

UDSKRIFT
AF
HØJESTERETS ANKE- OG KÆREMÅLSUDVALGS RETSBOG

Retsmøde den 13. december 2018 i

Sag 191/2018

Konkurrencerådet

(advokat Jacob Pinborg)

mod

Eurostar Danmark A/S

(advokat Christina Alexandra Type Jardorf)

og

GVCO A/S

(advokat Erik Kjær-Hansen)

Der fremlagdes ankestævning af 21. september 2018 fra Konkurrencerådet ved advokat Jacob Pinborg.

Det fremgår heraf, at Konkurrencerådet har anket SØ- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 til Højesteret og har anmodet om, at anken admitteres.

Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S har ved skrivelser af 12. henholdsvis 13. november 2018 tilsluttet sig anmodningen om admittering.

SØ- og Handelsretten ophævede ved dommen af 27. august 2018 Konkurrenceankenævnets afgørelse af 11. april 2016. I dommen hedder det bl.a.:

”I november 2010 udarbejdede konsulentfirmaet McKinsey til brug for et møde for Regeringens Vækstforum 2009-2011 en rapport, der havde til formål at optimere myndighedernes udbytte af at sende opgaver i udbud. Heraf fremgår i tiltag otte, at der bør ske en samling af indkøb på færre leverandører, målrettet tiltrækning af udenlandske virksomheder samt anvendelse af udbudsformer og krav, der tilskynder til effektiv drift.

Som reaktion herpå ændrede Vejdirektoratet sin udbudspraksis og forsøgte også gennem besøg i såvel Norge som Sverige aktivt at tiltrække udenlandske budgivere på Vejdirektoratets opgaver. Det i sagen omhandlede udbud blev opbygget, så det reflekterede McKinseys anbefalinger derved, at det muliggjorde såvel bud på enkelte distrikter som samlet udbud på alle distrikter. Et samlet bud på alle distrikter indebar dog, at man skulle indgive et bud på hvert enkelt distrikt, men man kunne samtidig tilbyde en rabat – i dette tilfælde uden loft – såfremt man bød på flere eller samtlige distrikter. Det er derfor rettens opfattelse, at udbudsmodellen i sig selv tilskyndede til samlede bud i overensstemmelse med McKinseys anbefalinger, og at det fremstod som en realistisk mulighed, at der kunne forventes bud på den samlede opgave fra udenlandske bydende.

I den konkrete sag fremkom der både bud på delopgaverne, som var begrænset hertil, og et samlet bud fra sagsøgerne i disse sager, og det viste sig senere, at dette samlede bud var det eneste samlede bud. Det samlede bud indeholdt en rabat på 20 %, såfremt budgiver vandt samtlige distrikter.

Den omstændighed, at et firma, som ønsker at byde på den i sagen omhandlede vejmarkering, ikke har kapacitet til selv at byde på den samlede opgave, men nok på enkelt-distrikter, kan efter rettens opfattelse ikke afskære et sådant firma fra at indgå i et konsortium med henblik på at give et samlet bud på alle distrikter, idet en sådan begrænsning ikke nødvendigvis ville skærpe konkurrencen. Det kan i den forbindelse ikke gøre nogen forskel, at der kun fremkom ét samlet bud, idet dette er udtryk for en ex post vurdering.

Afgørende for, om konsortiumaftalen herefter kan antages at indebære en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, er, om de to bydende firmaer reelt var ude af stand til hver for sig at afgive et samlet bud. Sagsøgerne har selv foretaget kapacitetsberegninger, som viser, at dette var tilfældet, og har heri inddraget såvel personalemæssige forhold som maskinkapacitet.

Det påhviler konkurrencemyndighederne at godtgøre, at sagsøgernes egne kapacitetsberegninger ikke er retvisende. Konkurrencemyndighederne har efter rettens opfattelse ikke løftet denne bevisbyrde. Antagelsen om, at hvert af de sagsøgende firmaer kunne have løftet opgaven alene, bygger på hypotetiske antagelser om muligheden for at antage yderlige mandskab og tilkøbe yderligere maskiner, og der er ingen dokumentation for, at dette kunne lade sig gøre eller var forretningsmæssigt forsvarligt.

Hertil kommer, at konkurrencemyndighederne har bestridt, at de sagsøgende firmaer i deres kapacitetsberegninger har været berettiget til at afsætte kapacitet til eksisterende kernekunder uden at kunne fremlægge skriftlige aftaler om arbejdsopgaver. Retten finder ikke et sådant krav berettiget, idet det må være tilladeligt for de bydende firmaer med udgangspunkt i indvundne erfaringer at hensætte kapacitet til kunder, som erfaringsmæssigt henvender sig og som det forretningsmæssigt ville være uansvarligt ikke at kunne betjene og dermed afskære sig fra højere dækningsbidrag fra andre opgaver.

Retten har endvidere bemærket sig, at Konkurrenceankenævnet anlægger en anden vurdering af konsortieaftalens karakter end Konkurrencerådet. Det kan imidlertid ikke af Konkurrenceankenævnets afgørelse udledes, at der er foretaget den nødvendige konkrete bedømmelse af aftalens formål og karakter med henblik på at fastslå, om den med til-

strækkelig klarhed havde til formål tilstrækkeligt at skade konkurrencen til at indebære en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

Af disse grunde ophæver retten Konkurrencerådets afgørelse 24. juni 2015 som stadfæstet ved nævnets afgørelse den 11. april 2016.

Det findes herefter ikke fornødent for retten at forholde sig til, om betingelserne for dispensationsadgangen i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3 er opfyldt.”

Efter votering besluttede dommerne Henrik Waaben, Michael Rekling og Lars Hjortnæs at meddele tilladelse til anke af dommen til Højesteret i medfør af retsplejelovens § 368, stk. 6, 1. pkt., jf. stk. 4, 2. pkt., da sagen rejser et principielt spørgsmål om forståelsen af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, og sagens udfald må antages at kunne få væsentlig samfundsmæssig betydning.

Sagen udsat i 3 uger til den 3. januar 2019 på svarskrifter.

--oo0oo--

**Udskriftens rigtighed bekræftes.
Højesteret, den 13. december 2018.**

**Anja Mark Nielsen
kontorfuldmægtig**