



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

**Konsortiesamarbejde i forhold til
konkurrenceloven**
Vejledning

2014

Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

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

Online ISBN 978-87-7029-556-7

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Juni 2014

Indhold

Kapitel 1	
Indledning.....	4
Kapitel 2	
Lovlige konsortier	6
2.1 Lovlige konsortier – type 1	6
2.2 Lovlige konsortier – type 2	9
2.3. Gruppefritagelser.....	10
Kapitel 3	
Ulovlige konsortier.....	11
Kapitel 4	
Opsummering	12

Kapitel 1

Indledning

Udbud af private og offentlige opgaver sker med henblik på at skabe konkurrence om opgaven. For at et udbud reelt skaber konkurrence om opgaven, kræver det bl.a., at flere virksomheder har mulighed for at byde på opgaven og rent faktisk også byder på opgaverne. I nogle tilfælde vil opgaven være af en sådan størrelse, at der kun vil være ganske få virksomheder, der kan løfte opgaven alene. I de tilfælde vil et konsortium mellem især små og mellemstore virksomheder kunne øge kredsen af mulige bydere og dermed skabe en øget konkurrence om opgaven.

Det kan både ud fra et udbudsretligt og fra et konkurrenceretligt perspektiv være fornuftigt at danne et konsortium, da det kan medføre omkostningsbesparelser, fælles udnyttelse af know-how mv. Konsortier, der fører til flere og billigere tilbud, vil være godt for konkurrencen. Omvendt vil konsortier, der fører til enten færre og/eller dyrere bud, ikke være godt for konkurrencen.

Når man overvejer at indgå et konsortium, skal man derfor være opmærksom på forbuddet i konkurrenceloven mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det lægger nogle begrænsninger på, hvornår virksomheder må samarbejde i konsortier:

Konkurrencelovens § 6, stk. 1:

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

Boks 1.1 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Det er afgørende, om de virksomheder, der deltager i konsortiet, hver især vil kunne byde på opgaven.

Hvis virksomhederne hver især vil kunne byde på opgaven, vil et konsortiesamarbejde begrænse den konkurrence, der ellers ville have været mellem parterne. Et sådant samarbejde vil som udgangspunkt være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

En konkurrencebegrænsende aftale vil dog efter omstændighederne kunne fritages fra forbuddet, hvis effektivitetsfordelene ved aftalen opvejer konkurrencebegrænsningerne.

Formålet med denne vejledning er kort at skitsere de konkurrenceretlige regler for, hvornår virksomheder kan indgå konsortier. Vejledningen giver også et overblik over, hvilke overordnede kriterier Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen normalt vil lægge vægt på i en eventuel konkurrencesag.

Vejledningen supplerer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiedannelse for små og mellemstore virksomheder, der giver vejledning om de udbudsretlige regler, man skal være opmærksom på i forbindelse med konsortiedannelser.

Udbudsreglerne og konkurrencereglerne forfølger i vidt omfang samme hovedformål, men regulerer forskellige forhold. Selvom et konsortium opfylder de udbudsretlige regler, vil et konsortium godt kunne være ulovligt efter konkurrencereglerne. Omvendt vil forhold, der ikke er ulovlige efter konkurrencereglerne, kunne udgøre en overtrædelse af udbudsreglerne.

Hvis man er i tvivl, om et konsortium er lovligt, anbefaler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at man søger juridisk rådgivning, inden man indleder samarbejdet.

Udgangspunktet for vejledningen er de situationer, hvor virksomheder indgår konsortier med det formål at byde på en konkret kontrakt.

Set fra et konkurrenceretligt synspunkt vil selve formen for samarbejdet normalt ikke være afgørende. De principper, der kommer til udtryk i denne vejledning, vil i vidt omfang også gælde for andre former for samarbejder mellem virksomheder i forbindelse med udbud, fx samarbejder der ikke udgør egentlige konsortier, underleveranceaftaler og lignende.

Ved vurdering af, om et konsortium er lovligt eller ulovligt, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blandt andet tage udgangspunkt i Kommissionens retningslinjer for horisontale aftaler.¹ Retningslinjerne indeholder endvidere en række eksempler på lovlige og ulovlige samarbejder.

Det er dog væsentligt at være opmærksom på, at samarbejdets struktur og varighed vil kunne indebære, at der kan være tale om en fusion, der skal behandles og anmeldes efter reglerne om fusionskontrol. Hvis et konsortium opfylder betingelserne for at udgøre et selvstændigt fungerende joint venture, vil det således skulle vurderes som en fusion.²

Ud over at selve dannelsen af et konsortium kan være problematisk i forhold til konkurrence-loven, skal man også være opmærksom på konkurrencereglerne i forbindelse med den informationsudveksling, der sker mellem virksomhederne som led i overvejelserne om at danne et konsortium. Hvis det viser sig, at de virksomheder, der har overvejet at indgå et konsortium, selv vil kunne byde på opgaven og dermed er konkurrenter, vil den informationsudveksling, der har fundet sted i den forbindelse, reelt udgøre informationsudveksling mellem konkurrenter. Det er derfor vigtigt at man i denne fase ikke udveksler flere konkurrencefølsomme oplysninger end strengt nødvendigt, og at udveksling sker i mindst muligt omfang. Konkurrencefølsomme oplysninger vil typisk være oplysninger om priser, produktion, salg og omkostninger, men kan også udgøre andre kommercielle vilkår.

¹ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale aftaler (2011/C 11/01).

² Se nærmere herom i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om fusionskontrol på www.kfst.dk.

Kapitel 2

Lovlige konsortier

Konsortier er lovlige efter konkurrenceloven i to situationer:

- » hvis konsortiet ikke begrænser konkurrencen (type 1)
- » hvis konsortiet begrænser konkurrencen, men samarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning (type 2)

2.1 Lovlige konsortier – type 1

Et konsortium begrænser ikke konkurrencen, hvis de virksomheder, der indgår i konsortiet, ikke selv ville være i stand til at byde på opgaven. I de tilfælde vil virksomhederne ikke være konkurrenter i forhold til den konkrete opgave.

Det vil normalt være tilfældet, hvis virksomhederne er beskæftiget i forskellige brancher, men kan altså også være en mulighed, hvis virksomhederne er beskæftiget i samme branche, men deltagerne på grund af fx opgavens størrelse ikke kan klare opgaven selv.

2.1.1 Hvornår er man konkurrenter?

I mange tilfælde vil det være helt oplagt, om en virksomhed kan klare opgaven alene. I andre tilfælde kan det være mere vanskeligt at fastlægge, om det er muligt.

Helt overordnet vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved vurderingen af, om en virksomhed kan klare en opgave alene, særligt tage hensyn til virksomhedens kapacitet, økonomiske ressourcer og knowhow.

I situationer, hvor udbyder på baggrund af en prækvalifikationsrunde har udvalgt et antal ansøgere til at afgive tilbud, vil virksomheder, der *ikke* er prækvalificeret, umiddelbart ikke være at anse som konkurrenter til de, der kan afgive tilbud. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at udbudsreglerne vil være til hinder for, at prækvalificerede virksomheder indgår konsortieaftale med virksomheder, der ikke er prækvalificeret.

I det følgende gives retningslinjer for vurderingen af disse kriterier. Nærmere fastlæggelse vil afhænge af den konkrete situation.

- » Afgørende er, om den enkelte virksomhed har en reel mulighed for at klare opgaven alene.
- » Vurderingen vil skulle foretages fra gang til gang, dvs. i forhold til det konkrete udbud.
- » Det har også betydning, om udbuddet giver mulighed for at afgive delbud, og om man vil have kapacitet mv. til sådanne delydelser.
- » Der tages udgangspunkt i de ressourcer, som virksomheden enten har eller har mulighed for at skaffe på det tidspunkt, den pågældende vare eller tjenesteydelse skal leveres.
- » For de virksomheder, der indgår i en koncern, vil det være koncernens kapacitet, ressourcer og knowhow mv., der er afgørende i det omfang, virksomheden har mulighed for at råde herover

Fra Konkurrencerådets praksis kan henvises til en sag vedr. 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. Samarbejdet var derfor ulovligt efter konkurrencelovens § 6.³

Har virksomheden tilstrækkelig kapacitet til at klare opgaven?

- » Vurderingen af om en virksomhed har tilstrækkelig kapacitet, omfatter blandt andet virksomhedens adgang til arbejdskraft samt udstyr.
- » Muligheden for eventuelt at anvende underentreprenører vil normalt ikke indgå i vurderingen af virksomhedens kapacitet.
- » Vurderingen afhænger også af, hvilken branche der er tale om. Hvis det fx er almindeligt, at man indlejer arbejdskraft eller udstyr i forbindelse med større opgaver, vil dette være et element, der indgår i vurderingen.
- » Virksomhedens vurdering af kapacitet må i sagens natur foretages på det tidspunkt, hvor tilbuddet afgives, men denne vurdering skal tage udgangspunkt i virksomhedens mulige kapacitet på det tidspunkt, hvor produktet eller ydelsen skal leveres.
- » Der tages hensyn til den kapacitet, der skal bruges på de aftaler, man i forvejen har indgået. Omvendt kan der normalt ikke tages hensyn til forventede nye kunder eller opgaver.

Har virksomheden de økonomiske ressourcer til at klare opgaven?

- » Ved vurderingen af virksomhedens økonomiske ressourcer ser man bl.a. på, om virksomheden som helhed har finansiell styrke til at gennemføre de investeringer, der er nødvendige for opgaven, herunder om virksomheden kan opfylde udbuddets krav til egenkapital mv.
- » Et ønske om risikospredning vil som udgangspunkt ikke skulle indgå i vurderingen, medmindre det – baseret på objektive forhold – er umuligt for virksomheden at byde alene. Et samarbejde baseret bl.a. på et ønske om risikospredning vil dog kunne give anledning til effektivitetsgevinster og derfor være tilladt efter de regler, der er omtalt i punkt 2.2 (type 2).

Har virksomheden den nødvendige knowhow til at klare opgaven?

- » Selv om virksomheder er aktive på samme omsætningsled og inden for samme branche, kan de hver især have specialiseret sig på forskellige områder.
- » Hvis virksomheden ikke har den nødvendige knowhow til at løfte alle dele af opgaven, vil dette kunne berettiggere et samarbejde med en virksomhed, der har denne knowhow.
- » Hvis virksomheden har den nødvendige generelle knowhow, men indgår i et konsortium med en virksomhed, der er specialiseret inden for et bestemt område, og de samlet derved ville kunne give et bedre bud, vil der kunne være tale om et lovligt konsortium efter de regler, der er omtalt i punkt 2.2 (type 2).

2.1.2 Antallet af deltagere i konsortiet

Hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt for at klare opgaven, kan samarbejdet begrænse konkurrencen, selvom ingen af deltagerne hver for sig kan løse opgaven. Om det er tilfældet, vil bero på en konkret vurdering bl.a. af, hvordan konkurrencen ville udspille sig uden den pågældende aftale.

Hvis fx fire virksomheder går sammen i et konsortium for at løse en opgave, der kun kræver tre af virksomhederne, er det muligt, at den fjerde virksomhed vil kunne være gået sammen

³ Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*.

med andre virksomheder, og der på den måde ville kunne være kommet et ekstra bud på udbuddet. Hvis det omvendt *ikke* ville være en mulighed for denne fjerde virksomhed at gå sammen med andre virksomheder, som dermed tilsammen ville kunne skabe et ekstra bud, vil inddragelsen af denne fjerde virksomhed ikke begrænse konkurrencen.

Der kan også være tale om, at en stor virksomhed, der godt kan klare opgaven alene, går sammen med en mindre virksomhed, der er aktiv inden for samme branche, men som har særlig knowhow på et bestemt område.

Hvis flere virksomheder end nødvendigt går sammen i et konsortium, kan det på længere sigt betyde, at virksomhederne lader være med at udvide sine aktiviteter. Virksomhederne vil også kunne udveksle konkurrentfølsomme oplysninger i højere grad, end hvis kun det absolut nødvendige antal virksomheder deltog. Dette vil også kunne begrænse konkurrencen.

Hvis et sådant samarbejde konkret anses for konkurrencebegrænsende, vil det dog alligevel kunne være lovligt, hvis samarbejdet opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 8 (type 2 konsortium). Se nærmere herom nedenfor.

2.2 Lovlige konsortier - type 2

Selv om de virksomheder, der deltager i konsortiet, selv ville kunne løse opgaven, kan aftalen alligevel være lovlig, hvis dens fordele opvejer begrænsningen.

Et konsortium bestående af virksomheder, der er konkurrenter, vil fx 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, og
- » dette kommer forbrugerne til gode, og
- » samarbejdet ikke går længere end nødvendigt for at nå dette mål, og
- » virksomhederne ikke får mulighed for at udelukke konkurrencen om de pågældende opgaver

Fra Konkurrencerådets praksis kan henvises til en sag vedr. to cateringselskaber, der havde hjemsted på henholdsvis Sjælland og i Jylland. De to selskaber havde aftalt at afgive fælles bud på leverancer til kunder, der krævede landsdækkende levering. Landsdækkende levering krævede distributionssted på både Sjælland og i Jylland.

Konkurrencerådet vurderede, at aftalen begrænsede konkurrencen, da det var tvivlsomt, om investeringsomkostningerne mv. i sig selv udgjorde en sådan barriere, at samarbejdet var nødvendigt.

Samarbejdet blev dog fritaget fra forbuddet i konkurrenceloven på grund af forholdene på markedet, og fordi samarbejdet sikrede en øget valgmulighed for kunderne.⁴

I det følgende uddybes de fire betingelser, der skal være opfyldt for, at en konsortieaftale vil kunne være fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Fritagelsesbetingelserne fremgår af konkurrencelovens § 8.

Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering. Her vil blandt andet forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, antallet af andre bud, samarbejdets art og det produkt eller den tjenesteydelse, samarbejdet vedrører, indgå.

Det er virksomhederne selv, der skal kunne dokumentere, at betingelserne er opfyldt. Hvis betingelserne er opfyldt, er aftalen automatisk lovlig efter konkurrencelovens § 6 uden, at virksomhederne behøver at anmelde samarbejdet. Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejder indeholder en række eksempler på, hvilke samarbejder der vil være fritaget henholdsvis ikke være fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.⁵

Ud over ovennævnte mulighed for selvevaluering af et samarbejde har virksomheder mulighed for at anmelde et påtænkt konsortiesamarbejde til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med henblik på, at Konkurrencerådet skal fritage samarbejdet. I praksis vil den sagsbehandlingstid, der er forbundet hermed, dog ofte betyde, at dette ikke vil kunne nås inden for de frister, virksomhederne har til at afgive tilbud. Hvis der er samhandelspåvirkning, og samarbejdet derfor skal vurderes efter EU konkurrencereglerne, kan Konkurrencerådet endvidere undlade at behandle anmeldelsen.

⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003: Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz A/S

⁵ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale aftaler (2011/C 11/01).

2.2.1 Effektivitetsgevinster

Samarbejdet skal kunne medføre økonomiske fordele i form af effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinsterne skal være af en sådan størrelse, at de kan opveje konkurrencebegrænsningerne.

Det skal være gevinster, der opnås som følge af, at virksomhederne går sammen om et konkret udbud. Det kan for eksempel være stordriftsfordele, hvor virksomhederne gennem samarbejdet opnår en omkostningsbesparelse. Det kan også være, at to virksomheder, der er inden for den samme branche, hver især er særligt kompetente inden for nogle underområder inden for branchen og dermed sammen kan levere et mere konkurrencedygtigt tilbud end hver for sig.

2.2.2 Fordele for forbrugerne

Effektivitetsgevinsterne skal komme forbrugerne til gode. Det kan for eksempel være i form af lavere priser eller større udvalg af de produkter eller tjenesteydelser, udbuddet vedrører. "Forbrugere" dækker bredt og omfatter alle aftagere af det produkt eller den ydelse, konsortiesamarbejdet vedrører.

Generelt gælder, at jo større markedsandel, konsortiedeltagerne har, jo mindre sandsynligt er det, at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode i form af f.eks. lavere priser.

2.2.3 Nødvendige begrænsninger

Når man samarbejder med en eller flere konkurrenter i et konsortium, vil man aftale forhold, som det normalt er strengt forbudt at aftale, fx prisfastsættelse.

Det er afgørende, at de begrænsninger, virksomhederne pålægger hinanden, er absolut nødvendige for samarbejdet og ikke rækker udover det konkrete samarbejde hverken i forhold til tid eller omfang. Aftalen skal således gennemføres på den mindst konkurrencebegrænsende måde, hvilket fx betyder, at der alene må udveksles de informationer eller indgås de prisaftaler, der er nødvendige for samarbejdet.

2.2.4 Ingen udelukkelse af konkurrencen

Endelig må konsortiesamarbejdet ikke kunne udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter, som aftalen omhandler.

Her vil man se på, hvor stor markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, og de øvrige mulige bydere. Jo lavere markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, jo mindre vil sandsynligheden for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen, være.

2.3 Gruppefritagelser

Ud over muligheden for, at et samarbejde kan være individuelt fritaget efter reglerne i konkurrencelovens § 8, kan et samarbejde også være fritaget efter de gruppefritagelser, der findes på området, fx gruppefritagelse for visse kategorier af specialiseringsaftaler⁶ og gruppefritagelse for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler⁷. Der er tale om bekendtgørelser, der implementerer Kommissionens gruppefritagelser i den danske konkurrencelov. Kommissionen har udarbejdet vejledninger til disse gruppefritagelser.

⁶ Bekendtgørelse nr. 64 af 28. januar 2011 om gruppefritagelse for visse kategorier af specialiseringsaftaler

⁷ Bekendtgørelse nr. 63 af 28. januar 2011 om gruppefritagelse for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler

Kapitel 3

Ulovlige konsortier

Hvis deltagerne i konsortiet hver især kan klare opgaven alene, og samarbejdet ikke opfylder betingelserne for en fritagelse, må de ikke gå sammen om at byde på opgaven.

Hvis virksomhederne hver især selv kan klare opgaven, er de konkurrenter.

Et samarbejde mellem konkurrenter vil betyde, at antallet af mulige bud på opgaven bliver mindre end uden samarbejdet.

Fra Konkurrencerådets praksis kan der henvises til to sager af ældre dato vedrørende markedet for ortopædiske sko.

Der var tale om, at flere ortopædiske håndskomagere forud for en række udbud over for kommunale indkøb af ortopædisk fodtøj havde indgået konsortieaftaler, således at virksomhederne i fællesskab afgav bud til kommunerne.

I disse sager fandt Konkurrencerådet, at kriteriet om, at konsortiemedlemmerne ikke enkeltvis kunne løfte opgaven, ikke var opfyldt, og aftalerne var dermed forbudte i medfør af konkurrencelovens § 6.⁸

Hvis konkurrenter indgår aftaler om fastsættelse af priser, avancer mv., opdeling af markeder eller kunder, om begrænsning af salg eller produktion eller om koordinering af bud, er der tale om et kartel.

Karteller udgør en alvorlig og strafbar overtrædelse af konkurrenceloven. Karteller straffes som udgangspunkt med bøde, men straffen kan stige til fængsel i op til seks år, hvis overtrædelsen er forsætlig og af grov beskaffenhed.

⁸ Konkurrentstyrelsens afgørelse i sagen "Påbud til leverandører af ortopædiske sko" refereret på Konkurrencerådets møde den 24. november 1999 og Konkurrentstyrelsens afgørelse i sagen "Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko" refereret på Konkurrencerådets møde den 23. februar 2000.

Kapitel 4

Opsummering

En vurdering efter konkurrenceloven af et konsortium kan helt overordnet falde ud på tre forskellige måder:



I praksis vil det i mange tilfælde være let at vurdere, hvilken af de tre kategorier et konsortium falder ind under.

Der kan fx være tale om tilfælde, hvor det er åbenlyst, at ingen af virksomhederne vil kunne klare opgaven alene, og at konsortiet dermed bevirker, at der kommer et ekstra bud på et udbud.

Der kan også være tale om, at det er klart, at virksomhederne tilsammen vil kunne give et bedre og/eller billigere tilbud, end hvis de skulle byde hver især.

Endelig kan der være tale om, at konsortiet alene er indgået for at begrænse antallet af tilbud og dermed begrænse den konkurrence, der har været hensigten med udbuddet. Sådanne konsortier vil være ulovlige.

Hvis man er i tvivl, om et konsortium er lovligt, anbefaler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at man søger juridisk rådgivning, inden man indleder samarbejdet.
