



17. maj 2018

GRÆNSEOMRÅDET MELLE UDBUDSRET TEN OG KONKURRENCERETTEN

MED SÆRLIG FOKUS PÅ KONSORTIER



KANDIDATSPECIALE AF ERNA SVERRISDÓTTIR OG RASMUS
NORDAHL KROGSHAVE

AALBORG UNIVERSITET
VEJLEDER: MARTIN HOLMGAARD THOMSEN

Antal anslag: 162.112

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	5
2. Problemformulering	7
2.1. Afgrænsning	7
3. Metode og disposition	8
3.1. Metode.....	8
3.2. Specialets disposition	9
4. Indledning til udbudsretten	10
4.1. Hensyn og formål.....	11
4.1.1. EU-retlige formål.....	11
4.1.2. Nationale formål.....	12
4.1.3. Sammenfattende	13
4.2. Udbudsreglernes grundlæggende principper.....	13
4.2.1. Ligebehandlingsprincippet	14
4.2.2. Gennemsigtighedsprincippet	15
4.2.3. Proportionalitetsprincippet	16
4.3. Samarbejder i udbudsretten	16
4.3.1. Andre enheders formåen.....	17
4.3.2. Underleverandører.....	18
4.3.3. Sammenslutninger af økonomiske aktører	18
4.3.4. Sammenfattende	20
4.4. Udbudsrettens regulering af konsortier	20
4.4.1. Konsortiers juridiske sammensætning	20
4.4.2. Prækvalifikation og tilbudsgivning	21
4.4.3. Udelukkelse af konsortier.....	21
4.5. Delkonklusion.....	22
5. Indledning til konkurrenceretten	23
5.1. Hensyn og formål.....	24
5.1.1. EU-retlige formål.....	24
5.1.2. Nationale formål.....	25
5.1.3. Sammenfattende	26

5.2.	TEUF artikel 101.....	26
5.2.1.	Betingelser for forbud efter TEUF artikel 101, stk. 1	26
5.2.2.	Kravet om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.....	28
5.2.3.	Kravet om påvirkning af samhandlen.....	29
5.2.4.	Kravet om konkurrencebegrænsning.....	29
5.2.5.	Kravet om mærkbar konkurrencebegrænsning.....	31
5.2.6.	Fritagelse fra forbuddet.....	32
5.3.	Konkurrencelovens § 6.....	32
5.3.1.	Betingelser for forbud efter § 6	32
5.3.2.	Kravet om virksomheder eller sammenslutning af virksomheder.....	33
5.3.3.	Kravet om en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse.....	34
5.3.4.	Kravet om konkurrencebegrænsning.....	34
5.3.5.	Kravet om mærkbar konkurrencebegrænsning.....	35
5.3.6.	Fritagelse fra forbuddet.....	37
5.4.	Delkonklusion.....	37
6.	Grænsedragninger mellem udbudsretten og konkurrenceretten.....	38
6.1.	Samspillet mellem udbudsretten og konkurrenceretten	39
6.2.	Er konsortier konkurrencebegrænsende?	40
6.2.1.	Vurderingen af konsortier.....	42
6.2.2.	Aktuelle eller potentielle konkurrenter	43
6.2.3.	Objektivt nødvendigt	46
6.2.4.	Til formål eller til følge.....	50
6.3.	Fritagelsesgrunde.....	54
6.3.1.	Effektivitetsfordele	55
6.3.2.	Forbrugerfordele.....	57
6.3.3.	Proportionalitet.....	58
6.3.4.	Udelukkelse af konkurrencen	59
7.	Konklusion	60
8.	Kildehenvisninger.....	63
8.1.	Litteratur.....	63
8.2.	Lovgrundlag.....	63
8.3.	Afgørelser, beslutninger mv.....	64

8.4.	Kommissionens meddelelser mv.	65
8.5.	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger mv.....	65
8.6.	Øvrigt.....	66
9.	Abstract	67

1. Indledning

Hvert år indgår det offentlige kontrakter med henblik på indkøb af varer, tjenesteydelser, bygge- og anlægsarbejder mv. I 2016 blev der indkøbt for godt 400 mia. kr., eller ca. 20 % af BNP'en, og heraf blev der sendt opgaver i udbud for godt 103 mia. kr.¹ Når opgaver bliver sendt i udbud skabes der øget konkurrence om opgaverne, såvel nationalt som internationalt, idet flere virksomheder får mulighed for at byde på opgaverne.

Virksomheder kan byde på en udbudt opgave enkeltvist, men de kan ligeledes vælge at gå sammen med andre virksomheder for at byde. Der er forskellige måder, hvorpå virksomheder kan samarbejde om at byde på en opgave, og en af disse samarbejder kaldes konsortier, som er meget udbredte i Danmark.²

Konsortier kan have store fordele for såvel det offentlige som de virksomheder, der byder, idet nogle virksomheder, som ellers ikke kan løfte opgaven alene, kan inddrages i konkurrencen ved at samarbejde med andre virksomheder. Derudover kan konsortier skabe nogle samfundsmæssige fordele i form af eksempelvis bedre produkter, end hvis virksomhederne havde budt alene.

På baggrund heraf er konsortier ofte værdiskabende for samfundet som helhed, såfremt de imidlertid ikke begrænser konkurrencen.³ I visse tilfælde ses det, at konsortier reelt begrænser konkurrencen og endda udgør en form for kartel.⁴ De to retsområder, udbudsretten og konkurrenceretten, skal derfor spille sammen for muliggøre disse værdiskabende konsortier, men samtidig forhindre konkurrencebegrænsninger.

Reguleringen af både udbudsretten og konkurrenceretten er baseret på EU-retten. Lov nr. 1564 af 15. december 2015 (herefter benævnt "udbudsloven") er en implementering af direktiv 2014/24/EU (herefter benævnt "udbudsdirektivet"). Konkurrenceretten er imidlertid ikke baseret i et selvstændigt direktiv, men har hjemmel i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter benævnt "TEUF"). De danske konkurrenceregler findes i lov nr. 384 af 10. juni 1997 med senere ændringer⁵

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence* (2017), s. 4.

² Konsortievejledningen (2018), s. 4

³ Konsortievejledningen (2018), s. 4

⁴ Ølykke og Nielsen (2017), s. 189

⁵ Konkurrenceloven, lov nr. 384 af 10. juni 1997 med de ændringer, der følger af lov nr. 416 af 31. maj 2000, lov nr. 426 af 6. juni 2002, lov nr. 381 af 28. maj 2003, lov nr. 1461 af 22. december 2004, lov nr. 431 af 6. juni 2005, lov nr. 601 af 24. juni 2005, lov nr. 523 af 6. juni 2007, lov nr. 572 af 6. juni 2007, § 6 i lov nr. 375 af 27. maj 2008, § 162 i lov nr. 1336 af 19. december 2008, § 1 i lov nr. 495 af 12. maj 2010, § 30 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, § 1 i lov nr. 1385 af 23. december 2012, § 1 i lov nr. 620 af 12. juni 2013, § 22 i lov nr. 639 af 12. juni 2013, § 1 i lov nr. 1371 af 16. december 2014, § 3 i lov nr. 741 af 1. juni 2015, § 19 i lov nr. 1541 af 13. december 2016 og lov nr. 1545 af 19. december 2017.

(herefter benævnt ”konkurrenceloven”), som er udformet for så vidt muligt at være i overensstemmelse med TEUF.⁶

Udbudsreglerne muliggør forskellige former for samarbejde blandt potentielle ansøgere⁷ og tilbudsgivere,⁸ herunder konsortiedannelser, hvilket blandt andet ses i udbudslovens § 139, stk. 2, hvorefter sammenslutninger af økonomiske aktører,⁹ kan deltage i udbudsprocessen. Heroverfor står konkurrencereglerne, som forbyder indgåelsen af konkurrencebegrænsende aftaler, samordnet praksis og vedtagelser, jf. konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.¹⁰ Samspelet mellem konkurrencereglerne og udbudsreglerne skal sikre, at de tilbudsgivende virksomheder ikke begrænser konkurrencen, hvormed ordregiver¹¹ kommer til at betale for meget.¹²

Det er særligt nødvendigt at undersøge grænseområdet mellem disse to retsområder af flere årsager. Som nævnt er det gjort muligt for tilbudsgivere at samarbejde på forskellig vis i forbindelse med deltagelsen i et udbud. Alligevel har den private sektor af økonomiske aktører efterspurgt klarhed over reglerne, specielt i samspil med konkurrenceretten.

Formanden for Dansk Industri, Henriette Søltøft, udtaler:

*”Når danske virksomheder skal afgive bud på offentlige opgaver, er der flere eksempler på, at de offentlige indkøbere opfordrer dem til at indgå konsortier, hvor flere virksomheder går sammen om at løse de stadig mere komplekse udbud. Bøvlet er bare, at der er usikkerhed om sådanne konsortier vurderes som ulovlige efter konkurrencereglerne.”*¹³

Dette speciale har til formål at beskrive og analysere grænseområdet mellem de to retsområder, udbudsretten og konkurrenceretten, med henblik på at belyse, hvornår, og hvorvidt, konsortiedannelser begrænser konkurrencen. Det sker ved en gennemgang af udbudsreglerne samt konkurrencereglerne, efterfulgt af en skildring af den konkurrenceretlig vurdering af konsortiedannelser.

⁶ Heide-Jørgensen (2017), s. 162; FT 1996-97, tillæg A, s. 3648

⁷ Ansøger defineres i udbudslovens § 24, nr. 4, som ” En økonomisk aktør, der har anmodet om opfordring eller er blevet opfordret til at deltage i et begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskab eller i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.”

⁸ Tilbudsgiver defineres i udbudslovens § 24, nr. 34, som ”Enhver økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud.”

⁹ Økonomisk aktør defineres i udbudslovens § 24, nr. 38, som ”Enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.”

¹⁰ Ølykke og Nielsen (2017), s. 865

¹¹ Ordregiver defineres i udbudslovens § 24, nr. 28, som ”Statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.”

¹² Ølykke og Nielsen (2017), s. 868

¹³ DI-direktør efterlyser nye regler for konsortier: Udbud kan indeholde ulovlige opfordringer: <http://www.denoffentlige.dk/di-direktoer-efterlyser-nye-regler-konsortier-udbud-kan-indeholde-ulovlige-opfordringer>

2. Problemformulering

Hvad er grænseområdet mellem udbuds- og konkurrenceretten i forbindelse med konsortier og konkurrencebegrænsende aftaler, og hvornår er konsortier konkurrencebegrænsende?

2.1. Afgrænsning

Det er ikke hensigten med specialet at beskrive den historiske udvikling for udbuds- og konkurrenceretten, men specialet vil dog kort opstille de bagvedliggende hensyn, som ligger til grund for lovgivningernes nuværende udformning.

Begge retsområder udspringer fra EU-retten, hvorfor det er naturligt at inddrage de EU-retlige regelsæt. For så vidt angår udbudsdirektivet, vil dette ikke være genstand for en nærmere gennemgang, idet udbudsloven implementerer reglerne derfra. Specialet vil tage udgangspunkt i udbudsloven, fordi det er reglerne heri, der regulerer udbudsretten i Danmark.

Udbudslovens regler vedrørende samarbejdsformer i forbindelse med tilbudsgivning i udbud vil blive tillagt fokus i dette speciale, men derudover foretages der ikke en dybdegående gennemgang af hele udbudsloven. En række øvrige retskilder for udbudsretten vil ikke blive behandlet i specialet, herunder forsyningsvirksomheds-, sikkerheds-, forsvars- og koncessionsdirektivet.

For så vidt angår konkurrenceretten, findes de EU-retlige regler herfor i TEUF artikel 101 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og artikel 102 om forbud mod misbrug af dominerende stilling. Alene TEUF artikel 101 bliver behandlet i dette speciale. Reglerne om gruppefritagelse, som findes i forskellige gruppefritagelsesforordninger, bliver ikke behandlet i dette speciale.

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler reguleres i konkurrencelovens § 6, hvorfor dette speciale hovedsageligt har fokus på denne bestemmelse. Imidlertid er en række andre bestemmelser i konkurrenceloven ligeledes relevante, herunder § 7 og § 8, hvorfor disse også inddrages. Ligesom gruppefritagelsesforordningerne ikke behandles, vil konkurrencelovens regler om gruppefritagelse heller ikke blive behandlet i dette speciale.

Ud fra en pladsmæssig betragtning og henset til fremstillingens fokus, som er grænseområdet mellem udbuds- og konkurrenceretten, vil der ikke blive inddraget en kildekritisk gennemgang af de forskellige afgørelser, der anvendes i specialet.

3. Metode og disposition

3.1. Metode

For at kunne belyse grænseområdet mellem udbudsretten og konkurrenceretten, herunder hvornår der er tale om konkurrencebegrænsende konsortier, anvendes den retsdogmatiske metode. Dette vil sige, at gældende ret beskrives og analyseres.

Ved gennemgangen og fortolkningen af de to retsområder anvendes såvel EU-retlig som dansk lovgrundlag og lovforarbejder. Forarbejderne bidrager til at belyse hensynene og formålene bag reglerne. Retsforskrifterne i EU forsynes med præambler, som i en vis grad varetager samme funktion som forarbejder.¹⁴ Derfor anvendes både præambler fra EU-forskrifterne, samt egentlige lovforarbejder til den danske lovregulering.

Særligt angående udbudsretten anvendes en række retlige principper til fortolkningen og udfyldningen af bestemmelserne både i udbudsloven og udbudsdirektivet, herunder ligheds-, proportionalitets- og gennemsigtighedsprincippet.¹⁵ Som fortolkningsbidrag spiller Kommissionens meddelelser en særlig rolle i forhold til mange af de centrale bestemmelser og begreber inden for konkurrenceretten, hvorfor disse vil blive inddraget i en vis udstrækning.¹⁶

Et fortolkningsbidrag hentes ligeledes ved gennemgang af både EU-Domstolens retspraksis samt dansk administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud (herefter benævnt ”KfU”), Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet. Den administrative praksis har stor betydning for retsstillingen og anvendelsen heraf bidrager til at belyse retstilstanden.¹⁷

Det skal bemærkes, at ved inddragelsen af EU-retlige kilder, både i form af lovgivning, forarbejder, praksis mv., anvendes den danske oversættelse af disse.

Undersøgelsesfeltet vanskeliggøres dog af, at KfU ikke tager stilling til konkurrenceretlige spørgsmål, jf. lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævnet for Udbud (herefter benævnt ”klagenævnsloven”)¹⁸ § 1 modsætningsvist. Det, sammenholdt med det faktum, at størstedelen af alle udbudssager alene behandles i KfU, og sjældent påklages til domstolene, medfører, at praksis vedrørende

¹⁴ Blume (2016), s. 185

¹⁵ Jakobsen, Poulsen og Kalsmose-Hjelmborg (2016), s. 54

¹⁶ Daniel et al. (2011), s. 687

¹⁷ Blume (2016), s. 187

¹⁸ Lovbekendtgørelsen er en bekendtgørelse af lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

konkurrenceretlige overtrædelser i udbudsretlig sammenhæng er meget sparsom.¹⁹ Konkurrenceretlige sager om overholdelsen af konkurrenceloven og de forskrifter, der er udstedt i medfør af loven, indbringes for Konkurrencerådet samt Konkurrenceankenævnet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger inddrages i specialet for at skabe en overordnet klarhed over reglerne inden for såvel udbudsretten som konkurrenceretten. Vejledninger anses generelt ikke for at have nogen retskildemæssig værdi, men tjener til det formål at sikre ensartethed i forvaltningen samt belyse retstilstanden for borgerne, herunder virksomhederne.²⁰

3.2. Specialets disposition

Indledningsvist behandles hensynene og principperne bag udbudsretten med henblik på at fastslå, hvilke mål, udbudsretten søger at forfølge. Dernæst gennemgås den udbudsretlige regulering af de forskellige måder, hvorpå virksomheder kan samarbejde om en tilbudsgivning.

Efterfølgende behandles hensynene bag konkurrenceretten, ligeledes med henblik på at fastslå, hvilke mål konkurrenceretten søger at forfølge. Herefter gennemgås konkurrencerettens regulering af konkurrencebegrænsende aftaler.

Redegørelserne af de to retsområder tager både afsæt i EU-retten samt den nationale ret, og efterfølges af en analyse af retsområdernes grænseflader op ad hinanden, idet der lægges vægt på at undersøge essentielle punkter, hvor retsområderne modstrider og supplerer hinanden. Analysen består af en gennemgang af retsområdernes samspil, efterfulgt af den konkurrenceretlige vurdering af konsortiedannelser.

Afslutningsvist foretages en sammenfattende konklusion på den behandlede analyse.

¹⁹ Klagenævnet for Udbuds Årsberetning 2016, s. 50: fra 2012-2016 afgjorde KfU 298 sager, heraf blev 18 indbragt for domstolene.

²⁰ Munk-Hansen (2014), s. 339

4. Indledning til udbudsretten

I Danmark indgår det offentlige kontrakter om indkøb af varer, tjenesteydelser, og bygge- og anlægsarbejder for godt 400 mia. kr. årligt, eller ca. 20 % af BNP'en, og heraf blev der i 2016 *de facto* sendt opgaver i udbud for godt 103 mia. kr., eller 25,8 % af det samlede.²¹

Det offentlige forbrug udgør således en ikke-ubetydelig andel af Danmarks samlede BNP. Fordi det er skatteydernes penge, der bliver anvendt til det offentliges indkøb, er det særdeles vigtigt, at disse bliver forvaltet hensigtsmæssigt samt at det offentlige får mest muligt på den mest effektive måde.²²

Ud over det offentliges forbrug, har de bydende virksomheder udgifter til at byde på det offentliges udbudte opgaver, herunder til konsulenter, rådgivere mv. grundet de omfangsrige og komplekse regler, som regulerer de offentlige udbud. Tilbudsgivernes nøjagtige omkostninger vides ikke, men Center for forskning i offentligt-privat samspil (COPS) har i august 2017 udgivet en rapport om Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud, hvor undersøgelser viser, at en enkelt virksomhed i gennemsnit har transaktionsomkostninger på 5,08 % af kontraktværdien.²³ Hertil skal bemærkes, at det er uagtet om virksomheden vinder udbuddet eller ej. Flere virksomheder afholder således årligt forgæves udgifter med henblik på at udarbejde ansøgninger, tilbud mv.

Et af formålene bag de nye udbudsregler er netop at reducere transaktionsomkostningerne både for ordregiver og tilbudsgiver.²⁴ Derfor er det utroligt vigtigt, at der er klarhed om reglerne for udbud, både af hensyn til det offentlige, men lige så vel af hensyn til de virksomheder, der ønsker at byde, herunder særligt de små og mellemstore virksomheder, der i forvejen har få ressourcer. Netop de små og mellemstore virksomheder, der ikke har samme ressourcer som de større virksomheder, kan risikere at blive udelukke fra konkurrencen om de udbudte opgaver, fordi de ikke har mulighed for at bruge større beløb hos konsulentvirksomheder mv.

I det følgende vil der blive redegjort for de hensyn og formål, som knytter sig til udbudsreglerne på såvel EU-retligt som nationalt plan med henblik på at belyse baggrunden for reguleringen af konsortiedannelser. Dernæst vil der blive foretaget en gennemgang af de almindeligt gældende EU-retlige principper, der har relevans for udbudsretten, eftersom disse indgår som et væsentligt fortolkningselement af lovgivningen. Herefter behandles de forskellige samarbejdsformer, som en tilbudsgivende virksomhed kan benytte i forbindelse med et udbud. Denne gennemgang sker med

²¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence* (2017), s. 4

²² Hamer (2016), s. 29

²³ COPS' rapport om transaktionsomkostninger (2017), s. 89

²⁴ Jf. eksempelvis FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 65

henblik på at belyse, hvordan virksomheder, der ikke har ressourcerne til at byde på en udbudt opgave alene, kan indgå samarbejde med andre virksomheder. Afslutningsvist vil reguleringen af netop konsortiedannelse i udbudsretten behandles, idet det er specialets fokus.

4.1. Hensyn og formål

4.1.1. EU-retlige formål

I henhold til TEUF artikel 26, stk. 1, kan EU vedtage foranstaltninger med henblik på oprettelsen af det indre marked samt sikring af det indre markeds funktion. Udviklingen af det indre marked i EU indebærer at fjerne barrierer og hindringer, der påvirker varernes-, arbejdskraftens-, og tjenesteydelsernes frie bevægelighed inden for medlemsstaternes område, samt at undgå konkurrenceforvridning.²⁵

Udbudsdirektivet er netop vedtaget i medfør af de bestemmelser i TEUF, der giver EU kompetence til at vedtage foranstaltninger, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion.²⁶ På denne baggrund skal udbudsreglerne ses i lyset af, at de skal skabe og sikre et indre marked for offentlige kontrakter med fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser mv.²⁷ I forlængelse heraf udtaler EU-Domstolen, ”at hovedformålet med fælleskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater.”²⁸

Hovedformålet med de EU-retlige udbudsregler er således at sikre oprettelsen af det indre marked i EU, samt sikre den fri bevægelighed, herunder særligt for offentlige kontrakter. For at konkretisere formålene bag udbudsreglerne nærmere, har Kommissionen i forslaget til udbudsdirektivet udtalt, at regulering af offentlige indkøb er en nødvendighed for at sikre en effektiv brug af offentlige midler, samt at markederne for offentlige indkøb skal være åbne i hele EU.²⁹

Endvidere fastslog kommissionen to supplerende formål:

- 1) Mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre de bedst mulige resultater af indkøb med hensyn til penge,
- 2) Give ordregiverne bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål.³⁰

²⁵ Ølykke og Nielsen (2017), s. 87

²⁶ Hamer (2016), s. 32; se også TEUF artikel 53, stk. 1, artikel 62 og artikel 114. Disse bestemmelser vil ikke blive gennemgået nærmere i dette speciale.

²⁷ Hamer (2016), s. 32

²⁸ C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 31.

²⁹ Kommissionens forslag til udbudsdirektivet af 20. december 2011, s. 2

³⁰ Kommissionens forslag til udbudsdirektivet af 20. december 2011, s. 2

Under det første supplerende formål angiver Kommissionen også, at der skal skabes en lovgivningsmæssig forenkling og fleksibilitet af udbudsprocessen, hvorved alle økonomiske aktører, især små og mellemstore virksomheder, vil opnå en lettere adgang til offentlige udbud.

I litteraturen er der ikke bred enighed om, hvad det egentlige formål bag EU-udbudsreglerne er. Enkelte forfattere mener, at EU ikke har kompetence til at forfølge mål som sikring af økonomiske hensyn, da dette er op til de enkelte medlemsstater, hvorfor formålet med udbudsreglerne i stedet er at hindre barrierer til det indre marked, men ikke skabelsen af konkurrencen i sig selv.³¹ Andre forfattere mener, at konkurrencen er et selvstændigt formål, samt at det primære formål er at sikre den effektive konkurrence om offentlige kontrakter.³²

Uanset disse forskellige opfattelser af formålene bag udbudsreglerne, hænger EU-udbudsretten dog uløseligt sammen med oprettelsen og sikringen af det indre fælles marked i EU, herunder at hindringer for den frie bevægelighed skal elimineres.³³ Den afledte effekt vil under alle omstændigheder være en styrkelse af økonomisk velfærd og vækst, idet øget konkurrence fører til lavere priser og udvikling.³⁴

4.1.2. Nationale formål

Udbudsdirektivet er implementeret i dansk lovgivning ved udbudsloven. Ved implementeringen af udbudsdirektivet i den enkelte medlemsstat, har medlemsstaten inden for udbudsdirektivets rammer mulighed for selv at tillægge forskellige hensyn større eller mindre betydning.³⁵ Disse hensyn skal dog altid respektere de ovenfor angivne EU-retlige formål, som gennemgået ovenfor i afsnit 4.1.1.

I overensstemmelse med den danske lovgivningstradition, hvor der som regel angives formålsbestemmelser til hver lov, findes der i udbudslovens § 1 følgende bestemmelse:

*”Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en **effektiv konkurrence** opnås den bedst mulige udnyttelse af **de offentlige midler**” (vores fremhævelser).*

I bemærkningerne til udbudsloven fremgår det ligeledes, at:

*”Det er afgørende, at der købes effektivt ind, så den offentlige sektor får mest muligt ud af sine indkøb, og sådan at de **omkostninger**, der er forbundet med udbud for både offentlige myndigheder og tilbudsgivere **minimeres**. Der er samtidig et stort potentiale i at anvende den offentlige efterspørgsel, så den fremmer **kvalitetsudvikling**,*

³¹ Se diskussionen i Hamer (2016), s. 34 f

³² Hamer (2016), s. 34 f

³³ Hamer (2016), s. 35

³⁴ Arrowsmith (1996), s. 46

³⁵ Hamer (2016), s. 35

*innovation og bæredygtighed i både den offentlige sektor og det private erhvervsliv. De offentlige indkøb kan også have væsentlig betydning for **konkurrencepresset** på de berørte markeder og dermed fremme vækst og forbrugervelfærd i dansk økonomi” (vores fremhævelser).³⁶*

Formålet med udbudsloven ses derfor at være et andet end det overordnede formål med EU-udbudsreglerne, som gennemgået ovenfor i afsnit 4.1.1. Mens udbudsdirektivet lægger vægt på åbningen af det indre marked for offentlige kontrakter, har udbudsloven lagt vægt på et økonomisk motiv gennem en effektiv konkurrence, således at der sker en optimal udnyttelse af de offentlige midler.³⁷

Den praktiske tilgang til disse formål med udbudsloven kan ses ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forskellige udgivelser af vejledninger til både de offentlige myndigheder samt de tilbudsgivende virksomheder.³⁸ De forskellige vejledninger har til formål at give klarhed om reglerne for alle aktørerne, for på denne måde at forfølge de bagvedliggende formål til udbudsloven: optimal udnyttelse af de offentlige midler gennem effektiv konkurrence.

4.1.3. Sammenfattende

Ovenstående gennemgang af udbudsdirektivets og udbudslovens formål viser, at der er forskelligartede politiske overvejelser ved udarbejdelsen af hvert regelsæt. Det må bemærkes, at regelsættene dermed ikke er i konflikt med hinanden, men udbudsloven søger i højere grad at fremme de nationale interesser, der ligger i eksempelvis den optimale udnyttelse af de offentlige midler, mens udbudsdirektivet søger at bevare det indre marked og den fri bevægelighed på tværs af grænserne.

4.2. Udbudsreglernes grundlæggende principper

Ved fortolkning af udbudsreglerne har de udbudsretlige principper stor betydning.³⁹ Det følger af udbudsdirektivets artikel 18, at:

*”De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører **ens og uden forskelsbehandling** og handler på en **gennemsigtig og forholdsmæssig** måde. Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. [...]” (vores fremhævelser).*

³⁶ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 36

³⁷ Hamer (2016), s. 36

³⁸ Se eksempelvis Vejledning i konsortiedannelse (2012), s. 5, hvor det angives, at formålet med vejledningen er at hjælpe de små og mellemstore virksomheder med at gå sammen i konsortier, herunder at give konkrete råd til dette.

³⁹ Hamer (2016), s. 56

Udbudsloven er en implementering af reglerne i udbudsdirektivet, og fortolkningen af den danske udbudslov skal ske i overensstemmelse med udbudsdirektivet samt EU-Domstolens praksis, hvormed principperne ligeledes får betydning for fortolkningen af de danske udbudsregler.⁴⁰ Derudover er der indført en bestemmelse i udbudsloven, der implementerer ovennævnte bestemmelse i udbudsdirektivet. Således følger det af udbudslovens § 2, at:

*”En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om **ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.***

Stk. 2. Et offentligt udbud må ikke udformes med det formål at udelukke det fra denne lovs anvendelsesområde eller kunstigt begrænse konkurrencen” (vores fremhævelser).

De principper, der henvises til i udbudslovens § 2, er de EU-retlige principper, og de gælder i samtlige faser af udbudsprocessen frem til tidspunktet for opfyldelsen af den udbudte kontrakt.⁴¹ Det fremgår af bemærkningerne til udbudsloven, at principperne er traktatfæstet, hvorfor der ikke sker en materiel ændring med indførelsen af bestemmelsen, men blot en præcisering af, hvad der allerede gælder.⁴² Derfor gælder disse fortolkningsprincipperne også på forhold, der falder uden for udbudslovens eller udbudsdirektivets område, såfremt der er tale om indkøb med grænseoverskridende interesse.⁴³

Fordi disse principper skal anvendes både til fortolkningen af bestemmelserne i både udbudsdirektivet og udbudsloven, samt under hele udbudsprocessen, er det relevant at redegøre kort for, hvad principperne konkret indebærer.

4.2.1. Ligebehandlingsprincippet

Det følger af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, at økonomiske aktører skal behandles ens og uden forskelsbehandling. Efter udbudslovens § 2 gælder også, at en ordregiver skal overholde ligebehandlingsprincippet. Heraf følger det, at alle medlemsstater er forpligtet til at behandle ensartede forhold ens og forskellige forhold forskelligt, medmindre forskellig behandling er objektivt begrundet.⁴⁴

⁴⁰ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 38

⁴¹ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 56

⁴² FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 40-41; Se også Ølykke og Nielsen (2017), s. 87-88 og betragtning 1 i præambelen til udbudsdirektivet: principperne udledes af bestemmelserne i TEUF, der handler om fri bevægelighed for varer, tjenester mv., hvorfor de ikke kun gælder på det direktivregulerede område, men på hele TEUF's område, dvs. alle kontrakter med grænseoverskridende interesse.

⁴³ Se eksempelvis KfUs kendelse af 20. december 2013 i Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste, s. 152, hvor KfU fastslår, at ordregivere ved indkøb med grænseoverskridende interesse, som ikke omfattes af udbudsdirektivet, stadig har pligt til at sikre offentlighed vedrørende indkøbet samt overholde ligebehandlingsprincippet.

⁴⁴ Ølykke og Nielsen (2017), s. 105

Ligebehandlingsprincippet er gengivet i utallige afgørelser, hvor følgende blandt andet fremgår af C-810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt:

”[...] det generelle lighedsprincip, som forbudet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet blot er en speciel udformning af, [er] et grundlæggende princip i fællesskabsretten. Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.”⁴⁵

Ligeledes kan nævnes C-21/03, Fabricom SA mod État belge. I denne sag fandt EU-Domstolen, at en national bestemmelse, der udelukkede økonomiske aktører fra udbud, såfremt vedkommende havde været involveret i de indledende faser af udbuddet, uden at give denne mulighed for at godtgøre, at der ikke var tale om konkurrencefordrejning, var i strid med ligebehandlingsprincippet.⁴⁶

Ligebehandlingsprincippet medfører, at en ordregiver har visse forpligtelser både over for de ansøgere og tilbudsgivere, der deltager i udbuddet, men samtidig over for økonomiske aktører, der ikke deltager, men som potentielt ville have deltaget, såfremt udbudsmaterialet eller udbudsprocessen var udformet og struktureret anderledes.⁴⁷ Omvendt skal en ordregiver dog ikke sænke sine krav til en ydelse alene af den grund, at kun en eller få aktører kan levere ydelsen, såfremt kravene ellers er saglige.⁴⁸

4.2.2. Gennemsigtighedsprincippet

Ligesom ligebehandlingsprincippet udledes af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, gør gennemsigtighedsprincippet det også, idet det følger heraf, at ordregiver skal handle på en gennemsigtig måde. Igen følger det samtidig af udbudslovens § 2, at en ordregiver skal overholde princippet om gennemsigtighed.

Gennemsigtighedsprincippet skal ses i lyset af ligebehandlingsprincippet, eftersom gennemsigtighedsprincippet skal sikre at ligebehandlingsprincippet er overholdt.⁴⁹ Gennemsigtighedsprincippet kommer til udtryk i en lang række af procedurebestemmelser i udbudsloven, herunder kravet om offentliggørelse af udbud ved brug af bestemte skabeloner mv.⁵⁰

Princippet om gennemsigtighed skal således sikre, at økonomiske aktører stilles lige i konkurrencen om offentlige kontrakter.⁵¹ Navnlig skal detaljer og vilkår for de enkelte udbud være tilstrækkeligt klare, og

⁴⁵ C-810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, præmis 16

⁴⁶ C-21/03, Fabricom SA mod État belge, præmis 27; Se også Ølykke og Nielsen (2017), s. 584-586

⁴⁷ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 57

⁴⁸ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 57

⁴⁹ Hamer (2016), s. 60

⁵⁰ Hamer (2016), s. 61

⁵¹ Jakobsen, Poulsen og Kalsmose-Hjelmborg (2016), s. 62 f

det skal være muligt for alle økonomiske aktører at få en tilstrækkelig indsigt heri, således disse kan vurdere om opgaven egner sig til afgivelse af et tilbud.

EU-Domstolen har i flere sager udtalt præciserende om gennemsigtighedsprincippet, herunder at kriterierne i udbudsmaterialet skal angives så klart, præcist og utvetydigt, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige kan fortolke dem på samme måde, samt at alle potentielle bydende har kendskab til alle forhold, som ordregiver tager i betragtning ved udvælgelsen af det vindende bud.⁵²

4.2.3. Proportionalitetsprincippet

Ligesom de to ovennævnte principper udledes af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, gør proportionalitetsprincippet det også. Det følger heraf, at ordregiver skal handle på en forholdsmæssig måde, og samtidig følger det af udbudslovens § 2, at en ordregiver skal overholde princippet om proportionalitet.

Det følger af bemærkningerne til udbudsloven, at proportionalitetsprincippet ikke finder anvendelse i forhold til, om hensynene bag udbuddet er omkostningerne værd, men til gengæld finder princippet anvendelse ved vurderingen af, om et krav i udbuddet kunstigt kan indskrænke konkurrencen.⁵³ I forlængelse heraf fremgår det også, at proportionalitetsprincippet medfører, at en ordregiver ikke skal forkaste et tilbud på grund af bagatelagtige forbehold.⁵⁴

4.3. Samarbejder i udbudsretten

Udbudsloven giver adgang til at økonomiske aktører i et vidt omfang kan indgå samarbejder med henblik på i fællesskab at opfylde minimumskrav til egnethed i forbindelse med prækvalifikation eller tilbudsgivning, eller for at påtage en opgave, der er større end hvad aktørerne individuelt har kapacitet til. Disse forskellige samarbejdsformer muliggør det for økonomiske aktører at byde ind på opgaver, som de normalt ikke ville kunne påtage sig grundet manglende teknisk og faglig eller økonomiske og finansielle formåen.

Udbudsloven rummer overordnet tre forskellige konstruktioner for hvordan disse samarbejder kan indgås.⁵⁵ Konstruktionerne reguleres individuelt i udbudsloven og nedenfor opstilles der af praktiske årsager en kort oversigt:

⁵² Se Jakobsen, Poulsen og Kalsmose-Hjelmborg (2016), s. 62-63, hvor disse udtalelser fra EU-Domstolens domme i sagerne C-42/13, Cartier Dell'Adda SpA, præmis 44, C-299/08, Kommissionen mod Frankrig, præmis 41, C-19/00, SIAC Construction Ltd., præmis 42, og C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, præmis 24, gennemgås.

⁵³ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 58

⁵⁴ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 58

⁵⁵ Ølykke og Nielsen (2017), s. 186-187

- 1) Ansøgere eller tilbudsgivere kan basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen, jf. udbudslovens § 144.
- 2) Ansøgere eller tilbudsgivere kan gøre brug af underleverandører, jf. udbudslovens § 177.
- 3) Sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan deltage i udbudsprocedurer, jf. udbudslovens § 139, stk. 2.

Oversigten angiver umiddelbart en klar sondring mellem de forskellige konstruktioner. Denne skarpe opdeling er dog alene af oversigtsmæssige hensyn, eftersom disse konstruktioner ofte overlapper eller sker i kombination med hinanden. Det følgende har til formål at beskrive de tre samarbejdsformer overordnet nærmere i den rækkefølge, der angives i punktopstillingen.

4.3.1. Andre enheders formåen

Den første form for samarbejder følger af udbudslovens § 144, hvorefter økonomiske aktører baserer sig på en anden enheds økonomiske og finansielle eller faglige og tekniske formåen. Et sådant samarbejde kan bevirke, at en økonomisk aktør, som enten ikke har de økonomiske ressourcer eller faglige ressourcer, ved at basere sig på en enhed, der eksempelvis specialiserer sig inden for den bestemte ydelse, kan opfylde minimumskravene til den udbudte opgave. Således skabes der adgang til at flest mulige økonomiske aktører kan deltage i udbudsprocedurer, hvilket ligeledes medvirker til at øge konkurrencen.⁵⁶

Denne samarbejdsform foreligger ikke fri for regulering. Blandt andet følger det af udbudslovens § 144, stk. 2, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal kunne godtgøre den økonomiske og finansielle formåen eller den teknisk og faglige formåen, som ansøgeren eller tilbudsgiveren støtter sig på, samt at den pågældende enhed er juridisk forpligtet over for ansøgeren eller tilbudsgiveren. Dernæst følger det af § 144, stk. 3, at hvis der er tale om en anden enheds uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer mv., vedrørende udførelsen af konkrete dele af bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, skal disse konkrete dele udføres af den pågældende enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på. Yderligere kræves det, at den enhed, som en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på, kan dokumentere, at den opfylder minimumskravene og ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde mv., jf. § 144, stk. 4. Ordregiver kan endda kræve, såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på en anden enheds økonomiske og finansielle formåen, at disse enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.⁵⁷

⁵⁶ Ølykke og Nielsen (2017), s. 309

⁵⁷ Reguleringen af denne samarbejdsform vil ikke gennemgås nærmere dybdegående.

4.3.2. Underleverandører

Den anden form for samarbejder følger af udbudslovens § 177, som giver adgang til at bruge underleverandører ved udførelsen af den udbudte opgave. Underleverandørsituationen har en anden funktion end den ovennævnte samarbejdsform, idet der her er tale om, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fortsat har ansvaret for kontrakten, men benytter sig af underleverandører til at bidrage til nogle enkelte dele af kontrakten.

Der foreligger en oplysningspligt fra ansøgeren eller tilbudsgiverens side, hvis ordregiveren kræver det, jf. udbudslovens § 177, stk. 1. Oplysningspligten omfatter blandt andet, at der skal fremlægges navne og øvrige oplysninger, der kan identificere underleverandøren. Hertil kan ordregiver kræve oplyst yderligere, hvordan og hvilke opgaver, den enkelte underleverandør påtager sig, ligesom der ved anlægs- og tjenesteydelseskontrakter skal udarbejdes en kontraktklausul, der forpligter underleverandøren, jf. udbudslovens § 177, stk. 2. Samlet foreligger der således en valgfri detailregulering af processen for anvendelse af underleverandører.⁵⁸

Underleverandørsituationen sammenblandes undertiden med den ovennævnte samarbejdsform efter udbudslovens § 144, eksempelvis hvor der er stillet mindstekrav til den økonomiske formåen, hvorfor ansøgeren eller tilbudsgiveren må støtte sig på enten et moderselskabs eller en økonomisk aktørs økonomiske og finansielle formåen, mens der samtidig anvendes en underleverandørs tekniske og faglige formåen. Således kan en ansøger eller tilbudsgiver opfylde alle de nødvendige krav for en prækvalifikation eller tilbudsgivning.

Samarbejder om tilbudsgivning kan således udgøre en kombination af ansøgere og tilbudsgivere, der baserer sig på andre enheders formåen og anvendelsen af underleverandører. Disse samarbejdsformer vil ofte bestå af økonomiske aktører, der beskæftiger sig med forskellige fagområder eller af økonomiske aktører, der har henholdsvis en økonomisk/finansierende og teknisk/faglig funktion.

4.3.3. Sammenslutninger af økonomiske aktører

Den tredje form for samarbejder findes i udbudslovens § 139, stk. 2, som hjemler adgangen til at økonomiske aktører kan indordne sig i sammenslutninger, herunder midlertidige sammenslutninger. Selv om det ikke i lovgivningen konkret defineres, antages det, at et konsortium er en sammenslutning af økonomiske aktører, ”*der samarbejder om at ansøge om deltagelse i/ afgive tilbud på offentlige udbud.*”⁵⁹ Det antages

⁵⁸ Ligesom reguleringen af ovenstående samarbejdsform, vil reguleringen af underleverandøraftaler heller ikke gennemgås nærmere dybdegående. Dertil skal bemærkes, at reguleringen af ordregivers muligheder for at stille krav til underleverandører ikke er helt klar.

⁵⁹ Ølykke og Nielsen (2017), s. 187; Konsortievejledningen (2018), s. 9

ligeledes, at konsortier er indeholdt i definitionen af økonomiske aktører, jf. udbudslovens § 24, nr. 38. På denne baggrund vil begrebet ”konsortium” fremover anvendes som betegnelse for denne tredje samarbejdsform.

Et konsortium indgås ved aftale, som også kaldes en konsortieaftale, der skal regulere parternes indbyrdes retsforhold.⁶⁰ Til konsortieaftalen kan der anvendes en standardkontrakt udgivet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller blot et almindeligt aftaledokument, men der foreligger som udgangspunkt ingen formkrav til etableringen af konsortier. Tilbudsgivere må dog ved anvendelse af standardkontrakten sikre, at denne egner sig til det konkrete udbud.⁶¹

Konsortier adskiller sig fra de to ovenstående samarbejdsformer, idet der i konsortier ofte er to eller flere økonomiske aktører, der beskæftiger sig inden for den samme branche. Konsortiedannelsen åbner således mulighed for, at mindre virksomheder, der beskæftiger sig med det samme fagområde, kan danne sammenslutninger med henblik på at afgive tilbud på et udbud. Modsat de to første punkter, opstiller udbudsloven ikke samme detaljerede regelsæt for krav og oplysningspligter, som konsortier er forpligtet af. Denne forskel medfører, at det i en udbudsretlig kontekst, ikke vil blive tillagt det indbyrdes samarbejde betydning.

Konsortier opfattes som én tilbudsgiver, der afgiver en ansøgning eller et tilbud til en udbudt opgave. Som illustration kan der henvises til KfU's kendelse af 26. marts 2018 i Idemia Identity & Security France SAS mod Digitaliseringsstyrelsen, hvor udbuddets mindstekrav til egnethed indeholdt specifikke krav for ansøgere, der baserede sig på andre enheders formåen, samt konsortier. Mindstekravet for konsortier var formuleret som følgende: ”ved en sammenslutning af virksomheder (f.eks. et konsortium) beregnes egenkapitalen som virksomhedernes samlede egenkapital i det seneste disponible regnskabsår.”⁶² Mindstekravet i dette udbud tydeliggør, at der foretages en samlet vurdering af konsortiedeltagernes formåen. Egnethedsvurdering for konsortier har dermed store lighedstegn med den vurdering, der foretages ved en enkelt selvstændig tilbudsgiver.

For så vidt angår sammenblanding af samarbejdsformer, er konsortier er ingen undtagelse. Konsortier vil undertiden også anvende både andre enheders såvel tekniske og faglige som økonomiske og finansielle formåen samt underleverandører. Adgangen til at konsortier kan basere sig på andre enheders formåen er hjemlet direkte i udbudslovens § 144, stk. 7.

⁶⁰ Udbud med deltagelse af konsortier (2014), s. 7

⁶¹ Vejledning i konsortiedannelse (2012), s. 16-17

⁶² KfU's kendelse af 26. marts 2018 i Idemia Identity & Security France SAS mod Digitaliseringsstyrelsen, s. 5.

4.3.4. Sammenfattende

Sammenfattende kan det lægges til grund, at der findes tre forskellige samarbejdsformer inden for udbudsretten, som hver skaber forskelligartede forpligtelser og krav fra tilbudsgivere/økonomiske aktører. I denne forbindelse synes konsortiedannelse at være den samarbejdsform med mindst regulering inden for udbudsretten. Konsortiedannelse overlader i højere grad selve udførelsen af tilbuddet til de økonomiske aktører i sammenslutningen.

Alle tre samarbejdsformer kan kombineres, hvorfor der i en udbudsretlig forstand ikke i alle udbud vil være tale om en ”ren” samarbejdsform i henhold til den enkelte konstruktion, dog afhænger dette naturligvis af udbuddets kompleksitet. Til illustration kan der drages paralleller til de såkaldte offentlig-private partnerskaber (herefter benævnt ”OPP”). Et OPP er en type samarbejde, der er kendetegnet ved at der tegnes én kontrakt under ét udbud, der består af flere opgaver og indeholder alle elementerne som design, projektering, etablering, drift og vedligeholdelse.⁶³ Det overlades altså til en privat virksomhed at håndtere disse forskellige elementer ved anlægget af eksempelvis en skole eller et hospital. En så omfangsrig kontrakt nødvendiggør som regel, at tilbudsgiverne går sammen og samarbejder om udbuddet. Typisk vil tilbudsgiverne enten gå sammen i et konsortium, som ligeledes anvender underentreprenører, eller en enkelt tilbudsgiver vil byde alene, men eventuelt med anvendelsen af underleverandører.⁶⁴ I disse kontrakter vil i sagens natur medføre et behov for at danne forskelligartede samarbejdsformer, henset til omfanget og kompleksiteten af disse projekter.

4.4. Udbudsrettens regulering af konsortier

Gennemgangen ovenfor under afsnit 4.3 viser, at tilbudsgiver har mulighed for at samarbejde med henblik på tilbudsgivning, herunder i et konsortium. Dette speciale søger at belyse grænseområdet mellem udbudsretten og konkurrenceretten med særlig fokus på netop konsortiedannelser, hvorfor der i det følgende vil gennemgås nogle af de overordnede reguleringer af konsortier i udbudsretten.

4.4.1. Konsortiers juridiske sammensætning

Konsortiers sammensætning – såvel faktisk som juridisk – er ikke reguleret på EU-plan. Det er overladt til den enkelte medlemsstat at fastsætte nærmere regler herom.⁶⁵ De gældende regler for konsortier udspringer således alene af udbudsloven. Der er ved seneste udbudsdirektiv artikel 19, stk. 2, åbnet op

⁶³ OPP Standardmodel (2016), s. 7

⁶⁴ OPP Standardmodel (2016), s. 46

⁶⁵ Se eksempelvis C-57/01 Makedoniko Metro og Michaniki AE mod Elliniko Dimosio, præmis 60, 61, 63, hvor EU-domstolen fastslog, at det er medlemslandenes kompetence at fastsætte regler om konsortiers sammensætning, så længe dette er under hensynstagen til udbudsdirektivets art. 21 (nuværende art. 19, stk. 2.).

for muligheden for, at medlemsstaterne kan udarbejde egne standardvilkår gældende for konsortier. Danmark har midlertidig valgt ikke at udnytte denne mulighed, hvorved hele beslutningsprocessen er overladt til ordregiverne. Bestemmelsen er af denne årsag ikke implementeret i udbudsloven.

Som hovedregel kan en ordregiver ikke kræve at et konsortium indordner sig på en bestemt måde for så vidt angår dennes retlige form, jf. udbudslovens § 139, stk. 2, 2. pkt.

Undtagelsen hertil er, at ordregiveren på tidspunktet efter kontraktens tildeling kan kræve, at konsortiet antager en bestemt retlig form, såfremt dette er en nødvendighed for tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten, jf. udbudslovens § 139, stk. 5. Bestemmelsen gør det muligt for ordregiver at tvinge økonomiske aktører til at indrette sig på en bestemt måde, såfremt dette er nødvendigt af hæftelsesmæssige årsager, eksempelvis fordi der er krav om solidarisk hæftelse.⁶⁶ Ordregiveren skal stadig påse hvorvidt et sådanne krav til konsortiet kan berettiges under hensynstagen til især proportionalitetsprincippet og saglighed.

4.4.2. Prækvalifikation og tilbudsgivning

Den ordregivende myndighed kan fastsætte krav og vilkår for konsortiers eventuelle prækvalifikation eller tilbudsafgivelse, jf. udbudslovens § 139, stk. 3. Det er en forudsætning, at disse vilkår er objektivt begrundede og er i overensstemmelse med de gældende EU-retlige principper. Endvidere kan ordregivere sætte specifikke krav til gennemførelsen af kontrakten, jf. udbudslovens § 139, stk. 4. Dette kan eksempelvis være at fastsætte krav om en fælles repræsentation eller at der skal udpeges en ledende partner under udbudsproceduren.⁶⁷

4.4.3. Udelukkelse af konsortier

Gennem udbudslovens frivillige udelukkelsesgrunde har ordregivere mulighed for at udelukke økonomiske aktører, herunder konsortier, der er under mistanke for at udøve konkurrencefordrejende virksomhed. Det fremgår af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 at der kan ske udelukkelse såfremt:

”ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.”

For at ordregivere kan anvende disse frivillige udelukkelsesgrunde, er det en betingelse at vilkårene fremgår af udbudsbekendtgørelsen.⁶⁸ Ordregiveren skal ikke kunne dokumentere, at der er sket en

⁶⁶ Betragtning 15 i præambelen til udbudsdirektivet; FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 159

⁶⁷ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 159

⁶⁸ Hamer (2016), s. 483

egentlig konkurrencefordrejning, men alene at der er tilstrækkelige plausible indikationer derfor. Bevisbyrden er således mildere end for de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde.⁶⁹ Udelukkelse i medfør af denne bestemmelse vedrører ikke alene aftaler i forhold til det konkrete udbud, men også andre aftaler med henblik på konkurrencefordrejning.⁷⁰

I medfør af ordene ”med henblik på” kan der kun ske udelukkelse efter denne bestemmelse, såfremt aftalen har til formål at fordreje konkurrencen, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt, at aftalen efterfølgende viser sig at have konkurrencefordrejende følger. Dette står i modsætning til konkurrenceretten, hvor aftaler, der både har til formål og til følge at begrænse konkurrencen, kan anses for at være konkurrencefordrejende.⁷¹

Baggrunden for denne forskel kan muligvis være funderet i det forhold, at ordregivere ikke har kompetence og pligt til at vurdere konkurrenceretlige forhold. Hverken litteraturen eller lovgivningen har taget stilling til spørgsmålet, hvorfor dette blot skal ses som et forsigtigt bud.

4.5. Delkonklusion

Overordnet kan det konkluderes, at der foreligger to forskellige sæt overordnede hensyn og formål bag udbudsreglerne på henholdsvis det EU-retlige og nationale område. Det kan ligeledes lægges til grund, at disse bagvedliggende hensyn ikke modarbejder hinanden, men fungerer parallelt med hinanden. Formålene bag udbudsretten belyses ligeledes gennem de udbudsretlige principper, der anvendes direkte i både udbudsdirektivet og udbudsloven. Disse principper skal sikre formålene bag udbudsretten, hvor de anvendes ved fortolkningen og udfyldningen af udbudsrettens regler.

Udbudsloven giver tilbudsgiverne vid mulighed for at indgå samarbejder for at kunne byde på en udbudt opgave. En af disse samarbejdsformer ses i form af konsortier. For så vidt angår begrebet konsortier, fremgår der hverken i udbudsdirektivet, udbudsloven eller litteraturen en entydig definition, men et konsortium må defineres som værende en sammenslutning af forskellige økonomiske aktører, der indretter sig på sådanne en måde, at ordregiver skal bedømme konsortiet som værende én enhed under en prækvalifikation eller tilbudsgivning. Ordregiver kan ikke lægge vægt på samarbejdet mellem de enkelte økonomiske aktører i konsortiet ved vurderingen af disse opfylder betingelserne for en prækvalifikation eller et udbud.

⁶⁹ Ølykke og Nielsen (2017), s. 580; FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 154

⁷⁰ FT 2015-16, tillæg A, L 19, s. 154

⁷¹ Se gennemgangen af konkurrenceretten nedenfor i afsnit 5

Reguleringen af konsortier i udbudsloven er ikke omfattende, men et af elementerne, der kan påpeges, er, at ordregiver har mulighed for at kræve, at konsortiet antager en bestemt retlig form, når kontrakten er tildelt, såfremt dette er nødvendigt for en tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten, jf. udbudslovens § 139, stk. 5. Der er således givet ordregivere en mulighed for at tilpasse og sikre sig mod de risikomomenter, der kan følge af at indgå aftale med et konsortium, blandt andet ved at kunne kræve, at konsortiedeltagerne hæfter solidarisk.

Ordregiver kan endvidere benytte sig af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Det følger af denne, at ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, såfremt der er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at denne har indgået en aftale sammen med andre økonomiske aktører med henblik på at fordreje konkurrencen.

Netop denne konkurrencefordrejende vinkel er interessant, idet en ordregiver kan udelukke en tilbudsgiver, såfremt der er indgået en aftale med det formål at begrænse konkurrencen. Samtidig følger det af konkurrenceretten, som gennemgås i det følgende, at aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er forbudte.

5. Indledning til konkurrenceretten

Ligesom udbudsretten har konkurrenceretten i den grad udspring af den EU-retlige regulering. I Danmark har der været lovregulering mod konkurrencebegrænsninger i ca. 100 år, idet den første lov mod prisaftaler kom i 1931.⁷² Siden da er lovgivningen ændret flere gange og er under konstant udvikling, men den væsentligste ændring skete i 1997, hvor konkurrenceloven ændredes til at harmonisere med EU-retten, således at den stemmer overens med de EU-retlige regler inden for konkurrenceretten.⁷³

Gennemgangen ovenfor i afsnit 4 viser, at virksomheder har mulighed for at gå sammen om at byde på en udbudt opgave, herunder i form af et konsortium. I visse tilfælde viser det sig dog, at virksomheder, der benytter sig af denne mulighed og danner et konsortium, begrænser konkurrencen. Formålet med den følgende gennemgang af konkurrenceretten er at belyse, hvornår der foreligger et brud på konkurrenceretten, således for at danne grundlag for den følgende analyse om grænseområderne mellem udbudsretten og konkurrenceretten.

⁷² Heide-Jørgensen (2017), s. 162

⁷³ Heide-Jørgensen (2017), s. 30

I det følgende redegøres der for hensynene bag både den EU-retlige regulering af konkurrenceretten såvel som den danske regulering, efterfulgt af en redegørelse af de EU-retlige og danske regler om konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis.

5.1. Hensyn og formål

5.1.1. EU-retlige formål

Nogle af de første moderne konkurrenceregler kan spores tilbage til Rom-traktaten fra 1957, og konkurrenceretten har dermed som sådan eksisteret siden begyndelsen af EU og det tidligere EF.⁷⁴ Det ligger udenfor dette speciales omfang at gennemgå den historiske udvikling bag reglerne, men det kan kortfattet nævnes, at EU-rettens konkurrenceregler stammer helt tilbage fra amerikanske regler om antitrust-ret, herunder udstedelsen af The Sherman Act i 1890.⁷⁵ Særligt efter 2. verdenskrig blev princippet om fri konkurrence søgt eksporteret fra USA til Europa, hvorfor indgåelsen af Traktaten om oprettelse af det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (EKSFT) indførte konkurrenceregler inspireret af den amerikanske tankegang.⁷⁶

Det følger af TEUF artikel 3, stk. 1, litra b: ”*Unionen har enekompetence på følgende områder: [...] fastlæggelse af de konkurrenceregler, der er **nødvendige** for det indre markeds **funktion***” (vores fremhævelser). Dernæst følger det af TEUF artikel 119, stk. 1, at EU’s økonomiske politik skal ”[...]føres i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence.”

Konkurrenceretten på EU-plan reguleres af reglerne i TEUF artikel 101 og 102, og det er særligt TEUF artikel 101, der er relevant for dette speciale, idet denne regel regulerer konkurrencebegrænsende adfærd udøvet af to eller flere virksomheder i forening. I sag C-126/97, Eco Swiss, bemærker EU-Domstolen, at TEUF artikel 101 udgør ”[...] en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Fællesskabet, og navnlig for det indre markeds funktion.”⁷⁷ Derudover følger det af Protokol nr. 27 til TEUF,⁷⁸ at det indre marked omfatter et system, der sikrer, at konkurrencen ikke forvrides.

Reglerne om konkurrenceretten skal ses i sammenhæng med de grundlæggende tanker om markedsøkonomien, markedsintegrationen og funktionen af det indre marked, idet det antages, at konkurrencebegrænsende aftaler modvirker de grundlæggende formål med EU.⁷⁹ Således er det klart, at

⁷⁴ Rom-traktaten – Traktat om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab af 25. marts 1957

⁷⁵ Ølykke og Fejø (2014), s. 26; Daniel, et al. (2011), s. 685

⁷⁶ Ølykke og Fejø (2014), s. 27

⁷⁷ Ølykke og Fejø (2014), s. 34; C-126/97, Eco Swiss, præmis 36

⁷⁸ Protokol nr. 27 om det indre marked og konkurrence til TEUF

⁷⁹ Heide-Jørgensen (2017), s. 96 og sag 56/64, Consten og Grundig, s. 252, hvor EU-Domstolen udtaler ”en aftale [...] ville i øvrigt kunne stride mod Fællesskabets mest grundlæggende mål”

hensigten med TEUF artikel 101 netop er at sikre det indre marked og særligt den frie konkurrence på det indre marked.

De grundlæggende formål bag de EU-retlige konkurrenceregler antages derfor at være følgende:

- 1) Beskyttelsen af konkurrenceprocessen og
- 2) Markedsintegration.⁸⁰

Ved markedsintegration forstås, at konkurrencereglerne skal medvirke til at støtte etableringen af samt den effektive funktion af det indre marked.⁸¹

5.1.2. Nationale formål

Det følger af konkurrencelovens § 1, at ”*loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.*” Der er således ét formål: effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, og ét middel: virksom konkurrence.

Det fremgår af lovbemærkningerne til loven fra 1997, at:

*”[...] konkurrenceloven i videst mulig omfang skal sikre en **fri og effektiv** konkurrence. Dette indebærer, at lovforslaget er udformet således, at det i videst mulig omfang rammer de konkurrencebegrænsninger, der hæmmer konkurrencen og effektiviteten på markedet. Lovforslaget søger både at **fremme konkurrencen** mellem de virksomheder, der allerede er på markedet, og at **sikre konkurrencen ved fri adgang til markedet** for nye virksomheder.*

*Hensigten med lovforslaget er endvidere **at skabe optimale muligheder for et godt samspil mellem de danske og de EU-retlige konkurrenceregler samt at sikre, at de konkurrenceretlige vilkår her i landet ikke adskiller sig markant fra det, der gælder efter EU-reglerne***” (vores fremhævelser).⁸²

Ud over formålet om den effektive samfundsmæssige ressourceanvendelse gennem en virksom konkurrence, er hensigten med konkurrenceloven også, at reglerne i Danmark skal spille sammen med de EU-retlige konkurrenceregler. Det følger også af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (*nu artikel 101 og 102*) (herefter benævnt ”Rfo 1/2003”) artikel 3, stk. 1 og stk. 2, at de nationale konkurrencemyndigheder og domstole er forpligtet til at anvende artikel 101 og 102 i TEUF, samt at de ikke skal forbyde aftaler i medfør af konkurrenceloven, som er i overensstemmelse med EU-reglerne. Dette har altså medført en

⁸⁰ Heide-Jørgensen (2017), s. 95

⁸¹ Daniel, et al. (2011), s. 685

⁸² FT 1996-97, tillæg A, s. 3648

decentralisering, hvorved det er nationale konkurrencemyndigheder og domstole, der skal bringe TEUF artikel 101 og 102 i anvendelse.⁸³

5.1.3. Sammenfattende

De EU-retlige formål bag konkurrencereglerne er først og fremmest beskyttelsen af konkurrenceprocessen samt markedsintegration. Konkurrencereglerne skal således medvirke til at opretholde det indre marked og dets funktion.⁸⁴

Formålene bag den danske lovregulering af konkurrenceretten er ligeledes at sikre en fri og effektiv konkurrence, at fremme konkurrencen og at sikre konkurrencen ved fri adgang til markedet. Derudover følger det af lovbemærkningerne til den danske konkurrencelov, at reglerne skal hænge sammen med de EU-retlige regler og ikke adskille sig markant fra EU-retten.

Formålene kan således siges at være ensartede, idet EU-konkurrenceretten dog naturligvis fungerer på et meget større og bredere spektrum end den danske konkurrenceret, og dermed har til formål at sikre konkurrencen på hele det indre marked, mens den danske konkurrenceret har fokus på konkurrencen inden for de nationale rammer.

5.2. TEUF artikel 101

Som følge af, at den danske konkurrenceret skal ses i lyset af EU-konkurrenceretten, herunder fortolkes i overensstemmelse hermed samt følge EU-praksis på området, er det relevant at se på EU-konkurrencerettens regler før de danske regler gennemgås.

I det følgende vil der redegøres for reglerne i TEUF artikel 101, der forbyder konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der kan påvirke handlen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.

5.2.1. Betingelser for forbud efter TEUF artikel 101, stk. 1

Ordlyden af TEUF artikel 101, stk. 1, er som følger:

”Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt [...].”

⁸³ Ølykke og Fejø (2014), s. 118

⁸⁴ Daniel, et al. (2011), s. 685

Der er således tre kumulative betingelser, der ifølge TEUF artikel 101, stk. 1, skal være opfyldt, før der er tale om et brud på forbuddet:

1. Der skal være tale om en aftale mellem virksomheder, vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, eller samordnet praksis
2. Denne aftale, vedtagelse eller samordnede praksis skal kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstater
3. Samt have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for det indre marked.⁸⁵

Det skal bemærkes, at der i dette speciale anvendes udtrykket ”aftale mv.” som en samlebetegnelse for aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, idet hensigten ikke er at belyse forskellen på disse tre former for konkurrencebegrænsninger, men i det hele at belyse, hvornår noget begrænser konkurrencen.

Ud over ovennævnte tre betingelser, er en yderligere betingelse blevet fastslået gennem praksis, nemlig at der skal være tale om en væsentlig eller mærkbar begrænsning af konkurrencen og samhandlen.⁸⁶ Denne betingelse ses også udtrykt i Kommissionens bagatelmeddelelse⁸⁷ (herefter benævnt ”Bagatelmeddelelsen”), som behandles nærmere nedenfor i afsnit 5.2.5.

Vurderingen af en aftales mv. konkurrencebegrænsning skal foretages ud fra den konkrete kontekst, hvilket også fremgår af Kommissionens Meddelelse om Retningslinjer for anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3⁸⁸ (herefter benævnt ”Kommissionens Retningslinjer”). Det skal ske en vurdering af, hvordan konkurrencen ville forme sig uden den konkrete aftale mv. for at vurdere, herunder skal der ses på aftalens mv. sandsynlige virkninger for interbrand- og intrabrand-konkurrencen, idet der med interbrand-konkurrencen forstås konkurrencen mellem udbydere af konkurrerende ydelser og med intrabrand-konkurrencen forstås konkurrencen mellem distributører af samme ydelse.⁸⁹ På denne måde vurderes det, om aftalen mv. begrænser den faktiske eller potentielle konkurrence mellem virksomhederne.⁹⁰

Forbuddet i TEUF artikel 101 omfatter både horisontale såvel som vertikale aftaler mv., idet der med horisontale aftaler mv. forstås aftaler mv. mellem virksomheder på samme omsætningsled, og ved vertikale aftaler mv. forstås aftaler mv. mellem virksomheder på forskellige produktions- eller distributionsled.⁹¹ Det er dog oftest de horisontale aftaler mv., der er mest skadelige, hvilket også kommer til udtryk nationalt i konkurrencelovens § 23, stk. 3, 2. pkt., hvor en kartelaftale beskrives som en aftale

⁸⁵ Ølykke og Fejø (2014), s. 35

⁸⁶ Ølykke og Fejø (2014), s. 35; Se også C-226/11, Expedia, præmis 16 og 17

⁸⁷ EUT 2014/C 291/01

⁸⁸ EUT 2004/C 101/08

⁸⁹ EUT 2004/C 101/08, pkt. 17

⁹⁰ Heide-Jørgensen (2017), s. 120

⁹¹ Ølykke og Fejø (2014), s. 117 og 203

mv. mellem virksomheder i samme omsætningsled. Dette speciale fokuserer på de horisontale aftaler mv., og vil ikke nærmere gennemgå de vertikale aftaler mv.

I det følgende gennemgås de ovennævnte betingelser overordnet set for at belyse, hvad der grundlæggende skal til for at konstituere et brud på TEUF artikel 101, stk. 1, idet der henvises nedenfor til afsnit 6.2 for en mere dybdegående gennemgang, der relaterer sig til dette speciales fokus, som er konsortiers brud på konkurrenceretten.

5.2.2. Kravet om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

Den første betingelse er, at der skal foreligge en aftale mellem virksomheder, vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, eller samordnet praksis. Begrebet *virksomhed* er vidtstrakt og omfatter enhver form for erhvervsdrivende virksomhed.

I EU-Domstolens dom i sag C-41/90, Höfner og Elser, som vedrører en kontrakt om arbejdsformidling indgået mellem Höfner og Elser på den ene side og Macotron på den anden side, udtaler Domstolen følgende om begrebet virksomhed: ”[...]inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde [...]”.⁹² Det er således uden betydning, hvilken retlige status mv. en økonomisk enhed har.

TEUF artikel 101, stk. 1, angiver en liste over de aftaler mv., der anses som værende konkurrencebegrænsende. Brugen af ordet ”navnlig” i TEUF artikel 101, stk. 1, antyder, at listen over de forskellige aftaletyper, der kan stride mod forbuddet ikke er udtømmende.

Begrebet *aftale* omfatter såvel skriftlige som mundtlige, samt stiltiende aftaler.⁹³ Aftalebegrebet fortolkes bredt og generelt synes det at være antagelsen, at der foreligger en aftale, så snart de indblandede virksomheder har givet udtryk for en sammenstemmende vilje til at agere på en bestemt måde på markedet.⁹⁴

Begrebet *samordnet praksis* er også bredt og omhandler en form for koordinering mellem de indblandede virksomheder, som dog ikke fremgår som en egentlig aftale. Den samordnede praksis er en sådan koordinering, der bevidst erstatter konkurrencens risici med et mellem parterne indbyrdes samarbejde, der påvirker en aktuel eller potentiel konkurrents markedsadfærd.⁹⁵

⁹² C-41/90, Höfner og Elser, præmis 21

⁹³ Heide-Jørgensen (2017), s. 116

⁹⁴ Heide-Jørgensen (2017), s. 116

⁹⁵ C-40/73 Suiker Unie m.fl., præmis 26

Begrebet *vedtagelser* skal ligesom aftaler og samordnet praksis forstås bredt, og kan omfatte bindende beslutninger, henstillinger og anbefalinger. Idet der tales om vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder, dækker dette enhver form for organiseret samarbejde mellem virksomheder, hvor den typiske fremtrædelsesform er en brancheforening.⁹⁶

5.2.3. Kravet om påvirkning af samhandlen

Den anden betingelse under TEUF artikel 101, stk. 1, går ud på, at aftalen mv. skal kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstater.

Ifølge Kommissionens Meddelelse om Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu 101 og 102)⁹⁷ (herefter benævnt ”Samhandelsmeddelelsen”) skal samhandelspåvirkningen ikke nødvendigvis foreligge ved en decideret begrænsning af handlen, idet samhandlen ligeledes påvirkes, hvis det samhandelspåvirkende element fører til en stigning i handlen.⁹⁸

Ifølge Rfo 1/2003, artikel 3, stk. 1, 1. pkt., er de nationale myndigheder og domstole forpligtet til at anvende TEUF’s regler samtidig med anvendelsen af den nationale konkurrenceret, når en aftale mv. kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne, som nævnt ovenfor i afsnit 5.1.2.

5.2.4. Kravet om konkurrencebegrænsning

Den tredje betingelse er, at aftalen mv. skal have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Formuleringen af TEUF artikel 101, stk. 1, rammer enhver konkurrencebegrænsende aftale mv., der kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det indre marked, for så vidt den konkrete aftale mv. har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Betingelsen om, at aftalen mv. skal have konkurrencebegrænsningen til formål **eller** til følge, er ikke kumulativ, men alternativ, således at det er nok, at aftalen mv. har dette formål, selv om følger virkninger ikke er indtrådt og omvendt.⁹⁹

Dette er blevet bekræftet eksempelvis i sag C-209/07, Beef Industry Development Society, hvor EU-Domstolen udtalte, at det alternative forhold i betingelsen ”[...] medfører [...], at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori

⁹⁶ Heide-Jørgensen (2017), s. 119

⁹⁷ EUT 2004/C 101/07

⁹⁸ EUT 2004/C 101/07, pkt. 34

⁹⁹ Se også C-219/95 P, Ferriere Nord SpA, præmis 14 og 15, hvor EU-Domstolen fastlagde, at selv om den italienske version af TEUF artikel 101, stk. 1, angav ”til formål og til følge,” er dette alternative betingelser, som ligeledes følger af fast retspraksis.

den skal gælde” og, at ”[...] det ikke [er] nødvendigt at tage hensyn til dens konkrete virkninger, når det fremgår, at aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det fælles marked.”¹⁰⁰

Således skal det først undersøges, om aftalens mv. formål er at begrænse konkurrencen, førend det undersøges, om aftalen mv. har konkurrencebegrænsende virkninger. Såfremt den første undersøgelse bekræfter, at formålet er konkurrencebegrænsning, er det ikke nødvendigt at foretage den følgende undersøgelse om aftalens mv. virkninger.

EU-Domstolen har i samme dom udtalt, at ”sondringen mellem »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål« og »overtrædelser med konkurrencebegrænsende virkning« skyldes den omstændighed, at visse former for hemmelige aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår.”¹⁰¹ I C-226/11, Expedia, bekræfter EU-Domstolen dette, samt udtaler, at ”[...]en aftale, [...] som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen.”¹⁰²

Det er således nødvendigt at foretage sondringen mellem aftaler mv. med et konkurrencebegrænsende formål, og aftaler mv. med en konkurrencebegrænsende følge, fordi visse aftaler mv. blot efter deres art og eksistens er konkurrencebegrænsende, hvorfor de faktiske følger ikke er relevante for disse aftaler mv. Omvendt kan visse aftaler mv. ikke have til formål at begrænse konkurrencen, men have faktiske følger, der begrænser konkurrencen mærkbart.¹⁰³

Som nævnt ovenfor er det fastslået i C-226/11, Expedia, at aftaler mv. med konkurrencebegrænsende formål efter deres art og uanset aftalens mv. faktiske følger, i sig selv udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen. I vurderingen af, om en aftale mv. har til formål at begrænse konkurrencen, har retspraksis fastslået, at følgende parametre skal inddrages i vurderingen:

1. Indholdet af aftalen mv.
2. De formål, aftalen mv. tilsigter at opfylde, samt
3. Den retlige og økonomiske kontekst, som aftalen mv. indgår i.¹⁰⁴

¹⁰⁰ C-209/07, Beef Industry Development Society, præmis 15-16

¹⁰¹ C-209/07, Beef Industry Development Society, præmis 17

¹⁰² C-226/11, Expedia, præmis 37

¹⁰³ Heide-Jørgensen (2017), s. 121

¹⁰⁴ Heide-Jørgensen (2017), s. 122; sag C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires, præmis 53

De andre aftaler mv., som ikke har til formål, men til følge at begrænse konkurrencen, vurderes til gengæld anderledes. Ved disse aftaler mv. er det netop den konkurrencebegrænsende følge, der medfører brud på TEUF artikel 101, stk. 1, uanset hvad aftalens mv. formål måtte være.

I sagen Völk/Vervaecke udtalte EU-Domstolen, at en aftale mv. har konkurrencebegrænsende følger, hvis det ”[...] på grundlag af en flerhed af objektive, retlige eller faktiske omstændigheder med tilstrækkelig sandsynlighed kan forudses, at den kan udøve en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelen [...]”.¹⁰⁵ Det er således både potentielle og aktuelle virkninger, der kan være tale om.

Kommissionen har udgivet flere meddelelser, der bidrager til fortolkningen af, hvornår en aftale mv. har til følge at begrænse konkurrencen. I Kommissionens Meddelelse om Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler¹⁰⁶ (herefter benævnt ”Kommissionens Horisontale Retningslinjer”) udtaler Kommissionen, at en aftale mv. skal ”[...] have, eller sandsynligvis have, en mærkbar negativ virkning på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet, såsom pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation. Aftaler kan have sådanne virkninger, når de mærkbart mindsker konkurrencen mellem aftaleparterne eller mellem en af aftaleparterne og tredjemand.”¹⁰⁷ Derudover fremgår det af Kommissionens Retningslinjer, at virkningerne både kan være faktiske og potentielle, idet aftalen mv. blot med en rimelig grad af sandsynlighed skal have konkurrenceskadelige virkninger, eksempelvis for priser, produktion, innovation, variation i udbud eller produktkvalitet på det relevante marked.¹⁰⁸

5.2.5. Kravet om mærkbar konkurrencebegrænsning

Den fjerde betingelse er, at konkurrencebegrænsningen skal være mærkbar. Ved vurderingen om konkurrencebegrænsningen er mærkbar, er det vigtigt at sondre mellem, om aftalen mv. har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. En aftale mv., der har til formål at begrænse konkurrencen, vil altid vil konstituere et brud på TEUF artikel 101, stk. 1, jf. Bagatelmeddelelsens pkt. 2 og i øvrigt gennemgangen ovenfor i afsnit 5.2.4.

Selv om en aftale mv. kan fastslås at have konkurrencebegrænsende følger, foreligger der ikke altid et brud på TEUF artikel 101, stk. 1, idet konkurrencebegrænsningen ligeledes skal være mærkbar.¹⁰⁹

Bagatelmeddelelsen bidrager som en vejledning til vurderingen af, om en given konkurrencebegrænsning er mærkbar ved brug af markedsandelstærskler, for på den måde at konstatere, om en konkret aftale mv.

¹⁰⁵ Sag 5/69, Völk/Vervaecke, præmis 5

¹⁰⁶ EUT 2011/C 11/01

¹⁰⁷ EUT 2011/C 11/01, pkt. 27

¹⁰⁸ EUT 2004/C 101/08, pkt. 24

¹⁰⁹ EUT 2014/C 291/01, pkt. 1; Se også C-226/11, Expedia, præmis 16 og 17

begrænser konkurrencen mærkbart. De konkrete tærskelværdier gennemgås ikke i det følgende, men kan findes fra Bagatelmeddelelsens pkt. 8. Når en aftale mv. overstiger tærskelværdierne er den ikke automatisk forbudt efter TEUF artikel 101, stk. 1, idet aftalen mv. kan have blot ubetydelige konkurrencebegrænsende følger, selv om den overstiger tærskelværdierne.¹¹⁰ Modsætningsvist vil en aftale mv. ikke være forbudt, såfremt den ikke overstiger tærskelværdierne.

5.2.6. Fritagelse fra forbuddet

Efter TEUF artikel 101, stk. 3, kan forbuddet efter TEUF artikel 101, stk. 1, erklæres uanvendeligt på en aftale mv., såfremt den

1. Bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og
2. Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
3. Uden at der pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål,
4. Og uden at der gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.¹¹¹

Disse betingelser er kumulative og betyder, at såfremt visse effektivitetsfordele ved aftalen mv. opnås, kan den undtages fra forbuddet. Selv om der kun nævnes varer i bestemmelsen gælder den tilsvarende for tjenesteydelser.¹¹² En nærmere gennemgang af disse effektivitetsfordele mv. foretages nedenfor i afsnit 6.3 med henblik på en analyse af, hvornår en aftale mv. kan fritages fra forbuddet.

5.3. Konkurrencelovens § 6

Som følge af, at den danske konkurrencelov skal ses i lyset af EU-konkurrenceretten, som nævnt ovenfor i afsnit 5.1.2, er reglerne om forbudte konkurrencebegrænsende aftaler mv. overordnet enslydende, og hermed er betingelserne også overordnet samstemmende. I det følgende vil der redegøres for det i den danske konkurrencelov forbud mod aftaler mv., der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

5.3.1. Betingelser for forbud efter § 6

Ordlyden af konkurrencelovens § 6 er som følger:

¹¹⁰ EUT 2014/C 291/01, pkt. 3.

¹¹¹ Heide-Jørgensen (2017), s. 126

¹¹² EUT 2004/C 101/08, pkt. 48

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

[...]

Stk. 3. Stk. 1 gælder også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.”

Ligesom bestemmelsen i TEUF artikel 101, stk. 1, er denne bestemmelse en forbudsbestemmelse, der i det store hele ligner bestemmelsen i TEUF. Bestemmelsen skal ligeledes fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten, idet det følger af bemærkningerne til loven fra 1997, at *”[...] Europa-Kommissionens og EF-Domstolens praksis vil derfor være vejledende ved fortolkningen af denne bestemmelse.”*¹¹³

Betingelserne til forbuddet kan stilles op som følgende kumulative betingelser:

1. Der skal være tale om virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder
2. Disse skal have indgået en aftale mv.
3. Aftalen mv. skal enten have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen
4. Konkurrencebegrænsningen skal være mærkbar.

Ligesom TEUF artikel 101, som nævnt i afsnit 5.2.1, omfatter forbuddet i konkurrencelovens § 6 horisontale såvel som vertikale aftaler mv., men dette speciale fokuserer alene på de horisontale aftaler mv.

5.3.2. Kravet om virksomheder eller sammenslutning af virksomheder

Den første betingelse er, at der skal være tale om en virksomhed eller sammenslutning af virksomheder. Ifølge konkurrencelovens § 2, stk. 1, gælder loven for enhver form for erhvervsvirksomhed, som omfatter *”enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester.”*¹¹⁴ Sammenslutninger af virksomheder omfatter blandt andet brancheforeninger og enhver anden form for organiseret samarbejde mellem virksomheder.¹¹⁵ Det karakteristiske for dem er, at samarbejdet mellem medlemmerne udspringer af tilslutningen til sammenslutningen, idet den forener dem og forsvare deres interesser, samt indebærer sammenslutningens vedtægter, at medlemmerne giver deres samtykke til de foranstaltninger, sammenslutningen træffer beslutning om.¹¹⁶

¹¹³ FT 1996-97, tillæg A, s. 3649

¹¹⁴ FT 1996-97, tillæg A, s. 3653

¹¹⁵ FT 1996-97, tillæg A, s. 3658

¹¹⁶ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 220

5.3.3. Kravet om en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse

Den anden betingelse er, at der skal være tale om en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse. Aftalebegrebet i konkurrenceretten skal i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis fortolkes bredt, og det har ingen betydning, hvilken betegnelse eller udformning aftalen har.¹¹⁷ Det afgørende er, at de involverede virksomheder har givet udtryk for en sammenstemmende vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde.¹¹⁸

To eller flere virksomheder, der koordinerer deres adfærd uden dog en egentlig aftale, omfattes af forbuddet i kraft af, at der er tale om samordnet praksis. Det er et krav, at der har været en eller anden form for kontakt mellem virksomhederne, eksempelvis møder eller anden udveksling af informationer.¹¹⁹

En vedtagelse kan omfatte vedtægter, beslutninger og henstillinger, men det er ikke et krav, at vedtagelsen er juridisk bindende for medlemmerne.¹²⁰

5.3.4. Kravet om konkurrencebegrænsning

Den tredje betingelse er, at aftalen mv. enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Ligesom ved TEUF artikel 101, er der også her tale om alternative betingelser, og ikke kumulative.¹²¹

I vurderingen af, om en aftale mv. har til formål at begrænse konkurrencen, inddrages følgende parametre:

1. Indholdet af aftalen mv.
2. De formål, aftalen mv. søger at opfylde, og
3. Den retlige og økonomiske kontekst, som aftalen mv. indgår i.¹²²

Denne vurdering følger således den EU-retlige vurdering, som gennemgået ovenfor under afsnit 5.2.4. Som nævnt ovenfor i afsnit 5.3.1, skal konkurrencelovens bestemmelser fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten. Det betyder, at aftaler mv., der har til formål at begrænse konkurrencen, heller ikke efter dansk ret skal undersøges, om de ligeledes har konkurrencebegrænsende følger, idet aftalen mv. efter dens art og uanset dens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen.¹²³

¹¹⁷ FT 1996-97, tillæg A, s. 3657

¹¹⁸ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 206

¹¹⁹ FT 1996-97, tillæg A, s. 3658

¹²⁰ FT 1996-97, tillæg A, s. 3658

¹²¹ Heide-Jørgensen (2017), s. 184; se også gennemgangen ovenfor i afsnit 5.2.4

¹²² Heide-Jørgensen (2017), s. 184; FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15; se også gennemgangen ovenfor i afsnit 5.2.4

¹²³ Se eksempelvis (Kommissionens Horisontale Retningslinje i EUT 2011/C 11/01, pkt. 24, samt EU-Domstolens domme i sagerne C-226/11, Expedia, præmis 37, og C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires, præmis 53

Af dansk praksis kan nævnes Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014 i Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark mod Konkurrencerådet. Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark vedtog en fælles, koordineret strategi om at opfordre medlemmerne til at fravælge Autobutlers udbudsportal. Vedtagelsen udgjorde en overtrædelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, jf. stk. hvor Konkurrenceankenævnet udtalte, at ”*såfremt en vedtaget bestemmelse i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen vil have negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge.*”¹²⁴

Aftaler mv., der har konkurrencebegrænsende følger skal vurderes i forhold til selve virkningen af aftalen mv. Virkningerne kan både være faktiske og potentielle, idet aftalen blot med en rimelig grad af sandsynlighed skal have konkurrenceskadelige virkninger, eksempelvis for priser, produktion, innovation, variation i udbud eller produktkvalitet på det relevante marked.¹²⁵

I Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. november 2008 i De Samvirkende Købmænd mod Konkurrencerådet, udtalte Konkurrenceankenævnet, at en aftale strider mod konkurrencelovens § 6, hvis ”*[...] aftalen faktisk påvirker konkurrencen på dagligvaremarkedet mærkbart. Det skal altså kunne lægges til grund, at aftalen vil have en sådan indvirkning på markedsforholdene, at konkurrencen påvirkes i et sådant omfang, at der kan forventes eller konstateres negative virkninger på markedet.*”¹²⁶ Heraf følger altså, at såfremt der blot kan forventes negative virkninger på markedet, har aftalen konkurrencebegrænsende følger.

5.3.5. Kravet om mærkbar konkurrencebegrænsning

Den sidste betingelse er, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar, hvormed den skal være egnet til at påvirke konkurrencen. Ved vurderingen af, om konkurrencebegrænsningen er mærkbar, skeles der til konkurrencelovens § 7, ligesom der ved vurderingen efter TEUF artikel 101, skeles til Bagatelmeddelelsen.

Konkurrenceloven blev revideret ved lov nr. 1545 af 19. december 2017 om ændring af konkurrenceloven, idet det med ændringsloven bestemtes, at konkurrencelovens § 7 skulle affattes med

¹²⁴ Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014 i Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark mod Konkurrencerådet, s. 12

¹²⁵ EUT 2004/C 101/08, pkt. 24; se også gennemgangen ovenfor i afsnit 5.2.4

¹²⁶ Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. november 2008 i De Samvirkende Købmænd mod Konkurrencerådet, s. 75. Sagen handlede om, hvorvidt Arealudviklingsselskabet I/S' tildeling gennem en koncessionsaftale af 10 års eneret på etablering og drift af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd begrænsede konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1. Både Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet fandt ikke, at aftalen havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

henblik på at etablere samme retstilstand som efter Bagatelmeddelelsen, som er gennemgået ovenfor i afsnit 5.2.5.

*”Den foreslåede nye affattelse af § 7, stk. 1 og 2, tager sigte på at etablere den samme retstilstand som efter Kommissionens bagatelmeddelelse. Fortolkningen og anvendelsen af § 7, stk. 1 og 2, skal derfor følge den til enhver tid gældende fortolkning, som EU-Domstolen anlægger i forhold til Kommissionens bagatelmeddelelse.”*¹²⁷

Forud for ændringen var det tilfældet, at aftaleparternes mv. årlige omsætning og markedsandel indgik i vurderingen af mærkbarheden, samt fremgik det ligeledes af den tidligere bestemmelse, at visse bestemte aftaletyper mv. altid var forbudte. I dag er det alene aftaleparternes mv. markedsandel, der har betydning i forbindelse med konkurrencebegrænsningens mærkbarhed, og ikke parternes omsætning. Derudover er listen over de bestemte aftaletyper mv. fjernet.

En yderligere ændring skete ved affattelsen af konkurrencelovens § 7, stk. 3, hvorefter aftaler mv., der har til formål at begrænse konkurrencen, ikke omfattes af undtagelsen i § 7, stk. 1.

*”[...] alle aftaler m.v., der har til formål at begrænse konkurrencen, [er] omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, i EUF-traktaten. [...] På linje hermed foreslås det med forslaget til § 7, stk. 3, at undtagelsen i § 7, stk. 1, ikke gælder, hvis aftalen, vedtagelsen eller den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen.”*¹²⁸

Ændringen får betydning for netop konsortieaftaler:

*”Omvendt vil det være klart, at fx **konsortieaftaler der tidligere ikke ville være omfattet af undtagelsesbestemmelsen, fordi der var tale om en af de begrænsninger, der fremgår af den gældende § 7, stk. 2**, fremover vil være undtaget, hvis de efter en konkret vurdering ikke anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Aftaler m.v., **herunder konsortieaftaler**, der ikke har til formål at begrænse konkurrencen, vil herefter være undtaget forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis de opfylder bagatelgrænserne i § 7, stk. 1, selv om de har til følge at begrænse konkurrencen”* (vores fremhævelser).¹²⁹

Som følge af ændringerne, der er beskrevet i ovenstående citat, kan det siges, at adgangen til at danne konsortier udvides. Et konsortium, der ikke har til formål at begrænse konkurrencen, men dog har konkurrencebegrænsende følger, vil være undtaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, såfremt tærskelværdierne i § 7 overholdes. Tidligere ville et konsortium være forbudt uanset konsortiedeltagernes

¹²⁷ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 14

¹²⁸ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15

¹²⁹ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15

markedsandele, hvis der var tale om en af de konkurrencebegrænsninger, der nævntes i den daværende § 7, stk. 2.

Den nuværende retstilstand er herefter, at et konsortium strider mod forbuddet i konkurrencelovens § 6, herunder TEUF artikel 101, stk. 1, såfremt aftalen mv. har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.¹³⁰

5.3.6. Fritagelse fra forbuddet

Efter konkurrencelovens § 8 finder forbuddet i § 6 ikke anvendelse, såfremt aftalen mv.:

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.”*

Betingelserne er kumulative og medfører, at såfremt aftalens mv. konkurrencefremmende virkninger opvejer dens konkurrenceskadelige virkninger, kan aftalen mv. fritages fra forbuddet.¹³¹ Bestemmelsen svarer til reglen i TEUF artikel 101, stk. 3, som gennemgået ovenfor i afsnit 5.2.6, og i øvrigt henvises til gennemgangen af effektivitetsfordelene nedenfor i afsnit 6.3.

5.4. Delkonklusion

Som nævnt ovenfor under afsnit 5.1.3, forfølger både EU-konkurrenceretten og den danske konkurrenceret de samme overordnede formål, som kort sagt handler om at sikre den fri konkurrence og adgangen til markedet. Bestemmelserne i konkurrencelovens § 6, og TEUF artikel 101, stk. 1, søger at forbyde konkurrencebegrænsende aftaler mv., netop for at sikre konkurrenceprocessen, den fri og effektive konkurrence og adgangen til konkurrencen på markedet.

Det kan lægges til grund, at anvendelsen og fortolkningen af konkurrencereglerne mellem de nationale myndigheder og EU-domstolen er harmoniserede. Konkurrenceloven er dermed et udtryk for en

¹³⁰ En yderligere betingelse for forbuddet efter TEUF artikel 101, stk. 1, er, at aftalen skal påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne. Denne betingelse vil ikke blive nævnt yderligere i det følgende. Ligeledes henvises til gennemgangen af de yderligere betingelser ovenfor i afsnittene 0 og 0.

¹³¹ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 459

europæisk tilgang til konkurrenceretten, i hvilken Danmark og dennes myndigheder er forpligtet til at rette sig efter.

Gennemgangen skildrer, hvornår en aftale mv. må anses som værende konkurrencebegrænsende, herunder de enkelte betingelser ved vurderingen heraf. Det må bemærkes, at den EU-retlige såvel som nationale fortolkning af de enkelte betingelser tager udgangspunkt i Kommissionens meddelelser, der har betydning for konkurrenceretten som en helhed.

Afslutningsvist er det påvist, at der foreligger en adgang til at blive undtaget fra den ovennævnte forbudsbestemmelser, såfremt disse konkurrencebegrænsende aftaler kan retfærdiggøres i henhold til en række kumulative betingelser, som fremsat i konkurrencelovens § 7 og 8.

6. Grænsedragninger mellem udbudsretten og konkurrenceretten

Gennemgangen af udbudsretten og konkurrenceretten ovenfor belyser de bagvedliggende formål samt retstilstanden ved dannelsen af konsortier, samt konkurrencebegrænsende aftaler mv. Ud fra reglerne i udbudsretten er det muligt at danne sammenslutninger i form af konsortier med henblik på at gå sammen om at byde på en udbudt opgave. Efter konkurrenceretten er det dog forbudt at danne aftaler mv., der enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, hvor samordning af tilbudsgivning især anses som konkurrencebegrænsende.

Den følgende gennemgang søger at sammenholde gennemgangen af de to retsområder ovenfor, idet den forsimplede beskrivelse umiddelbart kan virke til, at konkurrenceretten strider mod udbudsretten, idet et konsortium vil anses som konkurrencebegrænsende. Dette er ikke tilfældet, idet konsortier ikke nødvendigvis begrænser konkurrencen, blandt andet fordi deltagerne ikke altid er konkurrenter, samt fordi det i visse tilfælde kan være nødvendigt at indgå i konsortier for at byde på en udbudt opgave.

I det følgende vil derfor først formålene og hensynene bag de to retsområder sammenholdes med henblik på at belyse, om regelsættene egentlig arbejder mod samme formål eller er modstridende. Her er det også nødvendigt at inddrage nogle af de essentielle principper, der gennemsyrrer i hvert fald hele udbudsretten, idet disse principper stammer fra EU-retten og dermed ligeledes påvirker konkurrenceretten. Det er således både formålene og principperne, der i sidste ende former både lovgivningen, men i det hele retstilstanden.

Efterfølgende behandles spørgsmålet, om konsortier er konkurrencebegrænsende, hvor de forskellige momenter i vurderingen af, om konsortier strider mod forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. gennemgås. Afslutningsvis kobles denne analyse sammen med nogle hensyn, der kan medføre, at

konsortier kan være lovlige på trods af, at de konkret kan anses som værende konkurrencebegrænsende. Disse hensyn hænger ligeledes sammen med de overordnede hensyn og principper bag retsområderne, idet effektivitetsfordele ved samarbejdet medfører lovligheden.

6.1. Samspillet mellem udbudsretten og konkurrenceretten

Som illustration for den følgende gennemgang af samspillet mellem de to retsområder, udbudsretten og konkurrenceretten, kan de respektive formålsbestemmelser i udbuds- og konkurrenceloven sammenholdes:

Udbudslovens § 1:

”Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.”

Konkurrencelovens § 1:

”Loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.”

Under henvisning til gennemgangen af formålene i afsnit 4.1 og 5.1 tydeliggøres det, at det overordnede formål for begge lovgivninger er ensartet. Det altovervejende udgangspunkt er at varetage de interesser, som er forbundet med opretholdelsen af det indre marked i EU. De enkelte underliggende mekanismer er dog af varierende karakter, eftersom de to regelsæt opererer på forskellige niveauer.¹³²

Gældende for begge retsområders formål, er, at disse beskæftiger sig med konkurrence som midlet, der skal forfølge målet om en effektiv ressourceanvendelse. De konkurrenceretlige forbudsregler er funderet i en traktatbunden forpligtelse, hvorimod den direktivbaserede udbudsret har en mere konkret og praktisk indvirkning på sit anvendelsesområde. Udbudsreglerne er alene processuelle regler og skal opfattes som et redskab i forlængelse af konkurrenceretten, hvor konkurrencereglerne er materielle regler. På denne måde supplerer reglerne hinanden for at opnå det højere formål om ét indre fællesmarked i EU.

Konkluderende kan det lægges til grund, at selve formålene og hensynene bag udbuds- og konkurrenceretten er forenelige med hinanden. Yderligere lægges det til grund, at begge regelsæt sigter mod at varetage det samme overordnede formål. Udbuds- og konkurrencereglerne har til hensigt at

¹³² Steinicke (2017), s. 533 ff.

fungere komplementært med hinanden. Henset til konkurrencerettens forbudskarakter, er det væsentligt, at denne bliver udøvet i forening med udbudsretten.

Den nuværende retstilstand hælder mod at fastsætte strengere regler for udøvelsen af sammenslutninger, end der er åbnet mulighed for gennem udbudsretten.¹³³ Dette medfører ultimativt et behov for skabe et bedre overblik over konkurrencereglernes sammenspil med udbudsretten, således at en ordregivende myndighed eller en tilbudsgiver kan iagttage om en sammenslutning måtte være konkurrencebegrænsende. Fremstillingen vil i de følgende afsnit behandle denne vurdering med henblik på at fastslå nærmere hvilke kriterier, der lægges vægt på.

6.2. Er konsortier konkurrencebegrænsende?

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen definerer et konsortium som ”[...] *et samarbejde mellem virksomheder, hvor der typisk er tale om, at konsortiedeltagerne går sammen om at udføre en offentlig eller privat opgave.*”¹³⁴ Et konsortium kan ligeledes defineres som en sammenslutning af økonomiske aktører, ”*der samarbejder om at ansøge om deltagelse i/ afgive tilbud på offentlige udbud.*”¹³⁵ Som gennemgået ovenfor i afsnit 4.3.3, antages det, at konsortier er indeholdt i definitionen af økonomiske aktører, jf. udbudslovens § 24, nr. 38.

Modsat udbudsretten gælder dog efter konkurrenceretten at aftaler mv. der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen er forbudte i medfør af konkurrencelovens § 6, og TEUF artikel 101, såfremt samhandlen mellem medlemsstaterne påvirkes. Spørgsmålet er herefter, om, eller hvornår, konsortier strider mod forbuddet i konkurrencelovens § 6, herunder TEUF artikel 101, og er konkurrencebegrænsende.

Det er langt fra i alle tilfælde, at virksomheder indgår i konsortier med henblik på konkurrencefordrejning. Konsortiedannelse kan skyldes ønsket om at opnå legitime fordele, såsom i tilfælde, hvor virksomhedernes kapacitet individuelt ikke er stor nok til, at de kan løfte en udbudt opgave, eller at virksomhederne individuelt ikke besidder den fornødne knowhow eller økonomiske ressourcer mv. På denne måde kan det være en fordel for to eller flere virksomheder at gå sammen i et konsortium, der medfører at de kan løfte den udbudte opgave sammen. På samme måde kan små og mellemstore virksomheder eventuelt opnå adgang til at deltage i udbud, eller virksomhederne gennem konsortiedannelse kan opnå omkostningsbesparelser mv.

¹³³ Steinicke (2017), s. 542

¹³⁴ Konsortievejledningen (2018), s. 9

¹³⁵ Ølykke og Nielsen (2017), s. 187

Modsat kan der også være ulemper forbundet med konsortiedannelser, idet nogle konsortier kan føre til færre eller dyrere bud, som begrænser konkurrencen eller endda fjerner den helt, såfremt de eneste aktører på et begrænset marked går sammen i et konsortium, hvorved der ikke længere er konkurrenter.

I det følgende gennemgås den konkurrenceretlige vurdering af konsortier. Til brug for denne gennemgang er særligt to afgørelser fra Konkurrencerådet relevante: Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 om Dansk Vejmarkerings Konsortium (herefter benævnt ”Vejmarkeringssagen”) og Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014 i Skive og Omegns Vognmandsforenings (herefter benævnt ”SOV”) tilbudskoordinerings (herefter benævnt ”Vognmandssagen”).

Vejmarkeringssagen handler om, at LKF Vejmarkering A/S (herefter benævnt ”LKF”) og Eurostar Danmark A/S (herefter benævnt ”Eurostar”) indgik en aftale om at udarbejde og afgive fælles bud som konsortiet Dansk Vejmarkerings Konsortium, (herefter benævnt ”Konsortiet”) på Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringskontrakter. Vejdirektoratet havde i denne forbindelse behov for at få markeret kørebaner i tre forskellige geografisk afgrænsede distrikter i Danmark. I udbuddet var der mulighed for tilbudsgivere at afgive tilbud på ét eller flere af disse afgrænsede områder. Konsortiet, der valgte at afgive tilbud, bestod af landets to største leverandører af ydelser i inden for markering af veje- og vognbaner. Konsortiet vandt udbuddet, fordi Konsortiets priser samlet set var billigst for de tre distrikter.

Konkurrencerådet fastslog, at LKF og Eurostar overtrådte forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 samt TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, ved at fastsætte priser og opdele markeder i forbindelse med udarbejdelse, afgivelse og udførelse af tilbud på Vejdirektoratets udbud om genmarkering af kørebaneafmærkning. LKF og Eurostar indbragte herefter afgørelsen for Konkurrenceankenævnet, som stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse ved kendelsen af 11. april 2016. Sagen er nu blevet indbragt for Sø- og Handelsretten.

Vognmandssagen handler om, at SOV, der var en forening bestående af selvstændige entreprenører, havde fastsat priser og opdelt markedet imellem sig. I forbindelse med et udbud om glatførebekæmpelse og snerydning, havde SOV afgivet tilbud på vegne af medlemmerne, hvorefter de enkelte opgaver fordelt imellem dem. Konkurrencerådet fandt, at SOV overtrådte konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, idet SOV havde koordineret priser og foretaget en fordeling af de pågældende ydelser i forbindelse med afgivelse af tilbud på Skive Kommunes udbudte vintertjenester.

I de to ovennævnte afgørelser foretager Konkurrencerådet en vurdering af, om de pågældende konsortier er i overensstemmelse med konkurrenceretten, eller om de strider mod forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. I det følgende gennemgås hvilke momenter, der skal inddrages i denne vurdering.

6.2.1. Vurderingen af konsortier

Ved vurderingen af, om et konsortium strider mod forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. skal flere faktorer end de, der nævnes i gennemgangen ovenfor i afsnit 5.2 og 5.3, tages i betragtning. Vurderingen af en konsortieaftale afhænger af, ”hvordan ordregiveren har planlagt det enkelte udbud, og hvilke betingelser der stilles.”¹³⁶ Blandt andet vurderes det, om konsortiedeltagerne kan magte den udbudte opgave alene, eller om der er nødvendigt at gå sammen med andre om udbuddet. I det følgende fremhæves nogle betragtninger, der indgår i vurderingen af konsortier.

Ifølge lovbemærkningerne til konkurrencelovens § 6, ”anses [det] ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis **ingen** af de pågældende virksomheder **alene** ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer)” (vores fremhævelser).¹³⁷

Derudover anføres det i Kommissionens Horisontale Retningslinjer, at en markedsføringsaftale normalt ikke vil være konkurrencebegrænsende ”[...] hvis den **objektivt set er nødvendig** for, at en part kan komme ind på et marked [...]. Et konkret eksempel herpå er **konsortieaftaler**, der giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre enkeltvis. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle **konkurrenter** i forbindelse med gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk.1,” (vores fremhævelser).¹³⁸

I vurderingen af, om et konsortium er konkurrencebegrænsende i strid med forbuddet, er det altså centralt, om de indblandede virksomheder ville kunne have budt på kontrakten alene eller om konsortiet objektivt set er nødvendigt: altså er spørgsmålet, om virksomhederne er konkurrenter, såvel aktuelle som potentielle.¹³⁹ Såfremt virksomhederne er konkurrenter vil konsortieaftalen anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, idet aftalen typisk vil omfatte koordinering af priser eller lignende, som anses for værende alvorlige konkurrencebegrænsninger.¹⁴⁰ Et yderligere moment i vurderingen er ligeledes, om det pågældende konsortium kan medføre nogle effektivitetsfordele, der opvejer konkurrencebegrænsningen ved konsortiet, hvormed konsortiet alligevel er lovligt i henhold til konkurrencereglerne.¹⁴¹

¹³⁶ Ølykke og Nielsen (2017), s. 191

¹³⁷ FT 1996-97, tillæg A, s. 3659

¹³⁸ EUT 2011/C 11/01, pkt. 237

¹³⁹ Konsortievejledningen (2018), s. 10; Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 344; Ølykke og Nielsen (2017), s. 194

¹⁴⁰ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 344

¹⁴¹ Ølykke og Nielsen (2017), s. 198

Vurderingen af, om virksomhederne er konkurrenter, fokuserer på virksomhedernes status i forhold til den konkrete, udbudte opgave – og dermed ikke om virksomhederne generelt anses for værende konkurrenter.¹⁴²

Den konkurrenceretlige vurdering af, om en konsortieaftale strider mod konkurrencereglerne er toledet, hvilket Konkurrencerådet ligeledes fastslår i Vejmarkeringssagen, pkt. 15:

1. Strider aftalen med konkurrencelovens § 6, idet betingelserne i § 6 opfyldt og virksomhederne i konsortiet er konkurrenter?
2. Kan aftalen fritages i medfør af konkurrencelovens § 8, fordi effektivitetsfordelene ved samarbejdet opvejer dets konkurrencebegrænsninger?

Vurderingen af konsortier følger derfor den almindelige konkurrenceretlige vurdering af alle andre aftaler, hvilket Konkurrencerådet i Vejmarkeringssagen, pkt. 12, også udtaler, at ”*den konkurrenceretlige analyseramme er **den samme for konsortieaftaler, som for alle andre aftaler***” (vores fremhævelse).

Idet det essentielle spørgsmål i forbindelse med vurderingen af, om et konsortium er konkurrencebegrænsende, er, om deltagerne er konkurrenter, foretages der som det første led i en sådan vurdering en afgrænsning af det pågældende marked med henblik på at fastslå, om deltagerne opererer på samme marked og er konkurrenter. Derfor vil der i det følgende først ske en gennemgang af, hvad der forstås ved aktuelle henholdsvis potentielle konkurrenter, efterfulgt af en kort gennemgang af markedsafgrænsningen. Dernæst en gennemgang af, hvornår konsortiedeltagerne således er konkurrenter, herunder hvornår konsortiet objektivt set er nødvendigt, og afslutningsvist en gennemgang af eventuelle fritagelsesgrunde.

6.2.2. Aktuelle eller potentielle konkurrenter

Det essentielle spørgsmål, når det undersøges, om et konsortium strider mod konkurrencereglerne, er, om de deltagende virksomheder er aktuelle eller potentielle konkurrenter.

I Kommissionens Horisontale Retningslinjer beskrives aktuelle konkurrenter som værende virksomheder, der opererer på det samme relevante marked.¹⁴³ Potentielle konkurrenter beskrives som værende virksomheder, der ikke opererer på samme marked, men hvor den ene sandsynligvis vil kunne komme ind på det marked, hvor den anden virksomhed opererer. Hermed menes, at virksomhederne konkret ikke er konkurrenter, men kan risikere at blive det.

¹⁴² Konsortievejledningen (2018), s. 10

¹⁴³ EUT 2011/C 11/01, pkt. 10

Det følger af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen Vejledning om Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven (2018) (herefter benævnt ”Konsortievejledningen”), at virksomheder er aktuelle konkurrenter, når de allerede har den nødvendige kapacitet for at byde alene.¹⁴⁴ I Vejmarkeringssagen, pkt. 453, fastslår Konkurrencerådet, at vurderingen af, om virksomhederne hver især har mulighed for at udføre opgaverne i udbuddet, tager udgangspunkt i de ressourcer, som parterne har eller har mulighed for at skaffe på tidspunktet, hvor arbejderne i udbuddet skal leveres. Der ses således bort fra de ressourcer, som er bundet af allerede indgåede kontrakter.

Virksomhederne er potentielle konkurrenter, hvis de ikke allerede har den nødvendige kapacitet, men forholdsvist let (og realistisk) vil kunne få den.¹⁴⁵ Her er det igen nødvendigt at se på kravene i udbudsmaterialet sammenholdt med den enkelte virksomheds kapacitet, idet det er afgørende, om en nødvendig udvidelse af kapaciteten vil være en økonomisk holdbar strategi for virksomheden.¹⁴⁶ I denne vurdering ses på de forskellige krav, der stilles i den udbudte kontrakt, samt om den enkelte virksomhed har reserveret kapacitet til andre opgaver, således at det ikke er den fulde kapacitet, der kan tages i betragtning.

Forskellen på, om virksomhederne er aktuelle eller potentielle konkurrenter er derfor, om de allerede har den nødvendige kapacitet til at byde alene, eller om de sandsynligt og realistisk kunne udvide kapaciteten for at kunne byde alene.¹⁴⁷ Der skal derfor foretages en vurdering af virksomhedens kapacitet baseret på den udbudte opgave. Der henvises til gennemgangen nedenfor i afsnit 6.2.3.2.

6.2.2.1. Markedsafgrænsning

Ved vurderingen af, hvorvidt virksomhederne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, foretages en afgrænsning af det relevante marked, idet parterne selvsagt ikke anses som konkurrenter, hvis de ikke opererer på det samme marked, og heller ikke forholdsvist let (og realistisk) kan komme til det.

Det følger af Kommissionens Meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret¹⁴⁸ (herefter benævnt ”Markedsafgrænsningsmeddelelsen”), at markedsafgrænsningen både tager afsæt i et produktmarked og et geografisk marked, samt at dette ofte har ”[...] en afgørende indflydelse på vurderingen af en konkurrencesag.”¹⁴⁹

¹⁴⁴ Konsortievejledningen (2018), s. 11

¹⁴⁵ Konsortievejledningen (2018), s. 11

¹⁴⁶ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 345

¹⁴⁷ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 344-345

¹⁴⁸ EUT 1997/C 372/03

¹⁴⁹ EUT 1997/C 372/03, pkt. 4

Ved det relevante produktmarked forstås det markedet for alle de produkter eller tjenesteydelser, som en forbruger anser for indbyrdes substituerbare pga. produkternes egenskaber, pris og anvendelsesformål, ifølge Markedsafgrænsningsmeddelelsens pkt. 7. Ved afgrænsningen af, hvad det relevante produktmarked i henhold til konsortieaftalen er, tages udgangspunkt i, hvilke produkter eller tjenesteydelser aftalen vedrører.

I Vognmandssagen vurderer Konkurrencerådet, at det relevante produktmarked i snæver forstand udgør vintertjenesteydelser, som ikke kan substitueres med andre vognmandsydelser, jf. pkt. 50. I Vejmarkeringssagen, vurderer Konkurrencerådet, at det relevante produktmarked udgør vejmarkering, som ikke kan substitueres med andre ydelser, herunder vejskiltning, vejinformation eller kantmarkeringspæle, jf. pkt. 314.

I begge afgørelser udtaler Konkurrencerådet ligeledes, at det ikke er nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante produktmarked på grund af den mærkbare konkurrencebegrænsning bestående i aftaler om koordinering af priser mellem konkurrenter, tilbudskoordinering, jf. Vejmarkeringssagen, pkt. 310, og Vognmandssagen, pkt. 55.

Det kan udledes af de to afgørelser, at når der er tale om alvorlige konkurrencebegrænsninger, herunder prisaftaler og tilbudskoordinering, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, vil det ikke være nødvendigt at foretage en dybdegående analyse/endelig afgrænsning af det relevante produktmarked, idet vurderingen vil være den samme, når der foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning både ved den snævrere og bredest mulige afgrænsning.

Det relevante geografiske marked er det geografiske område, hvor de deltagende virksomheder er involveret i udbud af og efterspørgsel efter produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår, samt kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene der er meget anderledes, jf. Markedsafgrænsningsmeddelelsens pkt. 8. Ved vurderingen af, hvad det geografiske område er, inddrages således udbuds- og efterspørgselssubstitutionsbetragtninger.

I Vognmandssagen vurderer Konkurrencerådet, at markedet for kørsel af vintertjenester skal afgrænses snævrere end Danmark, fordi der i udbudsmaterialet er krav om, at vognmænd på vintertjenesteruter skal kunne rykke ud med 45 minutters varsel, jf. pkt. 59. Den snævrere afgrænsning vil således være til den enkelte vintertjenesterute, mens den bredest mulige afgrænsning vil være Danmark. Dog er flere af SOV's medlemmer konkurrenter på det snævrere mulige marked, hvorfor Konkurrencerådet udtaler, at medlemmerne også vil være konkurrenter på et eventuelt bredere marked, jf. pkt. 62. Som følge af overtrædelsens karakter i sagen, tilbudskoordinering, vurderer Konkurrencerådet, at der foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 både ved den snævre og den brede

afgrænsning, hvorfor det ikke er nødvendigt endeligt at afgrænse det relevante geografiske marked, jf. pkt. 63.

I Vejmarkeringssagen, lægger Konkurrencerådet vægt på, at der i Danmark er syv primære vejmarkeringsentreprenører, heraf fire store, landsdækkende aktører, jf. pkt. 318. De indblandede virksomheder i Konsortiet er begge landsdækkende og er tillige de største aktører inden for vejmarkering, jf. pkt. 328. De to andre aktører i udbuddet er ligeledes landsdækkende, jf. pkt. 328 og 331. Alle virksomheder involveret i udbuddet i sagen er landsdækkende og udgør de fire største entreprenører inden for vejmarkering. Konkurrencerådet udtaler i pkt. 343-344, at det geografiske marked skal afgrænses til Danmark eller bredere, dog ikke bredere end EØS, men samtidig at det ikke er nødvendigt at foretage en nærmere afgrænsning end at det i snævrreste forstand er Danmark, fordi vurderingen også her vil være den samme. Parterne i Konsortiet vil være konkurrenter uanset afgrænsningen af markedet, og på baggrund af overtrædelsens karakter, tilbudskoordinering, foreligger der også ved den bredest mulige markedsafgrænsning en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6.

Ligesom ved afgrænsningen af produktmarkedet, kan det også her udledes af afgørelserne, at grovheden af konkurrencebegrænsningen kan medføre, at en dybdegående, endelig afgrænsning af markedet ikke er nødvendig, når der både foreligger mærkbare konkurrencebegrænsninger ved den snævrreste og bredest mulige afgrænsning af markedet.

6.2.2.2. Samhandelspåvirkning

Hvis ovenstående markedsafgrænsning fører til, at markedet afgrænses til et bredere område end Danmark, skal der foretages en undersøgelse af, om der foreligger samhandelspåvirkning. Dette vil ikke blive behandlet yderligere, idet der henvises til gennemgangen i afsnit 5.2.3 ovenfor.

6.2.3. Objektivt nødvendigt

Det afgørende kriterium ved vurderingen af konsortiets forenelighed med konkurrencereglerne, er, om virksomhederne er konkurrenter, dvs. om de selv kan byde på opgaven alene eller realistisk og let kunne komme til at byde på opgave alene. Ovenfor i afsnit 6.2.2 fremgår, hvad der skal til for at anses som aktuelle eller potentielle konkurrenter overordnet set. I det følgende afsnit gennemgås de mere specifikke elementer i vurderingen, idet det er nødvendigt at tage virksomhedens kapacitet, økonomiske ressourcer og knowhow mv. i betragtning, sammenholdt med udbudskriterierne.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Vejmarkeringssagen, pkt. 383

Ved vurderingen af, om konsortiedeltagere kan udføre den udbudte opgave hver for sig, skal det undersøges, om deltagerne har den fornødne kapacitet. Det subjektive formål med konsortieaftalen er underordnet, idet vurderingen af, om konsortieaftalen er tilladt, afhænger af, om konsortiesamarbejdet ”objektivt set i forhold til den markedsmaessige sammenhang er nødvendigt.”¹⁵¹

6.2.3.1. Muligheden for delbud

Først og fremmest er det nødvendigt at se på, hvorvidt udbudsmaterialet giver mulighed for at afgive bud på dele af kontrakten (herefter omtalt som ”delbud”) eller kræver ét samlet bud. Såfremt udbudsmaterialet muliggør afgivelsen af delbud, vil virksomhedens kapacitet skulle vurderes i forhold til det/de enkelte delbud og ikke den samlede udbudte opgave.¹⁵² Omvendt har det betydning for vurderingen af, om konsortieaftalen er objektivt nødvendig, såfremt udbudsmaterialet stiller krav om ét samlet bud, fordi virksomhederne evt. ikke har den nødvendige kapacitet hver især.¹⁵³

Udbuddet i Vejmarkeringssagen, var tilrettelagt således, at det var muligt at afgive delbud, idet udbuddet omhandlede tre distrikter. Det var således muligt at byde på hvert enkelt distrikt eller alle tre. Konsortiet bød som den eneste på alle tre distrikter i udbuddet samt på distrikt Hovedstaden, og tilbød ligeledes en rabat, såfremt Konsortiet vandt mere end et distrikt. Ingen af de andre tilbudsgivere havde budt på distrikt Hovedstaden, men de andre tilbudsgivere var billigst på de to andre distrikter. Fordi Konsortiets priser med rabatten samlet set var billigst for alle tre distrikter, vandt Konsortiet.

Konkurrencerådet udtaler i pkt. 11 i Vejmarkeringssagen, at det kun er muligt at opnå den laveste pris og/eller bedste kvalitet og produktudvikling, såfremt de bydende virksomheder reelt er konkurrenter, dvs. at de fastsætter priserne og vilkår uafhængigt af hinanden. Hvis to tilbudsgivere, der er i stand til at byde på opgaven hver for sig, indgår en konsortieaftale, er det den generelle forventning, at der dermed afgives færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået denne aftale. På denne måde fordrejes konkurrencen.

I Vognmandssagen, fandt Konkurrencerådet, at SOV havde begrænset konkurrencen om at levere de relevante ydelser, idet SOV's medlemmer ville have konkurreret om dem. Tilbudskoordineringen bestod af to elementer, koordinering af pris og fordeling af ydelser. Såfremt medlemmerne konkurrerede indbyrdes om at levere ydelserne, havde priserne med al sandsynlighed været lavere. Skive Kommunes udbud var sket som enkelte ruter, hvorfor det var muligt at byde på en eller flere ruter. Konkurrencerådet

¹⁵¹ Konsortievejledningen (2018), s. 13

¹⁵² Ølykke og Nielsen (2017), s. 196

¹⁵³ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 346

fandt således ikke, at det var nødvendigt at byde samlet på udbuddet, idet hver enkelt vognmand havde kapaciteten til at byde på enkelte ruter.

Det kan udledes af disse to nævnte afgørelser, at muligheden for at afgive delbud på en udbudt opgave har stor betydning i forhold til at vurdere, om et konsortium strider mod forbuddet i konkurrencelovens § 6, idet denne mulighed kan spille en central rolle i vurderingen af, om konsortiedeltagerne kunne have budt på opgaven alene. I disse to afgørelser blev der lagt særlig vægt på netop muligheden for at afgive delbud, idet det afgørende er, om parterne kan udføre de enkelte opgaver, der kan bydes på, og ikke om de kan løfte den samlede udbudte opgave.¹⁵⁴

6.2.3.2. Kapacitetskrav, økonomiske ressourcer og knowhow

I vurderingen af, om de enkelte virksomheder i et konsortium er i stand til at udføre den udbudte opgave alene er det nødvendigt at se på, om de reelt har mulighed for at klare opgaven alene, herunder om de har adgang til tilstrækkeligt udstyr og arbejdskraft, økonomiske ressourcer til at gennemføre de fornødne investeringer, og den nødvendige tekniske viden og knowhow. Virksomhedens kapacitet skal sammenholdes med de krav, der stilles i udbudsmaterialet i forhold til den konkrete opgave og tidshorizont.¹⁵⁵ Som nævnt vurderes kapaciteten i forhold til det enkelte delbud, såfremt det er muligt at afgive sådanne.

Ved vurderingen af kapaciteten ses på, hvilken kapacitet der i øjeblikket er reserveret. Konkurrencerådet udtaler i Vejmarkeringssagen, pkt. 443, at det afgørende element i konkurrencevurderingen er, om konsortiesamarbejdet er nødvendigt. I forlængelse heraf udtaler Konkurrencerådet, at reserveret kapacitet til fremtidige opgaver, som der ikke er indgået aftaler om, reelt set er ledig kapacitet, hvorfor et konsortiesamarbejde ikke vil være nødvendigt. Det er altså et krav, at virksomheden har indgået en aftale, før den reserverede kapacitet fratrækkes ved vurderingen.

Konkurrencerådet udtaler ligeledes i Vejmarkeringssagen, pkt. 444, at der i visse tilfælde kan tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder, såfremt det kan dokumenteres, at der netop er tale om opgaver fra kernekunder. Ved vurderingen ses på, om kunden har en fast tilbagevendende karakter, således at det er realistisk og retvisende at reservere kapacitet til opgaver for kunden.

Virksomheden kan altså ikke blot indgå en konsortieaftale for at reservere kapacitet til eventuelle andre fremtidige opgaver med henblik på at undgå at anvende hele sin kapacitet på en enkelt opgave. Således kan en virksomhed ikke nødvendigvis indgå i et konsortium blot for at undgå at bruge 100 % af sin

¹⁵⁴ Vejmarkeringssagen, pkt. 408 og 421-433; Vognmandssagen, pkt. 98-99

¹⁵⁵ Konsortievejledningen (2018), s. 15

kapacitet på en opgave. Imidlertid er denne vurdering dog ikke helt stringent, idet virksomhedens økonomiske ressourcer også indgår i vurderingen, herunder om virksomheden har ressourcer til at påtage sig den risiko, der er forbundet med opgaven.¹⁵⁶

For så vidt angår krav til økonomiske ressourcer i henhold til den udbudte opgave, kan det være nødvendigt at gennemføre diverse investeringer i forbindelse med opgaven, men det kan ligeledes være, at ordregiver har stillet krav til egenkapital og omsætning mv. Derfor bliver det relevant at se på, om den enkelte virksomhed har de økonomiske ressourcer og den finansielle styrke til at gennemføre disse investeringer, samt om den opfylder kravene til egenkapitalen og omsætningen. I Konsortievejledningen nævnes det tilfælde, hvor udbudsmaterialet kræver en omsætning på 100 mio. kr., idet to virksomheder med en omsætning på 50 mio. kr. hver især således lovligt kunne indgå i et konsortium for at byde på opgaven.¹⁵⁷

Såfremt virksomheden er en del af en koncern er det hele koncernens kapacitet, der afgør om virksomheden opfylder kapacitetskravene, i det omfang virksomheden i hvert fald kan råde over kapaciteten. Dette medfører, at vurderingen af virksomhedens økonomiske ressourcer i forhold til den udbudte opgave og risici forbundet hermed, ligeledes må inddrage det forhold, at virksomheden er en del af en koncern, der har betydelige økonomiske ressourcer.¹⁵⁸

Det fremgår af bemærkningerne til konkurrenceloven, at det også kan være nødvendigt at overveje, om virksomheden har den nødvendige knowhow eller specialviden, samt adgang til den nødvendige teknologi for at kunne byde på og gennemføre en udbudt opgave.¹⁵⁹ Det kan begrunde indgåelsen af et konsortiesamarbejde, at den ene virksomhed eksempelvis har specialiseret sig inden for et andet område end den anden virksomhed, således at de tilsammen har kompetencen til at løfte opgaven.¹⁶⁰

En anden overvejelse er ligeledes, at selvom to virksomheder hver især besidder den nødvendige knowhow eller lignende, og er specialiserede inden for to forskellige områder, kan der være visse effektivitetsfordele, som opvejer mulige negative effekter af konkurrencebegrænsninger, hvormed en konsortieaftale alligevel kan være lovligt.¹⁶¹ Effektivitetsfordele analyseres nærmere nedenfor i afsnit 6.3.

Såfremt konsortiedeltagerne allerede hver for sig har kapaciteten, de økonomiske ressourcer, den fornødne knowhow mv. til at udføre den udbudte opgave, eller i hvert fald har mulighed for at skaffe

¹⁵⁶ Konsortievejledningen (2018), s. 18

¹⁵⁷ Konsortievejledningen (2018), s. 15

¹⁵⁸ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 346

¹⁵⁹ FT 1996-97, tillæg A, s. 3659

¹⁶⁰ Konsortievejledningen (2018), s. 16

¹⁶¹ Konsortievejledningen (2018), s. 17

yderligere kapacitet mv., er konsortiesamarbejdet ikke nødvendigt. Det var tilfældet i Vejmarkeringssagen, idet Konkurrencerådet udtalte, at LKF og Eurostar allerede havde kapaciteten mv., samt havde mulighed for at skaffe yderligere kapacitet, hvorfor samarbejdet ikke var nødvendigt.¹⁶²

Det har ligeledes betydning, hvor mange virksomheder deltager i konsortiet. Selv om virksomhederne i et konsortium bestående af eksempelvis fire virksomheder hver især ikke har mulighed for at byde alene på den udbudte opgave, kan det være, at det var nok med et konsortium bestående af to virksomheder. Denne situation begrænser derfor konkurrencen, idet der i stedet for eksempelvis to konsortiebud bestående af to virksomheder i hvert konsortium kommer ét bestående af fire virksomheder.¹⁶³ Det relevante i denne henseende er, hvorvidt der ville være kommet flere bud eller ej.

6.2.3.3. Risikovurdering

Vurderingen af virksomhedens kapacitet er ikke helt stringent, idet risiko, herunder risikospredning, indgår som et led i den samlede vurdering. På trods af, at en virksomhed derfor objektivt set opfylder de forskellige kapacitetskrav, kan det alligevel være objektivt nødvendigt at gå sammen med en flere andre virksomheder i et konsortium for at byde på den udbudte opgave, fordi der er for stor risiko forbundet med opgaven. Vurderingen af virksomhedens kapacitet berører således samtidig virksomhedens evne til at bære den økonomiske risiko ved opgaven.¹⁶⁴ Virksomhedens subjektive ønske om ikke at ”lægge alle æg i en kurv”¹⁶⁵ er dog ikke nok til at begrunde et samarbejde, hvis virksomheden faktisk har den fornødne kapacitet.

6.2.4. Til formål eller til følge

Såfremt det konstateres, at konsortiedeltagerne er konkurrenter og at det ikke er objektivt nødvendigt at indgå i et konsortium, er det herefter spørgsmålet, om de øvrige betingelser i konkurrencelovens § 6, herunder TEUF artikel 101, stk. 1, er opfyldt. I det følgende gennemgås nogle centrale betingelser netop ved vurderingen af konsortier.

6.2.4.1. Til formål

Konsortieaftaler skal, ligesom andre aftaler, vurderes om de har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Visse typer aftaler anses generelt for at have til formål at begrænse konkurrencen, herunder prisaftaler, tilbudskoordinering og markeds- og kundedelingsaftaler. Konkurrencerådet udtaler

¹⁶² Vejmarkeringssagen, pkt. 708

¹⁶³ Konsortievejledningen (2018), s. 21

¹⁶⁴ Konsortievejledningen (2018), s. 19

¹⁶⁵ Konsortievejledningen (2018), s. 18-19

i Vejmarkeringssagen, pkt. 727, at konsortieaftaler mellem virksomheder, der er konkurrenter, som eksempelvis koordinerer priser eller deler markedet ”betragtes under alle omstændigheder som en alvorlig konkurrencebegrænsning, der i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen.” Ligeledes fremgår det af konkurrencelovens § 23, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-4, at en kartelaftale er en aftale mellem virksomheder i samme omsætningsled om enten priser, opdeling af markeder eller kunder, eller koordinering af bud mv.

Det afhænger af en konkret vurdering af den enkelte konsortieaftale, om den skal vurderes efter en til formåls-vurdering eller til følge-vurdering. I bemærkningerne til konkurrenceloven af 2018 fremgår det, at ”konsortieaftaler, hvor der afgives et fælles bud med en fælles pris, **vil derfor ikke altid** have til formål at begrænse konkurrencen” (vores fremhævelser).¹⁶⁶

I forlængelse heraf fastslås det, at der skal ses på tyngdepunktet for konsortiesamarbejdet: er det fælles afsætning, er det fælles produktion mv.¹⁶⁷ En konsortieaftale, der alene omfatter fælles afsætning vil som regel have et konkurrencebegrænsende formål, særligt fordi der er tale om fælles bud og fælles prisfastsættelse.¹⁶⁸ Hvis tyngdepunktet i konsortieaftalen dog er fælles produktion anlægges der en vurdering af følgevirkningerne.¹⁶⁹

I Vejmarkeringssagen indgik LKF og Eurostar en konsortieaftale om at afgive fælles bud samt udføre arbejderne, såfremt de vandt. Selve konsortieaftalen indeholdt en fastsættelse af en fælles pris, samt en opdeling af de enkelte distrikter, der var indeholdt i udbuddet.¹⁷⁰ Konkurrencerådet udtaler i pkt. 738 i Vejmarkeringssagen, at ”når to konkurrenter indgår aftale om at dele markedet imellem sig og/ eller at fastsætte priser for deres produkter/ydelser, er formålet med aftalen netop er at begrænse den konkurrence, der ellers ville have været imellem dem.” Det er også udtrykkeligt fastslået i både konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, og TEUF artikel 101, stk. 1, at aftaler, der består af fastsættelse af priser eller opdeling af markeder, netop er konkurrencebegrænsende.

Konkurrencerådet udtaler ligeledes i Vejmarkeringssagen, pkt. 741, at ved et udbud med laveste pris som tildelingskriterium, er det særligt essentielt, at der foreligger en effektiv priskonkurrence mellem tilbudsgiverne, således at priserne presses til det lavest mulige niveau. Når to konkurrenter, som ellers kunne byde på opgaven hver for sig, går sammen om at afgive et fælles bud, sættes priskonkurrencen ud af kraft, og den normale konkurrence fordrejes.

¹⁶⁶ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15

¹⁶⁷ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15; Se også EUT 2011/C 11/01, pkt. 14

¹⁶⁸ EUT 2011/C 11/01, pkt. 234; Konsortievejledningen (2018), s. 23

¹⁶⁹ Konsortievejledningen (2018), s. 23

¹⁷⁰ Vejmarkeringssagen, pkt. 737

Ved til formål-vurderinger skal der ses på 1) aftalens indhold, 2) aftalens målsætninger, og 3) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.¹⁷¹ Vejmarkeringssagen handler om en konsortieaftale angående afgivelse af bud samt fælles udførelse af arbejderne i et udbud, hvor udførelsen af delaftalerne i udbuddet allerede via konsortieaftalen er fordelt mellem konsortiets deltagere. Fordi konsortieaftalen handlede om fastsættelse af fælles pris og aftalt opdeling af markeder, indgået mellem konkurrenter, fandt Konkurrencerådet, at aftalen ud fra sit indhold var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have til formål at begrænse konkurrencen.¹⁷²

For så vidt angår aftalens målsætninger bemærker Konkurrencerådet i Vejmarkeringssagen, pkt. 767, at der skal ske en objektiv vurdering af konsortieaftalen, som er uafhængig af parternes subjektive hensigt. Konkurrencerådet bemærker, at det var muligt at afgive delbud, at der ikke i udbuddet var opstillet krav om at byde på hele opgaven, samt at det ikke var nødvendigt at gå sammen i et konsortium.¹⁷³ På den baggrund mente Konkurrencerådet, at konsortieaftalens målsætning var at eliminere konkurrencen om udbuddet mellem konsortiedeltagerne, og dermed at begrænse antallet af bud og begrænse konkurrencen om udbuddet.¹⁷⁴

Ved vurderingen af den økonomiske og retlige kontekst, hvori aftalen indgår, ses på de pågældende produkter eller tjenesteydelser, samt de pågældende markeders opbygning og funktion.¹⁷⁵ Den retlige kontekst af konsortieaftalen i Vejmarkeringssagen er der allerede taget stilling til, idet aftalen udtrykkeligt er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 samt TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c. For så vidt angår den økonomiske kontekst vurderer Konkurrencerådet, at markedet for vejmarkering ikke kendetegnes ved nogle særlige forhold, samt at LKF og Eurostar begge er aktive på det konkrete marked. Konkurrencerådet udtaler, at der ikke kan rejses tvivl om, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning.

I Vognmandssagen, pkt. 115, udtaler Konkurrencerådet, at SOV's tilbudskoordinering har til formål at begrænse konkurrencen, idet SOV består af konkurrenter og samarbejdet alene retter sig mod kundefordeling og prisfastsættelse. I forhold til fordeling af ydelserne fastslår Konkurrencerådet ligeledes, at denne vedtagelse har til formål at begrænse konkurrencen, idet markedet opdeles.¹⁷⁶

¹⁷¹ Jf. også gennemgangen i afsnittene 5.2.4 og 5.3.4.

¹⁷² Vejmarkeringssagen, pkt. 764-765

¹⁷³ Vejmarkeringssagen, pkt. 769-774

¹⁷⁴ Vejmarkeringssagen, pkt. 777-779

¹⁷⁵ Vejmarkeringssagen, pkt. 782; C-226/11, Expedia, præmis 21

¹⁷⁶ Vognmandssagen, pkt. 117

6.2.4.2. *Til følge*

I både Vejmarkeringsagen og Vognmandssagen fandt Konkurrencerådet, at der var tale om aftaler, der havde til formål at begrænse konkurrencen. Derfor gennemgik Konkurrencerådet ikke, om der ligeledes var konkurrencebegrænsende følgevirkninger ved aftalen. Såfremt en konsortieaftale dog ikke har til formål at begrænse konkurrencen, er det nødvendigt at foretage en vurdering af, om der er konkurrencebegrænsende følgevirkninger.

Som nævnt ovenfor under afsnit 6.2.4.1, ses der på aftalens tyngdepunkt. Det er en konkret vurdering, hvad den konkrete konsortieaftales tyngdepunkt er. I Konsortievejledningen nævner Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen et eksempel på, hvornår en konsortieaftale skal undergives en til følge-vurdering: når der er tale om eksempelvis et produktionssamarbejde, hvor det er den fælles produktion, der er tyngdepunktet for samarbejdet.¹⁷⁷

En konsortieaftale, der handler om et produktionssamarbejde, kan dog samtidig indeholde en fælles distribution eller fælles prisfastsættelse for de produkter, der udvikles af konsortiet. Dette medfører ikke, at aftalen skal underlægges en til formål-vurdering, såfremt produktionssamarbejdet fortsat er tyngdepunktet. Aftalen skal derfor stadig underlægges en til følge-vurdering, såfremt den fælles prisfastsættelse er en forudsætning for, at parterne indgår aftalen.¹⁷⁸

Det vil bero på en konkret vurdering, om konsortieaftalen har til følge at konkurrencen begrænses, ligesom det beror på en konkret vurdering, om konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen.¹⁷⁹ Når der anlægges en vurdering af følgevirkningerne af konsortieaftalen skal der ses på, om aftalen har eller kan have en mærkbar negativ virkning på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet, herunder pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment mv. Såfremt konsortieaftalen indskrænker aftaleparternes muligheder for at træffe selvstændige beslutninger, dvs. hvis aftalen indeholder forpligtelser, der regulerer i hvert fald en af parternes markedsadfærd eller hvis aftalen påvirker i hvert fald en af parternes markedsadfærd ved at forårsage en ændring af dens incitament, vil konsortieaftalen have til følge at begrænse konkurrencen.¹⁸⁰ Ligeledes kan aftalen have til følge at begrænse konkurrencen, hvis den indebærer, eller det kan forventes, at den vil indebære, at parterne med fordel kan hæve priserne, mindske produktionen, forringe produktkvaliteten mv.¹⁸¹

¹⁷⁷ Konsortievejledningen (2018), s. 24

¹⁷⁸ EUT 2011/C 11/01, pkt. 160; FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15; Konsortievejledningen (2018), s. 24

¹⁷⁹ Konsortievejledningen (2018), s. 24

¹⁸⁰ EUT 2011/C 11/01, pkt. 27

¹⁸¹ EUT 2011/C 11/01, pkt. 28

Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i Konsortievejledningen er der sparsom praksis vedrørende konsortier, der alene har til følge at begrænse konkurrencen, ”hvilket kan ses som udtryk for, at konkurrencemyndighederne som udgangspunkt prioriterer at behandle de sager, der udgør de mest alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne.”¹⁸²

Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 har indvirkning på de konsortieaftaler, der anses som havende til følge at begrænse konkurrencen. Såfremt virksomhederne ikke overstiger grænserne i bestemmelsen, vil konsortiet være lovligt uanset at det har til følge at begrænse konkurrencen. Derudover kan der være tale om visse effektivitetsfordele, som kan medføre, at konsortieaftalen kan fritages efter konkurrencelovens § 8.

6.3. Fritagelsesgrunde

I visse tilfælde vil en aftale mv., som ellers strider mod forbuddene mod konkurrencebegrænsende aftaler mv., kunne fritages fra forbuddet i medfør af konkurrencelovens § 8 eller TEUF artikel 101, stk. 3. Betingelserne for fritagelsen efter konkurrenceloven og TEUF er ens, selv om der er enkelte sproglige forskelle, og det fremgår af bemærkningerne til konkurrenceloven, at ved udøvelsen af skønnet efter konkurrencelovens § 8, skal de nationale konkurrencemyndigheder også tage hensyn til Kommissionens og EU-Domstolens praksis.¹⁸³ Den følgende gennemgang af betingelserne for fritagelse fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, gælder således både i henhold til konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3.

Efter konkurrencelovens § 8 finder forbuddet i § 6 ikke anvendelse, såfremt aftalen mv.:

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.”

Disse fire betingelser er kumulative, og det er op til virksomhederne selv at dokumentere, at de er opfyldt.¹⁸⁴ I Vejmarkerings sagen, pkt. 397, udtaler Konkurrencerådet, at der skal foretages en konkret vurdering af markedsforholdene, de indblandede virksomheders markedsandele, antallet af andre bud,

¹⁸² Konsortievejledningen (2018), s. 25

¹⁸³ FT 1996-97, tillæg A, s. 3662; De nationale konkurrencemyndigheder har dog ikke kompetence til at fritage en aftale fra forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1, jf. Rfo 1/2003, artikel 5 modsætningsvist

¹⁸⁴ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 457

samarbejds art, og det produkt eller tjenesteydelse, som samarbejdet vedrører, i vurderingen af, om konsortieaftalen kan fritages.

En relevant afgørelse på dette område er Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003 i Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S (herefter benævnt ”Catering-sagen”). Denne sag handler om to cateringselskaber, der indgik en samarbejdsaftale om at afgive fælles bud på levering af cateringvarer til landsdækkende kunder, hvor den ene part skulle levere øst for Storebælt og den anden vest for Storebælt. Denne samarbejdsaftale skulle give parterne mulighed for at deltage i konkurrencen om kontrakter med landsdækkende kunder. Konkurrencerådet fandt, at aftalen faldt ind under konkurrencelovens § 6, hvorfor den som udgangspunkt var forbudt, jf. pkt. 91. Dog fandt Konkurrencerådet, at samarbejdsaftalen, i medfør af konkurrencelovens § 8, kunne fritages fra forbuddet i § 6, da der kun var få aktører i stand til at konkurrere om leverancer til landsdækkende kunder, hvormed aftalen medførte øget valgmulighed for disse kunder, samt pålagde aftalen ikke unødvendige begrænsninger for parterne eller gav dem mulighed for at udelukke konkurrencen på det relevante marked, jf. pkt. 109-110.

En konsortieaftale, der er indgået mellem konkurrenter, som ikke indeholder effektivitetsfordele, som opvejer konkurrencebegrænsningen ved aftalen, vil fortsat være forbudt. I det følgende gennemgås de fire betingelser for opnåelse af fritagelse efter konkurrencelovens § 8, herunder TEUF artikel 101, stk. 3.

6.3.1. Effektivitetsfordele

Den første betingelse under konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1, er, at aftalen bidrager til at **styrke effektiviteten** i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser **eller fremmer** den tekniske eller økonomiske udvikling.

I bemærkningerne til loven fremgår, at der ikke blot skal tages hensyn til den driftsøkonomiske effektivitet, men fritagelsen af en aftale skal være i overensstemmelse med lovens generelle målsætning om at fremme den samfundsøkonomiske effektivitet.¹⁸⁵ Dette understreger, at det afgørende element er, om aftalen er til gavn for samfundet som helhed, altså om der opnås en mere effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, og ikke blot at der for deltagerne er effektivitetsfordele.¹⁸⁶

Det fremgår af Kommissionens Horisontale Retningslinjer, pkt. 246-248, at effektivitetsgevinsterne afhænger af aktiviteterens art og samarbejdspartnere, samt at de *”ikke [må] være besparelser, der kun skyldes afskaffelse af konkurrencerelaterede omkostninger, men skal skyldes integration af økonomiske aktiviteter. [...]*

¹⁸⁵ FT 1996-97, tillæg A, s. 3662

¹⁸⁶ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 459

Aftaleparterne skal påvise effektivitetsgevinsterne. Det vil i denne forbindelse være vigtigt, at begge parter bidrager med en betydelig kapital, teknologi eller andre aktiver. [...] Hvis den fælles markedsføring derimod kun omfatter et salgsgentur uden investeringer, er det sandsynligt, at der er tale om et skjult kartel, og i så fald er betingelserne i artikel 101, stk. 3, ikke opfyldt.”

Effektivitetsfordelene skal opveje konkurrencebegrænsningerne ved aftalen og kan bestå i såvel kvantitative som kvalitative fordele. Kvantitative fordele kan være omkostningsbesparelser, eksempelvis ved at samarbejdet mellem konsortiedeltagerne reducerer omkostningerne, fordi virksomhederne anvender forskellige teknologier eller lignende.¹⁸⁷ De kvalitative fordele kan bestå i, at der udarbejdes nye eller forbedrede produkter eller tjenester, fordi konsortiedeltagerne ved at kombinere deres kompetencer og knowhow kan levere et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville hver for sig.¹⁸⁸

I Vejmarkeringssagen kombinerede parterne ikke deres maskiner og mandskab i forbindelse med udførelsen af opgaverne, idet de i stedet fordelte de udbudte distrikter mellem sig. Konkurrencerådet udtaler i pkt. 830, at der ikke opnås nogen betydelige gevinster ved samarbejdet, fordi der hverken kan konstateres stordriftsfordele, omkostningsbesparelser, fælles udnyttelse af maskiner og mandskab mv. Derfor opfyldte Konsortiet ikke betingelsen om effektivitetsfordele.

I Vognmandssagen foretoges fordelingen af de udbudte ruter blandt foreningens medlemmer ved lodtrækning, hvorfor Konkurrencerådet i pkt. 134 udtaler, at der ingen effektivitetsfordele er ved en sådan tilfældig fordelingsmekanisme, idet den ikke udnytter eventuelle omkostningsmæssige fordele, som den enkelte vognmand måtte have ved at betjene bestemte ruter eller tidsperioder, eller andre fordele, der eventuelt kan være ved at betjene et netværk af ruter. Derfor opfyldte SOV ikke betingelsen om effektivitetsfordele.

Til gengæld udtaler Konkurrencerådet i Catering-sagen, pkt. 100, at fordi samarbejdet sikrer en ekstra aktør på markedet, vil det kunne øge konkurrencen om leverancerne og dermed styrke effektiviteten i distribution af cateringvarer. Parterne i denne sag opfyldte således betingelsen om effektivitetsfordele. Forskellen mellem Catering-sagen og Vejmarkeringssagen er blandt andet det moment, at samarbejdet i Catering-sagen sikrede en ekstra aktør på markedet, mens Vejmarkeringssagen begrænsede konkurrencen, fordi konsortiedeltagerne begge var landsdækkende og kunne have udført de udbudte opgaver hver for sig.

¹⁸⁷ Konsortievejledningen (2018), s. 28

¹⁸⁸ Konsortievejledningen (2018), s. 28

6.3.2. Forbrugerfordele

Den anden betingelse under konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 2, er, at aftalen skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene. Ifølge bemærkningerne til loven skal forbrugerbegrebet forstås bredt, hvorved der ikke alene tænkes på den endelige forbruger, men også mellemed i distributionen.¹⁸⁹ Dette fremgår ligeledes af Kommissionens Retningslinjer, idet det præciseres, at forbrugere er aftaleparternes kunder samt senere købere.¹⁹⁰

For så vidt angår betingelsen om, at aftalen skal sikre forbrugerne ”en rimelig andel” medfører dette, at forbrugernes fordele mindst skal opveje enhver negativ indvirkning, som konkurrencebegrænsningen har.¹⁹¹ Hvis konkurrencebegrænsningen antages at medføre højere priser, skal forbrugerne kompenseres fuldt ud herfor i form af bedre kvalitet eller andre fordele.¹⁹²

Konkurrencerådet udtaler i Vejmarkeringssagen, pkt. 833, at ”*jo større markedsandel, konsortiedeltagerne har, jo mindre sandsynligt er det, at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode i form af fx lavere priser.*” Parterne i Konsortiet kunne have budt på de enkelte distrikter hver for sig og Konkurrencerådet udtaler i relation hertil, at parterne ikke har vist, at deres fælles bud var lavere end de bud, de ville have været i stand til at give hver for sig, jf. pkt. 837. Konkurrencerådet udtaler, at der ikke er dokumenteret eller sandsynliggjort nogen effektivitetsfordele, som kunne komme forbrugerne til gode, herunder især fordi det var muligt at afgive delbud, hvorfor eventuelle risikomomenter ved at byde alene på flere distrikter kunne undgås.

I Vognmandssagen, pkt. 141, udtaler Konkurrencerådet, at der ikke er dokumenteret nogen effektivitetsgevinst, som vil komme forbrugeren til gode. Konkurrencerådet udtaler, at formålet med udbuddet var at få skabt en konkurrence om opgaven, hvorfor der også var mulighed for at byde på de enkelte ruter. SOV's tilbud gik imod hensynet bag udbuddet, idet medlemmernes tilbudsgivning afværgedes og begrænsede konkurrencen.

I Catering-sagen medførte samarbejdet større valgmulighed, idet der ikke var mange aktører, der kunne udbyde de pågældende ydelser, og skærpet konkurrence for kunderne, når de efterspurgte leverancer, hvorfor der forelå en direkte fordel for forbrugerne. Betingelsen var derfor opfyldt i denne sag.

¹⁸⁹ FT 1996-97, tillæg A, s. 3663

¹⁹⁰ EUT 2004/C 101/08, pkt. 84

¹⁹¹ EUT 2004/C 101/08, pkt. 85

¹⁹² EUT 2004/C 101/08, pkt. 86

6.3.3. Proportionalitet

Den tredje betingelse under konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3, er, at aftalen ikke må pålægge virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige. I bemærkningerne til loven fremgår, at konkurrencebegrænsningerne skal være nødvendige for at opnå de eventuelle fordele ved aftalen, hvormed der er krav om, at parterne ikke kan nå de samme mål ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger.¹⁹³

Det følger af Kommissionens Retningslinjer, pkt. 73, at der er to kriterier ved denne betingelse: den konkurrencebegrænsende **aftale** skal med rimelighed være nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne, og de **enkelte konkurrencebegrænsninger**, som aftalen indebærer, skal med rimelighed være nødvendige for at opnå disse gevinster.

Der skal således foretages en objektiv vurdering af, om aftaledeltagerne kunne opnå de samme effektivitetsgevinster uden den konkurrencebegrænsende aftale eller uden de enkelte konkurrencebegrænsninger, idet der skal foreligge ”*proportionalitet mellem mål og midler*.”¹⁹⁴

Konkurrencerådet udtaler i Vejmarkeringssagen, pkt. 844-845, at der først og fremmest ikke er dokumenteret effektivitetsfordele, som kommer forbrugerne til gode, men selv hvis der var, ”*er det vanskeligt at se, at Konsortiet er nødvendigt for at realisere disse effektivitetsfordele, og at de ikke kunne have været realiseret uden Konsortiet*,” samt herefter, at aftalen ikke er proportional, fordi den pålægger unødvendige begrænsninger. I vurderingen lægger Konkurrencerådet igen vægt på, at der var mulighed for at afgive delbud.

I Vognmandssagen vurderer Konkurrencerådet i pkt. 146, at et mindre antal vognmænd kunne være gået sammen om at afgive bud, såfremt det var nødvendigt at være flere for at løse opgaven. Derfor er betingelsen om proportionalitet heller ikke i denne sag opfyldt, idet konsortiet således ikke var objektivt nødvendigt.

Til gengæld opfylder parterne i Catering-sagen betingelsen om proportionalitet, idet Konkurrencerådet i pkt. 103-106 udtaler, at der ikke udveksles oplysninger som ses at have nogen effekt for virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd i øvrigt, udvekslingen er nødvendig for tilbudsgivningen, der er ikke pålagt parterne nogen begrænsninger i forhold til at træffe selvstændige kommercielle beslutninger ud over de forpligtelser, som de kontraktligt binder sig til over for landsdækkende kunder, og i øvrigt er parterne aktive på forskellige geografiske områder, ud over det pågældende samarbejde.

¹⁹³ FT 1996-97, tillæg A, s. 3663

¹⁹⁴ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 472

6.3.4. Udelukkelse af konkurrencen

Den fjerde betingelse under konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 4, er, at aftalen ikke må give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Det anføres i bemærkningerne til loven, at betingelsen betyder, at der kræves opretholdt et konkurrenceminimum på det marked, hvor konsortieaftalen indgår.¹⁹⁵ I den forbindelse skal der tages hensyn til hvor meget konkurrence der vil være tilbage mellem deltagerne i konsortiet samt til hvor meget konkurrence, der vil være fra andre aktører på markedet. Såfremt aftalen medfører, at konkurrence mellem parterne helt ophæves, kræver en fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 4, at der til gengæld forventes et væsentligt konkurrencetryk fra andre virksomheder på markedet.

Med denne betingelse lægges der altså vægt på at værne om konkurrencen samt bevare konkurrenceprocessen i højere grad end på de eventuelle konkurrencefremmende effektivitetsfordele, som aftalen måtte medføre.¹⁹⁶ Aftaledeltagerne skal stadig være udsat for et konkurrencepres, og i denne vurdering undersøges det, hvordan konkurrencen bestod før aftalen, og hvor meget konkurrencen som følge af aftalen er svækket.¹⁹⁷

Dette ses bekræftet i Vejmarkeringssagen, hvor Konkurrencerådet i pkt. 848 udtaler, at konsortieaftalen var egnet til at medføre, at parterne ikke bød på et eller flere distrikter hver for sig, hvormed konsortieaftalen begrænsede den indbyrdes konkurrence mellem parterne, der ville have været uden aftalen. Derudover udtaler Konkurrencerådet i pkt. 852, at konsortieaftalen har en generel ekskluderende effekt på det pågældende marked, hvormed den er egnet til at begrænse konkurrencen, fordi den begrænser parternes incitament til at byde separat. Det havde formentlig spillet en væsentlig rolle, såfremt der havde været et væsentligt konkurrencetryk fra andre virksomheder på markedet. Imidlertid var det ikke tilfældet, idet de to konsortiedeltagere var de to største aktører på markedet.

I Vognmandssagen, pkt. 149-150, udtaler Konkurrencerådet, at vedtagelsen om at koordinere tilbuddet har til formål at begrænse konkurrencen, hvilket indebærer, at enhver reel konkurrence udelukkes for de indblandede virksomheder, hvormed tilbudskoordineringen var egnet til at udelukke konkurrencen.

Modsat kommer Konkurrencerådet til den konklusion, at betingelsen er opfyldt i Catering-sagen, idet konsortiedeltagerne har en ringe markedsstyrke, og da markedsstrukturen på det pågældende marked i øvrigt er præget af to andre meget store landsdækkende virksomheder, mens samarbejdet ikke indebærer

¹⁹⁵ FT 1996-97, tillæg A, s. 3663

¹⁹⁶ EUT 2004/C 101/08, pkt. 105

¹⁹⁷ Levinsen, Andersen og Kastfelt (2018), s. 480

en samordning af parternes adfærd i øvrigt, der har betydning for andre virksomheders konkurrencemuligheder, hvorfor aftalen ikke giver nogen af parterne mulighed for at udelukke konkurrencen.¹⁹⁸

7. Konklusion

Hvad er grænseområdet mellem udbuds- og konkurrenceretten i forbindelse med konsortier og konkurrencebegrænsende aftaler, og hvornår er konsortier konkurrencebegrænsende?

Dette speciale har foretaget en fyldestgørende gennemgang af de forskellige samarbejdsformer, som udbudsrettens regler giver mulighed for i forbindelse med en tilbudsgivning, og konkurrencerettens regler om konkurrencebegrænsende aftaler i henhold til konkurrencelovens § 6. Redegørelsen har konkluderet, at der foreligger forskelligartede samarbejdsformer, som gør det muligt for flere økonomiske aktører at foretage tilbudsgivning samlet, herunder konsortiedannelse efter udbudslovens § 139, stk. 2.

Det er ligeledes påvist gennem analysen, at disse samarbejdsformer skal dannes under hensynstagen til konkurrenceretten. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler gælder for tilbudsgivere og tilknyttede økonomiske aktører, hvorfor det påhviler disse at iagttage gældende konkurrenceretlige regler. Dette forhold besværliggøres af, at konkurrenceretten i sin natur er kompleks, ligesom overtrædelse af konkurrenceretten kan ske bevidst og ubevidst. Endeligt må det konkluderes, at et konsortium er konkurrencebegrænsende, når konsortiedeltagerne er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forbindelse med det pågældende udbud.

For at afklare problemstillinger, der udspringer af et juridisk grænseområde, har det været en forudsætning for en tilstrækkelig besvarelse at gennemgå de respektive retsområder, der befinder sig i det pågældende grænseområde. I denne forbindelse har det været en nødvendighed at afklare det juridiske grundlag, som henholdsvis udbuds- og konkurrenceretten bygger på. Gennem analysen er det blevet påvist, at begge retsområder overordnet søger at forfølge de mål, som knytter sig til varetagelsen af det indre marked. I forlængelse heraf er det konstateret, at henholdsvis udbuds- og konkurrenceretten udgør forskelligartede midler i målsætningen om at sikre en effektiv ressourceanvendelse gennem en effektiv konkurrence.

Med udgangspunkt i udbudslovens formål og gældende principper, er det fastslået at denne overordnet stiller frie rammer for anvendelsen af samarbejdsformer for tilbudsgivere og økonomiske aktører. Det fastslås, at der i en udbudsretlig kontekst overordnet findes tre samarbejdsformer, og at disse kan

¹⁹⁸ Catering-sagen, pkt. 107-108

anvendes i kombination med hinanden. Dette medfører praktiske udfordringer, eftersom der i udbudsloven gælder særlige regler for den enkelte samarbejdsform. Endvidere kan det også besværliggøre den konkurrenceretlige retsstilling, eftersom et underleverandørforhold adskiller sig fra et konsortieforhold, hvilket kan lede til forskelligartede konkurrenceretlige overvejelser.

Ved at fastsætte et forbud mod aftaler mv., der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, indgår konkurrenceretten i et grænseområde til udbudsretten. Dette forbud omfatter konsortier, hvorfor det er nødvendigt for konsortiets deltagere at tage stilling til, om konsortiet begrænser konkurrencen.

Konkurrenceretten udspringer ligesom udbudsretten af EU-retten, hvilket medfører et betydeligt fortolkningsbidrag fastsat gennem EU-retlige retskilder. Såvel EU-retlig som dansk retspraksis, herunder administrativ praksis, samt Kommissionens meddelelser mv., bidrager til fortolkningen af, hvorvidt en aftale mv. er konkurrencebegrænsende. Specialet fremhæver disse fortolkningsbidrag ved en analyse af momenter fra Vognmandssagen samt Vejmarkeringssagen.

Navnlig kravet om, at konsortiet skal fremstå som værende objektivt nødvendigt, synes at være et bærende element i vurderingen af, om konsortier er konkurrencebegrænsende. Der kan stilles kritik ved den retskildemæssige værdi af Vejmarkeringssagen, henset til at sagen er blevet indbragt for domstolene, som endnu ikke har afsagt dom i sagen. Vejmarkeringssagen står dog ikke alene i specialets analyse, idet de samme momenter samtidig udledes af Vognmandssagen, herunder at muligheden for at byde på dele af udbuddet mv. har stor betydning i den konkurrenceretlige vurdering af konsortier.

Den administrative praksis som eksisterer på det udbuds- og konkurrenceretlige område giver i sig selv anledning til enkelte uklarheder. Klagenævnet for Udbud træffer de fleste afgørelser i en udbudsretlig kontekst uden at være en konkurrencemyndighed. Det er således kun de konkrete konkurrencemyndigheder, herunder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet, der har til opgave at træffe egentlige konkurrenceretlige vurderinger, der, for at sagen rejses, forudsætter en begrundet mistanke om en konkurrencebegrænsning. Dette i sig selv kan medføre, at afgørelserne afsagt af Konkurrencerådet sjældent stifter bekendtskab med spørgsmål, der bevæger sig på grænsen til ikke at være konkurrencebegrænsende.

Et af hovedformålene bag udarbejdelsen af dette speciale er at skabe afklaring omkring den konkurrenceretlige retstilstand for konsortier. Dette har imidlertid vist sig at være forbundet med udfordringer, henset til det faktum, at den konkurrenceretlige vurdering i høj grad afhænger af konkrete, faktuelle omstændigheder, der varierer fra sag til sag, og hvis effekt ikke altid kan gennemskues af en tilbudsgiver eller økonomisk aktør. Når tilbudsgiverne derfor er tvunget til at anvende ressourcer på indledende undersøgelser, der ultimativt vil påvirke prisen på de afgivne tilbud, står dette i direkte

modsatning til det faktum, at udbuds- og konkurrenceretten er udarbejdet med det formål at sikre en optimal ressourceanvendelse gennem effektiv konkurrence på markedet.

Som en afrundende bemærkning påhviler det ordregiver at sikre ligebehandling af samtlige økonomiske aktører i en udbudsretlig kontekst. Muligheden for tilbudsgivere til at samle sig i konsortier medvirker til, at ordregiver i højere grad kan leve op til sin forpligtelse til at sikre, at udbudsmaterialet indeholder objektivt lige saglige kriterier, idet mindre økonomiske aktører via indordning i konsortier i højere grad har vil kunne opfylde de betingelser, der måtte være fremsat i udbudsmaterialet. Dette medvirker til en øget konkurrencesituation i henhold til offentlige udbud, hvilket er et af de mest væsentlige nationale formål bag udbudsloven.

Samtidigt medfører denne mekanisme, at ordregivere af egen drift er forpligtet til at påse, hvorvidt konsortier på samme vilkår kan opfylde et udbud, som én eller få stærke aktører ellers normalt var alene om at varetage. Såfremt udbudsmaterialets vilkår afskærer muligheden for konsortiedannelse på et usagligt grundlag, risikerer ordregiver at have handlet i strid mod ligebehandlingsprincippet.

Det kan afslutningsvist udledes, at konsortiedannelse er en nødvendighed for at skabe et konkurrenceneutralt udbudsmiljø, uden at ordregivere risikerer en usaglig udelukkelse af visse økonomiske aktører. Princippet skaber derfor en nødvendig balancegang mellem de to retsområder, for både at sikre konsortiedannelsen i medfør af udbudsretten, men ligeledes for at sikre, at konsortiedannelsen ikke antager en konkurrencefordrejende form. Samlet illustrer dette en nødvendighed for at skabe klarhed og forståelse af reglerne, således både ordregivere og tilbudsgivere har vished om hvad der er tilladt.

8. Kildehenvisninger

8.1. Litteratur

- Arrowsmith, S. (1996). *The law of public and utilities procurement* (1. udgave). Sweet & Maxwell.
- Blume, P. (2016). *Retsystemet og juridisk metode*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Daniel, B. T., Elholm, T., Starup, P., og Steinicke, M. (2011). *Grundlæggende EU-ret. EU efter Lissabontraktaten*. (2. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Fejøl, J., og Ølykke, G. S. (2014). *EU-konkurrenceret* (5. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hamer, C. R. (2016). *Grundlæggende udbudsret* (1. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Heide-Jørgensen, C. (2017). *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (3. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Jakobsen, P. S., Poulsen, S. T., og Kalsmose-Hjelmborg, S. E. (2016). *EU udbudsretten* (3. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Levinsen, K., Andersen, K. H., og Kastfelt, L. (2018). *Konkurrenceloven med kommentarer* (4. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Munk-Hansen, C. (2014). *Retsvidenskabsteori* (1. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Steinicke, M. (2017). Udbudsretten og konkurrenceretten – samspil eller konflikt. I N. J. Clausen, A. Kronborg, N. D. Legind, og B. O. G. Mortensen (Red.), *Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen* (s. 533–544). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Ølykke, G. S., og Nielsen, R. (2017). *EU's udbudsregler - i dansk kontekst* (2. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

8.2. Lovgrundlag

- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet)
- FT 1996-97, tillæg A, s. 3641-3679, LSF 172 Forslag til Konkurrencelov af 20. februar 1997
- FT 2015-16, tillæg A, L 19 Forslag til Udbudsloven af 7. oktober 2015
- FT 2017-18, tillæg A, L 6 Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven af 4. oktober 2017

Lov nr. 1564 af 15. december 2015, udbudsloven

Lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018, Bekendtgørelse af konkurrenceloven

Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om klagenævnet for udbud

Procedure 2011/0438/COD, COM (2011) 896, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb af 20. december 2011 (Kommissionens forslag til udbudsdirektivet af 20. december 2011)

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (*nu artikel 101 og 102*) (Rfo 1/2003)

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

8.3. Afgørelser, beslutninger mv.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. december 2013 i Agusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. marts 2018 i Idemia Identity & Security France SAS mod Digitaliseringsstyrelsen

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 om Dansk Vejmarkerings Konsortium (Vejmarkerings sagen)

Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014 i Skive og Omegns Vognmandsforenings Tilbudskoordinering (Vognmandssagen)

Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003 i Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S (Catering-sagen)

Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. november 2008 i De Samvirkende Købmænd mod Konkurrencerådet

Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014 i Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark mod Konkurrencerådet

Sag 56/64, Consten og Grundig

Sag 5/69, Völk/Vervaecke

Sag C-40/73 Suiker Unie m.fl.

Sag C-810/79, Peter Überschar mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte

Sag C-41/90, Höfner og Elser

Sag C-219/95 P, Ferriere Nord SpA

Sag C-126/97, Eco Swiss

Sag C-57/01 Makedoniko Metro og Michaniki AE mod Elliniko Dimosio

Sag C-21/03, Fabricom SA mod État belge

Sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig

Sag C-209/07, Beef Industry Development Society

Sag C-226/11, Expedia

Sag C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires

8.4. Kommissionens meddelelser mv.

EUT 1997/C 372/03. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (Markedsafgrænsningsmeddelelsen).

EUT 2004/C 101/07. Kommissionens meddelelse – Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu 101 og 102) (Samhandelsmeddelelsen).

EUT 2004/C 101/08. Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu 101, stk. 3) (Kommissionens Retningslinjer).

EUT 2011/C 11/01. Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (Kommissionens Horisontale Retningslinjer).

EUT 2014/C 291/01. Kommissionens Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (Bagatelmeddelelsen).

8.5. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger mv.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2012). *Vejledning i konsortiedannelse. For små og mellemstore virksomheder.* (Vejledning i konsortiedannelse)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2014). *Udbud med deltagelse af konsortier. Vejledning til ordregivere.* (Udbud med deltagelse af konsortier)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2016). *Standardmodel for offentlig-private partnerskaber (OPP)*. Nyanlæg. (OPP Standardmodel)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2017). *Status for offentlig konkurrence*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2018). *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven. Vejledning*. (Konsortievejledningen)

8.6. Øvrigt

Artikel af DIBusiness.dk: *DI-direktør efterlyser nye regler for konsortier: Udbud kan indeholde ulovlige opfordringer* af 30. maj 2017. Senest besøgt 16. maj 2018:

<http://www.denoffentlige.dk/di-direktoer-efterlyser-nye-regler-konsortier-udbud-kan-indeholde-ulovlige-opfordringer>

Hansen, J. R., Petersen, O. H., Villadsen, A. R., og Houlberg, K. (2017). *Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud – en survey-undersøgelse på tværs af brancher*. Center for forskning i offentligt-privat samspil (COPS)

Klagenævnet for Udbud, Årsberetning 2016

9. Abstract

Every year Danish government authorities enter into contracts for the provision of supplies, services and works for billions of euros using public funds. The tender process of public contracts increases the competition by allowing more economic operators to bid on the contract. Economic operators can bid on contracts in a public procurement process by themselves, but they can also collaborate with other operators in order to submit a bid. There are different ways as to how an economic operator can choose to collaborate with others, and one of these collaborations is through the establishment of a consortium. Consortiums can be beneficial to both the public as well as the companies that are involved as long as they do not restrict the competition. The problem arises when consortiums do restrict the competition. However, there is a lack of clarity in the regulations on public procurement as to when consortiums are allowed.

The aim of this thesis is to examine the boundary between the regulations on public procurement and the regulations on competition particularly regarding at what point consortiums cross the boundary between these regulations and into restriction of competition, whether through objective or effect.

As such, two areas of law are examined in this thesis.

First, regulation on public procurement is examined – both the European Union Directive on public procurement of 26 February 2014 and the Danish implementation of that directive which is found in the Danish Public Procurement Act no. 1564 of 15 December 2015. Second, regulation on competition law is examined, both the ruleset in the Treaty on the Functioning of the European Union and the Danish Competition Act no. 155 of 1 March 2018.

The regulations mentioned above are examined for their purposes and for how they regulate both the possibility to collaborate on submitting a bid on a public contract as well as the point at which such collaborations cross over into restriction of competition. The examinations involve an analysis of the boundary between the two jurisdictions and how the regulations counteract and interact in regard to the effective competition and optimal use of public funds.

The conclusion of these examinations is that the purpose of the public procurement regulations is to establish practices for public procurement and thus enable optimal use of public funds via effective competition. The purpose of the competition regulations is to promote efficient resource allocation in society through workable competition. As such both regulations pursue similar purposes: effective competition and efficient use of public funds.

The public procurement regulations allow for groups of economic operators to participate in procurement procedures and this is commonly interpreted as the authority to form consortiums. The public procurement regulations do not regulate further in detail how or when consortiums are allowed. Therefore, it is necessary to turn to the competition regulations which form the basis of when a consortium is allowed.

In accordance with the competition regulations, it is prohibited for economic operators to form consortiums in order to submit a bid for a contract in a public procurement process if it is the objective of such an agreement to restrict the competition, or if the competition is restricted regardless of whether this was the objective of the agreement. It is considered to be a restriction of the competition when the economic operators that are part of the consortium are in fact actual or potential competitors.

The economic operators are actual or potential competitors if they are already capable to bid on the contract alone or realistically and possibly could become capable to bid on the contract alone. The essence is in fact whether or not the economic operator is able to bid on the public contract alone and perform in accordance with it.

The analysis demonstrates these criteria by highlighting two essential Danish cases on the matter, wherein the consortiums in both these cases were deemed illegal due to the fact that the individual economic operators were able to bid on parts of the public contract and were not obliged to bid on the entire contract. The cases are both from the Danish Regulatory Board of Competition Regulation and one of the cases is pending a trial in the Danish Courts.

Consortiums are of benefit when a public procurement requires different areas of expertise or when small and medium-sized enterprises lack resources to bid on a contract alone. In this way, these suppliers are allowed to compete in a greater scale where they may otherwise not be able to take the contract on individually.