

# ELFO's anmeldelse af nye tilbudsregler

Jnr.: 2:8032-969/ca

## Rådsmødet den 28. april 1999

### 1. Resumé

Elinstallatørernes Landsorganisation ELFO har den 15. marts 1999 anmeldt nye tilbudsregler. Tilbudsreglerne indeholder en ændret meldeordning, der skal afløse den ordning, som rådet i mødet den 24. februar 1999 udstedte påbud til ELFO om at ophæve (dagsordenens pkt. 4). Meldeordningen indgår som pkt. 2 i ELFO's tilbudsregler.

Der har både før og efter anmeldelsen været afholdt møder - senest den 15. april 1999 - med ELFO og været en lang række telefoniske kontakter.

I drøftelserne har styrelsen ønsket en formulering for **licitationsbud**, der præciserede, at anmeldelse tidligst skal ske efter licitationstidspunktet, og at meldefristen for underhåndsbud reduceres til 2 dage før afgivelsen. ELFO finder ikke, at organisationen kan imødekomme disse krav.

Det meldesystem, som rådet herefter skal tage stilling til, indebærer følgende:

- For såvel **licitationsbud som underhåndsbud** ændres ordningen således, at ingen får tilbagemelding om de øvrige tilbudsgiveres navne, før der er afgivet pris.
- Ved licitationer afsendes tilbagemelding, så den tidligst kan være de bydende i hænde efter licitationens afholdelse. Der kan ikke før licitationsdagen fås telefoniske oplysninger om andre bydende.
- Ved underhåndsbud sendes med det samme en tilbagemelding om, der må afgives bud. Hvis der er mere end én bydende vil begge tilbudsgivere, tidligst efter at den seneste prisafgivelsesdato er overskredet, modtage tilbagemelding med navne. Der kan ikke før seneste prisafgivelsesdato fås telefoniske oplysninger om andre bydende.

Der opretholdes bestemmelser om, at anmeldelse - bortset fra licitationsbud - skal ske mindst 5 arbejdsdage før afgivelsen. Licitationsbud kan anmeldes efter samme regler. Anmeldelsen skal være meldekontoret i hænde på licitationstidspunktet.

Meldeordningen skal også omfatte anmeldelse af overslag, totalentrepriser, enhedspriser osv. med den begrundelse, at disse er nødvendige for at hindre omgåelse af lovens bestemmelser.

Desuden indeholder tilbudsreglerne krav om obligatorisk anvendelse af standardforbehold. En bestemmelse om overtagelse af arbejde fra et andet medlem er ændret, så den ikke længere giver konkurrenceretlige problemer.

ELFO har fremført, at organisationernes medvirken til at forebygge overtrædelser af licitationsloven er forudsat ved lovens vedtagelse, og at ELFO's meldesystem alene har til formål at understøtte overholdelsen af loven. ELFO finder, at den nye meldeordning ikke kan mistænkes for at fremme ulovlige aftaler.

Da meldereglerne i sig selv - dvs. ved den informationsudveksling, der sker, eller der åbnes mulighed for - indebærer en konkurrencebegrænsning er reglerne omfattet bestemmelserne i konkurrencelovens § 6, jf. stk. 3. ELFO's primære ansøgning om en erklæring om ikke-indgreb efter lovens § 9 vil derfor ikke kunne imødekommes.

Da meldeordningen herudover går videre, end det er nødvendigt for at kontrollere overholdelsen af licitationslovens bestemmelser og indebærer følgevirkninger, som kan føre til yderligere konkurrencebegrænsninger, kan der heller ikke umiddelbart og uden vilkår gives fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1)-4). Bestemmelsen om overtagelse af arbejde i pkt. 3.5 indebærer dog ikke længere konkurrenceretlige problemer.

De vilkår, der må kræves opfyldt for en fritagelse er følgende:

- at anmeldelse af licitationsbud ikke må ske før licitationstidspunktet, og at
- den forudgående anmeldelse af underhåndsbud reduceres til maksimalt 2 arbejdsdage for afgivelsen.

For så vidt angår kravet om obligatorisk anvendelse af standardforbehold, vil vurderingen af denne bestemmelse blive udskudt, således at den kommer til at indgå i sammenhæng med vurderingen af standardforbeholdene som sådan. Denne sag vil senere blive forelagt Konkurrencerådet.

## **2. Afgørelse**

Det meddeles ELFO, at foreningens melderegler i tilbudsreglernes pkt. 2 er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3.

Der meddeles på denne baggrund fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, på følgende vilkår:

- anmeldelse af licitationsbud må ikke ske før licitationstidspunktet, og
- den forudgående anmeldelse af underhåndsbud reduceres til maksimalt 2 arbejdsdage før afgivelsen.

Bestemmelsen om overtagelse af arbejde i pkt. 3.5 indebærer ikke længere konkurrenceretlige problemer.

Endelig meddeles det, at der ikke er taget stilling til kravet i pkt. 3.4 om obligatorisk anvendelse af standardforbehold, idet denne bestemmelse vil blive vurderet i sammenhæng med de af branchen anmeldte forbehold.

## **3. Sagsfremstilling**

Elinstallatørernes Landsorganisation ELFO har den 15. marts 1999 anmeldt nye tilbudsregler. Tilbudsreglerne indeholder en ændret meldeordning, der skal afløse den ordning, som rådet i mødet den 24. februar 1999 udstedte påbud til ELFO om at ophæve (dagsordenens pkt. 4).

Meldeordningen indgår som pkt. 2 i ELFO's tilbudsregler. Herudover har ELFO bestemmelser om obligatorisk anvendelse af de af branchen vedtagne standardforbehold (pkt. 3.4), og om pligt til at indhente tilladelse fra organisationen til at overtage et andet medlems arbejde (pkt. 3.5).

Efter en drøftelse den 13. april 1999 har ELFO sendt ændrede formuleringer for så vidt angår bestemmelsen om overtagelse af arbejde.

Det fremgår, at de reviderede anmeldelsesregler er behandlet i ELFO's bestyrelse og efterfølgende skal behandles af organisationens generalforsamling.

ELFO ansøger om erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9 og - såfremt en sådan ikke kan gives - om fritagelse efter lovens § 8, stk.1.

### **3.1. Tilbudsreglernes indhold og formål**

#### *Indhold*

ELFO's melderegler forpligter medlemmerne til at melde, hvis de agter eller opfordres til at afgive pristilbud på et konkret arbejde. Meldepligten gælder alle former for prisafgivelse ved fx licitation, underhåndsbud, overslag, limiteret pris, supplerende tilbud, totalentrepriser, enhedspriser osv.

Regningsarbejder skal ikke anmeldes.

Anmeldelse skal ske skriftligt, og ELFO har til dette formål udarbejdet særlige anmeldelseskemaer.

Indgivelse af anmeldelse skal - bortset fra licitationsbud - ske tidligst muligt og mindst 5 arbejdsdage før afgivelsen. Ved tidligst muligt forstås det tidspunkt, hvor opfordring til eller aftale om afgivelse af bud foreligger.

Licitationsbud kan anmeldes efter samme regler. Anmeldelsen skal være meldekantoret i hænde på licitationstidspunktet.

Meldekantoret registrerer de modtagne anmeldelser med angivelse af udbudsformen (offentlig/bunden licitation, underhåndsbud, osv.), tidspunktet for licitationens afholdelse/tilbuddets aflevering, (for underhåndsbud skal der nu i modsætning til de tidligere regler angives en prisafgivelsesdato), arbejdets adresse og art, hvem der er tilbudsmottagere (bygherre, rådgiver(e), hovedentreprenør(er)), og hvilke udførende der har meldt sig som tilbudsgivere.

Meldekantoret foretager herefter en tilbagemelding af disse oplysninger til de medlemmer, der har meldt sig som tilbudsgivere på det samme arbejde

- Ved offentlige og bundne licitationer afsendes tilbagemeldinger med oplysning om, at der foreligger andre anmeldelser og i givet fald hvilke, således at disse tidligst kan være de bydende i hænde efter licitationens afholdelse.
- Ved underhåndsbud afsendes umiddelbart efter modtagelsen af en anmeldelse en tilbagemelding med angivelse af, om der må afgives pris, men uden oplysninger, der kan identificere andre bydende. Er der mere end én bydende, afsendes tidligst efter den seneste (yngste) prisafgivelsesdato er overskredet, en tilbagemelding til begge de bydende med navneangivelser.
- Der kan ikke, før en licitationsdato eller seneste prisafgivelsesdato, indhentes telefoniske oplysninger om andre bydende.

- Virksomheder, der indgiver for sen anmeldelse eller på anden måde tilsidesætter reglerne, straffes med bøde. Hvis tilbagemelding udebliver har virksomheden selv pligt til at indhente tilbagemelding. Det er forbudt - i andre tilfælde end licitation - at afgive pris eller modtage ordre, før tilbagemelding foreligger.

Herudover har ELFO en bestemmelse om obligatorisk anvendelse af de af branchen vedtagne standardforbehold (pkt. 3.4), og en pligt til at indhente tilladelse fra organisationen til at overtage et andet medlems arbejde (pkt. 3.5). Under drøftelserne har ELFO ændret bestemmelsen om overtagelse af arbejde, så den kun omfatter indberetningspligt til meldekontoret - og derfor ikke længere giver anledning til konkurrenceretlige problemer.

Endelig indeholder ELFO's ordning en række spilleregler for deltagelse i licitationer, efterfølgende forhandling med bygherren, afgivelse af underhåndsbud og afholdelse af forhåndsmøder, der hovedsageligt gengiver eller præciserer licitationslovens regler.

#### *Formål*

Ifølge ELFO har meldesystemet alene til formål at understøtte overholdelsen af licitationslovens bestemmelser. Det er afgørende for ELFO, at pligten til forudgående anmeldelse opretholdes. I modsat fald vil systemet ikke længere være egnet til at forebygge overtrædelser af licitationsloven, men alene til at forfølge overtrædelser.

De bestemmelser i licitationsloven, der henvises til, er for licitationsbud reglerne i lovens § 4, stk. 3 om afholdelse af forhåndsmøder og § 5 om beskyttelse af tilbud. Og for underhåndsbud forbuddet i § 5 om indhentning af højst 2 tilbud.

**Licitationslovens § 4, stk. 3:** Reglerne om de bydendes mulighed for at afholde møder forud for en licitation findes i licitationslovens § 4, stk. 3, der fastsætter, at sådanne møder kun må afholdes til drøftelse af udbudsgrundlaget, herunder teknisk begrundede forbehold, og kun hvis udbyderen og alle bydende (såvel organiserede som ikke-organiserede) er inviteret til at deltage.

ELFO har tilkendegivet, at man vil stå svagt i forhold til udbyderne, såfremt en henvendelse om et forhåndsmøde kun bygger på en henvendelse fra en enkelt medlemsvirksomhed. ELFO ønsker derfor mulighed for at sikre, at et ønske om forhåndsmøde deles af flere bydende. Dette forudsætter, at ELFO bliver bekendt med, hvilke virksomheder der agter at afgive tilbud.

**Licitationslovens § 5:** Ifølge loven må der maksimalt modtages 2 underhåndsbud, og hvis der tidligere har været indhentet tilbud på det samme arbejde (ved licitation eller som underhåndsbud), må ny underhåndsbud først indhentes, når der er forløbet 6 måneder fra licitationsdagen hhv. modtagelsen af det seneste underhåndsbud, eller 3 måneder efter annullering af licitationen/underhåndsbuddene.

Anmeldelse af licitationsbud giver mulighed for at forebygge overtrædelse af beskyttelsesreglerne. Tilsvarende er det for underhåndsbud nødvendigt med en forudgående anmeldelse og med bestemmelser om, at der først må afgives bud efter, at meldekontoret har meldt tilbage om, at der ikke i forvejen er mere end én bydende.

ELFO anfører, at det er af stor betydning for at hindre omgåelser, at reglerne for underhåndsbud fortsat omfatter overslag, totalentrepriser, enhedspriser og limiteret pris mv. Hvis fx overslag ikke

er omfattet, vil bygherrer og bydende, der ønsker at omgå bestemmelserne om underhåndsbud, blot betegne disse som overslag. ELFO har med reglerne mulighed for at konstatere eventuelt misbrug.

### **3.2. Det relevante marked**

Ud over det lovfastsatte krav om autorisation er adgangen til elinstallationsmarkedet ikke reguleret.

Ifølge Danmarks Statistik udgjorde den samlede omsætning på el-installationsmarkedet i 1997 ca. 13,5 mia. kr., eksklusiv eksport, der beløb sig til ca. 450 mio. kr. (svarende til ca. 3 pct. af totalomsætningen). Ifølge ELFO's normtal fordeler den samlede omsætning sig med 54 pct. på regningsarbejde, 30 pct. på tilbudsarbejde (eksklusiv licitation) og 16 pct. licitation.

ELFO har ca. 1850 medlemsvirksomheder, hvilket svarer til en medlemsprocent på knapt 80 pct. ELFO har ingen konkrete informationer om medlemsvirksomhedernes samlede omsætning eller andel af markedet, men har angivet, at medlemmerne samlet har en "rimelig andel" af omsætningen.

Det relevante produktmarked for ELFO's tilbudsregler kan afgrænses til alle former for elektriske installationsarbejder og -leverancer.

Det relevante geografiske marked er Danmark. Meldeordningen gælder ganske vist også for tilbudsafgivelse uden for landets grænser, men har i den forbindelse meget begrænset betydning.

### **3.3. ELFO's argumenter for ikke-indgreb/fritagelse**

Det er ELFO's opfattelse, at de reviderede anmeldelsesregler ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk.1, idet de hverken direkte eller indirekte kan begrænse konkurrencen. Ændringerne indebærer, at meldesystemet ikke på nogen måde kan hævdes at fremme tilbedskoordinering. Samtidig nævner ELFO, at tilbudsreglerne efter organisationens opfattelse opfylder de fire forudsætninger for fritagelse i lovens § 8, stk. 1.

#### *Ad ikke-indgrebserklæring efter lovens § 9*

ELFO har indledningsvist anført, at de anmeldte tilbudsregler knytter sig tæt til licitationslovens regler om forhåndsmøder og beskyttelsesreglerne.

Efter ELFO's opfattelse begrænser tilbudsreglerne hverken udbyders eller de bydendes frihed til at træffe selvstændige kommercielle beslutninger. Tværtimod betyder den nemme og smidige adgang til at få præciseret udbudsmaterialet på forhåndsmøder efter organisationernes opfattelse, at reglerne bidrager til reel og lige konkurrence blandt de bydende og til, at udbyder får et bedre grundlag til at træffe påkrævede kommercielle beslutninger.

ELFO supplerer dette med, at anmeldelsesordningen kraftigt har medvirket til at hindre lovovertrædelser. Dette gælder ikke bare ved, at ordningen etablerer grundlag for reaktioner mod positive licitationslovsovertrædelser, hvilket i sig selv har en præventiv effekt, men også ved at etablere et grundlag for tiltag, der muliggør, at en kriminel handling fra udbyders side kan afværges.

For så vidt angår reglerens betydning for forhåndsmødeinstituttet henviser ELFO til, at den ret, som licitationslovens § 4, stk. 3, giver samtlige bydende til at drøfte nærmere definerede spørgsmål på et

forhåndsmøde, kan være vanskelig at udnytte/tilgodese uden (let) adgang til oplysninger om, hvem der byder ved licitationen.

Forhåndsmøderne bidrager til at fremme en reel og lige konkurrence ved at fjerne uklarheder mv. og derved sikre, at alle byder på samme entydige grundlag.

At konkrete drøftelser/aftaler på et forhåndsmøde principielt kan være i strid med licitationslovens § 4 og/eller konkurrencelovens § 6, finder organisationerne ikke kan lastes anmeldeordningen som sådan, idet muligheden for visse drøftelser mv. ved forhåndsmøder har hjemmel i licitationsloven, og sådanne drøftelser har ikke til formål at begrænse konkurrencen.

#### *Ad fritagelse efter lovens § 8, stk. 1*

Til støtte herfor har ELFO supplerende anført, at meldesystemet virker fremmende for tilbudsprocessen og skærpene på konkurrence til fordel for forbrugerne. Som nævnt finder ELFO, at tilbudsreglerne efter organisationens opfattelse opfylder de fire forudsætninger for fritagelse i lovens § 8, stk. 1.

Tilbudsreglernes meldeordning bidrager til teknisk og omkostningsmæssig effektivitet, fordi de letter adgangen til at holde forhåndsmøder. Det er ELFO's opfattelse, at selve bevidstheden i branchen om de bydendes smidige mulighed for forhåndsmøder fremmer kvaliteten af udbudsmaterialer, som typisk udarbejdes og "administreres" af professionelle bygherrerådgivere. Disse ønsker ikke faglig kritik af et mangelfuldt projekt. Tilbudsreglerne har derfor en positiv betydning for konkurrencegrundlaget.

Det er videre ELFO's opfattelse, at tilbudsreglerne har en indirekte konkurrencefremmende virkning, som ikke alene giver sig udslag i generelle omkostningsreduktioner til fordel for forbrugerne, men også kommer forbrugerne kvalitetsmæssigt til gode. Lige konkurrence giver bedre mulighed for at sammenligne de indhentede tilbud, og dermed også for at vurdere forholdet mellem pris og kvalitet.

ELFO finder ikke, at de pligter, der gennem tilbudsreglerne pålægges medlemsvirksomhederne, kan karakteriseres som hverken vidtgående eller begrænsende, men alene som pligter, der alle er nødvendige for at nå de legitime licitationsretlige mål. Bestemmelserne giver mulighed for at skride ind over for tilsidesættelser af licitationslovens regler om underhåndsbud, annullering mv. og for at effektuere licitationslovens bestemmelser om forhåndsmøder.

Tilbudsreglerne har efter ELFO's opfattelse hverken til hensigt, til formål eller til facit at begrænse konkurrencen. Bestemmelserne hindrer derimod i praksis lovovertrædelser, bidrager til at konstatere sådanne og sikrer i praksis den forudsatte effekt af forhåndsmødeinstituttet. Anmeldelsesordningen bidrager netop til at sikre, at samtlige bydende og bygherren - på ens vilkår - indbydes til forhåndsmøder. Herved er det klart, at der ikke indtræder eller tilsigtes nogen konkurrencebegrænsning ved forskelsbehandling, udelukkelse eller lignende.

#### *Andre bemærkninger*

Afslutningsvist henviser ELFO til konkurrencelovsudvalgets betænkning nr. 1297, side 407, om forbuddet i konkurrencelovens § 6:

"Forbuddet i § 6 forudsættes ikke at indebære nogen ændring af den hidtidige praksis i Konkurrencerådet, hvorefter det ikke under normale omstændigheder anses for konkurrencebegrænsende, at tilbudsgivere på bygge- og anlægsområdet i forbindelse med en konkret licitation vedtager fælles teknisk begrundede forbehold, herunder om fravigelser fra AB 92, som ikke er begrundede i særlige forhold i de enkelte tilfælde. Dette dog under forudsætning af, at forbeholdene ikke indeholder priser eller priselementer."

## 4. Vurdering

### 4.1. Konkurrencelovens §§ 6 og 9

En forudsætning for anvendelse af konkurrencelovens § 6 er, at der er tale om aftaler mv. indgået af erhvervsvirksomheder, og at aftalerne direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Meldereglerne har form af en vedtagelse truffet i ELFO's medlemskreds af selvstændigt udøvende elinstallationvirksomheder, og da konkurrencelovens § 6, også gælder sådanne horisontalt indgåede aftaler, vedtagelser, beslutninger osv., jf. lovens § 6, stk. 3, er kriterierne for såvel virksomheds- som aftalebegrebet opfyldt.

De deltagende virksomheder har endvidere en markedsandel og omsætning, der ligger klart over bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7, stk. 1, nr. 1) og 2).

Tilbage står spørgsmålet, om de anmeldte regelsæt også opfylder konkurrencebegrænsningskriteriet, dvs. om de direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Organisationernes medvirken til overholdelsen af beskyttelsesreglerne fremgår af forarbejderne til licitationsloven.

I folketingsudvalgets betænkning anføres således "I øvrigt finder udvalget, at organisationerne fortsat bør kunne medvirke til at sikre overholdelsen af beskyttelsesreglerne i § 6 (lovens § 5), f. eks. ved at bestemme, at underhåndsbud skal anmeldes, inden de afgives, og at licitationsbud skal anmeldes samtidig med eller umiddelbart efter afgivelsen □ □ "1

Det forhold, at organisationerne har påtaget sig rollen som en slags kontrolmyndighed, der skal sikre licitationslovens overholdelse, kan dog ikke indebære, at Konkurrencerådet alene af den grund skal acceptere de foreningsvedtagne regelsæt i det omfang, de eventuelt har følgevirkninger i strid med konkurrenceloven. Retspraksis på licitationsområdet viser også, at samfundet har en mindre restriktiv holdning til overtrædelser af lovgivningen, end den ELFO ønsker at håndhæve gennem meldereglerne.

Hertil kommer også spørgsmålet om, hvor megen vægt der skal lægges på bemærkninger i forarbejderne mere end 30 år efter - og med en anderledes streng konkurrencelov end datidens monopollov.

På den anden siden skal det kunne påvises, at bestemmelserne direkte eller indirekte kan begrænse konkurrencen.

Vurderingen følger denne opdeling:

- EU-praksis om informationsudveksling
- Overholdelse af bestemmelserne i licitationsloven om beskyttelse af bud
- Forhåndsmødeinstituttet
- Bestemmelsen om overtagelse af arbejde
- Bestemmelsen om pligt til at anvende tilbudsforbehold (3.4) behandles ikke, da den vil blive taget op i forbindelse med vurderingen af indholdet af branchens standardforbehold, der er særskilt anmeldt med henblik på ikke-indgrebserklæring/fritagelse.

#### *EU-praksis om informationsudveksling*

EU har en omfattende praksis om informationsudveksling. Aftaler eller samordnet praksis, hvorefter de deltagende virksomheder gensidigt meddeler hinanden forretningsmæssige oplysninger, som normalt betragtes som fortrolige, og som derfor ikke uden en gensidighedsforpligtelse videregives til konkurrenter, vil således være i strid med Traktatens konkurrenceregler.

I det konkrete tilfælde er indskudt et mellemlid i form af meldekontoret. Dette gør imidlertid ikke informationsudvekslingen mindre betænkelig, idet oplysningerne er til rådighed - og kan sive til de enkelte virksomheder uanset, om der for meldekontoret opstilles særlige regler, om at oplysningerne ikke må videregives før et bestemt tidspunkt.

I dom af 21. februar 1995, afsagt af Retten i Første Instans om samordning af tilbudsgivning i den nederlandske bygge- og anlægsbranche, siges bl.a. "Det bemærkes, at **pligten for de virksomheder, som er medlem af de sagsøgende organisationer, til at indgive forhåndsansmeldelse til SPO-kontoret om, at de agter at afgive bud, er det første led i samordningen.** Det må her fastslås, som anført af Kommissionen, at den omstændighed, at SPO-kontoret på begæring kan oplyse de forhåndsansmeldende virksomheder, som anmoder derom, om antallet af forhåndsansmeldende virksomheder, kan begrænse konkurrencen, for så vidt som de forhåndsansmeldende virksomheder kan forudse, hvor skarp den indbyrdes konkurrence mellem dem bliver og tilpasse deres adfærd derefter og kan skaffe sig oplysninger, som de virksomheder, der ikke er medlemmer af SPO, endnu ikke råder over på det pågældende tidspunkt."<sup>2</sup>. (Styrelsens understregning.)

På denne baggrund må konkluderes, at selve meldereglerne indebærer en konkurrencebegrænsning, og derfor er omfattet af bestemmelserne i konkurrencelovens § 6. ELFO's primære ansøgning om en erklæring om ikke-indgreb efter lovens § 9 vil derfor ikke kunne imødekommes.

#### *Overholdelse af bestemmelserne i licitationsloven om beskyttelse af bud*

Det er ikke nødvendigt for overholdelsen af beskyttelsesreglerne, at anmeldelse af **licitationsbud** sker før licitationstidspunktet. Også efter ELFO's ændrede meldeordning bør licitationsbud stadigvæk - om ikke obligatorisk så underforstået - anmeldes forud for licitationstidspunktet, jf. formuleringen "...kan anmeldes efter samme regler. Anmeldelsen skal være meldekontoret i hænde på licitationstidspunktet."

Kontrollen af beskyttelsesreglerne (og af en eventuel sjakren) vil ikke blive væsentligt forringet af en efterfølgende anmeldelse, der samtidig har den fordel, at misbrug af oplysninger om udbyderne helt udelukkes.



Det vil af hensyn til en kontrol med overholdelse af licitationsloven være tilstrækkeligt med en formulering, hvorefter anmeldelse af licitationsbud tidligst må ske efter licitationstidspunktet.

ELFO har anført, at forudgående anmeldelse er nødvendig for også at sikre kontrollen med overtrædelser i det tilfælde, hvor bygherren umiddelbart efter licitationen prøver at indhente underhåndsbud. Denne situation vil imidlertid kunne fanges efter reglerne om anmeldelse af underhåndsbud.

Det vurderes, at den af ELFO anmeldte ordning - udover selve konkurrencebegrænsningen, jf. ovenfor - går længere så vidt angår licitationsbud, end det er nødvendigt for, at ELFO vil kunne medvirke til at forebygge overtrædelser af licitationslovens beskyttelsesbestemmelser.

Anmeldelse af **underhåndsbud** er nødvendig for kontrollen af, om en bygherre indhenter flere end 2 underhåndsbud. Det er imidlertid heller ikke her nødvendigt af kontrolhensyn, at anmeldelse sker mindst 5 dage før afgivelsen. Tidligere anmeldelse - som altid ud fra kartelretlige synspunkter er betænkelig - giver større mulighed for forekomst af overtrædelser.

Der er i lovens forarbejder åbnet op for en forudgående anmeldelse af underhåndsbud, jf. citatet fra udvalgets betænkning ovenfor. Skal forudgående anmeldelse også her kunne accepteres, må der ske en reduktion i antal dage til 2 dage før afgivelsen, således at risikoen for misbrug reduceres mest muligt.

I den forbindelse kunne også rejses det spørgsmål om, der i det hele taget er tilstrækkelig begrundelse for forskellen mellem licitationsbud og underhåndsbud med hensyn til forudgående anmeldelse. ELFO har imidlertid ved konkrete eksempler, som ikke kan afvises, argumenteret for forudgående anmeldelse for underhåndsbud.

Dette indebærer, at også den af ELFO anmeldte ordning - udover selve konkurrencebegrænsningen, jf. ovenfor - for så vidt angår underhåndsbud går længere, end det er nødvendigt for at ELFO vil kunne medvirke til håndhævelse af licitationslovens beskyttelsesbestemmelser. Anmeldelse af budet på et senere tidspunkt end 5 arbejdsdage før er tilstrækkeligt til at konstatere lovovertrædelser.

Derimod er det vurderingen, at ELFO's opretholdelse af, at **andet end licitationsbud og underhåndsbud** skal anmeldes til organisationen, ikke går videre, end det er nødvendigt for at forebygge overtrædelser af licitationsloven. Det drejer sig om opretholdelsen af bestemmelserne om anmeldelse af overslag, totalentreprise, enhedspriser osv.

Det vil ikke kunne afvises, at det er nødvendigt med anmeldelse af andet end licitations- og underhåndsbud for at forebygge omgåelse af loven. ELFO's argumentation synes på dette punkt overbevisende, jf. side 7. Det er dog ikke nødvendigt, at anmeldelse sker tidligere end anmeldelse af underhåndsbud.

#### *Forhåndsmødeinstituttet*

Det drejer sig her først og fremmest om, hvor vidt der foreligger en konkurrencebegrænsning i forbindelse med ELFO's ønske om forudgående anmeldelse af licitationsbud. Det er ELFO's opfattelse, at forhåndsmøderne bidrager væsentligt til at fremme en reel og lige konkurrence ved at fjerne uklarheder mv. og derved sikre, at alle byder på samme entydige grundlag. Samt at

forudgående anmeldelse er en forudsætning for, at forhåndsmødeinstituttet kan fungere hensigtsmæssigt.

Som nævnt er forudgående anmeldelse ikke nødvendig for kontrollen af overholdelse af lovens beskyttelsesbestemmelser. Spørgsmålet er om hensynet til forhåndsmødeinstituttet kan begrunde forudgående anmeldelse.

Af lovens forarbejder fremgår, at initiativet til forhåndsmøderne ligger hos organisationerne som i forbindelse med bygherren skal finde ud af, hvordan man får at vide, hvem der har givet buddene<sup>3</sup>.

ELFO anfører, at et samarbejde med bygherren i mange situationer er vanskeligt, og at meldesystemet kan virke som murbrækker over for uvillige bygherrer. Dette argument kan imidlertid ikke anses for tilstrækkelig begrundelse for opretholdelse af et system med forudgående anmeldelse - der, selvom der ikke gives nogen tilbagemelding med navne før licitationen er afholdt, ikke kan udelukke mulighederne for misbrug.

Det er ikke i loven forudsat at oplysninger om de bydende til brug for en eventuel indkaldelse til forhåndsmøde skal ske gennem en meldeordning. Oplysningerne vil kunne indhentes i samarbejde med bygherren, der altid vil have oplysninger om, hvem der har hentet udbudsmaterialet.

Opretholdelse af et forudgående meldesystem med henblik på muligheden for indkaldelse til forhåndsmøde går således længere end nødvendigt og kan have en konkurrencebegrænsning til følge, da oplysningerne vil kunne misbruges til konkurrencebegrænsende adfærd.

#### *Bestemmelsen om overtagelse af arbejde*

Denne bestemmelse er under forhandlingerne ændret således, at der ikke længere er et forbud mod overtagelse af et andet medlems arbejde, men kun en anmeldelsespligt. Bestemmelsen vurderes således ikke længere som konkurrencebegrænsende.

- - - - -

Sammenfattende må det konkluderes,

- at de nye melderegler indebærer en konkurrencebegrænsning allerede ved selve informationsudvekslingen, og
- at de nye melderegler går længere end det er nødvendigt af hensyn til kontrollen med overholdelsen af licitationslovens regler.

Reglerne indebærer en risiko for misbrug - og kan dermed føre til konkurrencebegrænsende adfærd. Den reviderede meldeordning er derfor omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, og ELFO's primære ansøgning om en erklæring om ikke-indgreb efter § 9 vil ikke kunne imødekommes.

## **4.2. Konkurrencelovens § 8**

Vurderes ELFO's subsidiære ansøgning om en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, er det spørgsmålet, om rådet skønner, at de anmeldte regelsæt

1. bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser mv. 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 mv.

For at opnå fritagelse skal samtlige betingelser være opfyldt.

*§ 8, stk. 1, nr. 1)*

Som argument for, at ordningerne fremmer effektiviteten, er bl.a. fremført, at meldeordningerne bidrager væsentligt til teknisk og omkostningsmæssig effektivitet, fordi de letter adgangen til at holde forhåndsmøder, og dermed fremmer et entydigt konkurrencegrundlag, samt virker fremmende for kvaliteten af udbudsmaterialet.

Disse fordele opvejer ikke de følgevirkninger i form af mulighed for misbrug af oplysninger som en pligt til forudgående anmeldelse indebærer.

For at der skal kunne argumenteres for en eventuel fremme af effektiviteten, fx ved en bedre overholdelse af licitationslovens bestemmelser, er det helt nødvendigt, at det gøres til et vilkår for afgørelsen, at forudgående anmeldelse begrænses mest muligt - for licitationsbud således intet krav om forudgående anmeldelse og for underhåndsbud højst 2 dage forud.

*§ 8, stk. 1, nr. 2)*

Som anført ovenfor er det tvivlsomt om meldeordningen medfører effektivitetsfordele. Det kan herudover anføres, at ordningen indebærer en risiko for et højere prisniveau end ellers. Enhver viden om, hvorvidt der er andre bydende, og hvem disse er, vil reducere en potentiel byders usikkerhed og derved mindske tilskyndelsen til at reducere prisen for at øge sandsynligheden for at vinde udbuddet.

*§ 8, stk. 1, nr. 3)*

Organisationerne finder ikke, at de pligter, der gennem tilbudsreglerne pålægges medlemmerne, kan karakteriseres som vidtgående eller begrænsende, men alene som pligter, der giver mulighed for at skride ind over for tilsidesættelse af licitationslovens regler om underhåndsbud og afholdelse af forhåndsmøder.

Selve forpligtelsen til at anmelde licitationsbud må anses for at indebære en konkurrencebegrænsning. Desuden går ordningerne videre end nødvendigt for at forebygge overtrædelser af loven. En smidig anvendelse af forhåndsmøder medfører en række fordele, som imidlertid vil kunne opnås på anden måde end ved forudgående anmeldelse af licitationsbud.

*§ 8, stk. 1, nr. 4)*

Med henvisning til meldeordningernes betydning for forhåndsmødeinstituttet afviser organisationerne, at ordningerne har til formål eller følge at udelukke konkurrencen.

Resultatet er imidlertid, at der er en risiko for at oplysningerne bliver anvendt i strid med formålet, og dermed fører til en konkurrencebegrænsende adfærd.

### 4.3. Konklusion

ELFO's tilbudsregler indebærer en konkurrencebegrænsning, som er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3.

Der er ikke taget stilling til kravet om obligatorisk anvendelse af standardforbehold. Dette vil blive taget op i et selvstændigt notat til rådet.

ELFO's primære ansøgning om en erklæring om ikke-indgreb efter § 9 vil derfor ikke kunne imødekommes, og der vil heller ikke umiddelbart være grundlag for at imødekomme organisationernes subsidiære ønske om fritagelse efter lovens § 8, stk. 1. Reglerne opfylder ikke betingelserne i loven § 8, stk. 1, nr. 1)-4).

En fritagelse vil kræve, at ELFO accepterer følgende vilkår om, at

- anmeldelse af licitationsbud ikke må ske før licitationstidspunktet, og at
- den forudgående anmeldelse af underhåndsbud reduceres til maksimalt 2 arbejdsdage før afgivelsen.

### **Elinstallatørernes Landsforening (ELFO) har 26. maj 1999 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.**

---

1 Udvalgets betænkning, Folketingstidende 1966, tillæg B, spalte 997

2 Sag T-29/92 om regler om samordning af tilbudsgivning i den nederlandske bygge- og anlægsbranche. Domssamlingen 1995 II, side 289, pkt. 116.

3 Handelsministeren ved 2. behandlingen af loven: " Hr. Adolph Sørensen spørger, hvor initiativet skal ligge, om det skal ligge hos organisationerne. Ja, det skal ligge hos organisationerne eller hos de bydende. Så bliver det organisationernes opgave i forbindelse med bygherren at finde ud af, hvordan man får at vide, hvem der har givet buddene....." Folketingstidende 1966, spalte 5364.