



JURIDISK KANDIDATSPECIALE

EN ANALYSE AF DE RETLIGE RAMMER FOR ETABLERING AF KONSORTIESAMARBEJDER MED HENBLIK PÅ DELTAGELSE I EU- UDBUDSFORRETNINGER

MAJ 2020

AALBORG UNIVERSITET

VEJLEDER: MARTIN HOLMGAARD THOMSEN

Pernille Vilsen | 10. semester, Cand.merc.jur, studienr: 20154658

Antal anslag: 139.926

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. EMNEAFKLARING	- 4 -
1.1 INDLEDNING	- 4 -
1.2 PROBLEMFELT	- 6 -
1.3 AFGRÆNSNING	- 6 -
1.4 METODE	- 10 -
1.5 FREMGANGSMÅDE	- 12 -
2. UDBUDSRETEN	- 13 -
2.1 FORMÅLET MED UDBUDSRETEN	- 13 -
2.3 UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER	- 14 -
2.3.1: Ligebehandlingsprincippet	- 15 -
2.3.2: Gennemsigtighedsprincippet	- 16 -
2.3.3: Proportionalitetsprincippet	- 17 -
2.4 UDBUDSLOVENS REGULERING AF SAMARBEJDSFORMER	- 17 -
2.4.1 Udbudslovens regulering af konsortiesamarbejder	- 19 -
2.4.2 Krav til konsortiets retlige form	- 20 -
2.4.3 Udelukkelse af konsortier	- 21 -
3. KONKURRENCERETTEN	- 25 -
3.1 FORMÅLET MED KONKURRENCERETTEN	- 25 -
3.2: KONKURRENCERETTENS REGULERING AF KONKURRENCEBEGRÆNSENDE AFTALER	- 27 -
3.2.1: Konkurrencelovens § 6	- 28 -
3.2.2: Fritagelse for forbuddet efter konkurrencelovens § 8	- 28 -
4. HØJESTERET DOM AF 27. NOVEMBER 2019: KONKURRENCERÅDET MOD EUROSTAR DANMARK A/S OG GVCO A/S	- 29 -
4.1 KONKURRENCERÅDETS OG KONKURRENCEANKENÆVNETS AFGØRELSE	- 30 -
4.2 SØ- OG HANDELSRETTENS AFGØRELSE	- 31 -
4.3 HØJESTERETS AFGØRELSE	- 31 -
5. DEN RETLIGE TEST AF ET KONSORTIUM	- 32 -
5.1 AFGRÆNSNING AF DET RELEVANTE MARKED	- 34 -

5.1.1 Det relevante produktmarked	- 35 -
5.1.2 Det relevante geografiske marked	- 36 -
5.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING	- 36 -
5.3. ER VIRKSOMHEDERNE KONKURRENTER VED DET KONKRETE EU-UDBUD?	- 37 -
5.3.1: Markedets karakteristika.....	- 39 -
5.3.2: Muligheden for at afgive delbud	- 40 -
5.3.3: Har virksomhederne den fornødne kapacitet?	- 41 -
5.3.4 Kan virksomhederne skaffe den fornødne kapacitet?.....	- 46 -
5.4 OPFYLDER KONSORTIEAFTALEN BETINGELSERNE I KONKURRENCELOVENS § 6, STK. 1?	- 47 -
5.4.1 Opfylder de økonomiske aktører virksomhedsbegrebet?	- 48 -
5.4.2 Har de økonomiske aktører indgået en aftale?	- 49 -
5.4.3 Har den indgåede konsortieaftale til formål eller til følge at begrænse konkurrencen?-	49 -
5.4.4 Udgør konsortieaftalen en mærkbar begrænsning?	- 57 -
5.5: KAN AFTALEN FRITAGES EFTER KONKURRENCELOVENS § 8?	- 58 -
5.5.1 Kriteriet om effektivitetsfordele	- 60 -
5.5.2 Kriteriet om forbrugerfordele	- 62 -
5.5.3 Kriteriet om proportionalitet.....	- 64 -
5.4.4 Kriteriet om udelukkelse af konkurrencen	- 65 -
6. KONKLUSION	- 66 -
7. LITTERATURLISTE	- 70 -
7.1 FAGLITTERATUR.....	- 70 -
7.2 LOVGRUNDLAG	- 71 -
7.3 FORARBEJDER.....	- 71 -
7.4 KOMMISSIONENS MEDDELELSER M.V.....	- 72 -
7.5 VEJLEDNINGER M.V.	- 72 -
7.6 AFGØRELSER	- 72 -
7.7 ØVRIGE.....	- 73 -
8. ABSTRACT	- 74 -

1. Emneafklaring

1.1 INDLEDNING

Den offentlige sektor indkøber hvert år varer og tjenesteydelser for omtrent 370 milliarder kroner.¹ Indkøb foretaget af offentlige myndigheder² spiller, som følge af dets omfang, derfor en stor rolle indenfor den samfundsøkonomiske udvikling i såvel Danmark, som i resten af Europa.³ Af denne årsag er incitamentet til at sikre en fri og effektiv konkurrence for offentlige indkøb en bred samfundsmæssig interesse, idet det altid bør sikres at skatteyderne penge forvaltes så effektivt som muligt.⁴

Når offentlige opgaver sendes i EU-udbud, foreligger der forskellige måder, hvorpå økonomiske aktører⁵ kan byde på et sådant udbud. Én af disse er muligheden for at afgive tilbud som et konsortium. Konsortiedannelse er en organisationsform der ofte forekommer i praksis, hvor to eller flere økonomiske aktører midlertidigt går sammen om at byde på en konkret udbudt opgave.⁶ Etableringen af sådanne konsortier *kan* i sit virke bidrage til at effektivisere konkurrencen om offentlige opgaver, idet der potentielt afgives flere konkurrencedygtige tilbud. En sådan mulighed forudsætter i sin natur dog at samarbejdet er lovligt etableret. Er et konsortium derimod ulovligt etableret *kan* dette begrænse den effektive konkurrence, idet konsekvensen potentielt er færre konkurrencedygtige tilbud.⁷

Muligheden for konsortiedannelse hjemles i Lov nr. 1564 af 15. december 2015 (herefter: udbudsloven). Nærmere bestemt åbner udbudslovens § 139, stk. 2, udtrykkeligt op for at midlertidige sammenslutninger, og dermed konsortier, har mulighed for at deltage i udbudsprocedurer.

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ”Status for offentlig konkurrence”, 2019, s. 4

² Begrebet ”ordregivende myndighed” omfatter: ”Statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer”, jf. udbudslovens § 24, nr. 28

³ Fabricius, Jesper, ”Offentlige indkøb i praksis”, 2017, 4. udgave (herefter: Fabricius, J.), s. 25

⁴ Mortensen, Bent Ole Gram, m.fl., ”Erhvervsforvaltningsret”, 2016, 1. udgave (herefter: Mortensen, B. O. G., m.fl.), s. 481

⁵ Begrebet ”økonomisk aktør” omfatter: ”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”, jf. udbudslovens § 24, nr. 38

⁶ Hagel-Sørensen, Karsten, ”Aktuel udbudsret II”, 2016, (herefter: Hagel-Sørensen, Karsten), s. 404

⁷ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, ”Dansk markedsret”, 2018, 5. udgave (herefter: Mortensen, B. O. G og Steinicke, M.), s. 87

Udbudsloven indeholder dog ikke bestemmelser der positivt definerer, hvordan en økonomisk aktør skal håndtere lovens umiddelbare adgang til at indgå i et konsortiesamarbejde.⁸ Udbudslovens § 139, stk. 2 betragtes derfor udelukkende som en bekræftelse af, at konsortier kan deltage i en udbudsprocedure, idet bestemmelsen i sin ordlyd ikke fastlægger yderligere krav til samarbejdets udformning og eksistens.⁹ Derfor har de økonomiske aktører, ud fra udbudsloven alene, ikke haft et specifikt og brugbart redskab til at håndtere anvendelsen af konsortier i tilbudssammenhæng på offentlige opgaver.¹⁰

Netop derfor indgår denne del af udbudsreguleringen i et praktisk samspil og som et supplement til Lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018, Bekendtgørelse af konkurrenceloven (herefter: konkurrenceloven), idet loven opstiller restriktioner for, hvornår en sådan samarbejdsform udgør en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6.¹¹ Både udbuds- og konkurrenceretten har dermed stor indflydelse på den konkurrence der udløses, når en offentlig myndighed sender en kontrakt i EU-udbud. Begge regelsæt er derfor vigtige for målet om at sikre en effektiv konkurrence ved brug af offentlige midler.¹²

Samspillet mellem udbuds- og konkurrenceretten efterlader dog fortsat en del ubesvarede spørgsmål i relation til konsortiedannelse. Det fremgår blandt andet af et lovforslag til den gældende konkurrencelov, at: *“Flere erhvervsorganisationer har »...« peget på, at retstilstanden for konsortier er uklar, hvilket kan afholde virksomheder fra at indgå i konsortier, der potentielt kunne være konkurrencefremmende”*.¹³ Derfor har Højesteret i sin nyeste praksis indenfor området truffet afgørelse i den principielle dom af 27. november 2019: Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S (herefter: Vejmarkeringsafgørelsen). Afgørelsen behandlede netop lovligheden i at danne konsortier efter både Konkurrencemyndighederne og Sø- og Handelsretten tidligere har afsagt afgørelse i sagen – dette med forskellige resultater. Tidligere instansers modstridende

⁸ Ølykke, G. S. og Nielsen, R., s. 187

⁹ Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, *“EU udbudsregler - i dansk kontekst”*, 2017, 2. udgave (herefter: Ølykke, G. S. og Nielsen, R.), s. 187

¹⁰ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 79

¹¹ Clausen, Nis Jul, m.fl., *“Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen”*, Michael, Steinicke, *“Udbudsretten og konkurrenceretten – samspil eller konflikt”*, 2017, (herefter: Steinicke, M.), s. 533; Madsen, Palle B., *“Markedsret, del 1”*, 2018, (herefter: Madsen, P. B.), s. 107

¹² Steinicke, M., s. 533 ff.

¹³ FT 2017-18, tillæg A, L 6, Forslaget til lov nr. 1545 om ændring af konkurrenceloven af 19. december 2017 (herefter: FT 2017-18, tillæg A, L 6), pkt. 2.1.2

afgørelser og vurderinger havde således medført en generel usikkerhed indenfor området.¹⁴ Derfor sigtede Højesteret mod at bekendtgøre faste regler for hvad der gælder, når virksomheder går sammen om at etablere et konsortium. Da det er virksomhedernes eget ansvar at overholde konkurrencereglerne, medfører en sådan skærpelse af praksis, et grundlæggende behov for at danne et overblik over, hvilken retlig test et konsortium bedømmes efter, idet et sådan overblik bidrager til at illustrere, hvilke overvejelser økonomiske aktører bør iagttage forud for etablering af konsortiedannelser.

1.2 PROBLEMFELT

På baggrund af Højesterets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, udtaler Direktør for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Jakob Hald: *“Det er godt, at vi »...« nu får klarhed om, hvad der gælder, når virksomheder går sammen om at byde på en opgave.”*¹⁵ Fremstillingens problemformulering er derfor som følger:

”Hvordan bør man som økonomisk aktør, ud fra et konkurrence- og udbudsretligt perspektiv, håndtere etableringen af et konsortium forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger, efter Højesterets nyeste praksis indenfor området?”

Til at besvare ovenstående problemformulering vil nærværende fremstilling derfor, med afsæt i Højesterets afgørelse, foretage en tilbundsgående analyse af, hvilke retlige rammer etableringen af konsortiesamarbejder bedømmes efter. Analysen gennemføres med det formål at belyse, hvilke betragtninger økonomiske aktører bør iagttage forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger, og skal således besvare fremstillingens problemformulering.

1.3 AFGRÆNSNING

Udbuds- og konkurrenceområdet er begge felter, der dækker et omfattende retsområde. Det findes derfor nødvendigt at foretage en afgrænsning af fremstillingens problemfelt og de emner der vil være genstand for behandling i fremstillingen.

¹⁴ Steinicke, M, s. 542; Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 79; Treumer, Steen, *”Udbudsloven”*, 2016, (herefter: Treumer, S.) s. 31

¹⁵ Pressemeddelelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *“Vejstribesag kommer for Højesteret”*, 2018

Fremstillingens problemfelt er indledningsvist relevant i relation til flere retskilder, idet konsortier anvendes på tværs af brancher og i forskellige konstellationer. Det primære fokus for denne fremstilling er dog afgrænset til at behandle konsortiedannelse til brug for at deltage i EU-udbudsforretninger. Derfor afgrænses fremstillingen fra blandt andet tilbudsloven, der behandler bygge- og anlægskontrakter under tærskelværdien der, som følge af dets omfang, ikke er store nok til at være EU-udbudspligtig.

Økonomiske aktører har i et EU-udbud forskellige definitioner alt afhængig af, hvilken udbudsprocedure der finder anvendelse, samt hvilket stadie af udbudsprocessen man befinder sig i. Fælles for samtlige udbudsprocedurer er, at udbuddets bydende part i den indledende proces defineres som en ”økonomisk aktør”. Herefter vil den økonomiske aktør blive kategoriseret som henholdsvis ”ansøger” eller ”tilbudsgiver” - alt afhængig af udbudsformen. I nærværende fremstilling anvendes primært definitionen ”økonomisk aktør”, idet fremstillingens formål er at belyse, hvilke overvejelser udbuddets bydende part bør iagttage *inden* etableringen af et konsortium og dermed *inden* de reelt bliver henholdsvis ansøger eller tilbudsgiver. Definitionerne ”ansøger” og ”tilbudsgiver” anvendes i sagens natur dér, hvor begreberne er relevante.

Udbudsloven og udbudsdirektivet anvender henholdsvis begreberne ”ordregiver” og ”ordregivende myndighed” for den part, der er forpligtet af udbudslovens bestemmelser, når de udbyder en offentlig opgave. Definitionerne indeholder dog ikke indholdsmæssige forskelle, idet definitionerne henviser til samme udbudspligtige person. Fremstillingen vil derfor ikke skelne mellem begreberne ”ordregivende myndighed” og ”ordregiver”.

Når ordregivende myndigheder indleder et EU-udbud om en offentlig kontrakt, er denne forpligtet til at følge en række lovhjemlede processuelle regler gældende for den specifikke valgte udbudsprocedure. De processuelle regler vil i denne fremstilling dog ikke være genstand for individuel behandling, idet det ikke findes relevant for besvarelsen af fremstillingens problemfelt.

Fremstillingen vil derfor fastholde et retligt fokus på nogle udvalgte bestemmelser i udbudsloven, herunder primært udbudslovens §§ 137 og 139, stk. 2 i udbudslovens afsnit II. I relation hertil vil fremstillingen udelukkende have fokus på midlertidige sammenslutninger i form af konsortier, hvorfor andre former for midlertidige sammenslutninger efter udbudslovens § 139, stk. 2 ikke behandles.

Ydermere vil de øvrige retskilder efter udbudsretten, herunder forsyningsvirksomheds-, sikkerheds-, forsvars- og koncessionsdirektivet ikke blive behandlet i fremstillingen.

I konkurrenceloven, såvel som i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter: TEUF), sondres der mellem vertikale og horisontale aftaler. Hvor vertikale aftaler forstås som aftaler indgået mellem virksomheder på *forskellige* omsætningstrin, omfatter de horisontale aftaler, aftaler der er indgået mellem virksomheder på *samme* omsætningstrin. For nærværende fremstilling vil der som udgangspunkt ikke blive sondret mellem de to aftaletyper, da det kun er horisontale aftaler der findes interessant for problemfeltets afgrænsning.

Fremstillingen vil i relation til gennemgangen af konkurrenceretten indeholde en redegørelse af reglerne for individuel fritagelse. I den forbindelse vil reglerne om gruppefritagelse ikke være genstand for behandling i denne fremstilling.

Som følge af medlemskabet i EU, er Danmark underlagt visse grundlæggende EU-retskilder, der har stor indvirkning på størstedelen af retskilderne i Danmarks nationale ret. EU-rettens påvirkning differentierer dog i høj grad af, hvilket område der er tale om, samt hvilken type kompetence EU er blevet tildelt.¹⁶ Fælles for både udbuds- og konkurrenceretten er, at EU-retten er en væsentlig retskilde, idet begge discipliner er hjemlet af EU-rettens overordnede retsakter.¹⁷ De retlige rammer i fremstillingen vil dog som udgangspunkt kun omfatte den danske lovgivningsramme, der indebærer implementeringen af de relevante EU-kilder. Som følge af EU's fortolkningsprincip om EU-konform fortolkning, vil fremstillingen dog inddrage de bagvedliggende EU-kilder i det omfang det findes relevant.¹⁸ Ved anvendelsen af både udbuds- og konkurrenceretten er det vigtigt at bemærke, at der ved både lovgivningen og forarbejderne anvendes den danske oversættelse.

Udbudsloven udspringer fra det forudgående direktiv 2014/24/EU¹⁹ (herefter: udbudsdirektivet), hvis formål er at åbne konkurrencen for offentlige indkøb.²⁰ Til opfyldelsen af dette formål er de offentlige ordregivende myndigheder pålagt visse vidtgående forpligtelser, der skal

¹⁶ Folketingets EU-Oplysning, "*117 spørgsmål og svar om EU*", 2016, 5. udgave, s. 79

¹⁷ Jakobsen, Peter Stig m.fl., "*EU-udbudsretten*", 2016, 3. udgave (herefter: Jakobsen, P. S.), s. 27; Se hertil også Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 25

¹⁸ Jakobsen, P. S., s. 135

¹⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud

²⁰ EUR-Lex, dokumentinformation om direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014

påses ved indgåelse af en offentlig kontrakt.²¹ Udbudsdirektivet er et minimumsdirektiv.²² Dette betyder, at direktivets fastsatte mindstekrav, er blevet omskrevet i den danske udbudslov med henblik på at tilpasse reglerne til de danske forhold.²³ Udbudsdirektivet vil derfor ikke være underlagt en selvstændig behandling, idet fremstillingen primært vil behandle udbudsloven, medmindre det findes relevant at inddrage udbudsdirektivet til fortolkning.

Konkurrenceretten stammer modsætningsvist ikke fra et tilsvarende direktiv, men hjemles direkte i TEUF.²⁴ Traktatens grundlæggende formål er at skabe et indre marked, hvor fri bevægelighed for blandt andet varer og tjenesteydelser er i højsædet.²⁵ Denne fremstillingsbehandling af konkurrenceretten vil dog primært behandle konkurrencelovens bestemmelser, idet konkurrenceloven, på trods af enkelte sproglige forskelligheder, indeholder identiske reguleringer med TEUF art. 101, hvorfor en dybdegående behandling af TEUF ikke findes relevant.²⁶ Traktaten anvendes dog fortsat som et fortolkningsbidrag til konkurrenceloven i praksis. Dette udgangspunkt, sammenholdt med det faktum, at de nationale myndigheder er forpligtet til at fortolke EU-konformt, medfører at traktaten løbende vil blive inddraget til fortolkning i fremstillingen.²⁷

I relation til konkurrenceretten er det vigtigt at bemærke, at konkurrenceloven indeholder et forbud mod aftaler mellem virksomheder, vedtagelser indenfor en sammenslutning af virksomheder og virksomheders samordnede praksis, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3. Fremstillingens udgangspunkt vil dog udelukkende behandle konsortieaftaler indgået af økonomiske aktører forud for deltagelse i EU-udbudsprocedure. Fremstillingen vil derfor ikke skelne yderligere til definitionerne "vedtagelse" og "samordnet praksis".

²¹ Jakobsen, P. S., s. 27

²² At direktivet fungerer som et minimumsdirektiv betyder, at man på EU-niveau har forudbestemt angivne mindstekrav, som medlemsstaterne er underlagt minimum at opfylde.

²³ Jakobsen, P. S., s. 56; Se hertil også Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, "EU-ret", 2019, 7. udgave (herefter: Neergaard, U. og Nielsen, R.), s. 153

²⁴ Ølykke, Grith Skovgaard og Fejø, Jens, "EU-konkurrenceret - almindelige del", 2014 5. udgave, (herefter: Ølykke, G. S og Fejø, J.), s. 24

²⁵ Ølykke, G. S. og Nielsen, R., s. 87

²⁶ Levinsen, Kirsten, m.fl., "Den kommenterede konkurrencelov", 2018, 4. udgave, (herefter: Levinsen, Kirsten m.fl.), s. 184

²⁷ FT 1996-97, tillæg A, L 172, Forslag til Konkurrencelov fremsat den 20. februar 1997 (herefter: FT 1996-97, tillæg A, L 172), s. 3657

1.4 METODE

Det metodiske udgangspunkt for nærværende fremstilling, er anvendelsen af den retsdogmatiske metode. Blandt jurister er den retsdogmatiske metode den oftest anvendte til at analysere en given problemstilling. En sådan metode beskriver og analyserer gældende ret ved at forholde sig til de kilder, der anerkendes som gældende retskilder.²⁸

Anvendelsen af den retsdogmatiske metode forudsætter derfor at alle relevante retskilder er inddraget.²⁹ Derfor vil nærværende fremstilling i søgen mod at besvare problemfeltet inddrage forskellige retskilder.

På indledende vis vil forarbejderne til både den danske konkurrence- og udbudslov løbende blive inddraget som fortolkningsbidrag og understøttelse til analysen af gældende ret, idet de angiver formålet og den tiltænkte anvendelse med den gældende lov.³⁰

Fremstillingen vil ydermere anvende vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Vejledningerne inddrages i søgen mod at skabe et overblik over de relevante bestemmelser i såvel udbuds- som konkurrenceloven. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiedannelse er de seneste år blevet opdateret flere gange efter både Konkurrencemyndighederne og Sø- og Handelsretten har afsagt afgørelse i den principielle Vejmarkeringsafgørelse. Efter at Højesteret i 2019 ophævede Sø- og Handelsrettens afgørelse, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i maj 2020 udarbejdet et udkast til en ny konsortievejledning. Konsortievejledningen skal belyse, hvilke regler der gælder, når virksomheder etablerer et konsortium.³¹ Konsortievejledningen er fortsat i høring og forventes, at være endelig i løbet af 2020. Vejledningen var derfor ikke færdigudarbejdet, da nærværende fremstilling blev udarbejdet.

Ved anvendelsen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger er det vigtigt at bemærke, at vejledningerne ikke indebærer en særlig retskildemæssig værdi. Vejledningerne kan dog tjene til at belyse en konkret retstilstand, idet vejledningerne illustrerer, hvordan Konkurrence- og

²⁸ Munk-Hansen, Carsten, *"Retsvidenskabsteori"*, 2018, 2. udgave, (herefter: Munk-Hansen), s. 64

²⁹ Ølykke, G. S. og Nielsen, R., s. 39

³⁰ Munk-Hansen, s. 299 ff.

³¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, udkast til konsortievejledningen, *"Når virksomheder afgiver fælles bud – en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven"*, 2020, (herefter: Udkast til konsortievejledningen, 2020)

Forbrugerstyrelsen fortolker udbuds- og konkurrencelovens bestemmelser.³² En endelig klarhed af udbuds- og konkurrencelovens bestemmelser må dog hjemles af de danske domstole eller EU-domstolene, hvorfor fremstillingen kun vil anvende vejledningerne i et begrænset omfang.

Fremstillingen vil ydermere anvende Kommissionens³³ meddelelser som fortolkningsbidrag, idet de har en vejledende rolle for konkurrencelovens bestemmelser.³⁴ Kommissions meddelelser blev tillige anvendt i Højesterets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, hvor særligt Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler blev anvendt. Højesterets anvendelse af Kommissionens meddelelser understøtter således meddelelsernes retskildemæssige værdi.

Til demonstration af den retsdogmatiske metode er det særligt relevant at inddrage afsagte afgørelser, idet sådanne udtrykker en konkret stillingtagen til gældende ret. Fremstillingens juridiske argumentation vil derfor inddrage afgørelser fra både EU-Domstolene, de danske domstole, dansk administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud³⁵ og Konkurrencemyndighederne.

Højesteretsdom af 27. november 2019: Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S vil dog være det primære udgangspunkt for nærværende fremstilling. Afgørelsen har siden 2014 gennemgået flere instanser; først Konkurrencerådet, så Konkurrenceankenævnet, dernæst Sø- og Handelsretten og sidst Højesteret. Det er netop Højesterets afklaring af konsortiedannelsers retsstilling, der er fremstillingens primære grundlag. Højesterets afgørelse er dog meget kortfattet, idet Højesteret i sin altovervejende form tiltræder Konkurrencemyndighedernes afgørelser. Til at belyse, hvilke konkrete betragtninger økonomiske aktører bør iagttage forud for etableringen af et konsortiesamarbejde, vil nærværende fremstilling derfor inddrage Konkurrencemyndighedernes afgørelser i høj grad, idet omfang Højesteret tiltræder myndighedernes præmisser. Fremstillingen vil i sagens natur inddrage Højesterets afgørelse når det er muligt, idet Højesteret udtaler sig om de relevante problemstillinger.

Til at understøtte fortolkningen af gældende ret vil der løbende blive inddraget en del skreven faglitteratur fra specialister indenfor området. I fremstillingen vil der blive behandlet en relativ ny

³² Munk-Hansen, s. 399

³³ Europa-Kommissionen er den udøvende del af Den Europæiske Union. Kommissionen er ansvarlig for at fremlægge lovforslag, implementere beslutninger, opretholde EU-traktater og administrere den daglige drift.

³⁴ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 178 ff.

³⁵ Klagenævnet for Udbud behandler klager over offentlige myndigheders overtrædelser af udbuds- og tilbudslovens regler.

dom, hvorfor det ikke har været muligt at finde faglitteratur, der direkte behandler retsstillingen for konsortiedannelse på baggrund af Højesterets afgørelse. Den fundne faglitteratur kan dog fortsat anvendes i et bredt omfang, idet litteraturen behandler Konkurrencemyndighedernes afgørelser i sagen, hvilken Højesteret i det væsentligste tiltræder. I den forbindelse er det relevant at understrege, at juridisk litteratur ikke kan anses som en retskilde. Litteraturen kan dog med fordel inddrages som inspiration til fortolkning, hvilket er tilfældet i nærværende fremstilling.³⁶

1.5 FREMGANGSMÅDE

I søgen mod at besvare fremstillingens problemfelt er fremstillingen inddelt i 6 kapitler. For besvarelsen af fremstillingens problemfelt findes det indledningsvist relevant at foretage en teoretisk redegørelse af de to retsområder, der er genstand for behandling. Det antages at en sådan gennemgang er nødvendigt for at klarlægge, hvilke regelsæt der regulerer konsortiedannelser. Fremstillingens andet og tredje kapitel danner således fundamentet for fremstillingens videre analyse. Idet udbuds- og konkurrenceretten er teoretisk omfattende emner, vil kapitlerne ikke behandle en tilbundsgående redegørelse af de to retsområder. Kapitlerne vil tværtimod indeholde en redegørelse af de for fremstillingen relevante bestemmelser.

Efter den teoretiske ramme er fastsat, vil der i fremstillingens fjerde kapitel blive foretaget en gennemgang af den ovenfor omtalte Vejmarkeringsafgørelse. En sådan gennemgang foretages, idet fremstillingen løbende vil inddrage elementer og præmisser herfra. Afsnittet skal således indlede til fremstillingens hoveddel.

Til at besvare fremstillingens problemformulering af, hvordan økonomiske aktører bør håndtere etableringen af et konsortium forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger, vil nærværende fremstilling som anført foretage en tilbundsgående analyse af, hvilken retlig test et konsortium bedømmes efter. En sådan analyse skal således illustrere, hvilke betragtninger økonomiske aktører bør iagttage forud for etableringen af et konsortium. Analysens enkelte afsnit er derfor inddelt med hver sin overskrift, hvis underliggende afsnit indeholder en illustration af, hvilke elementer der, efter Vejmarkeringsafgørelsen, bør indgå i økonomiske aktørers betragtninger.

Konklusionen i fremstillingens sjette og sidste kapitel har til formål at besvare det spørgsmål, der rejses i fremstillingens problemfelt. Kapitlet vil derfor som et opsamlende redskab søge mod at

³⁶ Munk-Hansen, s. 399

belyse, hvordan man som økonomisk aktør bør håndtere etableringen af et konsortium forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger, og skal således besvare fremstillingens problemformulering.

2. Udbudsretten

Formålet med nærværende kapitel er på indledende vis at klarlægge den retlige regulering af udbudte offentlige kontrakter, og de hensyn der ligger bag de for problemfeltets relevante bestemmelser. Gennem behandlingen af udbudsretten vil afsnittet derfor indledende foretage en præsentation af udbudsrettens formål og grundlæggende principper. Denne behandling anvendes imidlertid til at belyse de grundlæggende hensyn, der ligger bag udbudslovens mulighed for at lade virksomheder etablere et konsortium til brug for at byde på en offentlig kontrakt.

2.1 FORMÅLET MED UDBUDSRETEN

EU-udbudsdirektivet er vedtaget med hjemmel i de af Traktatens bestemmelser der medfører, at EU kan vedtage foranstaltninger, hvis formål er at bringe medlemsstaternes nationale love tættere på hinanden og sikre det indre markeds oprettelse og funktion. Af denne årsag skal nationale udbudsregler til enhver tid fortolkes ud fra, at de på EU-niveau har til formål at sikre, at der findes et indre marked for offentlige kontrakter.³⁷ Derfor findes det indledningsvist relevant at foretage en fastlæggelse af formålet med EU-udbudsdirektivet, forinden formålet med den danske udbudslov behandles.

Af udbudsdirektivets 1. præambelbetragtning fremgår det indledningsvist, at udbudsdirektivet har til formål at åbne konkurrencen for offentlige indkøb på tværs af grænserne i EU. Det er derfor direktivets målsætning at sikre en ligebehandling mellem et EU-udbuds deltagende virksomheder og hindre en eventuel national præference, der potentielt kan fordreje konkurrencen om offentlige kontrakter på EU's indre marked.³⁸

Formålet med den danske udbudslov er indskrevet direkte i lovteksten. Af udbudslovens § 1 fremgår det, at formålet med den danske udbudslov er at *"fastlægge bestemte procedurer for offentlige indkøb, således at der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige*

³⁷ Hamer, Carina Risvig, *"Grundlæggende udbudsret"*, 2016, (herefter: Hamer, C. R.), s. 32

³⁸ Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise, *"EU-udbudsdirektiv med kommentarer"*, 2008, 2. udgave, (herefter: Steinicke, M. og Groesmeyer, L.), s. 85

midler.” Af forarbejderne til udbudsloven anføres det i relation hertil, at bestemmelsen gennemfører et ønske om at skabe de bedst mulige rammer for konkurrencen om offentlige indkøb, således at offentlige EU-udbud kan foregå så effektivt som muligt, og med lavest mulige udbudsomkostninger for alle de deltagende parter.³⁹

Denne fremstilling illustrerer således, at formålet med udbudsdirektivet og udbudsloven i sin grundlæggende form adskiller sig fra hinanden. I litteraturen "Grundlæggende udbudsret" fra 2016 anfører Carina Risvig Hamer, at man ved implementeringen af den danske udbudslov, har anset udbudsreglerne som et redskab til at udnytte offentlige midler så effektivt som muligt. EU-udbudsreglerne har derimod haft et retligt fokus på at anvende reglerne til at åbne det indre marked for offentlige kontrakter. Forskelligheden i de to retskilders formål indeholder dog ikke nogen retlig konflikt. Forskellen afspejler blot, hvilke differentierede politiske overvejelser der har været udgangspunktet for udarbejdelsen af de to regelsæt.⁴⁰

2.3 UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER

På baggrund af EUF-traktatens forbud mod nationalitetsdiskrimination og forbud mod at opstille hindringer for samhandlen mellem medlemsstaterne, har domstolene undertiden udviklet et sæt grundlæggende fortolkningsprincipper til brug for udbudslovens bestemmelser.⁴¹ Ved implementeringen af udbudsdirektivet er fortolkningsprincipperne indskrevet direkte i udbudsloven, hvori principperne er blevet tildelt stor lovteknisk betydning, idet de allerede fastlægges i lovens § 2.

Fortolkningsprincipperne bidrager til udbudslovens øvrige bestemmelser som et sæt overordnede retningslinjer for, hvordan bestemmelserne i udbudsloven skal forstås og fortolkes ved udbudsretlige tvivsspørgsmål.⁴² Principperne spiller derfor en vigtig rolle ved blandt andet udarbejdelsen af udbudsmateriale, ved udvælgelsen af udbuddets deltagende økonomiske aktører samt ved en

³⁹ FT 2014-15, tillæg A, L 164, Forslag til udbudsloven fremsat den 18. marts 2015 (herefter: FT 2014-15, tillæg A, L 164), s. 57

⁴⁰ Hamer, C. R., s. 37

⁴¹ Mortensen, B. O. G., m.fl., s. 486

⁴² Hamer, C. R., s. 56

eventuelt tildeling af kontrakten.⁴³ Anvendelsen af principperne udgør således ikke et mål i sig selv, men skal fortolkes ud fra de formål udbudsreglerne forfølger.⁴⁴

Fortolkningsprincipperne fastlægges, som nævnt, indledningsvist i udbudslovens § 2, stk. 1:

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

Foruden de traktatfæstede hensyn indeholder udbudslovens 2, stk. 2, ydermere følgende grundlæggende princip, der udspringer direkte fra udbudsdirektivet art. 18, stk. 1:

“Et offentligt udbud må ikke udformes med det formål at udelukke det fra denne lovs anvendelsesområde eller kunstigt begrænse konkurrencen.”

Bestemmelsen indeholder som udgangspunkt ikke en materiel forskel fra førnævnte traktatfæstede principper, idet princippet om nødvendigt allerede kan udledes af det forudgående ligebehandlingsprincip. Tilføjelsen anvendes dog som et middel til at udelukke muligheden for, at ordregivende myndigheder fordrejer konkurrencen på markedet ved at fastsætte krav i udbudsmaterialet, der udelukkende kan opfyldes af én eller få økonomiske aktører på markedet.⁴⁵

2.3.1: Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet er det vigtigste og mest fundamentale princip inden for udbudsretten, idet princippet er relevant i alle aspekter af udbudsprocessen.⁴⁶ Princippet skal sikre, at alle ensartede forhold behandles på samme vilkår, medmindre der er en saglig og proportional begrundelse for at give en anden behandling.⁴⁷ Det er dermed *ikke* alle forhold i et EU-udbud, der skal behandles lige, men derimod alle sammenlignelige forhold.⁴⁸

Ligebehandlingsprincippet indebærer både et forbud mod positiv- og negativ forskelsbehandling. Førstnævnte foreligger eksempelvis, når anførte vilkår eller krav i et udbudsmateriale er egnet til at begunstige én eller flere økonomiske aktører. Sidstnævnte foreligger derimod, hvor selvsamme vilkår

⁴³ Offersen, René og Hansen, Kim Lundgaard, *”Udbudsprocessen”*, 2016, (herefter: Offersen, R. og Hansen, K. L.), s. 13

⁴⁴ Offersen, R. og Hansen, K. L., s. 13

⁴⁵ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 41

⁴⁶ Fabricius, J., s. 39

⁴⁷ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 40

⁴⁸ Hamer, C. R., s. 58

eller krav, uden saglig begrundelse, er egnet til at skade én eller flere økonomiske aktører.⁴⁹ Den ordregivende myndighed er dog fortsat berettiget til at stille krav til de økonomiske aktører, idet ligebehandlingsprincippet *ikke* stiller krav om, at den ordregivende myndighed udelukkende må stille neutrale konkurrencevilkår i udbudsmaterialet. Hvis der derimod anvendes ikke-neutrale konkurrencevilkår, er det efter ligebehandlingsprincippet et krav, at vilkårene stilles på et sagligt grundlag.⁵⁰ Af bemærkningerne til udbudslovens § 2 fremgår det i relation hertil, at et vilkår i udbudsmaterialet *kan* være i strid med ligebehandlingsprincippet, omend der rent formelt gælder lige vilkår for alle økonomiske aktører. Dette kan eksempelvis foreligge, hvor et vilkår oprindeligt har haft til formål at forskelsbehandle de økonomiske aktører uden saglig begrundelse.⁵¹

Ordregivende myndigheder er som følge af ligebehandlingsprincippet ikke *kun* pålagt forpligtelser overfor de pågældende ansøgere eller tilbudsgivere. Princippet anvendes tillige i relation til de økonomiske aktører der potentielt *kunne* have deltaget i udbuddet, men som har fravalgt dette på baggrund af udbuddets udformning.⁵² Derfor vil det eksempelvis være i uoverensstemmelse med ligebehandlingsprincippet at ændre vilkår eller oplysninger i et udbudsmateriale, medmindre ændringerne ikke er væsentlige.⁵³ Dette på trods af at ændringen gennemføres i forhold til alle faktuelle tilbudsgivere.⁵⁴

2.3.2: Gennemsigtighedsprincippet

Princippet om gennemsigtighed kan i sin grundlæggende form sammenlignes med ligebehandlingsprincippet. Principperne kan derfor være svære at sondre imellem i praksis.⁵⁵ Gennemsigtighedsprincippet kommer i udbudsloven til udtryk ved, at ordregivende myndigheder pålægges en forpligtelse til at anvende særlige procedurer, hvorigennem der skabes en gennemsigtighed gennem hele udbudsprocessen.⁵⁶ Udbudsreglernes krav om offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse m.v. kan eksempelvis udledes af gennemsigtighedsprincippet.⁵⁷

⁴⁹ Jakobsen, P. S., s. 57

⁵⁰ Jakobsen, P. S., s. 58

⁵¹ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 40

⁵² FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 57

⁵³ Fabricius, J., s. 43

⁵⁴ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 57

⁵⁵ Ølykke, G. S. og Nielsen, R., s. 106

⁵⁶ Offersen, R. og Hansen, K. L., s. 13

⁵⁷ Fabricius, J., s. 44

Gennemsigtighedsprincippet er i praksis et redskab der sikrer overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, idet gennemsigtighed i forbindelse med et EU-udbud modvirker, at diskrimination besløres.⁵⁸ Af denne årsag skal hele processen i et EU-udbud være offentligt og åbent for alle de deltagende økonomiske aktører, således at alle potentielle ansøgere eller tilbudsgivere får mulighed for at tilkendegive deres interesse i det konkrete EU-udbud.⁵⁹

2.3.3: Proportionalitetsprincippet

Udbudslovens sidstnævnte princip er proportionalitetsprincippet. Princippet indebærer at den ordregivende myndighed skal tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde. Dette bevirker, at de ordregivende myndigheder gennem hele udbudsprocessen *kun* må stille krav til de økonomiske aktører i et omfang, der ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at imødekomme den ordregivende myndigheds behov.⁶⁰ Derfor skal enhver foranstaltning, der er krævet af den ordregivende myndighed, være egnet, nødvendig og forholdsmæssig i forhold til det mål, der ønskes opnået.⁶¹ Ved vurderingen af, om en foranstaltning er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet viser EU-domstolens praksis, at det er afgørende, om den pågældende foranstaltning forfølger et lovligt formål og anvender midler, der er egnede til at virkeliggøre det ønskede formål.⁶² Ud fra et udbudsretligt perspektiv er proportionalitetsprincippet særdeles relevant ved den ordregivende myndigheds udformning af udbudsmaterialet, herunder særligt ved udbudsmaterialets kravsspecifikation.

2.4 UDBUDSLOVENS REGULERING AF SAMARBEJDSFORMER

I situationer, hvor økonomiske aktørers deltagelse i EU-udbudsforretninger i forbindelse med en prækvalifikation eller en tilbudsgivning forhindres, som følge af at de økonomiske aktører ikke kan opfylde de i udbudsmaterialet angivne minimumskrav, giver udbudsloven i et vidt omfang mulighed for, at virksomhederne kan indgå et samarbejde med andre økonomiske aktører. Reguleringen af de enkelte samarbejdsformer er meget forskellige og er alle underlagt forskellige forpligtelser og begrænsninger.

⁵⁸ Offersen, R. og Hansen, K. L., s. 13

⁵⁹ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 59

⁶⁰ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 59

⁶¹ Hamer, C. R., s. 61

⁶² Ølykke, G. S. og Nielsen, R., s. 130

Konsortiedannelse er derfor blot én ud af flere måder, hvorpå økonomiske aktører i samarbejde med andre kan afgive tilbud på en offentlig kontrakt. I situationer, hvor økonomiske aktører ikke *alene* besidder de nødvendige kompetencer og kvalifikationer til at imødekomme den EU-udbudte opgave, kan de økonomiske aktører derfor etablere et konsortium med andre økonomiske aktører, således at de sammen opfylder betingelserne, for derigennem at deltage i udbuddet.⁶³ De øvrige samarbejdsformer der anerkendes i udbudsloven, er henholdsvis muligheden for at basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen og/eller tekniske og faglige formåen efter udbudslovens § 144 samt brug af underleverandører efter udbudslovens § 177. Det findes for besvarelsen af fremstillingens problemfelt dog ikke relevant at gennemgå udbudslovens §§ 144 og 177 yderligere.

For små og mellemstore virksomheder er dannelse af et konsortium den bedste - og nogle gange en nødvendig - mulighed for at kunne deltage i større EU-udbud.⁶⁴ Muligheden er dog tillige relevant for større virksomheder, der dækker tværfaglige områder. Fællesskabet herimellem indebærer udelukkende en specifik aftale om at afgive tilbud på en konkret udbudt opgave under nærmere anførte samarbejdsvilkår. Konsortiedannelser indebærer således ikke en reel etablering af et juridisk fællesskab.⁶⁵

Udbudsloven indeholder ikke en fast definition af, hvad der forstås ved et konsortium. Det fremgår dog af udbudslovens § 139, stk. 1, at ordregivende myndigheder ikke med rette kan afvise en økonomisk aktør med den begrundelse, at det efter dansk ret kræves, at den pågældende person skal være en fysisk eller en juridisk person. Derfor muliggør udbudslovens § 139, stk. 2, at midlertidige sammenslutninger, herunder konsortier, tillige har mulighed for at deltage i en udbudsprocedure. Tilsvarende fremgår det af udbudslovens § 24, nr. 38, at definitionen på økonomiske aktører tillige indeholder midlertidige sammenslutninger af virksomheder, hvori det må antages at konsortier indgår.

Når virksomheder vælger at etablere sådanne konsortier til brug for at deltage i et EU-udbud, udvider dette konkurrencegrundlaget, hvilket potentielt kan medføre store fordele for konkurrencesituationen på såvel markedet som for de deltagende virksomheder og det offentlige. Et sådant samarbejde kan således være attraktivt for konkurrencen på det givne marked, idet samarbejdet kan skabe en

⁶³ Steinicke, M. og Groesmeyer, L., s. 259

⁶⁴ Hamer, C. R., s. 571

⁶⁵ Fabricius, J., s. 525

værdiskabende konkurrence i form af bedre produkter og mere konkurrencedygtige priser.⁶⁶ Af denne årsag er konsortiedannelser en vigtig del af den effektive konkurrence på det indre marked, hvorfor den danske udbudslov, på trods af et ellers begrænset regelsæt, med hjemmel i udbudsdirektivet fastlægger nogle overordnet regler for konsortiedannelse. Disse regler søger foranstående afsnit mod at belyse.

2.4.1 Udbudslovens regulering af konsortiesamarbejder

På EU-plan findes der ikke detaljerede regler der behandler konsortiedannelser. De gældende regler for konsortiedannelse skal derfor udelukkende udledes af den danske udbudslov. Dette blev blandt andet fastlagt af EU-Domstolene i Makedoniko Metro-dommen. Dommen afgjorde et præjudicielt spørgsmål der omhandlede, hvorvidt en specifik ordregivende myndighed var underlagt en pligt til at acceptere ændringer i sammensætningen af det pågældende konsortium *efter* tilbudsafgivelsen. EU-Domstolen anførte i afgørelsen, at det konkrete spørgsmål omfattede et område der lå inden for de enkelte medlemsstaters lovgivningskompetence, hvorfor forholdet *ikke* var reguleret på EU-niveau.⁶⁷ På trods af dommens korte udformning fremstår det klart, at konsortiets deltagelse altid skal ske under hensyntagen til de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip som gennemgået i afsnit 2.3 - uagtet at reguleringen af konsortiedannelse er overladt til de nationale medlemsstater.

På EU-plan har man derfor kun reguleret dele af udbudsprocessen på et overordnet plan. Udbudsdirektivets art. 19, stk. 2 har blandt andet reguleret, hvordan et konsortium skal opfylde de i udbudsbekendtgørelsen fastsatte mindstekrav med hensyn til økonomisk og finansiell formåen eller teknisk og faglig formåen på to niveauer; Medlemsstaterne kan *enten* anføre nogle bestemt standardbetingelser for konsortiedannelser *eller* de kan overlade det til de enkelte ordregivende myndigheder der, såfremt det er objektivt og proportionelt begrundet, kan præcisere, hvilke specifikke krav de økonomiske aktører skal opfylde.

I Danmark har man valgt at overlade dette til de ordregivende myndigheder, hvilket støtter op om det meget sparsomme omfang af regler der gælder for konsortiedannelse i Danmark. Derfor hjemler udbudslovens § 139, stk. 3, at den ordregivende myndighed allerede i udbudsmaterialet kan

⁶⁶ Jakobsen, P. S., s. 492; Se hertil tillige Udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 6

⁶⁷ C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki AE mod Elliniki Dimosio, præmis 61

tydeliggøre, hvordan midlertidige sammenslutninger af økonomiske aktører skal opfylde minimumskravene til egnethed, jf. udbudslovens §§ 140-143. Såfremt sådanne sammenslutninger pålægges betingelser for dennes eventuelle prækvalifikation eller tilbudsafgivelse, der er forskellig fra de individuelle deltageres pålagte betingelser, skal en sådan forskel tillige være objektivt begrundet og proportional, jf. udbudslovens § 139, stk. 4.

Udbudsdirektivet fastlægger i art. 19 stk. 2 ydermere, at de ordregivende myndigheder *kan* fastlægge særlige regler for et konsortiums deltagelse i udbudsprocedurer, såfremt de af ordregiveren kan begrundes i nogle objektive og proportionale hensyn. Denne del af direktivet har Danmark implementeret i udbudslovens § 139, stk. 6, der fastlægger at den ordregivende myndighed ved indgåelse af tjenesteydelseskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der omfatter tjenesteydelser eller monterings- og installationsarbejde kan kræve, at sammenslutningen i tilbuddet eller ansøgningen opgiver navn og faglige kvalifikationer på det personale, der har ansvaret for at gennemføre kontraktens indhold.

2.4.2 Krav til konsortiets retlige form

Detaljegraden for konsortiedannelse er således særdeles sparsom i den danske udbudslov. Én af de få elementer der dog *er* underlagt fast regulering, er reglerne om konsortiers retlige form. Udbudslovens § 139, stk. 2 åbner således ikke kun op for, at konsortier kan deltage i EU-udbudsprocedurer, men fastlægger tillige i andet punktum, at den ordregivende myndighed *ikke* kan kræve at sammenslutningen skal indtage en bestemt retlig form, herunder at de skal etablere et fælles selskab. Den ordregivende myndighed kan dog, med hjemmel i udbudslovens § 139, stk. 5, kræve at den konkrete sammenslutning antager en bestemt retlig form, *efter* den udbudte kontrakt er indgået og konkurrencen dermed *ér* overstået. En sådan ændring kan kræves, såfremt ændringen er nødvendig for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten. Bestemmelsen er dog kun relevant *efter* det konkrete konsortium *har* fået tildelt den udbudte kontrakt.⁶⁸ Udbudsloven åbner således op for, at de ordregivende myndigheder kan sikre sig mod usikre konstellationer ved at kræve, at deltagerne i det konkrete konsortium eksempelvis hæfter solidarisk.⁶⁹

⁶⁸ Steinicke, M. og Groesmeyer, L., s. 518

⁶⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, "*Vejledning om udbudsloven*", 2016, (herefter: Vejledning om udbudsloven, 2016) s. 122, s. 191; Se hertil også FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 155

2.4.3 Udelukkelse af konsortier

Ordregivende myndigheder har i sagens natur en interesse i at sikre, at de indgår kontrakter med troværdige økonomiske parter. Derfor indeholder udbudslovens §§ 135-137 regler der definerer, hvornår en ordregiver *skal* eller *kan* ekskludere en ansøger eller tilbudsgiver fra at få tildelt kontrakten. Udbudsloven skelner således mellem frivillige- og obligatoriske udelukkelsesgrunde. De obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens §§ 135 og 136 hjemler, at ordregivere til enhver tid skal udelukke enhver ansøger eller tilbudsgiver, hvis den pågældende aktør er endeligt dømt eller, har modtaget et bødeforlæg for de i lovens oplistede forhold. De frivillige udelukkelsesgrunde der oplistes i udbudslovens § 137 medfører, at den ordregivende myndighed skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis de er omfattet af de i udbudsbekendtgørelsen anførte udelukkelsesgrunde. De frivillige udelukkelsesgrunde betinges derfor af, at den ordregivende myndighed allerede i udbudsbekendtgørelsen anfører, hvilke oplistede frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137 der medfører udelukkelse for det konkrete EU-udbud.⁷⁰ En udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde kræver således ikke, at der foreligger en endelig dom eller bødeforlæg, som det er tilfældet ved de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Dette blev eksempelvis fastslået i KLFU 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S, hvor Klagenævnet for Udbud påpegede, at de ordregivende myndigheder *kan* basere sig på egne erfaringer. I den pågældende sag var det eksempelvis tilstrækkeligt, at den ordregivende myndighed på udbudstidspunktet havde en verserende voldgiftssag med tilbudsgiveren.

Den ordregivende myndighed kan i forbindelse med en udbudsprocedure derfor tilvælge, at én eller flere af de i udbudsloven anførte frivillige udelukkelsesgrunde skal finde anvendelse ved det pågældende EU-udbud.⁷¹ Loven giver dermed ordregiveren mulighed for at afskære specifikke ansøgere eller tilbudsgivere fra at deltage i en udbudsproces. Denne gennemgang vil dog udelukkende behandle udbudslovens frivillige udelukkelsesgrunde § 137, stk. 1, nr. 3 og nr. 4, idet de findes relevant for fremstillingens problemfelt.

⁷⁰ Jakobsen, P. S., S. 465

⁷¹ Hamer, C. R., s. 484

2.4.3.1 Udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3: Tvivl om erhvervsmæssig integritet

Indledningsvist fremgår det af udbudsloven, at den ordregivende myndighed ved tilvalg af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, skal udelukke en tilbudsgiver såfremt ordregiveren kan påvise, at den pågældende ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet.

I relation hertil har Klagenævnet for Udbud i en kendelse fra 2009 udtalt, at en vurdering af, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver alene kan afvises efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, afhænger af, om forholdet omfatter en fejl 1) der vedrører udøvelsen af virksomhedernes erhverv, 2) som er af en vis betydelig grovhed og som 3) efter en saglig og objektiv vurdering har en væsentlig betydning for virksomhedernes egnethed som kontraktspart.⁷² Er der tale om en mindre overtrædelse, vil forholdet således ikke være omfattet af bestemmelsen, idet der *skal* være tale om en overtrædelse der indeholder en vis væsentlighed eller har en gentagne karakter.⁷³ Dette vil om nødvendigt formentlig allerede kunne udledes af udbudslovens grundlæggende proportionalitetsprincip, jf. afsnit 2.3.3.

Af forarbejderne til udbudsloven anføres der nogle konkrete eksempler på, hvornår der *kan* være tale om en alvorlige forsømmelse: *“Alvorlige forsømmelser, der kan skabe tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, kan eksempelvis være: Manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret.”*⁷⁴ Netop manglende overholdelse af konkurrencereglerne er for nærværende fremstilling særdeles relevant. Såfremt det vurderes, at et givent konsortium i forbindelse med deltagelse i EU-udbudsprocedurer har forsømt overholdelsen af de gældende konkurrenceregler om konkurrencebegrænsende aftaler, må den ordregivende myndighed derfor ved tilvalg af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, udelukke det pågældende konsortium fra at deltage i udbuddet. Dette kan blandt andet udledes af C-470/13, Generali, hvor EU-Domstolene fandt at den pågældende overtrædelse af konkurrencereglerne udgjorde en alvorlig fejl, hvorfor den ordregivende myndighed var forpligtet til

⁷² Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009, DSV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding

⁷³ Hamer, C. R., s. 486

⁷⁴ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 150

at udelukke den pågældende tilbudsgiver, som følge af ordregiverens tilvalg af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.

Det er den ordregivende myndighed der til enhver tid har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, der sår tvivl om partens integritet.⁷⁵ Af forarbejderne til udbudsloven fremgår det, at ordregiverens dokumentationskrav til opfyldelse af bevisbyrden *ikke* er afgrænset til bestemte dokumentationstyper. Lovbemærkningerne anfører at det efter omstændighederne *kan* være et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser, hvis ordregiveren kan: ” »...« *henvise til et udenretligt forlig, syn og skøn, dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer.* ”⁷⁶

2.4.3.2 Udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4: Aftale om konkurrencefordrejning

Tilvalget af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 medfører, at den ordregivende myndighed skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, såfremt denne har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at den pågældende ansøger eller tilbudsgiver har indgået et samarbejde med henblik på konkurrencefordrejning.⁷⁷ I udbudsretlig sammenhæng kan dette eksempelvis være i form af etablering af ulovlige konsortier.

Som anført påhviler det til enhver tid den ordregivende myndighed at bevise, i hvilken grad en konkret udelukkelsesgrund kan finde anvendelse. Det fremgår dog af forarbejderne til udbudsloven, at bevisbyrden efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er mere lempelig end ved de øvrige bestemmelser i § 137.⁷⁸ Udelukkelsesgrunden kræver netop *ikke*, at ordregiveren skal kunne bevise, at der er sket en reel konkurrencefordrejning. Alene dét at ordregiveren kan konkludere, at der er tilstrækkelige plausible indikationer for at der foreligger en konkurrencefordrejende aftale, vil være fyldestgørende.⁷⁹ I relation til fremstillingens problemfelt betyder dette, at den ordregivende

⁷⁵ Hamer, C. R., s. 491

⁷⁶ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 150

⁷⁷ Hagel-Sørensen, Karsten, s. 96

⁷⁸ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 150

⁷⁹ Jakobsen, P. S., s. 467; Se hertil Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen

myndighed *ikke* er underlagt en pligt til at undersøge, om et konkret konsortium er i strid med konkurrencereglerne.

Hvad der er omfattet af definitionen “plausible indikationer” afhænger til enhver tid af en konkret vurdering. Af forarbejderne til udbudsloven fremgår det eksempelvis, at det findes tilstrækkeligt, hvis den ordregivende myndighed kan fremlægge dokumentation der troværdigt indikerer, at den pågældende ansøger eller tilbudsgiver aktør *tidligere* har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på at fordreje konkurrencen på markedet.⁸⁰

I faglitteraturen er det undertiden blevet diskuteret, hvorvidt det er tilstrækkeligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indledt en kontrolundersøgelse hos den pågældende ansøger eller tilbudsgiver. I bogen ”Grundlæggende udbudsret” anfører Carina Rig Hamer, at der imidlertid skal en del til før Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indleder en kontrolundersøgelse. Styrelsen finder omvendt sjældent indikationer på konkrete overtrædelser af konkurrenceloven. Derfor vil det formentlig *ikke* være en tilstrækkelig plausibel indikation, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indleder en kontrolundersøgelse i relation til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.⁸¹ Det vil dog altid være en konkret vurdering fra udbud til udbud.

2.4.2.3 Sammenfattende

Afsnit 2.4.3 illustrerer således, hvordan en ordregiver allerede i udbudsbekendtgørelsen skal anføre, hvilke frivillige udelukkelsesgrunde der medfører udelukkelse af et konkret EU-udbud. For besvarelsen af fremstillingens problemfelt findes det derfor relevant at tydeliggøre, hvilke udelukkelsesgrunde der er særligt relevant for deltagere i et konsortium. Derfor var formålet med fremstillingens andet kapitel blandt andet at klarlægge dette.

I kapitlets behandling af udbudsretten fremgår det blandt andet, at ordregivende myndigheder *ikke* er underlagt en forpligtelse til at undersøge, hvorvidt et konkret konsortium er i strid med konkurrencereglerne, såfremt dette mistænkes. Det er derfor essentielt for de økonomiske aktører at vide, hvordan konkurrenceretten regulerer konkurrencebegrænsende aftaler, idet en overtrædelse heraf kan medføre udelukkelse som følge af de førnævnte tilvalgte udelukkelsesgrunde. Netop

⁸⁰ FT 2014-15, tillæg A, L 164, s. 150; Se hertil også; Ølykke, G. S og Fejø, J, s. 37

⁸¹ Hamer, C. R., 492

undersøgelsen af, hvilke overvejelser økonomiske aktører bør iagttage, for at reducere en risiko for at etablere et konkurrencebegrænsende konsortium, vil blive forsøgt afdækket i fremstillingens femte kapitel.

3. Konkurrenceretten

Gennemgangen af fremstillingens andet kapitel illustrerer således, hvordan økonomiske aktører, med henblik på deltagelse i EU-udbudsforretninger, kan gå sammen om at byde på en udbudt opgave. Praksis har dog vist, at sådanne samarbejder i konkrete tilfælde, har overtrådt konkurrencerettens regler om konkurrencebegrænsende aftaler, idet samarbejdet har begrænset den aktuelle konkurrence på markedet.⁸² Det er derfor vigtigt, at de økonomiske aktører er særligt opmærksomme på konkurrencerettens regler, når de etablerer et konsortium til brug for at deltage i EU-udbudsforretninger. Derfor vil foranstående kapitel søge mod at belyse de for problemfeltets relevante konkurrencebestemmelser.

Konkurrencebegrænsningsretten er i Danmark primært reguleret i konkurrenceloven § 6 der, med hjemmel i TEUF art. 101, udgør et system til regulering af konkurrencebegrænsende aftaler. Denne del af konkurrenceloven spiller således sammen med den gældende udbudslov for at sikre, at markedets kræfter ikke fordrejes ved indgåelsen af offentlige kontrakter.⁸³

3.1 FORMÅLET MED KONKURRENCERETTEN

Ved gennemgangen af de teoretiske regler bag konkurrenceretten, findes det indledningsvist nødvendigt at belyse intentionen med EU's grundlæggende konkurrenceregler, idet de til enhver tid kan påvirke reguleringen af de danske konkurrenceforhold.⁸⁴

Det primære formål for EU-konkurrenceretten er hensynet til den frie konkurrence på det indre marked.⁸⁵ EU-konkurrencerettens regler anses derfor som et middel der skal søge mod at hindre, at virksomheder opstiller barriere, der potentielt kan hindre EU's frie bevægelighed. Derfor fungerer

⁸² Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 78

⁸³ Madsen, P. B., s. 80

⁸⁴ Ølykke, G. S og Fejø, J., s. 19 ff.

⁸⁵ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 31; Se hertil også Ølykke, G. S og Fejø, J., s. 21 ff.

reglerne i praksis, som et supplement til EU's generelle regler om markedets frie bevægelighed.⁸⁶ EU-konkurrencereglerne er hjemlet i EUF-traktatens tredje del om "Interne politikker og foranstaltninger". Nærmere bestemt er det TEUF art. 101 og 102 der regulerer den overordnede EU-konkurrenceret.⁸⁷ For nærværende fremstilling er det kun TEUF art. 101 der er relevant, idet denne behandler konkurrencebegrænsende aftaler.

Ifølge forarbejderne til den første danske konkurrencelov fra 1997 fandt man det hensigtsmæssigt at anføre en formålsbestemmelse der, så enkelt som muligt, indførte én overordnet målsætning.⁸⁸ Det følger derfor af konkurrencelovens § 1, at:

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

Bestemmelsen indeholder således en forhåndsformodning for, at en virksom konkurrence vil føre til målet om en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse på markedet.⁸⁹ Med en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse henvises til, at varer og tjenesteydelser produceres og distribueres til lavest mulige omkostninger, med den bedst mulige kvalitet, at udbuddet sker i overensstemmelse med forbrugeres præferencer samt at ressourcerne anvendes de steder, hvor der er størst behov herfor.⁹⁰

Af forarbejderne til konkurrenceloven fremgår det tillige, at lovens bestemmelser er udformet med det formål at ramme de eventuelle konkurrencebegrænsninger, der hæmmer effektiviteten i produktionen og omsætningen af markedets varer og tjenesteydelser. Derfor søger konkurrenceloven i sit virke mod at beskytte den aktuelle konkurrence, der foreligger mellem de eksisterende virksomheder på markedet, samt at sikre en fri adgang til markedet for nytilkomne virksomheder.⁹¹

Foruden konkurrencelovens formål om at sikre en effektiv ressourceanvendelse og hindre eventuelle konkurrencebegrænsninger på markedet, er det tillige intentionen med den danske konkurrencelov, at reglerne skal indgå i et teoretisk sammenspil med de øvrige konkurrenceregler i EU. Derfor er de

⁸⁶ Ølykke, G. S og Fejøl, J., s. 21 ff.

⁸⁷ Ølykke, G. S og Fejøl, J., s. 24

⁸⁸ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3652

⁸⁹ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 68

⁹⁰ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 64

⁹¹ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3648

danske myndigheder i særlig grad underlagt en forpligtelse til at anvende EU-konkurrenceretten som fortolkningsbidrag til den nationale konkurrenceret, således at de danske konkurrenceretlige vilkår ikke adskiller sig markant fra det der gælder i andre EU-lande.⁹²

Forholdet mellem den danske konkurrencelov og EU-konkurrencereglerne er således i et vidt omfang harmoniserede. Dette på trods af, at EU-konkurrencerettens regler søger mod at ramme et større og mere vidtgående indre marked end den danske konkurrencelov, hvis primære formål er at sikre en optimal samfundsmæssig ressourceanvendelse på det danske marked. EU-konkurrenceretten og den nationale konkurrenceret i Danmark søger derfor i sin grundlæggende form mod det samme formål, idet de dog forfølger formålet med forskellige udgangspunkter. Den danske konkurrenceret er dog til enhver tid underlagt en pligt til at fortolke EU-konformt, hvorfor fortolkningen af den danske konkurrencelov altovervejende er styret af EU's ønske om at etablere et effektivt indre marked.⁹³

3.2: KONKURRENCERETTENS REGULERING AF KONKURRENCEBEGRÆSENDE AFTALER

Som en implementering af TEUF art. 101, stk. 1 indeholder konkurrencelovens § 6 et forbud mod at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Et sådan forbud medfører, at konsortiedannelser hvis formål eller følge er at begrænse konkurrencen er forbudte. I sådanne tilfælde, vil et konsortium have samme virkninger som et egentligt kartel, der alene i sin form er ulovlig.⁹⁴

Et kartel afviger i sin grundlæggende form fra et konsortium⁹⁵, idet et konsortium *ikke* udtrykker sig i et skjult samarbejde. Et konsortium er derimod en åbenbar aftale mellem parterne, som den ordregivende myndighed har fuld indsigt i.⁹⁶ Det betyder dog ikke, at konsortier alene i sin form er legitime, da sådanne samarbejdsformer tillige kan have konkurrencebegrænsende effekter, selv om formålet ikke nødvendigvis er at begrænse konkurrencen i forbindelse med et EU-udbud.

⁹² FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3657 og 3648; Se hertil også Ølykke, G. S og Fejøl, J., s. 19

⁹³ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 26

⁹⁴ Jakobsen, P. S., s. 36; Se hertil også Ølykke, G. S. og Nielsen, R., s. 189

⁹⁵ Et kartel er et samarbejde mellem virksomheder, hvis mål er at begrænse konkurrencen på markedet for at kunne hæve priserne på virksomhedernes produkter og skabe en større fortjeneste.

⁹⁶ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 59

3.2.1: Konkurrencelovens § 6

Som tidligere anført indeholder konkurrencelovens § 6, stk. 1 en forbudsbestemmelse mod konkurrencebegrænsende aftaler. Bestemmelsen suppleres af en liste i dennes stk. 2 der kategoriserer, hvilke aftaler der eksempelvis kan være konkurrencebegrænsende. Listen herover fremstår som en ikke-udtømmende liste over de aftaletyper der *kan* stride imod forbuddet. En aftale der overtræder forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 vil således være forbudt, hvilket betyder at aftalen ikke kan håndhæves, medmindre de er undtaget efter lovens fritagelsesmuligheder i konkurrencelovens § 8.

Kirsten Levinsen m.fl. opstiller i litteraturen "*Konkurrenceloven med kommentar*", ligesom mange andre teoretikere, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, kan opstilles som fire kumulative betingelser:

1. Der skal være tale om virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder.
2. Der skal være indgået aftale, en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder.
3. Aftalen skal have til formål *eller* til følge at begrænse konkurrencen på det relevante marked.
4. Aftalens begrænsning af konkurrencen skal være mærkbar.⁹⁷

Betingelserne i konkurrencelovens § 6 indgår således som et afgørende element for, hvornår en konkret konsortieaftale omfatter en konkurrencebegrænsende aftale. En gennemgang af betingelserne vil derfor blive nærmere gennemgået i fremstillingens afsnit 5.4.

3.2.2: Fritagelse for forbuddet efter konkurrencelovens § 8

Konkurrenceloven indeholder tillige en fritagelsesbestemmelse, der erklærer at virksomhederne kan fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis den pågældende aftale, vedtagelse eller samordnede praksis opfylder de anførte betingelser i konkurrencelovens § 8. Bestemmelsen er en direkte implementering af TEUF art. 101, stk. 3, der indeholder en tilsvarende fritagelsesmulighed. Af pladsmæssige årsager vil den teoretiske gennemgang af konkurrenceretten ikke indeholde en

⁹⁷ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 185; Se hertil også Larsen, Torsten Bjørn, m.fl., "*Markedsretten*", 2019, (herefter: Larsen, T. B.), s. 299

gennemgang af denne fritagelsesmulighed. Dette skyldes, at behandlingen vil indgå som et element i fremstillingens analyse af, hvilken retlig test økonomiske aktører bedømmes efter.

4. Højesteret dom af 27. november 2019: Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S

Dette afsnit vil kort præsentere fremstillingens primære grundlag, Højesterets dom af 27. november 2019: Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S. Gennemgangen udarbejdes for at indlede til fremstillingens analyse, hvori Vejmarkeringsafgørelsen løbende inddrages.

Vejmarkeringsafgørelsen blev af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indledt til Konkurrencerådet i 2014 som følge af en klage indgivet af en forbigået tilbudsgiver. Afgørelsen vedrører et EU-udbud iværksat af Vejdirektoratet i februar 2014 angående genmarkering af det statslige vejnet. Udbuddet omfattede vejmarkeringsopgaver i tre forskellige distrikter for henholdsvis Syddanmark, Sjælland og hovedstadsområdet. Det pågældende udbud blev udbudt som et genudbud af et oprindeligt udbud fra Vejdirektoratet i 2012. Det oprindelige udbud blev vundet af klageren i den pågældende sag, Guide-Lines A/S, efter virksomheden havde været i konkurrence med blandt andet virksomhederne Eurostar Danmark A/S (herefter: Eurostar) og GVCO A/S (tidligere LKF Vejmarkering A/S, og herefter: GVCO), som også dengang havde etableret et konsortium. Det viste sig dog, at Guide-Lines A/S ikke kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i overensstemmelse med de aftalte tids- og arbejdsplaner, hvorfor Vejdirektoratet genudbød tre ud af fem distrikter.

Af udbudsbekendtgørelsen til det nye udbud fremgik det, at det var muligt for de bydende parter at afgive delbud på hvert enkelt distrikt. Samtidig muliggjorde udbuddet, at tilbudsgiverne kunne tilbyde en samlet rabat, hvis de vandt flere eller alle tre distrikter. For det pågældende udbud var tildelingskriteriet laveste pris.

Virksomhederne Eurostar og GVCO indgik den 11. marts 2014 en aftale om at etablere ”Dansk Vejmarkerings Konsortium”. Aftalen blev indgået med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på Vejdirektoratets udbudte opgave. Foruden den konkrete aftale havde parterne, som et bilag til konsortieaftalen, udarbejdet en specifik fordelingsaftale, der fordelte arbejdet mellem de pågældende virksomheder for udbuddets tre distrikter.

GVCO var ved udbuddets bekendtgørelse landets største entreprenør indenfor vejmarkeringsbranchen, mens Eurostar var landets næststørste entreprenør. Forud for udbuddet havde Eurostar kontaktet en advokat, for at få vurderet lovligheden af det påtænkte konsortiesamarbejde. Advokaten bekræftede overfor Eurostar, at konsortiesamarbejdet *var* lovligt, såfremt ingen af parterne havde kapacitet til at byde på den samlede opgave alene. Konsortiet bød derfor på alle tre enkelte distrikter og afgav ydermere et samlet bud på hele opgaven med en dertilhørende rabat på 20 pct. Foruden det etablerede konsortium afgav to andre virksomheder tilbud på henholdsvis ét og to af de udbudte distrikter. Én af dem var som anført Guide-Lines A/S. Efter endt tilbudsperiode vandt Dansk Vejmarkerings Konsortium hele udbuddet, da de havde afgivet den laveste pris på alle tre distrikter – dog ikke på de enkelte distrikter. Da Vejdirektoratet havde truffet tildelingsbeslutning og udsendt meddelelse herom, jf. udbudslovens § 171, indgav Guide Lines A/S, som tidligere anført, en klage over GVCO og Eurostars fælles bud hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der herefter indbragte sagen for Konkurrencerådet.

4.1 KONKURRENCERÅDETS OG KONKURRENCEANKENÆVNETS AFGØRELSE

Spørgsmålet til Konkurrencerådet omhandlede, hvorvidt Dansk Vejmarkerings Konsortium begrænsede den konkurrence, der ellers ville have været mellem parterne i udbuddet. Med henblik på at indsamle data til en sådan vurdering, foretog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en række omfattende kontrolundersøgelser, der skulle afdække netop dette spørgsmål. Undersøgelserne blev foretaget på baggrund af materiale indhentet af Eurostar og GVCO.

På baggrund af Konkurrencerådets kontrolundersøgelser var det Konkurrencerådets samlede vurdering, at Eurostar og GCVO ud fra deres individuelle kapacitet på det pågældende tidspunkt, *var* i stand til at udføre udbuddets vejmarkeringsopgaver. Både hvad angår delbuddet for de enkelte distrikter, samt det samlede udbud for alle tre distrikter. Af denne årsag *var* virksomhederne reelt aktuelle konkurrenter i forhold til det konkrete udbud. Konkurrencerådet konkluderede derfor, at konsortieaftalen overtrådte forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101 ved at fastsætte priser og opdele markedet ved deltagelse i Vejdirektoratets udbud.

Efter endt afgørelse fra Konkurrencerådet indbragte Dansk Vejmarkerings Konsortium afgørelsen for Konkurrenceankenævnet med påstand om ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse. Konkurrenceankenævnet stadfæstede dog Konkurrencerådets afgørelse i 2016. Nævnet pålagde derfor de to virksomheder at ophøre samarbejdet. Deltagerne i konsortiet ankede dog

Konkurrenceankenævnets kendelse for Sø- og Handelsretten, idet de nedlagde påstand om ophævelse af Konkurrenceankenævnets kendelse og hjemvisning til fornyet behandling ved Konkurrencerådet. Konkurrencerådet påstod frifindelse. Sø- og Handelsretten traf afgørelse den 27. august 2018.

4.2 SØ- OG HANDELSRETTENS AFGØRELSE

Gennem Sø- og Handelsrettens behandling af sagen anførte retten sammenfattende, at Konkurrencemyndighederne ikke i et tilstrækkeligt omfang havde bevist, at parternes egne vurdering af, at de *ikke* havde kapacitet til at byde på det samlede udbud, var forkert. Idet Sø- og Handelsrettens afgørelse efterfølgende underkendes af Højesteret findes en dybdegående gennemgang af Sø- og Handelsrettens kontrolundersøgelser ikke relevant for besvarelsen af fremstillingens problemfelt, hvorfor afgørelsen kun vil blive gennemgået i et overordnet omfang.

På baggrund af Sø- og Handelsrettens kontrolundersøgelser konkluderede retten, at Konkurrencemyndighedernes afgørelse var baseret ud fra nogle hypotetiske antagelser om muligheden for at ansætte yderligere mandskab og tilkøbe yderligere maskiner. Sø- og Handelsretten anførte derfor, at Konkurrencemyndighedernes afgørelse indeholdt mangel på dokumentation for, at dette udsagn faktisk var en mulighed der forretningsmæssigt kunne forsvares. Konkurrencemyndighederne havde derfor, efter Sø- og Handelsrettens vurdering, ikke løftet bevisbyrden for, at konsortiets deltagende parter potentielt selv kunne have budt på dele af opgaven. Sø- og Handelsretten fandt derfor, i modsætning til Konkurrencemyndighederne, at parternes egne kapacitetsberegninger var berettigede, hvorfor de med rette kunne bestride at besidde den nødvendige kapacitet det samlede udbud krævede. Sø- og Handelsretten ophævede således henholdsvis Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser. Konkurrencerådet ankede dog dommen til Højesteret med påstand om frifindelse.

4.3 HØJESTERETS AFGØRELSE

Af retsplejelovens § 368, stk. 4 fremgår det, at domme afsagt af Sø- og Handelsretten kan ankes til Højesteret, såfremt sagen er af principiel karakter og har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen i landet eller har en væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt. Sø- og Handelsrettens afgørelse blev derfor bragt til Højesteret på baggrund af sagens principielle karakter med hjemmel i retsplejelovens § 368, stk. 4. Dommen er den første danske dom der har taget stilling til spørgsmålet om, hvilket retlig test et konsortium skal bedømmes efter.

Spørgsmålet til Højesteret angik derfor, hvorvidt Dansk Vejmarkerings Konsortium begrænsede den aktuelle konkurrence på det relevante marked. Hertil fandt Højesteret, at virksomhederne ved det pågældende udbud *var* konkurrenter, da virksomhederne ubestridt, hver især var i stand til at byde på minimum ét af de tre distrikter i udbuddet. Endelig anførte Højesteret det således godtgjort, at konsortieaftalen havde haft et konkurrencebegrænsende formål, hvorfor aftalen var omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, stk. 1. Derfor frifandt Højesteret Konkurrencerådet.

5. Den retlige test af et konsortium

Det kan ud fra et konkurrenceretligt perspektiv være fordelagtigt for virksomheder at etablere et konsortium til brug for at byde på en offentlig kontrakt. Et sådant samarbejde kan potentielt føre til store omkostningsbesparelser, udnyttelse af ressourcer og knowhow på tværs af virksomheder, forbedring af produkternes kvalitet, udvidelse af produktsortimentet, hurtigere iværksættelse af innovative tiltag m.v.⁹⁸ Et konsortium der overtræder konkurrencelovens regler om konkurrencebegrænsende aftaler, kan modsætningsvist have mange forskellige konsekvenser for de deltagende virksomheder.

Ud fra fremstillingens gennemgang af udbudsretten i kapitel 2, kan et konsortium risikere at blive udelukket som følge af den ordregivende myndigheds tilvalg af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og 4. Et konsortium kan på tilsvarende vis potentielt risikere at blive bragt til ophør, såfremt en efterprøvelse af konsortiets etablering bliver genstand for behandling i en senere konkurrencesag. Bringes et konsortiesamarbejde til ophør og den udbudte kontrakt ophæves, vil den ordregivende myndighed formentlig kræve myndighedens tab forbundet med ophævelsen, dækket af konsortiets deltagende parter. En overtrædelse af konkurrencereglerne kan således have store økonomiske konsekvenser for de økonomiske aktører.

Foruden det faktum, at de økonomiske aktører kan risikere at skulle dække den ordregivende myndigheds omkostninger forbundet med udbuddet, kan de økonomiske aktører tillige risikere at

⁹⁸ EUT 2011/C 11/01, Kommissionens meddelelse om *“Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler”* (herefter: EUT 2011/C 11/01), pkt. 2

forspilte store omkostninger relateret til konsortiets etablering og tilbudsmaterialets udarbejdelse. I en rapport udarbejdet af Rigsrevisionen fra 2019 illustreres det, at økonomiske aktører ved deltagelse i en EU-udbudsprocedure, har gennemsnitlige transaktionsomkostninger på 12,0 pct. af udbuddets kontraktværdi.⁹⁹ I relation hertil har Dansk Industri i 2019 udarbejdet en analyse der viser, at 85 pct. af rådgivervirksomhederne i Danmark vurderer, at transaktionsomkostningerne på offentlige opgaver 'ofte' eller 'meget ofte' er så høje, at de vælger *ikke* at byde.¹⁰⁰ En uvished om, hvilke regler der gælder, når virksomheder etablerer et konsortium til brug for at deltage i EU-udbudsforretninger, kan derfor have store økonomiske konsekvenser, idet omkostningerne relateret til at etablere konsortiet og udarbejde tilbudsmaterialet, potentielt forspildes. Denne omstændighed, sammenholdt med det faktum at de økonomiske aktører kan risikere at skulle dække myndighedernes omkostninger forbundet med udbuddet, belyser således vigtigheden i, at økonomiske aktører får klarlagt, hvilke overvejelser de bør iagttage i relation til samarbejdets lovlighed. Netop dette klarlægges i Højesterets nyeste praksis indenfor området.

Derfor vil foranstående kapitel, med afsæt i Vejmarkeringsafgørelsen, foretage en analyse af, hvilken retlig test et konsortium bedømmes efter, idet en sådan analyse illustrerer, hvilke overvejelser deltagerne i et konsortium bør iagttage forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger. Analysen skal således anvendes til at besvare fremstillingens problemformulering af, hvordan økonomiske aktører bør håndtere etableringen af et konsortium efter Højesterets nyeste praksis indenfor området.

I Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen anføres det, at den retlige analyseramme for konsortieaftaler, er den samme som for alle andre samarbejdsaftaler.¹⁰¹ Det er derfor ikke selve formen og betegnelsen der er afgørende for, om en aftale er konkurrencebegrænsende, men derimod hvad aftalen faktisk går ud på. Konsortiedannelser er således ikke underlagt særlige regler.¹⁰² Fremstillingens analyse er derfor ikke kun gældende for konsortieaftaler, men tillige for andre samarbejdsformer mellem virksomheder. Fremstillingen vil dog kun behandle analyserammen for konsortieaftaler.

⁹⁹ Folketinget Rigsrevision, "*Transaktionsomkostninger ved udbud i staten*", 2019

¹⁰⁰ Dansk industri, "*Alt for dyrt at byde på offentlige opgaver*", 2019

¹⁰¹ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 om Dansk Vejmarkerings Konsortium (herefter: Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse), pkt. 12

¹⁰² Udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 7

Højesteret præciserede i deres behandling af Vejmarkeringsafgørelsen, at hovedspørgsmålet for konsortiedannelse særligt er, hvorvidt konsortiets deltagende parter faktisk eller potentielt kan byde på kontrakten på egen hånd eller - hvis dette ikke er tilfældet - om konsortiets etablering er objektivt nødvendigt.¹⁰³ Disse udgangspunkter skal således anvendes til slutteligt at illustrere, hvorvidt et konsortiums deltagende parter er konkurrenter i relation til det konkrete EU-udbud.¹⁰⁴

Den retlige bedømmelse af konsortiedannelse kan derfor overordnet opdeles i to trin:¹⁰⁵

1. Foreligger der en konkurrencebegrænsende aftale som følge af, at virksomhederne i det konkrete konsortium er konkurrenter, og at betingelserne i konkurrencelovens § 6 er opfyldt?
2. Kan konsortieaftalen fritages efter konkurrencelovens § 8, idet konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger?

Undersøgelsen af, hvorvidt et konkret konsortium er lovligt etableret, skal således inddrage flere elementer end, hvad der umiddelbart fremgår af konkurrencelovens § 6, stk. 1. På indledende vis kræver undersøgelsen af, hvorvidt virksomhederne i et konkret konsortium er konkurrenter, en grundlæggende undersøgelse af forholdets relevante marked. Derfor vil kapitlets første afsnit søge mod at belyse, hvilke elementer der indgår en sådan undersøgelse.

5.1 AFGRÆNSNING AF DET RELEVANTE MARKED

En afgrænsning af det relevante marked er essentielt, idet parterne *ikke* kan blive anset som værende konkurrenter, hvis de ikke opererer på det samme marked eller umiddelbart kan komme til det. Formålet med at afgrænse det relevante marked er derfor at kunne identificere, hvilke virksomheder der er i konkurrence med hinanden.¹⁰⁶ Dette afsnit vil derfor belyse, hvilke elementer der kan inddrages ved afgrænsningen af det relevante marked.

Afgrænsningen af det relevante marked kan udledes af principperne i konkurrencelovens § 5a. Hertil bør særligt Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked indgå som et

¹⁰³ Højesteretsdom af 27. november 2019: Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet (herefter: Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen), s. 7; Se hertil også Levinsen, Kirsten m.fl., s. 343

¹⁰⁴ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 343 ff.

¹⁰⁵ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 15

¹⁰⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 298

fortolkningsbidrag.¹⁰⁷ Af både konkurrencelovens § 5a og Kommissionens meddelelse fremgår det, at markedets afgrænsning skal fastlægges på baggrund af markedets muligheder for efterspørgsels- og udbudssubstitution.¹⁰⁸ Hvad der umiddelbart ikke fremgår af konkurrenceloven, men kan udledes af lovens forarbejder og Kommissionens meddelelse er, at det relevante marked tillige omfatter både et produktmarked og et geografisk marked.¹⁰⁹

Før en afgrænsning af det relevante marked er fuldendt, skal virksomhederne således *både* inddrage det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Begge afgrænsninger bør foretages ud fra en helhedsvurdering af en række forskellige faktorer, hvor blandt andet forbrugerpræferencer, prisforskelle og handelsmønstre *kan* indgå som praktiske elementer.¹¹⁰

Det fremgår tillige af konkurrencelovens § 5a og Kommissionens meddelelse, at afgrænsningen af det relevante marked bør fastlægges på baggrund af markedets potentielle konkurrence. Den potentielle konkurrence omfatter en undersøgelse af muligheden for, at udefrakommende virksomheder på sigt kan omstille deres produktion med det formål at indtræde på det relevante marked.¹¹¹

5.1.1 Det relevante produktmarked

Det relevante produktmarked - såvel som det relevante geografiske marked – skal således afgrænses på baggrund af markedets muligheder for efterspørgsels- og udbudssubstitution. De økonomiske aktører skal, med udgangspunkt i den pågældende konsortieaftale, derfor foretage en vurdering af, hvilke varer og/eller tjenesteydelser der i kundernes bevidsthed må antages at være i samme kategori som konsortieaftalens produkter. En sådan undersøgelse bør indebære en vurdering af, hvilke varer og/eller tjenesteydelser der betragtes som indbyrdes værende substituerbare til konsortieaftalens produkter på baggrund af produkternes egenskaber, pris, anvendelsesmuligheder, forbrugerpræferencer og krydspriselasticitet.¹¹² Når en sådan vurdering er foretaget bør

¹⁰⁷ EUT 1997/C 372/03, Kommissionens meddelelse om ”*Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*” (herefter: EUT 1997/C 372/03)

¹⁰⁸ EUT 1997/C 372/03, pkt. 13

¹⁰⁹ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3659; EUT 1997/C 372/03, pkt. 4

¹¹⁰ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 145

¹¹¹ EUT 1997/C 372/03, pkt. 13

¹¹² Krydspriselasticiteten definerer efterspørgslens afhængighed af andre varers priser. Indenfor konkurrenceretten anvendes primært SSNIP, der tester, hvorvidt kunderne vil skifte til et andet produkt eller marked i tilfælde af en prisstigning på 5-10 %. Er dette er tilfældet, vil produkterne være substituerbare.

virksomhederne ydermere afgrænse, i hvilken grad der potentielt kan foreligge en konkurrencetilførsel ved, at eksisterende producenter omlægges deres produktion til produkter på det relevante marked.¹¹³

I Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen vurderede rådet efter grundige undersøgelser, at Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver *ikke* kunne substitueres med andre ydelser, herunder vejskiltning, vejinformation eller kantmarkeringspæle, hvorfor rådet vurderede at produktmarkedet måtte afgrænses til udelukkende vejmarkering.¹¹⁴

5.1.2 Det relevante geografiske marked

Det relevante geografiske marked omfatter det geografiske område, hvorpå det pågældende konsortium afsætter sine produkter og/eller tjenesteydelser i konkurrence med andre.¹¹⁵ En afgrænsning heraf skal tillige inddrage betragtninger om mulighederne for udbuds- og efterspørgselssubstitution.

I Vejmarkeringsafgørelsen inddrogede Konkurrencerådet til deres behandling af sagens geografiske marked, at det danske marked indebar syv primære entreprenører indenfor vejmarkering. Heraf var der fire landsdækkende aktører.¹¹⁶ I det givne udbud var deltagerne i Dansk Vejmarkerings Konsortium blandt de største indenfor vejmarkering. Konsortiets deltagende parter samt udbuddets øvrige tilbudsgivere var ydermere alle landsdækkende i Danmark, idet virksomhederne dækkede hele landet for udførelsen af vejmarkeringsarbejde.¹¹⁷ Derfor blev det geografiske marked i Vejmarkeringsafgørelsen afgrænset til Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS.¹¹⁸

5.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

Omfatter det relevante marked et område der er bredere end Danmark, er det hernæst vigtigt at undersøge, om en aftale indebærer en samhandelspåvirkning. En sådan undersøgelse har en afgørende betydning for, hvilke regelsæt der finder anvendelse for et konkret forhold. Samhandelskriteriet

¹¹³ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 51 ff.; Se hertil tillige EUT 1997/C 372/03, pkt. 7

¹¹⁴ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 314

¹¹⁵ Bergqvist, Christian, ”Konkurrenceretten”, 2019, 1. udgave, 2019 (herefter: Bergqvist, C.), s. 134

¹¹⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 318

¹¹⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 328

¹¹⁸ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 5

kommer til udtryk i TEUF art. 101, stk. 1, hvori det anføres at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler efter traktaten *kun* gælder for aftaler der: “ »...« *kan påvirke handelen mellem medlemsstater*”. I en situation hvor et konkret forhold *ikke* indeholder samhandelspåvirkning, vil TEUF art. 101, stk. 1, derfor *ikke* finde anvendelse. I sådanne tilfælde vil den nationale konkurrenceret, herunder konkurrenceloven § 6, finde anvendelse i stedet for.¹¹⁹

Nationale myndigheder vil modsætningsvist være underlagt en forpligtelse til at anvende EU-konkurrenceretten *samtidig* med anvendelsen af den nationale ret i situationer, hvor forholdet *kan* påvirke samhandlen på tværs af medlemsstaterne.¹²⁰

Som tidligere anført er forbuddet i TEUF art. 101 og konkurrencelovens § 6 i høj grad sammenfaldende. For fremstillingens problemfelt er det derfor *ikke* afgørende, hvorvidt et konkret forhold har samhandelspåvirkning, idet hjemmelsgrundlaget overordnet er enslydende. Fremstillingen vil derfor ikke inddrage yderligere aspekter om samhandelskriteriet. Af denne årsag vil fremstillingen udelukkende anvende de nationale konkurrenceregler, idet TEUF art. 101 dog vil blive inddraget i det omfang det findes relevant.

5.3. ER VIRKSOMHEDERNE KONKURRENTER VED DET KONKRETE EU-UDBUD?

Konsortieaftaler mellem virksomheder der *ikke* er konkurrenter, kan *ikke* begrænse konkurrencen på det relevante marked. Aftaler mellem virksomheder der derimod *er* konkurrenter, vil typisk begrænse den konkurrence, der ellers ville have været mellem virksomhederne.¹²¹ Af denne årsag er vurderingen af, om et konsortiums deltagende parter er konkurrenter ved et konkret EU-udbud, særdeles relevant. En sådan vurdering skal til enhver tid foretages ud fra konsortiets deltagende parters status i forhold til den konkrete opgave, hvorfor det ikke er nødvendigt at vurdere, hvorvidt virksomhederne er konkurrenter i en generel sammenhæng.¹²²

¹¹⁹ Ølykke, G. S og Fejø, J., s. 69

¹²⁰ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 188; Se hertil tillige Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (nu art. 101 og 102), (herefter: Rådets forordning (EF) nr. 1/2003), pkt. 8

¹²¹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 508; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 344

¹²² Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 854; Se hertil tillige udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 13

I en meddelelse fra Kommissionen om retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler fremgår det, at markedsføringsaftaler *ikke* bliver anset for konkurrencebegrænsende, såfremt *ingen* af de pågældende virksomheder alene opfylder kravene til den påkrævede knowhow, kapacitet eller de påkrævede økonomiske ressourcer. Kommissionen nævner specifikt konsortieaftaler som et eksempel, hvorpå virksomheder får mulighed for at deltage i projekter, de på egen hånd ikke kan deltage i.¹²³ Dette udgangspunkt fremgår tillige af forarbejderne til konkurrencelovens § 6. Heri anføres det, at aftaler mellem virksomheder der opererer indenfor samme omsætningsled, ikke er konkurrencebegrænsende, hvis *ingen* af de pågældende virksomheder, på baggrund af opgavens størrelse eller kompleksitet, kan udføre opgaven alene.¹²⁴

Den retlige vurdering af hvorvidt et konkret konsortium er konkurrencebegrænsende, er derfor grundlæggende betinget af, om konsortiets deltagende parter kan byde på kontrakten alene *eller* om konsortiet er objektivt nødvendigt for, at parterne kan komme ind på det relevante marked. Med andre ord er det afgørende, hvorvidt virksomhederne er konkurrenter, eftersom de på egen hånd selv kan byde på den udbudte opgave.¹²⁵ Dette udgangspunkt blev tillige bekræftet i Højesterets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen hvori Højesteret præciserede, at en sådan vurdering skal foretages ud fra et objektivt grundlag med forskellige elementer taget i betragtning.¹²⁶

I Kommissionens meddelelse om retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler præciseres det tillige, at udtrykket "konkurrenter" både omfatter aktuelle og potentielle konkurrenter.¹²⁷ Aktuelle konkurrenter foreligger i situationer, hvor de pågældende virksomheder på udbudstidspunktet *har* den fornødne kapacitet at byde på det konkrete EU-udbud. Derimod er virksomheder potentielle konkurrenter i situationer, hvor virksomhederne på udbudstidspunktet *ikke* har den påkrævede kapacitet, men som ud fra et forholdsmæssigt og realistisk synspunkt kan skaffe en sådan.¹²⁸ Det er således uden betydning for den konkurrenceretlige vurdering, om de deltagende virksomheder er aktuelle eller potentielle konkurrenter, idet retsfølgen er den samme.¹²⁹

¹²³ EUT 2011/C 11/01, pkt. 237

¹²⁴ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3659

¹²⁵ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 383; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 344

¹²⁶ Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 8

¹²⁷ EUT 2011/C 11/01, pkt. 10

¹²⁸ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 407

¹²⁹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 637

De økonomiske aktører bør derfor undersøge, om virksomhederne *har* den fornødne kapacitet til at udføre opgaven eller – hvis dette ikke er tilfældet – om virksomhederne potentielt *kan* skaffe den fornødne kapacitet. Begge vurderinger skal foretages ud fra forholdene på udbudstidspunktet, hvorfor vurderingen skal tage udgangspunkt i virksomhedernes aktuelle eller potentielle ressourcer på tidspunktet, hvor arbejdet skal udføres.¹³⁰ Fremstillingen vil derfor belyse, hvilke konkrete elementer der *kan* indgå i vurderingen heraf, idet begge udgangspunkter er vigtige for de økonomiske aktører at iagttage.

Til at besvare spørgsmålet om, hvorvidt et konsortiums deltagende parter er konkurrenter, skal der grundlæggende tages hensyn til markedets karakteristika, udbuddets mulighed for delbud samt virksomhedernes nuværende og potentielle kapacitet. Derfor vil kapitlets forestående afsnit gennemgå, hvilke elementer der kan inddrages i sådanne vurderinger.¹³¹

5.3.1: Markedets karakteristika

Undersøgelsen af markedets karakteristika gennemføres med det formål at fastlægge markedets potentielle egenskab til at blive begrænset. Søgen herimod bør derfor i høj grad inddrage antallet af udbydende aktører på det relevante marked, samt nærværende aktørers markedsandel. Vurderingen af markedets karakteristika blev tillige foretaget i Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen. Heri fremhævede styrelsen særligt, at der i Danmark er syv aktive virksomheder indenfor vejmarkering. Heraf opererede der primært fire store landsdækkende aktører, der tilsammen stod for ca. 70-90 pct. af omsætningen i Danmark, herunder sagens omhandlende parter GCVO og Eurostar.¹³²

Markedets karakteristika udgjorde derfor en reel mulighed for, at Dansk Vejmarkerings Konsortium i et betydeligt omfang potentielt kunne begrænse den aktuelle konkurrence på markedet, idet antallet af uafhængige virksomheder ved det konkrete EU-udbud blev begrænset fra syv til seks potentielle tilbudsgivere. Styrelsen inddrogede ydermere, at markedet for vejmarkering ikke var

¹³⁰ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345; Se hertil tillige Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 407

¹³¹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 407

¹³² Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 412

kendetegnet ved særlige kapacitetsbegrænsninger, idet markedet alene krævede adgang til specielle maskiner samt adgang til medarbejdere, der kunne betjene maskinerne.¹³³

På denne baggrund fastlagde Konkurrencerådet, at forholdene på det konkrete marked bidrog til, at konsortiets deltagende parter skulle betragtes som konkurrenter, idet der ikke forelå særlige karakteristika ved markedet, der kunne rejse tvivl om, at der forelå en konkurrencebegrænsning.¹³⁴

5.3.2: Muligheden for at afgive delbud

Den retlige analyseramme af konsortieaftaler afhænger særligt af, hvordan udbuddet planlægges af den ordregivende myndighed. Økonomiske aktører bør derfor til enhver tid inddrage udbuddets udbudsmateriale *inden* det vurderes, om virksomhederne er aktuelle eller potentielle konkurrenter.¹³⁵ Udbudsmaterialet inddrages med det formål at undersøge, om det er muligt at byde på dele af den udbudte opgave eller om det er et krav, at der *skal* afgives ét samlet bud. Åbner et udbudsmateriale op for, at der *kan* afgives delbud, skal virksomhedernes kapacitet vurderes ud fra de enkelte delbud og *ikke* den samlede opgave. Muligheden for delbud definerer således, hvilket udgangspunkt virksomhedernes kapacitet skal vurderes ud fra. Derfor kan vurderingen få afgørende betydning for, om det er objektivt nødvendigt for de deltagende virksomheder at indgå en konsortieaftale. Økonomiske aktører der ikke har kapacitet til at byde på hele opgaven alene, kan derfor alligevel blive betragtet som værende konkurrenter, såfremt parterne *har* mulighed for at byde på dele af den udbudte opgave.¹³⁶

Vigtigheden i at fastlægge muligheden for delbud illustreres tillige i Vejmarkeringsafgørelsen. I afgørelsen var det konsortiets egen opfattelse, at udbuddet *kun* angik den samlede opgave, da Vejdirektoratet tidligere havde tildelt to landsdækkende udbud til én aktør. Ydermere var Dansk Vejmarkerings Konsortium af den opfattelse, at udbuddets fastlagte rabatstruktur indikerede, at udbuddet omhandlede det samlede udbud. Det var således parternes opfattelse, at udbuddet *ikke*

¹³³ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 413

¹³⁴ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 786

¹³⁵ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 383 sammenholdt med pkt. 770; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., side 345

¹³⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 420; Se hertil tillige; Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 7; Levinsen, Kirsten m.fl., s. 346

udgjorde en reel mulighed for delbud, idet Vejdirektoratets pris- og rabatmodel indebar, at den effektive pris på ét distrikt skulle være så lav som muligt.¹³⁷

Konkurrencemyndighederne anførte dog efter nærmere undersøgelser, at Vejdirektoratets udbudsmateriale faktisk udgjorde en mulighed for, at tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på ét eller flere af de udbudte distrikter, hvorfor muligheden for delbud *var* aktuel. Dette udgangspunkt blev dog senere udfordret af Sø- og Handelsretten der vurderede, at Vejdirektoratets formål med udbuddet var at finde én samlet udbyder til alle tre distrikter.¹³⁸ Dette understøttede derfor rettens videre vurdering af at konsortiesamarbejdet var berettiget. Sø- og Handelsrettens vurdering blev dog senere afkræftet af Højesteret der bekræftede, at der *ikke* var holdepunkter for at udbuddet, i kraft af de historiske data eller den særlige rabatstruktur, kun angik den samlede opgave.¹³⁹ Højesteret bemærkede tillige, at andre tilbudsgivere havde budt på enkelte distrikter, hvilket blot understøttede, at muligheden for delbud *var* aktuel. Dansk Vejmarkerings Konsortium kapacitet skulle derfor vurderes med udgangspunkt i udbuddets enkelte distrikter, hvilket blev udslagsgivende for den konkurrenceretlige vurdering af konsortiet. Vejmarkeringsafgørelsen illustrerer således, hvordan muligheden for delbud har stor betydning for konsortieaftalers konkurrenceretlige vurdering.

Efter undersøgelsen af muligheden for delbud er foretaget, er det med udgangspunkt heri muligt at undersøge, hvorvidt virksomhederne faktisk *har* den fornødne kapacitet til at udføre den udbudte opgave eller om virksomhederne potentielt *kan* skaffe en sådan kapacitet. En sådan vurdering har en afgørende betydning for, om virksomheder er konkurrenter i relation til et konkret EU-udbud.

5.3.3: Har virksomhederne den fornødne kapacitet?

Vurderingen af, hvorvidt et konsortiums deltagende parter *har* den fornødne kapacitet til at udføre en udbudt opgave alene, skal således illustrere, hvorvidt virksomhederne er aktuelle konkurrenter. En sådan vurdering skal til enhver tid sammenholdes med udbuddets udbudsmateriale, da dette typisk indeholder krav der nødvendiggør samarbejdet. Udbudsmaterialet kan eksempelvis omfatte krav til virksomhedernes adgang til udstyr og arbejdskraft, krav til erfaring, knowhow og teknisk

¹³⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 173

¹³⁸ Sø- og Handelsretten afgørelse af den 27. august 2018: Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet, (herefter: Sø- og Handelsrettens afgørelsen af Vejmarkeringsafgørelse), s. 356

¹³⁹ Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 8

specialviden samt krav til virksomhedernes finansielle styrke.¹⁴⁰ I tilfælde af en eventuel konkurrencesag er det en stor fordel for virksomhederne, hvis de kan dokumentere, hvilke eventuelle kapacitetsbegrænsninger de mener at være begrænset af. Det er derfor vigtigt, at de økonomiske aktører foretager grundige overvejelser og beregninger der kan dokumentere, hvilke overvejelser der har lagt bag konsortiets etablering.¹⁴¹ Er virksomhederne en del af en større koncern, skal virksomhedernes kapacitetsberegningen beregnes på baggrund af hele koncernens kapacitet, i det omfang virksomhederne kan råde herover.¹⁴² I søgen mod at belyse, hvilke elementer der skal inddrages i vurderingen af, om en konkret virksomhed har den fornødne kapacitet til at udføre opgaven på egen hånd, vil fremstillingens følgende afsnit opstille konkrete eksempler der potentielt kan begrunde, at et samarbejde er objektivt nødvendigt.

5.3.3.1 Økonomiske ressourcer

Når virksomheder påtager sig at udføre offentlige opgaver, kan det være nødvendigt at foretage en eller flere investeringer til opgavens udførelse. Vurderingen af virksomhedernes økonomiske ressourcer kan derfor inddrage en undersøgelse af, om virksomhederne besidder den finansielle styrke til at foretage de eventuelle investeringer, der er nødvendige for at påtage opgaven. På tilsvarende vis er det nødvendigt at inddrage, hvorvidt virksomhederne opfylder udbuddets eventuelle krav til egenkapital og omsætning.¹⁴³

5.3.3.2 Medarbejderkompetencer

Vurderingen af, hvorvidt virksomhederne selv kan udføre en konkret udbudt opgave, kan tillige inddrage virksomhedernes kompetencer i form af medarbejdere.¹⁴⁴ En sådan undersøgelse vil til enhver tid udgøre en konkret vurdering. Det er dog ofte en afgørende faktor, om virksomhedernes medarbejdere besidder de nødvendige kompetencer til at udføre opgaven.¹⁴⁵ Såfremt opgaven kræver

¹⁴⁰ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 383 sammenholdt med 436; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345

¹⁴¹ Udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 10

¹⁴² Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 358 sammenholdt med pkt. 361; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 346

¹⁴³ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 438; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345

¹⁴⁴ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 498; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345

¹⁴⁵ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 686; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345

en udvidelse af virksomhedernes medarbejderstab, er det herefter nødvendigt at vurdere, hvorvidt virksomhederne har mulighed for at skaffe en sådan kvalificeret arbejdskraft, jf. afsnit 5.3.4.

5.3.3.3 Teknologi, specialviden og knowhow m.v.

En af de mest almindelige grunde til, at virksomheder vælger at etablere et konsortium til brug for at byde på en offentlig kontrakt, er virksomhedernes ønske om at indgå et samarbejde med inddragelse af hver deres speciale.¹⁴⁶ Vurderingen af, hvorvidt virksomhederne har den fornødne kapacitet til at udføre opgaven alene, kan således inddrage en undersøgelse af, om virksomhederne har adgang til den nødvendige teknologi og besidder den nødvendige specialviden og knowhow, der er påkrævet for at byde på den udbudte opgave.¹⁴⁷

5.2.3.4 Maskinkapacitet

I virksomhedernes kapacitetsberegninger kan det tillige indgå, hvorvidt virksomhederne råder over udbuddets nødvendige maskiner inden for den i udbudsmaterialet angivne tidshorisont.¹⁴⁸ Såfremt de pågældende virksomheder på udbudstidspunktet *ikke* har den fornødne maskinkapacitet, er det derefter nødvendigt at vurdere, hvorvidt virksomhederne potentielt kan udvide en sådan ved at investere i eller leje sådanne maskiner.¹⁴⁹ Dette udgangspunkt behandles nærmere i afsnit 5.3.4.

Den retlige vurdering af, om Dansk Vejmarkerings Konsortium havde den fornødne kapacitet til at byde på opgaven alene, blev tillige underlagt en omfattende behandling i Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen. Eurostar og GVCO havde begge foretaget interne kapacitetsberegninger til brug for at vurdere, hvorvidt de på egen hånd havde kapacitet til at byde på den samlede udbudte opgave. Ingen af virksomhedernes kapacitetsberegninger forholdt sig til udbuddets mulighed for at afgive delbud på de enkelte distrikter. I beregningerne anførte begge virksomheder, på baggrund af nogle omfattende kapacitetsberegninger, at de hver især manglede både maskiner og mandskab til at kunne udføre vejmarkeringsarbejdet i udbuddets tre distrikter. Eurostar og GVCO udregnede deres

¹⁴⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 435; Se hertil tillige Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345

¹⁴⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 383; Se hertil tillige FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3659

¹⁴⁸ Udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 19; Se hertil tillige FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3659

¹⁴⁹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 638; Se hertil tillige Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345

kapacitet på forskellige måder.¹⁵⁰ Kapacitetsberegningerne vil ikke blive underlagt en dybdegående behandling i denne analyse, idet de specifikke beregninger ikke findes relevant for besvarelsen af fremstillingens problemfelt.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretog i forbindelse med Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen, en række omfattende kontrolundersøgelser der skulle afklare, hvorvidt virksomhedernes interne kapacitetsberegninger var korrekte. Konkurrencerådet lagde i deres bedømmelse vægt på mange forskellige elementer. Nærværende fremstilling vil dog kun vil fremhæve enkelte, der kan bidrage til at danne et overblik over, hvilke elementer økonomiske aktører *kan* inddrage i en kapacitetsberegning.

Styrelsen lagde indledningsvist vægt på, at Dansk Vejmarkerings Konsortium havde udarbejdet en fordelingsaftale, hvis formål var at fordele arbejdet mellem de pågældende virksomheder for udbuddets tre distrikter. Af fordelingsaftalen fremgik det, at GVCO skulle udføre arbejdet i distrikt Syddanmark og distrikt Hovedstaden, mens Eurostar skulle varetage udbuddets sidste distrikt.¹⁵¹ Parterne skulle således *kun* bidrage til udførelsen af opgaver som, de efter fordelingsaftalen, var blevet tildelt. Det fremgik ydermere af fordelingsaftalen, at såfremt Dansk Vejmarkerings Konsortium ikke vandt hele udbuddet, ville den part, der ikke skulle udføre arbejdet i de “tabte” distrikter, blive kompenseret en given procentsat af enterprisesummen pr. år for det pågældende distrikt. Én sådan fordeling afspejlede, at både GVCO og Eurostar på tidspunktet for konsortiets etablering *har* været klar over, at de *havde* kapacitet til at varetage én eller flere distrikter, hvorfor virksomhederne måtte have betragtet delbud som en reel mulighed.¹⁵² GVCO og Eurostar kunne således have budt på de enkelte distrikter som de, efter fordelingsaftalen, var blevet tildelt.¹⁵³

Konkurrencerådet bemærkede ydermere, at særligt GVCO havde udarbejdet deres kapacitetsberegninger *efter*, at parterne afholdt møder med henblik på at etablere Dansk Vejmarkerings Konsortium. Konkurrencerådet tillagde det derfor stor betydning, at konsortiet havde

¹⁵⁰ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 452-635

¹⁵¹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 562 for GVCO og pkt. 569 for Eurostar

¹⁵² Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 719

¹⁵³ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 753

udarbejdet parternes fordelingsaftale og tilbudslister *inden* parterne reelt havde afklaret, om de havde kapacitet til at byde hver for sig, og derfor om det reelt var nødvendigt at danne konsortiet.¹⁵⁴

Et afsluttede og vigtigt element der i Vejmarkeringsafgørelsen blev tillagt stor betydning og som findes relevant for besvarelsen af nærværende problemfelt er, at særligt Eurostar havde fratrullet forventede opgaver i deres kapacitetsberegninger.¹⁵⁵ Forinden Vejmarkeringsafgørelsen forelå der ikke praksis der specifikt tog stilling til, hvorvidt og i hvilket omfang virksomheder kan reservere kapacitet til deres forventede fremtidige kunder. Styrelsen fastlagde derfor, at virksomheder *kun* kan reservere kapacitet til fremtidige forventede kernekunder, hvis det kan dokumenteres, at der faktisk er tale om forventede opgaver fra kernekunder, der i et realistisk omfang har en fast tilbagevendende karakter. Afgørelsen fastlægger derfor, at virksomhedernes kapacitetsberegninger kun kan tage hensyn til aftaler der *er* indgået på det tidspunkt, hvor den konkrete kontrakt sendes i EU-udbud og som fortsætter ind i den periode, hvor arbejdet skal gennemføres.¹⁵⁶ Af denne årsag accepterede Konkurrencerådet blandt andet, at GCVO havde fratrullet aftaler der allerede *var* indgået, idet GCVO var bundet heraf.¹⁵⁷

Konkurrencerådet anførte eksempelvis tillige, at virksomhederne med rette kan fratrække afhjælpningsarbejder, såfremt virksomhederne modtager en reklamation over et arbejde der tidligere er udført.¹⁵⁸ Dette var dog ikke tilfældet i Vejmarkeringsafgørelsen, hvorfor Eurostars *ikke* kunne fratrække forventede fremtidige opgaver i deres kapacitetsberegninger. Dette udgangspunkt var Sø- og Handelsretten dog ikke enige i, idet de anså det som værende acceptabelt, at Eurostar havde afsat kapacitet til deres eksisterende kernekunder. Dette på trods af at virksomhederne ikke kunne fremlægge skriftlige aftaler indgået med kernekunderne.¹⁵⁹ Sø- og Handelsrettens afgørelse blev dog senere ophævet af Højesteret.

Sammenfattende fandt Konkurrencemyndighederne det derfor godtgjort, at både Eurostar og GVCO, faktisk havde den fornødne kapacitet til at byde på enkelte dele af Vejdirektoratets udbud. På baggrund heraf var samarbejdet således *ikke* objektivt nødvendigt, hvorfor parterne blev anset som

¹⁵⁴ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 469

¹⁵⁵ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 174

¹⁵⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 444

¹⁵⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 719

¹⁵⁸ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 451

¹⁵⁹ Sø- og Handelsrettens afgørelsen af Vejmarkeringsafgørelse, s. 358

værende aktuelle konkurrenter. Dette udgangspunkt blev senere bekræftet af Højesteret, der konkluderede, at Eurostar og GVCØ var konkurrenter for det pågældende tilbud, da de hver især havde den nødvendige kapacitet til at byde på minimum ét af de tre udbudte distrikter.¹⁶⁰

5.3.3.5 Risikovurderingen

I situationer hvor det vurderes, at et konsortiums deltagende virksomheder opfylder de for udbuddet påkrævede kapacitetskrav, kan det på trods heraf alligevel være objektivt nødvendigt at indgå et konsortiesamarbejde. Dette såfremt udbuddet er forbundet med en særlig stor risiko. Derfor bør det i virksomhedernes kapacitetsberegninger inddrages, hvorvidt de pågældende virksomheder magter at bære opgavens medfølgende risiko. En sådan undersøgelse bør altid være underlagt en konkret vurdering af alle risikoaspekterne. Vurderingen kan eksempelvis være relevant, hvor den udbudte opgave indebærer udvikling af et nyt produkt, idet de nødvendige udviklingsomkostninger *kan* begrunde samarbejdets eksistens.¹⁶¹

Risikoaspektet blev tillige inddraget af parterne i Dansk Vejmarkerings Konsortium, idet konsortiets etablering muliggjorde, at parterne kunne trække på hinandens ressourcer, hvorfor Vejdirektoratets risiko ved udbuddet formindskes. Højesteret fastlagde hertil dog, at parternes mulighed for at trække på hinandens ressourcer under opgaveudførelsen og formindskelsen af udbuddets risiko ikke var tilstrækkeligt til, at konsortiesamarbejdet var lovligt etableret.¹⁶²

5.3.4 Kan virksomhederne skaffe den fornødne kapacitet?

I den retlige bedømmelse af, om virksomhederne i et konsortium, ved mangel på faktisk kapacitet, potentielt kan skaffe den fornødne kapacitet er det afgørende, om en sådan anskaffelse er en økonomisk holdbar strategi for virksomhederne. Det er således ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for, at den fornødne kapacitet kan anskaffes, idet en sådan mulighed skal kunne forretningsmæssigt forsvares. Når virksomhederne undersøger, om de potentielt kan skaffe den påkrævede kapacitet, skal det derfor, ud fra en objektiv vurdering af det konkrete udbud, være rentabelt for virksomhederne at udvide kapaciteten.¹⁶³

¹⁶⁰ Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 10

¹⁶¹ Udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 24 sammenholdt med Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 824

¹⁶² Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 9

¹⁶³ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 345

En sådan vurdering var som udgangspunkt *ikke* relevant at undersøge i Vejmarkeringsafgørelsen, idet Konkurrencerådet allerede på baggrund af virksomhedernes eksisterende kapacitet vurderede, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter. Konkurrencerådet foretog dog som supplement til deres kontrolundersøgelser en vurdering af, om virksomhederne tillige kunne skaffe den nødvendige kapacitet.¹⁶⁴ Hertil bemærkede Konkurrencerådet, at Eurostar ikke havde taget stilling til, om de potentielt kunne skaffe den yderligere kapacitet, de påstod at mangle.¹⁶⁵ GVCO havde derimod oplyst, at virksomheden *ikke* havde mulighed for at skaffe en sådan kapacitet, idet især muligheden for at skaffe kvalificeret mandskab, efter virksomhedens opfattelse, ikke var reel.¹⁶⁶ Hertil fandt Konkurrencerådet dog, at adgangen til kvalificeret arbejdskraft ikke udgjorde en reel kapacitetsbegrænsning, hvorfor rådet konkluderede at både Eurostar og GVCO rentabelt kunne udvide deres kapacitet til hver især at byde på den udbudte opgave.

Det var derfor Konkurrencerådets endelige vurdering, at Dansk Vejmarkerings Konsortium ikke var objektivt nødvendigt, idet virksomhederne – selv hvis de ikke allerede *var* aktuelle konkurrenter – under alle omstændigheder, var potentielle konkurrenter.¹⁶⁷

5.4 OPFYLDER KONSORTIEAFTALEN BETINGELSERNE I KONKURRENCELOVENS § 6, STK. 1?

Den retlige bedømmelse af om et konsortium er lovligt etableret, er derfor grundlæggende betinget af, om konsortiets deltagende parter er konkurrenter. Kan det bekræftes at virksomhederne i et konkret konsortium er konkurrenter, er det næste trin i den konkurrenceretlige test at vurdere, hvorvidt virksomhedernes samarbejde opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Kan det modsætningsvist bekræftes, at et konsortiums deltagende parter *ikke* er konkurrenter, kan konsortiet ikke begrænse konkurrencen, hvorfor konsortiet uden yderligere undersøgelser lovligt kan etableres.¹⁶⁸

Hvor fremstillingens tredje kapitel indeholdt en teoretisk opstilling af de generelle betingelser i konkurrencelovens 6, stk. 1, vil den følgende analyse gennemgå reglerne med et praktisk udgangspunkt ud fra fremstillingens problemfelt. Som tidligere beskrevet kan forbuddet i

¹⁶⁴ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 636-708

¹⁶⁵ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 459

¹⁶⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 641

¹⁶⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 708

¹⁶⁸ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 363 ff.

konkurrenceloven § 6, stk. 1 opstilles som fire kumulative betingelser. I relation til fremstillingens problemstilling kan de fire betingelser opstilles således:

1. Opfylder de økonomiske aktører virksomhedsbegrebet?
2. Har de økonomiske aktører indgået en aftale?
3. Har den indgåede konsortieaftale til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på det relevante marked?
4. Er konsortieaftalens begrænsning af konkurrencen mærkbar?

Dette afsnit vil derfor søge mod at belyse, hvad der indgår i de enkelte elementer. Idet fremstillingens grundlæggende formål er at belyse, hvordan økonomiske aktører bør håndtere etableringen af konsortier forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger, er enkelte betingelser i konkurrencelovens § 6 mere centrale end andre. Virksomheds- og aftalekriteriet har derfor en mere teoretisk betydning end en praktisk betydning. Betingelsen om at en aftale skal have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på det relevante marked, vil derimod blive underlagt en mere dybdegående behandling i analysen.

5.4.1 Opfylder de økonomiske aktører virksomhedsbegrebet?

De økonomiske aktører bør indledningsvist fastlægge, hvorvidt forholdet opfylder virksomhedskriteriet. Denne betingelse leder dog almindeligvis ikke op til yderligere udfordringer, idet det af forarbejderne til konkurrenceloven fremgår, at begrebet skal fortolkes bredt, hvorfor enhver økonomisk aktivitet er omfattet af forbuddet - uanset aktørens retlige status eller finansieringsmåde.¹⁶⁹ Palle Bo Andersen anfører i den forbindelse at begrebet omfatter enhver økonomisk aktivitet, der er egnet til at øve indflydelse på de aktuelle markedsforhold på det relevante marked.¹⁷⁰ Kriteriet har dog oftest en ren teoretisk betydning, idet kriteriet allerede indgår i parternes definition som en økonomisk aktør.

¹⁶⁹ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3653 ff.

¹⁷⁰ Madsen, P. B., s. 66

I relation til Vejmarkeringsafgørelsen anførte Konkurrencerådet, at parterne i Dansk Vejmarkerings Konsortium var entreprenører indenfor vejmarkering i Danmark, hvor virksomhederne udførte vejmarkeringsaktiviteter. Parterne opfyldte derfor virksomhedskriteriet.¹⁷¹

5.4.2 Har de økonomiske aktører indgået en aftale?

Aftalebegrebet gælder enhver aftale, såvel skriftlige, mundtlige som stiltiende aftaler.¹⁷² Begrebet skal fortolkes bredt sammenlignet med det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb, idet der ikke stilles ikke krav om, at aftalen *skal* være juridisk bindende.¹⁷³ Det konkurrenceretlige aftalebegreb kræver således blot, at aftalens parter er selvstændige økonomiske enheder, der udtrykker en fælles vilje om at optræde på en i aftalen angivet måde.¹⁷⁴ Det er derfor uden betydning, hvilken retlig form et konsortiesamarbejde har, idet retsfølgen er ensartet for alle samarbejdsformer.¹⁷⁵

Aftalebegrebet blev tillige fortolket i Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen. Heri præciserede Konkurrencerådet, at GVCO og Eurostar d. 11. marts 2014 havde indgået en skriftlig aftale om at etablere Dansk Vejmarkerings Konsortium. Derfor opfyldte forholdet tillige aftalekriteriet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.¹⁷⁶

5.4.3 Har den indgåede konsortieaftale til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på det relevante marked?

Den retlige bedømmelse af konsortiesamarbejder mellem konkurrenter er efter konkurrencelovens § 6, stk. 1 betinget af, om aftalen har til formål *eller* til følge at begrænse konkurrencen. Det er således vigtigt, at de økonomiske aktører, ved hjælp af en til-formål-vurdering *eller* en til-følge-vurdering, foretager en undersøgelse af, hvorvidt konsortieaftalen har konkurrencebegrænsende formål *eller* om aftalen potentielt *kan* have konkurrencebegrænsende følgevirkninger.

¹⁷¹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 712

¹⁷² Madsen, P. B., s. 107

¹⁷³ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 715

¹⁷⁴ Madsen, P. B., s. 110; Se hertil tillige Ølykke, G. S og Fejø, J., s. 36

¹⁷⁵ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 206; Se hertil tillige FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3658

¹⁷⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 721

Det er indledningsvist vigtigt, at de økonomiske aktører fastlægger samarbejdets tyngdepunkt idet dette udgangspunkt definerer, om aftalens retlige bedømmelse bør følge en til-formål- *eller* en til-følge-vurdering.¹⁷⁷

Indebærer konsortiesamarbejdet udelukkende fælles afsætning af virksomhedernes varer og/eller tjenesteydelser vil aftalen, efter forarbejderne til konkurrenceloven, sandsynligvis have et konkurrencebegrænsende formål, hvorfor de økonomiske aktører bør overveje, hvorvidt konsortieaftalen indeholder et sådant formål. Indebærer konsortieaftalen modsætningsvist et produktionssamarbejde vil samarbejdet, efter samme forarbejder, formentlig blive underlagt en vurdering af aftalens følgevirkninger, hvorfor de økonomiske aktører bør overveje, hvorvidt aftalen potentiel *kan* have konkurrencebegrænsende følgevirkninger.¹⁷⁸

Til-formål-vurderingen og til-følge-vurderingen fungerer således som alternative - og ikke kumulative – muligheder.¹⁷⁹ Kan de økonomiske aktører afkræfte en til-formål-vurdering, er det derfor nødvendigt at gennemføre en efterfølgende vurdering af, hvorvidt aftalen potentielt *kan* have konkurrencebegrænsende følgevirkninger. Omvendt skal en konsortieaftale der *har* til formål at begrænse konkurrencen ikke gennemgå en efterfølgende undersøgelse af, hvorvidt aftalen har konkurrencebegrænsninger til følge, idet konsortieaftalen i så fald vil være omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.¹⁸⁰

Dette afsnit vil derfor søge mod at belyse, hvilke elementer økonomiske aktører *kan* inddrage til at vurdere, hvorvidt en konkret konsortieaftale har et konkurrencebegrænsende formål *eller* potentielt kan have konkurrencebegrænsende følgevirkninger.

5.4.3.1 Til-formål-vurderingen

En konsortieaftale har, ligesom alle andre aftaler, til formål at begrænse konkurrencen, når aftalen som følge af aftalens karakter, er egnet til at være tilstrækkeligt skadelig for de normale konkurrencevilkår til, at det ikke er nødvendigt at påvise konkrete skadevirkninger.¹⁸¹ I en meddelelse fra Kommissionen fremgår det, at en aftale kan have et konkurrencebegrænsende formål, selvom

¹⁷⁷ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15

¹⁷⁸ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s.15

¹⁷⁹ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 66; Se hertil tillige Madsen, P. B., s. 117

¹⁸⁰ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 243

¹⁸¹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 128

aftalens formelle indhold ikke indeholder konkrete bestemmelser, der definerer en sådant formål.¹⁸² Indeholder en konkret konsortieaftale ikke bestemmelser der direkte indebærer et konkurrencebegrænsende formål, bør de økonomiske aktører derfor alligevel overveje, hvorvidt et sådant formål kan udledes af den måde, hvorpå aftalen faktisk ønskes gennemført.¹⁸³

Vurderingen af, om et konsortiesamarbejde har til formål at begrænse konkurrence, er således ikke betinget af, at konsortiets deltagende virksomheder tilsammen *skal* besidde den påkrævede markeds kraft, idet det er tilstrækkeligt, at virksomhederne begrænser konkurrencen på markedet ved at agere i fællesskab i stedet for at agere som konkurrenter.¹⁸⁴

I faglitteraturen bag forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, anfører enkelte teoretikere en teori der indebærer, at en til-formål-vurdering bør indeholde en toleddet vurdering. Efter denne teori bør en aftale gennemgå en vurdering af, om aftalen; 1) oplagt har til formål at begrænse konkurrencen, og dernæst om dette 2) kan bekræftes eller afvises efter en omfattende kontekstanalyse.¹⁸⁵ I kategorien for aftaler der oplagt har til formål at begrænse konkurrencen findes aftaler der, baseret på flere års erfaring, negativt påvirker markedets konkurrenceparametre herunder prisen, kvantiteten og kvaliteten i en sådan grad, at de betragtes som værende alvorlige konkurrenceovertrædelser.¹⁸⁶ Det er derfor erfaringen med nærværende aftaletyper, der medfører en forhåndsformodning for, at sådanne aftaler har til formål at begrænse konkurrencen.¹⁸⁷ Sådanne aftaler omfatter eksempelvis pris aftaler, tilbudskoordinering samt markeds- og kundedelingsaftaler, og kan blandt andet udledes af konkurrencelovens § 6, stk. 2.¹⁸⁸

En konsortieaftale der oplagt har til formål at begrænse konkurrencen bør, i medfør af ovenstående teori, på trods af formodningsreglen, derfor efterfølges af en undersøgelse af, hvorvidt dette alligevel kan bekræftes eller afvises efter en nærmere kontekstanalyse. En sådan undersøgelse forholder sig til aftalens konkrete forhold.¹⁸⁹

¹⁸² EUT 2004/C 101/08, Kommissionens meddelelse om ”Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3” (nu art. 101, stk. 3) (herefter: EUT 2004/C 101/08)

¹⁸³ EUT 2004/C 101/08, pkt. 22.

¹⁸⁴ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 14

¹⁸⁵ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 246; Se hertil tillige Bergqvist, C., s. 234

¹⁸⁶ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 247

¹⁸⁷ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 247

¹⁸⁸ Udkast til konsortievejledning, 2020, s. 27

¹⁸⁹ Bergqvist, C., s. 234

I faglitteraturen anfører Christian Bergqvist i ”Konkurrenceretten”, at en sådan undersøgelse dog må antages at være underlagt en relativ ”mekanisk behandling” sammenlignet med aftaler, der ikke umiddelbart er oplagte til, at have et konkurrencebegrænsende formål.¹⁹⁰ Christian Bergqvist anfører derfor, at konsortieaftaler der ikke umiddelbart er oplagt til at begrænse konkurrence, bør underkastes en bredere analyse af aftalens formål og effekt, herunder eksempelvis parternes subjektive formål.¹⁹¹ Denne aftaletype kan modsætningsvist ikke udledes af konkurrencelovens § 6, stk. 2, idet der endnu ikke er etableret et tilstrækkeligt erfaringsgrundlag.

Teorien om formålsvurderingens toleddet vurdering, synes dog ikke at være anerkendt i Konkurrencemyndighedernes afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen. I Konkurrencerådets afgørelse fastlægges det indledningsvist, at den konkrete konsortieaftale indeholdt en aftale om fastsættelse af en fælles pris og en opdeling af udbuddets enkelte distrikter. En aftaletype der direkte fremgår af konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1 og 3. På trods heraf udtalte Konkurrencerådet, at det i vurderingen af, om den konkrete konsortieaftale har til formål at begrænse konkurrencen, er nødvendigt at inddrage hensyn udledt af Kommissionens Retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler.¹⁹² Dette udgangspunkt blev senere tiltrådt af Højesteret.¹⁹³

Efter Konkurrencemyndighedernes og Højesterets afgørelser må det derfor antages, at de økonomiske aktører ved enhver til-formåls-vurdering bør inddrage Kommissionens relevante hensyn. De økonomiske aktører bør således altid inddrage 1) aftalens indhold, 2) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og 3) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Alle tre elementer har derfor en nødvendig og afgørende betydning for, om en aftale statuerer et forhold, der reelt har til formål at begrænse konkurrencen.¹⁹⁴ Dette gælder derfor *også* for aftaler der umiddelbart forekommer særligt skadelige for konkurrencen, såsom prisaftaler, tilbudskoordinering, markeds- og kundedelingsaftaler osv. Dette udgangspunkt understøttes tillige i forarbejderne til den gældende konkurrencelov, hvorefter aftaler, og dermed også konsortieaftaler, der indgås med henblik

¹⁹⁰ Bergqvist, C., s. 234

¹⁹¹ Bergqvist, C., s. 234

¹⁹² Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 744; EUT 2011/C 11/01, pkt. 25

¹⁹³ Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 10

¹⁹⁴ EUT 2011/C 11/01, pkt. 25

på at afgive et fælles bud på en udbudt opgave, ikke altid har til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor en sådan vurdering kræver en mere omfattende analyse af forholdene.¹⁹⁵

For fremstillingens problemfelt findes det derfor relevant at belyse, hvad der *kan* indgå i de enkelte elementer. En sådan behandling findes bedst illustreret ved en gennemgang af, hvilke elementer Konkurrencerådet inddragede ved deres behandling af Vejmarkeringsafgørelsen, der senere stadfæstes af Højesteret.

Aftalens indhold

Indholdet af aftalen undersøges med det formål at vurdere, hvorvidt konsortieaftalen afdækker et forhold der, efter normale omstændigheder, indebærer en formålskrænkelse.¹⁹⁶ I Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen fastlagde rådet, at sagens pågældende parter havde indgået en aftale om at udarbejde og afgive fælles bud på Vejdirektoratets udbud. Den indgåede aftale indeholdt derfor en aftale om fastsættelse af en fælles pris, samt en opdeling af de enkelte distrikter i udbuddet, hvor parterne var aktuelle konkurrenter.¹⁹⁷

Konkurrencerådet anførte i relation hertil, at en effektiv priskonkurrence er essentiel for et udbud, hvor laveste pris er tildelingskriteriet, idet et sådant tildelingskriterie, tvinger virksomhederne til at udarbejde et konkurrencedygtigt tilbud. I situationer, hvor konkurrenter indgår en aftale om at afgive et fælles bud på en udbudt opgave på trods af, at de selv er i stand til at byde på opgaven, formodes det derfor at den tiltænkte priskonkurrence fordrejes.¹⁹⁸ Dette er specifikt i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, der netop forbyder virksomheder at fordreje en normal prisfastsættelse på markedet. Dansk Vejmarkerings Konsortium indgåede konsortieaftale var derfor, på baggrund af aftalens karakter, tilstrækkelig skadelig for konkurrencen på det relevante marked.¹⁹⁹ Som led i konsortieaftalen havde parterne ydermere indgået en fordelingsaftale, hvilket understøttede Konkurrencerådets endelige vurdering af, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål.

¹⁹⁵ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15

¹⁹⁶ Larsen, T. B., s. 309

¹⁹⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 747

¹⁹⁸ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 742

¹⁹⁹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 734-741

Aftalens målsætninger

Som tidligere anført, fremgår i en meddelelse fra Kommissionen, at en aftale kan have et konkurrencebegrænsende formål, selvom aftalens formelle indhold ikke indeholder bestemmelser herom.²⁰⁰ Kan konsortieaftalens omstændigheder derfor virkeliggøre et konkurrencebegrænsende formål kan dette - i nogle tilfælde – således statuere et konkurrencebegrænsende formål for aftalen. En til-formål-vurdering bør derfor til enhver tid inddrage aftalens målsætninger med det formål at afdække, hvilke objektive mål aftalen forfølger.

I Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen fremhævede rådet indledningsvist, at en sådan vurdering beror på en objektiv vurdering af den konkrete aftale. Vurderingen er således uafhængig af, om konsortiets deltagende parter reelt har haft til hensigt at begrænse konkurrencen eller ej.²⁰¹ Parternes hensigt *kan* dog indgå som et element i vurdering.²⁰²

I Vejmarkeringsafgørelsen anførte Dansk Vejmarkerings Konsortium, at konsortieaftalens målsætning var at afgive en konkurrencedygtig pris på alle tre distrikter. Dette udgangspunkt tillagde rådet dog ikke nogen betydning. Derfor var det Konkurrencerådets vurdering, at aftalens objektive målsætning var at eliminere konkurrencen om udbuddet mellem landets to største entreprenører indenfor vejmarkering. Dette ved at etablere Dansk Vejmarkerings Konsortium og dermed begrænse den usikkerhed, der almindeligvis er ved at byde på et udbud, da dannelsen af det konkrete konsortium har resulteret i én konkurrent mindre.²⁰³

Aftalens økonomiske og retlige sammenhæng

Den retlige bedømmelse af en aftales økonomiske og retlige sammenhæng kan være nødvendig, idet en specifik aftale ud fra dennes sammenhæng *kan* have et ikke-konkurrencebegrænsende formål på trods af, at aftalens karakter umiddelbart indikerer det.²⁰⁴ Vurderingen af aftalens økonomiske og retlige sammenhæng er en konkret vurdering i ethvert forhold.

²⁰⁰ EUT 2004/C 101/08, pkt. 22.

²⁰¹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 767

²⁰² Levinsen, Kirsten m.fl., s. 245; Se hertil tillige Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 732

²⁰³ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 777

²⁰⁴ Larsen, T. B., 308 ff.

I Vejmarkeringsafgørelsen anførte Konkurrencerådet, at en vurdering af den økonomiske og retlige sammenhæng bør tage hensyn til, hvilke produkter og/eller tjenesteydelser aftalen omhandler, samt hvordan de pågældende markeder er opbygget og fungerer.²⁰⁵ I den konkrete sag vurderede Konkurrencerådet dog ikke, at der var særlige karakteristika ved markedet der kunne rejse tvivl om, at der forelå en konkurrencebegrænsning.²⁰⁶

På baggrund af rådets betragtninger om aftalens indhold, målsætninger og aftalens økonomiske og retlige sammenhæng vurderede Konkurrencerådet sammenfattende, at aftalen objektivt havde til formål at begrænse konkurrencen. Derfor fandt Konkurrencerådet det ikke nødvendigt at undersøge aftalens følger, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2 nr. 1 og 3, og TEUF art. 101, stk. 1, litra a og c.²⁰⁷ Konkurrenceankenævnet anerkendte senere styrelsens vurdering.²⁰⁸

Konkurrencemyndighedernes afgørelser af, at Dansk Vejmarkerings Konsortium havde til formål at begrænse konkurrencen blev senere bekræftet af Højesteret. Højesteret lagde i deres afgørelse til grund, at aftalen hverken havde karakter af et produktionssamarbejde eller fremmede den faktiske udførelse af vejmarkeringsopgaverne, da parterne på forhånd havde fordelt distrikterne mellem sig. Højesteret fandt derfor, at konsortieaftalen reelt angik afsætning af konkurrerende virksomheders individuelle tjenesteydelser igennem et fælles tilbud og en fælles prisfastsættelse. Tilbuddet var derfor, efter Højesterets vurdering, uden reel konkurrence mellem virksomhederne og var koordineret uden individuel prisfastsættelse, hvorfor aftalen eliminerede den konkurrence der ellers ville have været mellem virksomhederne. På denne baggrund konkluderede Højesteret, at konsortieaftalen havde haft et konkurrencebegrænsende formål.²⁰⁹ Højesteret lagde i sin bedømmelse ikke vægt på parternes subjektivt formål eller det faktum, at konsortiets ene deltager før aftaleindgåelsen havde indhentet en vurdering fra en advokat.

Ud fra Højesterets afgørelse kan det derfor udledes, at konsortieaftaler indgået af økonomiske aktører, hvis tyngdepunkt er fælles afsætning af virksomhedernes varer og/eller tjenesteydelser, bør underlægges grundige undersøgelser af aftalens indhold, målsætninger og aftalens økonomiske og

²⁰⁵ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 782; Se hertil tillige Larsen, T. B., s. 311

²⁰⁶ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 137, pkt. 786

²⁰⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. pkt. 789

²⁰⁸ Konkurrenceankenævnet afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 18

²⁰⁹ Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 9 ff.

retlige sammenhæng, idet en sådan aftale *kan* indeholde et konkurrencebegrænsende formål. Dette på trods af, at de økonomiske parter ikke indeholder et sådan formål i konsortieaftalen.

5.4.3.2 Til-følge-vurderingen

Økonomiske aktører bør til enhver tid overveje, hvorvidt en konkret konsortieaftale potentielt kan medføre en negativ indvirkning på markedet priser, produktion, innovation, variation, produktkvalitet m.v., såfremt konsortieaftalens tyngdepunkt indebærer et fælles produktionssamarbejde.²¹⁰ Dette betyder dog ikke, at konsortiesamarbejdet ikke samtidig må indeholde en fælles distribution eller prisfastsættelse af konsortiets producerede produkter, så længe produktionssamarbejdet blot er udslagsgivende for virksomhedernes motivation til at indgå aftalen.²¹¹

Undersøgelsen af, hvorvidt et produktionssamarbejde er en konsortieaftales tyngdepunkt, afhænger til enhver tid af en konkret vurdering. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anfører i deres udkast til den nye konsortievejledning, at en konsortieaftale eksempelvis kan blive anset som et produktionssamarbejde i situationer, hvor parterne har integreret deres aktiver i en væsentlig grad. Hvis et konsortiesamarbejde indebærer en høj grad af integration mellem virksomhederne, vil konsortieaftalens retlige bedømmelse formentlig være underlagt en til-følge-vurdering, hvorfor virksomhederne derfor bør foretage grundige undersøgelser af, hvorvidt konsortieaftalen potentielt kan have konkurrencebegrænsende følgevirkninger.²¹²

Den retlige bedømmelse af, hvorvidt en konsortieaftale har til *følge* at begrænse konkurrencen, beror på en hypotetisk sammenlignelig analyse af, hvordan de pågældende konkurrenceforhold ville have været *uden* den pågældende aftale.²¹³ På denne baggrund bør økonomiske aktører foretage en undersøgelse af, hvorvidt konsortieaftalen potentiel kan få negativ indvirkning på markedets konkurrenceparametre, såsom prisen, kvantiteten og kvaliteten.²¹⁴ En sådan analyse kan eksempelvis inddrage aftalens indhold og aftalens retlige og økonomiske sammenhæng.²¹⁵

I en til-følge-vurdering har virksomheders markedsstilling ydermere en stor betydning. Økonomiske aktører bør derfor undersøge, i hvilken grad aftalen bidrager til at skabe, opretholde eller

²¹⁰ Madsen, P. B., s. 121; Se hertil tillige EUT 2011/C 11/01, pkt. 26

²¹¹ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 15

²¹² Udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 25

²¹³ Madsen, P. B., s. 121

²¹⁴ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 253

²¹⁵ Larsen, T. B., s. 314

styrke virksomhedernes markedsstyrke på det relevant marked.²¹⁶ En virksomheds markedsstyrke defineres i en meddelelse fra Kommission, som en virksomheds evne til at fastholde markedets priser og/eller produktion på et niveau, der ikke havde været muligt i en situation, hvor konkurrencen prægede hele det relevante marked.²¹⁷

Som anført ovenfor fandt Konkurrencerådet i deres afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, at Dansk Vejmarkering konsortium udgjorde en aftale der havde til formål at begrænse konkurrencen. Af denne årsag undersøgte styrelsen ikke, om aftalen ligeledes havde konkurrencebegrænsende følgevirkninger.²¹⁸

5.4.4 Udgør konsortieaftalen en mærkbar begrænsning?

Efter konkurrencelovens § 6, stk. 1 kan en konsortieaftale ikke forbydes, såfremt den pågældende aftale kun i et ubetydeligt omfang påvirker det relevante marked. Efter en til-følge-vurdering bør de økonomiske aktører derfor vurdere, hvorvidt konsortieaftalen er egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang. En sådan vurdering skal tage udgangspunkt i det relevante marked, hvorpå parterne almindeligvis opererer. Vurderingen er derfor grundlæggende afhængig af, at virksomhederne har foretaget en indledende afgrænsning af det relevante marked, jf. fremstillings afsnit 5.1.²¹⁹

Undersøgelsen af om en specifik konsortieaftale udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning er dog ikke relevant såfremt virksomhederne vurderer, at samarbejdet har til formål at begrænse konkurrencen.²²⁰ En sådan aftale vil altid konstituere et brud på forbudsbestemmelsen, idet det formodes, at aftalen i så fald i sig selv er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart, jf. gennemgangen i afsnit 5.4.3.1.

Den retlige bedømmelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar, beror på en kvantitativ vurdering efter lovbestemte bagatelgrænser. De kvantitative bagatelgrænser følger af konkurrencelovens § 7, stk. 1, der indeholder en negativ afgrænsning af, hvornår en aftale *ikke* har

²¹⁶ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 256

²¹⁷ EUT 2004/C 101/08, pkt. 25 ff.

²¹⁸ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 789

²¹⁹ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 255; Se hertil tillige C-226/11, Expedia, præmis 16 og 17

²²⁰ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelsen, pkt. 798

tilstrækkeligt mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger.²²¹ Konkurrencelovens § 7 fastlægger derfor, at en konkurrencebegrænsning ikke er mærkbar, såfremt de deltagende virksomheders samlede markedsandel ikke overstiger 10 pct. for aftaler mellem konkurrenter og 15 pct. for aftaler mellem ikke-konkurrenter på det relevante marked, jf. konkurrencelovens, § 7, stk. 2.

Af forarbejderne til konkurrenceloven fremgår det, at konkurrencelovens § 7 til enhver tid skal fortolkes i overensstemmelse med Kommissionens bagatelmeddelelse.²²² Af meddelelsen fremgår det, at det med nærværende bagatelgrænser har været hensigten at give virksomhederne et brugbart redskab til at vurdere, hvorvidt en konkret aftale er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Det er således vigtigt, at de økonomiske aktører foretager en markedsundersøgelse der fastlægger virksomhedernes sammenlagte markedsandel, idet dette har en afgørende betydning for, om det konkrete konsortium er lovligt etableret.

I Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen anførte rådet som anført, at Dansk Vejmarkerings Konsortium var indgået med det formål at begrænse konkurrencen på det relevante marked. Derfor var undersøgelsen af, hvorvidt konsortieaftalens konkurrencebegrænsning var mærkbar, ikke relevant at gennemgå.²²³

5.5: KAN AFTALEN FRITAGES EFTER KONKURRENCELOVENS § 8?

Kan de økonomiske aktører bekræfte, at et konsortiesamarbejde indebærer deltagere der er henholdsvis aktuelle eller potentielle konkurrenter, og at samarbejdet opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 6, stk. 1, vil det som udgangspunkt *ikke* være lovligt at etablere det pågældende samarbejde. Samarbejdet vil i så fald begrænse den aktuelle konkurrence på det relevante marked, hvilket vil stride imod konkurrencelovens grundlæggende formål om at sikre en virksom konkurrence.²²⁴ Konsortiesamarbejdet vil derfor være omfattet af konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Et sådant forbud er dog kun udgangspunktet, idet virksomhederne

²²¹ Larsen, T. B., s. 331

²²² FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3661; Se hertil tillige EUT 2014/C 291/01, Kommissionens meddelelse om "*Aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til art. 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde*", (herefter: EUT 2014/C 291/01) kap. II, pkt. 8 og 9

²²³ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 798

²²⁴ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 68

kan fritages, hvis de kan bevise, at samarbejdet medfører konkrete effektivitetsgevinster, der opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsende elementer, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1.²²⁵

Konkurrencelovens § 8, stk. 1 oplister to positive samt to negative kriterier, der kumulativt skal opfyldes før konsortiesamarbejdet kan fritages:

1. Aftalen skal bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling,
2. Aftalen skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
3. Aftalen må ikke pålægge virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
4. Aftalen må ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Den retlige bedømmelse af, om en konsortieaftale i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1, kan fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, er til enhver tid underlagt en konkret vurdering af flere forhold. Bedømmelsen kan blandt andet inddrage markedets konkrete forhold, virksomhedernes markedsandele, antallet af andre bud, samarbejdets karakter m.v.²²⁶ I en meddelelse fra Kommission anføres det dog, at alvorlige konkurrencebegrænsninger sandsynligvis *ikke* vil kunne opfylde kriterierne i konkurrencelovens § 8, stk. 1. Derfor vil konsortieaftaler der har til formål at begrænse konkurrencen formentlig ikke vil blive fritaget, idet sådanne aftaler i sin grundlæggende form er skadelige for den aktuelle konkurrence på markedet.²²⁷

Indledes der en konkurrencesag, er det virksomhederne der har bevisbyrden for, at kriterierne for fritagelse er opfyldt.²²⁸ Konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101 har generelt et større fokus på at begrænse aftalers konkurrencebegrænsninger end at beskytte parternes effektivitetsgevinster, hvorfor dokumentationskravet er et vigtigt element i muligheden for at opnå fritagelse.²²⁹ Derfor vil

²²⁵ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 459; Se hertil tillige FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3662

²²⁶ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3662 sammenholdt med Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 397

²²⁷ EUT 2004/C 101/08, pkt. 21

²²⁸ Larsen, T. B., s. 334

²²⁹ EUT 2004/C 101/08, pkt. 105

fremstillingen i dette kapitel gennemgå, hvilke elementer der *kan* indgå i vurderingen af, hvorvidt en konsortieaftale kan fritages efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

5.5.1 Kriteriet om effektivitetsfordele

Det første kriterie i konkurrencelovens § 8, stk. 1 betinger, at aftalen skal bidrage til at fremme virksomhedernes effektivitetsfordele før der kan opnås fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1. I medfør af dette kriterie skal konsortieaftalen således bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen og/eller distributionen af virksomhedernes varer og/eller tjenesteydelser eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, før konsortiet kan fritages. Der skal derfor foreligge konkrete effektivitetsgevinster ved, at to eller flere virksomheder byder sammen. En effektivitetsgevinst kan eksempelvis være resultatet af en aftale, hvis indhold omhandler specialisering mellem to eller flere virksomheder, hvor hver enkelt virksomhed får mulighed for at afgrænse sig til et eller flere led i produktionen. En sådan effektivisering kan resultere i, at virksomhederne kan afgive et mere konkurrencedygtigt tilbud end, hvad de ville kunne hver for sig.²³⁰

Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 8, stk. 1, at en aftale skal være til gavn for hele samfundet som helhed før denne kan fritages. De økonomiske parter bør i deres undersøgelser af, om en konsortieaftale potentielt kan fritages, derfor ikke kun inddrage virksomhedernes egne driftsøkonomiske effektivitetsgevinster, men i særdeleshed også konkurrencelovens grundlæggende formål om at fremme den samfundsøkonomiske effektivitet.²³¹ Effektivitetsfordelene skal således indebære konkrete produktionsforbedringer, der på et samfundsøkonomisk plan, bidrager til en mere effektiv produktion.²³²

I Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler fremgår det eksempelvis, at effektivitetsgevinsterne ikke udelukkende må skyldes reducere af konkurrencerelaterede omkostninger. Effektivitetsfordelene *skal* derfor være resultatet af en integration af virksomhedernes økonomiske aktiviteter, hvor begge parter tilvejebringer en betydelig kapital, teknologi eller andre aktiver.²³³ Af denne grund vil en reducere af virksomhedernes transportomkostninger, der

²³⁰ FT 2017-18, tillæg A, L 6, s. 3653

²³¹ FT 1996-97, tillæg A, s. 3662

²³² Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 91

²³³ EUT 2011/C 11/01, pkt. 247-248

udelukkende skyldes en kundefordeling, eksempelvis ikke blive betragtet som en effektivitetsgevinst.²³⁴

Effektivitetsgevinster kan opdeles i såvel kvantitative som kvalitative gevinster. Kvantitative effektivitetsgevinster betegnes i litteraturen også som omkostningsbesparelser. Sådanne kvantitative effektivitetsfordele kan i relation til fremstillingens problemstilling foreligge, hvor et konsortiums deltagende parter kombinerer deres individuelle komplementære kvalifikationer. Et sådant samarbejde kan eksempelvis bidrage til, at virksomhederne tilsammen reducerer både tiden og omkostningerne ved at udføre udbuddet.²³⁵ Økonomiske aktører kan derfor eksempelvis undersøge, hvorvidt konsortieaftalen medfører konkrete stordriftsfordele eller samdriftsfordele, hvorefter virksomhedernes omkostninger pr. produceret enhed falder, idet en given produktionsmaskine udnyttes bedre og mere effektivt.²³⁶

Kvalitative effektivitetsgevinster foreligger, hvor to virksomheder inden for den samme branche, hver især tilvejebringer aftalen særlige kompetencer eller særlig knowhow der gør, at virksomhederne tilsammen kan afgive et konkurrencedygtigt tilbud. Dette sammenlignet med en situation, hvor de bød alene. Medføre en konsortieaftale, at samarbejdet tilvejebringer nye og forbedrede varer og/eller tjenesteydelser, idet virksomhederne komplementerer hinandens ressourcer, vil dette derfor blive anset som en effektivitetsgevinst.²³⁷

Dokumentationskravet kommer i relation til dette kriterium særligt til udtryk, idet det kræves, at virksomhederne kan dokumentere både effektivitetsgevinsterne art, forbindelsen mellem konsortieaftalen og effektivitetsgevinsterne, samt effektivitetsgevinsterne størrelse. Et konsortiums deltagende parter bør derfor foretage grundige beregninger, der illustrere eventuelle effektivitetsfordele, idet en sådan dokumentation kan få afgørende betydning i en eventuel senere konkurrencesag.²³⁸

Muligheden for fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1 blev tillige behandlet i Vejmarkeringsafgørelsen. I afgørelsen vurderede Konkurrencerådet, at Dansk Vejmarkering Konsortium ikke medførte særlige effektivitetsgevinster, idet konsortiesamarbejdet hverken medførte

²³⁴ EUT 2011/C 11/01, pkt. 247

²³⁵ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 465

²³⁶ EUT 2004/C 101/08, pkt. 66

²³⁷ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 467; Se hertil tillige udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 39

²³⁸ EUT 2004/C 101/08, pkt. 51

stordriftsfordele, omkostningsbesparelser eller udnyttelse af fælles maskiner og mandskab, hvorfor kriteriet for fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1 *ikke* var opfyldt.²³⁹

I afgørelsen påtalte virksomhederne i Dansk Vejmarkerings Konsortium, at parternes solidariske hæftelse var en stor fordel for Vejdirektoratets sikkerhed. Dette udgangspunkt var Konkurrencerådet umiddelbart enig i. Konkurrencerådet mente dog ikke, at en sådan sikkerhed kunne betegnes som en effektivitetsgevinst, da det hverken bidrog til at styrke effektiviteten i distributionen eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling.²⁴⁰

5.5.2 Kriteriet om forbrugerfordele

Efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 2 er det en betingelse, at ovenforstående effektivitetsgevinster skal komme forbrugerne til gode i en rimelig grad, før det er muligt at opnå fritagelse. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at samarbejdet blot gør det muligt for virksomhederne at producere billigere, idet fordelene *skal* tilfalde forbrugerne i form af lavere priser, bedre kvalitet, forøget garanti, nye produkter m.v.²⁴¹

Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 2 anvender i sin ordlyd to relative begreber, herunder ”forbrugere” og ”rimelig andel”, der er centrale for de økonomiske aktører at kunne definere.

Det følger af forarbejderne til konkurrenceloven, at begrebet ”forbrugere” skal forstås bredt. Begrebet omfatter derfor enhver direkte eller indirekte forbruger af aftalens omhandlende produkter.²⁴² Begrebet ”forbrugere” omfatter således også offentlige ordregivere i et offentligt EU-udbud, hvilket er omdrejningspunktet for nærværende fremstilling.

At forbrugerne skal sikres en ”rimelig andel” betyder således, at ordregivernes fordele som minimum skal opveje enhver negativ indvirkning, der afledes af aftalens konkurrencebegrænsende elementer, i en rimelig grad.²⁴³ Effektivitetsgevinster der *kun* kommer virksomhederne i konsortiet til gode, er således ikke tilstrækkelige til, at der kan opnås fritagelse. Det er derfor vigtigt, at de

²³⁹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 830

²⁴⁰ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 827

²⁴¹ Ølykke, G. S og Fejø, J., s. 102

²⁴² FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3663

²⁴³ Larsen, T. B., s. 336

økonomiske aktører foretager en afvejning af, i hvilken grad samarbejdets effektivitetsgevinster potentielt kan gavne de ordregivende myndigheder på det relevante marked.²⁴⁴

Da begrebet ”rimelig andel” ikke lader sig angive i nærmere procentsatser, er det en konkret vurdering, hvad der er ”rimeligt”. De økonomiske aktører kan eksempelvis inddrage, hvilken faktisk forbedring der ønskes opnået og sammenholde dette med konkurrencebegrænsningens størrelse.²⁴⁵ Indebærer konsortiesamarbejdet en relativt indgribende konkurrencebegrænsning, skal samarbejdets effektivitetsgevinster og forbrugerfordele derfor være tilpasset herefter, før en fritagelse kan opnås.²⁴⁶

Den retlige bedømmelse af, hvorvidt en effektivitetsgevinst kommer forbrugerne til gode i en rimelig grad, afhænger af om der foreligger en kvantitativ- eller kvalitativ effektivitetsgevinst. Hvor kvalitative effektivitetsgevinster ofte kommer forbrugerne automatisk til gode i form af bedre produkter, må de kvantitative effektivitetsgevinster særligt inddrage undersøgelser af markedets karakteristika, effektivitetsgevinstens art og størrelse m.v.²⁴⁷ Særligt markedets karakteristika er relevant for fremstillingens problemstilling. Effektivitetsgevinster der opnås gennem et konsortiesamarbejde, vil med større sandsynlighed blive overført til forbrugerne, i form af en lavere tilbudspris, hvis det forventes at udbuddet tiltrækker mange tilbudsgivere. I en situation hvor det modsætningsvist forventes, at den udbudte opgave *kun* vil tiltrække én anden konkurrent, vil udbuddets konkurrencepres formentlig formindskes.²⁴⁸ Økonomiske aktørers undersøgelse af, om en aftale medfører konkrete fordele for forbrugerne afhænger derfor i høj grad af, om udbuddet indeholder en tilstrækkelig aktuel eller potentiel konkurrence, jf. betingelsen herom i konkurrencelovens § 8, stk. 2 nr. 4.²⁴⁹ Undersøgelsen kan dog være vanskelig for de økonomiske aktører at foretage, idet økonomiske aktører under normale omstændigheder ikke bør vide, hvor mange tilbudsgivere et udbud tiltrækker. For yderligere betragtninger, se afsnit 5.4.4.

I Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen bemærkede rådet, at parterne i Dansk Vejmarkerings Konsortium ikke på tilstrækkelig vis havde dokumenteret, at tilbuddet fra konsortiet reelt var lavere end, hvad de potentielt var i stand til at afgive hver for sig. Styrelsen inddragede især

²⁴⁴ Levinsen, Kirsten m.fl., s. 476

²⁴⁵ Larsen, T. B., s. 336

²⁴⁶ EUT 2004/C 101/08, pkt. 90

²⁴⁷ Larsen, T. B., s. 337

²⁴⁸ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3663

²⁴⁹ FT 1996-97, tillæg A, L 172, s. 3663

en forhåndsformodning om, at aftaler omhandlende priskoordinering og markedsdeling som oftest medfører en forhøjet tilbudspris. Sådanne aftaler formodes derfor generelt at skade forbrugeren, og i denne sag Vejdirektoratet.²⁵⁰ Konkurrencebegrænsningerne som følge af Dansk Vejmarkerings Konsortium kunne derfor ikke opfylde betingelsen i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 2.

5.5.3 Kriteriet om proportionalitet

Det er alene nødvendige konkurrencebegrænsninger, der kan opnå en fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3. Et konsortiesamarbejde bør derfor ikke gå længere end, hvad der er nødvendigt for at opnå de ønskede effektivitetsgevinster.

Den retlige bedømmelse af, hvorvidt en aftale er proportionel, foretages ud fra en objektiv vurdering af aftalens faktiske sammenhæng, strukturen på det relevante marked, de økonomiske risici der er forbundet med aftalen samt parternes indbyrdes incitamenter.²⁵¹

Det er derfor op til et konsortiums deltagende parter at dokumentere, at der med de underlæggende markedsvilkår, *ikke* foreligger mindre konkurrencebegrænsende metoder, hvorpå effektivitetsgevinsten kan opnås.²⁵² I relation til nærværende fremstilling kan de økonomiske aktører i en undersøgelse heraf inddrage en vurdering af, om virksomhederne bør indgå et konsortium med færre virksomheder end, hvad der indgår i det pågældende konsortium.

På baggrund af proportionalitetsprincippet bør de økonomiske aktører ydermere være særligt opmærksomme på, hvilke informationer der udveksles mellem virksomhederne, idet konsortieaftalen skal gennemføres på den mindst konkurrencebegrænsende måde. Et konsortiums deltagende parter bør derfor *kun* udveksle informationer, der er direkte nødvendige for at samarbejdet opretholdes. Udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger, såsom priser, produktionsmetoder, kundedata, markedsoplysninger, omkostninger m.v. bør derfor ikke udveksles, medmindre det har en afgørende betydning for samarbejdets etablering.²⁵³

Et konsortiums deltagende parter kan i undersøgelsen, af om proportionalitetskriteriet er opfyldt, tillige inddrage betragtninger om, hvorvidt det er muligt at afgive delbud. Dette var

²⁵⁰ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 837

²⁵¹ EUT 2004/C 101/08, pkt. 80

²⁵² EUT 2004/C 101/08, pkt. 75: Se hertil tillige Larsen, T. B., s. 337

²⁵³ Udkast til konsortievejledningen, 2020, s. 10

eksempelvis tilfældet i Vejmarkeringsafgørelsen, hvori Konkurrencerådet bemærkede, at det ved udbuddet *var* muligt at afgive delbud. Af denne årsag konkluderede Konkurrencerådet, at samarbejdet *ikke* var direkte nødvendigt for, at parterne kunne deltage i udbuddet. Konkurrencebegrænsningerne som følge af Dansk Vejmarkerings Konsortium opfyldte derfor ikke kriteriet i konkurrencelovens 8, stk. 1, nr. 3.²⁵⁴

5.4.4 Kriteriet om udelukkelse af konkurrencen

Det sidste kriterium der kumulativt skal opfyldes før der kan opnås fritagelse er, at konsortieaftalen ikke må udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser. Den retlige bedømmelse af, om dette kriterium er opfyldt, afhænger af hvilken grad af konkurrence der bestod *før* aftalen, og hvor meget af konkurrencen der er svækket *efter* konsortiesamarbejdets eksistens. Det er derfor afgørende, om parterne efter konsortieaftalen fortsat har aktuelle eller potentielle konkurrenter, idet mangel herpå vil vanskeliggøre, at fordelene ved den pågældende aftale opvejer ulemperne.²⁵⁵

Økonomiske aktører kan i deres undersøgelse af, hvorvidt kriteriet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 4 er opfyldt, foretage en undersøgelse af, hvor stor en markedsandel virksomhederne opnår ved at danne konsortiet. En sådan undersøgelse kan sammenlignes med markedsandelen hos udbuddets øvrige økonomiske parter med det formål at anskueliggøre, hvor meget konkurrence der er tilbage efter konsortiesamarbejdets etablering. Indebærer konsortieaftalen en relativt høj markedsandel, vil samarbejdet således indebære en større sandsynlighed for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen.²⁵⁶ En sådan vurdering kan dog være en gråzone, idet et konsortium, under normale omstændigheder, ikke bør kende antallet af tilbudsgivere ved et konkret EU-udbud.

I Konkurrencerådets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen bemærkede rådet i relation til dette kriterium, at forholdets relevante marked, på baggrund af det lave antal aktive virksomheder, var relativt koncentreret. Konsortieaftalens eksistens forværrede derfor et sådant udgangspunkt, idet samarbejdet havde reduceret antallet af potentielle tilbudsgivere fra seks til syv. Konkurrencerådet anførte derfor, at Dansk Vejmarkerings Konsortium begrænsede den konkurrence, der ellers ville

²⁵⁴ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 844

²⁵⁵ Mortensen, B. O. G og Steinicke, M., s. 93

²⁵⁶ Larsen, T. B., s. 338; Se hertil tillige Ølykke, G. S og Fejø, J., s. 104

have været.²⁵⁷ På denne baggrund opfyldte konkurrencebegrænsningerne som følge af Dansk Vejmarkerings Konsortium ej heller betingelsen i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 4.

Derfor konkluderede Konkurrencerådet, at aftalen ikke kunne fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 8, stk. 1, da GVCO og Eurostar ikke på tilstrækkelig vis havde godtgjort, at konkurrencelovens fire kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1 var opfyldt. Dette udgangspunkt blev senere bekræftet af både Konkurrenceankenævnet og Højesteret.²⁵⁸

Sammenfattende fandt Konkurrencerådet derfor, at parterne i Dansk Vejmarkerings Konsortium både var aktuelle konkurrenter og opfyldte betingelserne i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Konkurrencerådet konkluderede dog, jf. ovenstående, også at Dansk Vejmarkerings Konsortium ikke kunne fritages efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, hvorfor Konkurrencerådet pålagde Dansk Vejmarkerings Konsortium at bringe samarbejdet til ophør.²⁵⁹ Denne afgørelse blev senere stadfæstet af Højesteret. Højesteret præciserede i deres afgørelse, at virksomhedernes subjektive hensigt om at afgive et mere konkurrencedygtigt tilbud, *ikke* kunne medføre en anden vurdering. Ej heller blev det af Højesteret tillagt en betydning, at konsortiesamarbejdet skete i fuld offentlighed.²⁶⁰

6. Konklusion

Formålet med nærværende fremstilling var at belyse, hvordan økonomiske aktører ud fra et konkurrence- og udbudsretligt perspektiv, bør håndtere etableringen af et konsortium forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger, efter Højesterets nyeste praksis indenfor området.

Grundlaget for fremstillingen har derfor primært været Højesteretsdom af 27. november 2019: Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S. Dommen blev indledt efter både Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet og Sø- og Handelsretten havde truffet afgørelse i sagen. Konkurrencemyndighederne og Sø- og Handelsretten lagde i deres afgørelser vægt på væsentligt

²⁵⁷ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 849

²⁵⁸ Konkurrenceankenævnets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, s.18; Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 10

²⁵⁹ Konkurrencerådets afgørelse af Vejmarkeringsafgørelse, pkt. 856

²⁶⁰ Højesteretsdom af Vejmarkeringsafgørelsen, s. 10

forskellige elementer og kom i sin grundlæggende form frem til to forskellige resultater, hvilket imidlertid medførte en stor usikkerhed for konsortiedannelsers retsstilling.

Som følge af sagens principielle karakter tog Højesteret derfor problemstillingen op til behandling. Højesterets behandling af dommen fastlagde således, hvordan økonomiske aktører lovligt, og foreneligt med konkurrencerettens regler om konkurrencebegrænsende aftaler, kan etablere konsortier. Som følge af dommen er retstilstanden derfor nu underlagt faste restriktive regler. Med det formål at belyse, hvordan økonomiske aktører bør håndtere etableringen af et konsortium forud for deltagelse i EU-udbudsforretninger, søgte nærværende fremstilling mod at illustrere disse regler.

Højesteretsdommen er relevant i flere relationer. Som det er anført i fremstillingens indledning, er det virksomhedernes eget ansvar at overholde konkurrencereglerne. Derfor er det vigtigt, at virksomheder der ønsker at etablere et konsortium får klarlagt, hvilken retlig test et konsortium bedømmes efter, idet et sådan overblik kan bidrage til at minimere en risiko for, at konsortiesamarbejdet, i tilfælde af en eventuel senere konkurrencesag, bringes til ophør og den udbudte kontrakt ophæves. Et sådan overblik bidrager Højesterets afgørelse til at klarlægge.

Det er i fremstillingens gennemgang af udbudsretten ydermere belyst, hvordan parterne i et konsortium kan risikere at blive udelukket som følge af den ordregivende myndigheds tilvalg af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3 og 4. For at minimere en risiko for at blive udelukket fra udbuddet, er det derfor tillige vigtigt, at de økonomiske aktører ved, hvornår en konsortieaftale overtræder konkurrencelovens regler. Derfor er Højesterets afgørelse tillige vigtigt for dette aspekt af udbudsprocessen.

I søgen mod at besvare fremstillingens problemfelt har fremstillingen indledningsvist foretaget en gennemgang af henholdsvis udbuds- og konkurrencerettens teoretiske baggrund. Gennemgangen af disse kapitler inddrager blandt andet regelsættens formål, idet de fastlægger den grundlæggende intention med at indføre de konkrete love. Ud fra kapitlernes gennemgang er det belyst, at begge retsområder sigter mod at tilse de samme grundlæggende interesser gennem en effektiv konkurrence. Kapitlerne belyser ydermere, at retsområderne supplerer hinanden i sit virke mod at beskytte markedets effektive konkurrence, idet udbudsrettens bestemmelser bidrager til områdets processuelle regler, der suppleres af konkurrencerettens materielle regler. Dette kommer særligt til udtryk i relation til fremstillingens problemstilling. Hvor udbudsrettens regler indeholder den umiddelbare mulighed for at økonomiske kan etablere et konsortium, jf. udbudslovens § 139, stk. 2, indeholder

konkurrenceretten de øvrige regler for, hvordan et sådant konsortium skal behandles, jf. konkurrencelovens §§ 6, 7 og 8.

Gennem fremstillingens analyse er det påvist, at konsortiesamarbejder efter Højesteretsdommen lovligt kan etableres, hvis samarbejdet *ikke* begrænser konkurrencen på det relevante marked *eller*, hvis samarbejdet *kan* fritages, idet samarbejdets konkurrencebegrænsende elementer opvejes af samarbejdets effektivitetsfordele.

Ved de økonomiske aktørers undersøgelser af, om et konkret konsortiesamarbejde begrænser konkurrencen, har fremstillingen påvist, at det centrale spørgsmål er, hvorvidt virksomhederne i konsortiet er aktuelle eller potentielle konkurrenter. Hvornår dette er tilfældet, fastlægger Højesteret en fast retningslinje for. Højesterets behandling af Vejmarkeringsafgørelsen fastlægger netop, at en sådan undersøgelse i sin grundlæggende form afhænger af, hvorvidt virksomhederne *har* den fornødne kapacitet til på egen hånd at udføre den udbudte opgave eller om virksomhederne potentielt *kan* skaffe en sådan kapacitet.

Antager et konsortiums deltagende parter, at de er henholdsvis aktuelle eller potentielle konkurrenter, fastlægger Højesteret at de økonomiske aktører efterfølgende bør gennemgå betingelserne i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Højesteret fastlægger i den forbindelse, at bestemmelsens tredje kriterium, og dermed vurderingen af om aftalen direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er særdeles relevant for nærværende problemstilling. Det er særligt til-formåls-vurderingen der er afgørende for konsortieaftaler mellem konkurrenter, idet sådanne aftaler formentlig vil eliminere den konkurrence, der burde have været mellem virksomhederne.

Det er som tidligere anført gennem fremstillingen påvist, at et konsortiesamarbejde lovligt kan etableres, hvis samarbejdet *kan* fritages, idet samarbejdets konkurrencebegrænsende elementer opvejes af samarbejdets effektivitetsfordele. Er et konsortiums deltagende parter konkurrenter og opfylder samarbejdet tillige betingelserne i konkurrencelovens § 6, stk. 1, muliggør konkurrenceloven derfor, at sådanne konsortieaftaler, alligevel lovligt kan etableres. Dette kræver imidlertid dog, at samarbejdet opfylder en række nærmere betingelser fastlagt i konkurrencelovens § 8.

Ud fra Højesteretsdommen kan det derfor grundlæggende udledes, at virksomheder inden for samme omsætningsled som udgangspunkt ikke bør indgå i et konsortiesamarbejde, medmindre det er

indlysende, at deltagerne ikke individuelt kan løfte den udbudte opgave. Etableres et sådant konsortiesamarbejde alligevel, bør virksomhederne sikre en grundig dokumentation for, at samarbejdets eventuelle konkurrencebegrænsende elementer kan opvejes af samarbejdets effektivitetsfordele.

På baggrund af fremstillingens analyse kan det derfor konkluderes, at Højesterets nyeste praksis indenfor konsortiedannelse, er særligt vigtig for de økonomiske aktører at påse, i forbindelse med etableringen af et konsortium, idet afgørelsen fastlægger, hvornår en konsortieaftale overtræder konkurrencelovens regler. En sådan afklaring af retsstillingen er derfor med til at skabe klarhed og ikke mindst vished over, hvilke overvejelser økonomiske aktører bør iagttage, forud for etableringen af et konsortium med henblik på deltagelse i EU-udbudsforretninger.

7. Litteraturliste

7.1 FAGLITTERATUR

Bergqvist, Christian, *"Konkurrenceretten"*, 2019, 1. udgave, 2019, Djøf Forlag

Clausen, Nis Jul, m.fl., *"Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen"*, Michael, Steinicke, *"Udbudsretten og konkurrenceretten – samspil eller konflikt"*, (s. 533–544), 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Fabricius, Jesper, *"Offentlige indkøb i praksis"*, 2017, Karnov Group Denmark A/S, 4. udgave

Hagel-Sørensen, Karsten, *"Aktuel udbudsret II"*, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave

Hamer, Carina Risvig, *"Grundlæggende udbudsret"*, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jakobsen, Peter Stig, m.fl., *"EU-udbudsretten"*, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave

Larsen, Torsten Bjørn, m.fl., *"Markedsretten"*, 2019, Karnov Group Denmark A/S

Levinsen, Kirsten, m.fl., *"Den kommenterede konkurrencelov"*, 2018, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Madsen, Palle Bo, *"Markedsret, del 1 – konkurrencebegrænsninger"*, 2018, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Mortensen, Bent Ole Gram, m.fl., *"Erhvervsforvaltningsret"*, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave

Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, *"Dansk markedsret"*, 2018, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 5. udgave

Munk-Hansen, Carsten, *"Retsvidenskabsteori"*, 2012, 2. udgave, Djøf Forlag

Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *"EU-ret"*, 2019, Karnov Group Denmark A/S, 7. udgave

Offersen, René og Hansen, Kim Lundgaard, *"Udbudsprocessen"*, 2016, Karnov Group Denmark A/S

Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise, *"EU-udbudsdirektiv med kommentarer"*, 2008, 2. udgave
Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Treumer, Steen, *"Udbudsloven"*, 2016, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, *"EU udbudsregler - i dansk kontekst"*, 2017, Jurist- og
Økonomforbundets Forlag, 2. udgave

Ølykke, Grith Skovgaard og Fejø, Jens, *"EU-konkurrenceret - almindelige del"*, 2014, Jurist- og
Økonomforbundets Forlag, 5. udgave

7.2 LOVGRUNDLAG

Bekendtgørelse om lov nr. 155 af 1. marts 2018, Bekendtgørelse af konkurrenceloven

Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og
om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

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

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUF-traktaten, TEUF)

7.3 FORARBEJDER

FT 1996-97, tillæg A, L 172, Forslag til Konkurrencelov fremsat den 20. februar 1997

FT 2017-18, tillæg A, L 6, Forslaget til lov nr. 1545 om ændring af konkurrenceloven af 19. december
2017

FT 2014-15, tillæg A, L 164, Forslag til udbudsloven fremsat den 18. marts 2015

EUR-Lex, Dokumentinformation om Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2014/24/EU af 26.
februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF – kan findes på:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/ALL/?uri=CELEX:32014L0024>; Sidst besøgt d. 2. maj 2020

7.4 KOMMISSIONENS MEDDELELSER M.V.

EUT 2011/C 11/01, Kommissionens meddelelse om *“Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler”*

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”*

EUT 2004/C 101/08, Kommissionens meddelelse om *“Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3”* (nu art. 101, stk. 3)

EUT 1997/C 372/03, Kommissionens meddelelse om *“Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret”*

7.5 VEJLEDNINGER M.V.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *“Status for offentlig konkurrence”*, 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *“Vejledning om udbudsloven”*, 2016

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Udkast til konsortievejledningen, *“Når virksomheder afgiver fælles bud – en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven”*, 2020

7.6 AFGØRELSER

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 om Dansk Vejmarkerings Konsortium

Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. november 2008: Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet

Sø- og Handelsretten afgørelse af den 27. august 2018: Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet

Højesteretsdom af 27. november 2019: Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. oktober 2009, DSV Transport A/S mod Vestforbrænding I/S

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen

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

Sag C-226/11, Expedia

C-470/13, Generali

KLFU 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S

7.7 ØVRIGE

Folketingets EU-Oplysning, *"117 spørgsmål og svar om EU"*, 2016, 5. udgave – kan findes på: https://www.eu.dk/-/media/sites/euobeta/publikationer/117_spoergsmaal_og_svar_om_eu.ashx; Senest besøg d. 25. april 2020

Pressemeddelelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *"Vejstribesag kommer for Højesteret"*, 2018 – kan findes på: <https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2018/20181221-vejstribesag-kommer-for-hoejesteret/>; senest besøg d. 26. april 2020

Dansk industri, *"Alt for dyrt at byde på offentlige opgaver"*, 2019 - kan findes på <https://www.danskindustri.dk/brancher/di-radgiverne/analysearkiv/ovrige-analyser/2018/hoje-transaktionsomkostninger-afholder-radgivere-fra-bud-pa-offentlige-opgaver/>; Senest besøgt d. 30. april 2020

Folketinget Rigsrevision, *"Transaktionsomkostninger ved udbud i staten"*, 2019 – kan findes på: <https://www.ft.dk/~media/sites/statsrevisorerne/dokumenter/2018/beretning-18-2018-om-transaktionsomkostninger-ved-udbud-i-staten.ashx?la=da>; Senest besøgt d. 13/5 2020

8. Abstract

Each year the public sector purchases supplies and services for billions of euros. The scope requires the importance of the market being subject to an effective competition, which forces suppliers to submit the best offer. The tender process of public contracts enables companies to cooperate in submitting such tenders. One of these is the possibility of submitting an offer as a consortium. Consortiums is an organization form, where the suppliers establish a cooperation to offer on a specific offer. Consortiums helps to improve the competition on the market and is an essential opportunity for small companies to participate in particularly larger tenders. However, such a possibility requires that the cooperation is legal. Otherwise the cooperation can damage the competition, when the market forces then will fail. The question of when and to what extent a consortium is illegal has been subject to a general uncertainty in the recent years. On November 27, 2019, the Supreme Court of Denmark judged a case with this particular issue, which clarified the legal uncertainty on the area.

This master thesis seeks to clarify, how an economic operator should manage the establishment of such consortium. In regard to that, the master thesis seeks to conduct an analysis regarding, which specific test an economic operator should do before establishing a consortium to ensure, that the cooperation is legally established.

Overall the conclusion based on the research in this thesis must be that the economic operators always should examine whether the cooperation partners are competitors on the specific offer, as this is very important to whether the consortium is legally established. The competition regulations prohibit consortiums from bidding for a public contract if the companies are considered to be actual or potential competitors. This means that companies are competitors if they have the capacity to bid for a public offer alone or if they realistically and easily can obtain such capacity. Furthermore, it is important for consortiums between competing companies to assess whether the consortium purpose to restrict the competition. A disregard for the requirements and guidelines will therefore probably lead to an invalid consortium that may be excluded from participating in the tender. This is why it is very important for the companies to make thorough considerations before establishing a consortium.

Ordoptælling

Statistik:

Sider 66
Ord 18.508
Tegn (uden mellemrum) 121.512
Tegn (med mellemrum) 139.926
Afsnit 306
Linjer 1.609

☐ Medtag fodnoter og slutnoter

Luk