

Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven

Vejledning

2018



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

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

Oktober 2018 – Denne vejledning erstatter vejledning fra april 2018

Online ISBN 978-87-7029-701-1

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Indhold

Kapitel 1	
Indledning.....	4
1.1 Konsortier og konkurrencereglerne.....	5
1.2 Vejledningens indhold	6
1.3 Gode råd til virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium	6
Kapitel 2	
Begrænser konsortiet konkurrencen?	9
2.1 Hvornår er man konkurrenter?	10
2.2 Praktiske eksempler på relevante overvejelser ved beregning af kapacitet.....	20
2.3 Er der flere deltagere end nødvendigt?	21
2.4 Vurdering af konsortier mellem konkurrenter	22
Kapitel 3	
Effektivitetsfordele ved konsortier.....	27
3.1 Effektivitetsfordele der kan bevirke, at konsortiet er lovligt.....	27
3.2 Grøpgefritagelser	34
Kapitel 4	
Informationsudveksling i forbindelse med konsortier	35
4.1 Informationsudveksling når konsortium overvejes.....	35
4.2 Informationsudveksling under samarbejdet.....	36

Kapitel 1

Indledning

Udbud af private og offentlige opgaver sker med henblik på at skabe konkurrence om opgaverne. I nogle tilfælde går virksomheder sammen om at byde på en opgave. Ofte kaldes sådanne samarbejder konsortier. 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, men i stedet medvirker til at skabe værdi for kunderne.

Det er derfor 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, og har været gældende efter det tilsvarende forbud i EU's konkurrenceregler, siden Danmark i 1972 blev medlem af De Europæiske Fællesskaber.

Samtidig er konkurrencereglerne imidlertid indrettet således, at konsortier, der er til gavn for forbrugerne, typisk er lovlige, hvis visse andre betingelser i øvrigt er opfyldt – også selvom konsortiet umiddelbart er konkurrencebegrænsende.

Der har de seneste år været øget fokus på konkurrencereglerne i forhold til konsortier. Formålet med denne vejledning er at skabe mere klarhed for virksomheder, der overvejer at indgå i konsortier.

Helt overordnet gælder således, at et konsortium typisk vil være lovligt, hvis konsortiedeltagerne ikke er konkurrenter i forhold til den opgave, konsortiet skal udføre. Det samme er tilfældet, hvis virksomhederne løser opgaven mærkbart bedre og/eller billigere for ordregiveren, 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.

Derimod vil konsortier, hvor deltagerne hver især kan byde på opgaven og dermed er konkurrenter om opgaven, og hvor samarbejdet ikke er til gavn for ordregiveren, normalt ikke være lovlige. Ligeledes kan det være problematisk, hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt for at løse den konkrete opgave. 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.

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. Men hvis man er i tvivl om et konsortium er lovligt, bør man søge juridisk rådgivning fx hos en advokat, inden man indleder samarbejdet.

Desuden kan virksomheder søge uformel vejledning i 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.

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 priskonkurrence på markedet fordrejes. Dette vil kunne medføre højere bud.

Mange samarbejder og konsortier vil være lovlige i forhold til konkurrencereglerne. Det kan enten være fordi deltagerne ikke er konkurrenter i forhold til opgaven, eller fordi fordelene for blandt andet kunderne ved at gå sammen overstiger de konkurrencemæssige ulemper. Så længe deltagerne ikke er konkurrenter om den konkrete opgave, vil selve det, at de danner et konsortium, normalt ikke i sig selv være problematisk i forhold til konkurrencereglerne.

Hvis der derimod er tale om, at deltagerne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, 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 ikke er omfattet af bagatelreglerne (som kun gælder såkaldte til følge-overtrædelser) eller af en gruppefritagelse, vil konsortiet alene være lovligt, hvis det medfører effektivitetsfordele. Gevinsterne skal endvidere komme forbrugerne til gode, og samarbejdet og de konkurrencebegrænsende elementer i samarbejdet må ikke gå videre end det, der er nødvendigt for at løse opgaven. Desuden må samarbejdet ikke udelukke konkurrencen om opgaven.

Konsortier, der fører til færre, dyrere eller dårligere tilbud, er skadelige for ordregiverne. Sådanne konsortier er ulovlige. Overtrædelse af konkurrencereglerne straffes med bøde, og der kan udstedes bøder til såvel virksomheder som fysiske personer, fx en direktør. I særligt grove kartelsager kan der tillige idømmes fængselsstraf. Der findes endnu ikke nogen danske domme, hvor deltagere i et ulovligt konsortium er blevet pålagt straf.

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 indhold og ikke dets betegnelse, der er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering. De principper, der kommer til udtryk i denne vejledning, vil derfor også kunne gælde andre former for samarbejde mellem virksomheder i forbindelse med udbud, fx underleveranceforhold. Samarbejder som fx underleveranceaftaler kan antage mange forskellige former, og det er ikke hensigten med denne vejledning at gennemgå alle disse.

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 lande, der ligeledes følger praksis fra Kommissionen og EU-Domstolen. Vejledning har derfor været drøftet med konkurrencemyndigheder i andre lande, ligesom vejledningen inddrager en række EU-afgørelser og afgørelser fra andre lande, hvor vurderingen baserer sig på EU-praksis.

I Danmark har der i de senere år været et par konkurrencesager om konsortier, og der verserer for tiden en sag herom ved de civile domstole. Der er tale om sager, hvor konkurrencemyndighederne har vurderet, at der er tale om en klar overtrædelse af reglerne og typisk om virksomheder med store fælles markedsandele. Konkurrencemyndigheder prioriterer at tage de sager op, der er mest konkurrenceskadelige. Denne prioritering giver sig endvidere udtryk i, at de konsortier, der er grebet ind over for, alle er af den kategori, der er blevet anset for at have til formål at begrænse konkurrencen. Det gælder generelt i de sager, der er blevet taget op, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har vurderet, at der ikke er et relevant effektivitetsforsvar for samarbejdet.

1.2 Vejledningens indhold

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

For at undgå at overtræde konkurrenceloven skal en virksomhed, der overvejer 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 opgaven selv. Det afhænger blandt andet af den måde, udbuddet er tilrettelagt på. Hvis virksomheden kan løfte opgaven selv, men alligevel vælger at indgå i et konsortium, der skal løse opgaven, 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 disse vurderinger.

Hvis der er tale om en opgave, som virksomheden kan løse selv, og samarbejdet har til formål eller følge at begrænse konkurrencen og ikke er omfattet af konkurrencelovens bagatelregler (der kun gælder for såkaldte "til følge-overtrædelser") eller af en gruppefritagelse, skal virksomheden dernæst afklare, om der er effektivitetsfordele ved konsortiet, der kan opveje begrænsningen af konkurrencen, samt hvorvidt gevinsterne herved kommer forbrugerne til gode. Vejledningens *kapitel 3* uddyber kriterierne herfor.

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*.

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

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

1. Lav en realistisk vurdering af, om din virksomhed allerede har kapaciteten, eller om det vil kunne udgøre en holdbar økonomisk strategi at udvide kapaciteten til det, der er nødvendigt for at kunne byde alene.

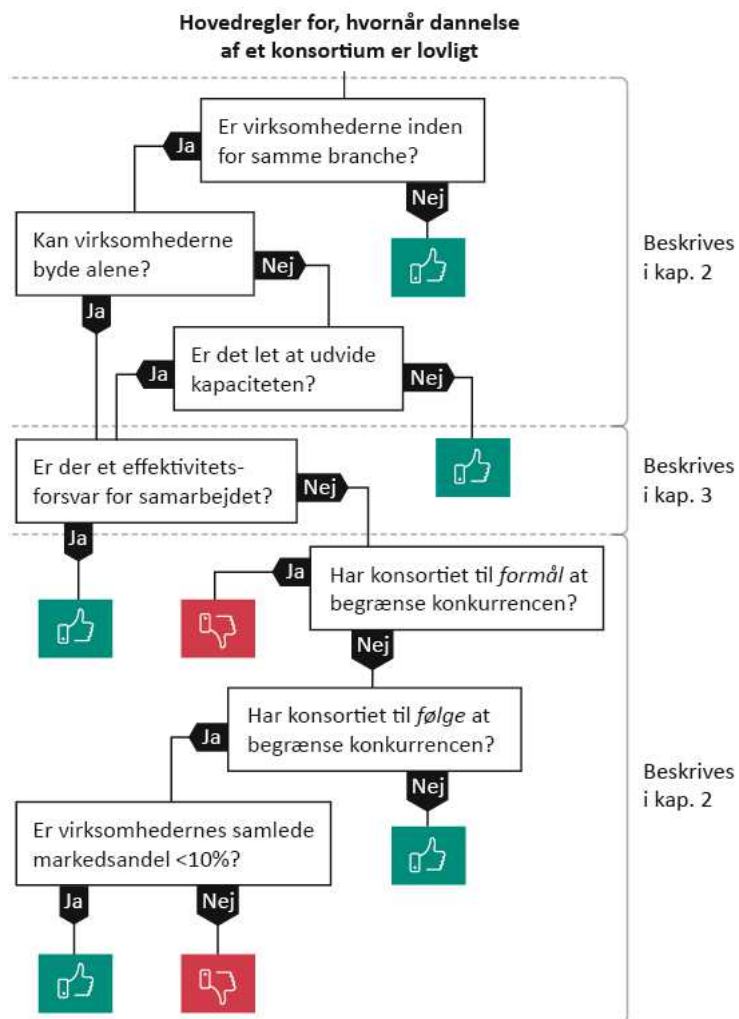
Det afgørende er her, om din virksomhed har evnerne til at udføre opgaven – ikke om din virksomhed ikke ønsker at udføre opgaven alene.

2. Det kan være en fordel at kunne dokumentere kapacitetsberegningerne.

I en eventuel konkurrencesag kan det hjælpe, hvis du kan dokumentere, hvorfor du eventuelt mener, at din virksomhed ikke har – eller kan få – tilstrækkelig ledig kapacitet til den opgave, udbuddet vedrører, og hvilke overvejelser der ligger bag.

-
3. Fastlæg om din egen virksomheds kapacitet er tilstrækkelig, inden du taler med andre virksomheder om etablering af et konsortiesamarbejde til at byde på en opgave.
Hvis det viser sig, at din virksomhed kan klare opgaven alene, vil du skulle være særligt opmærksom på, om de oplysninger, du udveksler om opgaven med andre virksomheder, vil kunne udgøre ulovlig informationsudveksling.
 4. Gå ikke flere virksomheder sammen end nødvendigt for at udføre opgaven.
Det sikreste er ikke at gå flere sammen end nødvendigt.
 5. Undlad at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger med andre virksomheder, inden det er afklaret, om I er konkurrenter i forhold til opgaven.
Konkurrencefølsomme oplysninger vil typisk vedrøre priser, produktion, kunder, markeder, salg og omkostninger.
 6. Undlad at udveksle mere information end 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.
 7. Hvis I er aktuelle eller potentielle konkurrenter, men et samarbejde medfører effektivitetsgevinster, er det en fordel at kunne dokumentere disse.
Der kan fx være tale om kvantitative gevinster fx i form af omkostningsbesparelser eller stordriftsfordele.
Der kan også være tale om kvalitative gevinster fx i form af et nyt eller forbedret produkt/ydelse.
 8. Husk, at eventuelle effektivitetsgevinster (kvantitative og/eller kvalitative) skal komme ordregiver til gode og derigennem mindst opveje konkurrencebegrænsningen.
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.
 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 til andre opgaver.
 10. Hvis du er i tvivl, søg juridisk bistand.
-

De overvejelser, en virksomhed skal foretage sig for at vurdere, om dannelse af et konsortium med henblik på at afgive et fælles bud, er lovligt i henhold til konkurrencereglerne, er overordnet angivet i nedenstående figur. Det er tale om en stiliseret beskrivelse, som alene vedrører selve dannelsen af et konsortium og således 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.



Kapitel 2

Begrænser konsortiet konkurrencen?

Udgangspunktet i konkurrenceloven er, at samarbejde (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 mellem virksomheder konkurrenceretligt har *til formål* at begrænse konkurrencen, når der er tale om aftaler, som objektivt set i kraft af deres karakter (“by object”) er egnede til at begrænse konkurrencen. “Til formål” knytter sig således til aftalens karakter 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 formålskategorien”) 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 2.4.

Et konsortium er et samarbejde mellem virksomheder, hvor der typisk er tale om, at konsortiedeltagerne går sammen om at udføre 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 klare 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, 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 være forbudt at have “faste” konsortiepartnere i det omfang, samarbejdet dermed går videre end, hvad der er nødvendigt i forhold til det konkrete udbud.

Hvis der skulle opstå en konkurrencesag, vil det være en fordel at kunne fremvise eventuelle analyser og overvejelser, som begrundet det pågældende konsortiesamarbejde.¹

Boks 2.1

Eksempel på sag, hvor virksomheder var faste konsortiepartnere

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte²

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.

2.1 Hvornår er man konkurrenter?

Ved vurderingen af lovligheden af et konsortium er det afgørende, om virksomhederne er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, konsortiet skal udføre; ikke om de generelt anser hinanden for konkurrenter. Hvis to virksomheder hver for sig kan klare en konkret opgave, er de konkurrenter i forhold til opgaven. Hvis de derimod ikke kan håndtere opgaven hver for sig, er de ikke konkurrenter i forhold til den pågældende opgave. Begrebet "konkurrenter" omfatter såvel aktuelle som potentielle konkurrenter. Konkurrenter er derfor både virksomheder, der producerer eller leverer samme vare eller ydelse inden for det samme geografiske område, og virksomheder hvor det er sandsynligt og realistisk, at de kan omstille deres virksomhed hertil.³

At vurderingen af om virksomheder er konkurrenter også omfatter *potentiel* konkurrence, er fast praksis i sager, hvor virksomheder samarbejder⁴. Vurderingen foretages på baggrund af følgende kriterier:

- » Muligheden for at indtræde på markedet som konkurrent skal være realistisk. En rent teoretisk mulighed er ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger potentiel konkurrence.
- » Det afgørende er ikke, om virksomheden har konkrete intentioner om at indtræde på markedet, men om den har evnerne hertil, jf. også boks 2.2.

¹ Se Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 120.

² Afgørelse nr. 25302 af 3. februar 2015 fra de italienske konkurrencemyndigheder, *1765 Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*. Afgørelsen er den 11. juli 2016 stadfæstet ved de italienske domstole (Consiglio di Stato).

³ Se Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EUFT artikel 101 på horisontale aftaler (2011/C 11/01), pkt. 10.

⁴ Se 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, (stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017) og Vedtak V2017-21 af 4. september 2017 i Konkurransetilsynets sag mod *El Proffen AS/Ep contracting AS m.fl.*, side 336 f og Konkurranselagene m.d.s stadfæstelse af 31. august 2018, pkt. 140.

Boks 2.2
**Eksempler på vurdering
 af potentiel konkurren-
 ce**

Toshiba⁵

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

Lundbeck⁶

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 realistisk mulighed for at blive leverandør af kopimedicin til Lundbecks produkt, at de var at anse for potentielle konkurrenter.

I forhold til fælles budgivning via et konsortium betyder det, at de virksomheder, der byder sammen, er aktuelle konkurrenter, hvis de allerede er i stand til at udføre den udbudte opgave selv. Hvis de ikke allerede har kapaciteten til selv at udføre opgaven men forholdsvist let kunne få den, er de potentielle konkurrenter. Hvad der ligger i "forholdsvist let" vil være en konkret vurdering, der som angivet ovenfor baserer sig på, at muligheden herfor skal være realistisk i forhold til den opgave, udbuddet vedrører.

En vurdering af, om virksomheder kan klare den konkrete opgave hver især, og om de dermed er konkurrenter, afhænger i første omgang af de krav, der stilles i udbudsmaterialet.

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en konsortiesag vurderer, om virksomheder er *aktuelle* konkurrenter til hinanden, ses på, om virksomhederne allerede har den kapacitet, der er nødvendig for at byde alene. Her tages udgangspunkt i de ressourcer, som virksomhederne har adgang til.

Når styrelsen vurderer, om virksomheder er *potentielle* konkurrenter til hinanden, ses på, om det er realistisk, at virksomhederne fx vil kunne udvide deres kapacitet til det, der er nødvendigt for at kunne byde på opgaven alene, selvom den ikke umiddelbart har kapaciteten hertil. Der vil altid være tale om en konkret vurdering af, om den nødvendige udvidelse af kapaciteten 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. Det skal indgå i vurderingen, at virksomhedens tilbud skal "kunne give lønsom drift".⁷ Se boks 2.3.

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 med det, den mangler for at kunne udføre opgaven alene inden for den tidsramme, der er angivet for opgaven. En sådan vurdering vil særligt være relevant, hvis den kapacitet, der mangler, udgør en begrænset andel af den kapacitet, virksomheden i forvejen

⁵ EU-Domstolens afgørelse af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, *Toshiba Corporation vs. Europa-Kommissionen*, pkt. 31-34.

⁶ Kommissionens afgørelse af 19. juni 2013 i Lundbeck-sagen,

⁷ Se 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.

har. Det vil også kunne indgå, om virksomheden tidligere har påtaget sig opgaver af samme størrelse uden at gå i samarbejde med andre.⁸

Vurderingen skal ske på objektive grundlag, dvs. der ses på, om virksomheden har evnerne hertil – ikke blot om den har intentionerne.⁹

Boks 2.3
Eksempel på vurdering af udvidelsesbehov

El Proffen-sagen¹⁰

Denne norske sag handlede om et fælles tilbud indgivet af fem el-virksomheder på en ramme-kontrakt opdelt i 4-6 aftaler. Den norske konkurrencemyndighed vurderede med udgangspunkt i de krav, der fulgte af udbudsmaterialet, hvorvidt 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 supplerede vurderingen af, at de fem virksomheder hver især havde tilstrækkelig kapacitet, med, at minimumskravet pr. tilbudsgiver var en omsætning på ca. 5 mio. NOK, og at en montør omsatte for 1,6 mio. NOK årligt. På den baggrund ansås det for tilstrækkeligt med 3-4 montører til at klare opgaven, hvilket virksomhederne enten allerede rådede over eller havde mulighed for at indleje.

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. Virksomheder, der ikke er prækvalificeret, er således umiddelbart ikke konkurrenter i forhold til det konkrete udbud til de, der kan afgive tilbud. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at udbudslovens ligebehandlingsprincip vil være til hinder for, at prækvalificerede virksomheder indgår konsortier med virksomheder, der ikke er prækvalificeret. På samme måde vil udgangspunktet ved en indbudt licitation 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 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 forhold til det pågældende udbud.¹¹

2.1.1 Er samarbejdet objektive nødvendigt?

Ved vurderingen af, om virksomheder må byde sammen, er det afgørende, om samarbejdet *objektivt* set i forhold til den markedsmæssige sammenhæng er nødvendigt. Det har derimod

⁸ Se fx Kommissionens afgørelse af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2 – GEAE/P & W, pkt. 74.

⁹ Se fx Konkurrenceklagenemndas vedtag 31. august 2018 i sag 2018/112 og 2018/113, *El-Proffen AS/EP Contracting AS m.fl.*, pkt. 141.

¹⁰ Vedtak V2017-21 af 4. september 2017 i Konkurransetilsynets sag mod *El Proffen AS/Ep contracting AS m.fl.*, pkt. 349 f og Konkurransklagenemndas stadfæstelse af 31. august 2018, pkt. 185 ff. Se tillige omtalen af Konkurrencerådets afgørelse i sagen vedr. Dansk Vejmarkerings Konsortium i boks 2.6.

¹¹ Se afgørelse af 18. oktober 2016 fra det norske Konkurransetilsynet, *Johny Birkeland Transport AS/Norva 24 AS*, pkt. 292.

ikke i sig selv betydning, hvilket subjektivt formål virksomhederne har med samarbejdet¹², jf. også boks 2.4.

Boks 2.4

Eksempel på vurdering af objektiv nødvendighed

Däckia/Euromaster-sagen¹³

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 til, 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 Vilnius¹⁴

To litauiske byggefirmaer havde 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 samt indtægterne 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-konkurrencebegrænsende måder. Som følge heraf var de fælles bud ikke objektivt nødvendige.

Betydningen af, at udbudsmaterialet giver adgang til at afgive delbud, er gennemgået i de afgørelser, der er omtalt nedenfor i boks 2.5.

Boks 2.5

Eksempler på betydningen af mulighed for at byde på dele af kontrakten for vurderingen af, om virksomheder er konkurrenter

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen¹⁵

Denne sag vedrører 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 tilbudskoordinering¹⁶

Sagen vedrører 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 samarbejdet var konkurrencebegrænsende.

¹² Se fx Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 120. Se tillige EFTA-domstolens dom af 22. december 2016 i sag E-3/10, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS*, pkt. 99.

¹³ Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 121-126.

¹⁴ Afgørelse fra den litauiske konkurrencemyndighed af 21. december 2017 i sag mod UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos trestas.

¹⁵ 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 (HR-2017-1229-A).

¹⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*.

Dansk Vejmarkerings Konsortium¹⁷

Denne sag vedrører 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 med samlerabat. Konkurrencerådet fandt, at det afgørende er, om det objektivt set er muligt at afgive delbud på en eller flere kontrakter – ikke om de virksomheder, der ønsker at byde, subjektivt vurderer, at konkurrencen udspiller sig om det samlede bud og ikke om bud på delopgaver. Dette blev bekræftet af Konkurrenceankenævnet.

I forbindelse med anke af Konkurrenceankenævnets afgørelse kom Sø- og Handelsretten imidlertid frem til, at den anvendte udbudsmodel efter en konkret vurdering tilskyndede til samlede bud. Sø- og Handelsretten fandt, at virksomhederne ikke var afskåret fra at byde samlet som et konsortium, selv om de havde kapacitet til at byde på enkelt-distrikter hver især.

El-Proffen-sagen¹⁸

Denne sag handler 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 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.

2.1.1.2. Hvad er opgavens krav til kapacitet m.v.?

Vurderingen, af om en virksomhed selv kan løfte en opgave, udgør en samlet vurdering af virksomhedens kapacitet 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 finansiel styrke til gennemførelse af de for opgaven nødvendige investeringer¹⁹.

I forhold til udbud af rammeaftaler sker vurderingen af, om en virksomhed kan klare opgaven selv, i forhold til de krav, ordregiver stiller til de virksomheder, der konkurrerer om at komme på selve 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, og afhænger af, om man kan opfylde kravene hertil. Det har således ingen betydning, om en eller flere af deltagerne i et konsortium isoleret set selv kunne opfylde kravene i et efterfølgende miniudbud, når der sker konkrete træk på rammeaftalen.

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

¹⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium* 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 GVC O A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom er anket.

¹⁸ Vedtak V2017-21 af 4. september 2017 i Konkurransetilsynets sag mod *El Proffen AS/Ep contracting AS* m.fl.. Afgørelsen er den 31. august 2018 stadfæstet af Konkurranseskjæningsnævnet.

¹⁹ Besvarelse af spørgsmål 106 (L 172 – bilag nr. 77) af 6. maj 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalg.

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, herunder om virksomheden kan opfylde udbuddets krav til egenkapital og omsætning m.v. Hvis der i udbudsmaterialet 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.

For de virksomheder, der indgår i en koncern, vil det være koncernens kapacitet, ressourcer og knowhow m.v., der er afgørende i det omfang, virksomheden reelt har mulighed for at råde over denne kapacitet. Hvis virksomheden er en del af en koncern med betydelige finansielle ressourcer, vil dette derfor kunne indgå i vurderingen af, om virksomheden har de nødvendige økonomiske ressourcer til at påtage sig den risiko, der er forbundet med opgaven.²⁰

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 tidshorisont, der er angivet i udbudsmaterialet.

Hvis virksomheden ikke allerede har den nødvendige kapacitet, ser man på, om virksomheden realistisk set vil kunne 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 tidshorisont, udbudsmaterialet angiver.²¹ Se nærmere herom i boks 2.6.

Boks 2.6

Eksempel vedr. vurdering af kapacitetDansk Vejmarkerings Konsortium²²

Sagen vedrører som tidligere omtalt udbud af vejmarkering. Konkurrencerådet fandt, at virksomhederne hver især havde kapaciteten til at kunne byde på alle tre distrikter samlet, og at de – hvis de ikke allerede måtte have den tilstrækkelige kapacitet – sandsynligt ville kunne udvide deres kapacitet. Virksomhederne fandtes derfor at være såvel aktuelle som potentielle konkurrenter i forhold til et samlet bud på opgaven.

Sø- og Handelsretten udtalte i relation hertil: "Antagelsen om, at hvert af de sagsøgende firmaer kunne have løftet opgaven alene bygger på hypotetiske antagelser om muligheden for at antage yderligere mandskab og tilkøbe yderligere maskiner, og der er ingen dokumentation for, at dette kunne lade sig gøre eller var forretningsmæssigt ansvarligt."

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.²³ Det vil

²⁰ Se 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.

²¹ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 676 f. Afgørelsen er ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVC O A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom er anket.

²² Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 (som dog ikke forholdt sig til den del af rådets afgørelse, der vedrørte vurdering af konsortiedeltagernes kapacitet i forhold til, om de hver især kunne afgive bud på den samlede opgave), men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sag U-2-16 og U-3-16, *Eurostar A/S og GVC O A/S mod Konkurrencerådet*, Sø- og Handelsrettens dom er anket.

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 2.7. Vurderingen afhænger også af, om det fx er almindeligt, at man indlejer arbejdskraft eller udstyr i forbindelse med større opgaver, hvilket kan variere fra branche til branche.

Boks 2.7
Eksempel vedr. adgang
til arbejdskraft

El Proffen-sagen²⁴

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. Vurderingen var baseret på, at det i branchen var sædvanligt at ind- og udleje arbejdskraft. Som følge heraf ansås virksomhederne for enten 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 af virksomhederne har en specialviden, der er nødvendig for at udføre dele af opgaven. Et eksempel herpå, der dog ikke vedrører et fælles bud på et udbud, er omtalt i boks 2.8.

²³ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 687 f. Afgørelsen er ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom er anket.

²⁴ Vedtak V2017-21 af 4. september 2017 i Konkurransetilsynets sag mod *El Proffen AS/Ep Contracting AS m.fl.*, punkt 361 f. Afgørelsen er den 31. august 2018 stadfæstet af Konkurranselagenemnda (se pkt. 221 f).

Boks 2.8
**Eksempel vedr. adgang
 til teknologi og know-
 how**

Elopak/Metal Box-Odin-sagen²⁵

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, 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.

2.1.1.3. Hvad med kapacitet, der er reserveret til andre opgaver?

Ved vurdering af kapacitet tager man udgangspunkt i den reelle kapacitet, virksomheden kan råde over i den periode, opgaven skal udføres. Kapacitet, der allerede er disponeret over, fordi den skal bruges på aftaler, virksomheden i forvejen har indgået, indgår derfor ikke i vurderingen. Opgaver, som virksomheden skal udføre i den pågældende periode, vil således lægge beslag på kapacitet, som ikke kan anvendes til andre formål. Som omtalt i pkt. 2.1, vil muligheden for at udvide kapaciteten indgå heri.²⁶ Se endvidere boks 2.9.

Boks 2.9
**Eksempler på sager, der
 berører spørgsmålet
 om, hvorvidt der ved
 fastlæggelse af kapacitet
 kan afsættes kapacitet
 til andre opgaver**

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen²⁷

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.

²⁵ Kommissionens beslutning af 13. juli 1990 i sag IV/32.009 – *Elopak/Metal Box Odin*.

²⁶ Vedtak V2017-21 af 4. september 2017 i Konkurransetilsynets sag mod *El Proffen AS/Ep Contracting AS m.fl.*, punkt 361 f. Afgørelsen er den 31. august 2018 stadfæstet af Konkurransklagenemnda, se pkt., 227.

²⁷ Borgarting Lagmansrets 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 (HR-2017-1229-A).

Cementa/Aalborg Portland-sagen²⁸

Denne svenske sag drejer 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 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.

Dansk Vejmarkerings Konsortium²⁹

Sagen vedrører som nævnt udbud af vejmarkering. Som led i vurderingen af konsortiedeltageres ledige kapacitet blev der set på, hvor meget kapacitet der var afsat til andre forventede fremtidige opgaver. Konkurrencerådet lagde til grund, at der kun i særlige tilfælde kan tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder, fx hvis det kan dokumenteres, at de har en sådan fast tilbagevendende karakter, at det er realistisk og dermed retvisende at reservere kapacitet til at udføre disse opgaver. I den konkrete sag vurderede Konkurrencerådet, at der i opgørelsen af konsortiedeltageres kapacitet som udgangspunkt kun skulle tages hensyn til de opgaver, som deltagerne havde indgået aftale om på det tidspunkt, opgaven blev sendt i udbud, og som fortsatte i den periode, opgaven skulle udføres.

Sø- og Handelsretten var ikke enig heri og udtalte: *"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"*.

Som det fremgår ovenfor, vil en virksomheds ønske om ikke at "lægge alle æg i en kurv", således som udgangspunkt ikke kunne begrunde et samarbejde, hvis virksomheden reelt råder over den nødvendige kapacitet.

²⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 12. maj 1995, *Icke-ingripandebesked/undantag avseende samarbete i ett konsortium i cementbranschen*, Stockholms Tingsrätts afgørelse af 1. januar 1997, *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrencerådet* og Marknadsdomstolens afgørelse af 8. oktober 1997, *Konkurrencerådet mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*.

²⁹ Se punkt 441-451 i Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 (som dog ikke forholdt sig til spørgsmålet om afsættelse af kapacitet til forventede fremtidige opgaver), men ophævet ved Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet*. Sø- og Handelsrettens dom er anket.

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 2.8 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 eller tjenesten på egen hånd enten umiddelbart eller med realistiske tiltag.³⁰

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 er udefrakommende fx lovændringer eller ændret efterspørgsel.

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

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 2.9, hvor risiko indgik i domstolens vurdering af et samarbejdes nødvendighed.

Boks 2.10

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

Konsortium ECR 900-sagen³¹

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.

³⁰ Borgarting Lagmannsrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 17.

³¹ 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*, pkt. 55, indeholder tilsvarende betragtninger.

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte³²

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 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 Praktiske eksempler på relevante overvejelser ved beregning af kapacitet

I det følgende gives eksempler på de overvejelser, man som virksomhed skal gøre sig ved vurdering af, om man har kapacitet til selv at byde på en opgave.

Boks 2.11

Eksempel på relevante overvejelser vedrørende eventuel udvidelse af virksomhed

Virksomhed A har sit virke i hovedstadsområdet men overvejer at byde på en opgave, der udover hovedstadsområdet også – i mindre omfang – omfatter opgaver i Jylland. Løsning af opgaven forudsætter, at man er etableret i Jylland, hvilket ville kunne klares med at starte en lokal afdeling op der, og dette ville være økonomisk muligt for virksomhed A. Virksomhed A har imidlertid ikke planer om at udvide sin virksomhed ud over hovedstadsområdet. Virksomhed A overvejer derfor at indgå et konsortium med virksomhed B, som vil kunne dække opgaverne i Jylland.

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 konkrete opgave. A skal derfor afdække, om A har mulighed for at byde på opgaven alene. Det afgørende er, om etablering i Jylland vil være en realistisk mulighed – ikke hvilke subjektive ønsker virksomhed A har herom. Relevante overvejelser i den forbindelse kan være:

- » omkostninger ved at starte en afdeling op i Jylland: Leje af lokaler, anskaffelser af biler m.v. (herunder afskrivninger), ansættelse af medarbejdere m.v.
- » omkostningerne hertil og A's adgang til at finansiere heraf?

Hvis A efter at have afdækket disse forhold kommer frem til, at etablering i Jylland er en realistisk og sandsynlig mulighed, og A dermed kan byde alene, vil et bud via et konsortium mellem A og B kunne begrænse konkurrencen. Dette afhænger blandt andet af, om B også kan byde alene.

Det forhold, at A har tidligere erfaring på området, og at A har tilstrækkelig med kapital til at udvide, samt at udvidelsesbehovet vil være relativt lille i forhold til A's størrelse, peger i retning af, at A vil kunne byde alene.

Selvom det måtte vise sig, at A og B er konkurrenter, vil et fælles bud fra dem kunne være lovligt, hvis de sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud end hver for sig, og disse fordele for kunden opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. kapitel 3.

³² Afgørelse nr. 25302 af 3. februar 2015 fra de italienske konkurrencemyndigheder, *1765 Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*. Afgørelsen er den 11. juli 2016 stadfæstet ved de italienske domstole (Consiglio di Stato).

Boks 2.12

Eksempel på relevante overvejelser vedrørende eventuel anskaffelse 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. 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?
- » 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 realistisk 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, vil et fælles bud fra dem kunne være lovligt, hvis de sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud end hver for sig, og disse fordele for kunden opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. kapitel 3.

2.3 Er der flere deltagere end nødvendigt?

Hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt, kan samarbejdet begrænse konkurrencen, selvom ingen af deltagerne hver for sig kan løse opgaven. Om det er tilfældet, vil bero 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 bud på udbuddet. Dette vil kunne begrænse konkurrencen.

Hvis det omvendt ikke er muligt for den fjerde virksomhed at gå sammen med andre virksomheder, som dermed tilsammen kunne skabe 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 dette ofte være vanskeligt at undersøge. Det sikreste er derfor ikke at gå sammen flere virksomheder, end hvad der er nødvendigt, jf. boks 2.1.3. Dette vil endvidere kunne rejse nogle konkurrencemæssige udfordringer omkring informationsudveksling, jf. kapitel 4.

Boks 2.13

Eksempler på samarbejde mellem virksomheder, hvor den ene

Däckia/Euromaster sagen³³

I denne sag, der som nævnt vedrører levering af dæk, havde den ene (Däckia) 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

³³ Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 132.

kunne byde selv.

nødvendigt.

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen³⁴

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 konsortiesamarbejde³⁵, 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.

2.4 Vurdering af konsortier mellem konkurrenter

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, der vil skulle undergives en vurdering af, om de har konkurrencebegrænsende virkninger for dermed at fastlægge, om de har til følge at begrænse konkurrencen.

2.4.1. 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. Når man konkurrenceretligt siger, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er det således udtryk for aftalens karakter og ikke virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen.

For denne type (til formåls- eller "by object") overtrædelser skal konkurrencemyndigheden som udgangspunkt ikke kortlægge de skadelige virkninger for forbrugerne. 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".

I henhold til praksis er der en række konkurrencebegrænsninger, der generelt anses for at have til formål (i deres natur) at begrænse konkurrencen. Det gælder blandt andet for prisaf-taler, tilbudskoordinerende samt markeds- og kundedelingsaftaler, men det afhænger også af aftalernes 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. Dette vil derimod ikke nødvendigvis være tilfældet, hvis tyngdepunktet i aftalen er et andet, fx fælles produktion. I disse tilfælde skal der anlægges en tilfølgende vurdering, jf. også afsnit 2.4.2.

³⁴ 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 (HR-2017-1229-A).

³⁵ Vejledning om projektsamarbeid udarbejdet af det norske Konkurransetilsynet. Vejledningen er tilgængelig på www.konkurransetilsynet.no.

Vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, foretages som nævnt på objektivi grundlag. Det har som udgangspunkt ikke betydning, hvilken subjektiv hensigt virksomhederne har haft med aftalen.³⁶ Selvom virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen ikke har været at begrænse konkurrencen, kan aftalen således godt vurderes som en til formålsovertrædelse (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.³⁷

I boks 2.14 angives en række eksempler på konsortieaftaler, der er blevet anset som til formålsovertrædelser ud fra en betragtning om, at de udgjorde markedsdelingsaftaler eller aftaler om fælles prisfastsættelse.

Boks 2.14
Eksempler på konsortier, der er anset at have til formål at begrænse konkurrencen

Däckia/Euromaster sagen³⁸

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-sagen³⁹

Denne sag vedrører 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.

Den norske højesteret 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.

Skolebusser⁴⁰

Denne franske sag vedrører 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.

³⁶ Se EU Domstolens afgørelse af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Beef Industry Development*, præmis 21.

³⁷ Se 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 (stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 (HR-2017-1229-A)), samt Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 134.

³⁸ Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 132 f. Tingsrätten henviser blandt andet til pkt. 234 i Kommissionens meddelelse af 14. januar 2011 om retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01.

³⁹ Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba* stadfæstet af Norges Høyesterett den 22. juni 2017 (HR-2017-1229-A). Afgørelsen blev indbragt for Norges Høyesterett, der stillede spørgsmål til EFTA-domstolen (sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS*).

⁴⁰ Afgørelse fra den franske konkurrencemyndighed, Decision n° 16-D-02 of 27.1.2016, *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.

Sporskifter til jernbaner⁴¹

Denne sag vedrører 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 Vilnius⁴²

Denne litauiske sag vedrører 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 formålsovertrædelse.

2.4.2. 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 følge at begrænse konkurrencen, om der har været fuld åbenhed og offentlighed om samarbejdet⁴³. 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 et af konkurrenceparametrene på markedet, dvs. fx pris, produktion eller kvalitet. Ligesom det er tilfældet med vurdering af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, vil det også 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 følgevurdering, 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.⁴⁴ 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 normalt skulle vurderes i forhold til aftalens virkninger. Det forudsætter dog, at denne konkurrencebegrænsning er nødvendig for den fælles produktion, dvs. at parterne ellers slet ikke ville have incitament til at indgå produktionaftalen.

⁴¹ Afgørelse fra den spanske konkurrencemyndighed af 30.6.2016, S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*.

⁴² Afgørelse fra den litauiske konkurrencemyndighed af 21. december 2017 i sag mod *UAB Irdaiva og AB Panevezio statybos trestas*.

⁴³ Se 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.

⁴⁴ Se Kommissionens meddelelse af 14. januar 2011 om retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01, pkt. 13-14 og 150 f.

Hvad der udgør tyngdepunktet i et samarbejde vil være en konkret vurdering. Afgørende for om et konsortium vil kunne anses for et produktionssamarbejde er, at konsortieparterne har integreret deres aktiver. Hvis der er tale om, at samarbejdet indebærer en væsentlig integration af aktiver, fx et nyt produktionsanlæg, som begge parter har andel i, vil der fx typisk være tale om fælles produktion. Dette vil fx 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, 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 tjenester kan blive solgt i fællesskab for dermed at fjerne konkurrencen imellem dem, vil dette typisk blive anset for fælles salg.

Når der er tale om tjenesteydelser, vil vurderingen formentlig være en lidt anden, idet der ofte ikke er nogen aktiver, der kan sammenblandes. Princippet er imidlertid 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 formålsovertrædelse men i stedet vil skulle undergives en til følgevurdering.⁴⁵ Hvis 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 ofte virksomhedernes vognpark, vil det typisk ikke blive anset for et produktionssamarbejde. På tilsvarende måde vil det, hvis to virksomheder byder sammen for at udføre en byggekontrakt, men hvor samarbejdet ikke medfører integration af virksomhedernes aktiver, fx værktøjer, materialer, maskiner eller kontorer, i nævneværdig grad, og de deler den tildelte opgave mellem sig således, at de hver især udfører visse dele af kontrakten med deres egne aktiver, vil dette typisk ikke blive anset for et produktionssamarbejde.

Som tidligere nævnt er det selve indholdet af et samarbejde og ikke formen for eller benævnelsen af det, der er afgørende for, hvordan det vurderes. Det er derfor ikke muligt at komme uden om en til formålsvurdering ved fx blot at benævne en aftale, der ikke opfylder ovennævnte, en produktions- eller underleveranceaftale.

Konkurrencelovens § 7 indeholder en bagatelgrænse. I henhold til denne bestemmelse vil konsortiesamarbejder mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter, hvor aftaledeltagerne tilsammen har en markedsandel på under 10 pct., 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.⁴⁶

Fastlæggelse af markedsandel skal ske på baggrund af den almindelige regel herom i konkurrencelovens § 5 a samt Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked.⁴⁷ Det afhænger derfor af en konkret vurdering, om det vil være det konkrete bud, der danner udgangspunkt for markedsafgrænsningen, eller om markedet vil skulle afgrænses bredere end det. Afhængig af de konkrete markedsforhold og hyppigheden af transaktioner på

⁴⁵ Se Cyril Ritter: *Joint Tendering under EU Law*, Concurrences N° 2-2017 1 pp. 60-69, pkt. 50-51.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Se høringsnotat vedrørende lovforslag om ændring af konkurrenceloven af 27. september 2017, Erhvervs- Vækst- og Ekspertudvalget 2017-18, L6, Bilag 1, side 4.

et givet marked kan et tilbageblik over en vis periode således i visse tilfælde eventuelt give et mere retvisende billede af en virksomheds stilling på det relevante marked.

De afgørelser, der er nævnt ovenfor, udgør sager, hvor 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 et eksempel på en sag, der af appelinstanten blev anset for at skulle undergives en til følgevurdering, den svenske Aleris Diagnostik m.fl.-dom om indgåelse af underleveranceaftaler i forbindelse med afgivelse af tilbud på en udbudt opgave, jf. boks 2.15.

Boks 2.15

Eksempel på samarbejde der skulle undergives en til følgevurdering

Aleris Diagnostik m.fl.⁴⁸

Denne svenske sag handler om et samarbejde mellem fem virksomheder inden for sygehussektoren i forbindelse med udbud af en rammeaftale vedrørende levering af fysiologiske ydelser. I henhold til udbudsmaterialet ville opgaven blive tildelt de to virksomheder, der bød med laveste pris. Udbuddet angav ikke nogen volumen for antal ydelser, der ville blive tale om, men tilbudsgiver skulle i sit tilbud angive, hvilken volumen denne bød ind med.

Virksomhederne havde indbyrdes aftalt, hvem der skulle byde på hvad og med hvilken volumen, ligesom de havde aftalt, at de virksomheder, der ikke blev tildelt opgaver, kunne fungere som underleverandører til de, der fik opgaven. Ved afgivelse af tilbud lagde virksomhederne deres kapacitet sammen.

Patent- og marknadsöverdomstolen vurderede, at selvom der var tale om aftaler mellem konkurrenter om deling af volumen, havde aftalerne – under hensyntagen til aftalernes bestemmelser, deres formål og den økonomiske og retlige sammenhæng – ikke til formål at begrænse konkurrencen. Denne vurdering baserede sig på de konkrete omstændigheder ved de pågældende udbud, herunder navnlig, at udbuddet ikke angav nogen konkret volumen for de, der vandt opgaven. For det andet lagde domstolen vægt på, at sygehuset reelt var den eneste aftager af ydelserne.

Domstolen vurderede herefter, om aftalerne havde til følge at begrænse konkurrencen og kom frem til, at aftalerne ikke havde påvirket konkurrencen negativt.

⁴⁸ Dom fra den svenske Patens- og marknadsöverdomstolen af 28. april 2017 i sagen *Aleris Diagnostik AB, Capis A:t Görans Sjukhus AB og Hjärtkärgruppen i Sverige AB mod Konkurrensverket*.

Kapitel 3

Effektivitetsfordele ved konsortier

Et konsortiesamarbejde mellem virksomheder om en opgave, som virksomhederne kan klare hver for sig, vil som nævnt kunne være konkurrencebegrænsende. Det samme kan være tilfældet, hvis der deltager flere virksomheder i et konsortium end nødvendigt, jf. afsnit 3 i foregående kapitel.

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. Det kræver imidlertid, at 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 (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, 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 kommer forbrugerne til gode,
- » samarbejdet ikke går længere end nødvendigt for at nå dette mål,
- » 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, antallet af andre bud, samarbejdets art og det produkt eller den tjenesteydelse, samarbejdet vedrører, indgå. Dette uddybes i det følgende.

I tilfælde af, at der indledes en sag, skal virksomhederne selv føre dokumentation for, at konsortiet opfylder fritagelsesbetingelserne. Det vil derfor være en god ide at foretage en vurdering af, om fritagelsesbetingelserne er opfyldt, heraf særligt den første og den anden betingelse om, at konsortiet skal medføre tilstrækkelige effektivitetsgevinster, der kommer kunden til gode, inden man afgiver tilbud på opgaven.

Der er i det følgende omtalt en række afgørelser, hvor der er taget stilling til, om et samarbejde opfylder fritagelsesbetingelserne. Ud over disse eksempler kan henvises til, at Kommissionen i de horisontale retningslinjer samt i retningslinjerne for anvendelsen af traktatens artikel 101, stk. 3 [tidligere artikel 81, stk. 3] har uddybet fritagelsesbetingelserne og angivet en række eksempler på, hvordan effektivitetsgevinster vil blive vurderet ved forskellige former for samarbejder.⁴⁹

3.1.1. Effektivitetsgevinster

Det samarbejde, der fører til et fælles bud, 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 fremfor hver for sig. Effektivitetsgevinsterne kan være såvel kvantitative som kvalitative.

Effektivitetsgevinsterne skal være af en sådan størrelse, at de kan opveje konkurrencebe- grænsningerne, idet et væsentligt sigte er, at samarbejdet samlet set er til fordel for forbrugerne/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.

⁴⁹ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale aftaler (2011/C 11/01), særligt pkt. 187-193 og 252-256 samt Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08).

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, 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 3.1
Eksempel på vurdering af effektivitetsgevinster

Däckia/Euromaster sagen⁵⁰

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 i forhold til dannelse af et konsortium, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på det foreliggende grundlag konkret har vurderet, at samarbejdet medfører tilstrækkelige effektivitetsgevinster for forbrugere/ordregiver.

I tilfælde af, at der rejses en sag, vil det være aftaleparternes opgave at dokumentere eventuelle effektivitetsgevinster, herunder deres størrelse, hvordan de opnås, og hvorvidt konsortiesamarbejdet er nødvendigt for at opnå effektivitetsgevinsterne samt, om forbrugere/ordregiver får gavn af dem.⁵¹ Hvis der rejses en sag, vil det således være vigtigt, at virksomhederne kan dokumentere, at konsortiesamarbejdet fx fører til omkostningsbesparelser. Hvis der er tale om et nyt eller forbedret produkt/ydelse, skal virksomhederne 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 som følge af stordriftsfordele, der vil gøre virksomhederne i stand til at producere billigere, vil der fx kunne udarbejdes beregninger, der viser, hvilke investeringer, der vil skulle foretages, hvilke produktionsomkostninger parterne hver især har haft inden samarbejdet, samt de forventede omkostninger efter indledning af samarbejdet.

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 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 for effektivitetsgevinster.

⁵⁰ Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 138 f.

⁵¹ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), pkt. 51.

I boks 3.2 er omtalt to sager, hvor konkurrencemyndigheden har vurderet effektivitetsgevinster henholdsvis dokumentation for effektivitetsgevinster. I Kommissionens horisontale retningslinjer er endvidere omtalt en række eksempler på sådanne vurderinger.⁵²

Boks 3.2

Eksempler på, at effektivitetsgevinster skal dokumenteres

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen⁵³

Denne norske sag vedrører 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 tilbudskoordinering⁵⁴

Sagen vedrører snyrdning 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.

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 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 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 kon-

⁵² Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale aftaler (2011/C 11/01), pkt. 187-193 og 252-256.

⁵³ 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 den 22. juni 2017 stadfæstet af Norges Høyesterett (HR-2017-1229-A)

⁵⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*, pkt. 134.

sortiet 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 udførelse 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, og at det kommer forbrugerne til gode – og at fordelene i øvrigt har en størrelse, der opvejer de konkurrencemæssige ulemper.

I boks 3.3 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 herom⁵⁵ og er omtalt i foregående afsnit.

Boks 3.3

Eksempler hvor risiko er indgået som element i vurdering af effektivitetsgevinster

Vacuum Interrupters-sagen⁵⁶

Denne sag handler 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-sagen⁵⁷

Denne sag drejer 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 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 flymotortype.

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. Hertil kom, at samarbejdet betød, at de kunne udvikle motoren hurtigere og billigere, fordi de hver især kunne bidrage der, hvor de havde deres teknologiske spidskompetencer. Kommissionen vurderede derfor, at samarbejdet medførte effektivitetsfordele.

⁵⁵ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08).

⁵⁶ Kommissionens afgørelse af 20. januar 1997 i sag IV/27.442 – *Vacuum Interrupters Ltd*

⁵⁷ Kommissionens beslutning af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2, *GEAE/P & W*.

3.1.2. Fordele for forbrugerne

Effektivitetsgevinsterne ved samarbejdet mellem konkurrenter 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. I boks 3.4 er gengivet en række relevante afgørelser.

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

Vurderingen af, om fordelene kommer forbrugerne/ordregiver til gode i tilstrækkeligt omfang, vil være en konkret vurdering i den enkelte sag.

Jo større graden af konkurrence er, desto mere sandsynligt er det, at virksomheder vil søge at øge deres salg ved at give omkostningsbesparelser videre.⁵⁸ 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 der er (og forventes) 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 3.4

Eksempler på vurdering af fordele for forbrugere

Cateringsagen⁵⁹

Sagen vedrører 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 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 potentiet havde den nødvendige kapacitet til at byde ind på store landsdækkende kunders udbud af leverancerne.

Cekacan-sagen⁶⁰

Sagen handler om et samarbejde om produktion af en ny emballagetype til fødevarer. Kom-

⁵⁸ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), pkt. 97.

⁵⁹ Konkurrencestyrelsens afgørelse af 26. november 2003, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz A/S*

⁶⁰ Kommissionens afgørelse af 15. oktober 1990 i sag IV/32.681 – *Cekacan*, pkt. 44-47.

missionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldt 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. Fødevarereproducenterne 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-sagen⁶¹

Denne sag drejer sig om et samarbejde vedrørende udvikling af digitale interaktive tv-tjenester. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldt 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 i et konsortium, som 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, er absolut nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, og at samarbejdet ikke rækker udover det konkrete samarbejde, hverken i tid eller omfang.

Der må ikke findes nogen anden økonomisk gennemførlig og mindre konkurrencebegrænsende måde at opnå gevinsterne på. Det kan enten være i form af, at virksomheden i stedet byder alene eller indgår et konsortium med andre virksomheder end de, der er med i det aktuelle konsortium.

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.

3.1.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

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

Her vil man se på, hvor stor markedsandel konsortiedeltagerne har tilsammen i forhold til de øvrige *mulige* bydere. Selvom konsortiedeltagerne normalt ikke vil kende – og ikke bør kende – antallet på andre faktiske tilbudsgivere, vil aktører i et marked 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 typisk for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen.

⁶¹ Kommissionens afgørelse af 15. september 1999 i sag /V/36.539 – *British Interactive Broadcasting/Open*, pkt. 141 og 159.

Boks 3.5

Eksempel på vurdering af udelukkelse af konkurrencenCementa/Aalborg Portland-sagen⁶²

Denne svenske sag drejer 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 udviklingsaftaler⁶³ og gruppefritagelsen for visse kategorier af specialiseringsaftaler⁶⁴. 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)
- 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.

⁶² Konkurrencens afdeling af 12. maj 1995, *Icke-ingripandesbesked/undantag avseende samarbete i ett konsortium i cementbranschen*, Stockholms Tingsrätts afgørelse af 1. januar 1997, *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrencens afdeling og Marknadsdomstolens afgørelse af 8. oktober 1997, Konkurrencens afdeling mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*.

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.

Kapitel 4

Informationsudveksling i forbindelse med konsortier

Ved indgåelsen af konsortiesamarbejder eller ved overvejelser herom skal man 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. 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 brancheforeninger⁶⁵ og i Kommissionens horisontale retningslinjer⁶⁶

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 kun det absolut nødvendige antal virksomheder deltager.

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.

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, reelt udgøre informationsudveksling mellem konkurrenter. Dette vil være strafbart, hvis der er tale om konkurrencefølsomme oplysninger. Det er derfor vigtigt, at den enkelte virksomhed forinden afklarer, om virksomheden selv kan klare opgaven, og om virksomhederne således er konkurrenter.

⁶⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om informationsaktiviteter i brancheforeninger (2014) kan findes på www.kfst.dk.

⁶⁶ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale aftaler (2011/C 11/01), særlig pkt. 55-110.

Generelt gælder, at virksomheder, der samarbejder i et konsortium, alene må udveksle konkurrencefølsomme oplysninger i strengt nødvendigt omfang. Dette gælder ikke mindst i den fase, hvor konsortiet overvejes. Det er derfor vigtigt, at virksomhederne vurderer, om de kan byde alene, inden de begynder at udveksle følsomme oplysninger.

For at afdække virksomhedernes samlede kapacitet i forhold til de krav, der stilles hertil i udbudsmaterialet, vil virksomhederne fx 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 afhængigt af, hvad der i den konkrete situation er nødvendigt for at sikre dette. I nogle situationer kan det være hensigtsmæssigt at udpege en tredjepart til at håndtere de konkurrencefølsomme oplysninger om fx ledig kapacitet, 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, bør dette begrænse sig til det absolut nødvendige. Andre følsomme oplysninger om fx omkostninger, strategier eller priser bør ikke udveksles på dette tidspunkt.

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 fordelene ved samarbejdet kommer forbrugerne til gode. Henset til, at der vil være tale om konkurrencefølsomme oplysninger mellem konkurrenter, bør informationsudvekslingen ske efter særlige procedurer som ovenfor beskrevet.

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 i forhold til den konkrete opgave, 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.

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. 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.
