivning og juridiske principper. Af denne grund vil juridisk litteratur i høj grad blive benyttet i afhandlingen til forståelse og diskussion af afhandlingens juridiske problemstillinger.

#### *1.4.3.4 Erhvervsjuridisk metode*

Som tidligere nævnt suppleres den retsdogmatiske analyse med den erhvervsjuridiske metode. Den erhvervsjuridiske metode har til formål at kombinere jura og økonomi, således at fastlæggelsen af gældende ret ved hjælp af en retsdogmatisk analyse suppleres ved inddragelsen af økonomiske teorier og modeller.

Metoden har virksomheden som analyseenhed, hvilket i denne afhandling nærmere betegnet er de to kontraherende parter i partneringkontrakten. Der ses derfor på forholdet mellem de to kontraherende virksomheder kan optimeres i økonomisk henseende, hvor juraen anvendes som et styringsinstrument hertil. For at bestemme, hvad der er efficient i økonomisk forstand

---

<sup>30</sup> Poulsen m.fl. 2011; 47 og Tvarnø 2010b; 75

<sup>31</sup> Nu en del af erhvervsstyrelsen

<sup>32</sup> <http://www.udbudsraadet.dk/om-udbudsraadet/>

<sup>33</sup> <http://www.udbudsportalen.dk/Om-portalen/>

inddrages kontraktsøkonomi.<sup>34</sup> Den erhvervsjuridiske metode anvendes til at klarlægge, hvordan parterne kan forholde sig juridisk til de restriktioner som udbudsretten sætter for anvendelsen af partnering. Der opstilles ikke konkrete forslag til udformning af udbudsmateriale eller kontraktbestemmelser, men alene overvejende betragtninger om, hvordan de ordregivende myndigheder kan indrette sig efter udbudsretten.

#### **1.4.4 Økonomisk metode**

Der anvendes forskellige økonomiske tilgange, som synes relevante for at kunne besvare afhandlingens problemformulering. Den økonomiske analyse bygger primært på en kontraktøkonomisk tilgang, der forsøger at analysere værdien af rammeaftaler, partnering og en kombination af disse. Resultaterne herfra overføres senere til en retsøkonomisk analyse. Dette skyldes, at værdien af en rammeaftale, som en ordregiver indgår, ikke alene har betydning for den enkelte ordregiver, men også på et overordnet samfundsmæssigt niveau. Udgangspunktet for den økonomiske analyse er transaktionsomkostningsteorien, hvortil agentteorien inddrages. Teorierne anvendes til at analysere fordele ved partnering og partnering i rammeaftaler og til at afgøre for hvilken type indkøb, det er relevant at anvende partnering i en rammeaftale.

Transaktionsomkostningsteorien suppleres med inddragelse af Coase-theoremet, som opstod med Ronald Coases artikel fra 1960 "The Problem of Social Cost", hvor Coase fremstillede de idéer, der senere er blevet betegnet for det stærke Coase-theorem.<sup>35</sup>

*"Hvis ejendomsrettighederne er veldefinerede og omsættelige, og transaktionsomkostningerne lig nul, vil parterne uafhængig af deres oprindelige fordeling af rettigheder, gennem forhandling frembringe et pareto-optimalt resultat"*

Det stærke Coase-theorem indeholder en implicit antagelse om, at parterne er fuldt rationelle. Parterne vil, under de fremsatte betingelser, indgå en kontrakt, der er pareto-optimal og som afspejler en optimal fordeling af ressourcer, uanset deres initiale fordeling. Der foreligger et pareto-optimalt resultat, når ingen part kan stilles bedre uden en anden stilles ringere. Betingelser for Coase-theoremet er blevet kraftigt kritiseret, herunder antagelsen om, at der

---

<sup>34</sup> Østergaard 2003; 270-282

<sup>35</sup> Raaschou-Nielsen og Foss 1997; 27 og Eide og Stavang 2008; 137

ikke findes transaktionsomkostninger. Selv hvis det var muligt at fjerne alle juridiske hindringer for at indgå en aftale, vil der stadig foreligge transaktionsomkostninger fx fordi parterne må bruge ressourcer på at forhandle. Til trods herfor er det stærke Coase-theorem interessant for forståelsen af betydningen af transaktionsomkostninger, hvorfor det inddrages.<sup>36</sup>

Transaktionsomkostningsteorien har udgangspunkt i Ronald Coases artikel "The Nature of the firm"<sup>37</sup>, som fandt, at en af hovedårsagerne til at etablere virksomheder var transaktionsomkostninger. Teorien er senere blevet videreudviklet af Oliver Williamson, som flytter analyseenheden fra virksomheden til den enkelte transaktion. Transaktionsomkostningsteorien omhandler valget af den mest effektive reguleringsramme<sup>38</sup> under givne omstændigheder. Hertil har Williamson udviklet en model over kritiske dimensioner ved transaktionen, som er usikkerhed/kompleksitet, transaktionsfrekvens og aktivspecifitet. Den mest effektive reguleringsramme er den, der minimerer transaktionsomkostninger.<sup>39</sup> Williamson anser transaktionsomkostninger som alle de omkostninger, der er forbundet med udformning, gennemførelse og kontrol af en overførelse mellem to parter.<sup>40</sup> Dette kan afhængig af transaktionen fx være søge-, informations-, forhandlings- og håndhævelsesomkostninger, herunder hørende ex post-transaktionsomkostninger, der opstår efter kontraktindgåelse. Transaktionsomkostningsteorien indeholder en antagelse om, at økonomiske agenter er begrænset rationelle og handler opportunistisk.<sup>41</sup> Williamson antager endvidere, at der inden indgåelsen af en relation mellem to parter er et stort antal potentielle sælgere til opfyldelse af ethvert tænkeligt behov.<sup>42</sup>

Transaktionsomkostningsteorien suppleres med agentteorien<sup>43</sup>, der er karakteriseret som en relation mellem to parter, principalen og agenten, hvor principalen udpeger agenten til at

---

<sup>36</sup> Eide og Stavang 2008; 143

<sup>37</sup> Coase, Ronald. 1937. "The nature of the firm", *Economica* IV, november: 386-405

<sup>38</sup> Dette betegnes af Williamson som "governance structures", hvilket defineres som et kontraktmæssigt arrangement, der består af en nærmere specificeret beslutningsprocedure, og som benyttes af transaktionsparterne, når de skal tilpasse en kontrakt til nye og ændrede vilkår" jf. Knudsen 1997; 217

<sup>39</sup> Knudsen 1997; 217-218 og Sornn-Friese 2007; 103

<sup>40</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 5

<sup>41</sup> Knudsen 1997; 213

<sup>42</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 25-26

<sup>43</sup> De kan skelnes mellem to agentteorier. Principal-agentteorien, som er normativ og fokuserer på valget af den optimale kontrakt givet forskellige grader af usikkerhed, risikoaversion, informationsasymmetri. Den positive

gennemføre økonomiske aktiviteter på dennes vegne.<sup>44</sup> Den ordregivende myndighed, som sender en opgave i udbud med et ønske om anvendelse af partnering er principalen og den private aktør er agenten. Agentteorien har den enkelte kontrakt mellem principalen og agenten som analyseenhed. Agentteorien har mange træk til fælles med transaktionsomkostningsteorien. Hvor agentteorien identificerer forskellige kontraktlige alternativer og fokuserer på valget af den mest efficiente incitamentsstruktur eller kontaktfom, omhandler transaktionsomkostningsteorien valget af den optimale reguleringsramme.<sup>45</sup> Agentteorien antager ligesom transaktionsomkostningsteorien, at der foreligger asymmetrisk information mellem parterne, som begge er begrænset rationelle og fokuserende på egen nyttemaksimering, hvilket kan føre til opportunistisk adfærd. Agentteorien antager desuden, at parterne er risikoaverse.<sup>46</sup> Der kan som følge af asymmetrien mellem parterne opstå moral hazard eller "skjulte handlinger" som har ex post eller postkontraktuel karakter.<sup>47</sup> Principalen må beskytte sig selv og mindske risikoen for, at agenten ikke handler i principalens interesse, hvorved de såkaldte agentomkostninger opstår.<sup>48</sup> Disse omkostninger kan ses som en form for transaktionsomkostninger og antages i denne afhandling at være omfattet af transaktionsomkostningsbegrebet i Williamsons teori.

Edgeworth box inddrages for at belyse, hvilken merværdi partnering kan skabe. Edgeworth box er sammensat af to parters indifferenskurver, der er en del af neoklassisk forbrugerteori. Indifferenskurver opstilles normalt med anvendelsen om at 1)forbrugeren er i stand til at rangordne forskellige goder, 2)forbrugeren præferencer er transitive og 3)mere er bedre end mindre for forbrugeren.<sup>49</sup> Disse antagelser modificeres i denne afhandling således, at de tilpasses indholdet i analysen.

---

agentteori søger at forklare forskellige kontraktlige alternativer. De to teorier kan anses for at være komplementære. Se hertil Eisenhardt 1989; 60 og Sornn-Friese 2007; 125. Fokus i denne afhandling er på den positive agentteori.

<sup>44</sup> Knudsen 1997; 164 og Sornn-Friese 2007; 127

<sup>45</sup> Sornn-Friese 2007; 128

<sup>46</sup> Eisenhardt 1989; 63

<sup>47</sup> Moral hazard er et begreb, der er opstået inden for forsikringsverden og omhandler situationen, hvor folk efter de er blevet forsikret ændrer adfærd således, at de handler på en måde, der er ufordelagtig for og fører til større udbetalinger fra forsikringsselskaberne. Knudsen 1997; 167. Hertil kommer adverse selection, der refererer til fejlfortolkning af agentens evner forud for udvælgelse, ex ante.

<sup>48</sup> Knudsen 2007; 224. Agentomkostninger knytter sig til den positive agentteori

<sup>49</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 70 og 495



Spilteorien inddrages endvidere i den økonomiske analyse. Parternes handlingsmuligheder anses her som et spil med forskellige træk, hvor parterne hver især tilstræber det resultat, der er bedst for dem.<sup>50</sup> "Fangernes dilemma" anvendes for at vise, at parterne i bestræbelsen efter at opnå størst mulig gevinst for sig selv, skaber det samlet set dårligste resultat.<sup>51</sup> Det vises herefter, hvilke effekter inddragelsen af partnering har for parternes valg. "Fangernes dilemma" åbner desuden også op for det udvidede spil, der udgør den retsøkonomiske analyse.

#### **1.4.5 Retsøkonomi og retspolitik**

Der opstilles desuden en retsøkonomisk analyse for at bestemme de overordnede økonomiske konsekvenser af udbudsdirektivets regler om rammeaftaler for anvendes af partnering. Retsøkonomien anvendes til at forklare en regels økonomiske implikationer for samfundet.<sup>52</sup> Analyseniveauet i retsøkonomien er på det samfundsmæssige niveau, altså på et aggregeret niveau.<sup>53</sup> På trods af dette inddrages resultaterne fra den økonomiske analyse, som ikke havde samfundet som analyseniveau. Det skyldes, at værdien af en rammeaftale eller offentlige kontrakter i øvrigt ikke alene har betydning for den enkle ordregiver, men også for samfundet. Baggrunden herfor er, at det er i samfundets interesse, at den kontrakt eller rammeaftale som den enkelte ordregiver indgår, bliver løst. Det kan fx være vedligeholdelse af vejnet, vedligeholdelse og rengøring af offentlige ejendomme m.m. Rammeaftalerne og offentlige kontrakter indgås desuden for offentlige midler.<sup>54</sup>

Den retsøkonomiske analyse opstilles som et spil, der er inspireret af fangernes dilemma. Dette spil sammenholder konklusionerne fra den juridiske og økonomiske analyse. Den retsøkonomiske analyse anvendes som grundlag for nogle overordnede retspolitiske anbefalinger.<sup>55</sup> Retspolitik, de lege ferenda, har til formål så objektivt som muligt at angive, hvordan reguleringen bør være.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> Knudsen 1997; 88-89

<sup>51</sup> Eide og Stavang 2008; 289

<sup>52</sup> Ibid; 24

<sup>53</sup> Østergaard 2003; 278 og Raaschou-Nielsen og Foss 1997; 11

<sup>54</sup> Olesen 2004; 16 og 39

<sup>55</sup> I Nielsen og Tvarnø betegnes det desuden som erhvervsjuridisk metode, hvor jura og økonomi kombineres til at vælge en hensigtsmæssig lovgivningsadfærd. I Østergaard er det alene tilfælde, hvor metoden danner grundlag for beslutningstagen for virksomheden. Se hertil Nielsen og Tvarnø 2011; 448 og Østergaard 2003; 280

<sup>56</sup> Nielsen og Tvarnø 2011; 451

## 2. KAPITEL

For at kunne bestemme i hvilket omfang det er muligt at anvende partnering i EU-rammeaftaler er det nødvendigt at klargøre, hvad der forstås ved partnering og hvordan dette adskiller sig fra traditionel aftaleindgåelse. Det er desuden vigtigt, at analysere de principper og bestemmelser ordregivende myndigheder er underlagt, når de indgår i en rammeaftale. Alle ordregivende myndigheder er forpligtet til at overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Disse principper er gældende både før og efter tildelingen af en offentlig kontrakt eller en rammeaftale.<sup>57</sup> Da disse principper er grundlæggende og udbudsdirektivet skal fortolkes i overensstemmelse hermed, analyseres disse nedenfor.<sup>58</sup> Udbudsdirektivets artikler om rammeaftaler analyseres desuden.

### 2.1 Partnering

Der er ikke en entydig definition af partnering, men det følger af litteraturen, at det er et strategisk redskab som bruges i forhold til andre virksomheder, og det kan kort karakteriseres som et samarbejde mellem forskellige virksomheder.<sup>59</sup> Partnering er en metode til at indgå aftaler på og kan anvendes, hvor parterne ønsker en aftale, der bygger på faktorer som samarbejde, tillid og fælles optimering.<sup>60</sup> Tankegangen bag partnering er, at parterne ud fra de nævnte faktorer, kan skabe en aftale med et større udbytte end ved et traditionelt aftaleforhold. Værdien af en partnering kommer til udtryk i form af bl.a. større produktivitet, bedre kvalitet, lavere omkostninger, øget konkurrenceevne, innovation, dynamik og synergi.<sup>61</sup> Partnering kræver, at parterne tror på idéen med partnering. De, som er skeptiske over for partneringidéen, vil ikke have mulighed for at benytte partnering, da de ikke er villige til at udvise den nødvendige tillid.<sup>62</sup>

#### 2.1.1 Partnerings anvendelsesområde

Partnering som begreb er oprindeligt opstået inden for den private byggebranche, og i Erhvervs- og Byggestyrelsens "Vejledning i partnering - med særligt henblik på offentlige og

---

<sup>57</sup> Nielsen 2010; 139

<sup>58</sup> Nielsen 2010; 30 og Steinicke og Groesmeyer 2008; 91.

<sup>59</sup> Olesen 2004; 60

<sup>60</sup> Tvarnø 2004; 297

<sup>61</sup> Tvarnø 2003a; 2 og Scheuing 1994; 24

<sup>62</sup> Tvarnø 2003a; 21 og Lomas og Broomhall 1993; 223

offentligt støttede bygherrer" fra januar 2006<sup>63</sup> anvendes følgende definition for partneringbegrebet:

*"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 anvendes fortrinsvist i byggebranchen i Danmark, mens partnering er mere udbredt i USA og Storbritannien, hvor det bl.a. anvendes inden for teknologi-, computer- og it-branchen.<sup>64</sup> Partnering som koncept har også bredt sig til offentlige tjenesteydelser. Her kaldes konceptet dog ikke partnering, men partnerskaber, men formålet er det samme.<sup>65</sup> Partnerskabsaftaler anvendes, hvor en offentlig myndighed ønsker at indgå i et samarbejde med en privat virksomhed om drifts- eller serviceydelser af længerevarende karakter. Den private part involverer sig samtidig i at udvikle ydelser og processer sammen med den ordregivende myndighed. Partnering relaterer sig typisk til en bygge- og anlægsopgave, mens en partnerskabsaftale relaterer sig til leveringen af en service.<sup>66</sup> Forskellen mellem en partneringaftale og en partnerskabsaftale er således ydelsen. Partnerskabsbegrebet anvendes alene, hvor den ene part i aftaleforholdet er en offentlig myndighed.<sup>67</sup> Begrebet servicepartnering kan derimod anvendes både, hvor begge parter er private eller den ene part offentlig, og det dækker over samme begreb som partnerskab. Begreberne partnerskab og partnering vil blive anvendt synonymt i denne afhandling, da de bygger på samme forudsætninger.<sup>68</sup> Det er derfor også underordnet om begreberne "indkøb" eller "ydelse" anvendes og de dækker begge over genstanden i rammeaftalen.

### **2.1.2 Den kontraktuelle opbygning**

Partnering adskiller sig kontraktuelt fra indgåelsen af almindelige kontrakter. Der er ingen særlige aftaleretlige regler for indgåelse af partnering, men parterne kan frit vælge partnering som aftaleform, da der er aftalefrihed i Danmark. Ordregivende myndigheder er dog underlagt

---

<sup>63</sup> Betegnes herefter "Vejledning i partnering"

<sup>64</sup> Tvarnø 2003a; 1-3

<sup>65</sup> Tvarnø 2010a; 3

<sup>66</sup> Udbudsportalen: Seks modeller for offentlig-privat samarbejde; 10

<sup>67</sup> Tvarnø 2004; 299-300 og Tvarnø 2010a; afsnit. 2 og 2.2

<sup>68</sup> Tvarnø 2003b; 250-251

de begrænsninger som udbudsretten opstiller. Den traditionelle måde at indgå aftaler på afspejles i aftalelovens bestemmelser om tilbud og accept. Det kontraktuelle forløb for partnering bygger derimod på en mere kommunikativ proces som illustreret nedenfor og den traditionelle "tilbud og accept"-situation finder ikke sted.<sup>69</sup>

Kontakt → dialog → partneringaftale → løbende forhandling → evt. materiel aftale

Parterne har kontakt med hinanden med henblik på at gennemføre en opgave ved hjælp af partnering. De enkelte parterers viden inddrages i planlægning af opgaven og optimering af arbejdet sker i fællesskab. Der indgås herefter en partneringaftale, hvor parternes fælles målsætninger beskrives, rammer for samarbejdet fastlægges og de værktøjer, der anvendes til at følge op på arbejdet beskrives.<sup>70</sup> Herefter tager den successive/løbende forhandling over. Forhandlingen sker på et løsere grundlag end en traditionel aftale under omforhandling. Ved omforhandling af en traditionel kontrakt gælder den oprindelige kontrakt typisk stadig, og problemet består i at rette, tilføje nye eller fjerne eksisterende bestemmelser. En partneringaftale er derimod stadig fundamentet og samtidig grundlag for hele forhandlingssituationen. Den løbende dialog og forhandling er essentiel for at partneringaftalen kan leve op til sit potentiale. Parternes adfærd ændres fra at være kontraktorienteret til at være relationsbaseret, hvor partneringaftalen danner rammen for parternes samarbejde. Fokus går desuden fra parternes egen nytteoptimering til en fælles nytteoptimering.<sup>71</sup>

Kontraktfasen for partnering kan evt. afsluttes med en materiel aftale eller en udførselsaftale. Her har parterne mulighed for at medtage mere standardiserede bestemmelser om fx tidsfrister, arbejdsplaner og udskydelse samt honorarform i relation til bestemmelser i partneringaftalen.<sup>72</sup> Der bruges bonus og incitament til at sikre parterne arbejder ud fra de fælles økonomiske interesser. Der anvendes ligeledes åbne regnskaber og kalkulationer for at skabe åbenhed om de økonomiske konsekvenser af forskellige løsninger, hvilket også understøtter et tillidsfuldt samarbejde om projektets omfang, kvalitet og pris. Selvom forholdet mellem parterne i et

---

<sup>69</sup> Tvarnø 2002; 78-79

<sup>70</sup> Vejledning i partnering 2006; 10

<sup>71</sup> Tvarnø 2002; 80-81

<sup>72</sup> Vejledning i partnering 2006; 37-38

partneringarrangement er baseret på ærlighed og tillid, kan der godt opstå konflikter. Der bliver derfor i partneringaftalen indarbejdet en konflikthåndtering, der skal sikre, at ingen kommer til at føle sig som tabere, hvilket kan virke ødelæggende for den gode relation mellem parterne. Typisk for konflikthåndtering er, at løsningen sker findes på det niveau konflikten er opstået, såfremt dette ikke sker inden for en given tidsramme løftes konflikten op på et højere niveau.<sup>73</sup>

Der foreligger et fuldt partneringarrangement, når samarbejdet mellem parterne er designet til at vare i en tidsbegrænset periode, hvilket giver parterne en mulighed for at skabe en ramme, hvorfra de kan analysere deres længerevarende behov og forventninger.<sup>74</sup>

## **2.2 De udbudsretlige principper**

Kravet om ligebehandling og gennemsigtighed følger af udbudsdirektivet art. 2, som angiver, at ordregivende myndigheder skal overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling<sup>75</sup> af økonomiske aktører og handle gennemsigtigt. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er grundlæggende principper i udbudsretten og finder anvendelse for indkøb under udbudsdirektivets tærskelværdier.<sup>76</sup> De udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt forhandlingsforbuddet analyseres kort nedenfor.

### **2.2.1 Ligebehandlingsprincippet**

Ligebehandlingsprincippet betyder, at tilbudsgivere skal behandles lige. Dette er ikke kun begrænset til forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, men derimod al forskelsbehandling i forbindelse med et udbud.<sup>77</sup> Ligebehandlingsprincippet sikrer, at konkurrencen om en kontrakt foregår på lige vilkår for alle økonomiske aktører. Ligebehandlingsprincippet blev første gang påberåbt i sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark (Storebælt). Ligebehandlingsprincippet fremgik ikke eksplicit af det omhandlede

---

<sup>73</sup> Udbudsportalen: Partnerskabsmodel - Hvad er et partnerskab?/Drift og "Eksempelsamling - generel vejledning - offentlig", eksempel 42

<sup>74</sup> Lomas og Broomhall 1993; 222-223 og Tvarnø 2005; 2

<sup>75</sup> I praksis er det ligebehandlingsprincippet som påberåbes og ikke princippet om ikke-forskelsbehandling. Begrebsmæssigt er der ikke nogen reel forskel på at behandle økonomiske aktører lige og ikke at forskelsbehandle disse. Steinicke og Groesmeyer 2008; 353

<sup>76</sup> Poulsen m.fl. 2011; 50

<sup>77</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 352

direktiv i sagen, direktiv 71/305/EØF om bygge- og anlægskontrakter, men Domstolen slog fast, at forpligtelsen til at overholde dette fulgte af selve hovedformålet med direktivet; at udvikle en effektiv konkurrence.<sup>78</sup> Ligebehandlingsprincippet har således til formål at sikre et indre marked for offentlige indkøb og en effektiv konkurrence. Ligebehandlingsprincippet anvendes ved fortolkning af udbudsdirektivet og ved udfyldning og supplerung af dette. Ligebehandlingsprincippet finder anvendelse både før, under og efter en udbudsprocedure.<sup>79</sup>

I forhold til partnering har Klagenævnet konstateret i deres kendelse af 21. april 2009, *Hoffmann A/S mod Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo*, at udbudsdirektivet ikke indeholder særlige regler om partnering, men det følger dog af ligebehandlingsprincippet, at der ikke må ske forhandlinger om grundlæggende elementer i kontrakten, navnlig prisen, i udbudsfasen ligesom ligebehandlingsprincippet også finder anvendelse efter kontraktindgåelse.

### **2.2.2 Gennemsigtighedsprincippet**

Gennemsigtighedsprincippetets primære formål er at støtte anvendelse af ligebehandlingsprincippet, da gennemsigtighed giver mulighed for at sikre overholdelse af ligebehandling og ikke-forskelsbehandling. Gennemsigtighedsprincippet betyder, at der stilles krav om, at kontraktindgåelsen skal være gennemskelig, og at der på alle stadier af kontraktindgåelse er en passende grad af offentlighed samt at udbudsproceduren er forudsigelig.<sup>80</sup> Gennemsigtighedsprincippet er kommet til udtryk i udbudsdirektivet gennem en række formelle regler, der skal sikre, at udbudsprocessen forløber på en gennemsigtig måde.<sup>81</sup>

### **2.2.3 Forhandlingsforbuddet<sup>82</sup>**

Forhandlingsforbuddet fremgår ikke eksplicit af udbudsdirektivet, men er afledt af ligebehandlingsprincippet og kan desuden udledes af retspraksis.<sup>83</sup> Rådet og Kommissionen

---

<sup>78</sup> C-243/89, præmis 33

<sup>79</sup> Poulsen m.fl. 2011; 50-51 og 54. Se hertil afsnit 4.2.2

<sup>80</sup> Poulsen m.fl. 2011; 54-56

<sup>81</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 467-469

<sup>82</sup> Om forhandlingsforbuddets betydning inden partneringaftalens indgåelse se bl.a. Tvarnø 2010a.

<sup>83</sup> Treumer 2000; 139

har i en fælleserklæring udtalt sig om udstrækningen og fortolkningen af forhandlingsforbuddet.

*"Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt 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 eller 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."*<sup>84</sup>

Fælleserklæringen tilhører ikke-bindende retsakter, soft law. Den retlige værdi af fælleserklæringen er uklar, men der er dog indikationer for, at der ikke kan ses bort fra fælleserklæringen.<sup>85</sup> Domstolen har fortolket forhandlingsforbuddet i overensstemmelse med fælleserklæringen og denne lægges normalt til grund som et udtryk for retstilstand på området. Dette ses bl.a. i sag C-87/94 Kommissionen mod Belgien, hvor fælleserklæringen blev tillagt retsvirkning, da Domstolen bl.a. baserede deres afgørelse på erklæringen.<sup>86</sup> Forhandlingsforbuddet tager sigte på at sikre, at konkurrencen i forbindelse med en udbudsprocedure ikke fordrejes, og det beskytter derfor ansøgere og bydende og gælder således tiden inden tildeling af kontrakten.<sup>87</sup> Det fremgår af fælleserklæringen, at der ikke må forhandles om grundlæggende elementer. Hvad der forstås herved er vanskeligt at definere, men et udgangspunkt kan være, at et element er grundlæggende, hvis det ikke kan udelukkes fra opgaven, uden at denne væsentlig ændres eller umuliggøres. Det er desuden af afgørende betydning om det pågældende element har haft indvirkning på vurderingen af tilbuddene, og herved for konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Det må bero på en konkret vurdering om et element er grundlæggende eller ej, men prisen vil altid være et sådant. Domstolen har i sin praksis anvendt forskellige udtryk om grundlæggende elementer, fx væsentlige og afgørende, men indholdsmæssigt anses disse for det samme.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> EFT 1994 L 111/114. En erklæring med samme indhold blev afgivet i 1989 som bilag til direktiv 89/440 om ændring af direktiv 71/305 (bygge- og anlægsdirektivet). Denne erklæring blev optrykt i EFT. L210/22 af 18. juli 1989.

<sup>85</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 356

<sup>86</sup> Treumer 2000; 146-148. ag C-87/94, præmis 8

<sup>87</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 778. Det må antages, at adgangen til at foretage ændringer umiddelbart efter kontrakttildelingen vil antage karakter af forsøg på omgåelse af forhandlingsforbuddet. Forhandlingsforbuddet gælder i nogen tid efter kontraktindgåelsen.

<sup>88</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 363-364

### 2.3 Rammeaftaler

Definitionen for rammeaftaler og udbudsdirektivet art. 32 om rammeaftaler analyseres nu. Herefter analyseres kravene til udbudsmaterialet for en rammeaftale. Dette gøres for at senere at kunne sætte dette i relation til partnering i afsnit 4.1 og 4.2.

Inden indførelse af udbudsdirektivet (direktiv 2004/18) var anvendelse af rammeaftaler for offentlige indkøb ikke lovreguleret. Det var dog fast antaget, at rammeaftaler kunne anvendes. Betingelsen herfor var, at alle væsentlige vilkår skulle være fastlagt i rammeaftalen, og at der ikke kunne indgås rammeaftale med flere virksomheder om samme indkøb.<sup>89</sup> Dette blev ændret med udbudsdirektivet fra 2004 ved indførelsen af bestemmelser om rammeaftaler. Det er op til den enkelte medlemsstat at bestemme om de vil give ordregivende myndigheder mulighed for at anvende rammeaftaler jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 1.<sup>90</sup> Denne valgmulighed gives af hensyn til de forskellige forhold i medlemsstaterne jf. udbudsdirektivets præambel, 16. betragtning. Danmark har valgt at gøre brug af denne mulighed jf. bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011, § 4, stk. 1.

Udbudsdirektivet art. 32 angiver de nærmere krav til rammeaftaler. Bestemmelsen indeholder betingelser for rammeaftaler med hhv. en eller flere økonomiske aktører. Betingelser for indgåelsen af en rammeaftale med flere økonomiske aktører vil som tidligere nævnt ikke blive behandlet. Udbudsdirektivet art. 32 sonder endvidere mellem rammeaftaler med og uden alle vilkår fastlagt. Er alle vilkår fastlagt kaldes dette *rammekontrakter*. Er alle vilkår ikke fastlagt eller fastsat på en måde, hvor de ikke er bindende kaldes dette *rammeaftaler in stricto sensu*.<sup>91</sup>

#### 2.3.1 Definition af rammeaftaler

Rammeaftaler bliver i udbudsdirektivet art. 1, stk. 5 defineret som "en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder."<sup>92</sup> Formålet med rammeaftalen er således at

---

<sup>89</sup> Ibid; 890 og Explanatory Note, afsnit 1.1

<sup>90</sup> Det er dog stadig muligt for ordregivere at anvende rammeaftaler som på det tidligere på ulovbestemt grundlag. Steinicke og Groesmeyer 2008; 889

<sup>91</sup> Terminologien anvendes i Explanatory Note, afsnit 1.1.

<sup>92</sup> Det oprindelige direktivforslag til direktiv 2004/18/EF indeholdt en definition, hvor der alene kunne indgås rammeaftaler med flere økonomiske aktører, da denne lød " Ved "rammeaftale" forstås en aftale indgået mellem



fastsætte vilkårene for de kontrakter, som indgås på baggrund af rammeaftalen i en given periode. En rammeaftale udgør ikke i sig selv en kontrakt om levering af en bestemt ydelse på et bestemt tidspunkt og i et bestemt omfang. Der er ved rammeaftaler derfor til forskel for offentlige kontrakter ikke indgået en retlig forpligtende aftale mellem den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør om en konkret leverance.<sup>93</sup> Ordregiveren er som udgangspunkt ikke forpligtet til at benytte rammeaftalen, men denne kan forpligtige sig til at anvende aftalen gennem en aftale om købspligt eller eksklusivitet.<sup>94</sup> I dette tilfælde er der ikke tale om en forpligtelse i forhold til en konkret leverance, hvorfor definitionen af rammeaftaler opfyldes.<sup>95</sup>

Når et konkret behov opstår, har ordregiveren mulighed for at afgive en bestilling til den økonomiske aktør. Denne er som udgangspunkt forpligtet i hele kontraktperioden til at imødekomme behov fra ordregiveren på de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, medmindre andet er aftalt mellem parterne. Fordelene ved en rammeaftale er, at den ordregivende myndighed ikke på forhånd skal kvantificere sine forventede køb.<sup>96</sup> Med en rammeaftale undgår ordregiveren derfor at holde en udbudsrunde hver gang denne ønsker at indkøbe en bestemt ydelse. Den ordregivende myndighed sparer herved tid og omkostninger ved at udføre en udbudsprocedure, og omkostninger ved at forhandle hver gang de skal have en konkret levering. Rammeaftalen medfører endvidere leveringssikkerhed og den kan skabe omkostningsbesparelse som følge af aggregering af indkøbene.<sup>97</sup>

### **2.3.2 Udbudsdirektivet artikel 32**

Den ordregivende myndighed skal følge udbudsdirektivets normale udbudsprocedure indtil tildeling af de kontrakter, som er baseret på rammeaftalen jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 2.

---

flere økonomiske aktører og en ordregivende myndighed...” KOM(2000)275endelig artikel 1, stk. 7, s. 44. Tildelingen af kontrakten skulle her ske på baggrund af en ny udbudssituation jf. KOM(2000)275endelig artikel 32, s. 57. Definitionen af rammeaftaler, hvor disse kan indgås mellem en eller flere økonomiske og en eller flere ordregivende myndigheder, optræder første gang i Europa-Parlamentets 1. betænkning af 29. oktober 2001, ændringsforslag 24. Dette blev accepteret af Kommissionens ændringsforslag i KOM(2002) 236 endelig.

<sup>93</sup> Det er national ret som skal afgøre, hvorvidt der foreligger en bindende aftale eller ej. Explanatory, afsnit 1.1

<sup>94</sup> Steinicke og Groesmeier 2008; 247

<sup>95</sup> Poulsen m.fl. 2011; 240 og Explanatory Note, afsnit 1.1. Udbudsdirektivet sætter ikke nogle grænser for om en rammeaftale binder den ordregivende myndighed, den økonomiske aktør eller begge. Medlemsstaterne kan således frit vælge mellem disse muligheder. Se Arrowsmith 2005; 696

<sup>96</sup> Poulsen m.fl. 2011; 240 og 398

<sup>97</sup> Arrowsmith 2005; 669 og Arrowsmith 1999; 115.

En rammeaftale skal derfor offentliggøres og udbydes på samme vis som offentlige kontrakter. Kravene til udbudsmaterialet i forbindelse med udbud af en rammeaftale behandles nedenfor i afsnit 2.3.4. Valget af parter til rammeaftalen sker efter udbudsdirektivet art. 32, stk. 2 på baggrund af tildelingskriterierne i art. 53. laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Efter tildelingen af rammeaftalen opstiller udbudsdirektivet art. 32 procedurer, som skal følges ved indgåelse af hver kontrakt, der er baseret på en rammeaftale. Disse procedurer finder kun anvendelse mellem de oprindelige parter i rammeaftalen.<sup>98</sup> De indgåede kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, må under ingen omstændigheder indeholde væsentlige ændringer i vilkårene i forhold til rammeaftalen jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, 3. led. Dette er navnlig tilfældet, hvor rammeaftalen indgås med en økonomisk aktør.

Ved indgåelsen af en rammeaftale lukkes konkurrencen om ydelsen af for andre økonomiske aktører end de medtagne i rammeaftalen.<sup>99</sup> For at hindre at konkurrencen hindres og begrænses indeholder udbudsdirektivet art. 32, stk. 2 bestemmelser, der sigter på at minimere dette fx ved at fastsætte en tidsbegrænsning på 4 år for rammeaftaler. Rammeaftalens varighed kan dog være længere, hvor dette er begrundet i rammeaftalens formål jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 3.

Udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, sidste led opstiller eksplicit et forbud mod, at ordregivende myndigheder misbruger rammeaftaler eller anvender dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes.

### **2.3.3 Rammeaftale med en økonomisk aktør**

Der fokuseres alene på rammeaftaler med en økonomisk aktør, da det er ressourcekrævende at skabe et partneringsforhold, hvorfor en ordregiver typisk udvælger en fast partner at indgå dette med.<sup>100</sup>

Når der indgås en rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør skal den konkrete kontrakt indgås på baggrund af vilkårene fastsat i rammeaftalen jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 3. En

---

<sup>98</sup> Arrowsmith 2005; 701 og 708

<sup>99</sup> Explanatory Note, afsnit 2.1

<sup>100</sup> Scheuing 1994; 14-15

rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør kan aktiveres med det samme, hvorfor der kan foretages bestillinger direkte hos den økonomiske aktør, der er en del af aftalen. Det er ikke et krav, at alle vilkår er fastsat i rammeaftalen. Dette fremgår af sidste led i udbudsdirektivet art. 32, stk. 3, hvorefter den ordregivende myndighed skriftligt kan konsultere den økonomiske aktør eller bede denne om at komplettere sit tilbud om nødvendigt. Dette må dog ikke føre til væsentlige ændringer.<sup>101</sup> Ved rammeaftaler med flere økonomiske aktører kan der ske en præcisering af rammeaftalens vilkår og fastsættes andre vilkår jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 4, 2. led. Ud fra dette kan det konkluderes, at vilkårsfastsættelsen i højere grad skal være fuldstændig ved rammeaftaler med én økonomisk aktør end med flere. Det fremgår desuden af udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, 4. led., at der ved kontraktindgåelsen ikke må foretages væsentlige ændringer i aftalevilkårene, navnlig ikke, hvor der er indgået rammeaftale med en økonomisk aktør. Denne indskrænkning må skyldes, at konkurrencen er endelig afgjort og der må derfor ikke ske en forrykning af resultatet.<sup>102</sup> Det må derfor antages, at en rammeaftale med en økonomisk aktør skal indeholde alle væsentlige vilkår således, at økonomiske aktører har mulighed for at vurdere kontrakten. Gennemsigtighedsprincippet tilsiger endvidere, at det skal fremgå af rammeaftalen om der vil ske en komplettering ved indgåelse af de enkelte kontrakter og på hvilke punkter dette vil ske.<sup>103</sup>

Den aftaleretlige proces ved tildeling af en rammeaftale med en økonomiske aktør kan opstilles således.

Opfordring til tilbud → tilbud → tildelingen af rammeaftale til en økonomisk aktør → tildelingen af kontrakt på baggrund af rammeaftalen

### **2.3.4 Alle væsentlige vilkår**

Udbudsdirektivet indeholder ingen særlige krav til udarbejdelse af udbudsmaterialet ved udbud af en rammeaftale. En rammeaftale med en økonomisk aktør skal dog fastsætte alle væsentlige vilkår ligesom ved offentlige kontrakter, hvorfor kravene til rammeaftaler må skulle udfærdiges med samme grad af fuldstændighed som ved offentlige kontrakter.<sup>104</sup> Dette understøttes desuden af, at indgåelsen af en rammeaftale skal følge procedurerne i

---

<sup>101</sup> Explanatory Note, afs. 3.1 og 3.3

<sup>102</sup> Steinicke og Groesmeier 2008; 911-912 og Arrowsmith 2005; 711

<sup>103</sup> Steinicke og Groesmeier 2008; 911-912 og Poulsen m.fl. 2011; 399

<sup>104</sup> Arrowsmith 2005; 709 og Poulsen m.fl. 2011; 398

udbudsdirektivet frem til tildeling af de kontrakter, der er baseret på rammeaftalen jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 2. Gennemsigtighedsprincippet stiller krav om, at betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsmaterialet, således at det på den ene side gøres muligt for alle tilbudsgivere at forstå betingelsernes rækkevidde og fortolke dem ens, og der på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at vurdere om de afgivne tilbud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt.<sup>105</sup> Meget løse og bredt definerede beskrivelser af kontraktgenstanden vil derfor ikke være i overensstemmelse med udbudsdirektivet.<sup>106</sup>

Ordregivende myndigheder kan efter udbudsdirektivet enten beskrive kravene til det ønskede indkøb ved hjælp af tekniske specifikationer og standarder, der opstiller specifikke krav til indkøbets egenskaber eller ved angivelsen af krav til funktionsdygtigheden eller funktionelle krav (funktionskrav). Det er desuden muligt at anvende en kombination heraf.<sup>107</sup> Beskrives kontraktens genstand ved angivelse af funktionskrav, fokuseres der på indkøbets output frem for detaljerne ved det. Det overlades til den private part at fastlægge, hvordan det ønskede resultat skal nås.<sup>108</sup>

#### **2.4 Sammenfatning**

Partnering er en fleksibel samarbejdsform, der ikke opstiller detaljerede vilkår, men derimod en ramme med bredt definerede målsætninger. Parterne forpligter sig til i fællesskab at realisere de fælles målsætninger ved løbende og systematisk konkretisering igennem projektet. Når rammeaftaler indgås skal udbudsdirektivets procedure og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overholdes. Dette betyder bl.a., at parterne ikke kan forhandle om grundlæggende elementer inden rammeaftalens indgåelse, og at de er forpligtet til at specificere alle væsentlige vilkår i rammeaftalen, herunder kravene til det udbudte. Der er derfor en modstrid mellem indgåelsen af en partneringaftalen og en rammeaftale. Muligheden for at tilpasse de kontrakter, der indgås på baggrund af en rammeaftale er derfor vigtig.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> C-496/99 P, Cas Succhi di Frutta, præmis 111

<sup>106</sup> Nielsen 2010; 196

<sup>107</sup> Udbudsdirektivet art. 23

<sup>108</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 706 og Poulsen m.fl. 2011; 277

<sup>109</sup> Dette analyseres i afsnit 4.2.

### 3. KAPITEL

Dette kapitel vil belyse for hvilken type indkøb i en rammeaftale, det vil være relevant at anvende partnering. Williamsons transaktionsomkostningsteori om efficiente reguleringsrammer inddrages til at forklare dette. De forskellige reguleringsrammer med tilhørende kontraktformer forklares nedenfor. Dette gøres for at sætte disse i relation til partnering, hvorefter det ud fra Williamsons model analyseres for hvilken type indkøb partnering er relevant. Der sondres her mellem rammeaftaler indeholdende simple eller komplekse indkøb, kaldet hhv. simple og kompleks rammeaftaler.

#### 3.1 Partnering i rammeaftaler – hvornår er det relevant

Williamsons model, som ses nedenfor i figur 1 illustrerer, hvilken reguleringsramme, der er efficient under antagelsen om et konstant usikkerhedsniveau. Investeringskarakteristika refererer til graden af aktivspecifitet for sælgerens investeringer. Aktivspecifitet refererer til den udstrækning, hvorved et aktiv har lavere værdi i alternative anvendelser eller hos alternative brugere. Er et aktiv ikke specifikt mister det ikke sin værdi ved alternativ anvendelse. Fuldkomment specifikke eller idiosynkratiske aktiver er uden værdi i anden anvendelse.<sup>110</sup> Dette betyder, at kvasi-renten og risikoen for hold-up er stor. Kvasi-renten refererer til den værdiforskel, der er ved anvendelsen af et aktiv i henholdsvis den bedste og næstebedste anvendelse. Parterne i en transaktion vil hver især forsøge at tilegne sig kvasi-renten, hvilket kan føre til opportunistisk adfærd, forhandlingsproblemer og reducerede incitamentter til at investere i aktivet. Hold-up består i, at den agent, der handles med, truer med at bryde kontrakten eller udføre en dårlig præstation, såfremt denne ikke får en større bid af kagen.<sup>111</sup> Hold-up-problemet vil typisk føre til højere transaktionsomkostninger, da modparten vil gøre forhandlinger sværere samtidig med den vil kræve hyppigere genforhandlinger.

Frekvensen refererer til køberens aktivitet på markedet.<sup>112</sup> Når der indkøbes gennem en rammeaftale må det antages, at dette gøres flere gange inden for rammeaftalens gyldighedsperiode, hvorfor frekvensen kan anses for at være hyppig. Såfremt indkøbene lå

---

<sup>110</sup> Lippert-R. og Mols; 14-16

<sup>111</sup> Knudsen 1997; 216 og Sornn-Friese 2007; 109

<sup>112</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 25-26

under "sjældne" ville der formodentlig ikke blive indgået en rammeaftale, da der her ikke vil være tale om et tilbagevendende behov.

**Figur 1**

		Investeringskarakteristika		
		Ikke-specifik	Blandet	Idiosynkratisk
Frekvens	Sjældne	Markedet	Hybriden Neoklassiske kontrakter	Hierarkiet Intern organisering
	Hjppige	Klassiske kontrakter	Hybriden Relationelle kontrakter	

Kilde: Williamson 1985; 79

### 3.1.1 *Reguleringsrammer*

#### 3.1.1.1 *Markedet som efficient reguleringsramme*

Markedet er den efficiente reguleringsramme ved transaktioner, der ikke kræver en aktivspecifik investering. Da der ikke foreligger aktivspecifitet er parterne ikke afhængige af hinanden og andre virksomheder kan også levere ydelsen, hvorfor leverandøren let kan udskiftes. Leverandøren har derfor intet incitament til at snyde, da dette hurtigt vil opdages og opportunistiske leverandører derfor hurtigt vil stå uden nogen at handle med. Dette betyder, at ordregiveren er beskyttet mod opportunistisk adfærd. Prisen fastsættes efter udbud og efterspørgsel på markedet, hvilket sikrer, at den billigste løsning opnås.<sup>113</sup>

#### 3.1.1.2 *Hierarkiet som efficient reguleringsramme*

Hierarkiet er den efficiente reguleringsramme, når den krævede investering er idiosynkratisk, dvs. aktivspecifiteten er fuldstændig. Da investeringen er idiosynkratisk er det forbundet med høje omkostninger at udskifte leverandøren, hvorfor det anbefales at internalisere

<sup>113</sup> Ibid.; 26 og Williamson 1985; 74

indkøbet for virksomheden.<sup>114</sup> Når opgaven udføres inden for den samme virksomhed, kan dette sammenlignes med situationen, hvor en ordregivende myndighed udfører en opgave in-house, hvilket ikke er omfattet af udbudspligt.<sup>115</sup> Hierarkiet behandles derfor ikke yderligere.

### 3.1.1.3 *Hybriden som efficient reguleringsramme*

Hybriden er et generelt begreb, der dækker over mellemformer mellem markedet og hierarkiet, herunder underleverandørrelationer, joint ventures, franchising og partneringarrangementer. Karakteristisk for hybriden er, at den indeholder oftest relativt langsigtede kontraktrelationer med indbyggede sikkerhedsforanstaltninger. Hybriden kombinerer elementer fra såvel den markeds- og virksomhedsbaserede regulering og indeholder derfor fordelene ved de to reguleringsrammer, dog ikke samme stærke form.<sup>116</sup> Hvis det er nødvendigt med tilpasninger af den eksisterende kontrakt, kan der i denne forbindelse opstå et dilemma: parterne i hybriden har incitament til at blive i forholdet, da der er investeret i blandet specifikke aktiver. Men da begge parter stadig er autonome enheder, må det forventes, at de har forskellige målsætninger og det kan derfor ikke forventes, at de vil acceptere enhver tilpasning af kontrakten, såfremt dette bliver nødvendigt. Det forventes, at der vil opstå omstændigheder, som parterne ikke kan tage højde for, da aftalen er af kompleks og længerevarende karakter. Det kan endvidere være meget omkostningstungt at definere alle omstændigheder ex ante. Det er derfor nødvendigt at finde en kontraktform, der kan håndtere disse ændringer. Williamson fremsætter derfor relationelle kontrakter til støtte for hybriden.<sup>117</sup>

### 3.1.2 *Kontraktformer*

Ifølge Williamson må de efficiente reguleringsrammer støtte sig til forskellige kontraktformer.<sup>118</sup> Klassiske kontrakter og relationelle kontrakter tilknyttet hhv. markedet og hybriden gennemgås nedenfor for at bestemme hvilken form for kontrakt, der er forenelig med partneringaftalens karakter.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Poulsen m.fl. 2011; 106

<sup>116</sup> Sornn-Friese 2007; 101

<sup>117</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 27-28

<sup>118</sup> De tre oprindelige kontraktformer i Williamsons teori, og som anvendes i denne afhandling, er 1)Klassiske kontrakter 2)Neoklassiske kontrakter og 3)Relationelle kontrakter. I 1991 introducerede Williamson endvidere 4)"overbærenhed", der ikke er en egentlig kontraktform, men snarere en beskrivelse af det "retssystem" man finder inden for virksomheder. Samtidigt hermed gled relationelle kontrakter ud og blevet erstattet af 1) og 4). Se Lippert-R. og Mols 1993; 23-24

<sup>119</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 27-28

### 3.1.2.1 *Klassiske kontrakter*

Hvor markedet er den mest effiente reguleringsramme bør en klassisk kontrakt anvendes. Karakteristisk for disse kontrakter er, at de er nøje specificerede og identiteten af de to handlende parter er underordnet. Den klassiske kontrakt kan ses som et forsøg på at udforme en komplet kontrakt, hvor der tages hensyn til alle fremtidige hændelser. Opstår der behov for ændringer tages der udgangspunkt i den eksisterende kontrakt og parterne forhandler i et forsøg på at blive enige. Der er altså ikke tale om adaptiv og sekventiel beslutningsgang, hvilket kan gøre behovet for tilpasningen af kontrakten vanskeligt og omkostningskrævende.<sup>120</sup> Offentlige kontrakter og rammeaftaler, der grundigt specificerer ydelsen og de to parters forpligtelser, kan anses som klassiske kontrakter.<sup>121</sup>

### 3.1.2.2 *Relationelle kontrakter*

Kontraktformen tilhørende hybriden, hvor frekvensen er hyppig, er relationelle kontrakter. Relationelle kontrakter er beregnet til de tilfælde, hvor kontinuiteten i relationen er vigtig for de to parter. Ved relationelle kontrakter tages der ved forhandling ikke udgangspunkt i den oprindelige kontraktformulering, men derimod selve relationen mellem parterne.<sup>122</sup> Den relationelle kontrakt forsøger ikke at specificere alle fremtidige hændelser, men opstiller derimod en ramme, der kan tage højde for ny information som den opstår i løbet af kontraktperioden.<sup>123</sup> Partneringaftalen indeholder flere af de samme elementer som relationelle kontrakter og kan derfor anskues som en sådan. En partneringaftale specificerer ikke alle rettigheder og pligter, men opstiller derimod fælles målsætninger for parterne og samarbejdet mellem disse. Partneringaftalen ændres heller ikke ved forhandling, men den danner derimod grundlag for hele forhandlingssituationen jf. afsnit 2.1.2.

### 3.1.3 *Reguleringsramme til rammeaftaler*

Det er netop fastslået, at relationelle kontrakter som anvendes ved hybriden har den største lighed med en partneringaftale. Hybriden er da også et generelt begreb, der dækker over mellemformer mellem markedet og hierarkiet, herunder partneringarrangementer. Det

---

<sup>120</sup> Ibid.; 11 og 23 og Williamson 1985; 69-70

<sup>121</sup> Er der tale om mere komplekse indkøb vil offentlige kontrakter oftest indeholde ændringsklausuler, der sikrer, at der kan foretages visse ændringer. Dette gør, at disse snarere kan klassificeres som neoklassiske kontrakter jf. Lippert-R. og Mols 1993; 24

<sup>122</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 24

<sup>123</sup> Williamson 1985; 71-72



bestemmes nu ud fra Williamsons model i figur 1 ved hvilken type rammeaftaler, det er relevant at anvende partnering. Der sondres mellem simple og komplekse rammeaftaler

### 3.1.3.1 *Efficient reguleringsramme til simple rammeaftaler*

Mange rammeaftaler indeholder oftest simple standardiserede indkøb såsom rengøringsmidler, kopipapirer og kontorartikler. Sættes simple indkøb i rammeaftaler i relation til Williamsons model kan frekvensen anses for at ligge i feltet ”hyppige”. Ved de simple indkøb behøver den private part ikke at foretage store investeringer for at tilpasse ordregiverens forhold, hvorfor investeringen er ikke-specifik og parterne ikke afhængige af hinanden.<sup>124</sup> Ud fra Williamsons model er den efficiente reguleringsramme markedet. Dette er tegnet ind i figur 2 nedenfor.

Der skabes dog en form for relation, når en ordregivende myndighed og en privat part indgår en rammeaftale, da den private part forpligter sig over for ordregiveren til at levere over en periode. Da vilkårene i en rammeaftale er fastsat især i forhold til pris, vil den private part i rammeaftalen, være underlagt de samme vilkår igennem hele rammeaftalens periode.

### 3.1.3.2 *Efficient reguleringsramme til komplekse rammeaftaler*

Det er endvidere muligt at indgå rammeaftaler for komplekse indkøb. Disse skal derfor oftest tilpasses den enkelte ordregivers behov. Det er derfor nødvendigt at foretage en aktivspecifik investering. Det antages ved de komplekse indkøb under rammeaftaler, at investeringen ikke er idiosynkratisk, men blandet specifik således, at aktiverne ikke er helt uden værdi i andre indkøb. Dette antages, da den ordregivende myndighed selv indgår flere kontrakter inden for en rammeaftale. Det må derfor til en vis grad være muligt at udnytte investeringen på flere forskellige områder, hvorfor investeringen ikke er idiosynkratisk.

Frekvensen antages at være hyppig, når ordregiver har valgt at indgå en rammeaftale. Med ”blandet” og ”hyppige” for hhv. investeringskarakteristika og frekvens kan det fastslås ud fra Williamsons teori, at den efficiente reguleringsramme er ”hybriden”. Dette ses i modellen nedenfor i figur 2. Hybriden er derfor mest efficiente, når der indgås en rammeaftale af kompleks karakter. Partnering bør derfor ud fra Williamsons teori alene anvendes i en rammeaftale, såfremt denne er afkompleks karakter. Relationelle kontrakter, som er

---

<sup>124</sup> Det kan dog argumenteres for, at der sker en vis form for aktivspecifitet, hvor der indkøbes så store mængder ved leverandøren, at denne er nød til at foretage investering for at imødekomme denne efterspørgsel, og ikke umiddelbart kan afsætte disse mængder til anden side. Dette betegnes af Williamson som dedikerede investeringer. Lippert-R. og Mols 1993; 18

kontraktformen tilknyttet hybriden, har også mange fællestræk med partneringaftalen. Nedenfor gives nogle eksempler på komplekse rammeaftaler, hvor anvendelsen af partnering er relevant.

**Figur 2**

		Investeringskarakteristika		
		Ikke-specifik	Blandet	Idiosynkratisk
Frekvens	Sjældne	Markedet	Hybriden Neoklassiske kontrakter	Hierarkiet Intern organisering
	Hyppe	Klassiske kontrakter Simpel rammeaftale	Kompleks rammeaftale Hybriden - Relationelle kontrakter	

### 3.1.3.3 Eksempler på komplekse rammeaftaler

Rammeaftaler sikrer modsat offentlige kontrakter, at parterne kan samarbejde om flere opgaver af kompleks karakter. Et eksempel herpå er en rammeaftale med en entreprenør om en række ensartede byggerier.<sup>125</sup> Et andet eksempel er en rammeaftale med en asfaltentreprenør om vedligeholdelse af vejnet. Rammeaftalen kan her sikre ordregiveren en fleksibilitet, da de kan anvende asfaltentreprenøren til at udføre akutte genopretnings- og reparationsarbejder uden afholdelse af udbud først.

Indgåelsen af en rammeaftale kan i begge eksempler gøre det muligt for parterne i fællesskab at planlægge arbejdet på en sådan måde, at der sker en bedre udnyttelse af deres ressourcer.<sup>126</sup> Rammeaftalen kan danne grundlag for deres samarbejde om flere opgaver, og ordregiveren og entreprenøren kan høste fordele ved deres fælles erfaringer. Begge eksempler kan anses for

<sup>125</sup> Vejledning i partnering 2006; 35. Dette kaldes af nogen for strategisk partnering, da parternes samarbejde udvides fra et projekt til flere. Rawlinson og Langdon 2007

<sup>126</sup> Overvad m.fl. 2005; 26-27

komplekse, da der opstår en vis aktivspecifitet. Der opstår menneskelig specificitet, da entreprenørerne anvender tid på at lære ordregiverens særlige behov at kende samt evt. tekniske ønsker.<sup>127</sup> Det kan endvidere tænkes, at entreprenøren er nødt til at investere maskiner og udstyr for at opfylde ordregiverens behov, hvorfor der opstår fysisk aktivspecifitet.

De enkelte kontrakter, der er baseret på rammeaftalen, skal kunne rummes i rammeaftalen. Dette kan vanskeliggøre hele tildelingsfasen for en rammeaftale i forhold til en offentlig kontrakt vedrørende et projekt/opgave.<sup>128</sup> Ændringsmulighederne ved indgåelse af den enkelte kontrakt under rammeaftalen er derfor vigtig, hvorfor mulighederne herfor analyseres i afsnit 4.2. Det er vigtigt for den private part, at denne er sikker på at opnå ordre, hvis denne skal foretage de nødvendige blandet aktivspecifikke investeringer som en kompleks rammeaftale kræver. Forpligtende rammeaftaler, hvor ordregiveren bindes af aftalen, ses derfor anvendt, hvor parterne ønsker et partneringsforhold.<sup>129</sup>

### **3.2 Delkonklusion**

Ud fra Williamsons teori kan det fastslås, at den mest efficiente reguleringsramme er hybrid, hvor der indgås rammeaftaler med kompleks indhold. Er rammeaftalen af simpel karakter vil markedet derimod være den bedste reguleringsramme. Et partneringsarrangement kan desuden karakteriseres som en hybrid, hvilket betyder, at partnering vil være relevant, hvor der indgås en rammeaftale af kompleks karakter. Kontraktregimet tilknyttet hybriden er relationelle kontrakter, som har mange fælles træk med partneringsaftalen. Dette understøtter endvidere, at det kun er relevant at anvende partnering, når der foreligger en vis form for aktivspecifitet. Fordelene ved at anvende partnering i en rammeaftale vil blive belyst nedenfor i afsnit 6.2.4.

---

<sup>127</sup> Sornn-Friese 2007; 110-112 samt Lippert-R. og Mols 1993; 18-20

<sup>128</sup> Rawlinson og Langdon 2007; 67

<sup>129</sup> Arrowsmith 1999; 118-119

## 4. KAPITEL

Nærværende kapitel vil analysere muligheden for at anvende partnering i EU-rammeaftaler. Ved udbud af en rammeaftale skal ordregiveren have fastsat alle væsentlige vilkår i rammeaftalen. Muligheden for at ændre i rammeaftalen er derfor vigtig og omfanget herfor analyseres nedenfor i afsnit 4.2. En rammeaftale kan sikre, at samarbejdet med en ordregivende myndighed og en økonomisk aktør kan strække sig over en længere periode. Rammeaftaler må dog som udgangspunkt maksimalt vare fire år med undtagelsesvis mulighed for forlængelse. Dette sætter en begrænsning for muligheden for at indgå i et fuldt partneringarrangement uden tidsbegrænsning. Det analyseres derfor, hvorvidt partnering kan begrunde en mulig forlængelse af rammeaftalen.

### 4.1 Rammeaftalens varighed

Efter udbudsdirektivets art. 32 stk. 2, 4. led må rammeaftaler som udgangspunkt *højst gælde for en periode på fire år, undtagen i særlige tilfælde, som er behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens formål.*<sup>130</sup> Begrundelsen for tidsbegrænsningen er at sikre, at der skabes konkurrence om udbuddet af rammeaftalen med passende mellemrum. Bestemmelsen tager alene sigte på varigheden af en rammeaftale og ikke de kontrakter, som tildeles på grundlag af rammeaftalen. Der kan indgås kontrakter på baggrund af rammeaftalen i hele denne periode, også selvom disse aftaler først ophører efter rammeaftalens udløb.<sup>131</sup> Der fokuseres i denne afhandling på varigheden for rammeaftaler og ikke på de kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen.

#### 4.1.1 Rammeaftalens formål

Som nævnt ovenfor er det navnlig rammeaftalens formål, som kan begrunde en periode ud over fire år. I den engelske, tyske og franske sprogversion af udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) kan en udvidelse i forhold til de fire år navnlig begrundes i henholdsvis rammeaftalens "*subject*", "*gegenstand*" og "*l'objet*". Tilsvarende udtryk anvendes flere steder i

---

<sup>130</sup> I Kommissionens oprindelig forslag til udbudsdirektivet, KOM(2002)275final, kunne rammeaftaler maksimalt have en varighed på tre år, eller i særlige behørigt begrundede tilfælde fem år. Dette blev ændret til fire år uden forklaring i Rådets fælles holdning (EF) nr. 33/2003 af 20. marts 2003, hvilket accepteres af Kommissionen i SEK(2003)366final af 25. marts 2003 og ikke kommenteres af Europa-Parlamentet.

<sup>131</sup> Eventuelle optioner på forlængelse af rammeaftalen skal indeholdes i perioden på fire år. Steinicke og Groesmeyer 2008; 902-905

disse sprogversioner af udbudsdirektivet, hvor den danske sprogversion anvender "*kontraktens genstand*". Dette er fx tilfældet i art. 23, stk. 8, hvor den danske sprogversion foreskriver, at tekniske specifikationer ikke må angives med et bestemt mærke m.m., medmindre dette er berettiget i *kontraktens genstand*.<sup>132</sup> I den engelske, tyske og franske udgave kan en sådan angivelse berettiges i "*subject-matter of the contract*", "*Auftragsgegenstand*" og "*l'objet du marché*", som alle refererer til kontraktens genstand. Den svenske sprogversion anvender "*föremålet*" i såvel udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, art. 23, stk. 8 og øvrige steder i udbudsdirektivet, hvor den danske sprogversion anvender "kontraktens genstand." Ud fra en sammenligning af forskellige sprogversioner af udbudsdirektivet art. 32 må det antages, at der ved angivelsen af rammeaftalens *formål* tages sigte på rammeaftalens *genstand* i bredere forstand.

#### **4.1.2 Rammeaftalens genstand**

En situation, hvor en længere periode end fire år er tilstrækkelig begrundet kan fx være, hvis rammeaftalen indeholder et indkøb, der forudsætter en investering, som kræver en afskrivningsperiode på over fire år. Et andet eksempel er, hvis rammeaftalen vedrører et specialprodukt, der kræver en særlig udviklingsindsats. Her vil leveranceperioden være blevet forkortet på grund af den tid, som går til udvikling af specialproduktet, hvorfor en længere periode kan begrundes.<sup>133</sup> Det er altså muligt at udvide rammeaftalens periode ud over fire år, hvis dette er begrundet i rammeaftalens økonomiske rentabilitet. Hvis rammeaftalens varighed er for kort til, at den økonomiske aktør kan genvinde sin investering, vil ingen byde på opgaven. Dette vil begrænse konkurrencen eller betyde, at prisen for pågældende ydelse vil blive sat højt således, at den økonomiske aktør ville kunne nå at genvinde sin investering. Behovet for en længere varighed skyldes det indkøb rammeaftalen indeholder, dvs. genstanden for rammeaftalen.

Selvom udbudsdirektivet ikke indeholder bestemmelser om offentlige kontraktens varighed, er der i Danmark en opfattelse af, at udbudsdirektivet implicit forudsætter, at en offentlig

---

<sup>132</sup> En sådan angivelse er dog undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ellers ikke kan lade sig gøre. En sådan angivelse skal i så fald efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende« jf. udbudsdirektivet art. 23, stk. 8, sidste pkt.

<sup>133</sup> Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, 2006; afsnit 3.3.1 og Explanatory Note, afsnit 2.1.

kontrakt som udgangspunkt ikke må have en varighed på mere end 3-5 år.<sup>134</sup> En varighed herudover kræver derfor en begrundelse, hvilket ses i Klagenævnets kendelse af 5. november 2003, *Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede Kommune*.<sup>135</sup> Sagen angik en kontrakt, hvis værdi lå under tærskelværdierne for det daværende bygge- og anlægsdirektiv(direktiv 93/37/EØF). Sagen omhandlede en kontrakt om vedligeholdelse af vejnet over en periode på 14 år. Der var tale om en funktionskontrakt, hvori der lå, at entreprenøren skulle sikre, at vejen i kontraktperioden levede op til en defineret stand. Entreprenøren kunne selv vælge, hvornår og hvordan vedligeholdelse, herunder etablering, skulle foretages. Kontraktperioden blev sat til en vejs levetid, hvor entreprenøren skulle have ansvaret herfor i hele perioden, således der ikke skete suboptimering, idet entreprenøren kunne spekulere i billigere/kortsigtede løsninger. Klagenævnet betonedede i sin afgørelse, at de havde vurderet, at "*offentlige ordregivere - uden at handle i strid med EU-udbudsretten - kun kan indgå kontrakter om bygge- og anlægsarbejder for en længere årrække, når valget af den pågældende kontraktperiode er begrundet i økonomiske-tekniske forhold vedrørende de pågældende bygge- og anlægsarbejde*". Var kontrakten af en kortere periode ville det ønskede resultat ikke kunne opnås for samme beløb, da entreprenøren ikke ville have et incitament til at etablere vejnettet på en holdbar og hensigtsmæssig måde. Dette kunne undgås ved at lade entreprenøren bære ansvaret for vejnettet i hele dets levetid, og den længere periode var derfor nødvendig, hvis kontrakten skulle virke efter hensigten.<sup>136</sup> Den længere periode var hermed begrundet i den konkrete ydelse, der skulle leveres, dvs. kontraktens genstand; vedligeholdelse af vejnet. Klagenævnet fremhævede, at det endvidere havde indgået i vurderingen, at *begrundelsen for afgørelsen ikke vedrører konkrete forhold hos den offentlige udbyder, men vedrører forhold, som vil kunne gøres gældende af andre offentlige myndigheder, som administrerer offentlige veje*. Undtagelsen skal derfor være objektivt begrundet.

---

<sup>134</sup> Denne fortolkning om en maksimal varighed for offentlige kontrakter kan ikke genfindes i andre lande end Danmark, hvorfor der må være en formodning om, at reglerne ikke fortolkes på samme måde. Tvarnø 2010b; 78. Se Klagenævnets kendelse af 18. februar 2008, *Willis I/S mod Lejerbo*, hvor Klagenævnet forudsatte, at der som udgangspunkt gælder et princip om, at offentlige kontrakter skal konkurrenceudsættes med et vist mellemrum.

<sup>135</sup> Klagenævnet refererer til kendelsen i deres begrundelse til afgørelse i kendelse af d. 27. april 2006 *Unicomputer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S* om tidsbegrænsede rammeaftaler. Denne reference viser, at Klagenævnet lægger vægt på de samme forhold ved begrundelsen af længerevarende rammeaftaler som ved offentlige kontrakter i øvrigt.

<sup>136</sup> En begrundelse, der også er anvendt i *Unicomputer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S* (SKI)

#### **4.1.3 Tidsubegrænsede rammeaftaler**

Udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, 4. led om rammeaftalers varighed udelukker ikke efter sin formulering, at en rammeaftale kan indgås for en tidsubegrænset periode forudsat en tilstrækkelig begrundelse herfor, hvilket også ses i Klagenævnets kendelse af d. 27. april 2006, *Unicomputer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S*. Rammeaftalerne i sagen blev indgået inden indførelsen af udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF), og er derfor indgået på et ulovreguleret grundlag. I sagen klagede Unicomputers over SKI, da denne havde iværksat et begrænset udbud med henblik på indgåelse af tidsubegrænsede rammeaftaler. Rammeaftalerne vedrørte indkøb af datamateriel, som var omfattet af det dagældende indkøbsdirektiv (93/36/EØF). Det var anført i udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalerne forventedes udbudt på ny 2-3 år efter kontraktindgåelse ligesom der var et gensidigt opsigelsesvarsel på 6 måneder i kontrakten. Klagenævnet fandt, at indgåelsen af de tidsubegrænsede rammeaftaler var i strid med indkøbsdirektivet. Begrundelsen herfor var, at der ikke var *grundlag for at antage, at disse rammeaftaler alene kunne fungere efter hensigten, hvis de var tidsubegrænsede*. Klagenævnet refererede desuden til *Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede Kommune*, som er beskrevet ovenfor, hvor en længerevarende kontrakt blev accepteret af økonomiske-tekniske forhold knyttet til kontraktens genstand. Der var hverken tekniske eller økonomiske forhold, der nødvendiggjorde en tidsubegrænset leveringsperiode af det pågældende datamateriel. Leveringen af datamateriel kunne derfor godt ske for en kortere periode og hensigten med rammeaftalerne, levering af datamateriel, krævede hermed ikke, at disse var tidsubegrænsede. Klagenævnets henvisning til, at en tidsubegrænset rammeaftale skal være begrundet i rammeaftalers hensigt må derfor svare til, at en tidsubegrænset rammeaftale skal kunne begrundes i rammeaftalens genstand. Dette stemmer overens med undtagelsen i udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, 4. led, hvorefter en varighed over fire år skal være behørigt begrundet i rammeaftalens formål, hvilket må forstås som rammeaftalens genstand i bredere forstand.<sup>137</sup> Det kan af kendelsen udledes, at Klagenævnet ikke udelukker muligheden for, at en rammeaftale kan være tidsubegrænset forudsat, at der foreligger en tilstrækkelig

---

<sup>137</sup> Se afsnit 4.1.1 ovenfor

begrundelse herfor.<sup>138</sup> Hovedreglen om en maksimal varighed på fire år betyder dog, at det kun helt undtagelsesvist kan komme på tale.<sup>139</sup>

Domstolen har ikke udtalt sig om muligheden for tidsubegrænsede rammeaftaler, men har i sag C-454/06 Pressetext om tidsubegrænsede offentlige kontrakter udtalt, at "*der er imidlertid ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin noget til hinder for indgåelsen af tidsubegrænsede offentlige tjenesteydelsesaftaler*".<sup>140</sup> Domstolen accepterer derfor, at offentlige kontrakter generelt er tidsubegrænsede.<sup>141</sup>

#### **4.1.4 Sammenfatning**

Rammeaftaler må som udgangspunkt have en maksimal varighed på fire år. Denne kan dog udvides såfremt dette er begrundet i rammeaftalens formål. Der må herved forstås rammeaftalens genstand, der også svarer til hensigten med den pågældende rammeaftale. En forlængelse kan begrundes i tekniske og/eller økonomiske forhold vedrørende genstanden i rammeaftalen og hvis en forlængelse er nødvendig i henhold til rammeaftalens rentabilitet, hvilket også kan henregnes til økonomiske forhold.

#### **4.1.5 Kan partnering begrunde en periode for rammeaftaler ud over fire år**

Partnering kan skabe en større økonomisk værdi og lavere omkostninger. Partnering er normalt ikke en betingelse for at skabe økonomisk værdi, men en mulighed for at forøge værdien gennem samarbejde. Dette taler umiddelbart imod muligheden for, at partnering kan begrunde en forlængelse af rammeaftaler, da det oftest ikke er partneringarrangementet, der gør en opgave økonomisk rentabel. Er det nødvendigt med større investeringer fra den private parts side, kan der selvfølgelig tages højde for disse, når varigheden for rammeaftalen skal fastsættes.<sup>142</sup> Det er derfor muligt at have et partneringforhold, der varer så længe som det tager at genvinde investeringen og opnå et rimeligt afkast, men det kan ikke strække sig udover dette.

---

<sup>138</sup> Østre Landsret tog i deres dom af 11. oktober 2007 stilling til samme sag. ØL fastslog, at det tidligere vareindkøbsdirektiv (93/36/EØF) ikke i det konkrete tilfælde forbød tidsubegrænsede rammeaftaler. Landsretten lagde vægt på de konkrete forhold i sagen, især at rammeaftalen reelt ikke var tidsubegrænset. Dette gør det vanskeligt at udlede noget generelt om landsrettens holdning til tidsubegrænsede rammeaftaler.

<sup>139</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 902-903

<sup>140</sup> C-454/06, Pressetext, præmis 74

<sup>141</sup> C-451/08 Helmut Müller, præmis 79 om tidsubegrænsede koncessionsaftaler synes Domstolen at anlægge det modsatte synspunkt. Se Hartlev og Liljenbøl 2011; 233 og Nielsen 2010; 184

<sup>142</sup> Se hertil afsnit 4.1.2



Kendelsen *Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede* viste endvidere, at en længerevarende kontrakt kan begrundes, hvis den længere kontrakthorisont giver mulighed for effektivitetsgevinster i forbindelse med arbejdets tilrettelæggelse. Denne situation kan siges at dække over økonomisk-tekniske forhold. Hvis partnering kræver en længere årrække for at tilrettelægge arbejdet effektivt, kan dette begrunde en forlængelse af kontrakten. Skyldes ønsket om en længere periode alene, at den private part herved kan komme til at kende den offentlige part og dennes behov bedre, hidrører dette ikke en tilrettelæggelse af arbejdet, der optimerer det samlede forløb. At den private part konstant kan forbedre og tilpasse sit produkt til den offentlige indkøber, kan derfor ikke begrunde en varighed ud over fire år. Såfremt denne tankegang accepteres, kan det i princippet føre til tidsubegrænsede rammeaftaler for alle typer af indkøb. En sådan tankegang vil betyde, at der vil blive lagt vægt på opbyggelsen af en relation til en bestemt økonomisk aktør. Dette må anses for at være i strid med ligebehandlingsprincippet og konkurrencefordrejende, da en økonomisk aktør herved favoriseres og konkurrencen sættes helt ude af spil. Det er desuden en betingelse, at en varighed over fire år knytter sig til rammeaftalens formål/genstand. Anvendes partnering i en rammeaftale kan dette have til formål at levere/opnå en bedre ydelse, men partnering er ikke et formål i sig selv og udgør heller ikke kontraktens genstand. Partnering i sig selv kan derfor ikke begrunde en længere varighed.

Klagenævnet udtalte endvidere i *Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede*, at det var af betydning, at "*indklagedes begrundelse for afgørelsen ikke vedrører konkrete forhold hos den offentlige udbyder, men vedrører forhold, som vil kunne gøres gældende af andre offentlige myndigheder, som administrerer offentlige veje.*" En varighed, som sikrer en effektiv tilrettelæggelse af arbejdet fra den økonomiske aktørs side, knytter sig ikke til ordregiver som sådan. Partnering knytter sig derimod i højere grad til ordregiveren, da denne engagerer sig i forholdet. Fordelene ved anvendelse af partnering er derfor ikke gældende for alle ordregivere.

#### **4.1.6 Sammenfatning**

Valget om at implementere en rammeaftale ved hjælp af partnering, ikke begrunde en varighed ud over fire år. Dette skyldes, at partnering ikke udgør formålet eller genstanden med en rammeaftale. De normale begrundelser for forlængelse gælder dog uanset om partnering anvendes eller ej.

## **4.2 Mulighed for at foretage løbende forhandlinger**

Umiddelbart virker partnering uforenelig med udbudsdirektivets regler. Når to parter indgår i et partneringsforhold kontakter de hinanden med et ønske om at udføre et fælles projekt med partnering for øje. Efter kontaktskabelsen mellem parterne begynder dialogfasen, hvor parterne i fællesskab fastlægger målsætninger i partneringaftalen og rammerne for det videre samarbejde. Partneringaftalen er en uformel aftale, hvor samarbejdet mellem parterne konkretiseres løbende gennem forhandling og dialog.<sup>143</sup> Udbudsdirektivet stiller derimod krav om, at alle væsentlige bestemmelser specificeres i rammeaftalen ligesom der er et forbud mod væsentlige ændringer i aftalevilkårene ved indgåelse af kontrakter, der er baseret på rammeaftaler og i disse kontrakters gyldighedsperiode. Mulighederne for at tilpasse og løbende ændre kontrakterne analyseres nedenfor, hvorefter dette sættes i forhold til partnering. Det analyseres, hvordan parterne kan opnå en situation, der er mest i overensstemmelse med partnering.

### **4.2.1 Forbud mod væsentlige ændringer**

Alle væsentlige vilkår i rammeaftalen skal ved indgåelsen være fastsat og der må ikke foretages væsentlige ændringer herefter.<sup>144</sup> Dette svarer til situationen, hvor der indgås en normal offentlig kontrakt med én tilbudsgiver, der også er underlagt det generelle forbud mod at foretage væsentlige ændringer i indgåede kontrakter. Retspraksis vedrørende mulighederne for at foretage væsentlige ændringer i indgåede kontrakter behandles derfor.

Der inddrages desuden retspraksis om, hvad der lovligt kan forhandles under udbudsfasen ved offentlig og begrænset udbud, altså rækkevidden af forhandlingsforbuddet. Forhandlingsforbuddet tager sigte på at sikre, at konkurrencen i forbindelsen med en udbudsprocedure ikke fordrejes.<sup>145</sup> Efter indgåelse af kontrakt eller en rammeaftale med en økonomisk aktør er konkurrencen endeligt afsluttet. Væsentlige ændringer ses her ikke som et brud på forhandlingsforbuddet, men som en udbudsudløsende ny aftale.<sup>146,147</sup> Adgangen til at

---

<sup>143</sup> Se afsnit 2.1.2

<sup>144</sup> Se afsnit 2.3.3

<sup>145</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 778. Det må antages, at adgangen til at foretage ændringer umiddelbart efter kontrakttildelingen vil antage karakter af forsøg på omgåelse af forhandlingsforbuddet. Forhandlingsforbuddet må derfor antages at gælde i nogen tid efter kontraktindgåelsen.

<sup>146</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 393

<sup>147</sup> En kontrakt, der er omfattet af udbudsdirektiverne, kan efter håndhævelsesloven § 17, stk. 1, nr. 1 erklæres for "uden virkning", hvis ordregiveren har indgået den uden forudgående offentliggørelse af en

foretage ændringer efter kontraktindgåelse kan være større end inden, da det eneste alternativ til hertil kan være at afbryde den oprindelige kontrakt.<sup>148</sup>

#### **4.2.2 Væsentlig ændring**

Sag C-454/06 Presstext er den ledende dom om adgangen til at ændre i indgåede kontrakter.<sup>149</sup> Sagen vedrørte en kontrakt mellem nyhedsagenturet Austria Presse Agentur (APA) og den østrigske stat, der blev indgået inden Østrig blev medlem af EU. I 2000 overdrog APA kontrakten til et af APA fuldt ejet datterselskab, Austria Presse Agentur-Originaltext-Service (APA-OTS). Der blev desuden indgået tillæg til kontrakten i 2001 og 2005. I Presstext Nachrichtagentur fremsatte i 2004 tilbud til Østrig om levering af nyhedsagenturydelser uden resultat. I 2006 anlagde Presstext sag an, hvor der i forbindelse hermed blev rejst præjudicielle spørgsmål til Domstolen. Spørgsmålene angik, hvorvidt udskiftning af en kontraktpart, prisændringer som følge af euroens introduktion og en uopsigeligheidsklausul kunne aftales uden afholdelse af EU-udbud.

Indledningsvist udtalte Domstolen i generelle vendinger, hvad der udgør væsentlige ændringer.<sup>150</sup> Domstolen fandt, at for at sikre gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig kontrakts gyldighedsperiode, indgåelse af en ny aftale, hvis de er afgørende forskellige<sup>151</sup> fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt. og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer.<sup>152</sup>

På baggrund af dette opstillede Domstolen i præmis 35-37 tre momenter, som skal tages i betragtning, når det skal vurderes, hvorvidt en ændring er væsentlig.<sup>153</sup>

---

udbudsbekendtgørelse. Dette er også tilfældet, hvor kontrakten er blevet til gennem ændringer i en gældende, tidligere udbudt kontrakt. Se hertil Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet.

<sup>148</sup> Arrowsmith 2005; 552 og Nielsen 2010; 187

<sup>149</sup> Brown 2008; 253

<sup>150</sup> Presstext, præmis 34

<sup>151</sup> I den engelske sprogversion bruges "materially different", i den tyske "wesentlich andere" og i den franske "substantiellement différentes. Ved beskrivelsen af, hvornår en ændring er væsentlig anvendes i præmis 35-37 hhv. "material", "wesentlich" og "substantielle" i de tre versioner. Det antages derfor, at der ikke er nogen indholdsmæssig forskel på begreberne "afgørende" og "væsentlige".

<sup>152</sup> Se afsnit 2.2.3 om grundlæggende elementer i forhandlingsforbuddet.

<sup>153</sup> Den danske sprogversion af Presstext og udbudsdirektivet art. 32 indeholder begge et forbud mod "væsentlige ændringer". De franske versioner anvender også ens begreber; "substantielle modification" og "des modifications substantielles" i hhv. Presstext og udbudsdirektivet. Nogle sprogversion anvender forskellige

1. Såfremt der indføres betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.
2. Såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri.
3. Såfremt aftalens økonomiske balance ændres til fordel for den antagede tilbudsgiver på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

Der er næppe tale om egentlige betingelser, men såfremt et af disse momenter foreligger, taler det for, at en ændring er væsentlig.<sup>154</sup> Flere individuelt ubetydelige ændringer i en kontrakt samlet set kan udgøre en væsentlig ændring, da disse tilsammen i højere grad ændrer den oprindelige kontrakt.<sup>155</sup>

#### **4.2.3 Forskellige typer af ændringer**

I de følgende afsnit behandles de forskellige typer af kontraktændringer, som kan have betydning for anvendelsen af partnering.

##### *4.2.3.1 Udvidelse af aftalens ydelser*

Der foreligger en væsentlig ændring, hvis de ændrede vilkår i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt var omfattet, jf. sag C-454/06 Presstext præmis 36. Denne ændring kan bestå både i at ordregiver ønsker mere af den i kontrakten omfattede ydelse, altså en kvantitativ udvidelse, eller udvidelsen kan bestå i, at ydelser, der ikke tidligere var omfattet af kontrakten, nu omfattes, altså en kvalitativ udvidelse. Dette kan ske ved tilføjelsen af nye ydelser eller gennem ændringer af den oprindelige ydelse.<sup>156</sup>

---

begreber de to steder. I engelsk retspraksis og den engelsk sprogversion af Presstext anvendes begrebet "material amendments", hvor udbudsdirektivet art. 32 anvender "substantial amendments". Der forstås dog det samme ved de to begreber. Se hertil Arrowsmith 2005; 710. Det antages derfor, at forbuddet om væsentlige ændringer som opstilles i Presstext svarer til forbuddet i udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, 3. led.

<sup>154</sup> For yderligere om de tre betingelser. Hartlev og Liljenbøl 2011; 216ff. Væsentlighedsvurderingen er anvendt af Domstolen i andre sager fx sag C-91/08, Wall

<sup>155</sup> Poulsen m.fl. 2011; 231

<sup>156</sup> Hartlev og Liljenbøl 2011; 218

#### 4.2.3.2 *Den økonomiske balancegang*

Ændres den økonomiske balance til fordel for den økonomiske aktør, på en måde der ikke var forudsat i de oprindelige udbudsbetingelser, er dette en væsentlig ændring. Ændres den økonomiske balance derimod til ordregiverens fordel, udgør det ikke en væsentlig ændring. Ubetydelige ændringer i prisen, der kan forklares objektivt udgør heller ikke væsentlig ændring.<sup>157</sup> I så fald må det kræves, at de andre kriterier for væsentlighed ikke overtrædes.<sup>158</sup> Udvides leverancen må det antages, at den private parts beløbsmæssige fortjeneste gerne må stige så længe den procentmæssige fortjeneste forbliver uændret.<sup>159</sup>

I Klagenævnets kendelse af 29. september 2003, *Unicomputer A/S mod Greve Kommune*, fandt Klagenævnet, at kommunen havde været berettiget til at indkøbe en række opdateringer til it-artikler, der var funktionsbeskrevne, selv om opdateringerne i sig selv ikke var omfattet af rammeaftalen. Dette skyldtes formodentlig den hurtige udvikling inden for it-området. Forudsætningen herfor var, at indkøbet skete til den pris og på de vilkår, som fremgik af rammeaftalen.<sup>160</sup>

Hertil kan Klagenævnets kendelse af 7. december 2010, *GlaxoSmithKline mod Statens Serum Institut* nævnes, hvor Klagenævnet accepterede, at ordregiveren modtog en bedre ydelse<sup>161</sup> end tilbudsgiveren, Pfizer, var kontraktretlig forpligtet til at levere. Dette skete på samme vilkår og til samme pris, hvorfor ændringen ikke medførte en prisforhøjelse for ordregiver. På baggrund heraf lader det til, at Klagenævnet accepterer, at kontrakten kan ændres således, at ordregiver opnår et bedre produkt som følge af teknologisk udvikling<sup>162</sup>, såfremt den økonomiske balance ikke ændres til fordel for den økonomiske aktør.

#### 4.2.4 *Forhold, der taler for at en ændring er tilladt*

Adgangen til at ændre i kontrakten er en balancegang mellem, at kontrakten skal reflektere det oprindelige udbud, men samtidigt effektivt skal opfylde ordregivers behov.<sup>163</sup> Der er derfor et vist spillerum for ændringer og justeringer i en indgået kontrakt. Hvis dette ikke var tilfældet

---

<sup>157</sup> Pressetext præmis 61. Dette var tilfældet i Pressetext, hvor overgangen fra schilling til euro medførte en mindre prisændring.

<sup>158</sup> Liljenbøl 2010; 2

<sup>159</sup> Hartlev og Liljenbøl 2011; 219-220

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> Prevenar 13, i stedet for Prevenar 7. Prevenar 13 havde flere funktioner end Prevenar 7.

<sup>162</sup> Mere om den teknologiske udvikling nedenfor.

<sup>163</sup> Poulsen 2012; 167

ville ordregiver stilles ringe, da man kun ville have mulighed for at bevare den oprindelige kontrakt uden mulighed for tilpasninger eller at foretage et nyt udbud.<sup>164</sup> I det følgende behandles forhold, der kan have indflydelse på, hvorvidt ændringen må betragtes som væsentlig. Dette vedrører situationen, hvor ændringen er foranlediget af udefrakommende/uforudsete forhold, og hvor kontrakten er af kompleks karakter og har en lang løbetid.

#### 4.2.4.1 Udefrakommende og uforudsete forhold

Ved udefrakommende og uforudsete forhold forstås forhold uden for ordregivers kontrol, der ikke kunne tages højde for ved udbuddet af kontrakten.<sup>165</sup> Det er en betingelse, at ændringen skyldes en udefrakommende omstændighed, der objektivt set ikke kunne forudses af den ordregivende myndighed.<sup>166</sup> Dermed er det principielt ikke et ønske om at omgå udbudsdirektivet der ligger til grund for ændringen. I sag C-454/06 Presstext tillader Domstolen da også, at en bestemmelse om betaling ændres således, at der fremover kan falde betaling i euro frem for schilling, som følge af euroens indførsel i Østrig. Domstolen udtaler her i præmis 57, at der ikke var tale om en væsentlig ændring, "*men blot om en tilpasning af kontrakten under hensyn til ændrede ydre omstændigheder*".

Klagenævnet har udtalt i deres kendelse af 16. oktober 2009, *Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden* om en række forlængelser af en rammeaftale ud over det fastlagte i rammeaftalen:

*"Dette forhold har eller burde have stået klart for indklagede 1, og der foreligger ikke omstændigheder, som indklagede 1 ikke kunne forudse, og som kunne begrunde, at udbud ikke kunne gennemføres så betids, at ny aftale kunne indgås samtidig med, at aftalen fra 2002 ophørte..."*<sup>167</sup>

Det ligger modsætningsvis i kendelsen, at der godt kan opstå *uforudsigelige omstændigheder*, som kan bevirke, at en ændring, der skyldes uforudsigelige omstændigheder, kan være lovlig i udbudsretlig henseende.

---

<sup>164</sup> Nielsen 2010; 187

<sup>165</sup> Poulsen m.fl. 2011; 231

<sup>166</sup> Poulsen 2012; 173

<sup>167</sup> *Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden*, påstand 1

Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv af 20. december 2011, KOM(2011)896, kan give en vis inspiration til uforudsigelige omstændigheders betydning for ændringsmuligheden. Artikel 72 i direktivforslaget opstiller tre betingelser for en væsentlig ændring svarende til dem i Pressetext præmis 35-37. Forslaget behandles i øjeblikket af Rådet. Det oprindelige direktivforslag kan i et vist omfang ses som et udtryk for, hvordan Kommissionen udlægger Domstolens praksis om ændring af kontrakter.<sup>168</sup> I præambelbetragtning nr. 46 anfører Kommissionen følgende om ændringer foranlediget af "uforudsigelige omstændigheder":

*"De ordregivende myndigheder kan komme ud for eksterne omstændigheder, som de ikke kunne forudse ved tildelingen af kontrakten. I dette tilfælde er det nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet, så kontrakten kan tilpasses disse omstændigheder uden en ny indkøbsprocedure. Begrebet uforudsigelige omstændigheder henviser til omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen til de tilgængelige midler, det specifikke projekts art og kendetegn, god praksis på det pågældende område og nødvendigheden af at sikre et relevant forhold mellem de ressourcer, der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi. Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvis en ændring medfører, at arten af det samlede indkøb forandres, f.eks. ved at erstatte bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne, der skal indkøbes, med noget andet eller ved grundlæggende at ændre indkøbstypen, da der i en sådan situation må forudsættes en hypotetisk påvirkning af resultatet."*

Kommissionen forslår på den baggrund i art. 72, stk. 6, at en ændring ikke skal kræve en ny udbudsprocedure, hvis a) behovet for ændringen er affødt af omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregiver, b) ændringen ikke berører kontraktens overordnede karakter og c) en eventuel prisstigning er ikke større end 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt. Betragtningen er afbalanceret og fleksibel, og kan formentlig tages som udtryk for, at der også efter Kommissionens opfattelse er et større råderum for kontraktændringer affødt af udefrakommende/uforudsete forhold.<sup>169</sup>

Det kan sammenfattende konkluderes, at der er et lidt større råderum for ændring af en kontrakt, når disse er foranlediget af udefrakommende/uforudsete forhold. Herved forstås forhold uden for ordregivers kontrol, der ikke kunne tages højde for ved udbuddet af

---

<sup>168</sup> Dette understøttes af, at der i præambelbetragtning nr. 45 er anført, at det er nødvendigt at præcisere, hvornår ændringer i en udgået kontrakt kræver et nyt udbud.

<sup>169</sup> Treumer 2012; 165

kontrakten. Selv om en ændring er foranlediget af udefrakommende eller uforudsete forhold, skal der således stadig foretages en vurdering af ændringens væsentlighed, hvori udefrakommende eller uforudsete forhold indgår som et element.

#### 4.2.4.2 *Kontraktens kompleksitet og løbetid*

Kontraktens kompleksitet og tidsfaktoren kan have betydning for vurderingen af, om en given ændring er væsentlig.

Kommissionens afgørelse i sag N-264/02, London Underground Public Private Partnership er et eksempel på en særlig kompleks kontrakt, hvor Kommissionen ikke kritiserede, at der i forbindelse med et udbud med forhandling<sup>170</sup> om en 30-årig OPP-kontrakt om modernisering af Londons metronet var blevet foretaget ganske omfattende kontraktændringer efter prækvalifikation.<sup>171</sup> Ændringer blev her foretaget inden den endelige indgåelse af kontrakten, men afgørelsen kan ses som et udtryk for, at ændringer foretaget efter kontraktindgåelsen i højere grad vil blive accepteret, hvor der er tale om længerevarende, innovative og komplekse kontrakter.<sup>172</sup>

Sag C-337/98 *Kommissionen mod Frankrig* beskæftiger sig ikke med en kontrakt med lang løbetid, men der gøres nogle betragtninger om langstrakte forhandlinger. Domstolen lader den tidsmæssige udstrækning, være en årsag til at lade den teknologiske udvikling, tillade en ændring. Domstolen udtalte i dommens præmis 51, at det ikke bør udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger, uden at dette skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten, der begrundes, at nye retsregler finder anvendelse. Ydelsen var dog i alt væsentlighed den samme ydelse som oprindeligt beskrevet.<sup>173</sup> Selvom dommens sigte var om ændringerne betød, at nye retsregler fandt anvendelse, så kan Domstolens synspunkter til en vis grad inddrages ved vurderingen af om en kontraktændring udgør en ny kontraktindgåelse i udbudsretlige forstand.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> Det daværende forsyningsvirksomhedsdirektiv fandt anvendelse

<sup>171</sup> Sag N-264/02, (C(2002)357fin) London Underground, punkt 86-87

<sup>172</sup> Arrowsmith 2005; 289 og 607, Poulsen 2012; 171 og Brown 2008; 259

<sup>173</sup> Poulsen 2012; 180

<sup>174</sup> Steinicke og Groesmeyer 2008; 779



Sammenfattende kan det konstateres, at jo mere kompleks en kontrakt er og jo længere løbetid den har, desto mere undskyldeligt er det for ordregiver, at ikke alle fremtidige forhold er forudset i kontrakten, og der er derfor en videre adgang til at justere kontrakten.<sup>175</sup>

#### **4.2.5 Ændringsklausuler**

De to sidste momenter i sag C-454/06 Pressetext, moment 2 og 3 udtrykker, at det har betydning om en ændring er forudsat i den udbudte aftale/udbudsbetingelserne eller ej. Det fremgår endvidere af sag C-496/99P, Cas Succhi di Frutta, præmis 118, at hvor ordregiver ønsker at foretage ændringer efter valget af tilbudsgivere er denne forpligtet til at fastsætte denne mulighed i udbudsbekendtgørelsen. Herved sikres det, at alle virksomheder, der er interesseret i at deltage i udbuddet, har kendskab hertil fra starten og således er ligestillede, når de udformer deres bud. Dette indebærer, at hvis en ændringsklausul udformes tilstrækkeligt konkret, kan der argumenteres for, at en efterfølgende anvendelse af klausulen ikke udgør en ændring af kontrakten, men en ændring i medfør af kontrakten. Udgangspunktet vil i så fald være, at der ikke er tale om ændringer i Pressetext-dommens forstand, men om lovlig administration af kontrakten inden for de rammer, som fremgik af udbudsmaterialet, og som alle tilbudsgivere dermed var bekendt med, da de afgav tilbud. Baggrunden for dette er, at en ændring da vil ske i medfør af den kontrakt, der har været konkurrenceudsat.<sup>176</sup> Hvorvidt en given ændring er omfattet af en ændringsklausul er et kontraktretligt fortolkningsspørgsmål og ikke dækket af udbudsretten.<sup>177</sup>

For at en ændringsklausul skal have en reel værdi i udbudsretlig forstand, er det dog nødvendigt, at den formuleres præcist og utvetydigt, således at det på forhånd er fastlagt, hvad der kan ændres, hvornår dette kan ske og på hvilke vilkår.<sup>178</sup> Dette følger af gennemsigtighedsprincippet, hvorefter alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart og præcist.<sup>179</sup> Der skal derfor ved tilrettelæggelse af et udbud indarbejdes konkrete ændringsmuligheder i kontrakt og kravspecifikation, hvis en

---

<sup>175</sup> Poulsen m.fl. 2011; 231 og Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne 2006; 206

<sup>176</sup> Se Hartlev og Liljenbøl 2011; 221 ff.

<sup>177</sup> Poulsen 2012; 168

<sup>178</sup> Der ses en tilsvarende bestemmelse herom i Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektivet KOM(2011)896, art. 72, stk. 5.

<sup>179</sup> Hartlev og Liljenbøl 2011; 221 og C-496/99P, Cas Succhi di Frutta, præmis 111. Se desuden afsnit 2.3.4

mulighed for ændring af en ydelses indhold og omfang skal sikres.<sup>180</sup> Prisen har her en særlig betydning og ændringer af denne kan undgås, såfremt denne fastlægges i forhold til udbudsmaterialet i form af enhedspriser. Hvis ændringen ikke kan prissættes i form af enhedspriser, kan der medtages en ændringsklausul, hvorefter ændringer prissættes ved hjælp af et ”open book”/åben bog princippet. Ændringen prissættes her ud fra den private parts faktiske omkostninger, da disse er kendt for ordregiveren grundet de åbne regnskaber. Herved fastholdes den private part i den konkurrencesituation, som denne var i under tilbudsgivningen, og denne må ikke vinde mere på ændringer end på hovedydelsen.<sup>181</sup> Der sker således ikke en forskydning af den økonomiske balance til fordel for tilbudsgiveren.

#### **4.2.6 Anvendelsen af funktionskrav**

Hvor der er et særligt behov for fleksibilitet i kontrakten, kan det være en fordel at lægge vægt på funktionskrav af ydelsen frem fra specifikke krav. En ordregiver, der formulerer sit behov funktionelt indikerer, at det afgørende netop er funktionen og ikke den konkrete løsningsmetode. Anvendelse af funktionelle krav giver derfor bedre plads til forskellige løsningsforslag fra tilbudsgivere under tilbudsgivningen. Det er særligt ved udbud, hvor ordregiveren har anvendt specifikke krav, der giver anledning til overtrædelse af forhandlingsforbuddet.<sup>182</sup> Anvendelsen af funktionskrav kan også give større fleksibilitet efter kontraktindgåelse.

Klagenævnets kendelse af 14. juli 2009, *Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune*, der vedrørte et udbud af en kontrakt om levering af en samlet infrastruktur til sammenbinding af alle kommunens arbejdspladser telefoni- og datamæssigt, omhandler anvendelsen af funktionskrav. Klagenævnet fandt, at kommunen havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at ændre udbudsbetingelserne, således at fire forbindelser udgik, og der blev stillet ændrede krav til seks forbindelser. Klagenævnet udtalte som led i sin begrundelse:

---

<sup>180</sup> De fleste standardkontrakter (K02, AB92, ABT93, ABService m.fl.) indeholder ændringsklausuler, der er begrænset til en regulering af metoden for implementeringen af ændringen samt principper for dens prissætning. Ændringsklausulens generelle karakter medfører derfor, at ordregiver bliver nød til at overveje, om der er tale om væsentlige ændringer. Se Hartlev og Liljenbøl 2011; 226-227

<sup>181</sup> Se Hartlev og Liljenbøl 2011; 228

<sup>182</sup> Treumer 2000; 170 og 282 og Poulsen 2012; 177

*"At der er tale om et funktionsbestemt udbud, hvor løbende justeringer må forudses i kontaktens løbetid, indebærer ikke, at indklagede har ret til efter tilbudsfristens udløb efter gennemgang af tilbuddene inden tildelingsbeslutningen at kræve reviderede tilbud på ændrede betingelser."*

Selve resultatet i kendelsen er ikke anvendeligt, idet det angår indhentning af fornyet tilbud efter tilbudsfristen og inden tildeling, men Klagenævnet udtaler dog, at der er *"tale om et funktionsbestemt udbud, hvor løbende justeringer må forudses i kontaktens løbetid..."*. Dette taler for, at hvor en ydelse beskrives ved hjælp af funktionskrav, er der en videre adgang til at ændre i kontrakten i dennes løbetid end i andre tilfælde.<sup>183</sup> Det bør endvidere bemærkes, at ydelsen i kendelsen var af kompleks karakter.

#### **4.2.7 Foreneligheden mellem muligheden for at foretage ændringer og partnering**

Ovenfor er mulighederne for at foretage ændringer i en indgået kontrakt analyseret. Forbuddet mod væsentlige ændringer gælder både ved indgåelsen af kontrakter, der er baseret på rammeaftalen, jf. udbudsdirektivet art. 32, stk. 2, 3. led og for de kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen, hvilket følger af det generelle forbud mod væsentlige ændringer i indgåede kontrakter. For at illustrere forskellen mellem den kontraktuelle proces ved rammeaftale med en økonomiske aktør og partnering sammenholdes de to kontraktuelle proceslinjer.

##### Rammeaftale med en økonomisk aktør:

Opfordring til tilbud → tilbud → tildelingen af rammeaftale med en økonomisk aktør  
→ tildelingen af kontrakt på baggrund af rammeaftalen

##### Partnering:

Kontakt → dialog → partneringaftale → løbende forhandling → evt. materiel aftale

Det ses af "rammeaftale med en økonomisk aktør" kontraktuelle proceslinje, at denne tildeles på baggrund af rammeaftalen. Ordregivende myndigheder er forpligtet til at specificere alle væsentlige vilkår i rammeaftaler, der så senere danner grundlag for de indgåede kontrakter. Den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør i rammeaftale kan derfor ikke i

---

<sup>183</sup> Samme forståelse af kendelsen i Poulsen m.fl. 2011; 232

fællesskab frit udarbejde de kontrakter der indgås i rammeaftale, hvilket er i kontrast til partnering. Muligheden for at foretage ændringer i forhold til den oprindelige rammeaftale er derfor vigtig.

Det ses af partnerings kontraktuelle proceslinje, at der foretages løbende forhandling for at kunne ændre projektet og tilpasse det, hvor det viser sig at være optimalt.<sup>184</sup> I sag C-454/06 Presstext fastslog Domstolen, at ændringer i en offentlig kontrakt skal anses som en ny kontrakt, hvis de ændrede vilkår er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt. Forhandlinger i partnering kan føre til ændringer, der hver for sig eller samlet set, vil ændre den oprindelige kontrakt så meget, at dette vil udgøre en væsentlig ændring. Dette vil være tilfældet, hvis fx andre ville kunne have budt på opgaven eller ydelsen ændres betydeligt.

Parterne i partnering yder en fælles indsats for proces- og produktoptimering, hvilket kan medvirke til, at den oprindelige ydelse ændres i et så betydeligt omfang, at aftalen reelt set kommer til at omfatte en anden ydelse end den oprindeligt fastsatte. Dette skaber en situation svarende til det andet moment for væsentlige ændringer, som fremsat i sag C-454/06 Presstext, præmis 36. Der er dog mulighed for at foretage ændringer i ydelsen fx pga. teknologiske skift. De afgørelser og kendelser, hvor ændringer er blevet accepteret, vedrører dog særlige komplekse kontrakter. Der er derfor ikke en fri adgang til at foretage ændringer i aftalevilkårene som følge af teknologiske fremskridt. Klagenævnet virker dog til at tillade ændringer i ydelsen som følge af teknologiske fremskridt under den forudsætning, at dette ikke føre til en ændring i den økonomiske balance jf. kendelserne *GlaxoSmithKline mod Statens Serum Institut* og *Unicomputer A/S mod Greve Kommune*. Er tilbudsgiveren villig til at tilbyde et bedre produkt uden at opnå en økonomisk gevinst herved, er dette i højere grad muligt. Af samme årsag kan tilbudsgiveren ikke uden videre få del i gevinsten ved et bedre produkt, medmindre dette er fastsat i rammeaftalen.

Der er dog en række af momenter, der uanset ændringens karakter, kan have indflydelse på, hvorvidt ændringen må betragtes som væsentlig. Dette er som nævnt tilfældet med udefrakommende og uforudsete forhold. Partnering som samarbejdsform er netop opstået i kølvandet på den øgede globalisering, der har medført større krav til virksomheders

---

<sup>184</sup> Se afsnit 2.1.2

omskiftelighed, da de er nødt til at følge med den fleksible og omskiftelige markedsstruktur. Disse forhold kan ses som værende udefrakommende og vedrører ikke faktorer som parterne i partneringaftalen selv kan kontrollere. Det følger dog af Klagenævnets kendelse *Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden*, at ordregivere skal forsøge at forudse, hvilke omstændigheder, som vil kræve en ændring. Samme holdning ses i Kommissionens forslag til nyt udbudsdirektiv. Adgangen er derfor heller ikke fri til at foretage ændringer ved udefrakommende forhold. Dette indgår blot i vurderingen af om en ændring er væsentlig og skaber et lidt større spillerum herfor. Parterne i et partneringarrangement kan derfor ikke bare lade stå til og tilpasse rammeaftalen, og kontrakter baseret herpå, i takt med at markedet ændrer sig. Ordregiveren er nødt selv til at forudse og tilrettelægge et projekt således, at dette tager højde for ændringer fx ved indarbejdelsen af ændringsklausuler. Partnering anvendes dog ved levering af mere komplekse ydelser<sup>185</sup>, hvilket medfører en lempeligere bedømmelse af, hvornår der foreligger en ændring grundet det forhold, at det er mere undskyldeligt, at ordregiver ikke har været i stand til at forudse alle fremtidige forhold. Jo længere løbetid en kontrakt har, desto mere undskyldeligt er det desuden, at den ordregivende myndighed ikke forudser fremtidige forhold. En rammeaftale er dog som udgangspunkt begrænset til en varighed på maksimalt fire år. Trods den begrænsede periode har Klagenævnet dog alligevel accepteret ændringer som følge af den teknologiske udvikling i kendelsen *Unicomputer A/S mod Greve Kommune*.

#### 4.2.7.1 Muligheden for at medtage ændringsklausuler

Som nævnt ovenfor er der mulighed for at medtage ændringsklausuler, hvilket kan give et vist råderum for at foretage ændringer. Det er dog påkrævet, at ordregiver indfører i rammeaftalen, hvad der kan ændres. I en partneringaftale er det ikke klart defineret på forhånd, hvad der skal ændres og hvordan disse ændringer skal implementeres. Såfremt ordregiver vælger at medtage ændringsklausuler, der specifikt angiver, hvad der skal ændres, skal det også angives, hvordan denne skal prisfastsættes. Da det er vanskeligt at forudse en ændring, kan det også være vanskeligt at prisfastsætte denne. Det er derfor en fordel at anvende open book-metode/åbne regnskaber. Dette er derimod i overensstemmelse med partnering, da der netop her anvendes åbne regnskaber for at skabe en åbenhed omkring de økonomiske konsekvenser af forskellige

---

<sup>185</sup> Se afsnit 3.1.3.2 og 3.1.3.3

løsninger. Alternativt kan ordregiver medtage en prisreguleringsmekanisme i rammeaftalen således, at priser på objektiv vis kan justeres i forbindelse med eventuelle ændringer.

Det er muligt for ordregivere at medtage en på forhånd defineret produktudvikling i udbudsmaterialet.<sup>186</sup> Herved sikres det, at den leverede ydelse har en vis kvalitet, men der stilles igen krav om, at ordregiver kan forudse disse ændringer.

#### 4.2.7.2 *Anvendelsen af funktionskrav*

Anvendelsen af funktionskrav kan skabe en større fleksibilitet end specifikke krav. Det vil især være relevant at anvende funktionskrav ved levering af tjenesteydelser.<sup>187</sup> Der opstilles her alene krav til det resultat som opgaven skal løse frem for, hvordan dette skal gøres. Den private part får således ansvaret for at en bestemt funktion opnås, hvorfor denne kan tilrettelægge arbejdet effektivt under hensyntagen til de pågældende funktionskrav.<sup>188</sup> Det giver mulighed for at aktivere den specialviden som den private part ligger inde med, og det giver den private part et incitament til procesoptimering som er essentiel for partnering.<sup>189</sup> Klagenævnet tillod i *Unicomputer A/S mod Greve Kommune* forbedret IT-udstyr i forhold til den oprindelige rammeaftale ved indgåelsen af kontrakter, da dette var beskrevet ved hjælp af funktionskrav. Ligesom Klagenævnet i *Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune* udtalte, at det ligefrem er forventeligt med justeringer i en indgået kontrakt, hvor ydelsen er funktionsbestemt. Funktionsbeskrivelser af ydelsen betyder, at arbejdet bedre kan tilpasses ændringer inden for teknologien og optimeres, hvilket i højere grad er overensstemmende med partnering. Det er derfor lettere for parterne at tilpasse samarbejdet til uforudsete forhold og hændelser.

---

<sup>186</sup> Udbudsrådet 2011, Analyse af bedste praksis for brug af rammeaftaler; 124

<sup>187</sup> Her vil der være tale om servicepartnering eller et partnerskab

<sup>188</sup> Der forelå et funktionsudbud i klagenævnet for udbuds kendelse af 5. november 2003, Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede Kommune

<sup>189</sup> Partnering ABC 2005; 88

### **4.3 Delkonklusion**

Brugen af rammeaftaler betyder, at parterne kan udstrække deres samarbejde fra en enkelt kontrakt til flere. Men da udbudsdirektivet indeholder en begrænsning for varigheden af rammeaftaler, betyder det at parternes samarbejde vil være afgrænset til en bestemt periode. Det er derfor ikke muligt at opnå et fuldt partneringarrangement.

For så vidt angår ændringsmuligheder i en rammeaftale, er det vanskeligt at konkludere præcist i hvilket omfang det er muligt at foretage ændringer. Det er derfor en udfordring for ordregiver at foretage en konkret vurdering af om en ændring ligger inden for rammerne af lovlige ændringer. Er der tale om en kompleks opgave, er der et større råderum for at foretage ændringer. Ligesom ordregiver kan medtage ændringsklausuler for at imødekomme problemer med at vurdere om en ændring er lovlig. Brugen af funktionskrav lægger op til, at der er en større fleksibilitet og er derfor i højere grad forenelig med partnering.

Det konstante krav om opretholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet medfører dog en stor hindring for at parterne kan ændre kontakten løbende. Principperne betyder desuden, at ordregiveren er nødt til at definere en nærmest fuldstændig rammeaftale på forhånd. Begge dele er ikke forenelige med partnering, og det er derfor ikke muligt at anvende partnering i sin fulde form, når rammeaftalen er omfattet af udbudsdirektivet. Dette gælder ikke kun, hvor parterne vælger at anvende en rammeaftale, men også offentlige kontrakter generelt, da disse er underlagt de samme begrænsninger for at foretage ændringer og krav til udarbejdelse af udbudsmateriale.

## 5. KAPITEL

### 5.1 Partnering i EU-udbud

Det er i den juridiske analyse blevet analyseret, at det ikke er muligt at opnå en aftale, der er i fuld forenelighed med partnering under udbudsdirektivet. Trods dette ses det stadig, at der indgås kontrakter og rammeaftaler, som har været i EU-udbud, der betegnes partnering. Disse indeholder elementer af partnering. Målet hermed er at inddrage den private part i et forpligtende samarbejde om at levere, effektivere og udvikle en ydelse for den ordregivende myndighed. Dette sker ved, at den udbudte kontrakt suppleres med en partneringaftale, som fastlægger en ramme for samarbejdet mellem de to parter og beskriver de værktøjer, som skal understøtte samarbejdet.<sup>190</sup> Dette er ikke rigtig partnering og kan snarere betegnes som en samarbejdsaftale, hvor samarbejdselementer er begrænset til den enkelte kontrakt.<sup>191</sup> Når der anvendes rammeaftaler er det dog muligt at udstrække partneringelementet til mere end en enkelt kontrakt. Nedenfor vil det blive vist, hvordan disse samarbejdsaftaler kan indgås på en måde, der er mest i overensstemmelse med partnering som beskrevet i afsnit 2.1.1.

#### 5.1.1 Screening af den økonomiske aktør

Ved udvælgelsen af en partner er det vigtigt, at denne tror på partnerings grundidé og er villig til at yde den indsats, der er nødvendigt for at skabe et tillidsfuldt samarbejde.<sup>192</sup> Dette kan imødekommes ved at anvende et underkriterium, hvor tilbudsgiveren skal komme med et forslag til, hvordan samarbejdet skal udformes og organiseres, idé til den løbende projektoptimering og forslag til incitamentsstruktur.<sup>193</sup> Dette er især vigtigt, da partnerne ikke nødvendigvis kender hinanden inden indgåelse af kontrakt. Da der konkurreres på mere end prisen skal tildelingskriteriet "det økonomiske mest fordelagtige tilbud" jf. udbudsdirektivet art. 53 anvendes. Det er desuden muligt at inddrage andre underkriterier ved vurderingen af det økonomiske mest fordelagtige tilbud fx kvalitet, pris, teknisk værdi og funktionsmæssig karakter m.m. jf. udbudsdirektivet art. 53, stk. 1, litra a. Når tildelingskriteriet "økonomisk mest fordelagtig" anvendes, skal ordregiveren anvende en del ressourcer på at evaluere tilbuddene, da der bydes på andet end prisen. Det er derfor hensigtsmæssigt at anvende begrænset udbud frem for offentligt udbud, da antallet af mulige tilbud ved begrænset udbud

---

<sup>190</sup> Udbudsportalen: Seks modeller for offentlig-privat samarbejde; 10

<sup>191</sup> Lomas og Broomhall 1993; 231

<sup>192</sup> Se afsnit 2.1

<sup>193</sup> Partnering ABC 2005; 21, 30 og 60



netop er blevet begrænset gennem prækvalifikation.<sup>194</sup> Det er i prækvalifikationsfasen muligt at inddrage tilbudsgivernes erfaring med partnering, som udvælgelseskriterium. Der sker således ved udvælgelsen af tilbudsgiver i økonomisk forstand en ex ante screening for at mindske ex post problemer og opportunistisk adfærd.

### **5.1.2 Anvendelsen af funktionskrav**

Udbud med partnering har i høj grad fokus på funktionskrav, der fastsætter de overordnede krav til ydelser og resultater. Udbudsmaterialet er derfor mindre detaljeret, hvilket giver den private part større frihed til at tilrettelægge en effektiv organisering og opgaveløsning.<sup>195</sup> Funktionskrav giver en mulighed for at aktivere den specialviden som den private part ligger inde med, og det giver denne et incitament til procesoptimering som er essentiel for partnering.<sup>196</sup> Den juridiske analyse i afsnit 4.2.7.2 viste desuden, at funktionskrav betyder, at arbejdet bedre kan tilpasse ændringer inden for teknologien og optimeres løbende. Dette gør, at anvendelsen af funktionskrav i højere grad er overensstemmende med partnering end anvendelsen af specifikke krav.

### **5.1.3 Opbygning af samarbejde og fælles interesser**

Nedenfor gennemgås nogle af de kontraktbestemmelser parterne kan medtage for at sikre samarbejdet mellem parterne. Hertil anvendes bl.a. en vejledning udarbejdet af Udbudsportalen om, hvordan et servicepartnerskab kan opbygges.<sup>197</sup>

Økonomiske incitamenter kan motivere til samarbejde om at identificere og implementere forbedringer i arbejdsgange og metoder i opgaveløsning. Et typisk eksempel på et incitamentsstruktur kan være en aftale om deling af uforbrugte midler eller fordeling af gevinsterne ved effektivisering. Dette kan sikre overensstemmelse mellem ordregiverens og den private parts incitamenter, hvorved agentomkostninger minimeres. Incitamentsstrukturer og bonuser skal indgå i det oprindelige udbudsmateriale, da disse kan føre til en ændring af den økonomiske balance til den private parts fordel. Der anvendes desuden oftest åbne

---

<sup>194</sup> Ibid, 33-31. Se desuden, hvilke udvælgelses- og tildelingskriterier, der kan anvendes til partnering

<sup>195</sup> Udbudsportalen: Seks modeller for offentlig-privat samarbejde; 11

<sup>196</sup> Partnering ABC 2005; 88

<sup>197</sup> Udbudsportalen: Partnerskabsmodel - Hvad er et partnerskab? Der er i den forbindelse udarbejdet en "eksempelsamling" med offentlige og private aktørers erfaringer med konkrete kontraktbestemmelser i forbindelse med partnerskaber og partnering.

Servicepartnerskaber bygger på de samme elementer som partnering jf. afsnit 2.1.1.

regnskaber og åbne kalkulationer, der har til formål at understøtte de fælles mål om effektivisering.<sup>198</sup> De åbne regnskaber kan desuden gøre det muligt at prissætte mindre og i udbudsretlig forstand tilladte ændringer uden en forskydning af den økonomiske balance.

Parterne kan i fællesskab definere målsætninger for opgaven, der tager udgangspunkt i kravspecifikationer. Disse målsætninger kan fx omfatte brugertilfredshed, faglige mål, metode udvikling, service mål eller økonomiske mål.<sup>199</sup> Det er dog en forudsætning, at målsætninger i de enkelte kontrakter ikke fører til væsentlige ændringer.

Der kan desuden opstilles målsætninger for det fælles samarbejde fx om at samarbejdet skal baseres på åbenhed og ærlighed i kommunikationen, loyalitet, gensidig tillid og respekt.<sup>200</sup> En måde at sikre samarbejdet på er ved "kick-off" arrangementer, som skal fremme relationen mellem parterne og den fælles forståelse af formålet med partneringarrangementet. Der kan ligeledes afholdes teambuilding-kurser med samme formål og foretages opfølgning på samarbejdet.<sup>201</sup>

#### **5.1.4 Sammenfatning**

Det ses, at det i høj grad er muligt at inddrage samarbejdselementet i offentlige kontrakter og rammeaftaler. Udbudsmaterialet er mindre fuldstændigt end ved traditionelle udbud og der sikres en højere grad af fleksibilitet i arbejdets tilrettelæggelse, når der anvendes funktionskrav ligesom løbende ændringer også bedre sikres.

---

<sup>198</sup>Udbudsportalen: Partnerskabsmodel - Hvad er et partnerskab?/Økonomi

<sup>199</sup>Udbudsportalen: Partnerskabsmodel - Hvad er et partnerskab?/Drift

<sup>200</sup> Se "Eksempelsamling - generel vejledning - privat", eksempel 2 og "Eksempelsamling - generel vejledning - offentlig", eksempel 2.

<sup>201</sup> Se "Eksempelsamling - generel vejledning - offentlig", eksempel 49-51

## 6. KAPITEL

Nærværende afsnit vil redegøre for de fordele, der er ved partnering og dettes anvendelse i rammeaftaler. Der tages her højde for de restriktioner som udbudsdirektivets regler om rammeaftaler og principper om ligebehandling og gennemsigtighed sætter for anvendelsen af partnering i rammeaftaler. Dette gøres for at belyse om der er fordele forbundet med at anvende partnering i rammeaftaler.

Først analyseres fordelene ved forhandling ved hjælp af Edgeworth box i afsnit 6.1. Herefter inddrages partnerings evne til at minimere transaktionsomkostninger og partnerings påvirkning af produktionsomkostninger i afsnit 6.2. Herefter behandles det, hvilken betydning rammeaftalers tidsbegrænsning har og hvordan indførslen af partneringelement påvirker dette i afsnit 6.3 og 6.3.4.

### 6.1 Værdiskabelse gennem forhandling

I forhandlingsteori findes der to primære forhandlingsmiljøer; et distributivt og et integrativt. Der foreligger et distributivt forhandlingsmiljø, når de to kontraherende parter interesse er diametrale modsatte. Resultatet af forhandlingen er en fordeling af en fast værdi, hvor den ene parts gevinst er lig med den anden parts tab. Forhandlingen er derfor et nulsums-spil.

I det integrative forhandlingsmiljø har parterne fælles præferencer og en gevinst for en part udgør ikke et tilsvarende tab hos modparten. Der er derfor et potentiale for at skabe en merværdi under integrative forhandlinger. Forhandlingen går derfor fra at være et nulsumsspil til et sumspil. De fleste forhandlinger falder ind imellem disse to ekstremer. Det integrative potentiale kan opnås, hvis parterne udveksler information om deres individuelle præferencer. Om parterne vælger at udveksle information afhænger af den tillid, der foreligger mellem dem.<sup>202</sup>

Partnering skaber muligheden for et delvist integrativt forhandlingsmiljø. Parterne har her lovet at indgå i et udvidet samarbejde, hvor de udveksler viden, erfaring og er åbne omkring deres præferencer. De deler information med hinanden bl.a. ved at have åbne regnskaber således, at asymmetrien i information mellem dem mindskes. De har endvidere fælles målsætninger, hvilket understøttes med incitamentsbestemmelser. Der er dog stadig tale om to

---

<sup>202</sup> Murnighan m.fl. 1999; 314-316

selvstændige enheder, der ikke fuldt ud har overensstemmende interesser. Den ordregivende myndighed har samfundsmæssig interesse i forbindelse med udførelsen af en opgave, hvor den private part har rent økonomiske interesser.<sup>203</sup> Et fuldstændigt integrativt miljø kan derfor ikke opnås, men partneringaftaler skaber i højere grad end traditionelle aftaler et integrativt miljø, hvilket gør det muligt for parterne at opnå en merværdi gennem forhandling. Det antages, at partnering skaber det højst mulige integrative miljø, når der er tale om to uafhængige parter.

For at illustrere den merværdi som partnering kan skabe anvendes Edgeworth Box, der beskriver udvekslingen af goder mellem to parter. Det antages her, at de to goder indledningsvis er fordelt imellem dem således, at parterne kan stilles bedre ved at handle sammen. Den initiale allokering er derfor inefficent og der kan gennem forhandling mellem de to parter opnås et pareto-optimalt resultat.<sup>204</sup> Et pareto-optimalt resultat består i, at der ikke kan ske en omdeling således en part stilles bedre uden en anden stilles dårligere. Det er frem til den pareto-optimale tilstand muligt at foretage pareto-forbedringer, hvor den ene kontraktpart stilles bedre uden den anden stilles dårligere.<sup>205</sup>

Edgeworth box'en består af de to parters indifferenskurver. Modellen er opstillet ved at sammensætte to koordinatsystemer, således at de to akser fra de to systemer danner en rektangel som det ses nedenfor i figur 3. Indifferenskurverne viser fordelingen mellem to forskellige goder for hver af parterne, hvor der opnås den samme nytte på hele kurven.<sup>206</sup> I den opstillede Edgeworth Box er de to goder udskiftet med P og Q, hvor P repræsenterer prisen for ydelsen og Q repræsenterer mængde, kvalitet og andre faktorer vedrørende ydelsen. Den blå kurve og de blå akser repræsenterer ordregiverens indifferenskurve og den røde den økonomiske aktørs. Hvor de to kurver skærer hinanden er parternes samlede nytte størst. Området mellem de to indifferenskurver repræsenterer alle allokeringer mellem P og Q som vil udgøre en pareto-forbedring i forhold til de to kurvers skæringspunkter. Dette kaldes derfor forhandlingszonen.

---

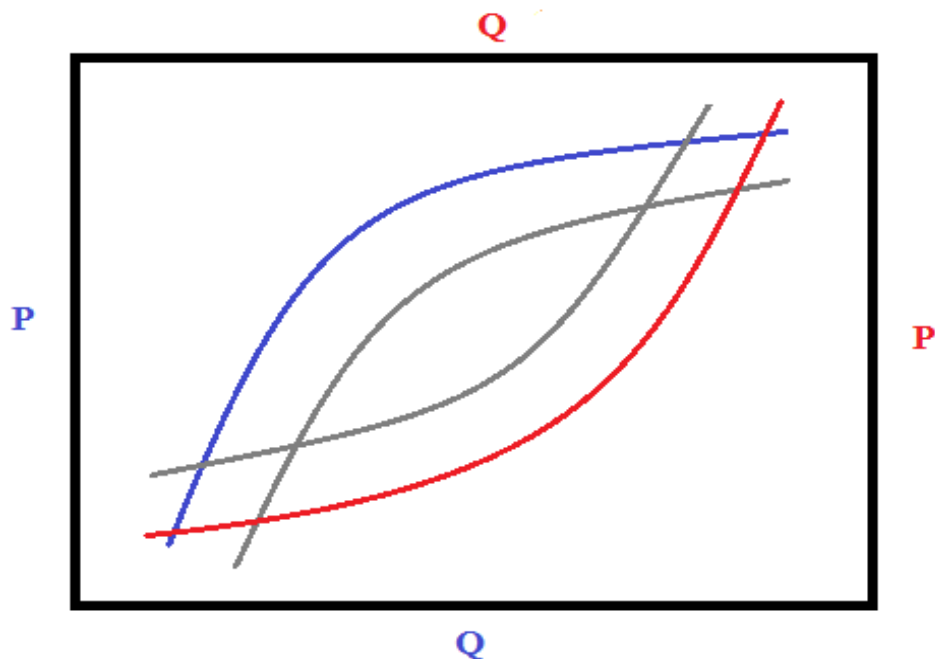
<sup>203</sup> Olesen 2004; 16 og 39

<sup>204</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 590

<sup>205</sup> Eide og Stavang 2008; 35

<sup>206</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 70

Figur 3



Kilde: Egen tilvirkning<sup>207</sup>

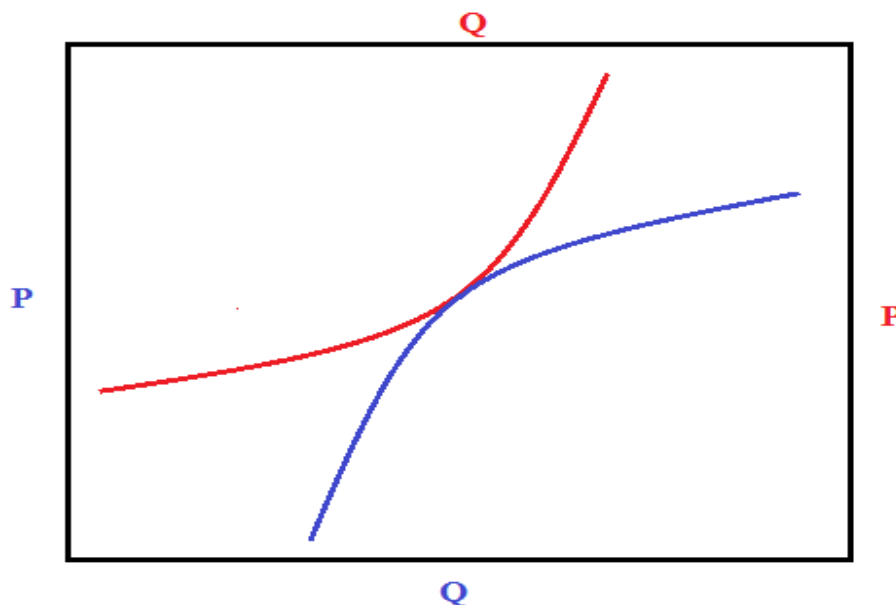
Både ordregiveren og den økonomiske aktør har flere indifferenskurver, som har samme hældning. En parts indifferenskurver udgør forskellige niveauer af nytte.<sup>208</sup> I figur 3 angiver de grå indtegnede indifferenskurver en højere nyttefunktion for hhv. ordregiveren og den økonomiske aktør. Ved skæringspunktet mellem de grå kurver opnår parterne en højere fælles nytte end ved skæringen mellem den blå og røde indifferenskurve. Som tidligere beskrevet sikrer partnering i højere grad et integrativt miljø med mulighed for at skabe merværdi gennem forhandling, hvilket repræsenteres ved de grå indifferenskurver. Gennem forhandling kan de grå indifferenskurver nås. Det er fx muligt for parterne at opnå synergieffekter, hvilket kan medføre en bedre kvalitet/mængde(Q) til samme pris(P) eller lavere omkostninger, hvilket kan medføre en lavere pris(P) for samme Q.

---

<sup>207</sup> Normalt vender en indifferenskurve anderledes. Dette skyldes, at de normalt repræsenterer udvekslingen mellem to goder, hvor det ene gode her er udskiftet med pris. For at modellen her skal give mening, er der et krav om, at en pris skal være positiv sammenhængende med en kvalitet. Normalt er der en negativ sammenhæng mellem de to goder. Antagelsen om, at mere er bedre end mindre brydes derfor også. Se Pindyck og Rubinfeld 2009; 70 og 495

<sup>208</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 73

Figur 4



Kilde: Egen tilvirkning

Hvor de to kurver netop skærer hinanden i et punkt, vil parternes marginale substitutionsrate(MRS)<sup>209</sup> være ens og det vil ikke være muligt at foretage yderligere pareto-forbedringer, hvilket Figur 4 illustrerer. Det er muligt, der er flere pareto-optimale situationer. I hvilken situation parterne ender afhænger af deres forhandlingsevner. Gennem de pareto-optimale punkter går parternes "kontraktkurve". Når først et punkt, der er pareto-optimalt, er opnået, er det ikke muligt at rykke sig fra dette uden, at en af parterne stilles ringere. Pareto-efficient siger derfor ikke noget om, hvilken allokering, der er bedst, men alene noget om, hvornår en fordeling er pareto-optimal.<sup>210</sup>

I traditionelle rammeaftaler er der ikke megen tillid mellem parterne og derfor ikke megen kommunikation og forhandling. Parternes indifferenskurver vil være et stykke fra hinanden som de farvede indifferenskurver i figur 3 viser. I værste fald vil de to parters indifferenskurve ikke skære hinanden, og det vil ikke være muligt at opnå en aftale. Ved partnering er det muligt for parterne at forhandle sig frem en pareto-optimal situation, da parternes interesse er

---

<sup>209</sup> MRS er den maksimale mængde af en gode, som en forbruger er villig til at opgive for at opnå et andet gode. Pindyck og Rubinfeld 2009; 75

<sup>210</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 590-595

så ensrettet som muligt og hele arrangementet opfordrer til en højere vidensdeling og forhandling, hvilket ses i figur 4.

Når parterne vælger at anvende partnering i en rammeaftale med økonomisk aktør eller offentlige kontrakter i øvrigt er deres mulighed for forhandling både før og efter tildelingen af rammeaftalen begrænset.<sup>211</sup> Det er dog muligt at indskrive ændringsklausuler og anvende funktionskrav, der skaber et højere råderum for handlinger både før og efter tildeling af rammeaftalen. Da forhandlingsmiljøet ved partnering i højere grad er integrativt, vil forhandling desuden kunne skabe en merværdi for parterne, hvorfor deres respektive nyttefunktioner vil forøges. Da den udbudte rammeaftale fastlåser de fleste vilkår, og der samtidigt er et forbud mod at foretage væsentlige ændringer, kan den fulde effekt af partnering ikke opnås. Der er dog en forbedring i forhold til traditionelle rammeaftaler, hvilket illustreres ved de grå indifferensecurver i figur 3.

### **6.1.1 Sammenfatning**

Edgeworth Box'en illustrerer de fordele parterne kan opnå ved forhandling og ved at udveksle information åbent. Det viser også, at agenten kan ligge inde med information, der kan optimere forholdet mellem parterne. Såfremt der foreligger en høj grad af forhandling mellem parterne kan de skabe merværdi og en pareto-optimal situation. Den tidligere analyse viste, at hybrider, herunder partnering, ville skabe de laveste transaktionsomkostninger for ydelser, der kræver investeringer med blandet aktivspecifitet. Dette stemmer derfor godt overens med det stærke Coase-theorem, at Edgeworth-analysen viser, at det netop er partnering, der er i stand til at skabe et pareto-optimalt resultat.

---

<sup>211</sup> Se hertil den juridiske analyse om ændringsmulighederne.

## **6.2 Partnering og EU-rammeaftaler**

Fordelene ved anvendelse af partnering består blandt i lavere transaktions- og agentomkostninger, hvorfor teorierne herom inddrages. Fordelen ved partnering er bl.a. muligheden for tilpasning til omskiftelige markedsstrukturer og ændringer i teknologi m.m. Evnen til at tilpasning er en af de kritiske dimensioner ved de alternative reguleringsrammer, som Williamson identificerer.<sup>212</sup> De øvrige kritiske dimensioner ved reguleringsrammerne er incitament, administrativ kontrol og kontraktjuridisk regime. Partnering, som er en hybrid, har gennemsnitlige evner i forhold til disse dimensioner.<sup>213</sup> Disse dimensioner vil nu blive analyseret med fokus på partnerings egenskaber og hvornår disse bliver påvirket, når partnering anvendes i en rammeaftale. Dette gøres for at belyse fordelene ved partnering i rammeaftaler.

### **6.2.1 Kontraktregime**

Denne dimension refererer til graden, hvorved kontrakten tjener som et referencepunkt. Ved markedet anvendes klassiske kontrakter, der specificerer transaktionens betingelser detaljeret, hvorfor dette har et stærkt kontraktjuridisk regime. Hertil anses løsningen, hvor parterne indbringer en tvist for Domstolen, som udtryk for et stærkt kontraktjuridisk regime. Modsat har hierarkiet et svagt kontraktjuridisk regime. Partnering har et mellemstærkt kontraktregime. Partneringaftalen angiver en ramme for forholdet mellem parterne, men beskriver ikke dette detaljeret. Partneringaftalen er dog stadig en juridisk bindende aftale, der kan håndhæves ved en domstol, men hvor det er vanskeligere at udlede rettigheder og pligter. Det er endvidere indbygget i partneringaftalen, at parterne skal forsøge at løse konflikter internt frem for at inddrage domstolene, men denne mulighed foreligger stadig.<sup>214</sup>

### **6.2.2 Tilpasning**

Williamson sondrer mellem autonome og koordinerende tilpasninger, kaldet hhv. A- og C-tilpasninger. Den autonome tilpasning opstår, hvor agentens nytte påvirkes tilstrækkeligt til, at denne foretager en pris- eller mængdeændring. Markedet kan bedst foretage A-tilpasninger og hierarkiet mindst. I partnering er en A-tilpasning ikke hensigtsmæssig, da parterne er afhængige af hinanden og en A-tilpasning kan føre til suboptimering. Det vil derfor være bedst med en tilpasning, som er baseret på forudgående forhandling og udveksling af information.

---

<sup>212</sup> Se figur 1

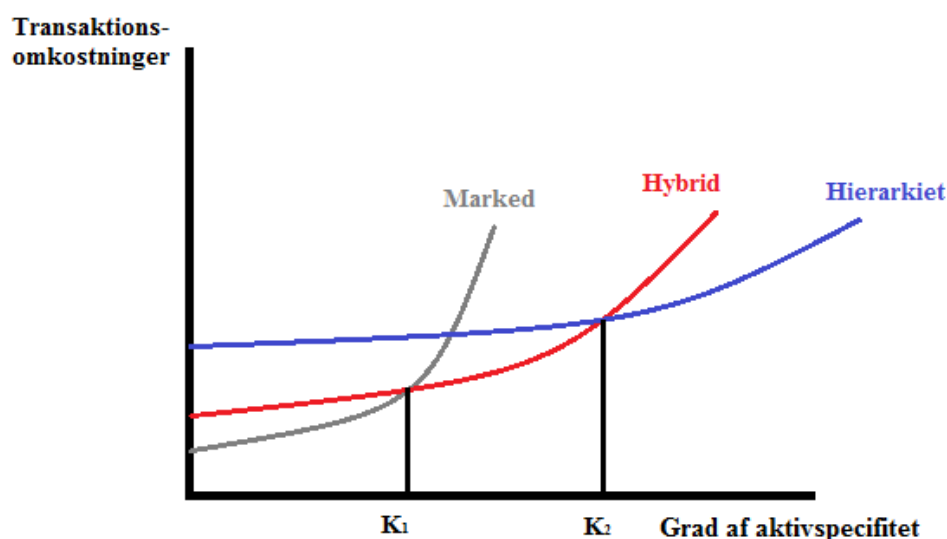
<sup>213</sup> Sornn-Friese 2007; 114-116

<sup>214</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 39 og Sornn-Friese 2007; 116



En sådan koordineret tilpasning anses som en C-tilpasning. C-tilpasninger sker ifølge Williamson bedst ved hierarkiet bl.a. dette alene har et mål. Under partnering er parterne stadig selvstændige enheder, hvorfor evne til at foretage C-tilpasninger ikke er så høj som hierarkiets. Men afhængigheden mellem parterne gør, at de er i stand til at koordinere adfærd i modsætning til markedet. Dette styrkes endvidere ved, at partneringaftalen indeholder overskudsfordeling og incitamentsbestemmelser, hvilket også reducerer agentomkostninger. Partnerings incitament, som er semistærkt, styrkes desuden med brugen af incitamentsbestemmelser, da der opstår en klarere sammenhæng mellem indsats og aflønning. Markedet har de største incitament og hierarkiet det laveste. Partnering har endvidere semistærk evne til administrativ kontrol.<sup>215</sup> Williamson sammenholder disse egenskaber i sin heuristiske model, som viser nedenfor i figur 5.

**Figur 5**



Kilde: Lippert-Rasmussen og Mols 1993; 48

Modellen viser, at hybriden er den mest effektive reguleringsramme, når aktivspecifiteten ligger mellem K1 og K2 svarende til blandet aktivspecifitet i figur 1 og 2. Dette illustrerer endnu engang, at partnering er effektiv, når opgaven indebærer en vis grad af aktivspecifitet.

<sup>215</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 41-43 og Sornn-Friese 2007; 116-117

Den viste model af Williamson fokuserer alene på transaktionsomkostninger, der nedenfor betegnes TC. Det antages i modellen, at produktionsomkostninger<sup>216</sup>, betegnet PC, er faste. Partnering vil blive foretrukket, når

$$PC_p + TC_p < PC_m + TC_m ,$$

hvor p angiver partnering og m markedet og  $PC_p = PC_m$ .

### 6.2.3 *Inddragelse af produktionsomkostninger*

Antagelsen om, at produktionsomkostninger er ens uanset reguleringsrammen er ikke realistisk, hvorfor disse bør inddrages i analysen. Partnering vil nu blive foretrukket, når

$$aPC_p + TC_p < bPC_m + TC_m ,$$

hvor a og b er koefficienter, der angiver, hvordan produktionsomkostningerne påvirkes under hhv. partnering og markedet. Williamson antager i sin teori, at der altid er produktionsmæssige fordele ved markedet i forhold til hierarkiet. Markedet anses for at være bedre i stand til at udnytte eventuelle stordriftsfordele, da aktører på markedet kan afsætte deres produkter til flere kunder.<sup>217</sup> Introduktionen af produktionsomkostninger ændrer ikke ved Williamsons konklusioner vedrørende transaktionsomkostninger. Konkurrencen på markedet kan desuden antages at minimere produktionsomkostningerne.<sup>218</sup> I disse tilfælde er  $b < a$ , hvorfor produktionsomkostningerne ved markedet er lavere end ved partnering.

Partnering kan skabe fordele som større produktivitet, lavere omkostninger og bedre kvalitet jf. afsnit 2.1. Dette kan betyde lavere produktionsomkostninger ved partnering end markedet, hvorfor  $a < b$  er tilfældet. Partnering anvendes, hvor der kræves en blandet aktivspecifik investering, hvilket betyder, at der sker en fundamental transformation.<sup>219</sup> Dette betyder, at andre leverandører ikke umiddelbart kan levere ydelsen. Da leverandøren er den eneste som

---

<sup>216</sup> Produktionsomkostninger skal forstås som de omkostninger, der er forbundet med at levere den ydelse rammeaftalens indeholde

<sup>217</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 33-34 og 47

<sup>218</sup> Parker og Hartley 1997; 118

<sup>219</sup> Inden investeringen havde agenten et stort antal transaktionsparter, men dette ændres efter der er foretaget en investering. Agenten bliver herefter bundet til principalen. Principalen kan også have foretaget mindre aktivspecifikke investeringer fx ved at gennemføre træning i brugen af agentens ydelser. Hvis principalen på et senere tidspunkt udbyder en tilsvarende opgave er konkurrencesituationen ændret, idet agenten på grund af sine aktivspecifikke aktiver og viden kan underbyde sine konkurrencer. Der er således sket en fundamental transformation, hvor et stort antal ex ante konkurrenter er blevet til et lille antal ex post. Se Sornn-Friese 2007; 110-112 samt Lippert-R. og Mols 1993; 18-20

umiddelbart kan levere opnår denne en form for monopol<sup>220</sup>, hvilket kan medføre, at denne ikke har tilstrækkelige incitamentter til at reducere produktionsomkostningerne gennem kontraktens levetid. Dette kan skabe X-inefficiens, som kan føre til, at der ikke er produktionsmæssige fordele ved partnering, hvorved  $b < a$ .<sup>221</sup>

#### **6.2.4 Fordelene ved at anvende partnering i rammeaftaler**

Nedenfor analyseres betydningen af partnering i rammeaftaler ud fra PC og TC. Det antages, at der foreligger et indkøb af kompleks karakter. Partnering bør anvendes, når

$$aPC_p + TC_p < bPC_m + TC_m ,$$

hvor p og m nu angiver hhv. rammeaftaler indeholdende partnering og almindelige rammeaftaler.

##### *6.2.4.1 Transaktionsomkostninger*

Der er faldende agentomkostninger<sup>222</sup> ved anvendelsen af partnering, da parterne arbejder ud fra tillid, samarbejde og fælles målsætninger. Parterne i partneringarrangementet deler overskuddet mellem dem efter en fordelingsnøgle ligesom der anvendes incitamentsbestemmelser inden for partneringaftalen. Begge metoder bringer agentens incitamentter i overensstemmelse med principalens mål, hvorfor agentomkostninger mindskes.<sup>223</sup> Partnering anvender desuden åbne regnskaber, hvilket gør informationen mellem parterne større og det er lettere for principalen at overvåge agenten.

Som forklaret ovenfor sikrer partnering desuden lavere transaktionsomkostninger end markedet, når der foreligger en vis aktivspecificitet. Dette skyldes bl.a. partnerings evne til at foretage koordinerede tilpasninger. Det udbudsretlige forbud mod at foretage væsentlige ændringer mindsker dog evnen hertil, da dette regulerer, hvad parterne må ændre i en indgået rammeaftale. De tilladte ændringer kan dog ske til lavere TC, hvor partnering anvendes. Rammeaftalen mindsker desuden omkostninger til forhandling og risikoen for hold-up, da de vilkårene i de kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen, ikke må indeholde

---

<sup>220</sup> Knudsen 1997; 217

<sup>221</sup> Parker og Hartley 1997; 118

<sup>222</sup> Agentomkostninger kan som anses som en form for transaktionsomkostning. Se afsnit 1.4.4

<sup>223</sup> Markedets stærke incitamentter anses i agentteorien ikke for at være kvalitet forskellige fra hierarkiets, hvilket er en modsætning til transaktionsomkostningsteorien. Se Sornn-Friese 2007; 141

væsentlige ændringer i forhold til rammeaftalens vilkår.<sup>224</sup> Samlet set betyder det, at  $TC_p < TC_m$  er tilfældet.

Som forklaret har markedet en stærk evne til at foretage A-tilpasninger, hvor partnering har en semistærk evne. Denne evne reduceres både ved rammeaftaler med og uden partnering. Dette skyldes, at rammeaftalen fastsætter alle væsentlige vilkår herunder pris, hvor det ikke er muligt at tilpasse prisen efter det generelle udbud og efterspørgsel på markedet.<sup>225</sup> Det betyder også, at traditionelle rammeaftaler ikke vil have en bedre evne til at foretage A-tilpasninger og hermed lavere transaktionsomkostninger forbundet med A-tilpasning end rammeaftaler med partnering.

Der er transaktionsomkostninger forbundet med at skabe en relation mellem parterne, hvis partnering anvendes, hvad ikke opstår ved traditionelle rammeaftaler. Men det antages samlet set ud fra ovenstående, at transaktionsomkostninger er lavest, hvor partnering anvendes, hvorfor  $TC_p < TC_m$ .

#### 6.2.4.2 Produktionsomkostninger

Som beskrevet ovenfor kan produktionsomkostninger under partnering være såvel stigende som faldende. Den ordregivende myndighed er til en vis grad bundet til forholdet, da der er foretaget en blandet aktivspecifik investering og det dermed ikke er muligt at udskifte leverandøren uden videre. Der er således sket en fundamental transformation.<sup>226</sup> Er der indgået en forpligtende rammeaftale er den ordregivende myndighed yderligere bundet af aftalen. Dette vil kunne føre til en situation med X-inefficiens og højere priser. Da rammeaftalen fastsætter prisen er den private part bundet af denne i hele perioden, da en højere pris vil medføre en væsentlig ændring, da den økonomiske balance ændres til den private parts fordel.<sup>227</sup> Den private parts omkostninger stiger derfor ikke som følge af X-inefficiens, da denne fastholdes i de samme vilkår gennem hele rammeaftalen.<sup>228</sup> Partnering kan dog medføre en større produktivitet, bedre kvalitet og lavere produktionsomkostninger grundet forhandling

---

<sup>224</sup> Se afsnit 3.1 for en afklaring af hold-up.

<sup>225</sup> Lippert-R. og Mols 1993; 33-34 og 42 og Sornn-Friese 2007; 116

<sup>226</sup> Se note 219

<sup>227</sup> Det er dog muligt at medtage ændringsklausuler, der regulerer prisen på en objektiv måde

<sup>228</sup> Det kan også tænkes, at prisen på råvarer for en given ydelse mindskes og prisen ikke sænkes tilsvarende. I dette tilfælde vil det ikke være en fordel for ordregiveren, at prisen er endelig fastsat i rammeaftalen.

mellem parterne.<sup>229</sup> Dette betyder fx, at ordregiveren under partnering kan opnå en bedre kvalitet til den samme pris, hvorved de opnår en højere nytte.<sup>230</sup> Da der opnås en bedre kvalitet til samme pris anses produktionsomkostninger for at være lavere ved partnering, hvorfor  $a < b$ .

### 6.2.5 *Sammenfatning*

Der er lavere transaktionsomkostninger, når parterne vælger at anvende partnering i rammeaftaler, som kræver blandet aktivspecifitet. Risikoen for stigende produktionsomkostninger pga. partneringforholdet vil ikke være til stede, da de enkelte indkøb er underlagt rammeaftalens vilkår, hvorfor prisen er fast. Den private part vil derfor have et incitament til at holde produktionsomkostninger nede. Produktionsomkostninger drives yderligere ned grundet de positive effekter ved partnering, hvorved  $a < b$ . Dette betyder, at såvel produktionsomkostninger og transaktionsomkostninger vil være lavere, altså er  $aPC_p + TC_p < bPC_m + TC_m$ , hvorfor det er fordelagtigt at anvende partnering ved rammeaftaler, hvor der foreligger blandet aktivspecifitet.

### 6.3 **Tidsbegrænsningen af rammeaftaler**

Den juridiske analyse i afsnit 4.1.5 viste, at anvendelsen af partnering i rammeaftaler ikke i sig selv kan begrunde en varighed udover fire år. Betydningen af denne tidsbegrænsning vil blive analyseret nedenfor ved hjælp af en simpel spilteoretisk analyse om gentagne spil, der indgås for hhv. en tidsubegrænset og tidsbegrænset periode.

Spilteorien bygger på, at de involverede parter er indbyrdes afhængige således, at en parts valg påvirker modparten. Agenter i spilteorien antages at være individuelle rationelle, hvilket medfører, at de vælger strategier forbundet med et højere payoff for dem selv frem for et lavere payoff.<sup>231</sup> Agenterne er desuden i stand til at forudse de mulige payoff og iagttage modpartens træk.

Til denne analyse anvendes "Fangernes dilemma", der illustrerer, at parterne som følge af at være individuelle rationelle ender i et resultat, der ikke er det optimale rationelle valg. "Fangernes dilemma" er karakteriseret ved, at i enhver Nash-ligevægt vil parterne ønske, at de

---

<sup>229</sup> Se afsnit 6.1

<sup>230</sup> Dette ses bl.a. i Klagenævnets kendelse af 7. december 2010, *GlaxoSmithKline mod Statens Serum Institut*

<sup>231</sup> Knudsen 1997; 94

andre spillere havde valgt en anderledes strategi.<sup>232</sup> En Nash-ligevægt er defineret ved, at hver spillers strategi her vil vælge den individuelle bedste respons på andre spilleres strategier og ikke har et incitament til at ændre sin strategi.<sup>233</sup>

"Fangernes dilemma" omhandler følgende situation: To personer anholdes for en forbrydelse de i fællesskab har begået. De to fanger holdes isoleret fra hinanden og myndighederne forsøger at få dem til at tilstå den fælles forbrydelse. Myndighederne giver fangerne et valg mellem at angive modparten eller at benægte. Hvis begge fanger benægter, får de hvert et års fængsel. Hvis den ene fanger derimod angiver den anden, som samtidig benægter, slipper forræderen fri og den anden får otte års fængsel. Hvis de begge to vælger at angive hinanden, får de hver seks års fængsel.<sup>234</sup> De to fanger betegnes som Spiller 1 og Spiller 2. Spillernes muligheder og forventet payoff er illustreret i figur 6. Vælger en spiller at angive modspilleren anses denne for at snyde. Benægter spilleren derimod kan det anses som samarbejde.

**Figur 6**

		Spiller 2	
		Benægt	Angiv
Spiller 1	Benægt	(-1,-1)	(-8,0)
	Angiv	(0,-8)	(-6,-6)

Her vil (angiv, angiv) være et Nash-ligevægt. (benægt, benægt) vil derimod ikke være en Nash-ligevægt, da begge parter vil have et incitament til at vælge at angive modparten og hermed opnå et højere payoff for dem selv. "Angiv" er desuden en dominerende strategi, da det er den bedste strategi for hver spiller uanset modspillerens strategi.

Der er ved "Fangernes dilemma" ikke incitament for nogle af parterne til at undlade at angive modparten og hermed samarbejde med denne. Det undersøges nu, hvorvidt dette ændrer sig ved den blotte gentagelse af spillet. Det antages derfor, at de to "fanger" kan gentage spillet. Udvides spillet til flere perioder kan dette påvirke de to spilleres adfærd enten i form af straf eller belønning i de efterfølgende følgende perioder. Fremtidige konsekvenser af nutidige valg

<sup>232</sup> Raaschou-Nielsen og Foss 1997; 70

<sup>233</sup> Knudsen 1997; 96

<sup>234</sup> Raaschou-Nielsen og Foss 1997; 70

tages i betragtning ved valg af strategi, der opstår derfor reciprocitet, hvilket adskiller gentagne spil fra enkelperiode spil.<sup>235</sup> Når et spil gentages kan spillerne have forskellige strategier, der forholder sig forskelligt til modpartens adfærd. Den mest effektive strategi i ”Fangernes dilemma” er ”tit-for-tat”, der i sin enkelthed går ud på at samarbejde i første periode og fortsætte hermed så længe modparten gør det samme, hvorefter modpartens foregående træk gentages.<sup>236</sup> Der sondres mellem gentagne spil med et endeligt eller uendeligt antal perioder<sup>237</sup>.

### **6.3.1 Uendeligt antal perioder**

Det antages i det følgende, at Spiller 1 anvender tit-for-tat, hvilket Spiller 2 ved eller er i stand til at indse. Hvis Spiller 2 i en periode vælger at angive modstanderen og herved opnå et højere payoff på 0 i en enkelt periode, vil denne efterfølgende opnå et lavere payoff på -6. Dette skyldes, at Spiller 1 efter tit-for-tat strategien vil angive efterfølgende, hvorefter spillerne vil ende i payoffet på (-6,-6). Når de to spillere handler sammen over en uendelig periode, er deres adfærd bestemt af en afvejning mellem det payoff, der kan tjenes ved at snyde i den aktuelle interaktion over for den gevinst, som de kan forvente at tjene i fremtiden ved at samarbejde.<sup>238</sup> Den umiddelbare gevinst ved at undlade at samarbejde og angive modparten kan føre til fremtidige lavere gevinster pga. modpartens reaktion. Det er derfor ikke sikkert, at det vil være rationelt at vælge ikke-samarbejde som det er i et enkelperiode-spil.<sup>239</sup>

### **6.3.2 Endeligt antal perioder**

Antages det derimod, at spillet gentages et begrænset antal perioder, T, vil situationen være en anden. I den sidste periode T, vil ingen af spillerne have et incitament til at samarbejde, da det ikke er forbundet med fremtidige lavere gevinster at snyde modparten. Spillerne er rationelle, hvorfor de indser, at modparten vil snyde. Spiller 2 vil fx snyde Spiller 1 i den sidste periode for at opnå et højere payoff end ved at samarbejde. Spiller 1 indser dette og vil derfor selv snyde for ikke at opnå et lavere payoff på -8 i periode T. Ingen af spillerne vil derfor

---

<sup>235</sup> Dutta 2001; 209. Der ligger heri en implicit antagelse om, at parterne er i stand til at observere modpartens adfærd.

<sup>236</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 491

<sup>237</sup> En mere realistisk antagelse vil være, at slutperioden ikke er kendt

<sup>238</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 491. Diskonteringsfaktoren for fremtidige gevinster og sandsynligheden for en periode er den sidste er af gørende betydning for de fremtidige lavere gevinster overstiger den umiddelbare gevinst ved at snyde modparten.

<sup>239</sup> Dutta 2001; 230

samarbejde i den sidste periode T, hvilket betyder, at den næstsidste periode, T-1, vil blive behandlet som den sidste af spillerne. Spiller 2 vælger derfor at snyde i periode T-1 for selv at opnå et højere payoff på 0. Spiller 1 indser dette og snyder derfor selv i T-1. Dette vil fortsætte ned til periode 1, hvor parterne vil være i samme situation som i et spil med en periode.<sup>240</sup> Det kan derfor konkluderes, at hvis der ikke foreligger et incitament til at samarbejde ved en enkelt interaktion, vil den blotte gentagelse af interaktionen ikke skabe et sådan incitament.<sup>241</sup> Begrundelsen herfor er, at det aldrig er rationelt at vælge samarbejde i det sidste spil. Dette betyder, at næstsidste spil udsættes for samme logik osv.

### **6.3.3 *Rammeaftalen i spilteoretisk perspektiv***

Kontraktindgåelse mellem en ordregivende myndighed og en økonomiske aktør kan anses som et spil med en interaktion. Når parterne indgår en rammeaftale kan det anses som et gentaget spil, hvor den enkelte kontrakt, der er baseret på rammeaftalen kan anses som en periode eller interaktion. Den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør udgør her de to spillere. Payoff'ene i figur 6 kan ikke direkte overføres til situationer, hvor en ordregivende myndighed antager en økonomisk aktør til en opgave, men analysen viser, hvorvidt parterne vil have incitament til at samarbejde eller ej. For hver kontrakt, der indgås på baggrund af rammeaftalen kan den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør vælge at samarbejde eller undlade at gøre dette, hvilket anses for at snyde.

Den juridiske analyse viste, at anvendelsen af partnering i sig selv ikke kan begrunde en forlængelse ud over fire år. De kontrakter eller interaktioner, der er mellem parterne i rammeaftalen vil derfor altid være begrænset til et bestemt antal perioder. Det endelige antal perioder kan være ukendt af den økonomiske aktør, men ordregiveren kender derimod sine egne behov og ved, hvornår denne udbyder den sidste kontrakt i spillet. Ordregiveren, som er Spiller 1, vil derfor have incitament til at snyde i denne periode. Den økonomiske aktør indser dette og vil derfor ikke have et incitament til at samarbejde, da denne ved, at den vil blive

---

<sup>240</sup> Pindyck og Rubinfeld 2009; 491 og Dutta 2001; 219

<sup>241</sup> Det kan tænkes, at der gennem interaktionen skabes et forhold mellem de to spillere, hvor de er interesseret i hinandens belønninger og derfor vælger at samarbejde. Men etableringen af samarbejds løsningen kræver megen information mellem spillerne, hvilket gør den svær at nå alene ved den blotte gentagelse af en interaktion. Se Raaschou-Nielsen og Foss 1997; 77



snydt på et tidspunkt. Der vil derfor opstå en situation svarende til den i afsnit 6.3.2 beskrevne, hvor ingen af parterne har incitament til samarbejde.

#### **6.3.4 Samarbejdets betydning**

Ovenfor er det antaget, at rammeaftaler kan anses som et gentaget spil med et endeligt antal perioder. Det blev vist, at hvis parterne ikke har incitament til at samarbejde i en enkelt periode vil den blotte gentagelse af spillet i et endeligt antal perioder ikke føre til et andet resultat. Det er derfor nødvendigt med en tidsbegrænset rammeaftale for at opnå samarbejde. En anden mulighed for at sikre samarbejde er, at parterne får forenelige interesser, deler information mellem sig og får større tillid til hinanden.

Samarbejdselementet i partnering kan anvendes til at skabe en relation mellem parterne og incitamentsbestemmelser og fordelingsnøgler kan desuden forene parternes interesse, således at der opstår et kontraktmiljø, hvor der er fokus på parternes fælles nytte. I en spilteoretisk analyse kan parterne derfor siges at gå fra at være individuelle rationelle til at være kollektive rationelle, da de nu fokuserer på fælles optimering. Dette betyder, at begge parter derfor nu vil vælge at samarbejde således, at payoff'et på (-1,-1) opnås. Der sker derfor en pareto-forbedring i forhold til den oprindelige nash-ligevægten på (-6,-6). Dette er et godt eksempel på, at der er fordele ved at skabe tillid mellem de to parter og ensrette deres interesser. Disse fordele er mulige at opnå, hvor der anvendes partnering i en rammeaftale, men selvfølgelig også ved partnering, der ikke er underlagt udbudsdirektivet. Dette gøres ved at inddrage bestemmelser, som understøtter samarbejde mellem parterne og sikre overensstemmende interesser mellem disse.<sup>242</sup>

#### **6.3.5 Underinvestering**

Der er desuden en risiko for, at den økonomiske aktør underinvesterer ved tidsbegrænsede aftaler. Rammeaftaler vil normalt være tidsbegrænsede<sup>243</sup>, hvorfor den økonomiske aktørs incitament til at foretage de nødvendige investeringer til den pågældende ydelse mindskes. Årsagen hertil er, at ved en kommende udbudsprocedure vil den økonomiske aktør ikke være sikker på at genvinde rammeaftalen og derfor ikke drage fuld nytte af investeringerne efter

---

<sup>242</sup> Se hertil afsnit 5.1.3 om opbygning af samarbejde og fælles interesser.

<sup>243</sup> Se afsnit 4.1.2

udløbet af den oprindelige rammeaftale. Dette problem vil vokse i takt med aktivspecifiteten, da kvasi-renten stiger.<sup>244</sup>

Den juridiske analyse viste dog, at det er muligt at have en varighed på rammeaftalen ud over fire år, såfremt dette er begrundet i rammeaftalens genstand. Dette kan bl.a. være, hvis en længere periode er nødvendig for en stor investering skal nå at kunne genvindes. Der er derfor ikke en risiko for, at investeringen ikke kan genvindes. Overskudsfordeling og incitamentsbestemmelser kan desuden sikre, at den økonomiske aktør foretager de rette investeringer, da gevinsten herved kommer denne til gavn.

#### **6.4 Delkonklusion**

Kontraktindgåelse mellem en ordregiver og en økonomiske aktør kan anses som "Fangernes dilemma", hvor parterne hver især har mulighed for at samarbejde eller snyde. Det samlet set største payoff kan opnås ved, at begge parter samarbejder, men ingen af dem har umiddelbart et incitament hertil. Dette kan ændres, hvis spillet gentages i det uendelige. En rammeaftale kan anses som et spil med flere perioder. Antallet af perioder heri er ikke uendelige, da rammeaftalen er tidsbegrænset. Dette betyder, at parterne ikke har et incitament til at samarbejde i den sidste periode eller nogle andre perioder. Anvendes partnering kan dette ændre sig, da hele partneringarrangement er opbygget til at understøtte samarbejde og parternes interesser er ensrettede gennem økonomiske incitament. Parterne vil derfor vælge det kollektive rationelle valg. Der er desuden en risiko for underinvestering fra den økonomiske aktørs side, da rammeaftalen er tidsbegrænset. Dette undgås dog, da der tillades en så høj periode, at den økonomiske aktør kan nå genvinde en evt. investering.

---

<sup>244</sup> Hagen 2005; 158-159. Se afsnit 3.1 om kvasi-renten

## 7. KAPITEL

### 7.1 Retsøkonomisk analyse

Den juridiske analyse har vist et negativt billede af foreneligheden mellem forhandlingen i partnering og udbudsdirektivet. Den økonomiske analyse har derimod vist, at der kan skabes værdi gennem forhandling. Der er derfor en divergens mellem de positive udfald, som forhandling kan skabe og udbudsdirektivets restriktioner herfor. Denne divergens søges med dette afsnit analyseret for at udlede, hvordan restriktionerne for forhandling påvirker den økonomiske efficiens af rammeaftaler. Dette gøres ved hjælp af en retsøkonomisk analyse, der analyserer den samfundsmæssige værdi ved traditionelle rammeaftaler, rammeaftaler med partnering og fuld partnering.

Der opstilles endnu en matrix, der illustrerer værdien som forhandling i traditionelle rammeaftaler, rammeaftaler med partnering og fuld partnering kan skabe. Der fokuseres på graden af forhandling og dialog mellem parterne, kaldet forhandlingsniveauet (forkortes FN i figur 7). Forhandlingsniveauet skal forstås som den grad, hvorved en part deler information med modparten og indgår i forhandling. Dette skal ses i sammenhæng med Edgeworth Box-analysen i afsnit 6.1, der viste, at parterne ved at dele viden og forhandle med hinanden kan skabe en merværdi. Hertil inddrages resultaterne fra "Fangernes dilemma"-analysen som viste, at begge parter går fra at være individuelle rationelle til kollektive rationelle, når der anvendes partnering i en rammeaftaler og partnering generelt. Fordelene ved at forene parternes interesser og understøtte samarbejdet inddrages derfor.

Der opstilles et udvidet "Fangernes dilemma", der udvider matrixen fra 2\*2 felter til 3\*3 for at kunne inddrage de tre muligheder; traditionelle rammeaftaler, rammeaftaler med partnering og partnering. Matrixen opstilles med de forskellige grader af forhandlingsniveau som en part kan og vil udvise, hvortil der er knyttet nogle payoff, hvilket ses i figur 7 nedenfor. Værdierne i matrixen angiver ikke en direkte økonomisk værdi, men symboliserer forholdet mellem de forskellige udfald. Værdiangivelse i matrixen repræsenterer det tab for samfundet, der opstår ved, at parterne ikke deler information og forhandler og udtrykker således ikke den økonomisk værdi af rammeaftalen.

**Figur 7**

		Økonomisk aktør		
		Lavt FN	Mellem FN	Højt FN
Ordregiver	Lavt FN	(-12,-12)	(-6,-14)	(-2,-16)
	Mellem FN	(-14,-6)	(-8,-8)	(-1,-10)
	Højt FN	(-16,-2)	(-10,-1)	(0,0)

Kilde: Egen tilvirkning

Ved traditionelle rammeaftaler foreligger der ikke megen forhandling mellem parterne, hvorfor det udviste forhandlingsniveau for hver part er lavt. Dette skyldes, at rammeaftalen er indgået som en traditionel kontrakt, der ikke understøtter vidensdeling og samarbejde mellem parterne. Dette svarer til situationen i Edgeworth box, hvor parternes farvede indifferenskurver er langt fra hinanden og forhandlingszonen stor. Den traditionelle rammeaftale støtter ikke relationen mellem parterne og ensretter deres interesse, hvorfor parterne er individuelle rationelle. Begge parters dominerende strategi er derfor at udvise en lav grad af forhandling og de ender derfor i payoff'et (-12,-12). Det samlede payoff ved almindelige rammeaftaler er -24, hvilket også er det samlet set værste resultat. Vælger en af parterne at dele information med en modpart, som ikke gør det samme, opnår de en forværring i forhold til (-12,-12). Dette skyldes, at den forhandlingsvillige part afholder omkostninger til at dele information. Den anden part udnytter den afgivne information og opnår fordelene herved.

Anvendes partnering uden hensyntagen til udbudsdirektivet, vil parternes interesser være så forenelige som muligt og hele arrangementet opfordre til vidensdeling og forhandling. Dette gør at forhandlingsniveauet kan betegnes som højt. I matrixen ses det, at parterne vil opnå et payoff på (0,0). Dette payoff er et pareto-optimal resultat, da ingen part kan stilles bedre, uden at modparten stilles ringere. Dette er i overensstemmelse med Edgeworth-box-analyse, der viste, at partnering kunne føre til et pareto-optimalt resultat. Parterne fokuserer på fælles nytte frem for deres egne. Dette betyder, at de vil "tvinges" hen i payoff'et (0,0), der derfor er det

eneste opnåelige resultat, når der anvendes partnering. Partnering har en evne til at minimere transaktionsomkostninger, når der foretages investeringer med blandet aktivspecifitet.<sup>245</sup> Resultatet fra den økonomiske analyse er derfor i tråd med det stærke Coase-theorem, der illustrerer betydningen af transaktionsomkostninger.

Anvendes partnering derimod i en EU-rammeaftaler sætter dette nogle restriktioner for parternes mulighed for at forhandle og hermed deres forhandlingsniveau. Mulighederne for at forhandle og tilpasse kontrakten er begrænset både før og efter tildelingen af rammeaftalen og ved tildelingen af de enkelte kontrakter i rammeaftalen. Det er dog muligt med anvendelsen af ændringsklausuler og funktionskrav at sikre et højere råderum for at forhandle og tilpasse kontrakten. Parternes mulighed for at dele information og forhandle kan derfor karakteriseres som værende på et mellem niveau. Selvom udbudsdirektivet sætter restriktioner i forhold til parternes forhandlingsmuligheder, tillader udbudsdirektivet stadig økonomiske incitamenters samt tillids- og relationsskabende aktiviteter. Dette betyder, at parterne er kollektive rationelle. Parterne vil derfor forhandle i den grad det er muligt, da forhandling kan øge deres fælles nytte. Det betyder, at parterne ender i payoff'et (-8,-8). Parterne vil her pga. den skabte tillid og relation mellem dem vælge ikke snyde modparten ved at afholde sig for at dele information og indgå i forhandling, hvorfor de ikke vil ende i resultaterne (-12,-12), (-14,-6) og (-6,-14).

Dette sammenholdes nu i endnu en matrix i figur 8. Som analyseret betyder anvendelsen af partnering, at parterne vil forsøge at opnå det kollektive bedste resultat. Det bedste opnåelige resultat afhænger af om partnering er indgået i en rammeaftale eller uden hensyn til udbudsdirektivet. De blå pile viser bevægelsesretningen, når der er indgået en rammeaftale med partnering og de røde, hvor partnering er indgået uden hensyntagen til udbudsdirektivet. Det betyder, at når partnering anvendes vil parterne ende i payoff'et (0,0), og når der anvendes partnering i rammeaftaler vil de ende i (-8,-8). Ved traditionelle rammeaftaler vil parterne ende i (-12,-12) som forklaret ovenfor. Dette betyder, at det reelt kun er tre resultater, der er mulige i matrixen. Dette er markeret i figur 8 ved, at disse felter er grønne.

---

<sup>245</sup> Se afsnit 3.1

**Figur 8**

		Økonomisk aktør		
		Lavt FN	Mellem FN	Højt FN
Ordregiver	Lavt FN	(-12,-12)	(-6,-14)	(-2,-16)
	Mellem FN	(-14,-6)	(-8,-8)	(-1,-10)
	Højt FN	(-16,-2)	(-10,-1)	(0,0)

Kilde: Egen tilvirkning

Ud fra ovenstående er det lagt til grund, at partnering skaber den bedste ramme for, at parterne kan forhandle sig frem til en pareto-optimal situation. Der er derfor ikke et samfundsmæssigt værditab her på grund af manglende udnyttelse af muligheden for at skabe en merværdi gennem forhandling. Det er muligt at opnå nogle af fordelene ved partnering til trods for udbudsdirektivet. Dette ses ved, at partnering i rammeaftaler medfører et højere payoff end traditionelle rammeaftaler. Det skyldes, at tilgangen til at indgå kontrakter er anderledes, hvilket optimerer kontraktforholdet. Det kan derfor anbefales, at anvende partnering i en rammeaftale, hvor dette er egnet.<sup>246</sup>

Baggrunden for at udbudsdirektivet forhindrer partnering i sin helhed er kravet om ligebehandling og gennemsigtighed, hvilke konkluderes i den juridiske analyse. Domstolen har i Pressetext præmis 34 udtalt, at princippet om gennemsigtighed og ligebehandling betyder, at der ikke må foretages væsentlige ændringer i en indgået kontrakt.<sup>247</sup> Det samme gælder for rammeaftaler. Forhandlingsforbuddet, der gælder inden indgåelse af en kontrakt eller rammeaftale, er desuden udsprunget af ligebehandlingsprincippet.

Principperne skal ses i sammenhæng med formålet med udbudsdirektivet. Det væsentligste formål hermed er at sikre at skabe et indre marked for offentlige indkøb samt sikre en effektiv konkurrence herfor. Dette gøres ved at sikre alle virksomheder lige adgang til at deltage i udbuddet og lige chance i forbindelse med konkurrencen.<sup>248</sup> Ud fra denne argumentation vil

<sup>246</sup> Se afsnit 3.1.3.2

<sup>247</sup> Sag C-454/06 Pressetext præmis 34

<sup>248</sup> Se afsnit 1.4.3.3.

en overskridelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet formodes at have en negativ effekt på konkurrencen. På baggrund heraf kan det konstateres, at konkurrencen prioriteres frem for ordregivers behov og effektivisering af den offentlige sektor.

Partnering sikrer dog gennem vidensdeling og forhandling, at parterne kan opnå et pareto-optimalt resultat, hvorfor det giver mere samfundsefficiente rammeaftaler end traditionelle rammeaftaler. Der bør derfor være en større mulighed for forhandling. Dette gælder både før og efter tildeling af en rammeaftale. Den omhyggelige ordregiver har mulighed for at sikre en høj grad af fleksibilitet efter tildelingen ved anvendelse af funktionskrav og ændringsklausuler. Retspraksis viser desuden, at der er en lempeligere bedømmelse af ændringer af indgåede kontrakter, når det skyldes udefrakommende forhold og hvis kontrakten er af kompleks karakter, hvilket også gælder for rammeaftaler.

Det er derfor især forbuddet mod forhandling inden tildelingen af en rammeaftale, der hindrer muligheden for at opnå samfundsefficiente resultater. Der bør derfor tillades en videre adgang for forhandling inden indgåelse af en rammeaftale således, at der opnås en større forenelighed med partnering.

## 8. KONKLUSION

Afhandlingens formål har været at analysere muligheden for at anvende partnering i en rammeaftale med en økonomisk aktør og de økonomiske konsekvenser herved. Partnering er en aftaleform, der er meget fleksibel og hvor parterne ved forhandling både før og efter partneringaftalens indgåelse forsøger at skabe den bedst mulige løsning. Udbudsdirektivet regulerer ikke indgåelsen af partnering, men stiller dog krav om dets procedurer følges, og at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overholdes.

Der kan indgås simple og komplekse rammeaftaler. Det kan ud fra Williamsons transaktionsomkostningsteori konkluderes, at det er alene relevant at indgå en rammeaftale med partnering, hvor rammeaftalen er kompleks. Det vil her siges, at den private part er nødt til at foretage investeringer, der er blandet aktivspecifikke. Rammeaftalen kan danne grundlag for parternes samarbejde om flere opgaver eller projekter. Det er dog en forudsætning, at aftalevilkårene i de indgåede kontrakter, baseret på rammeaftalen, kan rummes i rammeaftalens vilkår uden væsentlige ændringer.

Der foreligger et fuldt partneringarrangement, når parterne har mulighed for at indgå i en relation, der rækker videre end et enkelt projekt og som ikke er afgrænset til en bestemt periode. Rammeaftaler giver parterne mulighed for at udstrække deres samarbejde videre end til et enkelt projekt, men rammeaftaler kan dog højst indgås for en periode på fire år, undtagen i særlige tilfælde, som er behørigt begrundet i rammeaftalens formål. Partnering kan ikke i sig selv begrunde, at perioden udvides fra fire år, hvor parternes relation oftest vil være begrænset til en periode på maksimalt fire år.

De enkelte kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen må ikke indeholde væsentlige ændringer i forhold til den oprindelige rammeaftale ligesom der ikke må ske væsentlige ændringer i de kontrakter, der indgås. Dette betyder sammenholdt med forhandlingsforbuddet, at det er ikke muligt at opnå det niveau af forhandling som partnering indebærer.

Det kan derfor konkluderes, at når partnering anvendes i rammeaftaler, kan partnering i sin fulde form ikke opnås. Beskrivelse af rammeaftalens indhold ved hjælp af funktionskrav og medtagelse af ændringsklausuler i udbudsmaterialet kan dog sikre en højere grad af fleksibilitet. Det er desuden muligt at indarbejde kontraktbestemmelser, der understøtter



samarbejdet mellem parterne. Disse sikrer, at parterne er villige til at samarbejde og udnytte de muligheder, der er for at forhandle og forbedre ydelsen.

Det kan konkluderes på baggrund af Edgeworth-box-analysen, at det ikke er muligt at forhandle sig frem til et pareto-optimal resultat, når partnering anvendes i en rammeaftale, da adgangen til informationsudveksling og forhandling ikke er fri. Men det kan være muligt at opnå pareto-forbedringer i forhold til det tilfælde, hvor der ikke anvendes partnering i en rammeaftale. Dette skyldes, at inddragelsen af partnering sikrer et integrativt miljø i højere grad. Inddragelsen af partnering kan desuden sikre lavere transaktions- og agentomkostninger.

Den fulde gevinst ved partnering kan ikke opnås, når dette anvendes i en rammeaftale, da parternes mulighed for forhandling er begrænset. Det kan derfor konkluderes, at udbudsdirektivet har en negativ påvirkning for økonomisk efficiens af rammeaftaler i Danmark, og overordnet set i den Europæiske Union, da udbudsdirektivet forhindrer anvendelsen af partnering som kontraktform.

## 9. LITTERATUR- OG KILDEFORTEGNELSE

### Bøger

- Arrowsmith 2005      Arrowsmith, Sue. 2005. *The law of public and utilities procurement*. London: Sweet & Maxwell, 2. udgave
- Dutta 2001              Dutta, Prajit K.. 2001. *Strategies and Games. Theory and Practice*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 3. udgave
- Eide og Stavang 2008      Eide, Erling og Endre, Stavang. 2008. *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappelen Akademisk forlag
- Hagen 2005              Hagen, Kåre P. 2005. *Økonomisk politikk og samfunnsøkonomisk lønnsomhet*. Oslo: Cappelen Akademisk forlag
- Hartlev og Liljenbøl 2011      Hartlev, Kristian og Liljenbøl, Morten Wahl. 2011. Kapitel 9 "Ændringer af udbudte kontrakter". Bidrag til bogen *Aktuel Udbudsret*, Hagel-Sørensen, Karsten (red.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave
- Rose 2011              Kalle J. Rose. 2011. Partnering i EU udbud - en vej til værdiskabelse for den offentlige sektor. Se <http://studenttheses.cbs.dk/handle/10417/32/browse?value=Rose%2C+Kalle+Johannes&type=author>
- Knudsen 1997              Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi, bind 2 - Virksomhedsteori og industriøkonomi*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave
- Lippert-R. og Mols 1993      Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Niels Peter. 1993. *Transaktionsomkostningsteori - en introduktion til Williamson*, Aarhus: Institute of Management University of Aarhus
- Nielsen 2010              Nielsen, Ruth. 2010. *Udbud af offentlige kontrakter*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. reviderede udgave
- Nielsen og Tvarnø 2011      Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. 2011. *Retskilder og Retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. reviderede udgave
- Olesen 2004              Olesen, Karsten Naundrup. 2004. *Samfundsloddet*. København: Forlaget Thomson A/S, 1. udgave

- Pindyck og Rubinfeld 2009  
Pindyck, Robert S. og Rubinfeld, Daniel L. 2009. *Microeconomics*. New Jersey: Pearson Education Inc.
- Poulsen m.fl. 2011  
Poulsen, Sune Troels; Jakobsen, Peter Stig og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers. 2011. *EU-udbudsretten*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave
- Raaschou-Nielsen og Foss 1997  
Raaschou-Nielsen, Agnete og Foss, Nicolai Juul. 1997. *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi*. København: GadJura, 1. udgave
- Scheuing 1994  
Scheuing, Eberhard Eugen. 1994. *The Power of Strategic Partnering*. Portland, Oregon: Productivity Press, Inc.
- Sornn-Friese 2007  
Sornn-Friese, Henrik. 2007. *Hvad er en virksomhed? Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Frederiksberg: Forlaget Samfundslitteratur, 1. udgave
- Steinicke og Groesmeyer 2008  
Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise. 2008. *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave
- Treumer 2000  
Treumer, Steen. 2000. *Ligebehandlingsprincippet I EU's udbudsregler*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave
- Williamson 1985  
Williamson, Oliver. 1985. *The Economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press
- Partnering ABC  
Østergaard, Poul Høegh(red.). *Partnering ABC - en håndbog for beslutningstagere og deltagere i partneringprocessen - – med særligt henblik på den offentlige bygherre*, 2005

### **Artikler**

- Arrowsmith 1999  
Arrowsmith, Sue. 1999. Framework, Purchasing and qualification lists under the European procurement Directives: Part I. *Public Procurement Law Review* 1993(3): 115-146
- Brown 2008  
Brown, Adrian. 2008. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. *Public Procurement Law Review* 2008(6): NA253-267

- Eisenhardt Kathleen. 1989. M. Agency Theory: An Assessment and Review. *Academy of Management Review* vol. 14, No. 1: 57-74
- Liljenbøl 2010 Liljenbøl, Morten Wahl. 2010. Ændringer i bestående kontraktforhold - udbudsretlige udfordringer i Offentlig-Private Partnerskaber (OPP). *Tidsskrift for Bolig- og Byggeret*, TBB2010.15
- Lomas og Broomhall 1993 Lomas, Paul og Broomhall, David. 1993. Partnering: an acceptable strategy for utilities? *Public Procurement Law Review* 1993(5): 221-236
- Murnighan m.fl. Murnighan, J. Keith; Babcock, Linda; Thompson, Leigh; Pillutla, Madan. 1999. The informations dilemma in negotiation: effects of experience , incentives, and integrative potential. *The International Journal of Conflict Management* 1999, Vol. 10, No. 4: 313-339
- Overvad m.fl. 2005 Overvad, Lisbeth; Bardeleben, Kurt; Hartlev, Kristian. 2005. Vejpartnering - en mulighed for de nye storkommuner, som skal have styr på nedslidte og hullede veje. *Dansk vejskrift*, april 2005: 26-27
- Parker og Hartley 1997 Parker, David og Hartley, Keith. 1997. The economics of partnering sourcing versus adversarial competition: a critique. *European Journal of Purchasing & Supply Management* vol. 3, no. 2: 115-125
- Poulsen 2012 Poulsen, Sune Troels. 2012. The possibilities of amending a public contract without new competitive tendering procedure under the EU law, *Public Procurement Law Review* 2012(5): 167-187
- Rawlinson og Langdon 2007 Rawlinson, Simon og Langdon, Davis. 2007. Procurement Framework. *Building Magazine* 23.11.2007; 66-69.  
[http://www.davislangdon.com/upload/StaticFiles/EME%20Publications/Procurement%20Publications/ProcurementFrameworks\\_Nov07.pdf](http://www.davislangdon.com/upload/StaticFiles/EME%20Publications/Procurement%20Publications/ProcurementFrameworks_Nov07.pdf)

- Treumer 2012 Treumer, Steen. 2012. Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011. *Public Procurement Law Review* 2012(5): 153-166
- Tvarnø 2002 Tvarnø, Christina. 2002. Partnering - en aftaleretlig udfordring; 2002, *RETTID* 2002: 74-81
- Tvarnø 2003a Tvarnø, Christina. 2003. Partnering - i et økonomisk og juridisk perspektiv; Working Paper, marts 2003: 1-33. Se <http://www.cbs.dk/Forskning/Institutter-centre/Institutter/LAW/Menu/Medarbejdere/Menu/Videnskabelige-medarbejdere/Videnskabelige-medarbejdere/Professorer/tvarno>
- Tvarnø 2003b Tvarnø, Christina. 2003. Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. *Juridisk Institut, Julebog 2003*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave: 249-268
- Tvarnø 2004 Tvarnø, Christina. 2004. Offentlig-Private Partnerskaber. *Fra Juridisk Institut, Julebog 2004*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave: 297-316
- Tvarnø 2005 Tvarnø, Christina. 2005. Hvorfor og hvornår skal man anvende en partneringaftale. Se <http://www.it-c.dk/courses/SPLS/E2010/SES-Tvarnoe-Partnering2.pdf>
- Tvarnø 2010a Tvarnø, Christina. 2010. Does EU public procurement prevent negotiation? In Public-private collaborative contracts. Conference paper submitted to the International negotiation conference at CBS 8.+ 9. April 2010. Se <http://www.cbs.dk/Forskning/Institutter-centre/Institutter/LAW/Menu/Medarbejdere/Menu/Videnskabelige-medarbejdere/Videnskabelige-medarbejdere/Professorer/tvarno>
- Tvarnø 2010b Tvarnø, Christina. 2010. Does the Danish interpretation of EC public procurement law prevent PPP?. *Public Procurement Law Review* 2010(2): 73-89
- Østergaard 2003b Østergaard, Kim. 2003. Metode på cand.merc.jur. studiet. *Juridisk Institut, Julebog 2003*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave: 269-285

## **Supplerende litteratur**

- Coase 1937 Coase, Ronald. 1937. The nature of the firm, *Economica*, IV, november: 386-405
- Coase 1960 Coase, Ronald. 1960. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* Vol. 3, (Oct., 1960): 1-44

## **Retskilder**

### **Regulering**

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

Direktiv 71/305/EØF Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

Direktiv 93/36/EØF Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb

Direktiv 93/37/EØF Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

Forsyningsvirksomhedsdirektivet

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomheds-direktivet«)

Udbudsdirektivet

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EU-Tidende nr. L 134 af 30. april 2004, s. 114, som ændret ved dele af Kommissionens direktiv 2005/51/EF af 7. september 2005 om ændring af bilag XX til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og bilag VIII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF om offentlige kontrakter, EU-Tidende nr. L 257 af 1. oktober 2005, s. 127, og dele af Rådets direktiv 2006/97/EF af 20. november 2006 om tilpasning af visse direktiver vedrørende frie varebevægelser på grund af Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse, EU-Tidende nr. L 363 af 20. december 2006, s. 107.

Kontroldirektivet Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Lov om håndhævelse af udbudsreglerne (håndhævelsesloven), lov nr. 492 af 12. maj 2010, med senere ændringer lov nr. 1556 af 21. december 2010, lov nr. 618 af 14. juni 2011 og lov nr. 1231 af 18. december 2012

Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011, med ændringer bek. nr. 895 af 17. august 2011

## **Retspraksis**

### **EU-domstolen**

C-243/89 Storebælt Domstolens dom af 22. juni i sag C-243/89 Kommissionen mod Danmark (Storebælt), Saml. 1993 I-03353.

C-87/94 Kommissionen mod Belgien

Domstolens dom af 25. april 1996 i sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Saml. 1996 I-02043

C-337/98 Kommissionen mod Frankrig

Domstolens dom af 5. oktober 2000 i sag C-337/98 Kommissionen mod Frankrig, Saml. I-08377

C-496/99P, Cas Succhi di Frutta

Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99P, Kommissionen mod Cas Succhi di Frutta, Saml. 2004 I-03801

C-454/06 Presstext

Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, Saml. 2008 I-04401

C-451/08 Helmut Müller

Domstolens dom af 25. marts 2010 i sag C-451/08 Helmut Müller GmbH mod Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, Saml. 2010 I-02673

C-91/08, Wall

Domstolens dom (Store Afdeling) af 13. april 2010 i sag C-91/08 Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (FES), Saml. 2010 I-02815

## **Danske domme**

Østre Landsrets dom af 11. oktober 2007, B-1982-06, Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S mod Unicomputer A/S

## **Klagenævnet for Udbud**

kendelse af 29. september 2003, *Unicomputer A/S mod Greve Kommune*

kendelse af 5. november 2003, *Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede Kommune*

kendelse af 27. april 2006, *Unicomputer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

kendelse af 18. februar 2008, *Willis I/S mod Lejerbo*

kendelse af 21. april 2009, *Hoffmann A/S mod Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo*

kendelse af 14. juli 2009, *Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune*

kendelse af 16. oktober 2009, *Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden*

kendelse af 7. december 2010, *GlaxoSmithKline mod Statens Serum Institut*

kendelse af 3. november 2011, *Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet*

## **Forarbejder**

KOM(2000) 275 endelig/2 Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (forelagt af Kommissionen)

Rådets fælles holdning (EF) nr. 33/2003 af 20. marts 2003

Fælles holdning (EF) nr. 33/2003 af 20. marts 2003 vedtaget af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

SEK(2003)366final af 25. marts 2003

Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit, vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter



KOM(2011)896

Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige indkøb af 20. december 2011

### **Vejledninger, meddelelser, rapporter og afgørelser**

#### **Kommissionen**

KOM(98)143, Kommissionens meddelelse - Offentlige indkøb i den Europæiske Union

KOM(96)583, Grøn bog: Offentlige indkøb i EU overvejelser for fremtiden

C(2002)3578fin, Kommissionens afgørelse af 2. oktober 2002, sag N-264/02, London Underground Public Private

CC/2005/FR, Kommissionens Explanatory Note - Framework agreements - Classic directive

#### **Andre**

Erhvervs- og Byggestyrelsens "Vejledning i partnering - med særligt henblik på offentlige og offentligt støttede bygherrer" fra januar 2006

Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne fra juni 2006

Udbudsportalen "Seks modeller for offentlig-privat samarbejde - en guide til kommunerne" fra 2011

Udbudsportalen "Partnerskabsmodel - Hvad er et partnerskab?", herunder Eksempelsamling - generel vejledning - privat", og "Eksempelsamling - generel vejledning - offentlig"

Se <http://www.udbudsportalen.dk/Vejledninger/Servicepartnerskaber/Partnerskabsmodel---Hvad-er-et-partnerskab/>

Udbudsrådet, Analyse af bedste praksis for brug af rammeaftaler, juni 2011

#### **Hjemmesider**

<http://www.udbudsraadet.dk/om-udbudsraadet/>

<http://www.udbudsportalen.dk/Om-portalen/>