

Når virksomheder afgiver fælles bud

- en vejledning om konsortiesamar-
bejde i forhold til konkurrenceloven

Vejledning

2020



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf.: +45 41 71 50 00
E-mail: kfst@kfst.dk

September 2020 – Denne vejledning erstatter vejledningen fra oktober 2018

Online ISBN 978-87-7029-734-9

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Indhold

Kapitel 1	4
Indledning	4
1.1 Konsortier og konkurrencereglerne.....	6
1.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering.....	7
1.3 Vejledningens indhold	8
1.4 Gode råd til virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium	9
Kapitel 2	12
Begrænser konsortiet konkurrencen?	12
2.1 Hvornår er man konkurrenter?	13
2.2 Er der flere deltagere end nødvendigt?	28
2.3 Vurdering af konsortier mellem konkurrenter i forhold til opgaven	29
Kapitel 3	35
Effektivitetsfordele ved konsortier	35
3.1 Effektivitetsfordele der kan bevirke, at konsortiet er lovligt.....	35
3.2 Grøppefritagelser	43
Kapitel 4	45
Informationsudveksling i forbindelse med konsortier	45
4.1 Informationsudveksling når konsortium overvejes.....	46
4.2 Informationsudveksling under samarbejdet.....	47

Kapitel 1

Indledning

Udbud af offentlige og private opgaver sker med henblik på at skabe konkurrence om opgaverne. I nogle tilfælde går virksomheder sammen om at afgive fælles bud på en offentlig eller privat opgave. Sådanne samarbejder kaldes ofte "konsortier", men selve betegnelsen er dog ikke afgørende for den konkurrenceretlige vurdering. I Danmark er det ret udbredt at indgå i den type samarbejde, og det kan være af stor værdi for både de offentlige og de private ordregivere. Det kræver imidlertid, at sådanne samarbejder ikke i realiteten begrænser konkurrencen og evt. er i strid med konkurrenceloven, men i stedet medvirker til at skabe værdi for kunderne.

Det er således vigtigt at være opmærksom på konkurrencereglerne, når man overvejer at indgå i et konsortium. Konkurrencereglerne forbyder, at virksomheder indgår konkurrencebegrænsende aftaler. Dette forbud har været i den danske konkurrencelov siden 1998, men har været gældende efter det tilsvarende forbud i EU's konkurrenceregler siden Danmark i 1972 blev medlem af De Europæiske Fællesskaber, jf. også boks 1.1 nedenfor. Det er også disse principper, der ligger til grund for sagen om Dansk Vejmarkerings Konsortium, der senest blev stadfæstet ved Højesteret.¹

Konkurrencereglerne er indrettet således, at konsortier, der er til gavn for forbrugerne², typisk er lovlige, hvis visse andre betingelser i konkurrencelovens § 8 i øvrigt er opfyldt – også selvom konsortiet umiddelbart er konkurrencebegrænsende, jf. kapitel 3 nedenfor.

Helt overordnet gælder, at et konsortium typisk vil være lovligt efter konkurrencelovens § 6, hvis konsortiedeltagerne ikke er konkurrenter i forhold til den opgave, konsortiet skal udføre. Konsortiet vil tilsvarende være lovligt efter konkurrencelovens § 8, hvis virksomhederne løser opgaven mærkbart bedre og/eller billigere for ordregiveren end, hvis de bød alene, og virksomhederne i øvrigt ikke udveksler mere information, end hvad der er nødvendigt for at løse opgaven. Mange konsortier vil derfor være gavnlige for konkurrencen.

Et konsortium, hvor deltagerne hver især kan byde på opgaven og derfor er konkurrenter om opgaven, og hvor samarbejdet ikke er til gavn for ordregiveren og dermed ikke opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 8, vil normalt ikke være lovlige. Ligeledes kan det i helt særlige tilfælde være problematisk, hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt for at løse den konkrete opgave, jf. afsnit 2.2 nedenfor. Konsortier, der svækker konkurrencen om opgaven og eventuelt medfører højere priser, har samme virkninger som et egentligt kartel. Denne form for samarbejde er skadeligt for forbrugerne og for det store flertal af virksomheder, som efterlever konkurrencereglerne.

¹ Jf. Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCØ A/S*.

² Begrebet "forbrugere" skal forstås bredt og omfatter således alle aftagere af det produkt eller den ydelse, som et samarbejde om at afgive fælles bud vedrører, herunder fx offentlige ordregivere i et offentligt udbud. Se kapitel 3 herom.

Når en virksomhed skal vurdere sin kapacitet i forhold til en konkret opgave, kan det have betydning, om virksomheden er en del af en koncern, hvor det er muligt at trække på koncernens kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer. Det er dog ikke de formelle (fx selskabsretlige) strukturer, der i sig selv er afgørende for vurderingen af et selskabs kapacitet.³

Det er virksomhedernes eget ansvar at overholde konkurrencereglerne. Det er derfor virksomhederne selv, der skal vurdere, om et samarbejde er lovligt. Virksomhederne ved i mange tilfælde godt, om et samarbejde er til gavn for forbrugerne, og om de øvrige betingelser er opfyldt. Hvis man er i tvivl, om et konsortium er lovligt, bør man søge juridisk rådgivning fx hos en advokat, inden man indleder samarbejdet uden, at det dog kan fritage virksomheden for ansvar.

Desuden kan virksomheder søge uformel vejledning hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om et påtænkt samarbejde. Processen for at indhente uformel vejledning og hvilke oplysninger man skal indgive, er nærmere beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om processer i konkurrencesager, som ligger på styrelsens hjemmeside.

Boks 1.1 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Det fremgår af konkurrencelovens § 6, at:

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

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder har som nævnt været en del af konkurrenceloven siden 1998. Det fremgår bl.a. af forarbejderne fra 1997 til konkurrenceloven, at:

"Enhver form for konkurrencebegrænsning rammes af forbudet [sic] i § 6. [...] Udtrykket "til formål eller til følge" er alternative kriterier. Forbudet [sic] rammes således både aftaler m.v., der tilsigter begrænsninger, selv om de ikke får denne virkning, og aftaler m.v., der har sådanne virkninger, uanset intentionerne. § 6 kræver således ikke, at der faktisk har fundet en påvirkning sted."⁴

Idet enhver form for konkurrencebegrænsning rammes af forbuddet, har konsortieaftaler mellem konkurrenter, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, også være omfattet af dette forbud siden 1998. Det fremgår imidlertid også af forarbejderne fra 1997, at en konsortieaftale vil kunne anses for lovlig:

"Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene vil have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer)."⁵

Tilsvarende fremgår det af de horisontale retningslinjer fra EU-Kommissionen,⁶ at:

³ Jf. fx Kommissionens afgørelse af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2, *GEAE/P & W*, pkt. 74. Det bemærkes, at sagen vedrører et samarbejde om udvikling af en ny flymotor, som indebærer store investeringer og en lang indtjeningsmæssig tidshorisont. De to virksomheder, der samarbejdede om projektet, tilhørte internationale selskaber med betydelige finansielle ressourcer.

⁴ Jf. Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, konkurrenceloven, FT 1996/1997, tillæg A, side 3659, v.sp.

⁵ Jf. Forarbejder til lov nr. 384 af 10. juni 1997, konkurrenceloven, FT 1996/1997, tillæg A, side 3659, v.sp.

⁶ Jf. Kommissionens meddelelse af 14. januar 2011 om retningslinjer for anvendelse af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01) ("De horisontale retningslinjer").

*"Prisfastsættelse er et af de vigtigste konkurrencemæssige problemer i forbindelse med markedsføringsaftaler mellem konkurrenter. Aftaler, der kun omfatter fælles afsætning, har generelt til formål at samordne konkurrerende producenter eller serviceudbydernes prispolitik."*⁷

og videre, at:

"En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejde, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer. Et konkret eksempel herpå er konsortieaftaler, der giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre enkeltvis. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1."⁸

1.1 Konsortier og konkurrencereglerne

Konkurrence om en opgave medfører lavere priser og/eller bedre kvalitet i opgaveløsningen. Når to virksomheder, der hver især er i stand til at byde på en opgave, indgår en aftale om at afgive et fælles bud på opgaven, vil der være risiko for, at der bliver afgivet færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen. Dette medfører, at den konkurrence og usikkerhed om konkurrenters ageren, der ellers ville have været mellem de to tilbudsgivere, sættes ud af kraft, og at den normale konkurrence på markedet fordrejes. Dette vil normalt medføre dyrere eller ringere bud.

Mange samarbejder og konsortier vil være lovlige efter konkurrencereglerne. Det kan enten være fordi deltagerne ikke er konkurrenter i forhold til opgaven, eller fordi de direkte fordele for kunderne ved, at virksomhederne går sammen, overstiger de konkurrencemæssige ulemper (og visse andre betingelser i øvrigt er opfyldt, jf. kapitel 3 herom).

Så længe deltagerne ikke er konkurrenter om den konkrete opgave, og der ikke foreligger særlige forhold som fx, at der deltager flere end nødvendigt, jf. afsnit 2.2, vil selve det, at de danner et konsortium og afgiver et fælles bud, således ikke i sig selv være problematisk i forhold til konkurrencereglerne.

Hvis der derimod er tale om, at deltagerne er aktuelle eller potentielle konkurrenter om opgaven, vil det skulle vurderes, hvorvidt konsortiet begrænser konkurrencen (dvs. om samarbejdet har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen). Hvis dette er tilfældet, og konsortiet i øvrigt ikke er omfattet af en gruppefritagelse eller bagatelreglerne (som kan have relevans ved såkaldte "til følge"-overtrædelser), vil konsortiet alene være lovligt, hvis det medfører effektivitetsfordele, hvis gevinsterne heraf kommer forbrugerne til gode, hvis de konkurrencebegrænsende elementer i samarbejdet desuden ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at løse opgaven, og hvis aftalen ikke udelukker konkurrencen om opgaven.

Konsortier, der fører til færre, dyrere eller dårligere tilbud, er skadelige for ordregiverne. Sådanne konsortier er ulovlige. Eftersom de udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne, er de også strafbare.

⁷ Jf. De horisontale retningslinjer, punkt 234.

⁸ Jf. De horisontale retningslinjer, punkt 237.

Set ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er selve formen for og benævnelsen af samarbejdet ikke afgørende. Der gælder således ikke særlige regler for konsortier. Det er samarbejdets reelle indhold, og ikke dets betegnelse, der er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering.

Denne vejledning vedrører samarbejder, hvor virksomheder går sammen i forhold til et konkret udbud med henblik på at afgive et fælles bud. De overordnede principper, der kommer til udtryk i denne vejledning, vil også gælde andre former for samarbejder mellem virksomheder i forbindelse med udbud, fx underleveranceaftaler. Underleveranceaftaler vil ikke blive gennemgået yderligere i denne vejledning.

Ved fortolkningen af de danske konkurrenceregler er EU-praksis vejledende, og i sager med samhandelspåvirkning anvendes EU-konkurrencereglerne direkte. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet tilstræber at have samme praksis som de øvrige lande, der følger praksis fra EU-Kommissionen og EU-Domstolen. Vejledningen har derfor været drøftet med EU-Kommissionen og konkurrencemyndigheder i andre lande, ligesom vejledningen indrager en række EU-afgørelser og afgørelser fra andre lande, hvor vurderingen baserer sig på EU-praksis.

1.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering af sager

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan efter konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt., beslutte, hvilke sager Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ønsker at prioritere at bruge ressourcer på.

I Danmark har der i de senere år været et par konkurrencesager om fælles bud. Særligt sagen om Dansk Vejmarkerings Konsortium⁹ har medført øget opmærksomhed på konsortieaftaler. I denne sag fastslog Højesteret – ligesom Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet – at en konsortieaftale skal vurderes med afsæt i den konkurrenceretlige analyse, som hidtil har været anvendt i retspraksis. Det skal således først vurderes, om virksomhederne er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til den udbudte opgave. Herefter skal det vurderes, om aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og endeligt, om der er effektivitetsfordele forbundet med aftalen, der opvejer de eventuelle konkurrencebegrænsninger. Højesteret fandt, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter om den udbudte opgave, da virksomhederne havde kapacitet til at byde på delbud. Højesteret fandt videre, at konsortieaftalen objektivt set var egnet til (og konkurrenceretligt havde til formål) at begrænse konkurrencen, da aftalen ikke havde karakter af et produktionssamarbejde eller i øvrigt lagde op til et samarbejde mellem virksomhederne omkring de pågældende ydelser, og dermed alene udgjorde en fordeling af de pågældende distrikter imellem parterne. Endeligt fandt Højesteret, at det ikke var godtgjort, at betingelserne for en individuel fritagelse var opfyldt.¹⁰

Hvis der er tale om et væsentligt integreret samarbejde mellem konkurrenter med henblik på at afgive fælles bud, vil der ikke skulle anlægges en "til formåls"-vurdering, men derimod en "til følge"-vurdering, jf. i øvrigt kapitel 2. Hvis samarbejdet har til følge at begrænse konkurrencen, vil det fortsat skulle undersøges, om samarbejdet medfører effektivitetsfordele – bl.a.

⁹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

¹⁰ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

som følge af integrationen af aktiver og/eller kompetencer – som kan opveje de negative følger på konkurrencen, jf. se kapitel 3 herom.

Det gælder også i de sager, der er blevet taget op, at der klart og utvivlsomt ikke har været et effektivitetsforsvar for samarbejdet. Det skal bl.a. også ses i lyset af, at der ikke var nogen nævneværdig grad af integration af virksomhedernes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer i forbindelse med udførelsen af opgaven. De sager, som er blevet taget op, var således alene udtryk for aftaler om markedsdeling og fælles prisfastsættelse og har dermed været af den kategori, der er blevet anset for at have *til formål* at begrænse konkurrencen.

Sagerne har derfor været kendetegnet ved, at Konkurrencerådet har vurderet, at der var tale om klare overtrædelser af reglerne og har typisk også handlet om virksomheder, der er nære konkurrenter med store samlede markedsandele eller brancher, som er kendetegnet ved begrænset konkurrence, jf. i øvrigt boks 1.2 om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering af sager.

Boks 1.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering af sager

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen prioriterer generelt de sager, der vurderes at have størst effekt for konkurrencen og for forbrugerne. Det kan også omfatte principielle spørgsmål, som rækker ud over den konkrete sag.

I forbindelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af, hvorvidt en specifik sag om at afgive fælles bud på en konkret opgave skal prioriteres, vil der almindeligvis blive lagt vægt på, om en eller flere af følgende elementer er til stede:

- » Parterne har en stor markedsandel på det marked, som opgaven er en del af,
- » Parternes aktiviteter er meget overlappende, dvs. parterne fx ikke er specialiseret inden for forskellige segmenter,
- » Samarbejdet indebærer ikke en integration af parternes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på frembringelsen af det konkrete produkt eller ydelse for at kunne afgive et bedre bud,
- » Samarbejdet medfører ikke oplagte effektivitetsfordele, eller
- » Parterne kunne hver især have budt på opgaven selv.

1.3 Vejledningens indhold

Vejledningen gennemgår, hvordan Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer konsortier efter konkurrencereglerne.

For at undgå at overtræde konkurrenceloven skal en virksomhed, der ønsker at byde på en opgave sammen med en eller flere andre virksomheder, foretage en række overvejelser.

Virksomheden skal først og fremmest afklare, om den kan klare den udbudte opgave selv. Det afhænger blandt andet af den måde, udbuddet er tilrettelagt på. Hvis virksomheden efter en objektiv vurdering fastslår, at de realistisk kan eller vil kunne løfte opgaven selv, men alligevel vælger at indgå i et konsortium og dermed afgive et fælles bud, kan der være tale om et samarbejde, der begrænser konkurrencen (dvs. har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen). Vejledningens *kapitel 2* redegør nærmere for, hvornår virksomheder er aktuelle eller potentielle konkurrenter.

Hvis der er tale om en opgave, som virksomheden kan løse selv, og samarbejdet har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen og i øvrigt ikke er omfattet af konkurrencelovens

gruppefritagelser (eller de bagatelregler, der kun gælder for såkaldte "til følge"-overtrædelser), skal virksomheden dernæst afklare, om der er effektivitetsfordele ved konsortiet samt, hvorvidt gevinsterne herved kommer forbrugerne til gode og opvejer de negative virkninger fra begrænsningen af konkurrencen. Vejledningens *kapitel 3* uddyber spørgsmålet om effektivitetsfordele og de nævnte gruppefritagelser.

Det er endvidere vigtigt at være opmærksom på, at de informationer, som bliver udvekslet mellem virksomheder, der deltager i et konsortium, eller mellem virksomheder, som drøfter muligheden herfor, ofte vil udgøre oplysninger om centrale konkurrenceparametre. Udveksling af sådanne oplysninger kan i sig selv begrænse konkurrencen, og virksomhederne skal derfor være meget varsomme hermed. Dette er nærmere behandlet i vejledningens *kapitel 4*.

1.4 Gode råd til virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium

Med afsæt i denne vejledning følger neden for en række gode råd til virksomheder om, hvilke konkurrenceretlige overvejelser de skal gøre sig, når de overvejer at indgå i et konsortium:

1. I må gerne indgå en konsortieaftale, hvis I objektivt set ikke er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til det konkrete udbud.

Din virksomhed må som udgangspunkt gerne indgå en konsortieaftale, hvis din virksomhed hverken er aktuel konkurrent om det konkrete udbud eller potentiel konkurrent om det konkrete udbud med den virksomhed, som du ønsker at indgå aftalen med. I dette tilfælde vil selve indgåelsen af et konsortium ikke være et konkurrenceretligt problem, medmindre der gælder nogle helt særlige forhold, jf. fx at der er flere deltagere end nødvendigt, jf. afsnit 2.2.

Du skal dog fortsat være opmærksom på eventuelle øvrige konkurrenceretlige problematikker i forbindelse med udformningen af konsortieaftalen, fx må samarbejdet ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for at udføre den konkrete opgave som fx at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger i forhold til markeder, hvor I er aktuelle eller potentielle konkurrenter.

2. Hvis du tidligere har budt på en opgave alene, vil dette pege i retning af, at du kan byde på opgaven eller en lignende opgave alene, når denne udbydes på ny.

Hvis din virksomhed tidligere har kunnet byde på en opgave, og dermed været i stand til at udføre opgaven alene, vil dette pege i retningen af, at din virksomhed også vil have kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til at varetage opgaven eller en lignende opgave alene, når denne udbydes på ny, medmindre der fx er sket nogle ændringer i din virksomheds kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer.

3. Lav en realistisk vurdering af, om din virksomhed udgør en aktuel konkurrent eller en potentiel konkurrent i forhold til den konkrete opgave.

Dette bør du have fastlagt, inden du taler med andre virksomheder herom. Det afgørende er her, om din virksomhed objektivt set er i stand til at udføre opgaven – ikke om din virksomhed ikke ønsker at udføre opgaven alene.

Aktuel konkurrent i forhold til udbuddet: Lav en realistisk vurdering af, om din virksomhed allerede har den nødvendige kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer som udbuddet kræver. Forretningsmæssige overvejelser om, hvorvidt din virksomhed ønsker at byde på den konkrete opgave alene, er uden betydning herfor.

Potentiel konkurrent i forhold til udbuddet: Lav en realistisk vurdering af, om din virksomhed objektivt set har en reel mulighed for at udvide kapaciteten, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til det, der er nødvendigt for at kunne byde alene.

-
4. Hvis du indgår en samarbejdsaftale med en virksomhed, og har undersøgt, om I kan byde på den konkrete opgave hver for sig, kan det være en fordel at kunne dokumentere fx kapacitetsberegninger.

I en eventuel konkurrencesag vil det være en fordel, hvis du kan dokumentere, hvorfor du eventuelt mener, at din virksomhed ikke har – eller ikke kan få – tilstrækkelig kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til den opgave, udbuddet vedrører, og hvilke overvejelser der ligger bag.

Almindeligvis vil konkurrencemyndighederne ikke prioritere en sag, hvor det umiddelbart vurderes, at der i et samarbejde er effektivitetsfordele til gavn for forbrugerne.

5. Rene afsætningsamarbejder er typisk ulovlige, hvis I er konkurrenter i forhold til den udbudte opgave.

En konsortieaftale mellem din virksomhed og en konkurrerende virksomhed, som reelt alene er udtryk for en aftale om afsætning af din virksomheds individuelle produkter eller ydelser, vil blive anset for at have til formål at begrænse konkurrencen og dermed som udgangspunkt være ulovligt. Dette vil fx være tilfældet, hvor deltagerne fordeler udførelsen af en konkret opgave imellem sig uden at integrere deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer.

6. Undlad at udveksle mere information end nødvendigt.

Ved vurderingen af om du kan indgå en aftale med en anden virksomhed om at afgive fælles bud på en konkret opgave, skal du være opmærksom på, hvilke oplysninger du udveksler.

Du må ikke oplyse konkurrencefølsomme oplysninger i videre omfang end nødvendigt. Fx må I ikke drøfte til hvilken pris I skal byde, inden det er afklaret, om I er (aktuelle eller potentielle) konkurrenter i forhold til opgaven. Sådanne oplysninger vil kunne mindske virksomhedernes uafhængige beslutningstagen og incitament til at konkurrere.

Konkurrencefølsomme oplysninger vil typisk vedrøre priser, produktion, kunder, markeder, salg og omkostninger, men kan også vedrøre andre kommercielle vilkår.

7. Undlad at udveksle mere information end hvad der er nødvendigt for den konkrete opgave, som konsortiet er etableret for at udføre.

Selvom samarbejdet er lovligt, er det vigtigt at huske, at I kan være konkurrenter i forhold til andre opgaver. Udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger ud over, hvad der er nødvendigt, vil derfor kunne være ulovligt.

8. Hvis I er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til opgaven, men et samarbejde medfører effektivitetsgevinster, som kommer ordregiver til gode og derigennem mindst opvejer konkurrencebegrænsningen, er det en fordel at kunne dokumentere disse.

I en eventuel konkurrencesag vil det være en fordel at kunne dokumentere, at konsortiet fører til fx lavere priser, bedre produktkvalitet eller større udvalg af de produkter eller tjenesteydelser, udbuddet vedrører, og at de har et omfang, der mindst opvejer konkurrencebegrænsningen.

Der kan fx være tale om kvantitative gevinster fx i form af omkostningsbesparelser som følge af en reduktion i brugen af ressourcer eller stordriftsfordele.

Der kan også være tale om kvalitative gevinster fx i form af et nyt eller forbedret produkt/ydelse.

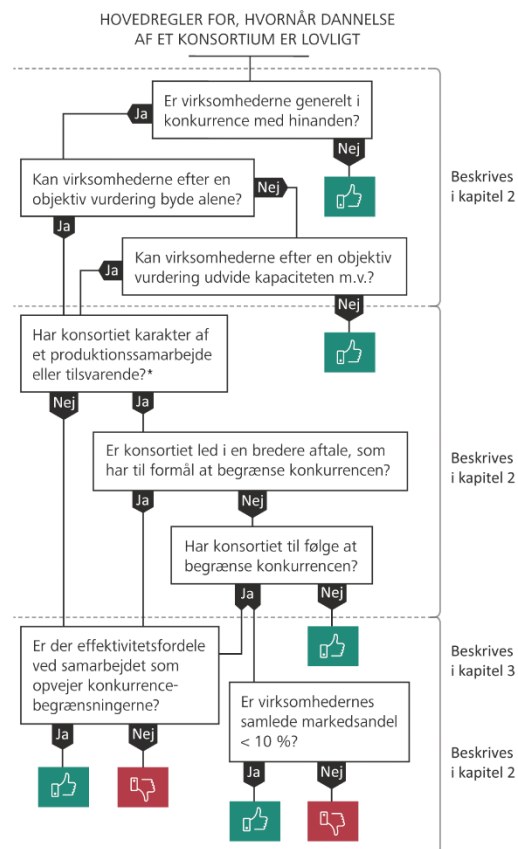
9. Udvid ikke et konsortiesamarbejde til at omfatte mere end den opgave, I er gået sammen om at udføre.

Selvom I ikke er konkurrenter i forhold til én opgave, vil I kunne være konkurrenter i forhold til andre opgaver. Det skal derfor vurderes fra gang til gang, om I kan deltage i et konsortium i forhold til hver enkelt opgave.

10. Hvis du er i tvivl, kan du søge juridisk bistand.

I figuren nedenfor er det forsøgt at give en lidt mere generel og trinvis oversigt over de overvejelser, en virksomhed evt. skal igennem for at vurdere, om dannelse af et konsortium er lovligt i henhold til konkurrencereglerne. Der er tale om en stiliseret beskrivelse, som ikke nødvendigvis skal følges trin for trin. Illustrationen vedrører alene selve dannelsen af et konsortium og ikke andre mulige konkurrencebegrænsninger som følge af samarbejdet, fx ulovlig informationsudveksling, jf. kapitel 4. For nærmere uddybning af, hvordan et konsortium skal vurderes, henvises til kapitel 2 og 3.

Figur 1.1 Hovedregler for, hvornår dannelse af et konsortium er lovligt



Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

* Herved forstås, om parterne har integreret deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe et konkret produkt eller ydelse.

Kapitel 2

Begrænser konsortiet konkurrencen?

Udgangspunktet i konkurrenceloven er, at et samarbejde mellem virksomheder (herunder konsortier), der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er forbudt. Det følger af konkurrencelovens § 6. Hvis der er samhandelspåvirkning, vil konsortiet også være i strid med EU-konkurrencereglerne (TEUF artikel 101). Konkurrencelovens § 6, stk. 1, lyder:

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

Helt overordnet gælder, at aftaler, som har *til formål* (”by object”) at begrænse konkurrencen, er kendetegnet ved, at de i deres natur er egnede til at skade konkurrencen.

”Til formål” knytter sig således til aftalens karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng og ikke til, hvad der måtte være den subjektive hensigt med aftalen. Denne kategori af aftaler omfatter fx aftaler om priser og markedsdeling. Andre former for samarbejde (som ikke ligger i ”til formåls”-kategorien) skal undergives en vurdering af, om de har konkurrencebegrænsende virkninger for derigennem at fastlægge, om de har *til følge* at begrænse konkurrencen (”by effect”), jf. afsnit 2.3.2.

Et konsortium er et samarbejde mellem virksomheder, hvor der typisk er tale om, at konsortiedeltagerne går sammen om at afgive et fælles bud på en offentlig eller privat opgave. Selve indgåelsen af sådan et konsortium vil kunne begrænse konkurrencen, hvis konsortiedeltagerne er konkurrenter i forhold til opgaven. Det vil de være, hvis de hver for sig selv kan løse den pågældende opgave.

Et konsortium begrænser derimod almindeligvis ikke konkurrencen, hvis de virksomheder, der indgår i konsortiet, ikke er i stand til selv at udføre opgaven. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhederne producerer forskellige ydelser og dermed tilhører forskellige brancher. Det kan også være en mulighed, hvis virksomhederne tilhører samme branche, men at de fx på grund af opgavens størrelse eller kompleksitet objektivt set ikke kan klare opgaven selv. I så fald vil virksomhederne ikke være konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, og det er som udgangspunkt det, der er relevant i en konkurrenceretlig vurdering af et konsortium.

Selvom konsortiedeltagerne er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, og konsortiet er konkurrencebegrænsende, kan konsortiet alligevel godt være lovligt i henhold til konkurrencereglerne. Det er tilfældet, hvis samarbejdet medfører effektivitetsfordele, der bevirker, at virksomhederne kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver for sig, og disse fordele opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. kapitel 3.

I mange tilfælde vil det være oplagt, om en virksomhed kan klare den konkrete opgave alene, eller om det er nødvendigt at indgå et samarbejde for at kunne byde på en opgave. I andre tilfælde kan vurderingen være mere vanskelig.

Denne vurdering skal foretages fra gang til gang, dvs. i forhold til det konkrete udbud. Det vil derfor typisk ikke være lovligt at have ”faste” konsortiepartnere i det omfang, samarbejdet dermed går videre end, hvad der er nødvendigt i forhold til de konkrete udbud, jf. også boks 2.1.

Boks 2.1

**Eksempel på sag,
hvor virksomheder
var faste konsortie-
partnere**Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte¹¹

Sagen vedrørte fem italienske virksomheder, der var aktive inden for indsamling af slam. Virksomhederne var de største på markedet med en samlet markedsandel på over 50 pct., og de havde igennem en årrække haft et samarbejde om at byde sammen på offentlige udbud. De udbud, de vandt, delte de mellem sig til en aftalt pris.

De italienske konkurrencemyndigheder vurderede, at det systematiske samarbejde om at byde sammen på udbud fjernede konkurrencen mellem virksomhederne og medførte en markedsdeling. Der var derfor tale om overtrædelse af konkurrencereglerne.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius¹²

Sagen vedrørte to litauiske byggefirmaer, som inden for en toårig periode havde indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Virksomhederne havde indgået aftaler om, hvordan de enkelte opgaverne i hver af de 24 udbud samt indtægterne skulle fordeles mellem dem, hvis de vandt de pågældende opgaver.

Forvaltningsdomstolen i Vilnius fandt, at virksomhederne var i stand til at deltage i udbuddet alene og konkurrere mod hinanden. Virksomhedernes systematiske samarbejde om at indgå en aftale om at afgive fælles bud ved 24 forskellige udbud medførte, at virksomhederne hverken konkurrerede om opgaven eller prisen herpå.¹³

Dette blev stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen som bemærkede, at virksomhedernes beslutning om at afgive fælles bud var en beslutning, som skulle vurderes fra sag til sag på baggrund af, om det var objektivt nødvendigt.¹⁴

Det vil ofte, hvis der fx klages til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over et konsortium, være en fordel at kunne fremvise eventuelle analyser og overvejelser, som ligger til grund for det pågældende konsortiesamarbejde.¹⁵ Det kan evt. indebære, at sagen ikke vil blive prioriteret af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

2.1 Hvornår er man konkurrenter?

Ved vurderingen af lovligheden af et konsortium er det af betydning, om virksomhederne er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, konsortiet skal udføre.

Begrebet "konkurrenter" omfatter såvel aktuelle som potentielle konkurrenter. Begrebet konkurrenter omfatter således både virksomheder, som opererer på det samme relevante marked (aktuelle konkurrenter), og virksomheder, som inden for en kort tidsperiode har en reel og konkret mulighed for at foretage de nødvendige skridt som kræves for, at virksomheden kan

¹¹ Jf. De italienske konkurrencemyndigheds afgørelse nr. 25302 af 3. februar 2015, *1765 Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*. Afgørelsen er stadfæstet af de italienske domstole (Consiglio di Stato) den 11. juli 2016.

¹² Jf. Den litauiske konkurrencemyndigheds afgørelse af 21. december 2017 i sagen mod UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos trestas. Afgørelsen er stadfæstet af Forvaltningsdomstolen i Vilnius den 14. maj 2018 samt stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen den 3. juni i sag eA-161-552/2020.

¹³ Jf. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauens dom af 3. juni 2020 i sag eA-161-552 / 2020, præmis 26.

¹⁴ Jf. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauens dom af 3. juni 2020 i sag eA-161-552 / 2020, præmis 99.

¹⁵ Jf. Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 120.

byde på den relevante opgave eller komme ind på det relevante marked, hvor den anden virksomhed opererer (potentielle konkurrenter).¹⁶ Hvis to virksomheder kan betragtes som potentielle konkurrenter, skal virksomhederne derfor også overveje, om et samarbejde om en konkret opgave vil kunne begrænse konkurrencen om denne opgave. EU-Domstolen har i den forbindelse fastslået, at "*Ved vurderingen af, om der forekommer potentiel konkurrence, skal der tages hensyn til strukturen på markedet og til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori det indgår.*"¹⁷.

En aftale mellem to virksomheder om at afgive fælles bud på en konkret opgave vil således i visse tilfælde ikke begrænse konkurrencen om den konkrete opgave. Dette vil være tilfældet, hvis din virksomhed ikke aktuelt kan varetage den konkrete opgave alene eller ikke potentielt vil kunne foretage de nødvendige skridt inden for en vis tidsperiode til at kunne varetage den konkrete opgave alene. I sådan et tilfælde vil et samarbejde med en anden virksomhed, der heller ikke kan varetage denne opgave, ikke i sig selv kunne begrænse konkurrencen, da virksomhederne ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave.¹⁸

Ved vurderingen af lovligheden af et konsortium, er det afgørende derfor, om virksomhederne er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, som konsortiet skal udføre.

At vurderingen af om virksomheder er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave også omfatter *potentiel* konkurrence, er fast praksis i sager, hvor virksomheder samarbejder.¹⁹ Vurderingen foretages bl.a. på baggrund af, om muligheden for at indtræde på et marked som konkurrent er reel og konkret. En rent teoretisk mulighed er ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger potentiel konkurrence.

I boks 2.2. nedenfor fremgår nogle sager, som viser vurderingen af, hvornår virksomheder er potentielle konkurrenter. Selvom sagerne ikke relaterer sig til konsortier, er det nogle af de samme betragtninger i forhold til vurderingen af potentiel konkurrence, som en virksomhed skal foretage ved indgåelsen af et konsortium.

Dette led i en vurdering af lovligheden af et konsortium vil generelt i denne vejledning blive refereret til som spørgsmålet om, hvorvidt parterne er "*konkurrenter i forhold til opgaven*".

Boks 2.2
Eksempler på vurdering af potentiel konkurrence

Toshiba²⁰

Sagen vedrørte en markedsdelingsaftale mellem Toshiba-virksomheder i EØS-området og i Japan. Der var tale om en såkaldt "gentlemen's agreement" om, at virksomhederne i EØS-området henholdsvis Japan ikke ville trænge ind på hinandens markeder. Eftersom de ikke var aktive på de samme geografiske markeder, var de ikke faktiske konkurrenter. Det forhold, at der ikke forelå særligt uoverstigelige barrierer for adgang til EØS-markedet, bevirkede imidlertid, at der

¹⁶ Jf. De horisontale retningslinjer, punkt 10.

¹⁷ Jf. Domstolens dom af 30. januar 2020 i sag C-307/18, *Generics m.fl.*, præmis 39.

¹⁸ Jf. De horisontale retningslinjer, punkt 237.

¹⁹ Jf. fx Rettens dom af 8. september 2016 i sag T-472/13, *Lundbeck mod Kommissionen*, præmis 100-105, Rettens dom af 21. maj 2014 i sag T-519/09, *Toshiba*, præmis 230-233 og Rettens dom af 29. juni 2012 i sag T-360/09, *E.On Ruhrgas AG, E.On AG*, præmis 86-87, Norges Høyesteretts afgørelse af 22. juni 2017 Borgarting, Lagmannsrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 14, som er stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017, Vedtak V2017-21 af 4. september 2017 i Konkurransetilsynets sag mod *El Proffen AS/Ep contracting AS m.fl.*, side 336 f og Konkurranselagenemndas stadfæstelse af 31. august 2018, punkt. 140, Domstolens dom af 30. januar 2020 i sag C-307/18, *Generics m.fl.*, præmis 37 og 38.

²⁰ Jf. Domstolens afgørelse af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, *Toshiba Corporation vs. Europa-Kommissionen*, præmis 31-34.

bestod et potentielt konkurrenceforhold mellem aftaleparterne, og dermed at aftalen om markedsdeling begrænsede konkurrencen.

Lundbeck²¹

Sagen handlede om, at Lundbeck havde indgået aftaler med producenter af generiske medicinalprodukter om at udskyde leveringen af kopimedicin. Eftersom der for kopiproducenter er mulighed for meget høje profitter for de, der kommer først på markedet med kopiprodukter efter udløb af patentet, er der et kapløb mellem kopiproducenter om at komme først, og producenterne er derfor villige til at foretage store investeringer med henblik på at forberede lancering af kopimedicin. Som følge heraf udgjorde kopiproducenternes tilstedeværelse sammenholdt med, at de havde en forretningsplan og en reel og konkret mulighed for at blive leverandør af kopimedicin til Lundbecks produkt, at de, ifølge Kommissionen, var at anse for potentielle konkurrenter.

Kommissionens afgørelse blev stadfæstet af Retten. Sagen er fortsat under appel.

Generics m.fl.²²

Sagen handlede om originalmedicinproducenten, GlaxoSmithKline ("GSK"), som havde indgået en aftale med en række generiske medicinproducenter. Aftalen indebar bl.a., at de generiske medicinproducenter mod diverse former for vederlag fra GSK midlertidigt i en periode på op til 3 år skulle undlade at fremstille, importere eller levere kopiprodukterne i UK samt undlade at anfægte GSK's procespatents gyldighed. Som led i en præjudiciel forlæggelse udtalte Domstolen, at virksomhederne befandt sig i en potentiel konkurrencesituation, når der mellem disse producenter var en tvist om, hvorvidt dette patent var gyldigt, eller de pågældende generiske produkter krænkede patentet, og når det var fastslået, at producenten af de generiske lægemidler reelt havde en fast beslutsomhed og en selvstændig evne til at indtræde på markedet, og der ikke forelå hindringer, som var uoverstigelige, for denne producents markedsindtræden.

I forhold til fælles budgivning via et konsortium betyder det, at de virksomheder, der byder sammen, er aktuelle konkurrenter i forhold til opgaven, hvis de allerede er i stand til at udføre den udbudte opgave selv. Hvis de ikke allerede har kapaciteten, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til selv at udføre opgaven, men har reel og konkret mulighed for at få det inden for en vis tidsperiode, er de potentielle konkurrenter i forhold til opgaven. Hvorvidt der foreligger en reel og konkret mulighed, vil for virksomheden være en konkret vurdering, som bl.a. afhænger af den opgave, udbuddet vedrører.

Det er uden betydning for vurdering af, om virksomheder kan betragtes som konkurrenter i forhold til den udbudte opgave, om den fælles budgivning vedrører et offentligt eller privat udbud. Ønsker en virksomhed derfor at deltage i et privat udbud fx vedrørende udførelsen af rengøring hos en privat virksomhed, skal denne virksomhed gøre sig de samme overvejelser som ved et offentligt udbud.

En vurdering af om virksomheder kan klare den konkrete opgave hver især, og om de dermed er konkurrenter om denne opgave, skal ske på et objektivt grundlag ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet.²³

²¹ Jf. Kommissionens afgørelse af 19. juni 2013 i sag AT/39226, *Lundbeck*, som er stadfæstet ved Rettens dom af 8. september 2016 i T-472/13, *Lundbeck mod Kommissionen*. Det bemærkes, at sagen er under appel.

²² Jf. Domstolens dom af 30. januar 2020 i sag C-307/18, *Generics m.fl.*, præmis 37-58.

²³ Jf. Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 8.

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en konsortiesag vurderer, om virksomheder er *aktuelle* konkurrenter i forhold til den udbudte opgave, ses på, om virksomhederne allerede har den kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, der er nødvendig for at byde alene. Her tages udgangspunkt i den kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, som virksomhederne har adgang til, jf. også boks 2.3.

Boks 2.3

Eksempel på vurderingen af aktuelle konkurrenter

Dansk Vejmarkerings Konsortium²⁴

Sagen vedrørte udbud af vejmarkering. Vejdirektoratet havde tilrettelagt et udbud af vejmarkering i tre forskellige distrikter. Det var muligt at byde på et, to eller alle tre distrikter. To af de største aktører på markedet for vejmarkering gik sammen og dannede Dansk Vejmarkerings Konsortium og afgav et fælles bud på udbuddet.

Det var ubestridt, at virksomhederne havde kapacitet til at varetage delbud. Konkurrencerådet fandt derfor, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter og lagde vægt på, at begge virksomheder havde de økonomiske ressourcer, knowhow samt adgang til maskine- og mandskabskapacitet, som udbuddet krævede til hver at afgive delbud. Dette blev tiltrådt af Konkurrenceankenævnet, som også fandt, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter, da virksomhederne kunne varetage delbud alene. Højesteret stadfæstede dette og fastslog, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter, da det var ubestridt, at virksomhederne kunne varetage delbud alene.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius²⁵

Som tidligere nævnt vedrørte sagen to litauiske byggefirmaer, som inden for en toårig periode havde indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Begge virksomheder kunne opfylde de minimumskrav, som var forbundet med prækvalifikationsrunden. Den ene virksomhed havde bemærket, at uden aftalerne om at afgive fælles bud, vil virksomheden ikke kunne have deltaget i konkurrencen om opgaverne efter prækvalifikationsrunden, da virksomheden ikke havde tilstrækkelige lignende kontrakter til at opfylde de krav, som fulde af de forskellige udbud.

Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen fandt, at de lignende kontrakter, som virksomheden faktisk havde, var tilstrækkelige til at opfylde de minimumskrav, som fulde af udbuddene. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen bemærkede, at det faktum, at virksomheden var gået sammen med en anden virksomhed om at afgive fælles bud, idet virksomheden herved forbedrede sine chancer for at vinde, ikke ændrede på denne vurdering. Endeligt bemærkede Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, at uklare udbudsbetingelser ikke kunne retfærdiggøre en begrænsning af konkurrencen.²⁶

Når styrelsen vurderer, om virksomheder er *potentielle* konkurrenter i forhold til en udbudt opgave, ses på, om der foreligger en reel og konkret mulighed for, at virksomhederne fx vil kunne udvide deres kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til det, der er nødvendigt for at kunne byde på opgaven alene, selvom den ikke umiddelbart har kapaciteten, knowhow og/eller økonomiske ressourcer hertil. Der vil altid være tale om en konkret vurde-

²⁴ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, punkt. 437 f. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

²⁵ Jf. Den litauiske konkurrencemyndigheds afgørelse af 21. december 2017 i sagen mod UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos trestas. Afgørelsen er stadfæstet af Forvaltningsdomstolen i Vilnius den 14. maj 2018 samt stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen den 3. juni i sag eA-161-552/2020.

²⁶ Jf. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen dom af 3. juni i sag eA-161-552/2020, præmis 96 og 97.

ring af, om den nødvendige udvidelse af kapaciteten, knowhow og/eller økonomiske ressourcer på baggrund af en objektiv vurdering vil udgøre en holdbar økonomisk strategi for virksomheden. Det betyder, at en rent teoretisk mulighed for at løse opgaven alene ikke er tilstrækkelig; muligheden skal være reel.²⁷ Det betyder også, at en subjektiv vurdering af, om virksomheden ønsker at udvide dennes kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer ikke i sig selv er afgørende. Se også boks 2.4 nedenfor.

Der skal således være tale om en realistisk vurdering af, om den enkelte virksomhed i forhold til de konkrete omstændigheder, markedsstrukturen og dens nuværende størrelse vil kunne udvide sin kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer med det, den mangler for at kunne udføre opgaven alene inden for den tidsramme, der er angivet for opgaven. En sådan vurdering vil fx inddrage, hvorvidt den kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, der mangler, udgør en begrænset andel af den kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, virksomheden i forvejen har. Det vil også kunne indgå, om virksomheden tidligere har påtaget sig opgaver af samme størrelse uden at indgå et samarbejde med andre.²⁸

Vurderingen skal ske på et objektivt grundlag, dvs. der ses på, om virksomheden objektivt set har en reel og konkret mulighed for at løse opgaven alene – og ikke, om virksomheden fx har tænkt sig at løse opgaven alene,²⁹ jf. også boks 2.4.

Boks 2.4

Eksempel på vurdering af udvidelsesbehov

El Proffen-sagen³⁰

Denne norske sag handlede om et fælles tilbud indgivet af fem el-virksomheder på en rammekontrakt opdelt i 4-6 aftaler. Den norske konkurrencemyndighed vurderede med udgangspunkt i de krav, der fulgte af udbudsmaterialet, om de fem virksomheder ville have kunnet klare opgaven hver især. Som led heri vurderede myndigheden behovet for arbejdskraft for at kunne udføre opgaven i forhold til, hvor mange ansatte den enkelte virksomhed havde eller havde planer om at få. Myndigheden så endvidere på mulighederne for at skaffe ekstra arbejdskraft for det tilfælde, at den enkelte virksomhed ikke rådede over den fornødne arbejdskraft. Det var sædvanligt i branchen at indleje arbejdskraft i tilfælde af kapacitetsbehov, og udbuddet gav mulighed for, at man kunne afslå opgaver ved mangel på kapacitet. Konkurrencemyndigheden kom på den baggrund frem til, at alle fem virksomheder enten allerede havde den nødvendige kapacitet, eller at de med enkelte mindre tilpasninger af kapaciteten ville være i stand til at udføre opgaven alene.

Den norske ankeinstans stadfæstede afgørelsen og påpegede i øvrigt, at det var tilstrækkeligt med 3-4 montører til at klare opgaven, hvilket virksomhederne enten allerede rådede over eller havde mulighed for at indleje.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius³¹

Som tidligere nævnt vedrørte sagen to litauiske byggefirmaer, som inden for en toårig periode havde indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Den ene virksomhed havde anført, at denne ikke kunne udføre arbejdet alene i de

²⁷ Jf. fx Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 19, samt Rettens dom af 8. september 2016 i T-472/13, *Lundbeck mod Kommissionen*.

²⁸ Jf. fx Kommissionens afgørelse af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2, *GEAE/P & W*, præmis 74.

²⁹ Jf. fx Konkurrenceklagenemndas vedtak 31. august 2018 i sag 2018/112 og 2018/113, *El-Proffen AS/EP Contracting AS m.fl.*, punkt 141.

³⁰ Jf. Konkurransetilsynets vedtak af 4. september 2017 i sag V2017-21 mod *El Proffen AS/Ep contracting AS m.fl.*, punkt 349 f og Konkurrenceklagenemndas stadfæstelse af 31. august 2018, punkt 185 f.

³¹ Jf. Den litauiske konkurrencemyndigheds afgørelse af 21. december 2017 i sagen mod UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos treistas. Afgørelsen er stadfæstet af Forvaltningsdomstolen i Vilnius den 14. maj 2018 samt stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen den 3. juni i sag eA-161-552/2020.

forskellige kontrakter, da virksomheden ikke havde det nødvendige mandskab eller økonomiske ressourcer til at udføre arbejdet i alle kontrakter alene.

Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen afviste dette argument, og bemærkede, at virksomheden tidligere havde indgået underleveranceaftaler eller indgået aftaler om at afgive fælles bud med virksomheder, som ikke kunne udføre udbuddene alene, hvorfor virksomheden kunne have brugt den samme praksis i forhold til de udbud, som sagen vedrørte. Det var uden betydning for vurderingen heraf, om virksomheden faktisk var i stand til at udføre arbejdet i alle udbuddene, hvis virksomheden havde vundet disse.³²

I situationer, hvor udbyder på baggrund af en prækvalifikationsrunde har udvalgt et antal ansøgere til at afgive tilbud, vil udgangspunktet være, at det er disse virksomheder, der kan anses som konkurrenter i forhold til det konkrete udbud. Virksomhederne skal dog holde sig for øje, hvornår de indgår aftalen om at samarbejde i forhold til udbud med mulighed for prækvalifikation. Hvis virksomhederne indgår en aftale om at afgive fælles bud inden prækvalifikationsrunden, kan virksomhederne betragtes som konkurrenter, hvis de kan eller vil kunne varetage udbuddet alene. Hvis virksomhederne indgår en aftale om at afgive fælles bud efter prækvalifikationsrunden, hvor den ene virksomhed er blevet prækvalificeret, men den anden virksomhed ikke er, vil virksomhederne umiddelbart ikke betragtes som konkurrenter, og kan dermed afgive et fælles bud. Dette skyldes, at virksomhederne, som er blevet prækvalificeret, er de eneste virksomheder, som kan deltage i konkurrencen om udbuddet som følge af prækvalifikationen. Virksomheder, der ikke er prækvalificeret, er således ikke konkurrenter i det pågældende udbud, medmindre der gælder nogle helt særlige forhold, som fx at virksomheden har afstået fra at blive prækvalificeret med henblik på at afgive fælles bud efterfølgende. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at udbudslovens ligebehandlingsprincip vil være til hinder for, at virksomheder efter de er prækvalificeret indgår konsortier med virksomheder, der ikke er prækvalificeret.

Boks 2.5
Eksempel på betydningen af mulighed for prækvalifikation

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius³³

Som tidligere nævnt havde to litauiske byggefirmaer inden for en toårig periode indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver.

Virksomhederne havde argumenteret for, at aftalerne om at afgive fælles bud ikke havde begrænset antallet af bud, som ordregiverne havde modtaget. Hertil bemærkede Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, at en aftale om at afgive fælles bud hverken må begrænse konkurrencen i prækvalifikationsrunden eller efterfølgende. Den Højeste forvaltningsdomstol i Litauen fandt, at aftalerne om at afgive fælles bud påvirkede konkurrencen i forhold til prækvalifikationen, idet konkurrencen, som skulle have fundet sted i forbindelse med prækvalifikationen, var blevet begrænset.³⁴

På samme måde vil udgangspunktet ved en indbudt licitation eller ved underhåndsbud efter tilbudsloven være, at alene de virksomheder, der er indbudt, kan anses som konkurrenter i forhold til det pågældende udbud. Da sådanne virksomheder i andre sammenhænge vil kunne

³² Jf. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauens dom af 3. juni i sag eA-161-552/2020, præmis 95.

³³ Jf. Den litauiske konkurrencemyndighed afgørelse af 21. december 2017 i sagen mod UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos trestas. Afgørelsen er stadfæstet af Forvaltningsdomstolen i Vilnius den 14. maj 2018 samt stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen den 3. juni i sag eA-161-552/2020.

³⁴ Jf. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauens dom af 3. juni i sag eA-161-552/2020, præmis 98.

være konkurrenter, er det væsentligt at være opmærksom på, at der ikke udveksles mere information end strengt nødvendigt, jf. kapitel 4.

Hvis der omvendt er tale om et samarbejde mellem to virksomheder, der begge er prækvalificerede til at byde på den samme opgave, vil dette selvsagt understøtte, at virksomhederne er konkurrenter i det pågældende udbud.³⁵

2.1.1 Er samarbejdet objektivt nødvendigt?

Ved vurderingen af, om virksomheder må byde sammen, er det afgørende, om samarbejdet *objektivt* set er nødvendigt. Det er derfor ikke afgørende for vurderingen, hvilket subjektivt formål virksomhederne har med samarbejdet.³⁶ Se boks 2.6. nedenfor.

Boks 2.6 Eksempel på vurdering af objektiv nødvendighed

Däckia/Euromaster-sagen³⁷

Denne svenske sag omhandlede udbud af en rammeaftale vedrørende levering af dæk til blandt andet politiet. De to parter, Däckia og Euromaster, gjorde gældende, at udbuddet efter deres opfattelse omfattede både dæk og dækservice, og at der stilledes krav om geografisk dækning nationalt. Ud fra de forudsætninger manglede de hver især kapacitet til at byde alene.

En gennemgang af udbudsmaterialet viste imidlertid, at udbuddet alene omfattede dæk, og at det ikke stillede krav om geografisk dækning men alene, at der sammen med tilbuddet skulle indleveres en oversigt over værksteder, hvor dæk kunne udleveres. Som følge heraf vurderede domstolen, at samarbejdet ikke var objektivt nødvendigt.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius³⁸

Som tidligere nævnt havde to litauiske byggefirmaer inden for en toårig periode indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Virksomhederne havde indgået aftaler om, hvordan de enkelte opgaver i hver af de 24 udbud skulle fordeles mellem dem, hvis de vandt de pågældende opgaver.

Den litauiske konkurrencemyndighed vurderede de to virksomheders erfaring på området, omfanget af opgaverne og forholdene på markedet og kom frem til, at de hver især enten kunne have budt alene på alle opgaverne eller have deltaget i udbuddene på ikke-konkurrence-begrænsende måder. Som følge heraf var de fælles bud ikke objektivt nødvendige.

Dette blev stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, som bemærkede, at virksomhedernes beslutning om at afgive fælles bud var en beslutning som skulle vurderes fra sag til sag på baggrund af, om det var objektivt nødvendigt.³⁹

³⁵ Jf. Det norske Konkurransetilsynet afgørelse af 18. oktober 2016, *Johny Birkeland Transport AS/Norva 24 AS*, punkt 292.

³⁶ Jf. fx Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 120. EFTA-domstolens dom af 22. december 2016 i sag E-3/10, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS*, punkt 99. Se tillige Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 8.

³⁷ Jf. Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 121-126.

³⁸ Jf. Den litauiske konkurrencemyndigheds afgørelse af 21. december 2017 i sagen mod UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos trestas. Afgørelsen er stadfæstet af Forvaltningsdomstolen i Vilnius den 14. maj 2018 samt stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen den 3. juni i sag eA-161-552/2020.

³⁹ Jf. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauens dom af 3. juni 2020 i sag eA-161-552/2020, præmis 99.

I nogle udbud er der tale om, at den samlede opgave er delt op, således at virksomhederne har mulighed for at afgive delbud i forhold til udførelsen af den udbudte opgave. I det tilfælde vil det ofte – afhængigt af de konkrete omstændigheder – gælde, at virksomheder er konkurrenter i forhold til den udbudte opgave, hvis de objektivt set har kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til at afgive bud på den samme delopgave. Betydningen af, at udbudsmaterialet giver adgang til at afgive delbud, er gennemgået i de afgørelser, der er omtalt nedenfor i boks 2.7.

Boks 2.7

Eksempler hvor muligheden for at byde på dele af kontrakten har betydning for vurderingen af, om virksomheder er konkurrenter i forhold til en opgave

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen⁴⁰

I denne sag gik to taxavirksomheder sammen om at byde på et udbud af patientkørsel i en række distrikter i Norge. Kapacitet udgjorde et blandt flere tildelingskriterier, men der var ikke krav om, at man for at byde skulle kunne dække det samlede behov for biler. At en tilbudsgiver inden for tildelingskriteriet "kapacitet" ville få fuld pointscore ved at tilbyde det forventede totalbehov, var dermed ikke ensbetydende med, at man var udelukket fra at byde med lavere kapacitet. Det fremgik endvidere af udbudsmaterialet, at der ville kunne blive indgået flere parallelle rammeaftaler. Som følge heraf fandt lagmanskretten ikke, at samarbejdet mellem de to taxavirksomheder var objektivt nødvendigt.

Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering⁴¹

Sagen vedrørte snerydning for en kommune, hvor virksomhedernes brancheforening havde afgivet samlet tilbud på sine medlemmers vegne. De vognmænd, der deltog i aftalen, havde kapacitet til at klare opgaven hver især, idet udbuddet gav mulighed for at afgive bud på enkelte ruter. Konkurrencerådet fandt derfor, at vognmændene var konkurrenter i forhold til udførelsen af opgaverne, og at samarbejdet var konkurrencebegrænsende.

Dansk Vejmarkerings Konsortium⁴²

Sagen vedrørte som nævnt et udbud af vejmarkering. Vejdirektoratet havde tilrettelagt udbuddet på en måde, så det var muligt at byde på tre individuelle distrikter men også at byde samlet på flere distrikter. Buddet skulle afgives distrikt for distrikt. En tilbudsgiver kunne tilbyde en rabat ved bud på flere distrikter. Tildelingskriteriet var den samlet set laveste pris, dvs. den kombination af alle bud, der samlet gav den laveste pris på de tre distrikter.

Højesteret fandt, at bedømmelsen af om virksomhederne var konkurrenter i forhold til den udbudte opgave "Skal ske på objektivt grundlag ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet. [...] Det er således uden betydning, at udbudsbetingelserne, forløbet af de tidligere udbud og andre forhold efter [virksomhedernes] opfattelse klart tilskyndede til at afgive et samlet bud på opgaverne, og at virksomhederne derfor gør gældende, at de ikke havde til hensigt at afgive delbud".⁴³

Højesteret fandt videre, at "Udbuddet var rettet mod alle aktører på området, som dermed havde mulighed for at deltage i konkurrencen og afgive bud på et, to eller alle tre distrikter, således at Vejdirektoratet kunne opnå den bedst mulige samlede pris. Der er efter Højesterets opfattelse ikke

⁴⁰ Jf. Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 16-17. Afgørelsen er stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 i sag HR-2017-1229-A.

⁴¹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*.

⁴² Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

⁴³ Jf. Højesteret dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 8.

holdepunkter for, at udbuddet i kraft af den særlige rabatstruktur i realiteten kun angik den samlede opgave. De andre bydere afgav i øvrigt også kun bud på henholdsvis et og to distrikter”.⁴⁴

El-Proffen-sagen⁴⁵

Denne sag handlede som tidligere nævnt om et fælles tilbud indgivet af fem virksomheder. Iht. udbudsmaterialet ville der blive indgået rammeaftaler med 4-6 virksomheder vedr. elektrikerarbejde på skoler. De udvalgte leverandører skulle have kapacitet til at håndtere min. tre skolegrupper hver.

På baggrund af en objektiv fortolkning af kravene i udbudsmaterialet fandt den norske konkurrencemyndighed, at opgaven omfattede 4-6 rammeaftaler, hvor den enkelte virksomhed kunne byde på en enkelt rammeaftale – og ikke som anført af parterne, at der skulle gives et samlet bud på hele opgaven.

Dette blev stadfæstet af den norske ankeinstans, der anførte, at opdelingen af opgaven med al tydelighed viste, at ordregiver derved søgte at åbne op for konkurrencen ved, at der kunne komme tilbud fra leverandører med varierende kapacitet.

2.1.2 Hvad er opgavens krav?

Vurderingen af om en virksomhed selv kan løfte en opgave, udgør en samlet realistisk vurdering af virksomhedens kapacitet, knowhow, økonomiske ressourcer m.v. i forhold til den opgave og tidshorizont, udbuddet vedrører. Vurderingen kan blandt andet omfatte virksomhedens adgang til arbejdskraft og knowhow samt udstyr i form af maskiner m.v. Krav i udbudsmaterialet, der kan nødvendiggøre samarbejde i et konsortium, kan fx vedrøre erfaring og specialviden, tilstrækkelig kvalitetssikring, sikring af rettidige leverancer til opgaven og tilstedeværelse af tilstrækkelig kapacitet og finansiell styrke til gennemførelse af de for opgaven nødvendige investeringer.⁴⁶

Når der er tale om udbud af rammeaftaler sker vurderingen af, om en virksomhed kan klare opgaven selv også med udgangspunkt i de krav, ordregiver stiller til de virksomheder, der konkurrerer om at komme med på rammeaftalen. Der vil typisk være tale om krav til omsætning eller andre former for krav til virksomhedernes økonomiske formåen. Vurderingen skal således foretages, når man skal afgive bud på rammeaftalen. Det har derimod eksempelvis ikke nogen betydning, om deltagerne i et konsortium selv kunne opfylde kravene i et efterfølgende miniudbud på rammeaftalen.

I det følgende gennemgås forskellige eksempler på krav til kapacitet i udbudsmaterialet, som kan have betydning for, om det er objektivt nødvendigt at indgå i et konsortium.

Krav til økonomiske ressourcer

Visse ordregivere stiller i udbudsmaterialet krav til de bydende virksomheders økonomiske ressourcer. Ved vurderingen af en virksomheds økonomiske ressourcer ser man blandt andet på, om virksomheden som helhed har finansiell styrke til at gennemføre de investeringer, der er nødvendige for opgaven. Det kan indebære, at en virksomhed skal undersøge, om udbuddet stiller mindstekrav til eksempelvis egenkapital og omsætning m.v. Hvis der i udbudsmaterialet

⁴⁴ Jf. Højesteret dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 8.

⁴⁵ Jf. Konkurransetilsynets vedtak af 4. september 2017 i sag V2017-21 mod *El Proffen AS/Ep contracting AS m.fl.* Afgørelsen er stadfæstet af Konkurranselagen den 31. august 2018.

⁴⁶ Jf. Besvarelse af spørgsmål 106 (L 172 – bilag nr. 77) af 6. maj 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalg.

fx kræves en omsætning på 100 mio. kr., vil to virksomheder, der har en årlig omsætning hver især på 50 mio. kr., lovligt kunne gå sammen om at byde.

Hvis virksomheden er en del af en koncern med betydelige økonomiske ressourcer, vil dette kunne indgå i vurderingen af, om virksomheden har de nødvendige økonomiske ressourcer til at påtage sig den risiko, der er forbundet med opgaven.⁴⁷ Koncernens økonomiske ressourcer kan dermed være afgørende for, om en virksomhed reelt har mulighed for at råde over de nødvendige økonomiske ressourcer, når virksomheden indgår i en koncern.

Krav til maskiner m.v.

I vurderingen af om en virksomhed kan byde selv, indgår ligeledes, om virksomheden har de maskiner m.v., der skal til for at udføre opgaven inden for den tidshorison, der er angivet i udbudsmaterialet.

Hvis virksomheden ikke allerede har den nødvendige kapacitet, ser man på, om virksomheden reelt og konkret har mulighed for at udvide sin kapacitet og løse opgaven, dvs. om virksomheden skal opfattes som en potentiel konkurrent, jf. afsnit 2.1. Det betyder, at der blandt andet ses på, om virksomheden realistisk set har adgang til at finansiere investeringerne til nye maskiner inden for den tidshorison, udbudsmaterialet angiver.⁴⁸ Se endvidere boks 2.8 nedenfor.

Boks 2.8 Praktisk eksempel på relevante overvejelser vedrørende eventuel an- skaffelse af maskine

Virksomhed A overvejer at byde på en opgave, hvortil kræves en dyr og specialiseret maskine, som A ikke har. A ved imidlertid, at en af de andre virksomheder på markedet, B, har en sådan maskine.

Hvilke overvejelser skal A gøre sig for at afklare, om A kan danne et konsortium med B og derigennem byde sammen på opgaven?

Svar:

Afgørende for, om A og B må byde sammen, er, om de er konkurrenter i forhold til den pågældende opgave. A skal derfor i første omgang afdække, om A har mulighed for at byde på opgaven alene. Relevante overvejelser i den forbindelse kan være:

- » muligheder for, at A kan anskaffe maskinen?
- » eventuelt køb, leje eller leasing af maskinen?
- » omkostningerne hertil og A's adgang til finansiering heraf?
- » afskrivningsperiode og eventuel gensalgsværdi for maskinen?

Hvis A efter at have afdækket ovennævnte forhold kommer frem til, at anskaffelse af maskinen er en reel og konkret mulighed, og A dermed kan byde alene, vil et bud via et konsortium mellem A og B kunne begrænse konkurrencen.

Selvom det måtte vise sig, at A og B er konkurrenter i forhold til den pågældende opgave, vil vurderingen af, om et fælles bud fra dem vil være lovligt, bl.a. afhænge af hvordan parternes samarbejde indrettes, herunder om der er tale om et produktionssamarbejde eller lignende

⁴⁷ Jf. fx Kommissionens afgørelse af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2, *GEAE/P & W*, punkt 74. Det bemærkes, at sagen vedrører et samarbejde om udvikling af en ny flymotor, som indebærer store investeringer og en lang indtjeningsmæssig tidshorison. De to virksomheder, der samarbejdede om projektet, tilhørte internationale selskaber med betydelige finansielle ressourcer.

⁴⁸ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, punkt 676 f. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVC O A/S mod Konkurrencerådet*. Ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVC O A/S*, blev Sø- og Handelsrettens dom ophævet, og Konkurrencerådets afgørelse og Konkurrenceankenævnets kendelse stadfæstet.

integreret samarbejde, og om de sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud end hver for sig, og disse fordele for kunden opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. kapitel 3.

Krav til medarbejdere m.v.

Hvis udførelse af opgaven forudsætter en udvidelse af virksomhedens medarbejderstab, ser man på, om virksomheden har reel mulighed for at skaffe kvalificeret arbejdskraft.⁴⁹ Det vil altid være en konkret vurdering, der skal foretages. I denne vurdering indgår blandt andet, hvilke kompetencer de pågældende medarbejdere skal have for at kunne udføre opgaven, jf. også boks 2.9. Vurderingen afhænger også af, om det fx er almindeligt eller muligt at indleje arbejdskraft eller udstyr i forbindelse med større opgaver. Det kan variere fra branche til branche og over tid.

Boks 2.9
Eksempel vedrørende adgang til arbejdskraft

El Proffen-sagen⁵⁰

Denne norske sag omhandlede som nævnt et fælles bud indgivet af fem el-virksomheder på en række rammekontrakter. Den norske konkurrencemyndighed vurderede, at de fem virksomheder hver især enten havde tilstrækkelig arbejdskraft eller havde mulighed for at indleje arbejdskraft til opgaven. Vurderingen var baseret på, at det i branchen var sædvanligt at ind- og udleje arbejdskraft. Som følge heraf ansås virksomhederne for enten at være faktiske eller potentielle konkurrenter.

Den norske ankeinstans stadfæstede afgørelsen og anførte supplerende, at udbudsmaterialets krav om, at udførelse af opgaven skulle ske ved brug af norsk sprog ikke var til hinder for, at virksomhederne kunne indleje ikke-norsktalende arbejdskraft.

Krav til teknologi, specialviden og knowhow m.v.

I vurderingen af om en virksomhed kan byde selv indgår endvidere, om virksomheden har adgang til den teknologi, specialviden og knowhow, som er nødvendig for at kunne byde på en opgave. Der kan også være tale om krav til erfaring fra tidligere opgaver inden for et bestemt område.

Selvom virksomheder er aktive i samme omsætningsled og inden for samme branche, kan de hver især have specialiseret sig inden for forskellige områder. Hvis en virksomhed ikke har den nødvendige knowhow m.v. til at løfte alle dele af en opgave, vil dette kunne berettige et samarbejde med en virksomhed, der har denne knowhow. Et sådant samarbejde kan fx være begrundet i, at den ene virksomhed har en specialviden, der er nødvendig for at udføre dele af opgaven. Et eksempel herpå, der dog ikke vedrører afgivelse af et fælles bud på en konkret opgave, er omtalt i boks 2.10. Selvom eksemplet ikke vedrører afgivelse af et fælles bud på en konkret opgave, kan det illustrere, hvordan en vurdering af krav til teknologi, specialviden eller knowhow m.v. kan foretages ved indgåelsen af en aftale om at afgive fælles bud på en konkret opgave.

⁴⁹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, punkt 687 f. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet af 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, blev Sø- og Handelsrettens dom ophævet, og Konkurrencerådets afgørelse og Konkurrenceankenævnets kendelse stadfæstet.

⁵⁰ Jf. Konkurransetsilsynets Vedtak af 4. september 2017 i sag V2017-21 mod *El Proffen AS/Ep Contracting AS m.fl.*, punkt 361 f. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurranselagen den 31. august 2018, punkt 221 f.

Boks 2.10

Eksempel vedrørende adgang til teknologi og knowhowElopak/Metal Box-Odin-sagen⁵¹

Sagen omhandlede oprettelse af et joint venture, der skulle varetage forskning og udvikling i forbindelse med en kartonbeholder med separat låg. Joint venturet skulle også udvikle maskiner og teknologi til påfyldning af de nye beholdere og varetage produktion og distribution af de nye beholdere og påfyldningsmaskiner hertil.

Kommissionen fandt, at begge virksomheders erfaringer og ressourcer var nødvendige for at udvikle det nye produkt. De to virksomheders erfaringer og ressourcer komplementerede hinanden, og det ville have krævet store og tidskrævende investeringer, hvis de hver især skulle udvikle de kompetencer, de manglede. Kommissionen vurderede endvidere, at de risici og den finansielle byrde, der var forbundet med udvikling og efterfølgende markedsføring af produktet, realistisk set udelukkede, at parterne kunne gøre det hver for sig. Heri indgik en vurdering af, at de tekniske risici, der var forbundet med forskningen i et helt nyt produkt, som endnu ikke var blevet afprøvet, og som indebar en ganske ny teknologi for begge virksomheder, realistisk set ville udelukke de enkelte parter fra at forsøge at foretage forskning og udvikling alene. Hertil kom, at der også ville være behov for efterfølgende servicering af de nye maskiner.

Som følge heraf var de to virksomheder hverken aktuelle eller potentielle konkurrenter, og samarbejdet var derfor lovligt.

Hvis en virksomhed derimod har den nødvendige knowhow m.v. til at udføre opgaven alene, og et samarbejde med en anden virksomhed, der har en særlig knowhow, fører til, at de sammen kan give et bedre bud, vil samarbejdet alligevel kunne være lovligt. Det kræver imidlertid bl.a., at de effektivitetsfordele, som samarbejdet medfører, reelt er til gavn for ordregiveren, og at disse fordele opvejer de mulige negative effekter af den svækkede konkurrence, jf. kapitel 3.

2.1.3 Hvad med kapacitet til andre opgaver?

Ved vurdering af kapacitet tager man udgangspunkt i den reelle kapacitet, virksomheden kan råde over i den periode, opgaven skal udføres. Der er dermed tale om en konkret vurdering af, om virksomheden realistisk set selv har den tilstrækkelige kapacitet til at udføre opgaven, eller om virksomheden reelt og konkret vil kunne udvide deres kapacitet til det, som er nødvendigt for at kunne udføre opgaven.

I sagen vedrørende Dansk Vejmarkerings Konsortium⁵² blev bl.a. betydningen af kapacitet reserveret til forventede opgaver fra kernekunder behandlet. Højesteret forholdt sig ikke til spørgsmålet om kapacitet, idet Højesteret – ligesom Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet – alene lagde vægt på, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter i forhold til den udbudte opgave, da virksomhederne havde kapacitet til at byde på delbud. Hermed ophævede Højesteret Sø- og Handelsrettens dom. Der foreligger således ikke en retskraftig dom herom.

⁵¹ Jf. Kommissionens beslutning af 13. juli 1990 i sag IV/32.009, *Elopak/Metal Box Odin*.

⁵² Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, punkt 433 og 441 f. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

Det er Konkurrencerådets vurdering, at kapacitet, som en virksomhed allerede har disponeret over, fordi den skal bruges på aftaler, virksomheden i forvejen har indgået, herunder aftaler om vedligeholdelse, ikke indgår i vurderingen af ledig kapacitet. Opgaver, som virksomheden skal udføre i den pågældende periode, vil således lægge beslag på kapacitet, som ikke kan anvendes til andre formål. Se endvidere boks 2.11. Samtidig skal det som nævnt også inddrages, om det er muligt at udvide kapaciteten.⁵³

I forbindelse med vurderingen af, om virksomheden realistisk vil have kapacitet til at udføre opgaven, vil det efter Konkurrencerådets vurdering normalt være udgangspunktet, at der ikke tages højde for fremtidige opgaver, der *ikke* er indgået aftaler om. I et sådant tilfælde har virksomheden reelt ledig kapacitet på planlægningstidspunktet, og et samarbejde om at afgive fælles bud vil derfor normalt ikke være nødvendigt. Der vil dog i helt særlige tilfælde kunne tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder. Det kan fx være tilfældet, hvis det kan dokumenteres, at der er tale om opgaver fra kernekunder, som har en sådan fast tilbagevendende og sikker karakter, at det er normalt og retvisende at reservere kapacitet til at udføre disse opgaver.⁵⁴

Virksomheden skal således kunne dokumentere, at der er tale om en fast tilbagevendende opgave fra en kernekunde. Det behøver dog ikke at være i form af en skriftlig aftale herom.

Boks 2.11

Eksempler på sager, der berører spørgsmålet om, hvorvidt der ved fastlæggelsen af kapacitet kan afsættes kapacitet til andre opgaver

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen⁵⁵

Sagen drejede sig som nævnt om patientkørsel i en række distrikter i Norge. Ved fastlæggelse af kapacitet i form af biler bød virksomhederne ind med kapacitet svarende til 50 pct. af deres samlede kapacitet. Lagmansretten lagde til grund, at der ved fastlæggelse af ledig kapacitet var afsat kapacitet til spotkørsel og andre kontrakter, der allerede var indgået. Domstolen tog ikke konkret stilling til, hvilken kapacitet virksomhederne ville kunne have budt ind med.

Domstolen udtalte, at man ved vurderingen af, hvor mange biler et taxiselskab kan tilbyde alene, må inddrage, om der foreligger omstændigheder i form af offentlig regulering eller andre forpligtelser, som begrænser den kapacitet, selskabet kan byde ind med.

Cementa/Aalborg Portland-sagen⁵⁶

Denne svenske sag drejede sig om et konsortiesamarbejde om levering af cement til opførelse af Øresundsbroen. Virksomhederne havde anmodet den svenske konkurrencemyndighed om en fritagelse, så de kunne indgive et fælles bud. Den svenske konkurrencemyndighed vurderede, at virksomhederne hver især havde kapacitet til at indgive separat bud på opgaven og gav derfor ikke fritagelse.

Virksomhederne indbragte sagen for de svenske domstole. Under sagens behandling kom Stockholms Tingsrätt frem til, at virksomhederne ikke havde tilstrækkelig kapacitet til at indgive separate bud på opgaven, hvis de samtidig skulle kunne opfylde deres forpligtelser over for andre kunder og gav derfor fritagelse til samarbejdet. Den svenske konkurrencemyndighed appellerede afgørelsen og anførte, at det afgørende var, hvorvidt virksomhedernes totale kapacitet – uafhængigt af deres forpligtelser over for andre kunder – var tilstrækkelig i forhold til det konkrete udbud. Ved opgørelse af kapacitet kunne derfor ikke fradrages kapacitet til eventuelle

⁵³ Jf. Konkurransetilsynets Vedtak af 4. september 2017 i sag V2017-21 mod *El Proffen AS/Ep Contracting AS m.fl.*, punkt 361 f. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurranselagenemnda den 31. august 2018, punkt 227.

⁵⁴ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, punkt 443 og 444.

⁵⁵ Jf. Borgarting Lagmannsrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 16-17. Afgørelsen er stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 i sag HR-2017-1229-A.

⁵⁶ Jf. Konkurrensverkets afgørelse af 12. maj 1995, *Icke-ingripandebesked/undantag avseende samarbejde i ett konsortium i cementbranschen*, Stockholms Tingsrätts afgørelse af 1. januar 1997, *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrensverket* og Marknadsdomstolens afgørelse af 8. oktober 1997, *Konkurrensverket mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*.

fremtidige aftaler, ligesom man heller ikke ved at indgive mange, eventuelt urealistiske, tilbud kunne sætte sig i en sådan situation, at disse skulle fradrages virksomhedens ledige kapacitet.

Den svenske Marknadsdomstol undlod at tage konkret stilling til kapacitetsspørgsmålet men anførte, at der var tale om et så stort projekt, at forudsætningerne var helt specielle for så vidt angik økonomiske forpligtelser, risiko og adgang til materialer med deraf følgende krav til leverandørernes erfaring, knowhow, kapacitet og økonomiske ressourcer, at konkurrenceforudsætningerne var nogle helt andre end de, der normalt var gældende. Marknadsdomstolen fandt på den baggrund, at konsortiesamarbejdet udgjorde den eneste realistiske måde, hvorpå virksomhederne kunne deltage i den pågældende tilbudsgivning.

En virksomhed kan have reserveret kapacitet i forhold til en indgået rammeaftale. En rammeaftale kan tage mange former, og det kan bl.a. være ukendt for virksomheden, hvor meget træk der vil være i forbindelse med den indgåede rammeaftale. Hvorvidt en virksomhed kan afsætte kapacitet til den indgåede rammeaftale, og dermed fraregne dette i fastlæggelsen af virksomhedens ledige kapacitet til andre opgaver vil bl.a. afhænge af, om trækket på den indgåede rammeaftale har en fast tilbagevendende og sikker karakter.

En virksomheds ønske om ikke at "lægge alle æg i en kurv" vil som udgangspunkt ikke i sig selv være tilstrækkeligt som argument for, at virksomheden ikke råder over den nødvendige kapacitet.

Som led i vurderingen indgår imidlertid, om virksomheden har de økonomiske ressourcer til at klare opgaven, herunder til at påtage sig den risiko, der er forbundet med opgaven. Se fx *Elopak/Metal Box-Odin*-sagen, som er omtalt i boks 2.10 ovenfor.

Ved vurderingen af kapacitet indgår risiko og behovet for at kunne sprede risikoen således som et element i den samlede vurdering af, om en virksomhed kan udføre opgaven alene, eller om det er objektivt nødvendigt for virksomheden at gå sammen med en eller flere andre virksomheder. Afgørende for, om den risiko, der er forbundet med en opgave, nødvendiggør et fælles bud via et konsortium, er, om det – baseret på objektive forhold – er realistisk, at virksomheden vil kunne byde alene. Virksomheden skal således kunne bære den økonomiske risiko ved at tilbyde produktet på egen hånd enten umiddelbart eller med realistiske tiltag.⁵⁷

Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering af risikoaspekterne. Risiko kan fx være et relevant forhold, hvis der er tale om en opgave, hvor der skal udvikles et nyt produkt, og virksomhederne ikke ville være i stand til at byde hver for sig, fordi de nødvendige udviklingsomkostninger er meget høje i forhold til virksomhedernes størrelse, og fordi der fx er en stor risiko for, at projektet fejler. I tilfælde, hvor der er tale om en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, kan et samarbejde omvendt ikke retfærdiggøres af et potentielt behov fra parterne for at dele den form for forretningsrisiko, der er indbygget i den konkrete erhvervsaktivitet, eller som kommer ude fra fx i form af lovændringer eller ændret efterspørgsel, jf. boks 2.12 nedenfor.

Boks 2.12
Praktisk eksempel vedrørende risikospredning

Virksomhed A beskæftiger sig med entrepriseopgaver. A vil gerne byde på en opgave om opførelsen af en ny bygning. A vurderer, at der er en stor risiko forbundet ved at påtage sig opgaven alene, herunder vil A skulle påtage sig en forholdsvis stor præmie til at forsikre den konkrete risiko forbundet med opgaven, hvilket vil forøge prisen på A's tilbud. A overvejer derfor,

⁵⁷ Jf. Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 17.

om A skal indgå et konsortium med A's konkurrent, B. Derved vil A og B kunne dele risikoen forbundet med udførelsen af opgaven.

Kan A og B danne et konsortium?

Svar:

A og B skal afklare, om A og B reelt kan udføre opgaven alene. A og B skal vurdere, om A og B hver for sig har ressourcerne, herunder kapacitet, til at klare udbuddet alene.

Hvis risikoen er så stor, at A og B reelt ikke kan eller vil kunne klare opgaven alene, vil A og B ikke være konkurrenter i forhold til opgaven, og vil kunne danne et konsortium.

Hvis A og B derimod har kapacitet til at udføre opgaven alene eller vil kunne få kapacitet til at udføre opgaven alene, vil A og B være konkurrenter i forhold til opgaven. At A og B kan dele risikoen, ændrer som udgangspunkt ikke på, at de er konkurrenter i forhold til opgaven.

Det betyder dog ikke nødvendigvis, at et samarbejde mellem A og B er ulovligt. Dette vil bl.a. afhænge af samarbejdets form, herunder om samarbejdet medfører effektivitetsfordele i form af en reelt lavere risikopræmie, som kommer forbrugerne til gode og opvejer konkurrencebegrænsningen, som er forbundet med aftalen. A og B skal kunne dokumentere dette. Se mere herom i kapitel 3 nedenfor.

Risikospredning vil kunne indgå i et effektivitetsforsvar, men dette forudsætter blandt andet, at fordelene herved også tilfalder ordregiver, jf. nærmere herom i kapitel 3.

I boks 2.13 nedenfor omtales nogle sager, der har inddraget hensynet til risikospredning. Sagerne omhandler umiddelbart alene samarbejder, hvor virksomheder har stået over for store udviklingsomkostninger. Ud over de sager, der er omtalt nedenfor, kan endvidere henvises til *Cementa/Aalborg Portland-sagen*, der er omtalt i boks 2.11, hvor risiko indgik i domstolens vurdering af et samarbejdes nødvendighed.

Boks 2.13

Eksempler hvor risiko har indgået som en del af vurderingen af et samarbejde

Konsortium ECR 900-sagen⁵⁸

Sagen drejede sig om et samarbejde om udvikling, fremstilling og salg af GSM-systemet (et nyt kommunikationssystem). Ud over at de finansielle omkostninger og personalemæssige krav ved udviklingen og fremstillingen af GSM-systemet var så store, at det ud fra en realistisk betragtning ikke var muligt at udføre opgaven alene, kunne aftaleparterne heller ikke forventes at kunne bære den finansielle risiko i forbindelse med udvikling og fremstilling af systemet alene.

I forhold til personalemæssige krav vurderede Kommissionen, at der kun fandtes et begrænset antal kvalificerede ingeniører, og at dette antal ikke kunne udvides inden for en kort tidshorison. Hertil kom, at der var afsat kort tid til at gennemføre opgaven, og at omkostningerne ved at udvikle og fremstille systemet var meget høje, mens det omvendt ville kunne tage mange år, før disse omkostninger var tjent ind.

Ud fra disse betragtninger vurderede Kommissionen, at samarbejdet var lovligt.

⁵⁸ Jf. Kommissionens beslutning af 27. juli 1990 i sag IV/32.688, *Konsortium ECR 900*. Kommissionens beslutning af 15. december 1994 i sag IV/34.768, *International Private Satellite Partners*, punkt 55, indeholder tilsvarende betragtninger.

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte⁵⁹

Sagen vedrørte som tidligere nævnt fem italienske virksomheder, der igennem en årrække havde haft et samarbejde om at byde sammen på offentlige udbud vedrørende indsamling af slam. Som en begrundelse for samarbejdet anførte virksomhederne deling af risikoen fx risikoen for, at kontrakten blev forlænget, at kontraktparten var insolvent, eller at kvaliteten af det slam, der skulle indsamles, varierede.

De italienske konkurrencemyndigheder vurderede, at når der er tale om en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, kan denne ikke retfærdiggøres af et potentielt behov fra parterne for at dele den form for forretningsrisiko, der er indbygget i den konkrete erhvervsaktivitet, eller som er udefrakommende som fx lovændringer eller ændret efterspørgsel.

2.2 Er der flere deltagere end nødvendigt?

Hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt, kan samarbejdet potentielt begrænse konkurrencen, selvom ikke alle deltagerne hver for sig kan løse opgaven. Om det er tilfældet, beror på en konkret vurdering blandt andet af, hvordan konkurrencen mest realistisk ville udspille sig uden den pågældende aftale.

Hvis eksempelvis fire virksomheder går sammen i et konsortium for at løse en opgave, der kun kræver tre af virksomhederne, er det således muligt, at den fjerde virksomhed ville kunne være gået sammen med andre virksomheder, og der på den måde kunne være kommet et ekstra tilbud på den udbudte opgave. Dette vil kunne begrænse konkurrencen.

Hvis det omvendt ikke er muligt for den fjerde virksomhed at gå sammen med andre virksomheder om et ekstra bud, vil inddragelsen af denne fjerde virksomhed ikke føre til færre bud på opgaven, og der vil derfor ikke umiddelbart ske nogen begrænsning af konkurrencen om opgaven.

I praksis vil det kunne være vanskeligt at afklare, om der er flere deltagere end nødvendigt. I boks 2.14 nedenfor er beskrevet nogle sager, hvor virksomhederne kunne have budt alene. Som udgangspunkt vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen prioritere at behandle de sager, hvor parterne hver især kunne have budt på opgaven selv.

Ved vurderingen af, om der deltager flere virksomheder end nødvendigt, skal man også være opmærksom på, at vurderingen heraf vil kunne rejse nogle konkurrencemæssige udfordringer omkring informationsudveksling, jf. kapitel 4.

Boks 2.14

Eksempler på samarbejde mellem virksomheder, hvor den ene kunne byde selvDäckia/Euromaster sagen⁶⁰

I denne sag, der som nævnt vedrører levering af dæk, var to virksomheder gået sammen om at afgive et fælles bud gennem den svenske dækforening (SDF). Den ene (Däckia) havde kapacitet til at byde alene, mens den anden (Euromaster) manglede kapacitet for at kunne byde selv. Ud fra en betragtning om, at Däckia kunne byde alene, og at Euromaster kunne have indgået et mindre vidtgående samarbejde med en anden virksomhed, ansås samarbejdet ikke for at være nødvendigt, og havde derfor til formål at begrænse konkurrencen.

⁵⁹ Jf. De italienske konkurrencemyndigheders afgørelse af 3. februar 2015 i sag nr. 25302, *1765 Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*. Afgørelsen er stadfæstet af de italienske domstole (Consiglio di Stato) den 11. juli 2016.

⁶⁰ Jf. Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 132.

Den svenske konkurrencemyndighed valgte ikke at føre en sag mod den svenske dækforening (SDF).

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen⁶¹

I denne sag var to taxiselskaber som tidligere nævnt gået sammen om at byde på patienttransport. Under sagens behandling ved den norske lagmannsret blev det overvejet, om et konsortium kan være lovligt, hvis bare den ene virksomhed kunne have afgivet tilbud alene. På baggrund af det, der fremgår herom i den norske konkurrencemyndigheds vejledning om konsortiesamarbejde⁶², vurderede domstolen, at et konsortium mellem to virksomheder, hvor kun den ene vil være i stand til at afgive bud alene, vil kunne være lovligt. Afgørende herfor er, om samarbejdet fører til, at andre samarbejder udelukkes. Hvis det er tilfældet, vil samarbejdet begrænse antallet af bud og dermed være ulovligt.

Domstolen tog ikke konkret stilling til spørgsmålet, idet domstolen under den videre behandling af sagen kom frem til, at begge virksomheder havde kunnet byde, eftersom der var mulighed for at byde på delkontrakter.

2.3 Vurdering af konsortier mellem konkurrenter i forhold til opgaven

En aftale mellem virksomheder om at afgive fælles bud, som medfører flere og bedre bud til gavn for forbrugerne er gavnlig for konkurrencen. En sådan aftale kan fx være en aftale om at afgive fælles bud, hvor virksomhederne går sammen og integrerer deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer, jf. afsnit 2.3.2, og dermed kan skabe effektivitetsgevinster til gavn for forbrugerne, jf. kapitel 3. Aftaler mellem virksomheder om at afgive fælles bud som svækker konkurrencen og skader forbrugerne, vil derimod begrænse konkurrencen.

I det følgende gennemgås, hvornår konsortier som følge af deres natur er egnede til (og derfor konkurrenceretligt har til formål) at begrænse konkurrencen, og hvilke konsortier, der vil skulle undergives en vurdering af, om de har konkurrencebegrænsende virkninger for dermed at fastlægge, om de har til følge at begrænse konkurrencen.

2.3.1 Konsortier der kan have til formål at begrænse konkurrencen

Aftaler, som har *til formål* at begrænse konkurrencen, er kendetegnet ved, at de i deres natur er egnede til at skade konkurrencen. Dette skyldes bl.a., at der foreligger pålidelige og solide erfaringer for, at disse aftaler efter deres art er skadelige for konkurrencen.⁶³ Når man konkurrenceretligt siger, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er det udtryk for aftalens reelle indhold, og ikke virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen.

Konkurrencemyndigheden skal som udgangspunkt ikke kortlægge de skadelige virkninger for forbrugerne ved denne type aftaler (til formål eller "by object"). Dog vil konkurrencemyndigheden normalt vurdere eventuelle skadevirkninger af aftalen, herunder om der foreligger et såkaldt "effektivitetsforsvar" (jf. kapitel 3), inden der eventuelt indledes en sag. Hvis det umiddelbart vurderes, at et konsortiesamarbejde medfører fordele for forbrugerne, vil der typisk ikke blive indledt en sag, selvom der måtte være tale om en aftale i "til formåls-"kategorien.

⁶¹ Jf. Borgarting Lagmannsrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*. Afgørelsen er stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 i sag HR-2017-1229-A.

⁶² Jf. "Veiledning om prosjektsamarbeid" udarbejdet af det norske Konkurransetilsynet. Vejledningen er tilgængelig på www.konkurransetilsynet.no.

⁶³ Jf. Domstolens dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, *Budapest Bank*, præmis 76.

Disse fordele skal dog opveje de konkurrencebegrænsninger, som aftalen medfører, hvilket sjældent anses for opfyldt ved en aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen.

I henhold til praksis er der en række konkurrencebegrænsninger, der generelt anses for at have til formål – dvs. i deres natur – at begrænse konkurrencen. For disse foreligger der pålidelige og solide erfaringer for, at disse aftaler efter deres art er skadelige for konkurrencen.⁶⁴ Det gælder blandt andet for prisaftaler, tilbudskoordinerings- og kundedelingsaftaler, men det afhænger også af aftalens indhold i øvrigt.

Som udgangspunkt vil en konsortieaftale, der reelt kun omfatter fælles afsætning/salg – med fælles bud og fælles prisfastsættelse – typisk have et konkurrencebegrænsende formål.⁶⁵

En konsortieaftale, der reelt alene angår afsætning af virksomhedernes individuelle varer eller tjenesteydelser, vil som udgangspunkt have til formål at begrænse konkurrencen. Er der således reelt tale om et afsætnings samarbejde uden integrationen af virksomhedernes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe det konkrete produkt eller ydelse, vil konsortiet skulle underlægges en "til formåls"-vurdering. Dette vil derimod ikke nødvendigvis være tilfældet, hvis tyngdepunktet i aftalen er et andet, fx fælles produktion, hvor parterne integrerer deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe et produkt eller ydelse, der kan opfylde de opgaver, som et udbud omfatter. I det tilfælde vil der i en sag om fælles bud normalt skulle anlægges en til følge vurdering, jf. afsnit 2.3.2, medmindre der som udgangspunkt gælder nogle særlige forhold, fx hvis samarbejdet er en del af en større aftale om markedsdeling.

Vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, foretages som nævnt på et objektivt grundlag. Det har som udgangspunkt ikke betydning, hvilken subjektiv hensigt virksomhederne har haft med aftalen.⁶⁶ Selvom virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen ikke har været at begrænse konkurrencen, kan aftalen således godt vurderes som en "til formåls"-overtrædelse (fordi aftalen i sin karakter er egnet til at begrænse konkurrencen). Konkret vil den subjektive hensigt dog kunne indgå som en del af beviset for, om parterne med aftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen.⁶⁷

I boks 2.15 angives en række eksempler på konsortieaftaler, der er blevet anset som "til formåls"-overtrædelser ud fra en betragtning om, at de udgjorde markedsdelingsaftaler eller aftaler om fælles prisfastsættelse.

⁶⁴ Jf. Domstolens dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, *Budapest Bank*, præmis 76.

⁶⁵ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 9-10, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

⁶⁶ Jf. EF-Domstolens afgørelse af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Beef Industry Development*, præmis 21.

⁶⁷ Jf. EFTA-domstolens dom af 22. december 2016 i sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxo SA og Ski Follo Taxidrift AS*, præmis 89 og 106-108, som er stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 i sag HR-2017-1229-A, samt Stockholms Tingsratts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 134.

Boks 2.15

Eksempler på konsortier, der er anset for at have til formål at begrænse konkurrencen

Däckia/Euromaster sagen⁶⁸

Denne svenske sag handlede som nævnt om et udbud af en rammeaftale vedrørende levering af dæk til blandt andet politiet. Den svenske Tingsrätt vurderede, at der var tale om et rent salgssamarbejde mellem konkurrenter, som indebar fælles prissætning. Domstolen fandt på den baggrund, at samarbejdet havde været egnet til at have negative konkurrencepåvirkninger, og at det derfor havde til formål at begrænse konkurrencen.

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen⁶⁹

Denne sag vedrørte som tidligere omtalt fælles tilbudsgivning for så vidt angår patientkørsel. Norges Høyesterett stadfæstede den norske konkurrencemyndigheds afgørelse om, at samarbejdet mellem de to taxiselskaber om fælles tilbudsgivning havde til formål at overtræde den norske konkurrencelovs § 10, der har samme indhold som EFTA-aftalens artikel 53 og TEUF artikel 101 (og den danske konkurrencelovs § 6). Det skyldes, at samarbejdet eliminerede konkurrencen mellem de to virksomheder, der kunne have indgivet separate tilbud, og at der var tale om et prissamarbejde.

Norges Høyesterett pointerede, at det ikke var afgørende, at de to taxiselskaber var mindre aktører, blandt andet fordi de måtte være klar over, at der næppe fandtes mange andre konkurrenter i det pågældende område.

Skolebusser⁷⁰

Denne franske sag vedrørte et konsortium stiftet af en række transportselskaber med henblik på indgivelse af fælles bud på skolebuskørsel. Selskaberne kunne have budt hver især. Den franske konkurrencemyndighed vurderede, at der reelt var tale om en markedsdelingsaftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen. Det blev understreget, at det objektive formål med aftalen var at dele markedet og at fastholde prisniveauet, og at samarbejdet ikke var nødvendigt for, at selskaberne kunne byde på opgaven. Som følge heraf begrænsede aftalen antallet af mulige bud.

Sporskifter til jernbaner⁷¹

Denne sag vedrørte fælles tilbudsgivning igennem 14 år af fire leverandører af sporskifter til jernbaner på det spanske marked. Den spanske konkurrencemyndighed fandt, at hver enkelt af de fire virksomheder kunne have budt enkeltvis, og at der ikke var nogen objektiv begrundelse for, at virksomhederne havde budt sammen i et konsortium. Den fælles tilbudsgivning blev anset for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius⁷²

Denne litauiske sag vedrørte som nævnt to byggevirksomheders fælles bud på udbud af opgaver med at renovere skoler og børnehaver. Den litauiske konkurrencemyndighed vurderede, at samarbejdet ikke var objektivt nødvendigt, og at der var tale om en "til formåls"-overtrædelse. Dette blev stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, som bemærkede, at formå-

⁶⁸ Jf. Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 132 f. Tingsrätten henviser blandt andet til punkt 234 i de horisontale retningslinjer.

⁶⁹ Jf. Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, som er stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 i sag HR-2017-1229-A. Afgørelsen blev indbragt for Norges Høyesterett, der stillede spørgsmål til EFTA-domstolen, jf. sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS*.

⁷⁰ Jf. Den franske konkurrencemyndigheds afgørelse af 27. januar 2016 i sag 16-D-02, *Pratiques mises en oeuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin*. Afgørelsen er stadfæstet af Cour d'appel de Paris den 21. december 2017.

⁷¹ Jf. Den spanske konkurrencemyndigheds afgørelse af 30. juni 2016 i sag S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*.

⁷² Jf. Den litauiske konkurrencemyndigheds afgørelse af 21. december 2017 i sagen mod *UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos trestas*. Afgørelsen er stadfæstet af Forvaltningsdomstolen i Vilnius den 14. maj 2018 samt stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen den 3. juni i sag eA-161-552/2020.

let med aftalen var at begrænse konkurrencen. Parternes argumenter vedrørte de faktiske virkninger på konkurrencen, og var ikke tilstrækkelige til at skabe tvivl om, at aftalens formål var at begrænse konkurrencen.⁷³

Dansk Vejmarkerings Konsortium⁷⁴

Sagen vedrørte udbud af vejmarkering. Højesteret udtalte, at aftalen ikke havde ”Karakter af et produktionssamarbejde, og den lagde i øvrigt ikke op til et samarbejde mellem parterne i forbindelse med afsætningen af de tilbudte tjenesteydelser”. På den baggrund fastslog Højesteret, at samarbejdet reelt angik afsætning af virksomhedernes individuelle tjenesteydelser gennem fælles bud og fælles prisfastsættelse. Herved eliminerede virksomhederne konkurrencen mellem hinanden, hvorfor aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

2.3.2 Konsortier der kan have til følge at begrænse konkurrencen

Hvis en aftale ikke har til *formål* at begrænse konkurrencen, vil den kun være i strid med konkurrencereglerne, hvis den har til *følge* at begrænse konkurrencen.

Det er uden betydning for vurderingen af, om et konsortiesamarbejde har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, om der har været fuld åbenhed og offentlighed om samarbejdet.⁷⁵ Det er dog muligt, at dette kan have betydning for udmåling af en eventuel straf for deltagelse i et ulovligt samarbejde.

En aftale anses for at have til følge at begrænse konkurrencen, når den har – eller sandsynligvis har – en mærkbar negativ virkning på mindst en af konkurrenceparametrene på markedet, dvs. fx pris, produktion eller kvalitet. Det vil således bero på en konkret vurdering, om en aftale har til følge at begrænse konkurrencen.

Et eksempel på, hvornår et samarbejde vil skulle undergives en ”til følge”-vurdering, kan være, hvis der er tale om et produktionssamarbejde, og det er den fælles produktion – og ikke fx den fælles afsætning – der er tyngdepunktet for samarbejdet.⁷⁶

Selvom en sådan aftale fx også omfatter fælles distribution af de produkter, som fremstilles i fællesskab, eller indeholder en bestemmelse om fælles fastsættelse af salgspriserne for disse produkter, vil et sådant samarbejde som udgangspunkt skulle vurderes i forhold til aftalens virkninger (som ”til følge”). Dette skyldes, at den fælles prisfastsættelse m.v. i denne forbindelse er accessoriske til aftalen om et produktionssamarbejde, hvor den fælles produktion er tyngdepunktet. Det forudsætter dog, at denne konkurrencebegrænsning er nødvendig for den fælles produktion, dvs. at parterne ellers slet ikke ville have incitament til at indgå produktionsaftalen.

⁷³ Jf. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauens dom af 3. juni i sag eA-161-552/2020, præmis 100-102.

⁷⁴ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sag U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 9-10, hvorved Konkurrencerådets afgørelse og Konkurrenceankenævnets kendelse dermed blev stadfæstet.

⁷⁵ Jf. Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 134, samt EFTA-domstolens dom af 22. december 2016 i sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxo SA og Ski Follo Taxidrift AS*, præmis 106-108.

⁷⁶ Jf. De horisontale retningslinjer, punkt 13-14 og 150 f. Tilsvarende synspunkt synes også at ligge til grund for Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 9-10.

Hvis virksomhederne i et konsortium er konkurrenter i forhold til et specifikt udbud, og konsortiet ikke har karakter af et produktionssamarbejde eller på anden vis medfører en integration af virksomhedernes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe en ydelse således, at det vil være muligt at levere et bedre resultat til ordregiver, end hvis de bød alene, vil aftalen skulle underlægges en "til formåls"-vurdering.⁷⁷ Hvis virksomhederne har integreret deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe en ydelse og dermed et bedre resultat til ordregiver, end hvis de bød alene, ville konsortiet derimod normalt skulle underlægges en til følge-vurdering, medmindre der gælder nogle særlige forhold, fx hvis samarbejdet er en del af en større aftale om markedsdeling.

Hvad der udgør tyngdepunktet i et samarbejde vil være en konkret vurdering. Afgørende for om et konsortium vil kunne udgøre et produktionssamarbejde er, om konsortieparterne har integreret deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe den konkrete ydelse.

Hvis der er tale om, at samarbejdet indebærer en væsentlig integration af aktiver og/eller kompetencer, fx et nyt produktionsanlæg, som begge parter har andel i, vil der fx typisk være tale om fælles produktion. Dette kunne være tilfældet, hvis to producenter indleder et samarbejde om at producere nogle reservedele til biler, som de to producenter begge anvender i de biler, de hver især producerer, og de opfører en ny fabrik til at producere de pågældende reservedele. Hvis der derimod alene er begrænset eller ingen integration af de aktiver og/eller kompetencer, der skal bruges til at producere de pågældende varer, som den udbudte opgave omfatter, vil aftalens tyngdepunkt typisk ikke blive anset for at være fælles produktion.

Hvis samarbejdet nærmere udgør en måde, hvorpå parternes produkter eller tjenesteydelser kan blive solgt i fællesskab for dermed at fjerne konkurrencen imellem dem, vil dette typisk blive anset for fælles salg.⁷⁸

Når der er tale om tjenesteydelser, vil princippet overordnet være det samme; jo større grad af integration, der er, jo mere sandsynligt er det, at samarbejdet ikke vil blive anset for at udgøre en "til formåls"-overtrædelse, men i stedet vil skulle undergives en "til følge"-vurdering.⁷⁹ Det kan fx være tilfældet, hvor virksomheder integrerer deres respektive specialistkompetencer til at løse den konkrete opgave.

Modsat vil en aftale, hvor fx to virksomheder, som er aktive inden for transportbranchen, indgiver et fælles bud uden, at der sker en integration eller sammenlægning af en væsentlig del af de aktiver, der skal bruges til at levere de udbudte transportydelser (fx virksomhedernes vognpark), typisk ikke blive anset for et produktionssamarbejde. Hvis to virksomheder byder sammen for at udføre en byggekontrakt, men hvor samarbejdet ikke medfører nævneværdig integration af virksomhedernes aktiver fx værktøjer, materialer, maskiner eller kontorer, og

⁷⁷ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 9-10, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

⁷⁸ Jf. Højesterets dom af 27. november 2019 i 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, side 9-10, samt Cyril Ritter: *Joint Tendering under EU Law*, Concurrences N° 2-2017 l pp. 60-69, punkt 50-51.

⁷⁹ Jf. Cyril Ritter: *Joint Tendering under EU Law*, Concurrences N° 2-2017 l pp. 60-69, punkt 50-51.

de deler den tildelte opgave mellem sig således, at de hver især udfører visse dele af kontrakten med deres egne aktiver, vil dette typisk heller ikke blive anset for et produktionssamarbejde.⁸⁰

Som tidligere nævnt er det selve indholdet af et samarbejde om at afgive et fælles bud og ikke formen for eller benævnelsen af det, der er afgørende for, hvordan det vurderes. Det er således ikke nok, at en aftale fx benævnes et produktionssamarbejde – aftalen skal faktisk være et produktionssamarbejde. Det samme gælder, hvis integrationen af aktiver ikke sker med henblik på at løse opgaven, men med henblik på, at samarbejdet underlægges en anden konkurrenceretlig vurdering.

Herudover indeholder konkurrencelovens § 7 en bagatelgrænse, som alene er relevant for "til følge"-sager. I henhold til denne bestemmelse vil konsortiesamarbejder mellem virksomheder, hvis samlede markedsandel ikke overstiger 10 pct. på noget relevant marked, der er berørt af aftalen, når denne er indgået mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter på et af disse markeder, ikke være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, medmindre samarbejdet har til formål at begrænse konkurrencen. I sådanne tilfælde vil et konsortium således være lovligt, selvom det har til følge at begrænse konkurrencen.⁸¹

Ved fastlæggelsen af aftaledeltagernes samlede markedsandel skal der tages udgangspunkt i det marked, som parterne normalt konkurrerer på, og dermed ikke den udbudte opgave. Fastlæggelsen skal dermed ske på baggrund af de almindelige regler herom i konkurrencelovens § 5a samt EU-Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked.⁸² Afhængig af de konkrete markedsforhold og hyppigheden af transaktioner på et givet marked kan et tilbagemblik over en vis periode således i visse tilfælde give et mere retvisende billede af en virksomheds stilling på det relevante marked. Dette kan fx være tilfældet ved markeder som karakteriseres som budmarkeder.⁸³

De afgørelser, der er nævnt ovenfor i boks 2.15, er kendetegnet ved, at et konsortiesamarbejde er vurderet at have til formål at begrænse konkurrencen. Praksis vedrørende samarbejder, der alene har haft til følge at begrænse konkurrencen, er sparsom, hvilket kan ses som udtryk for, at konkurrencemyndigheder som udgangspunkt prioriterer at behandle de sager, der udgør de mest alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne. Uden for konsortiesammenhængen er der bl.a. en svensk sag, hvor appelinstansen vurderede, at sagen skulle undergives en "til følge"-vurdering. Det drejer sig om den svenske Aleris Diagnostik m.fl.-dom⁸⁴ om indgåelse af underleveranceaftaler i forbindelse med afgivelse af tilbud på en udbudt opgave.

⁸⁰ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVC O A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVC O A/S*, side 9-10, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

⁸¹ Ud over tærsklen på 10 pct. indeholder konkurrencelovens § 7 også en tærskel på 15 pct. for aftaler mellem ikke-konkurrenter. Denne tærskel vil typisk gælde for aftaler mellem virksomheder, der befinder sig på forskellige led i omsætningskæden, fx en aftale mellem en leverandør og en forhandler, og vil derfor oftest ikke være relevant for konsortieaftaler.

⁸² Jf. høringsnotat vedrørende lovforslag om ændring af konkurrenceloven af 27. september 2017, Erhvervs- Vækst- og Eksportudvalget 2017-18, L6, Bilag 1, side 4.

⁸³ Jf. Kommissionens afgørelse af 20. december 2012 i sag AT.39230. *Rio Tinto plc m.fl.*, præmis 38, note 14.

⁸⁴ Jf. Den svenske Patens- og marknadsöverdomstolens dom af 28. april 2017 i sagen *Aleris Diagnostik AB, Capis A:t Görans Sjukhus AB og Hjärtkärlgruppen i Sverige AB mod Konkurrensverket*.

Kapitel 3

Effektivitetsfordele ved konsortier

Et konsortiesamarbejde mellem virksomheder om en opgave, som virksomhederne kan klare hver for sig, hvorfor virksomhederne kan betegnes konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, har som nævnt som udgangspunktet til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Hvis virksomhederne sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver for sig, kan samarbejdet imidlertid alligevel være lovligt, selvom virksomhederne er konkurrenter i forhold til den udbudte opgave. Muligheden for at føre et effektivitetsforsvar ved "til følge"-overtrædelser er i praksis større end ved "til formål"-overtrædelser. Der er, bl.a. som følge heraf, større sandsynlighed for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil prioritere at føre "til formåls"-sager. Omvendt vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke prioritere en sag, hvor det konkret vurderes på det foreliggende grundlag, at samarbejdet er nødvendigt og medfører tilstrækkelige effektivitetsgevinster for forbrugerne, herunder fx ordregiver.

Samarbejdet vil være lovligt, hvis samarbejdet opfylder en række betingelser, herunder at det er til gavn for forbrugerne. Begrebet "forbrugere" dækker bredt og omfatter alle aftagere af det produkt eller den ydelse, konsortiesamarbejdet vedrører, herunder eksempelvis offentlige ordregivere i et offentligt udbud.

Et mere konkurrencedygtigt tilbud kan fx være en konsekvens af, at virksomhederne via samarbejdet opnår nogle omkostningsbesparelser og dermed får mulighed for at byde ind med en lavere pris. Der kan også være tale om, at virksomhederne ved at gå sammen kan tilbyde et bedre produkt sammenlignet med, hvad de ville kunne tilbyde hver især.

Selvom de virksomheder, der deltager i konsortiet, selv kan løse opgaven, kan et konsortium derfor alligevel være lovligt, hvis dets fordele for forbrugerne opvejer virkningerne af konkurrencebegrænsningen. Det er således centralt, at de positive effektivitetsgevinster kommer forbrugerne til gode, og at samarbejdet og de konkurrencebegrænsende elementer i samarbejdet ikke går videre end det, der er nødvendigt for at løse opgaven.

I det følgende uddybes de fire betingelser, der skal være opfyldt for, at en konsortieaftale vil være fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Fritagelsesbetingelserne fremgår af konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101 (3). Hvis betingelserne er opfyldt, finder forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 (1) (hvis der er samhandelspåvirkning) ikke anvendelse, og aftalen er i så fald automatisk lovlig efter konkurrencereglerne.

3.1 Effektivitetsfordele der kan bevirke, at konsortiet er lovligt

Konkurrencelovens § 8, stk. 1, lyder:

"Forbuddet i § 6, stk. 1, finder ikke anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,*
 - 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,*
-

- 3) *ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og*
- 4) *ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.”*

Et konsortium bestående af virksomheder, der er konkurrenter i forhold til en udbudt opgave, vil kunne opfylde betingelserne for fritagelse fra forbuddet i konkurrenceloven, hvis de gennem samarbejdet:

- » kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville kunne hver for sig,
- » dette i rimeligt omfang kommer forbrugerne til gode,
- » samarbejdet ikke går længere end nødvendigt for at nå dette mål, og
- » virksomhederne ikke får mulighed for at udelukke konkurrencen om de pågældende opgaver.

Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering af, om disse betingelser er opfyldt. Her vil blandt andet forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, samarbejdets art, det produkt eller den tjenesteydelse, samarbejdet vedrører, og antallet af bud, som virksomheden forventer vil komme, som følge af dennes kendskab til markedet og dermed kendskab til, hvordan andre virksomheder på markedet kan byde, indgå. Dette uddybes i det følgende.

I tilfælde af, at der indledes en sag, skal virksomhederne selv føre dokumentation for, at konsortiet opfylder fritagelsesbetingelserne. Virksomhederne skal kunne dokumentere, hvorfor der var effektivitetsfordele på tidspunktet, hvor virksomhederne afgav fælles bud. Det vil derfor være en god ide at foretage en vurdering af, om fritagelsesbetingelserne er opfyldt, inden man afgiver et tilbud. Det gælder særligt den første og den anden betingelse om, at konsortiet skal medføre tilstrækkelige effektivitetsgevinster, der kommer kunden til gode.

EU-Kommissionen har i de horisontale retningslinjer samt i retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101, stk. 3, [tidligere artikel 81, stk. 3] uddybet fritagelsesbetingelserne og angivet en række eksempler på, hvordan effektivitetsgevinster vil blive vurderet ved forskellige former for samarbejder, jf. boks 3.1. nedenfor.⁸⁵

Boks 3.1
Effektivitetsgevinster efter art. 101 (3) TEUF

EU-Kommissionen retningslinjer vedrørende effektivitetsgevinster⁸⁶

EU-Kommissionen har udarbejdet retningslinjer for anvendelsen af effektivitetsgevinster efter TEUF art. 101 (3). En virksomhed kan tage udgangspunkt i retningslinjerne, når denne skal vurdere, om en aftale har effektivitetsgevinster.

Det fremgår bl.a. af retningslinjerne, hvordan en virksomhed kan vurdere, om en konkurrencebegrænsende aftale medfører effektivitetsgevinster, som opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger ved en aftale og kommer forbrugerne til gode. Det fremgår bl.a., at:

- » Effektivitetsgevinster kan skabe en merværdi ved at sænke produktionsomkostninger, forbedre produktets kvalitet eller skabe et nyt produkt. Når sådanne konkurrencefremmende virkninger opvejer en aftales ellers konkurrenceskadelige virkninger, vil aftalen ud fra en samlet vurdering fremme konkurrencen.⁸⁷

⁸⁵ Jf. De horisontale retningslinjer, særligt punkt 187-193 og 252-256 samt Kommissionens retningslinjer af 27. april 2004 for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08) ("retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3").

⁸⁶ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3.

⁸⁷ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 33.

- » Vurderingen heraf skal være objektiv. Der kan således ikke tages hensyn til omkostningsbesparelser, der alene beror på aftaleparternes udøvelse af deres markedsstyrke. Aftaler virksomhederne fx en pris eller deler markedet imellem sig, vil de reducere produktionen og dermed også produktionsomkostningerne. Sådanne omkostningsbesparelser har imidlertid ingen konkurrencefremmende virkninger på markedet, og vil derfor ikke kunne opveje de konkurrencebegrænsende virkninger, som aftalen medfører.⁸⁸
- » Vurderingen af effektivitetsgevinster beror i almindelighed på en integrering af økonomiske aktiviteter, hvor virksomheder lægger deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer sammen for at opnå, hvad de ikke kunne opnå lige så effektivt på egen hånd, eller hvor de overdrager opgaver til en anden virksomhed, som denne kan udføre mere effektivt.⁸⁹
- » De effektivitetsgevinster, som aftalen medfører, skal forbrugerne have en rimelig andel af fordelene ved. Medfører en konkurrencebegrænsende aftale fx højere priser for forbrugerne, skal forbrugerne have fuld kompensation herfor i form af fx bedre kvalitet eller andre fordele.⁹⁰
- » I forhold til vurderingen af, om der ville være andre muligheder at opnå effektivitetsgevinsterne på end at indgå den pågældende aftale, tages der hensyn til de markedsvilkår og de økonomiske realiteter, som virksomhederne står overfor. Det kræves dermed ikke, at virksomhederne overvejer hypotetiske eller teoretiske alternativer.⁹¹

3.1.1 Effektivitetsgevinster

Det samarbejde, der fører til et fælles bud mellem konkurrenter om en konkret opgave, skal kunne medføre økonomiske fordele i form af effektivitetsgevinster. Det betyder, at der skal være effektivitetsgevinster forbundet med, at to eller flere virksomheder byder sammen frem for hver for sig. Effektivitetsgevinsterne kan være såvel kvantitative som kvalitative.

Effektivitetsgevinsterne skal være af en sådan størrelse, at de kan opveje konkurrencebegrænsningerne, idet et væsentligt sigte er, at samarbejdet samlet set er til fordel for forbrugerne, herunder ordregiveren, og ikke hæmmer konkurrencen i øvrigt unødigt. Der vil altid være tale om en konkret vurdering. Det er derfor ikke muligt at angive generelle kriterier for, hvor store effektivitetsgevinsterne skal være for at opfylde betingelserne.

Kvantitative effektivitetsgevinster kan fx være omkostningsbesparelser, herunder som følge af stordriftsfordele. Der kan fx være tale om, at de virksomheder, der deltager i konsortiet, anvender forskellige teknologier, der tilsammen vil kunne reducere omkostningerne ved at udføre opgaven, eller hvor samarbejdet medfører skalafordele, der ligeledes kan reducere omkostningerne. Et samarbejde kan også betyde, at opgaven kan udføres på kortere tid.

Kvalitative effektivitetsgevinster kan fx bestå i nye eller forbedrede produkter eller tjenester. Det kan fx være, at to virksomheder, der er aktive inden for den samme branche, hver især er særligt kompetente inden for nogle underområder, eller hver især besidder særlig knowhow,

⁸⁸ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 49.

⁸⁹ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 60.

⁹⁰ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 83 og 86.

⁹¹ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 75.

og dermed sammen kan levere et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de vil kunne hver for sig.

Der kan også være tale om et samarbejde mellem en stor virksomhed, der reelt har kapaciteten til at udføre opgaven alene, men hvor et samarbejde mellem denne og en mindre virksomhed med en særlig knowhow, der fx vil kunne bidrage med en særlig kreativ vinkel på opgaveløsningen, vil kunne føre til en bedre løsning, end hvis den store virksomhed bød alene.

Boks 3.2

Eksempel på vurdering af effektivitetsgevinster

Däckia/Euromaster sagen⁹²

Denne svenske sag vedrørte som nævnt udbud af en rammeaftale om levering af dæk til politiet. Domstolen vurderede, at eftersom samarbejdet ikke førte til integration af virksomhedernes produktion eller distribution, bidrog samarbejdet ikke til en forbedring heraf. Domstolen anførte videre, at omkostninger til at udarbejde tilbud indgår i den normale konkurrence. Besparelser i så henseende anses derfor ikke for effektivitetsfordele.

Som udgangspunkt vil der normalt ikke blive rejst en sag vedrørende et konsortium, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på det foreliggende grundlag konkret har vurderet, at samarbejdet medfører tilstrækkelige effektivitetsgevinster for forbrugerne, herunder ordregiver.

I tilfælde af, at der rejses en sag, vil det være aftaleparternes opgave at dokumentere eventuelle effektivitetsgevinster, herunder fx deres størrelse og hvordan de opnås.⁹³ Hvis der rejses en sag, vil det således være vigtigt, at virksomhederne kan dokumentere, at konsortiesamarbejdet fx fører til omkostningsbesparelser. Hvis der fx er tale om et nyt eller forbedret produkt eller tjeneste, skal virksomhederne kunne forklare effektivitetsgevinsterne herved.

Hvordan dokumentation skal foretages, vil afhænge af de konkrete omstændigheder. Hvis der fx er tale om, at parterne beslutter at opføre et fælles produktionsanlæg, fordi dette ville gøre dem i stand til at tilbyde en lavere pris for deres produkter eller tjeneste som følge af stor-driftsfordele, der vil gøre virksomhederne i stand til at producere billigere, vil der som regel i forvejen være udarbejdet beregninger m.v., der kan bruges til dette formål.

Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at samarbejdet gør det muligt for virksomhederne at producere billigere; fordelene skal også tilfalde forbrugerne fx i form af lavere priser. I en eventuel konkurrencesag, hvor konkurrencemyndighederne har betænkeligheder ved konsortiesamarbejdet, vil det for virksomhederne være vigtigt at kunne dokumentere, hvordan et fald i omkostningerne også udmøntes fx i lavere priser.

Besparelser, der alene skyldes afskaffelse af konkurrencerelaterede omkostninger, anses ikke for effektivitetsgevinster. Eventuelle besparelser ved at udforme tilbud anses efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering normalt ikke som effektivitetsgevinster.

I boks 3.3 er omtalt tre sager, hvor konkurrencemyndigheden har vurderet effektivitetsgevinster henholdsvis dokumentation for effektivitetsgevinster. I Kommissionens retningslinjer er endvidere omtalt en række eksempler på sådanne vurderinger.⁹⁴

⁹² Jf. Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 138 f.

⁹³ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 51.

⁹⁴ Jf. De horisontale retningslinjer, punkt 187-193 og 252-256.

Boks 3.3

Eksempler på, at effektivitetsgevinster skal dokumenteresSki Taxi/Follo Taxi-sagen⁹⁵

Denne norske sag vedrørte et samlet bud på patienttransport fra to taxiselskaber og er et eksempel på de krav, der stilles til dokumentation for effektivitetsfordele. Domstolen fandt, at man ikke kunne se bort fra, at samarbejdet kunne have medført effektivitetsgevinster i form af bedre udnyttelse af den samlede bilpark. Domstolen fandt imidlertid ikke, at parterne havde sandsynliggjort fordelene i tilstrækkelig grad, idet de beregninger, de fremlagde, kun i begrænset omfang baserede sig på faktiske forhold og indeholdt få variabler. Det var derfor vanskeligt for domstolen at vurdere kvaliteten af de foretagne skøn.

Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering⁹⁶

Sagen vedrørte snerydning for en kommune, hvor virksomhedernes brancheforening havde afgivet samlet tilbud på alle ruter på sine medlemmers vegne. Udbuddet gav mulighed for at byde på enkeltruter. Virksomhederne anførte, at der var effektivitetsfordele ved samarbejdet derved, at det førte til en bedre udnyttelse af vognmændenes effektive køretid inden for kørehviletidsreglerne. Konkurrencerådet fandt ikke, at sådanne effektivitetsgevinster var godtgjort, eftersom fordeling af ruterne blandt foreningen skete ved lodtrækning, hvorved den enkelte vognmand blev forpligtet til at udføre tjenesten på samme måde, som hvis han selvstændigt havde indgået kontrakt om den enkelte rute.

Dansk Vejmarkerings Konsortium⁹⁷

Sagen vedrørte som tidligere omtalt udbud af vejmarkering. Virksomhederne havde bl.a. anført, at konsortiet medførte effektivitetsfordele. For det første medførte konsortiet adgang til mere mandskab og maskiner. For det andet var der mulighed for, at virksomhederne kunne trække på hinandens ressourcer, hvis dette blev nødvendigt. For det tredje vil adgangen til en større kapacitet betyde, at risikoen for misligholdelse og bød blev reduceret, hvilket også var til Vejdirektoratet fordel, idet virksomhederne hæftede solidarisk over for Vejdirektoratet.

Konkurrencerådet fandt, at konsortiet ikke førte til dokumenterede synergieffekter i form af fx omkostningsbesparelser gennem øgede stordriftsfordele eller en mere effektiv udnyttelse af virksomhedernes ressourcer m.v. set i forhold til en situation, hvor virksomhederne havde budt hver for sig. Herudover havde virksomhederne på forhånd fordelt udbuddet imellem sig, hvorfor virksomhederne ikke integrerede deres mandskab eller maskiner.

Højesteret udtalte, at virksomhederne ikke havde godtgjort, at betingelserne for individuel frigørelse var opfyldt.

Risikospredning som effektivitetsgevinst

For virksomheder, der påtager sig nye opgaver, vil der altid være en risiko, som afhænger af, hvordan udbuddet er udformet. Desuden vil der ofte være mulighed for at tegne forsikring mod nogle former for risici. Hvis en virksomhed finder det vanskeligt at bære risikoen ved en konkret opgave, kan virksomheden vælge at sætte prisen på opgaven op som en slags risikopræmie. En sådan prisforhøjelse vil selvsagt reducere sandsynligheden for, at virksomheden vinder opgaven, men vil være en naturlig reaktion, hvis projektet er forbundet med særlig

⁹⁵ Jf. Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 25. Afgørelsen er stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 i sag HR-2017-1229-A.

⁹⁶ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*, punkt 134.

⁹⁷ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 i sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sagerne U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom blev ophævet ved Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S*, hvorved Konkurrencerådets afgørelse dermed blev stadfæstet.

usikkerhed, som skal bæres af tilbudsgiveren. På den måde må almindelig risiko ved at påtage sig en opgave ses som en del af den normale konkurrence.

Som det fremgår af afsnit 2.1.3 i foregående kapitel, kan der dog være situationer, hvor den risiko, der er forbundet med at påtage sig en opgave, fører til, at en virksomhed objektivt set ikke er i stand til at udføre opgaven alene – selv hvis virksomheden indbyggede en høj risikopræmie i prisen på opgaven. I sådanne tilfælde vil et samarbejde være nødvendigt, og virksomhederne vil derfor ikke være konkurrenter i forhold til den pågældende opgave.

Almindeligvis vil risikoen ved at påtage sig en konkret opgave ikke alene kunne begrunde, at virksomhederne ikke skal anses som konkurrenter i forhold til opgaven. For at risiko i sådanne tilfælde skal kunne bevirke, at samarbejdet er lovligt efter konkurrencereglerne, skal der være tale om, at risikospredningen og eventuelle andre forhold samlet set fører til, at virksomhederne giver et bedre og/eller billigere bud end hver især. Det betyder således, at konsortiet skal opfylde de fire tidligere nævnte betingelser, herunder at samarbejdet skal medføre tilstrækkelige effektivitetsfordele, som risikospredning kan være en del af.

Selvom en virksomhed således er i stand til selv at påtage sig risikoen ved at udføre opgaven, er det muligt, at risikoen ved opgaven bevirker, at udførelsen af opgaven bliver mere omkostningstung, end hvis flere virksomheder kan dele denne risiko og dermed fx opnå en lavere forsikringspræmie el. lign. I så fald vil risikospredning kunne bidrage til at skabe effektivitetsgevinster, som udmøntes i en lavere pris på opgaven. I en eventuel konkurrencesag (hvor konkurrencemyndighederne som udgangspunkt har betænkeligheder ved, om betingelserne er opfyldt) vil det være vigtigt, at virksomhederne kan påvise de effektivitetsgevinster, der er forbundet med, at virksomhederne deler denne risiko, at det kommer forbrugerne til gode og at fordelene i øvrigt har en størrelse, der opvejer de konkurrencemæssige ulemper.

I boks 3.4 er omtalt to afgørelser fra Kommissionen, hvor risikodeling indgik som element i vurderingen af, om samarbejdet medførte effektivitetsgevinster. Der er tale om afgørelser fra før ophævelsen af muligheden for at anmelde samarbejder til Kommissionen. De krav, der i dag stilles til dokumentation for effektivitetsgevinster, fremgår af Kommissionens retningslinjer herom⁹⁸ og er omtalt i foregående afsnit.

Boks 3.4

Eksempler hvor risiko indgik som element i vurdering af effektivitetsgevinster

Vacuum Interrupters-sagen⁹⁹

Denne sag handlede om et samarbejde mellem to virksomheder om udvikling af en vakuumbryder. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldte imidlertid betingelserne for en fritagelse. De effektivitetsgevinster, samarbejdet medførte, bestod i, at virksomhederne sammen kunne udvikle en model med brug af færre udviklingsressourcer.

En deling af den store finansielle og tekniske risiko, der var forbundet med opgaven, førte således til, at virksomhederne kunne udvikle produktet på kortere tid.

GEAP/P & W-sagen¹⁰⁰

Denne sag drejede sig om et samarbejde mellem to af de tre aktører på markedet om udvikling af en ny type flymotor. Selvom samarbejdet førte til, at virksomhederne kunne udvikle motoren billigere, vurderede Kommissionen, at de var potentielle konkurrenter, fordi udviklingsomkostningerne ikke udgjorde nogen fundamental forhindring for, at parterne udviklede en ny motor

⁹⁸ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3.

⁹⁹ Jf. Kommissionens afgørelse af 20. januar 1997 i sag IV/27.442, *Vacuum Interrupters Ltd.*

¹⁰⁰ Jf. Kommissionens beslutning af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2, *GEAE/P & W.*

hver især. Begge virksomheder havde hidtil foretaget omfattende investeringer i udvikling og tilhørte begge koncerner med betydelige finansielle ressourcer. De måtte dermed kunne forventes at bære den tekniske og økonomiske risiko forbundet med udvikling af en ny flymotor-type.

Samarbejdet førte imidlertid til, at virksomhederne kunne udvikle den nye motor hurtigere og billigere, end hvis de skulle forestå udviklingen hver især. Kommissionen lagde vægt på, at parterne besad komplementær teknologisk knowhow, hvorved de sammen kunne udvikle en billigere og mere miljøvenlig motor, da de hver især kunne bidrage der, hvor de havde deres teknologiske spidskompetencer. Kommissionen vurderede derfor, at samarbejdet medførte effektivitetsfordele.

3.1.2 Fordele for forbrugerne

Effektivitetsgevinsterne ved et samarbejde mellem konkurrenter om at afgive fælles bud på en konkret opgave skal komme forbrugerne til gode. Begrebet "forbrugere" omfatter som nævnt alle aftagere af det produkt eller den ydelse, konsortiesamarbejdet vedrører, herunder eksempelvis offentlige ordregivere i et offentligt udbud.

Fordelene kan eksempelvis komme til udtryk i form af lavere priser, bedre produktkvalitet eller større udvalg af de produkter eller tjenesteydelser, udbuddet vedrører. Hvis der indledes en sag mod virksomhederne, skal virksomhederne kunne dokumentere, hvorfor den på tidspunktet for buddets afgivelse vurderede, at der ville være effektivitetsgevinster, som kom forbrugerne til gode. I boks 3.5 er gengivet en række relevante afgørelser.

Fordelene for forbrugerne, herunder ordregiver, skal være af et sådant omfang, at de mindst opvejer de faktiske eller sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger, samarbejdet har for dem. Effektivitetsgevinster, der kun gavner parterne i et konsortium, er således ikke tilstrækkelige til, at kriterierne i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101 (3) er opfyldt.

Vurderingen af, om fordelene kommer forbrugerne, herunder ordregiver, til gode i tilstrækkeligt omfang, vil være en konkret vurdering i den enkelte sag. Det kræves dog ikke, at alle effektivitetsgevinsterne kommer forbrugerne til gode.¹⁰¹

Jo større graden af konkurrencen er, desto mere sandsynligt er det, at omkostningsbesparelserne tilfalder forbrugerne.¹⁰² Ud fra den betragtning vil effektivitetsgevinster ved, at virksomheder går sammen i et konsortium om at byde på en opgave, med større sandsynlighed overføres til forbrugerne i form af lavere tilbudspris, hvis det forventes, at der er mange deltagere i udbuddet, og konkurrencen om opgaven dermed er effektiv, end hvis der fx er forventning om, at der kun er en anden deltager i konkurrencen om opgaven.

Boks 3.5 Eksempler på vurdering af fordele for forbrugerne

Cateringsagen¹⁰³

Sagen vedrørte to leverandører af cateringvarer, der havde hjemsted henholdsvis på Sjælland og i Jylland. De to selskaber havde aftalt at afgive fælles tilbud på levering af cateringvarer til kunder, der krævede landsdækkende levering. Det ene selskab skulle levere øst for Storebælt, og det andet selskab skulle levere vest for Storebælt. Formålet med samarbejdet var at give de to virksomheder mulighed for at deltage i konkurrencen om kontrakterne med landsdækkende

¹⁰¹ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 86.

¹⁰² Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 97.

¹⁰³ Jf. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 26. november 2003, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz A/S*.

kunder. Landsdækkende levering af cateringvarer krævede distribution både på Sjælland og i Jylland.

Konkurrencestyrelsen vurderede, at aftalen mellem de to cateringvareleverandører begrænsede konkurrencen, da det ikke fandtes godtgjort, at investeringsomkostninger m.v. i sig selv udgjorde en sådan barriere, at samarbejdet objektivt set var nødvendigt, fordi ingen af dem ellers ville være i stand til at deltage i konkurrencen om landsdækkende levering af cateringvarer.

Samarbejdet blev dog fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler på grund af forholdene på markedet, og fordi samarbejdet sikrede en øget valgmulighed for kunderne. De særlige forhold på markedet bestod i, at der kun eksisterede få virksomheder, der aktuelt eller potentielt havde den nødvendige kapacitet til at byde ind på store landsdækkende kunders udbud af leverancerne.

Cekacan-sagen¹⁰⁴

Sagen handlede om et samarbejde om produktion af en ny emballagetype til fødevarer. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldte imidlertid fritagelsesbetingelserne. De effektivitetsgevinster, samarbejdet medførte, bestod i udvikling af et nyt produkt, der var en betydelig nyskabelse. Samarbejdet betød endvidere, at det nye produkt hurtigere kunne blive udbredt inden for hele Fællesskabet. Fødevareproducenterne og de endelige forbrugere ville få en rimelig andel af denne fordel i form af, at der kom en teknisk nyskabelse til emballering af fødevarer på markedet. De endelige forbrugere ville endvidere få en fordel af samarbejdet i kraft af øget konkurrence på emballagemarkedet med deraf forventede virkninger på emballagepriserne.

British Interactive Broadcasting/Open-sagen¹⁰⁵

Denne sag drejede sig om et samarbejde vedrørende udvikling af digitale interaktive tv-tjenester. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldte imidlertid fritagelsesbetingelserne. Effektivitetsgevinsterne bestod i, at parterne via samarbejdet kunne gøre en ny tjeneste tilgængelig for forbrugerne, ligesom det gav detailsælgere af varer og tjenester en ny afsætningsmulighed. Hver part bidrog med særlig ekspertise, som samlet set muliggjorde udvikling af en bedre tv-tjeneste. Hertil kom, at tjenesten via samarbejdet kunne blive udviklet hurtigere.

3.1.3 Nødvendige begrænsninger

Når man samarbejder med en eller flere konkurrenter, hvor samarbejdet opfylder de ovennævnte betingelser, vil man ofte aftale forhold, som det normalt er strengt forbudt at aftale, fx prisfastsættelse. Det er derfor afgørende, at de begrænsninger, virksomhederne pålægger hinanden i forbindelse med at afgive fælles bud, er absolut nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, og at samarbejdet ikke rækker ud over det konkrete samarbejde om den pågældende opgave, hverken i tid eller omfang.

Der må ikke findes nogen anden økonomisk gennemførlig og mindre konkurrencebegrænsende måde at opnå gevinsterne på.

Aftalen skal endvidere gennemføres på den mindst konkurrencebegrænsende måde, hvilket betyder, at der fx alene må udveksles de informationer eller indgås de prisaftaler, der er nødvendige for samarbejdet.

¹⁰⁴ Jf. Kommissionens afgørelse af 15. oktober 1990 i sag IV/32.681, *Cekacan*, punkt 44-47.

¹⁰⁵ Jf. Kommissionens afgørelse af 15. september 1999 i sag /V/36.539, *British Interactive Broadcasting/Open*, punkt 141 og 159.

Vurderingen af, om aftalen er nødvendig skal foretages ud fra den faktiske sammenhæng, som aftalen fungerer i. Det vil sige, at der ved vurderingen skal tages hensyn til markedet, de økonomiske risici forbundet med aftalen og parternes incitament.¹⁰⁶

3.1.4 Ingen udelukkelse af konkurrencen

Endelig må samarbejdet mellem konkurrenter om at afgive et fælles bud på en konkret opgave ikke give mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter, som aftalen omhandler. Dvs., at det skal vurderes, hvor meget aftalen svækker konkurrencen.¹⁰⁷

Her vil man se på, hvor stor markedsandel konsortiedeltagerne har tilsammen i forhold til de øvrige mulige bydere. Aktører i et marked vil normalt have en god fornemmelse af, hvor mange andre virksomheder der vil kunne byde på opgaven. Jo højere markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, jo større sandsynlighed er der således for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen.

Boks 3.6 Eksempel på vurdering af udelukkelse af konkurrencen

Cementa/Aalborg Portland-sagen¹⁰⁸

Denne svenske sag drejede sig om et konsortiesamarbejde om levering af cement til opførelse af Øresundsbroen. Virksomhederne havde anmodet den svenske konkurrencemyndighed om en fritagelse til, at de kunne indgive et fælles bud. Den svenske konkurrencemyndighed fandt, at det ikke kunne udelukkes, at samarbejdet ville medføre omkostningsbesparelser, fordi der kunne ske en gensidig udnyttelse af virksomhedernes ressourcer. Henset til, at virksomhederne havde markedsandele i henholdsvis Sverige og Danmark på mellem 80 og 100 procent, og at det var vanskeligt for udenlandske cementproducenter at komme ind på markedet, vurderede konkurrencemyndigheden imidlertid, at samarbejdet ikke opfyldte fritagelsesbetingelsen om, at samarbejdet ikke må udelukke konkurrencen for en væsentlig del af markedet.

3.2 Gruppefritagelser

Ud over muligheden for, at et samarbejde kan være individuelt fritaget efter reglerne i konkurrencelovens § 8 og evt. tillige TEUF artikel 101, stk. 3, kan et samarbejde også være fritaget efter de gruppefritagelser, der findes på området, eksempelvis gruppefritagelsen for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler¹⁰⁹ og gruppefritagelsen for visse kategorier af specialiseringsaftaler¹¹⁰. Sidstnævnte gruppefritagelse gælder for aftaler om:

- i) ensidig specialisering (aftaler, hvor en af parterne helt eller delvist giver afkald på at fremstille bestemte produkter eller forberede bestemte tjenesteydelser til fordel for en anden part)

¹⁰⁶ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 80.

¹⁰⁷ Jf. Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, punkt 107.

¹⁰⁸ Jf. Konkurrencsverkets afgørelse af 12. maj 1995, *Icke-ingripandebesked/undantag avseende samarbejde i ett konsortium i cementbranschen*, Stockholms Tingsrätts afgørelse af 1. januar 1997, *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrencsverket* og Marknadsdomstolens afgørelse af 8. oktober 1997, *Konkurrencsverket mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*.

¹⁰⁹ Jf. Kommissionens forordning nr. 1217/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler. Forordningen er implementeret i den danske konkurrencelov via bekendtgørelse nr. 63 af 28. januar 2011 om gruppefritagelse for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler. Bemærk, at ifølge gruppefritagelsens artikel 5 gælder den ikke for alvorlige konkurrencebegrænsninger.

¹¹⁰ Kommissionens forordning nr. 1218/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, på visse kategorier af specialiseringsaftaler. Forordningen er implementeret i den danske konkurrencelov via bekendtgørelse nr. 64 af 28. januar 2011 om gruppefritagelse for visse kategorier af specialiseringsaftaler. Bemærk, at ifølge gruppefritagelsens artikel 4 gælder den ikke for alvorlige konkurrencebegrænsninger.

-
- ii) gensidig specialisering (aftaler, hvor hver part helt eller delvist giver afkald på at fremstille bestemte produkter eller forberede bestemte tjenesteydelser til fordel for en anden part)
 - iii) fælles produktion.

Derudover skal følgende to betingelser være opfyldt:

- » Parterne må ikke tilsammen have en markedsandel på over 20 pct.
- » Aftalerne må ikke indeholde alvorlige konkurrencebegrænsninger i form af fastsættelse af priser over for tredjemand, begrænsning af produktion eller salg eller opdeling af markeder eller kunder.

Bemærk, at ifølge gruppefritagelserne gælder disse ikke for alvorlige konkurrencebegrænsninger.

Kapitel 4

Informationsudveksling i forbindelse med konsortier

Ved indgåelsen af konsortiesamarbejder eller ved overvejelser herom skal virksomheden også være opmærksom på konkurrencereglerne i forbindelse med informationsudveksling. Dette gælder såvel i forbindelse med de drøftelser, virksomheder har, når de overvejer, om de skal danne et konsortium, og mens konsortiet er i kraft.

Udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger mellem konkurrenter kan begrænse konkurrencen. En virksomhed må fx ikke oplyse hvilken pris, virksomheden planlægger at byde på en konkret opgave, hvis denne skal byde alene eller fx oplyse hvilke fremtidige opgaver virksomheden planlægger at byde på. Hvis en virksomhed får kendskab til sine konkurrenters markedsstrategier, vil det således kunne mindske virksomhedens uafhængige beslutningstagen og incitament til at konkurrere.

Konkurrencefølsomme oplysninger vil typisk vedrøre priser, produktion, kunder, markeder, salg og omkostninger, men kan også vedrøre andre kommercielle vilkår. Konkurrencereglerne på dette område er blandt andet beskrevet nærmere i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om informationsaktiviteter i brancheforeninger¹¹¹ og i Kommissionens horisontale retningslinjer¹¹².

Jo flere virksomheder, der udveksler sådanne informationer, jo større risiko er der for, at det begrænser konkurrencen. Som anført i kapitel 2, begrænser det ikke altid antallet af mulige bud, hvis der er flere deltagere end nødvendigt i et konsortium. Der vil imidlertid kunne være andre, afledte konkurrencebegrænsende virkninger som følge af, at der herved udveksles konkurrencefølsomme oplysninger i højere grad, end hvis det kun er det absolut nødvendige antal virksomheder, som deltager.

Der er flere måder, hvorpå en virksomhed kan sikre, at der ikke bliver udvekslet konkurrencefølsomme oplysninger. Inden for større virksomhedstransaktioner er det bl.a. praksis at fastlægge en procedure for, hvordan færrest mulige potentielt følsomme oplysninger bliver udvekslet til den snævrere mulige personkreds. De pågældende virksomheder, som ønsker at fusionere, kan fx nedsætte et team, som skal modtage og behandle relevant materiale. Disse teams omtales oftest som "clean teams" og har til opgave at agere som mellemmand mellem de virksomheder, som ønsker at fusionere. De skal således stå for indsamlingen og gennemgang af materiale fra de virksomheder, som påtænker at fusionere. Hermed bliver ingen konkurrencefølsomme oplysninger udvekslet direkte mellem virksomhederne. I den forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at informationsstrømmen er "one-way" således, at et clean team alene kan modtage oplysninger fra de pågældende virksomheder, men ikke videregive oplysninger til dem om den anden virksomhed.¹¹³

¹¹¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om informationsaktiviteter i brancheforeninger (2014) kan findes på www.kfst.dk.

¹¹² Jf. De horisontale retningslinjer, særligt punkt 55-110.

¹¹³ Jf. Kommissionens afgørelse af 24. april 2018 i sagen M.7993, *Altice/ PT Portugal*, præmis 437-439.

En lignende model kan anvendes ved indgåelsen samt afviklingen af et konsortiesamarbejde i forbindelse med udbud vedrørende større projekter.

4.1 Informationsudveksling når konsortium overvejes

Hvis en virksomhed ønsker at byde sammen med en eller flere andre virksomheder, vil der ske en udveksling af informationer mellem de virksomheder, der overvejer at byde sammen. Konkurrencefølsomme oplysninger må alene udveksles i strengt nødvendig tilfælde og i et begrænset omfang. Dette gælder ikke mindst i den fase, hvor konsortiet overvejes. En virksomhed skal derfor være opmærksom på, at denne ikke udveksler oplysninger om, hvordan virksomhederne fastsætter deres pris, fordeling af opgaverne i det konkrete udbud m.v., inden det er afklaret, om virksomhederne kan byde alene. Det er derfor vigtigt, at virksomhederne vurderer, om de kan byde alene, inden de begynder at udveksle følsomme oplysninger.

Hvis det viser sig, at de virksomheder, der har overvejet at indgå et konsortium, selv vil kunne byde på opgaven og dermed er konkurrenter i forhold til opgaven, vil den informationsudveksling, der har fundet sted, reelt udgøre informationsudveksling mellem konkurrenter. Dette kan være strafbart, hvis der er tale om konkurrencefølsomme oplysninger, idet virksomhederne vil kunne have koordineret deres bud og/eller pris, hvis virksomhederne har udvekslet flere oplysninger end nødvendigt.

For at afdække virksomhedernes samlede kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer i forhold til de krav, der stilles hertil i udbudsmaterialet, vil virksomhederne i mange tilfælde være nødt til at udveksle information om deres ledige kapacitet m.v. Sådanne informationer vil ofte kunne karakteriseres som centrale konkurrenceparametre. Det er derfor vigtigt, at udveksling sker i mindst muligt omfang og eventuelt efter særlige procedurer. I nogle situationer kan det som nævnt være hensigtsmæssigt at udpege en tredjepart til at håndtere de konkurrencefølsomme oplysninger om fx ledig kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, således at konsortieparterne først får adgang til disse oplysninger, når det er afklaret, at de kan byde sammen. I andre situationer kan det eventuelt være særligt udpegede medarbejdere, der er bundet af tavsheds klausuler, som forestår håndtering af oplysningerne i denne fase.

I første omgang bør udvekslingen af oplysninger begrænse sig til det, der er absolut nødvendigt for at undersøge, om potentielle konsortieparter vil kunne udføre opgaven alene. Hvis det betyder, at man er nødt til at udveksle oplysninger om ledig kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, bør dette begrænse sig til det absolut nødvendige og ske efter de ovennævnte principper. Andre følsomme oplysninger om fx omkostninger, strategier eller priser bør ikke udveksles, da en udveksling heraf vil kunne udgøre en informationsudveksling mellem konkurrenter.

Hvis det efter disse indledende kontakter viser sig, at den potentielle konsortiepartner kan byde alene, bør der som udgangspunkt ikke ske yderligere informationsudveksling mellem virksomhederne, medmindre der er tale om et konsortium, som opfylder betingelserne for individuel fritagelse, der er beskrevet i kapitel 3. I det tilfælde vil virksomhederne kunne udveksle konkurrencefølsomme oplysninger i det omfang, dette er nødvendigt for at udføre opgaven. Det betyder, at virksomhederne må udveksle de oplysninger, der er nødvendige for at fastlægge, om et samarbejde vil gøre det muligt for dem at give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver især, og om fordelene ved samarbejdet kommer forbrugerne til gode. Henset til, at der vil være tale om konkurrencefølsomme oplysninger mellem konkurrenter, bør informationsudvekslingen som nævnt ske efter særlige procedurer, som virksomhederne bør have fastlagt på forhånd.

Hvis det omvendt viser sig, at de mulige samarbejdspartnere ikke vil kunne udføre opgaven alene og dermed ikke kan afgive et selvstændigt bud, vil udveksling af oplysninger mellem

virksomhederne udgøre informationsudveksling blandt virksomheder, der ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave. I sådanne tilfælde kan virksomhederne udveksle de oplysninger, der er nødvendige for at byde sammen og for at kunne udføre opgaven, hvis konsortiet vinder kontrakten. Det er dog væsentligt at være opmærksom på, at virksomhederne i andre sammenhænge kan være konkurrenter, og der må derfor udvises stor forsigtighed.

Hvis et udbud omfatter en opgave, som kun få virksomheder kan udføre, kan det føre til, at flere virksomheder ønsker at indgå et konsortium med den samme virksomhed. I sådanne situationer skal man udvise særlig forsigtighed med udveksling af informationer, således at der ikke sker udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger gennem den virksomhed, der deltager – eller overvejer at deltage – i flere budgivende konsortier.

4.2 Informationsudveksling under samarbejdet

Virksomheder, der samarbejder i et konsortium, opnår indsigt i hinandens virksomheder. For at undgå ulovlig informationsudveksling er det vigtigt, at man begrænser udvekslingen af konkurrencefølsomme oplysninger til det, der er nødvendigt for at kunne udføre det pågældende samarbejde. Det er således ikke lovligt at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger, der rækker videre end det, der er nødvendigt for opgaven. Det kunne fx være udveksling af fremtidige priser, udveksling om virksomhedens fremtidige budstrategi eller oplysninger om virksomhedens fremtidige produktion og salg.

Selvom et konsortium er lovligt, fordi de virksomheder, der deltager, ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, konsortiet vedrører, vil de kunne være konkurrenter i forhold til andre opgaver. Udveksling af oplysninger mellem virksomhederne vil dermed kunne begrænse konkurrencen på de markeder, hvor virksomhederne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, hvad enten det er det marked som buddet angår eller andre markeder, virksomhederne begge er eller vil kunne blive aktive på. Det er derfor vigtigt at sikre, at den informationsudveksling, der finder sted i regi af konsortiet, ikke overføres til eller kommer til at omfatte de øvrige aktiviteter, de udfører, og dermed bliver et middel til konkurrencebegrænsende samarbejde uden for konsortiet. Dette gælder, såvel mens konsortiet er i kraft, som efter.

Man skal endvidere være varsom med, at det tætte samarbejde, man vil kunne få med de andre virksomheder i konsortiet, i den periode aftalen løber, ikke får afsmittende virkning på andre kontrakter og opgaver – såvel mens aftalen løber som efter. Dette gælder ikke mindst i længerevarende kontrakter, herunder rammeaftaler.
