



# *SAMARBEJDE OM TILBUDSAFGIVELSE PÅ OFFENTLIGE UDBUD*

- Et speciale om konkurrerende virksomheders samarbejds-  
muligheder i forbindelse med tilbudsafgivelse på offentlige udbud.

Asbjørn Ejnar Nielsen, studienr. 20154452

Ole Poulsen Tougaard, studienr. 20154201

# Indholdsfortegnelse

<b>1. Introduktion til afhandlingen .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Indledning.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2 Afgrænsning .....</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Metode .....</b>	<b>7</b>
1.3.1 Generelt om den anvendte metode .....	7
1.3.2 De anvendte retskilder .....	8
<b>2. Beskrivelse af retsgrundlaget.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 Konkurrenceloven .....</b>	<b>10</b>
2.1.1 Konkurrenceloven og formålet bag .....	10
2.1.2 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler .....	11
<b>2.2 Udbudsloven .....</b>	<b>16</b>
2.2.1 Udbudsloven og formålet bag.....	16
2.2.2 Udbudsrettens grundlæggende principper .....	17
2.2.3 Udelukkelse .....	18
<b>3. Vejstribesagen .....</b>	<b>22</b>
<b>3.1 Hændelsesforløb .....</b>	<b>22</b>
3.1.1 Aftalen mellem parterne .....	22
3.1.2 Kapacitetsberegninger .....	23
3.1.3 Tilbuddet .....	24
3.1.4 Efter tildelingen .....	24
<b>3.2 Konkurrencerådets afgørelse.....</b>	<b>26</b>
3.2.1 Markedsafgrænsning .....	26
3.2.2 Konkurrenter .....	26
3.2.3 § 6 og art. 101 .....	27
3.2.4 Fritagelse .....	29
3.2.5 Rådets konklusion .....	29
3.2.6 Hvilken betydning har Konkurrencerådets afgørelse?.....	29
<b>3.3 Konkurrenceankenævnets afgørelse af 11. april 2016.....</b>	<b>32</b>
3.3.1 Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat .....	32
3.3.2 Hvilken betydning har Konkurrenceankenævnets afgørelse?.....	33
<b>3.4 Sø- og Handelsrettens afgørelse af 27. august 2018 .....</b>	<b>34</b>
3.4.1 Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat .....	34
3.4.2 Hvilken betydning har Sø- og Handelsrettens afgørelse? .....	35
<b>3.5 Højesterets afgørelse af 27. november 2019.....</b>	<b>37</b>
3.5.1 Højesterets begrundelse og resultat .....	37
3.5.2 Hvilken betydning har Højesterets dom?.....	39
<b>4. Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen .....</b>	<b>41</b>
<b>4.1 Sagens faktum.....</b>	<b>41</b>
<b>4.2 Klagenævnets begrundelse og resultat.....</b>	<b>44</b>
<b>4.3 Hvilken betydning har Klagenævnet for Udbuds afgørelse?.....</b>	<b>44</b>
<b>5. Anden relevant praksis .....</b>	<b>46</b>

<b>5.1 Konkurrenceretlige afgørelser.....</b>	<b>46</b>
5.1.1 Konkurrencerådet mod Cements AB og Aalborg Portland A/S .....	46
5.1.2 Skive og omegns vognmandsforening .....	50
5.1.3 Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift mod Konkurransetilsynet (Ski Follo Taxi-sagen) .....	53
<b>5.2 Udbudsretlige afgørelser.....</b>	<b>56</b>
5.2.1 Sag C-124/17 Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München.....	56
5.2.2 Bayer A/S mod Banedanmark .....	59
5.2.3 Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed .....	61
5.2.4 MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark .....	64
<b>6. Diskussion og refleksion .....</b>	<b>66</b>
<b>6.1 Diskussion: Er reglerne om samarbejde mellem konkurrerende virksomheder i forbindelse med offentlige udbud blevet skærpet over tid? .....</b>	<b>66</b>
6.1.1 Samarbejde inden for udbudsloven .....	66
6.1.2 Til formål at begrænse konkurrencen .....	69
<b>6.2 Refleksion over afgørelseskompetence: Er der forskel på hvorvidt sager om konkurrencebegrænsende aftaler i forbindelse med offentlige udbud anlægges ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Klagenævnet for Udbud? .....</b>	<b>70</b>
6.2.1 Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen .....	70
6.2.2 Klagenævnet for Udbud .....	71
6.2.3 Forskellen ligger i.....	73
<b>7. Konklusion.....</b>	<b>74</b>
<b>7.1 Hvornår omfattes et horisontalt samarbejde af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler? .....</b>	<b>74</b>
7.1.1 Hvornår omfattes et horisontalt samarbejde af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler? .....	74
7.1.2 Perspektivering .....	75
<b>7.2 Hvornår har ordregiver ret og pligt til at udelukke økonomiske aktører med henvisning til, at aftaler begrænser konkurrencen? .....</b>	<b>77</b>
7.2.1 Hvornår har ordregiver ret og pligt til at udelukke økonomiske aktører med henvisning til, at aftaler begrænser konkurrencen?.....	77
7.2.2 Perspektivering .....	78
<b>7.3 Hvilken rolle spiller udbuddets udformning for konkurrenters samarbejds muligheder.....</b>	<b>79</b>
7.3.1 Hvilken rolle spiller udbuddets udformning for konkurrenters samarbejds muligheder?.....	79
7.3.2 Perspektivering .....	79
<b>8. Litteraturliste .....</b>	<b>81</b>
<b>8.1 Artikler .....</b>	<b>81</b>
<b>8.2 Litteratur .....</b>	<b>81</b>
<b>8.3 Lovgrundlag mv.....</b>	<b>82</b>
8.3.1 EU-lovgivning.....	82
8.3.2 Dansk lovgivning.....	83
<b>8.4 Afgørelser, beslutninger mv.....</b>	<b>83</b>
8.4.1 EU domstolen .....	83
8.4.2 Afgørelser fra Højesteret .....	84
8.4.3 Afgørelser fra Sø- og Handelsretten .....	84
8.4.4 Afgørelser fra Klagenævnet for Udbud .....	85
8.4.5 Afgørelser fra Konkurrenceankenævnet.....	85
8.4.6 Afgørelser fra Konkurrencerådet.....	85

8.4.7 Afgørelser fra udenlandske domstole .....	86
<b>8.5 Vejledninger .....</b>	<b>86</b>
8.5.1 Vejledninger fra EU-Kommissionen .....	86
8.5.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger mv.....	86
<b>8.6 Øvrigt.....</b>	<b>87</b>
<b>9. Abstract.....</b>	<b>88</b>

# 1. Introduktion til afhandlingen

## 1.1 Indledning

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

### **Udbudslovens § 1**

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

### **Konkurrencelovens § 1**

Ovenstående bekender klart, at effektiv konkurrence er bevæggrunden bag både udbudslovens og konkurrencelovens bestemmelser. Det kan ikke undre, at effektiv konkurrence er baggrunden for bestemmelserne, idet udbudsloven og konkurrenceloven er afledte af henholdsvis EU's udbudsdirektiv fra 2014 og Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde.<sup>1</sup> Den frie og effektive konkurrence er en hjørnesten i EU-regi i forbindelse med udbredelsen af det indre marked og betyder konkret, at virksomheder presses til at afgive deres bedste tilbud for at opnå succes og for at vinde konkurrencen om offentlige kontrakter.

I forbindelse med deltagelsen i konkurrencen om offentlige udbud har lovgiver givet interesserede virksomheder mulighed for at samarbejde. Konkurrencen om offentlige kontrakter øges umiddelbart, da virksomheder, som tidligere ikke var i stand til at byde, nu kan samarbejde med andre ligeindede om at afgive tilbud. Helt konkret betyder det, at virksomheder, der normalt betragter hinanden som konkurrenter, kan samarbejde for at vinde en kontrakt med det offentlige i lige konkurrence med større og stærkere markedsaktører. Som beskrevet vil en sådan mulighed i teorien medføre øget konkurrence i forbindelse med udbudsprocessen. Derfor kan konsortiedannelsen være en gevinst for den offentlige ordregiver, som modtager tilbud med lavere pris. Der eksisterer dog en grænse for samarbejdet, for hvornår bliver samarbejde mellem normalt konkurrerende virksomheder ulovligt? Hvornår tipper virksomhedernes samarbejde over og bliver begrænsende for konkurrencen? Og hvornår kommer en aftale om fælles tilbudsafgivelse i karambolage med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler?

I Danmark har området for konsortiesamarbejdet i forbindelse med offentlige udbud været under skarp bevågenhed. Generelt har konsortiesamarbejde været hyppigt anvendt i Danmark, men på det seneste har virksomhederne været tilbageholdende. *Hvorfor har de det?* kunne man spørge. Svaret findes blandt andet i Vejstribesagen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde i det efterfølgende omtalt som TEUF

<sup>2</sup> Artikel, Børsen “myndigheder vil berolige med dom - men det virkede ikke” - se bilag 10

Spørgsmålet om grænserne for lovlig konsortiedannelse nåede helt til Højesteret i forbindelse med Vejstribesagen, og den 27. november 2019 afsagde Højesteret dom. Højesteret nåede frem til, at samarbejdet i ”Dansk Vejmarkerings Konsortium” mellem LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S var i strid med konkurrencelovens § 6 samt TEUF artikel 101. Dermed er der nu sat punktum for den fem år lange sag, der begyndte i marts 2014, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog en henvendelse fra konkurrenten Guide Lines, om Dansk Vejmarkerings Konsortiums mulige uoverensstemmelse med konkurrenceloven.

Inden budafgivelsen og indgåelsen af samarbejdet med LFK Vejmarkering drøftede Eurostar lovligheden af konsortiet med en advokat. Advokaten bekræftede lovligheden af konsortiet, såfremt Eurostar Danmark og LKF Vejmarkering hver især ikke havde kapacitet til at byde på den samlede opgave i udbuddet alene.<sup>3</sup> Derfor må sagen uden tvivl have medført løftede øjenbryn og usikkerhed i rådgiverbranchen og hos eventuelle tilbudsgivere, da muligheden for at samarbejde om deltagelsen i et udbud nu synes væsentligt indskrænket.

Formålet med reglerne i konkurrenceloven, der er identiske med TEUF, og formålet med reglerne i udbudsloven, der i høj grad er identisk med udbudsdirektivet, er at sikre fri og effektiv konkurrence på det indre marked uden forskelsbehandling på baggrund af nationalitet.<sup>4</sup> Enhver usikkerhed må og skal derfor afklares, for at vi kan leve op til de forpligtelser, som det danske medlemskab af EU medfører. Usikkerheden har imidlertid også en anden slagside, da krænkelse af reglerne har såvel udbudsretlige og konkurrenceretlige konsekvenser som kontraktuelle konsekvenser for både ordregivere og økonomiske aktører. At finde vejen i det farvand, der hedder samarbejde mellem konkurrerende virksomheder, er derfor af uhyre vigtighed, og det er selve formålet med denne afhandling.

På baggrund af ovenstående lyder afhandlingens problemformulering således:

- *I lyset af Højesterets afgørelse af 27. november 2019 i Vejstribesagen har afhandlingen til formål at belyse mulighederne for samarbejde om tilbudsafgivelse mellem økonomiske aktører i et udbudsretligt perspektiv uden at konkurrencen begrænses*

Ovenstående belyses med udgangspunkt i tre arbejdsspørgsmål:

1. *Hvornår omfattes et horisontalt samarbejde af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler?*

---

<sup>3</sup> Konkurrencerådets afgørelse i Vejstribesagen af 24. juni 2015, afsnit 140

<sup>4</sup> Bekendtgørelse af Konkurrenceloven nr. 31 af 16. januar 2018, § 1; Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde præambel; Lov nr. 1564 af 15/12/2015 Udbudsloven §§ 1 og 2; Direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og ophævelse af direktiv 2004/18/EF, 1. betragtning.

2. *Hvornår skal ordregiver udelukke økonomiske aktører med henvisning til, at aftaler begrænser konkurrencen?*
3. *Hvilken rolle spiller udbuddets udformning for konkurrenters samarbejds muligheder*

## 1.2 Afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i dansk ret. Det ligger i naturlig forlængelse heraf at skele til EU-retten, da udbudsloven (herefter UBL) bygger på EU's udbudsdirektiver, og da konkurrenceloven (herefter KL) inkorporerer TEUF's bestemmelser. Afhandlingens fokus er ikke en dybdegående analyse og gennemgang af de EU-retlige regler og principper. Ved udarbejdelse af afhandlingen holdes det for øje, at retspraksis fra EU-domstolen har stor præjudikatsværdi også for danske domstole og klagenævn. Spørgsmålet om EU-konformitet for dansk retspraksis behandles, hvor det er relevant.

Afhandlingens fokus er delt i to retsområder. Det udbudsretlige fokus vil først være at give læseren et indblik i formålet med reglerne om offentlige udbud, for dernæst at dykke ned i de udbudsretlige forpligtelser for udelukkelse på baggrund af konkurrencebegrænsende aftaler. Det er i særdeleshed ordregivers pligt til at undersøge og udelukke økonomiske aktører, hvis der er begrundet mistanke om, at aktøren har indgået i en konkurrencebegrænsende aftale ifølge UBL § 137, stk. 1, nr. 4, der vil blive behandlet. Kompetencegrundlaget for Klagenævnet for Udbud (herefter KLFU) bliver desuden behandlet, da indbringelse af en sag for KLFU ofte er første skridt for forbigåede ansøgere og tilbudsgivere. Afhandlingen behandler af samme årsag også praksis fra KLFU.

Afhandlingen vil diskutere de udbudsretlige muligheder for konkurrerende virksomheder til at samarbejde. Samarbejds mulighederne fremgår af UBL §§ 139, 144 og 177. Afhandlingen behandler primært konkurrerende virksomheders samarbejde gennem konsortiedannelse, idet sådanne konstellationer udgør størstedelen af den relevante retspraksis. Det er imidlertid selve samarbejdet, der omfattes af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Betegnelsen "konsortium" er ikke afgørende.

Afhandlingens konkurrenceretlige fokus vil være at give læseren et indblik i formålet med konkurrencereguleringen, for dernæst at behandle hvilke begrænsninger og hindringer, som loven opstiller for horisontale samarbejder. I forbindelse med behandlingen af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, vil afhandlingen derfor alene tage retspraksis og myndighedsvejledninger i betragtning, der omhandler eller har fokus på horisontale samarbejdsaftaler. Virksomheder, der er del af en koncern, og som ønsker at indgå i et horisontalt samarbejde med henblik på at deltage i et offentligt udbud berøres ikke. Desuden behandler afhandlingen ikke aftaler, der har *til følge* at begrænse kon-

kurrencen. Afhandlingen behandler alene aftaler, der har *til formål* at begrænse konkurrencen, herunder aftaler om markedsdeling og prisfastsættelse. Årsagen hertil findes blandt andet i, at Vejstri-  
besagen netop omhandler en til formål-begrænsning af konkurrencen.<sup>5</sup> Det samme er tilfældet for  
det øvrige af afhandlingens relevante retspraksis. Idet afhandlingen ikke behandler “til følge”-be-  
grænsninger, vil bagatelgrænsen i konkurrenceloven § 7 ikke blive behandlet yderligere, da denne  
kun gælder for netop aftaler, der har til følge at begrænse konkurrencen.

Afhandlingen behandler ikke indgående fritagelsesmulighederne for aftaler, der har til formål at be-  
grænse konkurrencen. Selvom fritagelsesmuligheder har relevans for “til formål”-begrænsninger og  
dermed afhandlingens problemstilling, så er praksis vedrørende aftaler, der rent faktisk er blevet fri-  
taget for sparsom til, at afhandlingen kan behandle fritagelse på andet end teoretisk niveau. Af den  
grund og af pladshensyn behandles fritagelse alene i forbindelse med en perspektivering i afhand-  
lingens konklusion.

Afslutningsvis bør det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 7. maj 2020 har sendt  
et udkast til en ny vejledning om konsortiedannelse i forhold til konkurrenceloven i offentlig hø-  
ring.<sup>6</sup> Afhandlingens forfattere har læst udkastet og vil kommentere på udkastets indhold i forbin-  
delse med afhandlingens konklusion.

## 1.3 Metode

### 1.3.1 Generelt om den anvendte metode

For at klarlægge mulighederne for konkurrerende virksomheders samarbejde i forbindelse tilbudsaf-  
givelse anvender afhandlingen den retsdogmatiske metode. Gennem beskrivelse og analyse opnås  
den retsdogmatiske metodes formål, som er at finde frem til gældende ret på et givent retsområde.<sup>7</sup>  
Til brug for afhandlingen analyseres en flersidig af retskilder i bestræbelsen på at beskrive gældende  
ret. Der er tale om et bredt spektrum af retskilder, herunder love, direktiver, nationale og internatio-  
nale domstolsafgørelser, forarbejder og præambelbetragtninger.

Der vil desuden blive anvendt dansk administrativ praksis på konkurrencerettens område. Admini-  
strativ praksis har traditionelt set ikke samme retskildeværdi som domstolsafgørelser, da det følger

---

<sup>5</sup> En anden årsag er, at de danske konkurrencemyndigheder i prioriterer til formål-begrænsninger. Til følge-begrænsning-  
er indeholder, ifølge KFST, ikke en lige så indgribende konkurrencebegrænsning, hvorfor man har prioriteret som så.  
Den samme prioritering laves i andre medlemslande, og der findes derfor generelt meget sparsom praksis om til følge-  
begrænsninger. *Se i denne sammenhæng KFSTs udkast til ny konsortievejledning 2020, side 31 nederst ff.*

<sup>6</sup> Udkast til Konsortievejledning af 2020

<sup>7</sup> Retsvidenskabsteori s. 204 ff.



af forvaltningens og domstolenes hierarkiske opbygning, at forvaltningens praksis ikke er en retskilde for retterne, mens det omvendte er tilfældet.<sup>8</sup> Praksis fra KFST anvendes i afhandlingen som et vigtigt fortolkningsbidrag, som følge af den specialiserede kompetence KFST er tillagt. Yderligere kan det udledes af vejledninger og afgørelser fra KFST, at KFST i høj grad er opmærksomme på og henviser til afgørelser fra nationale domstole såvel som fra EUD.<sup>9</sup> Om KFST og Konkurrencerådets vurderinger udtaler Højesteret, at de bygger på et konkurrenceretligt skøn, hvortil der kræves sikkert grundlag for at tilsidesætte.<sup>10</sup>

Særligt om analyse af de udbudsretlige regler skal nævnes de allestedsværende principper om gennemsigtighed, proportionalitet og lighed. Principperne skal inddrages i fortolkning af den nationale og EU-udbudsretlige regulering og udfyldning, hvor det er nødvendigt.<sup>11</sup> I forhold til de konkurrenceretlige bestemmelser har Kommissionens meddelelser og EUD's afgørelser en særlig indflydelse på fortolkningen og forståelsen af de enkelte bestemmelser.

Afhandlingen anvender i øvrigt elementer af den komparative metode for at analysere forskelle og ligheder mellem afgørelser, der afviger fra hinanden målt på afsigelsestidspunkt og/eller forum. Den komparative ret anvendes traditionelt til at sammenligne forskellige retssystemer.<sup>12</sup> I denne afhandling begrænses den komparative metode dog til at sammenligne nationale beslutningsorganer.

### 1.3.2 De anvendte retskilder

I afhandlingen anvendes både EU-direktiver og den danske implementering af disse. I forbindelse med anvendelse af direktiver udstedt af EU anvendes den danske oversættelse af disse. Til fortolkning af vedtagne retsregler anvendes forarbejder og præambelbetragtninger.

Retspraksis anvendes i vid udstrækning for at udlede gældende ret i forhold til afhandlingens opdrag. Det bemærkes i forhold til anvendelsen af retspraksis, at klagenævn, styrelser og domstolene afgør enkeltsager. En sags udfald er således i høj grad afhængig af konkrete omstændigheder, parternes påstande etc. I afhandlingen anvendes retspraksis fra såvel de nationale domstole såvel som EFTA-domstolen og EUD. I forhold til retspraksis fra andre lande henledes opmærksomheden på, at denne praksis ikke forpligter danske domstole.<sup>13</sup> Når afhandlingen alligevel inddrager udenlandske domstolsafgørelser til fortolkning af de danske udbuds- og konkurrenceregler, beror det på det

---

<sup>8</sup> U.2013B. side 8, Ravnkilde, Jens, "Hvad er en retskilde?"

<sup>9</sup> Se blandt andet Konsortievejledning af 2018; udkast til Konsortievejledning af 2020

<sup>10</sup> U 2014.2739 H; gentaget i Højesterets dom i Vejstribesagen, se afsnit 3.5

<sup>11</sup> Udbudsdirektivets artikel 18 og udbudslovens § 2

<sup>12</sup> Retsskilder og retsteorier, side 257 ff.

<sup>13</sup> Retsvidenskabsteori side 327

forhold, at udbudsretten og konkurrenceretten nedstammer fra fælles EU-direktiver og TEUF gældende for hele EU. Desuden skal de nationale domstole anlægge en EU-konform fortolkning ved anvendelse af nationale regler, der beror på EU-regulering.<sup>14</sup>

Afhandlingen anvender afgørelser fra KLFU og KFST for at belyse problemformuleringen. I forhold til afgørelser fra KLFU skal det bemærkes, at et fåtal af disse indbringes for domstolene, hvilket kan medvirke til en højere retskildemæssig værdi sammenlignet med andre klagenævn.<sup>15</sup> Ved fortolkning af KLFU's afgørelser skal KLFU's begrænsede kompetence holdes for øje.<sup>16</sup> Det forhold, at et udbud udbydes efter forsyningsvirksomhedsdirektivets regler, har ikke betydning i forhold til den fortolkningsmæssige værdi, som afgørelsen har i forhold til UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1 henviser til udbudsdirektivets artikel 57. Udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra d er implementeret i dansk ret ved UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

Udover ovennævnte retskilder anvendes retslitteratur. Retlitteratur udgør ikke en selvstændig retskilde, men kan alligevel anvendes til fortolkning og forståelse af afgørelser og relevant regulering. Retlitteraturen bliver derfor anvendt som et fortolkningsbidrag i forbindelse med analysen af gældende ret. I samme kategori anvendes KFST's vejledninger. Vejledningerne er ligeledes ikke selvstændige retskilder, men bidrager til forståelsen af lovgivning og praksis inden for et givent område. Vejledningerne er overordnet rettet til borgere, virksomheder og offentlige myndigheder, men der kan ikke selvstændigt støttes ret på vejledningerne fra KFST.

---

<sup>14</sup> Retkilder og retsteorier s. 205 f.

<sup>15</sup> Klagenævnet for Udbuds årsberetning 2018, side 56.

<sup>16</sup> Se herom i afsnit 6.1

## 2. Beskrivelse af retsgrundlaget

I det følgende vil afhandlingen behandle formålene bag henholdsvis konkurrenceloven og udbudsloven. Der vil desuden blive gået i dybden med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler under afsnit 2.1. Afsnit 2.2 går i dybden med udelukkelse af økonomiske aktører.

### 2.1 Konkurrenceloven

#### 2.1.1 Konkurrenceloven og formålet bag

Historisk set har den danske konkurrenceregulering gennemgået stor udvikling fra sin start i 1937 med prisaf taleloven til monopolloven af 1955 og til den ny konkurrencelov af 1989, der blev gennemgribende revideret i 1997, og som senest blev bekendtgjort ved Lovbekendtgørelse nr. 155 af 3. januar 2018, *Konkurrenceloven*.<sup>17</sup>

I midten af 90'erne skete et principskifte i den danske konkurrencelovgivning. To hovedprincipper var bærende forud for lovændringen i 1997; kontrolprincippet og gennemsigtighedsprincippet. I bemærkningerne til lovforslaget til ændringen i 1997 står der om de to principper:

*”I kontrolprincippet ligger, at en konkurrencebegrænsende aftale eller adfærd først er forbudt, når konkurrencemyndigheden har foretaget et indgreb.*

*Ved gennemsigtighed forstås tilvejebringelse af den lettest og billigst mulige adgang for producenter, forhandlere og forbrugere til at skaffe sig relevant information om priser, forretningsbetingelser og andre oplysninger om konkurrenceforhold. Behovet for konkurrenceregulerende indgreb skønnes at blive desto mindre, jo mere gennemsigtighed der er i markedet.”<sup>18</sup>*

I stedet for at basere sin konkurrencelovgivning på principper om kontrol og gennemsigtighed ønskede et bredt flertal i Folketinget at ensrette grundlaget for dansk konkurrencelovgivning med den fælleseuropæiske tilgang, som EF-traktaten (nu TEUF) bygger på. Efter udarbejdelse af en betænkning og høring heraf blandt offentlige myndigheder og interesseorganisationer, stillede Erhvervsministeriet lovforslaget, hvormed principperne om kontrol og gennemsigtighed blev forladt til fordel for forbudsprincippet. Herefter er konkurrencebegrænsede adfærd forbudt, medmindre andet følger af lov.<sup>19</sup>

Af KL § 1 fremgår følgende om formålet med loven:

---

<sup>17</sup> Dansk markedsret, side 23 ff.

<sup>18</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslaget, almindelige bemærkninger, 1. indledning

<sup>19</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslaget, almindelige bemærkninger, 1. indledning

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

Målsætningen med KL er at sikre en fri og effektiv konkurrence i videst muligt omfang, hvorfor loven er designet til at ramme de konkurrencebegrænsninger, der hæmmer effektiviteten og konkurrencen på markedet. Konkurrencen mellem eksisterende markedsaktører søges fremmet, ligesom loven søger at sikre fri adgang til markedet for nye virksomheder.<sup>20</sup>

Et grundprincip for EU-rettens sammenspil med sine medlemsstaters nationale lovgivning er EU-konformitet. EU-konformitet som begreb er knæsat første gang i Costa ENEL-sagen og senere udbygget i Simmenthal-sagen.<sup>21</sup> Lovgiver i Danmark har haft netop EU-konformitet i tankerne, da man udarbejdede lovforslaget til konkurrenceloven i 1997. Sammen med Fællesskabsretten opstiller den danske konkurrenceretlige regulering reglerne for samspillet mellem henholdsvis Fællesskabets og nationalstaternes myndighedsudøvelse og fortolkning. Hensigten med KL er derfor yderligere at skabe de bedste muligheder for godt samspil mellem danske og EU-retlige konkurrenceregler og at sikre, at de danske konkurrenceregler ikke adskiller sig fra, hvad der gælder ifølge Fællesskabsretten. Kommissionens og EUDs praksis er derfor også vejledende for overtrædelser efter den danske konkurrencelov. En gevinst for virksomheder, der opererer i et internationalt marked, som kun skal orientere sig og tilpasse sin adfærd efter et fælles regelsæt og retspraksis.<sup>22</sup>

## 2.1.2 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

### 2.1.2.1 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

KL's formål fremmes blandt andet gennem regler, som skal sikre, at der ikke opstår konkurrencebegrænsning på såvel markedet for private som offentlige kontrakter. Om konkurrencebegrænsningen finder sted gennem aftale, vedtagelse eller samordnet praksis er underordnet, da det rent objektive formål om at opgive friheden til selvstændigt at konkurrere på markedet er afgørende.<sup>23</sup> Beskyttelsen af den effektive konkurrence er i KL § 6 formuleret som et forbud, og selve konkurrencebegrænsningen kan ske ad flere forskellige veje. Af KL § 6 fremgår:

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

*(...)*

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

<sup>20</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslaget, afsnit 3.a

<sup>21</sup> Costa ENEL 6/64, side 536; C 106/77, Simmenthal, præmis 17; se i øvrigt grundlæggende EU-ret side 260 ff.

<sup>22</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslaget, afsnit 3.a og c; Dansk markedsret, side 25, nederst

<sup>23</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1

Udgangspunktet for bestemmelsen er dermed, at alle aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der er konkurrencebegrænsende, er i strid med KL og dermed ulovlige. For aftaler, hvis følger begrænser konkurrencen, gælder forbuddet kun, hvis bagatelgrænserne i § 7 er overskredet. Enhver regel har dog sine undtagelser. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler finder ikke anvendelse for blandt andet aftaler inden for samme virksomhed eller samme koncern,<sup>24</sup> og for aftaler som er individuelt fritaget efter § 8, stk. 1 eller TEUF art. 101, stk. 3.

Anvendelsen af forbuddet i KL § 6 bygger på den forudsætning, at aftalen mellem virksomhederne er konkurrencebegrænsende. Aftalen vil som udgangspunkt ikke være konkurrencebegrænsende, hvis virksomhederne hver især ikke er i stand til at løfte den konkrete opgave. Virksomhederne skal altså objektivt set være konkurrenter om den konkrete opgave, som konkurrencen udspiller sig om, før forbuddet finder anvendelse. Konkurrenter forstås i denne sammenhæng som enten aktuelle konkurrenter eller potentielle konkurrenter i forhold til den pågældende opgave. Vurderingen af, om virksomhederne er konkurrenter, afgøres ud fra sagens konkrete omstændigheder.<sup>25</sup>

### 2.1.2.2 Konkurrenter

Forskellen mellem at være aktuelle og potentielle konkurrenter ligger i, på hvilket *relevant marked*,<sup>26</sup> virksomhederne opererer. At være aktuelle konkurrenter indebærer, at virksomhederne opererer på det samme relevante marked. Virksomhederne er potentielle konkurrenter, hvis det er sandsynligt, at den ene virksomhed inden for kort tid kan foretage de nødvendige investeringer for at konkurrere på samme relevante marked som den anden virksomhed. At de deltagende virksomheder skal være konkurrenter, førend forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler finder anvendelse, betyder derfor også, at såfremt virksomhederne ikke kan løfte den udbudte opgave alene, vil de ikke være at anse som konkurrenter.<sup>27</sup>

Vurderingen af, om virksomhederne er aktuelle konkurrenter, baserer sig på, om samarbejdet er objektivt nødvendigt, og dermed om virksomhederne har kapacitet til at løfte den konkrete opgave alene. Konkurrencemyndighedernes kapacitetsvurdering foretages på baggrund af de ressourcer, som virksomhederne allerede kan tilgå, herunder medarbejder- og/eller maskinkapacitet, økonomiske ressourcer, krav til teknologi og begrænsninger i forhold til forpligtelser over for andre kunder.

---

<sup>24</sup> Konkurrenceloven § 5, stk. 1

<sup>25</sup> Konsortievejledningen fra 2018, side 9 ff.

<sup>26</sup> Det relevante marked er et praksisudviklet begreb. Kort fortalt afgrænses det relevante marked af, henholdsvis hvilket produktmarked og geografisk marked, der konkurreres på. Forinden myndighederne foretager vurdering af om virksomhederne er konkurrenter, skal markedsafgrænsningen være foretaget, jf. Konkurrencelovens § 5a. Se mere herom i *Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret 97/c 372/03*; Larsen og Straton-Andersen *Markedsret* side 263 ff.

<sup>27</sup> Konsortievejledningen fra 2018, side 9 midtfor; Kommissionens meddelelse (2011/C 11/01) - Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 TEUF på horisontale samarbejdsaftaler, afsnit 10 og 30

I forhold til vurderingen af om virksomhederne er potentielle konkurrenter, vil konkurrencemyndighederne desuden undersøge, om det er realistisk, at virksomhederne vil foretage den nødvendige udvidelse af sin kapacitet, herunder om det er forretningsmæssigt forsvarligt.<sup>28</sup>

Hvis det er konstateret, at virksomhederne er konkurrenter om den udbudte opgave, vil prøvelsen af om aftalen er konkurrencebegrænsende tage udgangspunkt i de fire betingelser udledt af KL § 6.

### *2.1.2.3 Virksomhed*

Den første betingelse efter KL § 6 er, at der skal være tale om en virksomhed eller sammenslutning af virksomheder. Med andre ord skal virksomhedsbegrebet være opfyldt. Virksomhedsbegrebet fortolkes bredt som enhver erhvervsvirksomhed, dvs. enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester. Der kræves hverken økonomisk gevinst eller bestemt selskabsform, og såvel privat som offentlig erhvervsvirksomhed er omfattet.<sup>29</sup>

### *2.1.2.4 Aftale*

Den anden betingelse er, at der skal være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er meget bredt, og det er uden betydning, hvilken betegnelse som aftalen har. Det afgørende er, at virksomhederne har udtrykt en samstemmende vilje.<sup>30</sup> Aftalen behøver derfor heller ikke være juridisk bindende eller udformet skriftligt. I retspraksis skelnes der ikke mellem, om der er tale om en aftale eller samordnet praksis. Det er ofte blot fastslået, at der foreligger tilstrækkelige beviser for, at parterne har indgået en aftale eller samordnet praksis.<sup>31</sup>

### *2.1.2.5 Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen*

Den tredje betingelse er, at aftalen direkte eller indirekte har haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Omfattet af betingelsen er såvel hindringer, begrænsninger og fordrejning af konkurrencen. Der skelnes dermed ikke mellem typen af adfærd. Faktisk konkurrencebegrænsende adfærd, som kan spores på det relevante marked, er ikke en betingelse for, at forbuddet kan håndhæves. Forbuddet rammer såvel aftaler, der har til hensigt at begrænse konkurrencen, uanset om aftalen får virkning eller ej, som aftaler, der begrænser konkurrencen, uanset den subjektive hensigt med aftalen. Forbuddet er imidlertid ikke tiltænkt en sammenslutning af virksomheder på samme omsætningstrin, der afgiver bud på en bestemt opgave sammen, når virksomhederne ikke er i stand til at løfte den pågældende opgave på egen hånd.<sup>32</sup> I praksis betyder det altså, at forbuddet ikke gælder samarbejder mellem konkurrenter, som ikke er i stand til at løfte opgaven alene.

---

<sup>28</sup> Konsortievejledningen fra 2018, side 11 midtfor

<sup>29</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 2

<sup>30</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 6 (aftaler mellem virksomheder, vedtagelser, samordnet praksis)

<sup>31</sup> Karnovs note nr. 27 til LBK nr. 155 af 3. januar 2018 (Konkurrenceloven)

<sup>32</sup> 1996/1 LSF 172/97, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 6 (konkurrencebegrænsningskriteriet)

Vurderingen af, om formålet med aftalen har konkurrencebegrænsende karakter, sker på baggrund af tre hensyn. Der skal for det første tages hensyn til aftalens indhold, dernæst til de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og slutteligt ser man på aftalen i den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår. Hensynene som vurderingen foretages i lyset af udspringer af fast praksis fra EUD.<sup>33</sup> Et eksempel fra EUDs praksis er *Groupement des Cartes Bancaires*:

*” Ifølge Domstolens praksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. i denne retning dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).<sup>34</sup>” (understregning tilføjet)*

Konkurrencemyndighederne skal som udgangspunkt ikke undersøge den skadelige virkning af aftalen over for forbrugerne, når det drejer sig om ”til formåls”-overtrædelser.<sup>35</sup> Det ligger nemlig i naturen af en gruppe af samarbejdsaftaler at begrænse konkurrencen.<sup>36</sup> Et effektivitetsforsvar fremsat af de involverede virksomheder vil dog kalde på en undersøgelse af aftalens eventuelle skadelige virkninger. Prisaftaler, tilbudskoordinerings- og kundes- og markedsdelingsaftaler er i sig selv konkurrencebegrænsende. Kendetegnet for aftalerne er, at de drejer sig om afsætning. Omvendt vil et produktionssamarbejde mellem konkurrerende virksomheder ikke i sig selv være konkurrencebegrænsende, hvorfor Konkurrencemyndighederne vil anlægge en ”til følge”-vurdering.<sup>37</sup>

Antagelsen om, at ovennævnte konkurrencebegrænsninger i sig selv er egnet til at begrænse konkurrencen, bygger på, at aftalerne indeholder et enormt stort konkurrenceskadeligt potentiale. Eksempelvis fører prisaftaler og aftaler om markedsdeling til mindskelse af produktionen og højere priser. Skadevirkningen spredt sig som ringe i vandet, fordi den formindskede produktion og de højere priser fører til en ringere ressourcefordeling, når efterspurgte varer ikke produceres. Forbrugerne lider desuden velfærdstab, idet prisen stiger. Der er ikke tale om en udtømmende vejledning i, hvad et konkurrencebegrænsende formål er, men i højere grad et udgangspunkt taget ud fra en

---

<sup>33</sup> (2004/C 101/08) Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, afsnit 22;

(2011/C 11/01) Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 TEUF på horisontale samarbejdsaftaler, afsnit 25

<sup>34</sup> Sag C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires*, præmis 53

<sup>35</sup> De forenede sager C-56/64 & C-58/64, *Consten & Grundig*, side 255 øverst

<sup>36</sup> Sag C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires*, præmis 51

<sup>37</sup> Konsortievejledningen af 2018, side 22 nederst

række konkurrencebegrænsninger, som EU-Kommissionen har sortlistet som havende et iboende konkurrencebegrænsende formål.<sup>38</sup>

En samarbejdsaftale mellem konkurrerende virksomheder, som ikke i sig selv er konkurrencebegrænsende, vil omvendt skulle anlægges ”til følge”-vurderingen. Herefter skal aftalen have en mærkbar konkurrencebegrænsende virkning til følge, førend aftalen rammes af forbuddet.

#### *2.1.2.6 Mærkbarhed og effektivitetsfordele*

Den fjerde betingelse er, at konkurrencen skal begrænses mærkbart. Mærkbarhedskriteriet udledes direkte af KL § 7, hvorefter forbuddet i § 6 ikke gælder, hvis bagatelgrænserne i § 7, stk. 1, nr. 1 og 2 ikke er oversteget. Anvendelsen og fortolkningen af bagatelgrænserne skal til enhver tid følge Domstolens fortolkning af Kommissionens bagatelledelse.<sup>39</sup> Med lovændringen nr. 1545 af 19. december 2017 fjernes den del af bagatelgrænsen, der omfattede virksomhedernes omsætning. I stedet anvendes alene markedsandelstærskler, for derved at skabe en mere klar retstilstand for konsortiesamarbejder. Formålet med lovændringen var at skabe en klarere skillelinje mellem de aftaler, der per automatik er lovlige, og de aftaler, som er ulovlige.<sup>40</sup>

Bagatelgrænsen i § 7, stk. 1, nr. 1 og 2 finder alene anvendelse, når aftalen har til følge at begrænse konkurrencen.<sup>41</sup> Aftaler som har til formål at begrænse konkurrencen, skal ikke underkastes samme vurdering af, om virksomhedernes markedsandele er store nok.

Selvom Konkurrencemyndighederne finder, at en samarbejdsaftale er konkurrencebegrænsende efter betingelserne i § 6, kan aftalen medføre sådanne positive effektivitetsfordele, at samarbejdet alligevel er lovligt. Samarbejdsaftalen kan blive omfattet af undtagelsesbestemmelsen i KL § 8, hvis samarbejdet medfører effektivitetsfordele. Effektivitetsfordelene kan angå blandt andet kvantitative eller kvalitative gevinster<sup>42</sup> samt risikospredning. Det kræves imidlertid, at forbrugerne nyder så tilstrækkeligt godt af effektivitetsfordelene, at konkurrencebegrænsningen opvejes. De konkurrencebegrænsende elementer skal være proportionale med effektivitetsfordelene.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), afsnit 21-23

<sup>39</sup> Karnovs note til Konkurrenceloven § 7

<sup>40</sup> L 6 Forslag til lov om ændring af KL, bemærkninger til lovforslaget, afsnit 1. (fremsat 4. oktober 2017)

<sup>41</sup> Konkurrenceloven § 7, stk. 3.

<sup>42</sup> Konsortievejledningen af 2018 side 28 ff.

<sup>43</sup> Konsortievejledningen af 2018, side 28 ff.



## 2.2 Udbudsloven

### 2.2.1 Udbudsloven og formålet bag

Udbudsloven (herefter UBL), lov 1564 af 15. december 2015, er den danske implementering af EU-direktiv 2014/24, Udbudsdirektivet. UBL regulerer offentlige ordregiveres kontraktindgåelse. Af lovens § 1 fremgår følgende:

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

Bestemmelsen klarlægger det samfundsmæssige formål, som UBL søger at opfylde. Offentlige indkøb vedrører alt fra krus og bestik til opførelse af nye supersygehuse. Det er derfor i hele samfundets interesse, at de offentlige midler anvendes på den mest effektive måde. Det fremgår derfor af Udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1., 2. og 3. pkt. og UBL § 2, stk. 2, at udbud ikke må udformes på en sådan måde, at konkurrencen kunstigt begrænses.

Et andet af hovedformålene bag UBL og udbudsdirektivet er at modvirke forskelsbehandling mellem økonomiske aktører<sup>44</sup> såvel på grund af nationalitet, men også forskelsbehandling på grund af relation til ordregiver.<sup>45</sup> Det ses blandt andet udledt af de generelle principper i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, 1. pkt. og UBL § 2, stk. 1 og 3. EUD har i Pressetext-sagen udtalt sig om formålet med fællesskabsreguleringen af offentlige kontrakter. EUD anfører følgende som hovedformålet:

*” Det fremgår af retspraksis, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater (...) ”<sup>46</sup>*

Formålet med reguleringen af offentlige indkøb er altså at sikre reel og effektiv konkurrence. Det betyder også, at ordregiver skal anlægge en markedsorienteret tilgang, når der skal tildeles offentlige kontrakter. Den markedsorienterede tilgang indebærer, at ordregiver skal vurdere de økonomiske aktører på baggrund af deres tilbudspris, kvalitet etc. Dermed skal beslutningen om tildeling træffes på baggrund af de samme overvejelser som på et marked med fuldstændig konkurrence.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> En økonomisk aktør er enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning heraf - såvel midlertidige som permanente - der tilbyder at levere kontraktens genstand. En økonomisk aktør, der afgiver tilbud i en udbudskonkurrence, er en tilbudsgiver. Indgiver samme økonomiske aktør ansøgning om deltagelse i udbudskonkurrencen, kaldes aktøren for ansøger. Udbudsloven § 24, nr. 4, 34 og 38

<sup>45</sup> Ordregiver er den juridiske person, der foretager indkøbet af og udbudskonkurrencen om den offentlige kontrakt. Der er tale om statslige, regionale eller kommunale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger af en eller flere myndigheder eller offentligretlige organer. Udbudsloven § 24, nr. 27 og 28

<sup>46</sup> C-454/06, Pressetext, præmis 31

<sup>47</sup> EU-udbudsret, side 35.

### 2.2.2 Udbudsrettens grundlæggende principper

Udbudsretten bygger på tre grundlæggende principper.<sup>48</sup> Et af de grundlæggende principper er princippet om ligebehandling.<sup>49</sup> Ligebehandling er ikke at forveksle med en ligelig fordeling af offentlige kontrakter, idet det ville stride mod formålet om effektiv konkurrence. EUD har udtrykt følgende om ligebehandling:

*” I øvrigt følger det af fast retspraksis, at ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet (...) ”*<sup>50</sup>

Princippet om ligebehandling betyder, at ordregiver er pålagt at behandle ens forhold ens, mens forskellige forhold skal behandles forskelligt. Formålet om reel og effektiv konkurrence underbygges således af, at forskelsbehandling i udbudsprocessen ikke må finde sted, medmindre det er objektivt begrundet.

Princippet om gennemsigtighed kan udledes af princippet om ikke-diskrimination og har til formål at skabe gennemsigtighed og dermed forudsigelighed ved kontraktindgåelsen. Gennemsigtigheden er nødvendig for at sikre princippet om ligebehandling, og dermed også i håndhævelsen af udbudsrettens regler.<sup>51</sup>

Principperne gælder i alle stadier af udbudsprocessen. Dette lader EUD bemærke i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, hvor KLFU forelagde EUD en række præjudicielle spørgsmål. Her anfører EUD;

*”at ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed bl.a. indebærer, at de bydende skal behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene, og at disse principper udgør grundlaget for EU-reglerne om udbudsprocedurer... ”*<sup>52</sup>

Videre anføres det om princippet for ligebehandling, at formålet er at *”begunstige sund og effektiv konkurrence”*. For at sikre opfyldelsen af formålet med ligebehandlingsprincippet er det nødvendigt, at de bydende har lige chancer for at udarbejde tilbud, herunder at de samme betingelser finder anvendelse for alle deltagere.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Principperne: ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

<sup>49</sup> jf. UBL § 2, stk. 1

<sup>50</sup> C-21/03 og C-34/03 Fabricom mod Belgien, præmis 27

<sup>51</sup> EU-udbudsret side 60 ff.; Grundlæggende udbudsret s. 60 ff.

<sup>52</sup> EU-Domstolens C-396/14, MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark, præmis 37.

<sup>53</sup> EU-Domstolens C-396/14, MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark præmis 38.

## 2.2.3 Udelukkelse

### 2.2.3.1 Udelukkelsesgrunde

Ordregiver er forpligtet til at oplyse de økonomiske aktører om en række forhold i forbindelse med en udbudsprocedure. Eksempelvis skal ordregiver angive, om en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde i UBL § 137 finder anvendelse. De frivillige udelukkelsesgrunde er kendetegnet ved, at de ikke per automatik finder anvendelse i udbudsprocessen modsat de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Anvendelsen er betinget af, at ordregiver tilvælger udelukkelsesgrundene - deraf frivilligheden. For nærværende vil særligt UBL § 137, stk. 1, nr. 4 blive behandlet.

UBL § 137, stk. 1, nr. 4 angiver:

*”En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis*

*(...)*

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

Sammenholdes § 137, stk. 1, nr. 4 med § 137, stk. 1, nr. 1, nr. 3 og nr. 5-6 findes en sproglig forskel. For udelukkelsesgrundene i nr. 1, 3, 5 og 6 skal ordregiver ”påvise”, at den økonomiske aktør er omfattet af et givent forhold. Med den sproglige forskel er der lagt op til en forskel i den bevisbyrde, som ordregiver er forpligtet til at løfte i forbindelse med udelukkelse af en ansøger eller tilbudsgiver. Sprogligt indeholder ”*har tilstrækkelige plausible indikationer*” en lempeligere bevisbyrde sammenlignet med tilfælde, hvor ordregiver skal ”påvise” et givent forhold der begrunder udelukkelse. Ovenstående forskel er ligeledes fremhævet i lovbemærkningerne til UBL. Den sproglige forskellighed er tilsigtet, idet lovgiver har ønsket en lempeligere bevisbyrde for UBL § 137, stk. 1, nr. 4.<sup>54</sup>

Med ordlyden ”*ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer (...)*” er overlades ordregiver et skøn i forbindelse med udelukkelsen. Hvad tilstrækkelige plausible indikationer indebærer, må bero på en konkret vurdering, ifølge lovbemærkningerne. Lovbemærkningerne giver samtidig to eksempler herpå; 1) at der er rejst tiltale for at have indgået aftaler om konkurrencefordrejning, eller 2) at ordregiver er i besiddelse af oplysninger fra myndigheder, der indikerer, at der skulle være indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.<sup>55</sup> Det vil dog fortsat være op til ordregi-

<sup>54</sup> Lovforslag L 164 Folketingsåret 2014-15 inklusiv bemærkninger til lovforslaget side 150.

<sup>55</sup> Lovforslag L 164 Folketingsåret 2014-15 inklusiv bemærkninger til lovforslaget side 150.

ver at skønne over, om oplysningerne udgør ”tilstrækkelige plausible indikationer”. Af bestemmelsen i § 137, stk. 1, nr. 4 fremgår ikke, at aftalen, der er indgået med henblik på konkurrencefordrejning, skal have relation til det aktuelle udbud for at være omfattet af udelukkelsesgrunden. Der kan således ifølge være tale om en tilbudsgiver eller ansøger, som i andre sammenhænge har indgået en konkurrencebegrænsende aftale, eksempelvis i forbindelse med en anden ordregivers udbudsprocedure.<sup>56</sup>

### 2.2.3.2 Self cleaning

Når ordregiver konstaterer, at der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer for at en økonomisk aktør har indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning, er ordregiver forpligtet til at give den pågældende mulighed for at foretage selfcleaning.<sup>57</sup> Self cleaning indebærer, at den økonomiske aktør får muligheden for at dokumentere sin pålidelighed, hvis aktøren efter ordregivers vurdering er omfattet af en udelukkelsesgrund i §§ 135-137. Ordregiver kan ikke udelukke en økonomisk aktør der inden for en passende frist har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed.<sup>58</sup> Selve dokumentationen er tilstrækkelig, når den indeholder følgende fra § 138, stk. 3, nr. 1-3. Betingelserne er kumulative.

*§138, stk. 3. En ansøgers eller en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig, når ansøgeren eller tilbudsgiveren*

- 1) i fornødent omfang har dokumenteret, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. §§ 135-137,*
- 2) i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og*
- 3) har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.*

Bedømmelsen af, om aktøren dokumentation er tilstrækkelig, er henlagt til ordregivers skøn herover. Det er alene ordregivers vurdering, om dokumentationen er tilstrækkelig, mens det er aktøren,

---

<sup>56</sup> Lovforslag L 164 Folketingsåret 2014-15 inklusiv bemærkninger til lovforslaget side 150.

<sup>57</sup> Udbudslovens § 138, stk. 1

<sup>58</sup> Udbudslovens § 138, stk. 2.

som skal redegøre for forholdet/overtrædelsen, der danner baggrunden for den potentielle udelukkelse. I den forbindelse kan ordregiver kræve den kompetente undersøgelsesmyndigheds afgørelse<sup>59</sup> fremlagt, da afgørelsen i sig selv kan danne tilstrækkelig dokumentation for pålidelighed under visse omstændigheder.<sup>60</sup>

### 2.2.3.3 Udelukkelsesperiode

Det sidste af de nævnte generelle principper er princippet om proportionalitet.<sup>61</sup> Princippet om proportionalitet finder som de andre principper anvendelse gennem hele udbudsprocessen. Proportionalitet er særligt relevant at fremhæve i forhold til udelukkelse og det tidsrum, en aktør ikke kan deltage i offentlige udbud. Udelukkelse fra en offentlig kontrakt skal altså være proportional med handlingen og kan ske, hvor mindre indgribende foranstaltninger ikke er anvendelige.<sup>62</sup> For så vidt angår det tidsmæssige perspektiv for ordregivers anvendelse af udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, fremgår det af UBL § 138, stk. 7, at i de tilfælde hvor udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, kan aktøren ikke være omfattet af udelukkelsesgrunden i mere end 2 år fra den relevante hændelse eller handling. Af lovbemærkningerne fremgår følgende:

*”Den 2-årige periode løber fra den relevante hændelse eller handling, der kan begrunde udelukkelse hvilket vil sige tidspunktet for den handling, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået, og kan danne grundlag for ordregiverens brug af en udelukkelsesgrund.*

(...)

*I forhold til § 137, stk. 1, nr. 4, vil den relevante hændelse være på det tidspunkt, at ansøgeren eller tilbudsgiveren foretager en handling, der imødekommer indholdet af udelukkelsesgrunden. Dette kan være ved indgåelsen af en aftale mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Udelukkelsesperioden kan endvidere beregnes fra et senere tidspunkt, hvor ordregiveren har plausible indikationer for, at en ansøger eller tilbudsgiver foretager handlinger, i henhold til en aftale, der er indgået med henblik på konkurrencefordrejning. Den to-årige udelukkelse kan senest beregnes fra tidspunktet for aftalens ophør.”<sup>63</sup>*

Efter forarbejderne skal den maksimale udelukkelsesperiode for en økonomisk aktør omfattet af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 altså beregnes senest fra tidspunktet for aftalens ophør. Forarbejderne er dog ikke overensstemmende med praksis fra EUD. EUD anførte i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse fra det sydbayerske Klagenevæn for Udbud, at den maksimale udelukkelsesperiode skal

---

<sup>59</sup> For aktører omfattet af § 137, stk. 1, nr. 4 vil den kompetente undersøgelsesmyndighed være Konkurrencerådet eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for overtrædelser, jf. KL § 15

<sup>60</sup> Sag C-124/17 Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH, præmis 29-31.

<sup>61</sup> Udbudsloven § 2

<sup>62</sup> Karnovs note til Udbudsloven § 2

<sup>63</sup> Lovforslag nr. L 164, Folketingsåret 2014-2015 Forslag til Udbudslov fremsat 18. marts 2015, side 154

beregnes fra datoen for afgørelse fra en kompetent myndighed.<sup>64</sup> Ved anvendelsen af udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4 vil den kompetente myndighed være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Konkurrencerådet.

Hverken KLFU eller domstolene har siden EUDs udtalelse i Vossloh Laeis haft lejlighed til prøve spørgsmålet om fristens beregning. Det vides derfor endnu ikke, om KLFU eller domstolene tilside-sætter forarbejderne til UBL, omend formodningen må tale herfor som følge af EUDs indflydelse.

---

<sup>64</sup> C-124/17 – Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH, præmis 37-41; se i øvrigt afsnit 5.2.1.2

### 3. Vejstribesagen

I det følgende bliver Vejstribesagen behandlet. Afsnit 3.1 omhandler det faktiske hændelsesforløb i forbindelse med Dansk Vejmarkerings Konsortiums tilbud på Vejdirektoratets udbud. I de efterfølgende afsnit 3.2, 3.3, 3.4 og 3.5 bliver afgørelserne fra henholdsvis Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet, Sø- og Handelsretten og Højesteret behandlet.

#### 3.1 Hændelsesforløb

Den 25. februar 2014 udbød Vejdirektoratet vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet i tre distrikter; Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden. Udbuddet vedrørte genmarkering af kørebaneafmærkning i de tre distrikter i en periode på fire år.<sup>65</sup>

Opgaverne omfattede såvel maskinarbejde<sup>66</sup> som håndarbejde<sup>67</sup> ved udlægning af vejstriber og symboler på motorvejs- og landevejsstrækninger. Udbuddet var et genudbud af Vejdirektoratets udbud af 3. april 2012, der ligeledes drejede sig om genmarkering af kørebaneafmærkning dog i hele Danmark. Dansk Vejmarkerings Konsortium bestående af Eurostar og LKF Vejmarkering bød også på 2012-udbuddet, men opgaven blev tildelt til Guide-Lines. Guide-Lines var imidlertid ikke i stand til at udføre vejmarkeringsopgaverne i 2012-udbuddet i overensstemmelse med de aftalte tids- og arbejdsplaner for distrikterne.<sup>68</sup>

2014-udbuddet var tilrettelagt således, at økonomiske aktører kunne byde på hvert distrikt for sig. Samtidig var det muligt at byde på og vinde et, to eller alle distrikter. Udbuddet tillod desuden tilbudsgiverne at indregne en rabatstruktur i deres tilbud, således at rabatten blev udløst ved samlet overdragelse af flere eller alle af distrikterne. Tildelingskriteriet for udbuddet var laveste pris, dog forstået som den kombination af alle tilbud, der samlet gav den laveste pris for Vejdirektoratet. Dermed ville en tilbudsgiver, som afgav det laveste tilbud på ét distrikt ikke nødvendigvis vinde kontrakten om det pågældende distrikt, hvis en anden kombination af tilbud gav en samlet lavere pris.<sup>69</sup>

##### 3.1.1 Aftalen mellem parterne

Den 11. marts 2014 indgik LKF og Eurostar aftale om at samarbejde i Dansk Vejmarkerings Konsortium. Formålet med aftalen var at udarbejde og afgive et fælles tilbud vedrørende Vejdirektoratets udbud af genmarkering i perioden 2014-2017, samt at udføre opgaven i henhold til aftalen mellem konsortiedeltagerne og kontrakten med ordregiver. I tillæg til aftalen var et bilag - ”konsortieandelen”. Bilaget viste fordelingen af distrikterne mellem LKF og Eurostar og tog højde for, hvor-

---

<sup>65</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 118

<sup>66</sup> Maskinarbejde: arbejde med maskinbil (vogntog)

<sup>67</sup> Håndarbejde: arbejde med en håndholdt stribemaskine

<sup>68</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 27-28; 60; 117-118; 123

<sup>69</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 119-121

dan distrikterne skulle fordeles ved eventuel tildeling af et, to eller alle tre distrikter. Ud over fordelingsaftalen vedtog parterne en indbyrdes aftale om kompensation, hvorved den anden konsortiedeltager skulle modtage betaling af den første konsortiedeltager for at stå til rådighed med sine ressourcer, hvis konsortiet kun vandt et distrikt. Parterne oplyste over for KFST, at aftalen blev indgået, idet begge deltagere hver især vurderede, at de ikke besad den fornødne kapacitet til selv at byde på opgaven.<sup>70</sup>

### 3.1.2 Kapacitetsberegninger

Eurostar udarbejdede den 6. marts 2014 en vurdering af virksomhedens eksisterende kapacitet. Kapacitetsberegningen angik mere specifikt en vurdering af virksomhedens maksimale kapacitet til at udlægge termoplast (stribemasse). Eurostar sammenholdt mængden af termoplast, som efter virksomhedens vurdering skulle anvendes til de udbudte vejmarkeringsopgaver, med virksomhedens eksisterende kapacitet. Da det forventede behov af termoplast til gennemførelse af hele udbuddet oversteg virksomhedens frie kapacitet, lød vurderingen, at man ikke var i stand til at udføre vejmarkeringsopgaverne i alle tre distrikter. I forbindelse med kapacitetsberegningen forholdt Eurostar sig imidlertid ikke til muligheden for at afgive tilbud på et eller to af distrikterne.<sup>71</sup>

LKF udarbejdede en lignende vurdering den 9. marts 2014. LKF's kapacitetsberegning angik et skøn over maskinformændenes ledige kapacitet, og om hvorvidt det var muligt at allokere maskinformændene til opgaverne i udbuddet. Kapacitetsberegningen indeholdt ingen konklusion på, om det var muligt at afgive tilbud på et eller to af distrikterne, eller en konklusion på, om LKF havde tilstrækkelig kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i alle distrikterne.<sup>72</sup>

Dagen inden aftaleindgåelsen udvekslede LKF og Eurostar konklusionerne på deres kapacitetsberegninger via e-mail. Parterne havde planlagt at mødes den 7. marts 2015 for at drøfte konsortieaftalen, fordelingsaftalen og tilbuddet, men mødet blev aldrig afholdt, ifølge Eurostar. I stedet flyttede parterne mødedatoen til den 10. marts 2015, hvorefter det færdige materiale bestående af konsortieaftalen, fordelingsaftalen og tilbudslisterne til udbuddet blev videresendt til underskrift den 11. marts 2015.<sup>73</sup>

Den 20. marts 2014 fremsendte LKF igen en vurdering af virksomhedens kapacitet i forhold til udbuddet til Eurostar. Indholdet af e-mailen var næsten identisk med den tidligere kapacitetsvurdering af 10. marts 2014.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 127; 129-130; 134; 181; 751; 753-756

<sup>71</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 144-151

<sup>72</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 160-164.

<sup>73</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 137; 156-159; 178; 181-183.

<sup>74</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 184-187



### 3.1.3 Tilbuddet

Konsortiet afgav den 21. marts 2014 tilbud på alle tre distrikter. Tilbuddet indeholdt en rabatstruktur som foreskrevet i udbudsmaterialet. Konsortiet tilbød en rabat på 5 pct., hvis konsortiet blev tildelt to distrikter og 20 pct., hvis konsortiet blev tildelt alle tre distrikter.<sup>75</sup>

Konsortiet var den eneste økonomiske aktør, som afgav tilbud på distrikt Hovedstaden. Hvad angik distrikt Syddanmark, afgav Guide-Lines og Lemminkäinen også tilbud. For vejmarkeringsopgaverne i distrikt Sjælland afgav kun Guide-Lines og konsortiet tilbud. Konsortiets tilbud uden rabat på distrikt Syddanmark var ca. 1 mio. kr. dyrere end det laveste tilbud. Konsortiets tilbud uden rabat på distrikt Sjælland var ligeledes ca. 1 mio. kr. dyrere end det laveste tilbud. Selv inklusive rabatstrukturen var konsortiets tilbud på distrikterne Sjælland og Syddanmark dyrere end det laveste tilbud. Konsortiets tilbud på alle tre distrikter inklusive rabatstrukturen var i alt 8.393.580 DKK., mens den anden laveste sammensætning af indkomne tilbud samlet udgjorde 8.571.975 DKK. Dermed var konsortiets tilbud inklusive rabatten det laveste.<sup>76</sup>

Den 9. april 2014 meddelte Vejdirektoratet tilbudsgiverne, at konsortiet havde afgivet det laveste tilbud, og at konsortiet dermed var vinder af udbuddet. Den 1. maj 2014 fik konsortiet endeligt tildelt kontrakterne på de tre distrikter. Seks dage senere indgik Konsortiet og Vejdirektoratet kontrakterne.<sup>77</sup>

### 3.1.4 Efter tildelingen

Konsortiedeltagerne udarbejdede efter tildelingstidspunktet tids- og arbejdsplaner for de tre distrikter, hvoraf det fremgik, at LKF og Eurostar ville udføre vejmarkeringsarbejderne i hver sit distrikt. Arbejdet fordeltes som beskrevet i konsortieaftalens bilag ”Konsortieandelen”, og konsortiedeltagerne udførte ikke vejmarkeringsopgaver på hinandens distrikter.<sup>78</sup>

I slutningen af maj 2014 afholdt Vejdirektoratet tre workshops for udbuddet fordelt på distrikterne. Parterne deltog i de workshops, der vedrørte de distrikter, som de ifølge fordelingsaftalen skulle varetage vejmarkeringsarbejderne i. Arbejderne påbegyndtes løbende, således at arbejderne i alle tre distrikter var påbegyndt 4. september 2014.<sup>79</sup>

Efter kontraktindgåelse hævdede Vejdirektoratet mængden af vejmarkering i to af distrikterne i udbuddet for 2015. Mængden af vejmarkering for distrikt Hovedstaden blev hævet med mellem

---

<sup>75</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 187-188

<sup>76</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 30-31; 33-35

<sup>77</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 191-193

<sup>78</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 199-201; 757

<sup>79</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 195-197

20-30% i forhold til den oprindeligt udbudte mængde, mens mængden for distrikt Sjælland blev hævet med mellem 35-45 % i forhold til den oprindeligt udbudte mængde. Årsagen til, at mængden af vejmarkering blev hævet var, at Vejdirektoratet fik en ekstrabevilling, der ikke var kendt på udbudstidspunktet. Ekstraarbejderne for begge distrikter i 2015 stod til at blive aflønnet med samme enhedspriser som det i udbudsmaterialet specificerede arbejde.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 206-208

## 3.2 Konkurrencerådets afgørelse

Konkurrencerådet (herefter Rådet) besluttede den 24. juni 2015 på baggrund af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (herefter KFST) undersøgelse af sagen, at Dansk Vejmarkerings Konsortium bestående af Eurostar og LKF Vejmarkering var i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. KL § 6 og TEUF artikel 101.

### 3.2.1 Markedsafgrænsning

Rådets vurdering af, om konsortiets adfærd var konkurrencebegrænsende, tog afsæt i en konkurrenceretlig vurdering efter KL § 6 og TEUF artikel 101. Derfor foretog Rådet en indledende afgrænsning af det relevante produkt- og geografiske marked. Formålet med markedsafgrænsningen var at fastlægge, hvilke andre konkurrenter, der opererede på markedet og som var i stand til at begrænse konsortiet i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres. Det relevante produktmarked blev afgrænset til vejmarkeringsopgaver, mens det geografiske marked blev afgrænset til Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS.<sup>81</sup>

### 3.2.2 Konkurrenter

Rådet anførte, at konsortier er lovlige i de situationer, hvor konkurrencen ikke begrænses, eller hvor konsortiet begrænser konkurrencen, men konkurrencebegrænsningen opvejes af konsortiesamarbejdet effektivitetsfordele. Afgørende for vurderingen var, om virksomhederne var i stand til at afgive bud på opgaven alene, og dermed om LKF og Eurostar var konkurrenter. Vurderingen blev foretaget på baggrund af virksomhedernes kapacitet i forhold til de enkelte distrikter i udbuddet.<sup>82</sup>

Om LKF og Eurostar var konkurrenter vurderes såvel i forhold til den aktuelle konkurrencesituation som den potentielle konkurrencesituation. Opererer parterne på samme marked er de aktuelle konkurrenter, mens der er tale om potentiel konkurrence, hvis en virksomhed med få midler eller hurtig omstilling kan komme ind på den anden virksomheds marked. Rådet lagde i sin vurdering af, om LKF eller Eurostar havde kapacitet til at løfte opgaven selv, vægt på, at udbuddet var udformet med mulighed for at afgive tilbud på distrikterne hver for sig.<sup>83</sup>

Hverken LKF eller Eurostars kom i deres kapacitetsberegninger frem til, at virksomhederne hver især kunne byde på mere end et distrikt, og under ingen omstændigheder kunne konsortiedeltagerne byde selvstændigt på det samlede udbud. Konsortiedeltagerne bemærkede i øvrigt, at det var muligt at tilbyde en rabat i forbindelse med bud på mere end et distrikt, og da Vejdirektoratet fandt én samlet vinder for de forrige to landsdækkende udbudskonkurrencer, angik konkurrencen det samlede udbud ifølge Eurostar og LKF.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 297-298; 345

<sup>82</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 375; 393; 408-409

<sup>83</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 406; 420-421

<sup>84</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 252-261

Rådet fandt, at konkurrencen for udbuddet udspillede sig om de enkelte distrikter og den samlede opgave. Rådet lagde vægt på, at LKF og Eurostar havde kapacitet til at afgive tilbud på enkelte distrikter. Da LKF og Eurostar på egen hånd havde mulighed for at deltage i udbuddet, fandt KFST, at konsortiesamarbejdet ikke var nødvendigt for deres deltagelse. Rådet fandt endvidere, at selv i det tilfælde, hvor LKF og Eurostar ikke var aktuelle konkurrenter, så var de i hvert fald potentielle konkurrenter, fordi de hver især havde mulighed for at skaffe yderligere kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i udbuddet.<sup>85</sup>

### 3.2.3 § 6 og art. 101

For så vidt angår om konsortier begrænser konkurrencen, inddrages de fire betingelser fra KL § 6 og TEUF artikel 101. Betingelserne udtrykkes således: *”Der skal være tale om (i) virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder, der (ii) indgår en aftale, vedtagelse eller udøver samordnet praksis, som (iii) direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart.”*<sup>86</sup>

For at være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, skal der for det første være tale om virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder. Virksomhedsbegrebet fortolkes bredt som enhver erhvervsvirksomhed. Da LFK og Eurostar drev entreprenørvirksomheden inden for vejmarkering og havde aktiviteter i Danmark, var parterne omfattet af virksomhedsbegrebet, mente Rådet.<sup>87</sup>

For det andet skal der være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis. Rådet henviste til, at det konkurrenceretlige aftalebegreb er meget bredt, og det afgørende er, at virksomhederne har udtrykt en samstemmende vilje. LKF og Eurostar indgik aftale om konsortiesamarbejde, en fordelingsaftale og en kompensationsaftale, hvilket opfyldte det konkurrenceretlige aftalebegreb.<sup>88</sup>

For det tredje skal aftalen direkte eller indirekte have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. For at have et konkurrencebegrænsende formål, skal konsortieaftalen være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen i sig selv, hvilket ofte er kendetegnet ved aftaler om faste salgs- eller købspriser, aftaler om opdeling af markeder og tilbudskoordinering. Rådet anlagde en “til formåls”-vurdering af aftalen, hvorfor det var unødvendigt at påvise konkrete markedspåvirkninger. Der skal

---

<sup>85</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 433; 632-635; 708

<sup>86</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 367

<sup>87</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 710-713

<sup>88</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 714-722

imidlertid tages hensyn til aftalens indhold, målsætningerne for aftalen og den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgår i, ved vurderingen af aftalens konkurrencebegrænsende formål.<sup>89</sup>

Hertil bemærkede konsortiedeltagerne, at den juridiske test var forkert, og at aftalen ikke havde tilstrækkeligt potentiale til at være skadelig for konkurrencen og dermed falde i "til formåls"-kategorien. "Til formåls"-kategorien skal i øvrigt anvendes indskrænkende som følge af Groupment des cartes Bancaires-sagen. Deltagerne ønskede aftalens faktiske skadevirkning er undersøgt.<sup>90</sup>

Rådet fandt, at konsortiedeltagerne indgik en aftale om en forhåndsdeling af distrikterne i udbuddet, udarbejdelse og afgivelse af fælles tilbud og kompensation for tilrådighedsstillelse af ressourcer. Parterne delte aldrig ressourcer med hinanden, og blandt andet derfor var der tale om en aftale mellem to konkurrenter om ren markedsopdeling og prisfastsættelse, hvilket indebærer et stærkt indgreb i de væsentligste rammer for konkurrencen.<sup>91</sup>

Målsætningen med aftalen var ifølge parterne selv at tilbyde en konkurrencedygtig pris ved at gå sammen, idet ingen af konsortiedeltagerne var i stand til at byde på den samlede opgave selvstændigt. Der blev imidlertid aldrig stillet krav om tilbud på den samlede opgave eller tildeling til én aktør alene, ligesom det var muligt at afgive tilbud på én eller flere delkontrakter. Tildeling af distrikterne afhang af kombinationen af de indkomne tilbud, og vinderne af distrikterne blev fundet ud fra den lavest mulige samlede pris. Om der blev fundet én eller flere vindere, var derfor uvist. Såvel LKF som Eurostar havde mulighed for at udføre arbejderne i distrikt Hovedstaden alt afhængigt af, hvilke distrikter konsortiet ellers blev tildelt. Begge kunne derfor have afgivet bud alene på distriktet uden at indgå i konsortiet. For distrikt Hovedstaden var konkurrencen beviseligt begrænset. Aftalens objektive målsætning var dermed at eliminere konkurrencen mellem to af de største markedsaktører, og dermed forfulgtes en objektiv målsætning om at begrænse antallet af tilbud og konkurrencen om udbuddet.<sup>92</sup>

Aftalens indhold og målsætninger set i forhold til den økonomiske og retlige sammenhæng udgjorde en begrænsning, der havde til formål at begrænse konkurrencen. Det var blandt andet Rådets vurdering, at der ikke fandtes sådanne særlige karakteristika ved markedet for vejmarkering, som kunne understøtte en tvivl om, hvorvidt der forelå en konkurrencebegrænsning.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 723; 726-729

<sup>90</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 262-268

<sup>91</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 749-760

<sup>92</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 768-770; 774; 777-778; 780

<sup>93</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 786-788

Slutteligt, for vurderingen af om aftalen falder ind under forbuddet i KL § 6 og TEUF artikel 101, er, at der skal være tale om en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Kravet til mærkbarhed ses reelt ikke at skulle opfyldes, fordi aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Det følger af praksis fra EUD, at en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, i sig selv medfører en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Betingelsen om at de deltagende virksomheders årlige omsætning skal overstige bagatelgrænsen i Kl § 7, gælder desuden ikke for aftaler, hvis formål er at begrænse konkurrencen.<sup>94</sup>

#### 3.2.4 Fritagelse

Rådet fandt ikke, at aftalen var omfattet af hverken gruppefritagelse eller en individuel fritagelsesgrund. Rådet lagde til grund, at LKF og Eurostar hver især havde kapacitet til at byde på opgaven. De fremhævede effektivitetsfordele i form af lavere pris, ressourcodeling og mindre risiko for misligholdelse, fandtes ikke at komme ordregiver til gode. Der blev afgivet lavere tilbud på to af de tre distrikter fra to andre tilbudsgivere, og ingen af konsortiedeltagerne udnyttede muligheden for at trække på hinandens ressourcer. Samlet set blev der derfor ikke opnået betydelige gevinster ved det fælles bud fra konsortiet, vurderede Rådet.<sup>95</sup>

#### 3.2.5 Rådets konklusion

Rådet fandt på baggrund af ovenstående, at det relevante marked i forbindelse med udbuddet kunne afgrænses til markedet for vejmarkering i Danmark eller bredere, men ikke bredere end EØS, og at aftalen mærkbart kunne påvirke samhandelen mellem fællesskabets medlemsstater. Da LKF og Eurostar var entreprenører på markedet for vejmarkering, opfyldte de virksomhedsbegrebet. Konsortiets deltagere var aktuelle og potentielle konkurrenter i forhold til udbuddet, da konkurrencen udspillede sig på såvel den samlede opgave som delkontrakterne for de tre distrikter. Både LKF og Eurostar kunne afgive tilbud på enkelte distrikter. Konsortieaftalen havde desuden til formål at begrænse konkurrencen, da aftalen fastsatte pris og opdelte markedet, og aftalen medførte ikke effektivitetsgevinster, der kunne fritage aftalen fra forbuddet i § 6 og artikel 101.<sup>96</sup> På baggrund af ovenstående fandtes LKF og Eurostar at have overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KL § 6 og TEUF art. 101 ved at fastsætte priser og opdele markeder i forbindelse med Vejdirektoratets udbud vedrørende vejmarkering i distrikterne Sjælland, Hovedstaden og Syddanmark.<sup>97</sup>

#### 3.2.6 Hvilken betydning har Konkurrencerådets afgørelse?

Indledningsvist har afgørelsen fra Rådet betydning for samarbejdsaftaler mellem tilbudsgivere i forbindelse med offentlige udbud, herunder hvordan disse behandles konkurrenceretligt. Som det be-

---

<sup>94</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 790-791;793; 795; 798

<sup>95</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 828-830; pkt. 853

<sup>96</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 854

<sup>97</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 855

mærkes i afgørelsen, er det muligt at afgive tilbud gennem konsortier, hvis samarbejdet mellem deltagerne ikke begrænser konkurrencen, eller hvis fordelene ved samarbejdet opvejer konkurrencebegrænsningen.<sup>98</sup>

Afgørelsen er et eksempel på, hvordan KFST og Rådet foretager en undersøgelse og efterfølgende vurdering af, om en aftale mellem to virksomheder er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Afgørelsen tydeliggør vigtigheden af at forholde sig til, om de pågældende virksomheder er konkurrenter om den konkrete opgave, herunder om konsortiedeltagerne har kapacitet til at løfte den samlede opgave eller dele heraf på egen hånd.

I sagen har LKF og Eurostar begge vurderet, at de havde mulighed for at påtage sig vejmarkeringsopgaverne i distrikt Hovedstaden alt efter, hvor mange distrikter konsortiet måtte blive tildelt. Det ses konkret afspejlet ved fordelingsaftalen mellem konsortiedeltagerne.<sup>99</sup> KFST foretager yderligere sine egne kapacitetsberegninger af LKF og Eurostar med det resultat, at de hver for sig med deres eksisterende kapacitet var i stand til at løfte opgaven og dermed afgive tilbud på mindst to vilkårlige distrikter.<sup>100</sup> Sammenholdt med den praksis, som Rådet beskriver i afgørelsen - Sko-sagerne, Euro-tunnel-sagen og SOV-tilbudskoordinering<sup>101</sup> - kan der dermed ikke sættes store spørgsmålstejn ved resultatet. Dog må det være uvist, hvilken bevismæssig værdi KFST's egne kapacitetsvurderinger har, idet de adskiller sig markant fra LKF og Eurostars beregninger.

Afgørelsen fra Rådet har ligeledes værdi i forhold til spørgsmålet om, hvordan konkurrencen om udbuddets opgaver vurderes. Selve vurderingen heraf har afgørende betydning for, om LKF og Eurostar måtte anses for konkurrenter. Rådet finder, at konkurrencen i udbuddet ikke alene udspiller sig om den samlede opgave, men ligeledes om hvert distrikt for sig. Udbuddet er indrettet således, at der kan afgives bud på delkontrakter, men det er samtidig tilladt at byde på samtlige distrikter og tilbyde en samlerabat ved tildeling af flere distrikter. Tildelingen skete ligeledes ikke til det for de individuelle distrikter laveste bud, men til den samlet set laveste kombination af tilbud. Havde konkurrencen alene udspillet sig om den samlede opgave, ville sagen formentligt have fået et andet udfald, men idet konkurrencen blandt andet udspiller sig om hvert enkelt distrikt, må vurderingen af konkurrencesituationen foregå på samme niveau. Det bliver altså afgørende for Rådets vurdering af konsortieaftalens lovlighed, at konkurrencen udspiller sig på de enkelte distrikter såvel som det samlede udbud.

Rådets afgørelse har desuden værdi i forhold til, hvilken vurdering, der skal anlægges på samarbejdsaftaler om markedsdeling og prisfastsættelse. LKF og Eurostar gør begge indsigelse imod, at

---

<sup>98</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 365; 368

<sup>99</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 780

<sup>100</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i Vejstribesagen, afsnit 633-634

<sup>101</sup> Se afsnit 5.1.2 om SOV-tilbudskoordinering.

Rådet anskuer konsortieaftalen som så tilpas konkurrencefordrejende, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. LKF og Eurostar ønsker aftalens faktiske virkninger prøvet i stedet. Rådet anlægger imidlertid "til formåls"-vurderingen og følger igen sporet fra den i afgørelsen refererede praksis, hvorefter aftaler om markedsdeling og prisfastsættelse i sin natur har væsentlig konkurrenceeskadeligt potentiale. Selvom LKF og Eurostar fremhæver gevinsterne for ordregiver i forbindelse med samarbejdet, er gevinsterne ikke tilstrækkelige til at opveje den begrænsning af konkurrencen, som aftalen indebærer. Afgørelsen må derfor også være udtryk for Rådets relativt strikse praksis, når det kommer til aftaler om markedsdeling og prisfastsættelse. Rummet for samarbejde mellem konkurrerende virksomheder er herefter begrænset.



### 3.3 Konkurrenceankenævnets afgørelse af 11. april 2016

Eurostar og LKF klagede over Rådets afgørelse og nedlagde påstand om ophævelse, subsidiært hjemvisning til fornyet behandling ved Rådet. Den 11. april 2016 afgjorde Konkurrenceankenævnet (herefter Ankenævnet) klagesagen til fordel for KFST. Eurostar og LKF gentog overordnet sine anbringender for Ankenævnet.<sup>102</sup>

#### 3.3.1 Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Ankenævnet konkluderede, at såfremt Eurostar og LKF ikke hver for sig havde haft mulighed for at afgive tilbud på udbuddet, ville deres konsortieaftale ikke have været konkurrencebegrænsende, da Eurostar og LKF ikke ville have været konkurrenter i forbindelse med udbuddet. Det omvendte er dog tilfældet, og derfor stadfæstede Ankenævnet Rådets afgørelse.<sup>103</sup>

Ankenævnet tilsidesatte konsortiets argumentation, om at konkurrencen reelt set kun angik den samlede opgave ved at anføre, at *”det forhold, at en virksomheds chance for at vinde eventuelt er større, hvis den byder på alle tre distrikter end hvis den kun byder på et distrikt, er – ligesom pris generelt - en del af de almindelige konkurrenceretlige parametre; og det ændrer ikke på, at det var muligt at afgive bud på kun et distrikt.”* Det faktum, at Vejdirektoratet tidligere udbød vejmarkeringsopgaver og tildelte opgaverne til én tilbudsgiver, som bød på alle distrikterne og tilbød en samlerabat, ændrede heller ikke ved, at udbudsmaterialet var udformet således, at der var mulighed for tilbudsgiverne til at afgive tilbud på delkontrakter.<sup>104</sup>

Ankenævnet kom – ved at tage udgangspunkt i konsortieaftalen og oplysningerne om den praktiske udførelse af arbejdet – endvidere frem til, at Eurostar og LKF hver for sig havde mulighed for at byde på enkelte distrikter. På den baggrund anså Ankenævnet ikke samarbejdet mellem LKF og Eurostar for objektivt nødvendigt, og derfor var LKF og Eurostar aktuelle konkurrenter. Henset hertil fandt Ankenævnet unødvendigt at vurdere nærmere, om konsortiedeltagerne aktuelt eller potentielt havde kapacitet til hver for sig at afgive tilbud på den samlede opgave.<sup>105</sup>

Ankenævnet fandt ligesom Rådet, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Den forretningsmæssige risiko ved at deltage i udbuddet blev kunstigt indskrænket ved, at den konkurrence, der ville have fundet sted mellem Eurostar og LKF som konkurrenter om samme udbud, blev elimineret. Objektivt set indeholdt aftalen dermed konkurrenceskadelige virkninger, hvis man sammenholder de markedsmæssige forudsætninger for udbuddet med aftalen. Ankenævnet fandt desuden, at konsortiet ikke havde løftet bevisbyrden for, at aftalen var omfattet af en fritagelsesgrund ifølge

---

<sup>102</sup> Konkurrenceankenævnets afgørelse af 11. april 2016, s. 2; s. 4 - se afhandlingens afsnit 3.2.2 - 3.2.4 for LKF og Eurostars anbringender.

<sup>103</sup> Konkurrenceankenævnets afgørelse i Vejstribesagen, s. 16.

<sup>104</sup> Konkurrenceankenævnets afgørelse i Vejstribesagen, s. 17.

<sup>105</sup> Konkurrenceankenævnets afgørelse i Vejstribesagen, s. 17.

KL. Ankenævnet fandt derfor ikke grundlag for at tilsidesætte Rådets skøn om fritagelse efter KL § 8, stk. 1.<sup>106</sup>

### 3.3.2 Hvilken betydning har Konkurrenceankenævnets afgørelse?

Ankenævnet blåstempler Rådets afgørelse, og dermed den praksis, som Rådet har i forhold til at vurdere mulige konkurrencebegrænsende aftaler. Ankenævnet foretager vurderingen af konsortiets lovlighed på baggrund af, om deltagerne i konsortiet på egen hånd havde kapacitet til at afgive tilbud. Ankenævnet finder, at det var muligt at byde på distrikterne hver for sig, og tidligere udbudsprocedurer og rabatmuligheder ændrer ikke herved. Ankenævnet finder ikke samarbejdet objektivt nødvendigt, da såvel LKF som Eurostar var i stand til at byde på enkelte dele af udbuddet. Dermed var LKF og Eurostar aktuelle konkurrenter.

Ankenævnet bekræfter Rådets afgørelse og slår fast, at konsortier som udgangspunkt ikke er lovlige, hvis deltagerne havde mulighed for at deltage i en del af udbuddet uden konsortiesamarbejdet. Igen er et af de afgørende momenter fortolkningen af udbuddets tilrettelæggelse; at det var muligt for de økonomiske aktører at afgive tilbud på hvert af de tre distrikter, og at konkurrencen af den grund udspillede sig på hvert distrikt.

Ankenævnet er ligeledes enig med Rådet om konsortieaftalens konkurrencebegrænsende formål. Aftalen var ifølge sin natur beregnet til at skade konkurrencen, da konkurrencen mellem deltagerne var elimineret. Ankenævnet foretager dog ikke samme dybdegående prøvelse af, om aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Samtidigt når Ankenævnet også frem til, at de konkrete omstændigheder ikke tilsiger sådanne effektivitetsfordele, der kan begrunde, at konsortiet til trods for konkurrencebegrænsningen alligevel skal tillades. Den begrænsede mulighed for samarbejde mellem konkurrerende virksomheder opretholdes dermed af Ankenævnet.

---

<sup>106</sup> Konkurrenceankenævnets afgørelse i Vejstribesagen, s. 17-18.

### 3.4 Sø- og Handelsrettens afgørelse af 27. august 2018

LKF og Eurostar indbragte Ankenævnets afgørelse for Sø- og Handelsretten. Den 27. august afsagde Sø- og Handelsretten dom. Retten fandt, at konsortieaftalen mellem LKF<sup>107</sup> og Eurostar ikke var en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i strid med KL § 6 og TEUF-artikel 101. Alle parter gentog overordnet set sine anbringender fra tidligere om status af aktuelle konkurrenter, den juridiske test og fritagelse. Under sagen blev der desuden indhentet erklæring fra den norske professor i økonomi med speciale i markeds- og konkurrenceanalyse Nils-Henrik Mørch von der Fehr fra Oslo universitet.

#### 3.4.1 Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat

Sø- og Handelsretten konstaterede, at konkurrencen om udbuddet udspillede sig om den samlede opgave og ikke de enkelte distrikter. Derfor kom Sø- og Handelsretten frem til, at konsortiedannelsen ikke var ulovlig, selvom konsortiedeltagerne havde mulighed og kapacitet til at byde på ét af distrikterne på egen hånd. Sø- og Handelsretten mente ikke, at konkurrencen nødvendigvis ville blive skærpet, hvis konsortiet blev forbudt.<sup>108</sup>

Som baggrund herfor henviste Sø- og Handelsretten til konsulentfirmaet McKinseys rapport om optimering af myndighedernes udbytte af udbudte opgaver fra november 2010. Et af rapportens tiltag omhandlede specifikt muligheden for at samle indkøb på færre leverandører for derved målrettet at tiltrække udenlandske virksomheder samt "(...) anvendelse af udbudsformer og krav, der tilskynder til effektiv drift." Vejdirektoratet ændrede sin udbudspraksis som en direkte reaktion på McKinsey-rapporten og besøgte både Norge og Sverige for at tiltrække udenlandske økonomiske aktører til konkurrencen om nye udbud.<sup>109</sup>

Sø- og Handelsretten er af en anden overbevisning end Rådet og Ankenævnet, hvad angår spørgsmålet om, hvor konkurrencen udspiller sig. Sø- og Handelsretten udtalte, at udbuddet blev designet, så det afspejlede de tiltag, som McKinsey anbefalede, ved at de økonomiske aktører kunne byde på såvel enkelte distrikter som den samlede opgave. I kombination med muligheden for at tilbyde mængderabat ved tildelingen af flere distrikter, fandt Sø- og Handelsretten, at aktørerne blev tilskyndet til samlede bud, og at det var realistisk, at de danske budgivere kunne forvente udenlandsk konkurrence om opgaven.<sup>110</sup>

Afgørende for Sø- og Handelsretten blev, om GVCO og Eurostar hver især var ude af stand til at afgive tilbud på den samlede opgave. Dermed fik kapacitetsberegningerne en hovedrolle i sagen.

---

<sup>107</sup> Under sagen frasolgte LKF Vejmarkering A/S sin entreprenørvirksomhed med udlægning af vejmarkering. I den forbindelse skiftede selskabet navn til GVCO A/S. GVCO udvikler, producerer og sælger i dag vejmarkeringsmaterialer, men er ikke aktiv inden for udlægning af vejmarkering. Herefter omtales LKF i stedet som GVCO

<sup>108</sup> Sø- Handelsrettens dom i Vejstribesagen, side 133, anden spalte, midtfor

<sup>109</sup> Sø- Handelsrettens dom i Vejstribesagen, side 133, anden spalte, øverst

<sup>110</sup> Sø- Handelsrettens dom i Vejstribesagen, side 133, anden spalte øverst

Her fandt Sø- og Handelsretten, at GVCO og Eurostars egne kapacitetsberegninger, hvori såvel personalemæssige som maskinkapacitet inddrages, var retvisende. Sø- og Handelsretten fandt, at KFST's beregninger byggede på hypotetiske antagelser om muligheden for tilførsel af mandskab og maskinel. Der forelå desuden ingen dokumentation for, at udvidelse af maskinpark og mandskab var forretningsmæssigt forsvarligt for konsortiedeltagerne, eller om udvidelsen overhovedet kunne lade sig gøre i det pågældende marked.<sup>111</sup> Sø- og Handelsretten henviste desuden til, at konsortiedeltagerne i sine kapacitetsberegninger kunne afsætte kapacitet til eksisterende kernekunder uden fremvisning af skriftlige aftaler. Det blev derfor tilladt, at GVCO og Eurostar havde hensat kapacitet til opgaver for tilbagevendende kunder. Årsagen hertil var, at det ville være uansvarligt i forretningsmæssigt øjemed at afvise de tilbagevendende kunders arbejdsopgaver, fordi opgaverne indeholder højere dækningsbidrag end udbuddet gjorde.<sup>112</sup>

Afslutningsvis bemærkede Sø- og Handelsretten, at Ankenævnet og Rådet anlagde to forskellige vurderinger af konsortieaftalens karakter. Konkurrenceankenævnet havde, ifølge Sø- og Handelsretten, ikke "*(...) foretaget den nødvendige konkrete bedømmelse af aftalens formål og karakter med henblik på at fastslå, om den med tilstrækkelig klarhed havde til formål tilstrækkeligt at skade konkurrencen til at indebære en overtrædelse af KL § 6 og TEUF-artikel 101.*" På baggrund af ovenstående ophævede Sø- og Handelsretten dermed Rådets afgørelse, som havde Ankenævnet stadfæstet.<sup>113</sup>

### 3.4.2 Hvilken betydning har Sø- og Handelsrettens afgørelse?

Det springende punkt i afgørelsen fra Sø- og Handelsretten er de ændrede forudsætninger for bedømmelsen af sagen. Sø- og Handelsretten anlægger den forudsætning, at konkurrencen om udbuddet udspillede sig om den samlede opgave og ikke om eller i sammenspil med de enkelte distrikter i udbuddet. Med den ændrede forudsætning for prøvelsen af, om GVCO og Eurostar var konkurrenter, bliver kapacitetsberegningerne helt essentielle, da begge virksomheder hver især skal kunne løfte den samlede opgave i udbuddet for at være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Sø- og Handelsretten lægger vægt på GVCO og Eurostars egne interne beregninger, som ikke kan tilsidesættes til fordel for beregninger foretaget af KFST. Sø- og Handelsretten påpeger, at det pålægger KFST at løfte bevisbyrden for, at GVCO og Eurostar har begået fejl i beregningerne. Idet beregningerne fra KFST bygger på hypotetiske antagelser om muligheden for tilførsel af mandskab og maskinel, og da der ingen dokumentation foreligger for, at det var forretningsmæssigt forsvarligt

---

<sup>111</sup> Sø- Handelsrettens dom i Vejstribesagen side 133, anden spalte, nederst

<sup>112</sup> Sø- Handelsrettens dom i Vejstribesagen side 133, anden spalte, nederst

<sup>113</sup> Sø- Handelsrettens dom i Vejstribesagen side 133, anden spalte, nederst; side 134, første spalte øverst

eller kunne lade sig gøre at udvide, henviser Sø- og Handelsretten til, at KFST ikke har løftet bevisbyrden.

Sø- og Handelsretten foretager ikke den samme juridiske test af om aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, da man ikke anser GVCO og Eurostar for konkurrenter. Dog anfører Sø- og Handelsretten, at Ankenævnets prøvelse ikke er tilstrækkelig.

### 3.5 Højesterets afgørelse af 27. november 2019

Konkurrencerådet ankede Sø- og Handelsrettens dom til Højesteret og fik Procesbevillingsnævnets tilladelse til at føre sagen. Højesteret afsagde den 27. november 2019 dom i Vejstribesagen. Dermed blev der sat et endeligt punktum i sagen mellem Rådet og Dansk Vejmarkerings Konsortium bestående af Eurostar og GVCO. Rådet havde som supplerende anbringender navnlig anført for Højesteret, at Eurostar og GVCO var aktuelle konkurrenter, fordi de hver især kunne byde på mindst et af distrikterne i udbuddet. Desuden blev det gjort gældende, at kapacitetsberegningerne fra Konkurrencerådets egen afgørelse af 24. juni 2015 ikke var genstand for prøvelse ifølge princippet i KL § 20<sup>114</sup>, da Konkurrenceankenævnet ikke tog direkte stilling til spørgsmålet. Såvel Eurostar som GVCO anførte, at kapacitetsberegningerne forsat var til prøvelse, da Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse i sin helhed.<sup>115</sup>

#### 3.5.1 Højesterets begrundelse og resultat

Højesteret fastslog indledningsvist, at konkurrencemyndighedernes skøn i sager som den omhandlede tillægges stor vægt, idet tilsidesættelse forudsætter et sikkert grundlag ifølge Højesterets egen praksis i UfR 2014.2663. Højesteret afviste i øvrigt, at KL § 20 er en hindring for, at Højesteret kan prøve spørgsmål som Rådet har prøvet, men som Konkurrenceankenævnet ikke har taget stilling til.<sup>116</sup>

For Højesteret var et af sagens hovedspørgsmål, hvorvidt Eurostar og GVCO var konkurrenter. I givet fald var spørgsmålet om den indgåede konsortieaftale havde til formål at begrænse konkurrencen i henhold til KL § 6 og TEUF artikel 101 sagens andet hovedspørgsmål. Hvis det besvaredes bekræftende, ville spørgsmålet, om hvorvidt fritagelsesgrundene i KL § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3 var opfyldt, skulle prøves.

Højesteret fremhævede forarbejderne til KL § 6 samt Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101. Højesteret fremhævede med henvisning til forarbejderne til KL § 6, "(...)at det ikke kan anses for konkurrencebegrænsende hvis virksomheder i samme omsætningsled inden for samme branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af virksomhederne alene ville have kunnet klare opgaven."<sup>117</sup> Dermed var Eurostar og GVCO ikke at anse for konkurrenter, såfremt de ikke selvstændigt kunne løfte den udbudte vejmarkeringsopgave. Højesteret anførte herom, at der ingen tvivl var om, at Eurostar og GVCO hver især kunne byde på mindst et af di-

---

<sup>114</sup> Konkurrenceloven § 20: *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser efter denne lov kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed end Konkurrenceankenævnet og kan ikke indbringes for domstolene, før ankenævnets afgørelse foreligger.* KFST henviste til, at et spørgsmål ikke kan indbringes for domstolene, fordi Ankenævnets afgørelse om spørgsmålet ikke foreligger.

<sup>115</sup> Højesterets afgørelse i Vejstribesagen side 2 ff.

<sup>116</sup> Højesterets afgørelse i Vejstribesagen side 7 øverst.

<sup>117</sup> Højesterets afgørelse i Vejstribesagen side 7 mf. ff.

strikerne i udbuddet. Højesteret anså derfor parterne som konkurrenter i den forstand, som det forstås ved anvendelsen af KL § 6 og TEUF artikel 101. Højesteret tiltrådte dermed også, at udbuddets struktur skal forstås, som Rådet og Konkurrenceankenævnet hidtil gjorde, nemlig at konkurrencen om udbuddet ikke alene udspillede sig om den samlede opgave, men om de enkelte distrikter i samspil med den samlede opgave.

*”Udbuddet var rettet mod alle aktører på området, som dermed havde mulighed for at deltage i konkurrencen og afgive bud på et, to eller tre distrikter, således at Vejdirektoratet kunne opnå den bedst mulige samlede pris.”<sup>118</sup>*

Højesteret afviste efterfølgende Eurostar og GVCO's anbringender om, at udbuddet var tilrettelagt, således at konkurrencen reelt kun udspillede sig om den samlede opgave. Erfaringerne fra tidligere udbudte opgaver fra samme ordregiver på området, den sagkyndige erklæring og rapporten fra McKinsey tillagdes dermed ikke nær den samme vægt, som Sø- og Handelsretten gjorde.

*”Det er således uden betydning, at udbudsbetingelserne, forløbet af de tidligere udbud og andre forhold efter Eurostar og GVCO's opfattelse klart tilskyndede til at afgive et samlet bud på opgaverne, og at virksomhederne derfor gør gældende, at de ikke havde til hensigt at afgive delbud. (...) Der er efter Højesterets opfattelse ikke holdepunkter for, at udbuddet i kraft af den særlige rabatstruktur i realiteten kun angik den samlede opgave. De andre bydere afgav i øvrigt også kun bud på henholdsvis et og to distrikter.”<sup>119</sup>*

Afgørelserne fra såvel Rådet som Ankenævnet tog alene stilling til det afledte spørgsmål, om konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrence, og ikke om aftalen faktisk havde afledte konkurrencebegrænsende virkning til følge. Højesteret tog stilling til, om Ankenævnet var berettiget til at begrænse prøvelsen af konsortieaftalen til en ”til formåls”-vurdering. Det udtaltes:

*”Højesteret finder – ligesom Konkurrenceankenævnet – at der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.”<sup>120</sup>*

Udtalelsen om formålet med konsortieaftalen var det andet centrale element i sagens bedømmelse.<sup>121</sup> Højesteret anlagde – i overensstemmelse med Rådet og Ankenævnet – en objektiv vinkel,

<sup>118</sup> Højesterets afgørelse i Vejstribesagen, side 8 nederst

<sup>119</sup> Højesterets afgørelse i Vejstribesagen, side 8 ff.

<sup>120</sup> Højesterets afgørelse i Vejstribesagen, side 9 nederst

<sup>121</sup> Det første værende om Eurostar og GVCO var konkurrenter

idet konsortieaftalen alene skulle have potentiale til at medføre konkurrenceskadelige virkninger. Med andre ord skulle formålet med aftalen være at begrænse konkurrencen. Det skulle dermed ikke påvises, at aftalen faktisk havde virket konkurrencebegrænsende, som GVCO og Eurostar ellers har argumenterede for.<sup>122</sup>

Højesteret konstaterede at formålet med selve konsortieaftalen ikke var et produktionssamarbejde. Aftalen lagde heller ikke op til et samarbejde mellem Eurostar og GVCO i forbindelse med afsætningen af tjenesteydelserne. Der var reelt tale om en aftale mellem to af landets største aktører og dermed konkurrenter på markedet for vejmarkeringstjenester, som samlede parternes individuelle tjenesteydelser i et fællesbud. Den bagvedliggende fordelingsaftale fordelte distrikterne i forhold til alle eventuelle udfald af konkurrencen, og dermed eliminerede virksomhederne den indbyrdes konkurrence mellem sig. Desuden fandtes der ikke karakteristika ved markedet for vejmarkering, som kunne begrunde, at aftalen ikke havde haft til formål at begrænse konkurrencen.<sup>123</sup>

På den baggrund – og fordi parterne ikke havde godtgjort, at konsortieaftalen var omfattet af undtagelsesreglerne i KL § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3 – fandt Højesteret, at Eurostar og GVCO med sit samarbejde på baggrund af konsortieaftalen og fordelingsaftalen havde overtrådt KL § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1 ved som konkurrenter på markedet for vejmarkeringsopgaver at have elimineret konkurrencen mellem sig ved at fordele kontrakter og fastsætte fælles priser.<sup>124</sup>

### 3.5.2 Hvilken betydning har Højesterets dom?

Højesterets resultatet hænger – ligesom Sø- og Handelsrettens dom – sammen med måden, hvorpå udbuddets struktur anskues. Det må ligge klart, at Højesteret ud fra sagens konkrete omstændigheder afviser, at konkurrencen udspiller sig om den samlede opgave. Der tegner sig imidlertid nogle retningslinjer, der kan finde anvendelse for andre sager med lignende sagsforløb.

For et udbud, der er udformet med delaftaler, må hovedreglen være, at konkurrencen udspiller sig om de enkelte delaftaler. Højesteret anfører således, at *“Der er efter Højesterets opfattelse, ikke holdpunkter for, at udbuddet i kraft af en særlig rabatstruktur i realiteten kun angik den samlede opgave.”*<sup>125</sup> Med ovenstående er Højesteret ikke definitivt afvisende over for, at der kan opstå tilfælde, hvor konkurrencen reelt angår den samlede opgave på trods af, at udbuddet er opdelt i delaftaler. Konkrete omstændigheder må dog begrunde dette, herunder vil forløbet og udbudsbetingelserne fra tidligere udbud samt tilbudsgivernes subjektive opfattelse være uden betydning.

---

<sup>122</sup> Højesterets afgørelse i Vejstriebesagen, side 9 nederst

<sup>123</sup> Højesterets afgørelse i Vejstriebesagen, side 9 nederst ff.

<sup>124</sup> Højesterets afgørelse i Vejstriebesagen, side 10 mf. ff.

<sup>125</sup> Højesterets afgørelse i Vejstriebesagen Side 8, nederst



På baggrund af ovenstående må det kunne konkluderes, at begrundelsen for, at konkurrencen reelt udspiller sig om den samlede opgave, skal findes i det aktuelle udbud, herunder udbudsbekendtgørelse, udbudsbetingelser, øvrigt udbudsmateriale og ordregivers tilkendegivelser. UBL udtrykker sig klart om de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed; principperne skal overholdes gennem hele udbudsprocessen.<sup>126</sup> Man kan se Højesterets udtalelse om hvor konkurrencen reelt udspiller sig i lyset heraf. Hvor det konkrete udbud gav mulighed for at afgive tilbud på de enkelte delaftaler må konkurrencen altså også angå disse delaftaler, for at være i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper.

Højesteret anfører, at aftalen mellem GVCO og Eurostar har til formål at begrænse konkurrencen. Om denne vurdering lader Højesteret bemærke, *“(...) at der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.”* Til formåls-vurderingen afhænger dermed af, at aftalen i sig selv har tilstrækkelig konkurrenceskadelig karakter. I tilfælde af prisaftaler og markedsopdeling mellem virksomheder i samme omsætningsled (horisontale samarbejder) er der formodning for, at aftalen har tilstrækkelig konkurrenceskadeligt potentiale. Dog må man se hver mulig konkurrencebegrænsende aftale for sig og i sammenhæng med de konkrete omstændigheder. Højesteret finder, at det således er opfyldt, idet *“(...) aftalen efter sit indhold reelt angik afsætning af Eurostars og GVCO's individuelle tjenesteydelser gennem fælles bud og fælles prisfastsættelse på baggrund af en forhåndsfordeling af de tre distrikter, som udbuddet angik.”*<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Udbudsloven § 2, stk. 1; se afsnit 2.2

<sup>127</sup> Højesterets afgørelse i Vejstribesagen side 9 og 10

## 4. Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen

I det følgende behandles Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 5. december 2019 i sagen mellem Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen. Afsnit 4.1 beskriver sagens faktum, mens afsnit 4.2 omhandler klagenævnets begrundelse og resultat. I afsnit 4.3 reflekterer afhandlingen over sagens betydning for fremtiden.

### 4.1 Sagens faktum

Moderniseringsstyrelsen udbød d. 28. september en rammeaftale om indkøb af trykkeri-, kopi- og printtydelser (herefter Trykkeriaftalen), som et offentligt udbud. Trykkeriaftalen var udbudt på vegne af hele staten, og værdien var anslået til 200 mio. kr. Tildelingskriteriet var fastsat som laveste pris, og trykkeriaftalen skulle tildeles i alt tre tilbudsgivere.<sup>128</sup>

Moderniseringsstyrelsen inkluderede i udbudsmaterialet nogle af de frivillige udelukkelsesgrunde, heriblandt UBL § 137, stk. 1, nr. 4 om aftaler indgået med henblik på konkurrencefordrejning. Yderligere fremgik af udbudsmaterialet, at "(...) hver tilbudsgiver alene er berettiget til at afgive ét tilbud". Ordregiver forbeholdt sig retten til at anmode den tilbudsgiver, som er en del af eller på anden måde deltager i flere tilbud, om at godtgøre, at deltagelsen ikke har medført en begrænsning af konkurrencen i strid med KL. Moderniseringsstyrelsen modtog tilbud fra 8 tilbudsgivere heriblandt PRINFO Konsortiet, Rosendahls, Print Design Media, LaserTryk.dk og Kailow Graphic.<sup>129</sup>

PRINFO Konsortiet bestod af 13 deltagere heriblandt virksomheden Jørn Thomsen Elbo A/S (herefter Jørn Thomsen Elbo). Moderniseringsstyrelsen konstaterede inden tildeling, at Jørn Thomsen Elbo var 25% ejet af LaserTryk.dk A/S (herefter LaserTryk.dk). I overensstemmelse med udbudsmaterialet blev LaserTryk og Jørn Thomsen Elbo givet mulighed for at redegøre for, om der som følge heraf var risiko for, at gennemsigtigheden ville blive truet, eller om konkurrencefordrejning havde fundet eller ville finde sted.<sup>130</sup> LaserTryk.dk oplyste til Moderniseringsstyrelsen, at der ikke var lavet aftaler med PRINFO Konsortiet. Yderligere oplystes det, at den udbudsansvarlige ved LaserTryk.dk ikke havde været i kontakt med PRINFO Konsortiet om en sådan aftale. Yderligere oplyste LaserTryk.dk:

*"Ved udarbejdelse af de fremadrettede miniudbud, er det en ansat hos LaserTryk.dk, der udarbejder tilbud. Den ansatte i LaserTryk vil ikke have: kommunikation med, indsigt i, eller adgang til konkurrenten, Prininfo Konsortiets tilbudsgivninger. Ej heller med enkeltstående medlemmer af Prininfo Konsortiet."*<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Klagenævnet for udbuds afgørelse i Kailow graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen side 1

<sup>129</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 6, udbudsbetingelserne pkt. 7.2.; side 7

<sup>130</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 7

<sup>131</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 8

Direktøren for LaserTryk.dk oplyste, at ejerskabet i Jørn Thomsen Elbo alene er en finansiel investering. LaserTryk.dk anså desuden PRINFO Konsortiet som en konkurrent.<sup>132</sup>

PRINFO Konsortiet oplyste, at LaserTryk.dk ikke var involveret i den daglige drift i Jørn Thomsen Elbo, og dermed heller ikke i eventuel tilbudsafgivelse. Videre oplyste PRINFO Konsortiet, at der ikke havde været kontakt mellem konsortiet, herunder mellem Jørn Thomsen Elbo og Lasertryk.dk i forbindelse med ansøgning om prækvalifikation eller tilbudsafgivelse. PRINFO Konsortiet oplyste desuden, at konsortiedeltagerne i forbindelse med udarbejdelse af tilbud indsendte priser på kontraktens enkeltdele, hvorefter priserne blev konsolideret. Ingen af konsortiets deltagere, ud over PrinfoDenmark, der var konsortieleder, kendte de konsoliderede priser samt priserne for endeligt tilbud til Moderniseringsstyrelsen. Ved miniudbud i forbindelse med udnyttelse af rammeaftalen skulle opgaven konkurrenceudsættes internt i konsortiet med tildelingskriteriet laveste pris.<sup>133</sup>

Jørn Thomsen Elbo oplyste samstemmende, at der ikke havde været kontakt mellem Jørn Thomsen Elbo og LaserTryk.dk, samt at LaserTryk.dks ejerandel i Jørn Thomsen Elbo alene var af finansiel karakter.<sup>134</sup>

Moderniseringsstyrelsen modtog redegørelser fra PRINFO Konsortiet og LaserTryk.dk, som i tilstrækkelig og betryggende grad redegjorde for, at der ikke forelå risiko for konkurrencefordrejning i det konkrete tilfælde.<sup>135</sup>

Efter tilbudsfristens udløb besluttede Moderniseringsstyrelsen, d. 7. december 2018, at tildele kontrakten til Rosendahls, Print Design Media, PRINFO Konsortiet og LaserTryk.dk. Kailow Graphic indgav i den efterfølgende stand still-periode klage til KLFU, som traf beslutning den 16. januar 2019 om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. KLFU begrundede beslutningen i den manglende opfyldelse af betingelsen ”fumus boni juris”. Efter delkendelsen frafaldt Kailow Graphic sine påstande i klageskriftet og nedlagde nye endelige påstande.<sup>136</sup>

Følgende var Kailow Graphics endelige påstande mod Moderniseringsstyrelsen:

*“Påstand 1*

---

<sup>132</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 8 mf.

<sup>133</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 8 ff.

<sup>134</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 9 nederst

<sup>135</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 10

<sup>136</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen 2 ff.

*Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at LaserTryk.dk A/S har handlet i strid med udbudsbetingelsernes punkt 7.2, udbudslovens § 137 og konkurrenceloven ved gennem sit engagement i Jørn Thomsen Elbo A/S og opkøb af Novagraf A/S at true gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen.*

#### *Påstand 2*

*Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at PRINFO Konsortiet har handlet i strid med udbudsbetingelsernes punkt 7.2, udbudslovens § 137 og konkurrenceloven ved via sin medlems sammensætning at true gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen.*

*(...)*<sup>137</sup>

Kailow Graphic fremlagde i forbindelse med klagen oplysninger fra Erhvervsstyrelsen vedrørende blandt andet bestyrelsessammensætningen i Jørn Thomsen Elbo samt oplysninger om, at en enkelt medarbejder muligvis var ansat i både Jørn Thomsen Elbo og LaserTryk.dk. Direktør for Jørn Thomsen Elbo oplyste, at bestyrelsen beskæftigede sig med *”(...) virksomhedens overordnede forretningsmæssige og økonomiske udvikling, og er ikke involveret i de daglige driftsforhold.”* Bestyrelsen fik ikke forelagt oplysninger om PRINFO Konsortiet, eller om de tilbudspriser Jørn Thomsen Elbo havde afgivet. Om medarbejderen med påstået tilknytning til begge virksomheder blev det oplyst, at tilknytningen blev kommunikeret udadtil, men opgivet og derfor aldrig effektueret.<sup>138</sup>

PRINFO Konsortiet udtalte følgende under klagesagen:

*”PRINFO konsortiet bestrider ikke, at enkelte konsortiemedlemmer selv opfylder udbudsbetingelsernes minimumskrav og samtidig råder over produktionsapparat, der i et vist omfang muliggør levering af de efterspurgte ydelser. Men samtlige konsortiedeltagere har den vurdering, at de ikke har forudsætningerne for hver især at afgive konkurrencedygtige tilbud, som udbuddet er tilrettelagt.”*<sup>139</sup>

Moderniseringsstyrelsen foretog på ny en vurdering af eventuel konkurrencepåvirkning på baggrund af de nye oplysninger fra de involverede parter. Moderniseringsstyrelsen fandt, at der ikke forelå sådanne plausible indikationer, at man var forpligtet til at udelukke tilbudsgiver som følge af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Yderligere anførte Moderniseringsstyrelsen, at de ikke så sig forpligtet til at foretage yderligere undersøgelse af ejerskabet, idet en sådan allerede var foretaget.<sup>140</sup>

Kailow Graphic A/S gjorde under klagesagen gældende, at PRINFO Konsortiet bestod af konkurrerende virksomheder, og at flere af disse virksomheder var i stand til at byde på opgaven alene eller i

---

<sup>137</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 2 ff.

<sup>138</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 11 ff.

<sup>139</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 12

<sup>140</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen side 13 ff.

mindre konsortier. Moderniseringsstyrelsen gjorde gældende, at der ikke forelå sådanne plausible indikationer på konkurrenceforvridning som nævnt i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, og at Moderniseringsstyrelsen derfor ikke havde pligt eller ret til at udelukke PRINFO Konsortiet.<sup>141</sup>

## 4.2 Klagenævnets begrundelse og resultat

KLFU fandt, at LaserTryk.dks delvise ejerskab af Jørn Thomsen Elbo og personsammenfald i bestyrelserne i LaserTryk.dk og Jørn Thomsen Elbo ikke medførte, at det uden videre kunne lægges til grund at have medført en begrænsning af konkurrencen gennem påvirkning af indholdet af tilbudene fremsat af de to virksomheder. KLFU udtalte, at klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til om konkurrencelovgivningen er overholdt, medmindre ordregiver har anvendt den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Hertil anførte KLFU, at ordregiver ikke havde pligt til at undersøge, om konsortiet generelt var i strid med KL. Derimod skal ordregiver påse, om der findes tilstrækkelige plausible indikationer for, at tilbudsgiver har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning jf. UBL § 137, stk. 1, nr. 4.<sup>142</sup>

At enkelte konsortiemedlemmer selv var i stand til at opfylde minimumskravene i udbudsbetingelsernes og samtidigt havde et produktionsapparat, der i et vist omfang muliggjorde opfyldelse af kontrakten, taler imod konsortiets lovlighed, udtalte KLFU. Efterfølgende anførte KLFU, at der i sagen ikke findes anledning til tilsidesættelse af Moderniseringsstyrelsens vurdering for om, der fandtes tilstrækkelige plausible indikationer for *"(...) at konsortiedannelsen har haft formål eller til følge af fordreje konkurrencen."* KLFU tog blandt andet hensyn til, at PRINFO Konsortiet afgav det næstlaveste tilbud af i alt 8 tilbudsgivere. Klagenævnet fandt ikke, at PRINFO Konsortiet via sin medlemssammensætning havde truet gennemsigtigheden eller fordrejet konkurrencen.<sup>143</sup>

## 4.3 Hvilken betydning har Klagenævnet for Udbuds afgørelse?

Sagen mellem Kailow Graphic og Moderniseringsstyrelsen handler primært om konkurrenceret, men KLFU's begrænsede kompetence ud i konkurrenceretlige spørgsmål begrænser sig til ordregivers skøn i forbindelse med anvendelsen af den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4. KLFU er ikke rette forum for generelle konkurrenceretlige problemstillinger.<sup>144</sup>

Det centrale spørgsmål i sagen er, hvorvidt delvist ejerskab af et andet selskab medfører, at begge selskaber ikke kan deltage i en udbudsproces uden tilstrækkelige plausible indikationer for, at der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale. I sagen kommer ordregiver frem til, at der ikke i det konkrete tilfælde fandtes sådanne tilstrækkelige plausible indikationer, som medførte, at en eller flere tilbudsgivere skulle udelukkes. Der blev lagt vægt på, at der var tale om et begrænset ejerskab

---

<sup>141</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen, side 15 ff.

<sup>142</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen, side 20 ff.

<sup>143</sup> Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen, side 23

<sup>144</sup> Se afsnit 6.1.2 og 6.1.3

af finansiell karakter, hvorfor LaserTryk.dk ikke havde indflydelse på den daglige drift. Personsammenfaldet i bestyrelsessammensætningerne i de to selskaber medførte ikke pligt til at udelukke, da der alene var tale om overordnede forretningsmæssige beslutninger og ikke egentlig indflydelse på den daglige drift.

Sagen skal ses i lyset af, at grænsen for tilstrækkelige plausible indikationer er et konkret skøn.<sup>145</sup> I sagen henviser ordregiver til UBLs særlige forarbejder til § 137, der giver eksempler på tilstrækkelige plausible indikationer. At ordregiver er tillagt og udøver sin skønsbeføjelse medfører, at KLFU delvist skal tage stilling til, om grænserne for skønnet blev overholdt. KLFU fandt ikke anledning til at tilsidesætte skønnet.<sup>146</sup>

Der eksisterer ikke et generelt forbud mod, at virksomheder med intern tilknytning kan afgive tilbud på offentlige udbud. Derimod er det ikke tilladt, at tilknytningen mellem virksomhederne har påvirket tilbuddene jf. blandt andet KLFUs afgørelse i Bayer A/S mod Banedanmark<sup>147</sup> og EUDs dom i *Specalizuotas Autotransportas*, særligt præmis 21 og 22.<sup>148</sup>

KLFU anfører i sine bemærkninger, at det forhold, at enkelte konsortiemedlemmer selv opfylder udbudsbetingelserne og muligvis havde kompetence til at byde på egen hånd, taler for konsortiets ulovlighed. Bemærkningen er i overensstemmelse med Højesterets afgørelse i *Vejstribesagen*.<sup>149</sup> KLFU finder imidlertid ikke, at der er fremlagt tilstrækkeligt til at tilsidesætte ordregivers skøn. KLFU afviser altså ikke, at der kan være tale om et ulovligt konsortium efter konkurrenceretten, men finder, henset til den begrænsede bevisførelse, ikke tilstrækkeligt til at tilsidesætte ordregivers vurdering i den konkrete sag.

Afgørelsen fra KLFU er ikke endelig. KLFU's afgørelse er kæret til Københavns Byret, der modtog sagen d. 23. januar 2020. Sagen er sluttet og henvist til Østre Landsret.<sup>150</sup> Årsagen til henvisningen og fravigelsen fra udgangspunktet om, at alle sager starter ved byretten som 1. instans, kendes ikke. Byretten kan blandt andet henvise sagen såfremt "*(...) sagen er af principiel karakter og har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt.*"<sup>151</sup>

---

<sup>145</sup> Se afsnit 2.2.3.1. om udelukkelsesgrunde

<sup>146</sup> *Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen* side 23

<sup>147</sup> Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 28. september 2018, *Bayer A/S mod Banedanmark*

<sup>148</sup> EU-domstolens C-531/16 – *Specalizuotas Autotransportas* af 17. maj 2018

<sup>149</sup> Se afsnit 3.5 om Højesterets afgørelse i *Vejstribesagen*

<sup>150</sup> Se bilag 4.

<sup>151</sup> Retsplejelovens § 226, stk. 1

## 5. Anden relevant praksis

I det følgende bliver anden relevant retspraksis og klagenævnspraksis behandlet. Afsnittene er ind delt efter fagområde. Indeholdt i kapitlet er international praksis. Afsnit 5.1 omhandler afgørelser af konkurrenceretlig karakter. Afsnit 5.2 omhandler afgørelser af udbudsretlig karakter. Praksisgen nemgangen vil – modsat de foregående to kapitler – ikke indeholde refleksioner over afgørelsernes værdi. Dette forbeholdes kapitlerne 6 og 7.

### 5.1 Konkurrenceretlige afgørelser

#### 5.1.1 Konkurrencerettet mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S

Stockholms Tingsrätt afsagde den 3. januar 1997 afgørelse i sagen mellem de svenske konkurrence myndigheder, Konkurrencerettet og Øresundscement-konsortiet bestående af den største svenske producent af cement Cementa AB og den danske ditto Aalborg Portland A/S. 9 måneder senere blev afgørelsen stadfæstet af Marknadsdomstolen.

Baggrunden for sagen var udbuddet vedrørende cementleverancer til opførelsen af Øresundsbroen i 90'erne. Da det blev besluttet, at der skulle opføres en Øresundbro mellem Danmark og Sverige, var det estimerede forbrug af beton til opførelsen på 450.000 tons cement, og byggeperioden var på fem år. Hverken Cementa eller Aalborg Portland så sig i stand til at byde på og løfte opgaven alene, hvorfor parterne anmodede Konkurrencerettet om fritagelse til at afgive fælles tilbud i et konsortium. Konkurrencerettet besluttede, at fordi parterne hver især havde kapacitet til at byde på opgaven, var konsortiet i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i den svenske konkurrencelovs § 6, hvorfor fritagelsesansøgningen blev afvist.<sup>152</sup>

##### 5.1.1.1 Parternes anbringender

Konsortiet anførte, at Øresundbro-projektet var af så enorme dimensioner, at det skulle anses for et marked for sig selv. Det relevante marked kunne dermed ikke udgøres af det ordinære cementmarked i Sverige. Projektet var desuden så stort, at ingen af parterne kunne afgive bud alene på cementleverancer til Øresundsforbindelsen.<sup>153</sup>

Konsortiet anførte desuden, at cement er et højteknologisk produkt, der kræver store investeringer i tilvirkningen. Det er i høj grad råmaterialet, der bestemmer kvaliteten af slutproduktet. Det eneste sted i Sverige som leverede den efterspurgte type cement var Cementas fabrik i Degerhamn.<sup>154</sup> Fabrikken havde en maksimal kapacitet på 275.000 ton cement pro anno, og det var ikke muligt at ud-

---

<sup>152</sup> Stockholms Tingsrätts i Konkurrencerettet mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S, side 2-5

<sup>153</sup> Stockholms Tingsrätts dom side 2 nederst

<sup>154</sup> Til Øresundsforbindelsen var det bestemt, at der skulle anvendes lavalkali sulfatbestandig cement, som kunne holde i 100 år.

nytte Cementas andre fabrikker. Den svenske fabriks månedlige produktionskapacitet lå gennemsnitligt på 23.000 tons cement, og den normale svenske efterspørgsel var på ca. 19.000 tons cement på tidspunktet for udbuddet. Cementa havde derfor ikke andre muligheder end at indgå i konsortiet, da alternativerne var overproduktion, som ikke var forretningsmæssigt forsvarligt, eller indgåelse af utallige underleverandøraftaler, der også ville blive betegnet som konsortiedannelse. Cementas leveringsproblematik kunne desuden ikke afhjælpes ved at lagre cementen, da cement er en ferskvare, der maksimalt kan gemmes et år. De høje kvalitetskrav i udbuddet ville endda betyde en lavere lagringstid på maksimalt 8-9 måneder. I tillæg hertil er cement dyrt og besværligt at lagre. Aalborg Portlands overvejelser vedrørende mulighederne for at byde på udbuddet og løfte opgaven alene var i høj grad sammenlignelige med Cementas.<sup>155</sup>

Konkurrensverket anførte, at det relevante marked i sagen var markedet for lavakali-cement i Sverige. Cementa havde en kontrakt, der indebar levering af 90.000 ton cement i under tre år, og ud af fabrikken i Degerhamns kapacitet på 275.000 tons cement var ca. 120.000 ton bundet op på andre og længere aftaler. Dermed fandtes der altså ledig kapacitet til at byde på bro-delen af Øresundsforbindelsen. Konkurrensverket fandt det ikke konkurrenceretligt forsvarligt, at Cementa kunne sikre sin position på det almindelige svenske marked for cement, mens man samtidig bød på udbuddet om levering til Øresundsforbindelsen. Desuden havde Cementa mulighed for at indgå underleverandøraftaler. Hvad angik Aalborg Portlands kapacitet, så henviste Konkurrensverket til, at Aalborg Portland havde haft tilstrækkelig kapacitet til at byde alene på al cement til Storebæltsforbindelsen.<sup>156</sup>

#### *5.1.1.2 Stockholms Tingsrätts begrundelse og resultat*

Retten slog fast, at den totale mængde cement, som man forventede ville blive efterspurgt lå omkring 450.000 tons over fem år.<sup>157</sup> Dermed skulle der i gennemsnit leveres 90.000 tons cement om året med udsving af den årlige leverance op til 150.000 tons eller mere. Cementas svenske maksimale produktionskapacitet var på ca. 275.000 tons cement, hvilket – uanset produktionsafbrydelser – svarede til cement-behovet til Øresundsforbindelsen. Aalborg Portlands produktionskapacitet var sammenlignelig med Cementas. Dermed kunne begge virksomheder have budt på opgaven og leveret hver for sig.<sup>158</sup>

Størrelsen på projektet om etablering af Øresundsforbindelsen var så enormt, at det sprang de ordinære rammer og markedsforudsætninger. Dog indebar den mulige ekstra efterspørgsel efter cement

---

<sup>155</sup> Stockholms Tingsrätts dom, side 4 ff. nederst

<sup>156</sup> Stockholms Tingsrätts dom, side 4 nederst

<sup>157</sup> Den estimerede byggetid var fem år

<sup>158</sup> Stockholms Tingsrätts dom, side 5 nederst



ikke, at Øresundsforbindelsen faldt uden for markedet. Det geografiske marked var derfor Sverige.<sup>159</sup>

For så vidt angik leveringskapaciteten, så var det klart at Cementa ikke havde tilstrækkelige ressourcer til at opfylde sine allerede indgåede aftaler på hjemmemarkedet samtidig med, at man leverede al cement til øresundsforbindelsen. Desuden afviste Retten, at Cementa kunne have nøjedes med at byde på en del af leverancen af cement, da beslutningen om at dele opførelsen af Øresundsforbindelsen op i en bro-del og en tunnel-del blev truffet efterfølgende. Retten afviste desuden Konkurrencens argument om, at parterne kunne antage underleverandører. Man begrundede ovenstående i, at det ikke var muligt at blande anderledes cement og få det rigtige resultat. Derfor var det heller ikke praktisk muligt at tilknytte andre underleverandører end hinanden, og en underleverandøraftale ville i øvrigt ligge klos op ad den aftale, som Konkurrencen havde kendt ulovlig.<sup>160</sup>

Et mere realistisk alternativ var, at Cementa tilbageholdte ordrene fra sine ordinære kunder på det svenske marked, eller at man antog underleverandører til disse aftaler. Argumentet imod sidstnævnte alternativ var imidlertid det samme som, hvorfor underleverandøraftaler var udelukket som mulighed ved Øresundsforbindelsen. Dog var det i teorien muligt at anvende erstatningscement som certificeredes til anvendelse i Sverige. Det ville imidlertid ud fra et forretningsmæssigt synspunkt have været ”huvudløs”, at anvende anden cement og håbe på et produktcertifikat i Sverige. Såfremt det havde været den eneste anden mulighed, ville Cementa have afstået fra at byde på cementleverancerne til Øresundsforbindelsen. Det eneste reelle alternativ for at løfte opgaven med cementleverancer til Øresundsforbindelsen var derfor, at Cementa opgav en del af sine stærke markedsposition på det svenske marked for cement. Tilsvarende gjaldt for Aalborg Portland.<sup>161</sup>

Den reelt set eneste realistiske mulighed for at deltage i konkurrencen om udbuddet var derfor, at Cementa og Aalborg Portland gik sammen. Af den grund fandt Tingsrätten ikke, at konsortieaftalen om levering af cement til Øresundsforbindelsen kunne anses for at være skadelig for konkurrencen eller i øvrigt havde nogen mærkbar effekt på det svenske marked.<sup>162</sup>

### *5.1.1.3 Marknadsdomstolens begrundelse og resultat*

Efter afgørelsen fra Stockholms Tingsrätt blev sagen anket til Marknadsdomstolen, der afsagde dom d. 8. oktober 1997. Marknadsdomstolen stadfæstede afgørelsen fra Stockholms Tingsrätt med enkelte bemærkninger. Marknadsdomstolen tog ikke stilling til kapacitetsspørgsmålet, men anførte, at udbuddet i forbindelse med opførelse af Øresundsforbindelsen havde helt særlige forudsætninger.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> Stockholms Tingsrätts dom, side 6 øverst

<sup>160</sup> Stockholms Tingsrätts dom, side 6

<sup>161</sup> Stockholms Tingsrätts dom, side 7

<sup>162</sup> Stockholms Tingsrätts dom, side 8 øverst

<sup>163</sup> Marknadsdomstolens dom af 8. oktober 1997, side 4 nederst

*“För ett så stort projekt är förutsättningarna helt speciella vad gäller t.ex. ekonomiska åtagande, risiker, materialåtgång m.m och därav följande krav på leverantörer i fråga om bl.a. erfarenhet, kundskaber, kapacitet och ekonomiska resurser. Konkurrensförutsättningarna i detta fall avviker således klart från vad som är normalt på den reguljära svenska cementmarknaden.”*<sup>164</sup>

På baggrund af projektets omfang og særegenhed afgrænsede Marknadsdomstolen det relevante marked til selve projektet. Som et element i den vurdering, inddrog Marknadsdomstolen, at Cementa og Aalborg Portland alene samarbejdede om levering af cement til Øresundsforbindelsen. De konkurrenceretlige virkninger af samarbejdet måtte derfor vurderes i forhold til projektet. Da samarbejdet var eneste reelle alternativ, fandt Marknadsdomstolen ikke at konkurrencen blev begrænset.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Marknadsdomstolens dom af 8. oktober 1997, side 4 nederst

<sup>165</sup> Marknadsdomstolens dom af 8. oktober 1997, side 5 øverst

### 5.1.2 Skive og omegns vognmandsforening

KFST traf den 30. april 2014 beslutning om, hvorvidt Skive og Omegns Vognmandsforening (herafter SOV) havde overtrådt konkurrencereglerne ved på vegne af dets medlemmer at afgive et samlet og koordineret tilbud på Skive Kommunes udbud om vintertjenester for perioden 1. oktober 2010 til 30. april 2014. Udbuddet indeholdt i alt 11 ruter, og hver rute udgjorde én delkontrakt. SOV afgav den 9. august 2010 tilbud på samtlige delkontrakter i udbuddet og blev tildelt 9 af de 11 kontrakter. SOV var en brancheorganisation for vognmænd og bestod på tidspunktet for afgørelsen af ca. 40 aktive medlemmer. Formålet med foreningen var at varetage sine medlemmers økonomiske, faglige og sociale interesser.<sup>166</sup>

#### 5.1.2.1 SOV's bemærkninger

SOV anførte i sagen, at der ikke var sket ulovlig tilbudskoordinerings eller ulovlig fordeling af ruterne, idet SOV ikke afgav tilbud på sine medlemmers vegne. Derimod var det foreningen som selvstændigt juridisk person, der var aftalepart og havde afgivet tilbuddet, som anvendte medlemmerne som underleverandører. Desuden havde Skive Kommune som ordregiver været bekendt med konstellationen bag tilbuddet, og Skive Kommune havde accepteret tilbuddet.<sup>167</sup>

SOV anførte endvidere, at det var nødvendigt at afgive tilbud samlet, da den enkelte vognmand ikke kunne bære den risiko, der var i, at det ikke var muligt at forudse, hvor stort et behov for vintertjeneste de enkelte ruter ville kræve, og dermed var indtjeningen ikke til at regne ud på forhånd. Desuden krævede vintertjenesterne større chaufførberedskab, da den enkelte chaufførs mulighed for at påtage sig andre opgaver i vinterperioden blev begrænset af køre-hviletidsbestemmelserne.<sup>168</sup>

SOV anførte slutteligt, at såfremt tilbuddet blev fundet i strid med KL § 6, så ville tilbuddet kunne undtages efter § 8, da aftalen medførte en væsentlig styrkelse af effektiviteten i distributionen, ved at den enkelte vognmand ikke var forpligtet til vinterkørsel. Prisen på tilbuddet var ligeledes lavere, end hvis medlemmerne skulle byde hver for sig, hvilket ville komme forbrugerne til gode. Desuden blev markedet for kørselsydelse forøget, da vognmændene kunne byde på andre opgaver i vinterhalvåret.<sup>169</sup>

#### 5.1.2.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens begrundelse og resultat

KFST afgrænsede det relevante marked bredest muligt til vognmandstjenester i Danmark og snævrerest muligt til markedet for vintertjenester i Skive Kommune. Aftalen vedrørte dermed kun det nati-

---

<sup>166</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014 i sagen Skive og Omegns vognmandsforening, pkt. 7-12

<sup>167</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 26-31

<sup>168</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 33-35

<sup>169</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 37-40

onale marked og ikke import eller eksport. Aftalen var generelt begrænset i sit omfang både geografisk og beløbsmæssig, og der var dermed ingen samhandelspåvirkning. Forholdet kunne derfor begrænses til overtrædelse af KL § 6 og ikke TEUF art. 101.<sup>170</sup>

KFST vurderede endvidere, at SOV var en sammenslutning af virksomheder og dermed omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler ifølge KL § 6, stk. 3. Brancheforeningen varetog sine medlemmers interesser, og bestyrelsen valgtes af og blandt medlemmerne. Uanset at bestyrelsen besluttede at afgive tilbuddet, og at tilbuddet blev afgivet af foreningen med medlemmerne som underleverandører, så udgjorde tilbudskoordineringen en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.<sup>171</sup>

KFST tog ligeledes stilling til, om de enkelte vognmænd i SOV var aktuelle eller potentielle konkurrenter. Her blev det fremhævet, at en økonomisk aktør skulle som minimum stille med to lastvogne pr. rute, for at kunne opfylde en kontrakt om vintertjenester, ifølge udbudsbetingelserne. Flere af foreningens medlemmer havde sådan kapacitet og havde dermed også kapacitet til at afgive selvstændigt tilbud.<sup>172</sup> KFST vurderede herefter, at flere af SOV's medlemmer var aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til de udbudte kontrakter.<sup>173</sup>

Idet vognmændene i SOV var aktuelle eller potentielle konkurrenter, var aftalen om tilbudskoordineret næsten per automatik konkurrencebegrænsende. Samarbejdet rettede sig alene imod fordelingen af kunder og fastsættelse af pris. Skadevirkningen heraf var den, at ordregiver muligvis betalte for meget for ydelserne, sammenlignet med en normal markedssituation, hvor vognmændene konkurrerede med hinanden om ruterne ved at byde hver for sig. Formålet med tilbudskoordineringen var dermed - uanset de faktiske følger af aftalen - en mærkbar begrænsning af konkurrencen. At Skive Kommune accepterede tilbuddet og var bekendt med, at brancheforeningen afgav tilbuddet, ændrede ikke derved.<sup>174</sup>

Som svar på SOV's argumenter om undtagelse fra forbuddet om konkurrencebegrænsende aftaler, henviste KFST til, at fordelingen af ruter blandt foreningens medlemme skete ved lodtrækning, som oplyst af SOV. Da fordeling ved lodtrækning måtte fjerne enhver effektivitetsfordel, øgedes effektiviteten i distributionen ikke ved, at den enkelte vognmand ikke var forpligtet til vinterkørsel. Desuden indeholdt priskoordinering en betydelig risiko for, at prisen blev dyrere, hvilket kunne komme ordregiver til skade. Dermed fandt KFST ikke, at betingelserne for fritagelse efter KL § 8 var opfyldt.<sup>175</sup>

---

<sup>170</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 64-65; 68-71

<sup>171</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 78; 87-90

<sup>172</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 99, 102 og 103.

<sup>173</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 103.

<sup>174</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 115, 116, 119, 128

<sup>175</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 134; 141

Samlet fandt KFST, at SOV ved at koordinere priser og fordele de udbudte kontrakter havde indgået en konkurrencebegrænsende aftale, der ikke kunne fritages på baggrund af de påståede effektivitetsfordele. SOV overtrådte dermed forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KL § 6.<sup>176</sup>

Det bemærkes i øvrigt, at et medlem af SOV's bestyrelse, Beck Christensen, afgav et selvstændigt tilbud, der var stort set identisk med SOV's tilbud. Beck Christensens tilbud indebar, at de øvrige medlemmer af SOV skulle være underleverandører, såfremt Beck Christensen vandt kontrakten. Hertil oplyste SOV, at Beck Christensens tilbud blev afgivet, idet man ikke var sikker på, om SOV's tilbud ville blive accepteret.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 152-155

<sup>177</sup> Skive og Omegns Vognmandsforening pkt. 19.

### 5.1.3 Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift mod Konkurransetilsynet (Ski Follo Taxi-sagen)

Konkurransetilsynet traf 4. juli 2011 afgørelse om, at Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift havde brudt den norske konkurrencelovs § 10.<sup>178</sup> Konkurransetilsynet fandt, at de to førstnævnte gennem deres fælles selskab Ski Follo Taxidrift havde budt på to udbudskonkurrencer om patientkørsel, selvom begge selskaber havde mulighed for selvstændigt at indgive hver sit tilbud. Konkurransetilsynet konkluderede, at samarbejdet havde konkurrencebegrænsende formål.<sup>179</sup>

Ski Taxi og Follo Taxi var begge taxiselskaber med tilknytning til Follo.<sup>180</sup> Selskaberne havde henholdsvis 24 og 46 chauffører tilknyttet deres virksomhed. Ski Follo Taxidrift blev oprettet af Ski Taxi og Follo Taxi i 2001, og ejerskabet var fordelt lige mellem de to. Hensigten med det fælles selskab var varetagelse af den daglige drift, herunder blandt andet administrative opgaver for dets ejere, driften af et bestillingssystem, fakturering og regnskab etc. Desuden afgav Ski Follo Taxidrift flere tilbud på udbudskonkurrencer på vegne af taxiselskaberne, der deltog som underleverandører, hvis et udbud blev vundet.<sup>181</sup>

Det første udbud var en rammeaftale, der angik ni geografiske områder udbudt af Oslo Universitets-sykehus HF. Udbuddet var udformet, så det var muligt at afgive tilbud på et eller flere områder. Udbuddet vedrørende Follo-områderne blev imidlertid aflyst, da Ski Follo Taxidrift var eneste aktør, der afgav tilbud på disse.<sup>182</sup>

Det andet udbud var et genudbud af samme ordregiver. Udbuddet var ligeledes struktureret som en rammeaftale og angik alene Follo, og dermed kun det område, der var blevet aflyst ved det første udbud. Ordregiver valgte i forbindelse med genudbuddet at inddele udbuddet i fem mindre områder. Ski Follo Taxidrift afgav tilbud på alle fem områder. To andre tilbudsgivere afgav ligeledes tilbud på alle fem områder. Alle tre tilbudsgivere blev tildelt en rammeaftale, og Ski Follo Taxidrift fik anden prioritet.<sup>183</sup>

Tingretten fandt, at Ski Taxi og Follo Taxi ikke var konkurrenter i forhold til det første udbud, og at de alene var delvist konkurrenter i forhold til det andet udbud. Tingsretten fandt desuden, at samarbejdet mellem Ski Taxi og Follo Taxi ikke havde et konkurrencebegrænsende formål. For så vidt angik det andet udbud havde samarbejdet en konkurrencebegrænsende virkning, men uden mærkbar

---

<sup>178</sup> Den norske konkurrencelov § 10 er identisk med EØS-aftalens artikel 53 som er identisk med TEUF art. 101 – dog uden kravet om samhandelspåvirkning.

<sup>179</sup> Høyesteretts dom af 22. juni 2017, Ski Follo Taxi-sagen, præmis 2 og 3

<sup>180</sup> Follo: Follo er en af tre regioner i Viken fylke, Norge. <https://snl.no/Follo> - Store Norske Leksikon, sidst besøgt 16. maj 2020.

<sup>181</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 4-6

<sup>182</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 7-9

<sup>183</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 10-12

konkurrencepåvirkning. Staten ankede herefter dommen, og Bogarting Lagmannsrett fandt, at selskaberne var konkurrenter i forhold til begge udbud, da det ikke var nødvendigt at afgive bud på alle fem distrikter. Yderligere fandt Bogarting Lagmannsrett, at samarbejdet mellem Ski Taxi og Follo Taxi havde et konkurrencebegrænsende formål. Forhandlingerne for Høyesterett blev begrænset til, om samarbejdet havde et konkurrencebegrænsende formål.<sup>184</sup>

#### *5.1.3.1 Parternes anbringender*

Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift fremførte, at deres åbne samarbejde ikke havde til formål at begrænse konkurrencen. Formålet med samarbejdet var ”(...) å tilby etterspurt kapasitet gjennom et samarbeid som innebar en hensiktsmessig sammenslåning av ressurser.” Da selskabernes størrelse var begrænset i en branche med andre store konkurrenter, var risikoen for alvorlig skadelig virkning på konkurrencen ikke til stede.<sup>185</sup>

I henhold til Lagmannsrettens afgørelse, bemærkede Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift, at samarbejdets skadelige virkning på konkurrencen skulle behandles. En skadevirkning, som parterne i øvrigt henviste til, var minimal, hvis den overhovedet eksisterede. Lagmannsrettens vurdering af, om samarbejdet var egnet til at begrænse konkurrencen, var dermed forkert.<sup>186</sup>

Konkurransetilsynet gjorde gældende, at Lagmannsretten vurderede korrekt, og at EFTA-domstolens rådgivende udtalelse gav tilstrækkelig forståelse af, hvordan kriteriet i konkurrencelovens § 10, første led skulle forstås. Konkurransetilsynet henviste i den forbindelse til, at samarbejder om fælles prisfastsættelse er en af de mest konkurrenceskadelige samarbejdsformer, og at formålet med samarbejdet var konkurrencebegrænsende, hvilket fremgår af selskabernes interne dokumenter. Selskaberne var desuden konkurrenter, fordi de kunne afgive selvstændige tilbud, og det spiller ingen rolle, hvad de alternativt ville have gjort. De fælles tilbud udgjorde heller ikke en nødvendig tilknyttet konkurrencebegrænsning.<sup>187</sup>

#### *5.1.3.2 Høyesteretts begrundelse og resultat*

Høyesterett forelagde en række spørgsmål til forståelsen af de relevante dele af EØS-aftalens artikel 53 for EFTA-domstolen. På baggrund af besvarelsen fra EFTA-Domstolen lagde Høyesterett til grund, at vurderingen af, om samarbejdet havde konkurrencebegrænsende formål, er objektiv, og at parternes subjektive hensigt ingen rolle spiller. Samarbejdet må desuden fremstå som tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, før ”til formåls”-vurderingen kan anvendes, men at de faktiske konkur-

---

<sup>184</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 14-16; 18 og 32; Se desuden KFST udkast til konsortievejledning side 17 nederst

<sup>185</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 21

<sup>186</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 22

<sup>187</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 27 og 28

rencebegrænsende virkninger ikke skal påvises. Slutteligt skal vurderingen tage hensyn til samarbejdets bestemmelser, formål samt den retlige og økonomiske sammenhæng, som aftalen indgår i.<sup>188</sup>

Høyesterett fandt, at samarbejdet mellem taxiselskaberne tydeligt var skadelig for konkurrencen, og at den skadelige natur let lod sig påpege. Det konkurrencebegrænsende formål fremgik tydeligst ved de interne dokumenter, der etablerede samarbejdet: en strategiaftale fra 2009 og en aktionæraftale fra 2007. Heraf fremgik - hvilket Lagmannsretten blandt andet lagde til grund - at formålet med at afgive fællestilbud var at styrke markedspositionen ved at begrænse selskabernes interne konkurrence. Høyesterett tiltrådte dette, da en konkurrent blev elimineret, hvorved konkurrencen blev begrænset. At selskaberne indgik samarbejdet i fuld offentlighed, ændrede ikke ved, at samarbejdet havde et konkurrencebegrænsende formål.<sup>189</sup>

Høyesterett afviste desuden, at der, idet selskabernes samlede ressourcer blev slået sammen, opstod sådanne effektivitetsgevinster, som kunne begrunde, at aftalen blev undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i § 10.<sup>190</sup> Høyesterett afviste slutteligt, at den fælles prisfastsættelse i forbindelse med samarbejdet mellem taxiselskaberne kunne anses for lovlig hovedvirksomhed, fordi samarbejdet i ikke var objektivt nødvendigt og sig selv havde konkurrencebegrænsende formål.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 34-40

<sup>189</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 46-49

<sup>190</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 51-52

<sup>191</sup> Ski Follo Taxi-sagen præmis 57-58



## 5.2 Udbudsretlige afgørelser

### 5.2.1 Sag C-124/17 Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München

Afgørelsen er EUDs stillingtagen til et præjudicielt spørgsmål indgivet af det Sydbayerske klagenævn for udbud. Sagen omhandler virksomheden Vossloh Laeis, der blev udelukket fra en kvalifikationsordning efter forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 77 om levering af elementer til jernbaner til Stadtwerke München (ordregiver).

Vossloh Laeis var i marts 2016 pålagt bøde af de tyske konkurrencemyndigheder for at have deltaget i kartel indtil 2011. Bøden blev nedsat på grund af samarbejde med konkurrencemyndighederne. Da Vossloh Laeis afgav bud i forbindelse med et andet udbud, udtrykte Stadtwerke München tvivl om Vossloh Laeis pålidelighed som følge af overtrædelsen. Vossloh Laeis redegjorde for de forebyggende foranstaltninger, man havde gjort sig, for at undgå fremtidige ulovlige karteldannelser. Vossloh Laeis erklærede desuden at ville yde erstatning for skade, som Stadtwerke München havde lidt på grund af den ulovlige kartel-adfærd. Vossloh Laeis ville derimod ikke fremsende de tyske konkurrencemyndigheders afgørelse i sagen. Stadtwerke München mente herefter ikke, at Vossloh Laeis havde godtgjort, at de nødvendige foranstaltninger var truffet, hvorfor Vossloh Laeis blev udelukket fra kvalifikationsordningen.<sup>192</sup>

EUD blev stillet fire spørgsmål om fortolkning af forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 80 og udbudsdirektivet art. 57, stk. 6 og 7.

---

<sup>192</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 13-15

### 5.2.1.1 Spørgsmål 1 og 2

De første to spørgsmål angik fortolkningen af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80<sup>193</sup> sammenholdt med udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6<sup>194</sup>, nærmere bestemt om artikel 80 var til hinder for en bestemmelse i national ret, der kræver, at en økonomisk aktør, som ønsker at påvise sin pålidelighed, indgående skal redegøre for forholdene og omstændighederne i forbindelse med overtrædelsen ved aktivt at samarbejde ikke blot med undersøgelsesmyndigheden<sup>195</sup>, men også med ordregiver.<sup>196</sup>

EUD udtalte herom, at ved anvendelse af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra d om konkurrenceforvridende aftaler, og hvor der foreligger en afgørelse fra de kompetente myndigheder herom angående en økonomisk aktør, har aktøren fortsat mulighed for at påvise sin pålidelighed. Der kan ikke ske automatisk udelukkelse, da reglerne ikke har dette til hensigt. Det er dog op til ordregiver at skønne over om pålideligheden er påvist.<sup>197</sup>

Hvor der foreligger en afgørelse fra konkurrencemyndighederne, vil ordregiver skulle basere sin afgørelse om udelukkelse herpå. Ordregiver kan altså ikke se bort fra det faktum, at en økonomisk aktør har samarbejdet med myndighederne om sin ulovlige adfærd. Det er tilsvarende ikke ordregivers opgave at vurdere skyldsspørgsmålet.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> Forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25), artikel 80:

*Anvendelse af udelukkelses- og udvælgelseskriterier i henhold til direktiv 2014/24/EU*

1. De objektive kriterier og regler for udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører, der anmoder om kvalifikation i en kvalifikationsordning, og de objektive regler og kriterier for udelukkelse og udvælgelse af ansøgere og tilbudsgivere i offentlige udbud, begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrenceprægede dialoger eller innovationspartnerskaber kan omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri.

Hvis den ordregivende enhed er en ordregivende myndighed, omfatter disse kriterier og regler udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/24/EU på de vilkår og betingelser, som er fastsat i den artikel.

Hvis medlemsstaterne kræver det, skal disse kriterier og regler desuden omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU, på de vilkår og betingelser, som er fastsat i den artikel.

2. De kriterier og regler, der er omhandlet i stk. 1 i nærværende artikel, kan omfatte de udvælgelseskriterier, der er fastsat i artikel 58 i direktiv 2014/24/EU på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri, navnlig med hensyn til grænser for krav til årlig omsætning, som omhandlet i artiklens stk. 3, andet afsnit.

3. Ved anvendelse af stk. 1 og 2 i denne artikel finder artikel 59 og 61 i direktiv 2014/24/EU anvendelse.

<sup>194</sup> Udbudsdirektivets (2014/24) artikel 57, stk 6. En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

<sup>195</sup> Konkurrencemyndigheden, der i det pågældende land håndhæver forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

<sup>196</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 17

<sup>197</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 22-23

<sup>198</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 25 og 26

Den økonomiske aktør skal samarbejde med ordregiver og konkurrencemyndighederne for at bevise sin pålidelighed. Samarbejdet med ordregiver er begrænset til at nå målet for undersøgelsen, dvs. vurdering af aktørens pålidelighed. I sagen skulle Vossloh Laeis bevise sit samarbejde med konkurrencemyndigheden. Ordregiver skal i forbindelse med undersøgelsen have mulighed for at bede om konkurrencemyndighedens afgørelse, når man skal vurdere aktørens dokumentation for pålidelighed - self cleaning dokumentation. Afgørelsen fra konkurrencemyndighederne kan være nødvendig for ordregivers vurdering af, om de indførte foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser er tilstrækkelige. Afgørelsen vil samtidig være tilstrækkeligt bevis i det tilfælde, hvor aktøren har modtaget bødenedsættelse på grund af samarbejde med konkurrencemyndigheden. Aktøren er dog ikke fritaget fra at fremlægge dokumentation for overfor ordregiver alene af den grund, at man tidligere har fremlagt samme dokumentation for konkurrencemyndighederne.<sup>199</sup>

Domstolen anførte som endegyldigt svar på spørgsmålene, at artikel 57, stk. 6 ikke er til hinder for en bestemmelse i national ret, der kræver, at den økonomiske aktør viser sin pålidelighed ved indgående at redegøre for forholdene og omstændighederne ved den ulovlige adfærd ved aktivt at samarbejde med såvel konkurrencemyndighederne som ordregiver. Samarbejdet med ordregiver skal dog begrænses til det strengt nødvendige i forbindelse med undersøgelsen.<sup>200</sup>

#### *5.2.1.2 Spørgsmål 3 og 4*

Det tredje og fjerde spørgsmål angår fortolkningen af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 7, nærmere om den maksimale udelukkelsesperiode for en økonomisk aktør, som har udvist konkurrencefordrejende adfærd, skal beregnes fra datoen for myndighedens afgørelse eller fra et andet tidspunkt.<sup>201</sup>

Domstolen udtalte herom, at artikel 57, stk. 7 ikke indeholder en præcisering af, hvad "den relevante hændelse" indebærer. For så vidt angår de obligatoriske udelukkelsesgrunde, regnes fristen fra endelig domsafsigelse uden hensyntagen til, hvornår det forhold, der dømmes for, er foregået. Vossloh Laeis er derimod blevet udelukket i overensstemmelse med en fakultativ udelukkelsesgrund, hvor udelukkelsen skete på baggrund af en strafsanktion fra konkurrencemyndighederne side for en lovovertrædelse. Domstolen ser de to situationer i det samme lys. Af hensyn til såvel forudsigeligheds- og retssikkerhedshensyn som beregningen af fristen ved overtrædelse af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, må fristen for Vossloh Laeis beregnes fra konkurrencemyndighedens afgørelse. Ovenstående fortolkning støttes af, at ordregiver i praksis først opnår kendskab til den konkurrencebegrænsende adfærd, når den kompetente myndighed har undersøgt og karakteriseret adfærden som konkurrencebegrænsende ved sin afgørelse.<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 27-32

<sup>200</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 33

<sup>201</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 17

<sup>202</sup> Vossloh Laeis mod Stadtwerke München, præmis 37-39

### 5.2.2 Bayer A/S mod Banedanmark

KLFU tog 28. september 2018 stilling til klagen fra Bayer A/S (herefter Bayer) over Banedanmarks tildeling af opgave om blandt andet sprøjtning af ukrudt på togskinneerne i Banedanmarks spor. Banedanmark udbød en kontrakt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om levering af detektering, registrering og kemisk sprøjtning af ukrudt i Banedanmarks spor. Kontrakten havde en løbetid på fire år med mulighed for forlængelse med ét år ad to omgange, og af udbudsmaterialet fremgik, at de frivillige udelukkelsesgrunde i UBL § 137, stk. 1, nr. 2, 4 og 6 fandt anvendelse. Banedanmark havde ved udløbet af tilbudsfristen den 21. februar 2018 modtaget tilbud fra tre tilbudsgivere; Bayer, Weedfree on Track Ltd (herefter Weedfree) og G&G Nôvényvédelmiés Kereskedelmi Kft. (herefter G&G). Bayer indgav klagen til KLFU, efter at ordregiver den 27. marts 2018 meddelte, at kontrakten var tildelt Weedfree.<sup>203</sup>

#### 5.2.2.1 Parternes anbringender

Under klagesagen gjorde Bayer blandt andet gældende, at Weedfree burde være udelukket fra udbuddet på baggrund af UBL § 137, stk. 1, nr. 4 og 6. Til støtte for påstanden gjorde Bayer gældende, at G&G og Weedfree var nære kommercielle partnere. Partnerskabet bestod ifølge Bayer i, at Weedfree var G&G's forhandler i Skandinavien, og at G&G var teknologileverandør til Weedfree. Herudover anførte Bayer, at G&G og Weedfree havde fælles markedsføringsaktiviteter. Bayer fremhævede herunder, at G&G og Weedfree i 2016 deltes om en messestand på InnoTrans-messen. Bayer anførte desuden, at G&G alene afgav tilbud på den udbudte kontrakt for derved at undgå, at udbuddet blev annulleret på grund af for få tilbudsgivere.<sup>204</sup>

Banedanmark gjorde under sagen gældende, at Bayer med ovenstående ikke har godtgjort, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer på en aftale om konkurrencefordrejning, der kunne medføre udelukkelse i overensstemmelse med § 137, stk. 1, nr. 4. Partnerskabet mellem G&G og Weedfree og deltagelsen i det samme udbud kunne ikke alene i det konkrete tilfælde medføre, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer på en aftale om konkurrencefordrejning.<sup>205</sup>

#### 5.2.2.2 Klagenævnets begrundelse og resultat

KLFU udtalte, at ordregiver skal have "tilstrækkelige plausible indikationer" for at udelukke en tilbudsgiver i henhold til UBL § 137, stk. 1, nr. 4 om konkurrencefordrejning. Anvendelsen af formuleringen "tilstrækkelige plausible indikationer" medfører en lempeligere bevismæssig vurdering end efter eksempelvis UBL § 137, stk. 1, nr. 6. Efter nr. 6 fremgår det, at "ordregiveren kan påvise", at tilbudsgiveren eller ansøgeren er omfattet af udelukkelsesgrunden. Det vil dog altid være en konkret vurdering af ordregivers oplysninger, hvad plausible indikationer indebærer. KLFU anførte herefter fra forarbejderne til UBL, at:

<sup>203</sup> KLFU af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark, side 1 ff.

<sup>204</sup> Bayer mod Banedanmark, ad påstand 2, side 9 ff.

<sup>205</sup> Bayer mod Banedanmark side 10 nederst

*” En indikation, en ”mistanke” eller lignende, der ikke bevismæssigt er (tilstrækkeligt) underbygget for ordregiveren, giver hverken grundlag for at afvise et tilbud efter § 137, stk. 1, nr. 4, eller efter § 137, stk. 1, nr. 6. Bestemmelsernes beviskrav modvirker vilkårlighed og usikkerhed i forhold til udelukkelse af virksomheder, men bestemmelserne giver samtidig den ordregivende myndighed hjemmel til under de fastsatte betingelser at afvise et tilbud, som ikke bør deltage i konkurrencen. Når en frivillig udelukkelsesgrund benyttes, skal ordregiveren – som også anført i forarbejderne til udbudslovens § 137 – tillige overholde proportionalitetsprincippet.”<sup>206</sup>*

Om de fremførte anbringender fra Bayer, anførte KLFU, at der ikke forelå sådanne plausible indikationer på en aftale om konkurrencefordrejning, at Weedfree skulle være udelukket fra konkurrencen i henhold til UBL § 137, stk. 1, nr. 4.

*” Det forhold, at Weedfree on Track Ltd. og G&G Növényvédelmi és Kereskedelmi Kft. i andre sammenhænge arbejder sammen sammenholdt med, at begge virksomheder har deltaget i det foreliggende udbud, kan således efter klagenævnets vurdering hverken isoleret set eller sammenholdt med de oplysninger, der i øvrigt foreligger, herunder de afgivne tilbud, føre til, at betingelserne for udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 eller nr. 6, er opfyldt.”<sup>207</sup>*

Indikationer eller mistanker om konkurrencefordrejning blandt nogle af tilbudsgiverne eller ansøgere i et udbud, kvalificerer dermed i det konkrete udbud ikke, at Weedfree burde have været udelukket fra konkurrencen.<sup>208</sup> Der skulle altså noget mere håndfast til end forretningsmæssige samarbejdsforhold og fælles deltagelse i en messe, før man som tilbudsgiver eller ansøger bliver omfattet af udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4.

Tillader man sig at spekulere i, hvordan omstændighederne skulle have set ud, førend Weedfree skulle være udelukket, så må dokumentationen for konkurrencefordrejning være mere troværdig. Forarbejderne opstiller som eksempel - hvilket KLFU henviser til – at rejste tiltaler om ulovlige konkurrencebegrænsende aftaler eller information fra andre myndigheder udgør sådan troværdig information. Det synes derfor besværligt at pege på, hvordan en forbigået tilbudsgiver kan godtgøre, at den vindende tilbudsgiver var omfattet af § 137, stk. 1, nr. 4, medmindre KFST er blevet tippet af tilbudsgiveren om mulig konkurrencebegrænsende adfærd og har sikret sig beviser herfor. Alternativt må den forbigåede tilbudsgiver besidde intern viden fra den vindende tilbudsgiver om, at der er indgået aftaler om prisfastsættelse, tilbudskoordinerings eller markedsopdeling.

---

<sup>206</sup> Bayer A/S mod Banedanmark side 15; 16.

<sup>207</sup> Bayer A/S mod Banedanmark side 16 midtfor

<sup>208</sup> Bayer A/S mod Banedanmark side 16 mf.

### 5.2.3 Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed

Tolkdanmark indgav i stand still-perioden klage over, at Den Nationale Tolkemyndighed (herefter Tolkemyndigheden) handlede i strid med de udbudsretlige grundprincipper ved at acceptere et tilbud afgivet i strid med konkurrencereglerne. Et tilbud, som Tolkdanmark i øvrigt mente var ukonditionsmæssigt. KLFU traf derfor den 22. december 2017 afgørelse om, hvorvidt klagen fortsat skulle tillægges opsættende virkning.<sup>209</sup>

Tolkemyndigheden udbød en rammeaftale om tolkning for hørehandicappede med regionsvis levering ved udbudsbekendtgørelse af 9. oktober 2017. Tilbudsgiverne skulle ifølge udbudsbekendtgørelsen have kapacitet til at levere mindst 15 timers tolkning pr. uge. Selve udbuddet var delt op i 10 delrammeaftaler, hvor ordregiver ønskede at indgå rammeaftaler med flere tilbudsgivere. Leveringsperioden var to år med option på forlængelse med to gange et år, og kriteriet for tildelingen af delrammeaftalerne var bedste forhold mellem pris og kvalitet.<sup>210</sup>

Tolkemyndigheden ville ikke acceptere tilbud fra tilbudsgivere, der var omfattet af de præceptive udelukkelsesgrunde i UBL § 135. Udbudsbetingelserne var ikke suppleret med de fakultative udelukkelsesgrunde af § 137. Tolkemyndigheden havde imidlertid oplyst om, at tilbudsafgivelse fra konsortier var tilladt, men at tilbudsgiverne skulle være opmærksomme på konkurrencereglerne.<sup>211</sup>

I forbindelse med tilbudsgivernes adgang til at stille ordregiver spørgsmål, blev Tolkemyndigheden blandt andet spurgt om, hvordan ordregiver ville vurdere, om antallet af konsortiedeltagere levede op til konkurrencereglerne, herunder om ordregiver havde fastsat et maksimalt antal selvstændige tolke, der måtte gå sammen. Hertil svarende Tolkemyndigheden, at vurderingen heraf afhang af virksomhedernes sammensætning. To leverandører, der tilsammen kunne levere 15 timers tolkning, måtte gå i konsortium sammen, og skulle der fire leverandører til at levere 15 timer, så måtte de fire gå sammen. Gik fire leverandører derimod sammen, hvoraf to af disse selvstændigt kunne levere 15 timer, var der tale om ulovlig karteldannelse omfattet af KL § 6. Det ville dog være leverandørernes eget ansvar at leve op til ovenstående.<sup>212</sup>

Ordregiver blev ligeledes spurgt om, hvorvidt en leverandør, der kunne levere 5 timers opgaver for ordregiver og 10 timer direkte til en kommune, var afskåret fra at indgå i et konsortium eller være underleverandør til en anden leverandør, der allerede kunne levere 15 timer. Hertil svarende ordre-

---

<sup>209</sup> KLFU 22. december 2017, Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 1 ff.

<sup>210</sup> Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 2 ff.; side 5 nederst

<sup>211</sup> Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 6 ff.

<sup>212</sup> Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 7, spørgsmål 33 og svar.

giver, at situationen som beskrevet beroede på en konkret vurdering af foreneligheden med forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, og for mere information om konsortiedannelse henviste ordregiver tilbudsgiverne til KFSTs konsortievejledning af 2014.<sup>213</sup>

#### *5.2.3.1 Parternes anbringender*

Tolkdanmark gjorde gældende, at de fem selvstændige tolke, som i konsortiet DB-tolkene gik sammen om at tilbyde 40 timers ugentlig tolkning, var i strid med udbudsbetingelsernes pkt. 6.1, og at de deltog i ulovlig karteldannelse. DB-tolkene opnåede dermed bedre evaluering ved at gå sammen om et samlet tilbud. Det konkurrenceforvridende bestod i, at én af tolkene kunne have tilbudt 15 timers tolkning eller to til tre tolke kunne have gjort det samme, hvilket var gjort klart ved besvarelsen af spørgsmål 33. Tolkdanmark henviste hermed til, at Tolkemyndigheden påtog sig opgaven med at holde øje med, at der ikke opstod ulovlig karteldannelse og reagere, hvis det var tilfældet. Desuden henviste Tolkdanmark til UBL § 137, stk. 1, nr. 4, som forpligter ordregiver til at udelukke en tilbudsgiver fra udbudsproceduren, hvis der er indikationer på, at tilbudsgiveren har indgået konkurrencebegrænsende aftaler med andre.<sup>214</sup>

Tolkemyndigheden gjorde indledende gældende, at klagen ikke var indbragt for den rette myndighed, idet klagen drejede sig om et konsortiums lovlighed efter KL, hvilket er omfattet af KFSTs kompetenceområde. KLFU behandler alene klagesager vedrørende UBL, og UBL var ikke overtrådt, da UBL § 137, stk. 1, nr. 4 aldrig blev bragt i anvendelse i udbudsbetingelserne. Spørgsmålsbesvarelsen af spørgsmålene 33 og 84 medførte ikke at § 137, stk. 1, nr. 4 fandt anvendelse. Desuden havde Tolkemyndigheden ikke grund til at tro, at der forelå en konkurrencebegrænsende aftale, idet man ikke var bekendt med, om aktørerne ville være i stand til at byde på rammeaftalen uden konsortiesamarbejdet. I øvrigt tilkom vurderingen heraf ikke Tolkemyndigheden, da det ikke påhviler ordregiver at håndhæve KL. Det var i første omgang op til virksomhederne selv at vurdere, hvorvidt den indgåede samarbejdsaftale var i strid med KL.<sup>215</sup>

#### *5.2.3.2 Klagenævnets begrundelse og resultat*

KLFU gav Tolkemyndigheden medhold i sagen og henviste først og fremmest til, at KLFU ikke var rette klagemyndighed for konkurrenceretlige spørgsmål. Da UBL § 137, stk. 1, nr. 4 ikke var vedtaget i udbudsbetingelserne, havde KLFU ikke kompetence til at behandle eventuelle konkurrenceretlige aspekter vedrørende udelukkelse. Desuden lagde KLFU vægt på, at besvarelsen af spørgsmålene 33 og 84 alene havde vejledende karakter og ikke kunne opfattes som, at ordregiver fastsatte en udelukkelsesgrund om, at konsortiesamarbejder skulle være i overensstemmelse med KL. Af de grunde, og fordi tilbuddet ikke kunne anses for ukonditionsmæssigt, var der ikke udsigt til at klagen

---

<sup>213</sup> Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 7, spørgsmål 84 og svar

<sup>214</sup> Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 8 ff.

<sup>215</sup> Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 9 ff.

ville blive taget til følge. Da de andre betingelser for opsættende virkning deslige ikke var opfyldte, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt, og dermed var prøvelsen af opsættende virkning KLFU's endelige afgørelse.<sup>216</sup>

---

<sup>216</sup> Tolkdanmark mod den Nationale Tolkemyndighed, side 1 øverst.; side 12 ff.



#### 5.2.4 MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark adskiller sig fra de øvrige afgørelser gennemgået i nærværende afhandling. Sagen drejer sig nemlig ikke specifikt om de konkurrenceretlige virkninger af en konsortieaftale.

Banedanmark udbød den 23. januar 2013 en opgave om bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med ny jernbaneforbindelse mellem København og Ringsted som et udbud med forhandling. Efter udløb af fristen for prækvalifikation blev fem ansøgere prækvalificeret herunder et konsortium bestående af Per Aarsleff A/S og E. Pihl og Søn A/S. Sø- og Handelsretten afsagde efterfølgende konkursdekret over konsortiedeltageren E. Pihl og Søn. Konsortiet indleverede alligevel tilbud dagen efter konkursdekretets afsigelse, uden at konkursboet havde meddelt dets indtræden i konsortiet eller tilbuddet. Under sagen var det ubestridt, at Per Aarsleff ville være blevet prækvalificeret, såfremt der var indleveret selvstændig ansøgning herom.<sup>217</sup>

Selve sagen samt de præjudicielle spørgsmål stillet af KLFU til EUD omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt det var tilladt for ordregiver at lade Per Aarsleff A/S afgive tilbud alene og derved ændre sammensætningen af konsortiet.<sup>218</sup> Der er hverken under sagen ved KLFU eller i den præjudicielle forelæggelse for EUD indeholdt konkurrenceretlige overvejelser om konsortiets lovlighed. Der findes derfor ikke i sagen udtalelser fra KLFU eller EUD om de mulige konkurrenceretlige problemstillinger.

Set i lyset af Vejstriebesagen og den ovenstående gennemgang af de konkurrenceretlige regler samt dertil hørende fortolkningsbidrag, kan der stilles spørgsmålstegn ved, om konsortiet indgået mellem Per Aarsleff og E. Pihl og Søn med henblik på afgivelse af tilbud var i overensstemmelse med de konkurrenceretlige regler om konkurrencebegrænsende aftaler. Det ligger i sagens omstændigheder, at Per Aarsleff havde kapaciteten og muligheden for at løfte opgaven på egen hånd, eftersom Per Aarsleff afgav endeligt tilbud alene og vandt kontrakten uden deltagelse af det konkursramte E. Pihl og Søn.<sup>219</sup>

Sammenholder man forløbet med praksis om konkurrencebegrænsende horisontale aftaler, så er der åbenlyse omstændigheder, der taler for en overtrædelse af KL, idet Per Aarsleff kunne løfte opgaven på egen hånd. I sagen er der af naturlige årsager ikke nærmere redegjort for grundlaget for at vurdere, om konsortiet faktisk var en overtrædelse af KL § 6 og TEUF artikel 101. Idet E. Pihl og Søn gik konkurs og ikke deltog i konkurrencen om udbuddet, ville en vurdering af, om konsortiet begrænsede konkurrencen være omsonst. Såfremt konsortiet var fortsat i uforandret stand med E.

---

<sup>217</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2017, MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark side 1 ff.; side 50.

<sup>218</sup> MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark side 3 nederst ff.

<sup>219</sup> MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark side 2 nederst ff..

Phil og Søn som deltager, var sagen imidlertid oplagt for KFST at undersøge for overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Selvom der under sagen ikke rejses det konkurrenceretlige spørgsmål, om hvorvidt det oprindelige konsortium med Per Aarsleff og E. Pihl og Søn overhovedet var lovligt, har afgørelsen ført til debat om emnet. Dette kan blandt andet ses ud Advokatsamfundets artikel ”Advokaten 1 EUrets politik: Konsortier – a rose by any other name would smell as sweet...” og EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, side 192 og frem.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup><https://www.advokatsamfundet.dk/Service/Publikationer/Tidligere%20artikler/2018/Advokaten%201/EU-rets-politik.aspx> - Artikel Advokat Samfundet af Jacob Pinborg og Grith Skovgaard Ølykke – Senest besøgt d. 16. maj 2020.

## 6. Diskussion og refleksion

I det følgende foretager afhandlingen en diskussion af reglerne for konkurrerende virksomhedernes samarbejde, samt en refleksion over forskellige beslutningsorganers afgørelseskompetencer. Afsnit 6.1 indeholder diskussionen, mens afsnit 6.2 indeholder refleksionen.

### 6.1 Diskussion: *Er reglerne om samarbejde mellem konkurrerende virksomheder i forbindelse med offentlige udbud blevet skærpet over tid?*

Reglerne om samarbejde mellem konkurrerende virksomheder kan deles mellem to retsområder. I forhold til udbudsretten tillader UBLs regler de økonomiske aktører at samarbejde i forbindelse med udbudsprocedurer. Konkurrenceretten bygger omvendt på et forbudsprincip og begrænser samarbejdet mellem førnævnte aktører, hvis deres fælles aftale, praksis eller sammenslutning begrænser konkurrencen under visse forudsætninger.

#### 6.1.1 Samarbejde inden for udbudsloven

Ser man i første omgang på mulighederne for samarbejde inden for rammerne af UBL<sup>221</sup>, så er der tre bestemmelser, som er værd at bemærke. Der er tale om § 139, stk. 2, der tillader sammenslutninger af virksomheder at deltage i udbudsproceduren;<sup>222</sup> § 144, der tillader den økonomiske aktør at basere sin egnethed på andre aktørers økonomiske og finansielle eller tekniske og faglige formlaan;<sup>223</sup> og § 177, der tillader en økonomisk aktør at anvende underleverandører i sit tilbud<sup>224</sup>.

Samarbejdsmulighederne for økonomiske aktører er relativt vide. Det er en fordel for både ordregiverne og de økonomiske aktører, at UBL tillader samarbejde. For ordregiverne udmønter fordelene sig i, at man i udbudsdirektivets ånd åbner konkurrencen om offentlige kontrakter yderligere op, hvorved prisen ifølge den økonomiske teori må gå ned. For økonomiske aktører, der ikke på egen hånd kan deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter, kan samarbejde med en eller flere økonomiske aktører være den eneste realistiske mulighed for at afgive tilbud.

Muligheden for virksomheders samarbejde ved at gå sammen i en sammenslutning ligger i definitionen af, hvad en økonomisk aktør er. UBL definerer en økonomisk aktør som “ *Enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en*

---

<sup>221</sup> Reglerne for samarbejde inden for koncessionsdirektivet og forsyningsdirektivet er magen til udbudsdirektivet.

<sup>222</sup> Udbudsloven § 139, stk. 2: Sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan deltage i udbudsprocedurer. Ordregiveren kan ikke kræve, at sammenslutninger af økonomiske aktører skal have en bestemt retlig form, jf. dog stk. 5.

<sup>223</sup> Udbudsloven § 144, stk. 1: En ansøger eller en tilbudsgiver kan basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formlaan eller tekniske og faglige formlaan, jf. §§ 142 og 143, uanset den retlige karakter af forbindelserne mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og den eller de enheder, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på

<sup>224</sup> Udbudsloven § 177, stk. 1: En ordregiver kan i udbudsmaterialet kræve, at en tilbudsgiver i sit tilbud angiver, hvilke dele af den udbudte kontrakt tilbudsgiveren har til hensigt at give i underleverance til tredjemand, og hvilke underleverandører tilbudsgiveren foreslår

midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet. <sup>225</sup> (understregning tilføjet).

Det er som nævnt ovenfor tilladt for en sammenslutning af virksomheder at afgive tilbud, og der kan deslige ikke stilles krav om sammenslutningens retlige form. Der kan dog stilles krav om en bestemt retlig form ved indgåelse af kontrakten, hvis kontraktens gennemførelse afhænger heraf. Andre krav til sammenslutningen, som adskiller sig fra krav til andre tilbudsgivere, der ikke er en sammenslutning, skal være proportionale og begrundes objektivt.<sup>226</sup>

Muligheden for tilbudsgivere og ansøgere til at basere sin egnethed på andre virksomheder kan eksempelvis udspringe af, at den økonomiske aktør enten ikke selv er egnet, eller fordi udvælgelseskriterierne gør det usandsynligt, at aktøren bliver valgt. Tilbudsgiver skal dog reelt råde over den økonomiske aktørs ressourcer, og tilbudsgiver skal fremlægge støtteerklæring eller anden dokumentation, der bekræfter dette. Hvordan det retlige forhold mellem virksomhederne ser ud, har ikke relevans for, om man må basere sig på andre i et rent udbudsretligt perspektiv, hvilket EU-domstolen udtalte i sagen *Holst Italia*.<sup>227</sup> Det er her, at reglerne om konkurrencebegrænsende aftaler finder sin anvendelse.

Muligheden for tilbudsgivere og ansøgere til at give hele eller dele af den udbudte opgave i underleverance er fri. Som udgangspunkt er tilbudsgiver ikke forpligtet til selv at udføre arbejdet. Dog kan ordregiver fastsætte en oplysningspligt for tilbudsgiveren eller ansøgeren, hvis denne påtænker at anvende underleverandører. Ordregiver kan ligeledes stille krav til underleverandørens egnethed, og at denne ikke må være omfattet af en udelukkelsesgrund. Endeligt har ordregiver mulighed for at kræve visse centrale opgaver ved bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter eller monterings- og installationsarbejder i forbindelse med en vareindkøbskontrakt udført af tilbudsgiveren eller ansøgeren selv.<sup>228</sup>

Hvad der er værd at bemærke i forbindelse med mulighederne for samarbejde inden for rammerne af UBL, er hensynene bag revideringen af udbudsdirektivet fra 2014 og det dertilhørende lovforslag til UBL.<sup>229</sup> I præambelens anden betragtning til udbudsdirektivet fra 2014 anføres således, at tidligere tiders udbudsregler bør revideres. Revisionen skal gøre anvendelsen af offentlige midler mere

---

<sup>225</sup> Udbudsloven § 24, nr. 38

<sup>226</sup> § 139, stk. 2, 4 og 5

<sup>227</sup> Udbudsretten, side 239; Grundlæggende udbudsret s. 527; C-176/98, *Holst Italia*

<sup>228</sup> Grundlæggende udbudsret, side 533 nederst ff.

<sup>229</sup> Direktiv 2014/24, Udbudsdirektivet; lovforslag nr. L-164, fremsat 18. marts 2015

effektiv, hvilket blandt andet bør gøres ved at øge SMV'ers mulighed for deltagelse i offentlige udbudsprocedurer.<sup>230</sup> Det samme følger af lovforslagets afsnit 4.13.

Et af de nye tiltag var, det såkaldte "opdel eller forklar"-princip, hvorefter ordregiver er forpligtet til at forklare, hvorfor denne ikke har opdelt en kontrakt i flere delkontrakter. "Opdel eller forklar"-princippet er indarbejdet i UBL § 49, dog uden nogen efterfølgende sanktion for ordregivere, der ikke følger princippet, eller hvis begrundelse er svag. Ordregivers skøn er vidt, og kun hvis ordregivers skøn strider med principperne i UBL § 2, kan skønnet tilsidesættes.<sup>231</sup>

Et andet nyt tiltag var, ordregivers mulighed for at kræve oplyst, hvorvidt en tilbudsgiver vil give hele eller dele af opgaven i underleverance, men uden begrænsninger af tilbudsgiverens ansvar over for ordregiver. Tiltaget afledes direkte af UBL § 177.

Det sidste nye tiltag var, et revideret loft for ordregivers mindstekrav til de økonomiske aktørs omsætning. Herefter kan ordregiver maksimalt kræve, at den økonomiske aktørs omsætning er på to gange kontraktens værdi, hvilket fremgår af UBL § 142, stk. 2.<sup>232</sup>

På baggrund af ovenstående må det kunne udledes, at mulighederne rent udbudsretligt for samarbejde mellem økonomiske aktører i forbindelse med udbudsprocesser er favorable. Før revisionen af udbudsdirektivet i 2014, var mulighederne for samarbejde til stede, men det øgede fokus på SMV'er har medført bredere muligheder for økonomiske aktører, der ønsker at deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter. Lovforslaget til UBL, der udspringer af det reviderede udbudsdirektiv udtaler enormt rammende herom:

*" Ved at indføre gunstigere regler for adgang til markedet, vil mindre virksomheder have bedre mulighed for at komme ind på markedet, samtidig med at de offentlige myndigheder får mulighed for at udvide leverandørgrundlaget med større konkurrence til følge.*

*Udbudslovsudvalgets udkast til forslag indebærer forbedringer for små og mellemstore virksomheders mulighed for at deltage, når det offentlige sender opgaver i udbud."*<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> SMV er forkortelsen for små og mellemstore virksomheder. Danmarks Statistik og Eurostat definerer SMV'er alene ud fra antallet af fuldtidsbeskæftigede medarbejdere pro anno. Der er tale om virksomheder med op til 249 medarbejdere. Vejledning i konsortiedannelse af 2014 s. 7 nederst ff.; DST analyse af 31. oktober 2016 "Hvornår er små virksomheder små?"

<sup>231</sup> Risvig Hamer, *Nyt udbudsdirektiv - væsentlige ændringer*, emne 5 (ET.2014.145); Karnovs note 239 til UBL § 49, stk. 2

<sup>232</sup> Grundlæggende udbudsret, side 532 midtfor ff

<sup>233</sup> Lovforslag nr. L-164, afsnit 4.13.2 side 52

### 6.1.2 Til formål at begrænse konkurrencen

Overfor UBLs regler virksomheders samarbejde i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer står som nævnt ovenfor forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KL § 6. Det bør her bemærkes, at alle samarbejder inden for rammerne af UBL kan omfattes af forbuddet i KL § 6. Fælles for UBL §§ 139, stk. 2, 144 og 177 er, at virksomhederne udviser en samstemmende vilje, hvilket omfattes af det konkurrenceretlige aftalebegreb. Ønsker to eller flere økonomiske aktører at samarbejde i forbindelse med en udbudsprocedure, vil det væsentligste være, at aktørerne ikke er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til kontrakten, der udbydes.<sup>234</sup>

Vender vi blikket mod udviklingen af retstilstanden vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler, så indførte Folketinget med KL som nævnt i afsnit 2.1.1 et forbudsprincip, hvorefter konkurrencebegrænsende aftaler er forbudte, medmindre visse betingelser undtager aftalen. Tidligere herskede et kontrolprincip, hvorefter en aftale først blev forbudt, når konkurrencemyndigheder foretog et indgreb over for aftalen.

I forhold til anvendelsen af KL § 6 og TEUF artikel 101 har EUD givet et væsentligt bidrag til fortolkningen af, hvilken prøvelse, myndighederne skal foretage, når der henses til om aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, eller om aftalens følger begrænser konkurrencen.

I T-Mobile-sagen anførte EUD, at det var tilstrækkeligt, at aftalen var i stand til at påvirke konkurrencen negativt.<sup>235</sup> Få år senere tog EUD dog afstand fra sig selv i T-Mobile afgørelsen i sagen *Groupment des cartes Bancaires*. Her udtalte man, at *“Det må konstateres, at Retten herved, delvist, så bort fra Domstolens praksis, og dermed begik en retlig fejl hvad angår definitionen af de retlige kriterier, som er relevante for at bedømme et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF (nu TEUF artikel 101.red).”*<sup>236</sup> EUD fortsatte herefter i samme spor og slog fast, at man tidligere med urette havde udtalt, at *“(…) konkurrencebegrænsende formål ikke skal fortolkes indskrænkende”*.<sup>237</sup> I *Groupment des cartes Bancaires* havde Retten i første instans lagt sig i sporet af sagen mod T-Mobile, men det var EUD ikke enig i.

Sidenhen er EUD gået skridtet videre og har udtalt, at konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes indskrænkende i sagerne mod henholdsvis Maxima Latvija fra 2015 og F. Hoffmann-La Roche fra 2018.<sup>238</sup> Der synes dog generelt ikke at være tale om en skærpelse af retstilstanden og deraf en indskrænkelse af mulighederne for samarbejde mellem konkurrerende virksomheder, men blot en

---

<sup>234</sup> Afhandlingens afsnit 2.1.2.2

<sup>235</sup> C-8/08, T-Mobile, præmis 31

<sup>236</sup> C-67/13 P, *Groupment des cartes Bancaires* præmis 56

<sup>237</sup> C-67/13 P, *Groupment des cartes Bancaires* præmis 58

<sup>238</sup> C-345/14, *Maxima Latvija* præmis 18; C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche* præmis 78

præcisering af de retlige rammer. Sagerne ovenfor indebærer næppe en reel ændring i forhold til tidligere retspraksis af fortolkningen af aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen.<sup>239</sup>

## **6.2 Refleksion over afgørelseskompetence:** *Er der forskel på hvorvidt sager om konkurrencebegrænsende aftaler i forbindelse med offentlige udbud anlægges ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Klagenævnet for Udbud?*

For at kunne identificere eventuelle forskelle i sagsforløbet, alt efter hvor sagen oprindeligt er anlagt, er det nødvendigt at se på, hvor sager om konkurrencebegrænsende aftaler i forbindelse med udbud kan starte, samt hvilke kompetencer beslutningsorganerne har. I det følgende afsnit vil forskellene ved de to primære instanser for den pågældende sagstype nemlig KFST og KLFU blive diskuteret. Domstolsbehandling inddrages ikke.

### 6.2.1 Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Rådet består af 7 medlemmer udpeget af erhvervsministeren, og Rådet har det overordnede ansvar for KFST's administration af loven og regler i medfør af KL. Det er desuden Rådet, der træffer afgørelse i principielle og/eller større sager. I praksis foretages al sagsbehandling og alt forberedende og undersøgende arbejde af KFST, der ligeledes er tillagt kompetencen til at træffe afgørelse i medfør af KL. KFST kan selv tage sager op, ligesom sager kan tages op efter anmeldelse, klage eller henvisning. KFST's hovedvirksomhed er dermed at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes. Konkurrencen sikres ved et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, et forbud mod misbrug af dominerende stilling og kontrol af fusioner. Udover sager inden for KLs område, behandler KFST sager inden for tilstødende områder som forbrugerforhold og udbud.<sup>240</sup>

Når KFST eller Rådet har truffet afgørelse i en sag, kan disse ankes til Konkurrenceankenævnet. Næsten alle afgørelser, der fremgår af loven kan ankes til Konkurrenceankenævnet. Der er rekursiv tvang for afgørelser truffet af KFST i medfør af KL. Disse kan derfor ikke indbringes for domstolene, førend Konkurrenceankenævnet har behandlet sagen.<sup>241</sup>

KFST er ligesom andre offentlige myndigheder underlagt officialmaksimen, hvilket indebærer, at KFST skal oplyse sagen eller formå andre til at medvirke hertil, så en materielt korrekt afgørelse kan træffes.<sup>242</sup> For at lette KFST's muligheder for at komme til bunds i konkurrenceretlige sager og undersøgelser, har KFST mulighed for at kræve alle oplysninger udleveret, som man skønner, er nødvendige for deres undersøgelser af om KL er overtrådt. Manglende efterlevelse af en anmodning om udlevering af oplysninger eller videregivelse af vildledende oplysninger kan medføre bøder.

---

<sup>239</sup> Markedsretten, side 306, afsnit 7.96 ff

<sup>240</sup> Konkurrenceloven § 14-15; Gram Mortensen og Steinicke, Dansk Markedsret, side 177 ff.

<sup>241</sup> Konkurrenceloven § 19-20

<sup>242</sup> Forvaltningsret, kapitel 11, side 484.

Endvidere har KFST mulighed for at foretage kontrolundersøgelser af en virksomhed eller sammenlutning og må i forbindelse hermed "(...) gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning (...) uanset informationsmedium." Adgangen til at gøre sig bekendt med og tage kopier gælder ligeledes for dataindhold på elektroniske medier. De oplysninger KFST kommer i besiddelse af som følge af en kontrolundersøgelse kan anvendes til afgørelse af en verserende sag. KFST har ikke en fri og ubegrænset mulighed for at foretage kontrolundersøgelser, idet kontrolundersøgelse kræver forudgående retskendelse.<sup>243</sup>

### 6.2.2 Klagenævnet for Udbud

KLFU blev etableret i 1992 for at opfylde Danmarks forpligtelser i henhold til kontroldirektiverne. KLFU er reguleret ved lov om Klagenævnet for Udbud. Sammensætningen af KLFU afspejler dets natur som et domstolslignende organ, idet klagenævnet består af byrets- og landsdommere.<sup>244</sup>

Enhver med retlig interesse kan indgive klage til KLFU herunder KFST, der er tildelt en særlig klageadgang og udvidet klagefrist. I forbindelse med KLFUs behandling af sager er klagenævnet bundet af parternes påstande, og KLFU vil kun i ekstraordinære tilfælde oplyse sagen selv.<sup>245</sup> Dermed er processen i klagesager for KLFU i væsentlig udstrækning lig civile retssager for domstolene. KLFU tager ikke stilling til andet end parternes påstande og anbringender, ligesom man ikke tager spørgsmål op ex officio. KLFU udtalte selv i EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, at "(...) klagenævnet er et domstolslignende organ, som ikke afgiver vejledende udtalelser, og som ikke af egen drift kan udtale sig om mulige overtrædelser."<sup>246</sup>

Når KLFU har truffet afgørelse, kan parterne indbringe sagen for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelse er meddelt parterne. Indbringes afgørelsen ikke for domstolene, er KLFUs afgørelse herefter endelig. KLFU har desuden kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EUD.<sup>247</sup>

Klagenævnets kompetence ligger inden for de udbudsretlige rammer i UBL, udbudsdirektivet og tilbudsloven jf. Klagenævnslovens § 1, stk. 2. Klagenævnets kompetence strækker sig alene til, om de nævnte retsregler er overtrådte. Klagenævnet kan dermed ikke behandle spørgsmål om, hvorvidt den vindende tilbudsgiver har misligholdt kontrakten med ordregiver, spørgsmål om tilbudsgivernes overtrædelse af konkurrencelovgivning eller overtrædelse af generelle forvaltningsretlige principper.<sup>248</sup>

---

<sup>243</sup> Konkurrenceloven § 17; § 18, stk. 1, 2 og 4; §§ 22-23

<sup>244</sup> Lbk. nr. 593 af 2. juni 2016, lov om klagenævn for udbud § 9; Kontroldirektiverne: direktiv nr. 89/665/EØF 21. december 1989 ændret ved 2007/66/EF af 11. december 2007

<sup>245</sup> Klagenævnsloven §§ 6; 7; 10

<sup>246</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. november 2013, Kinnarps anmodning om indtrædelse i EFG Bondo mod Region Hovedstaden side 19 mf.; Grundlæggende udbudsret, side 802 øverst

<sup>247</sup> Klagenævnsloven § 8; Denne kompetence afledes af EUF-traktatens art. 267; EU-udbudsret side 611 ff.

<sup>248</sup> Klagenævnsloven § 1, stk. 2; Klagenævnsloven § 10, stk. 1



KLFU har imidlertid udtalt, det er i stand til at behandle spørgsmål om overtrædelse af KL, såfremt ordregiver har fastsat overtrædelse af KL som udelukkelsesgrund i udbudsmaterialet. KLFU udtaler i sagen Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkmyndighed, at: *“Det er ikke klagenævnets kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, men såfremt Tolkmyndigheden i udbudsmaterialet har fastsat en udelukkelsesgrund om, at konsortier skal være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen, kan spørgsmålet behandles af klagenævnet som et led i vurderingen af, hvorvidt tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden.”*<sup>249</sup> KLFU undlader herefter i øvrigt helt at tage stilling, om den vindende tilbudsgiver havde overtrådt KL, selvom både klager og ordregiver tog stilling hertil i deres anbringender.<sup>250</sup>

Efter fast klagenævnspraksis prøver KLFU ikke ordregivers skøn. I tilfælde af, at ordregiver har fastsat overtrædelse af KL som udelukkelsesgrund i udbudsmaterialet, vil ordregivers skøn i forbindelse med eventuel udelukkelse ikke blive erstattet med KLFU's skøn i klagesagen. Kompetencen for KLFU strækker sig i forbindelse med en klagesag om ordregivers skønsudøvelse til, om grænserne for skønnet er overholdt, om ordregiver har handlet usagligt eller om principperne om ligebehandling og gennemsigtighed over overtrådte.<sup>251</sup> Et eksempel fra praksis er Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen, hvor KLFU alene tog stilling til, om der var grundlag for at tilsidesætte Moderniseringsstyrelsens skøn.

*“Klagenævnet finder dog ikke anledning til at tilsidesætte Moderniseringsstyrelsen vurdering, hvorefter der ikke er tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen har haft til formål eller haft til følge at fordreje konkurrencen. Klagenævnet har lagt vægt på de foreliggende oplysninger, herunder fra PRINFO Konsortiet om konsortiets mulighed for at optimere det afgivne tilbud, på at Moderniseringsstyrelsen ud over tilbuddet fra PRINFO Konsortiet modtog tilbud fra yderligere syv tilbudsgivere, og på at PRINFO Konsortiet afgav tilbuddet med den næstlaveste pris.”*<sup>252</sup>

KLFU inddrager her elementer, der kunne anføres i forbindelse med en reel konkurrenceretlig vurdering af konsortieaftalens konkurrencebegrænsende virkning, omend det i ovenstående holdes på et noget overordnet niveau. Hvad KLFU's vurdering i sagen reelt har angået, er svært at definere. KLFU finder ikke anledning til at tilsidesætte Moderniseringsstyrelsens vurdering, men om det indebærer en prøvelse af ordregivers skøn, er ikke entydigt. H.P Rosenmeier synes i sin kommentar

---

<sup>249</sup> Den Nationale Tolkmyndighed mod Tolkdanmark side 12 mf.; Se i øvrigt Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen side 22 nederst.

<sup>250</sup> Den Nationale Tolkmyndighed mod Tolkdanmark side 8 ff.

<sup>251</sup> Grundlæggende udbudsret, side 800 ff. Se i øvrigt Udbudsretten, side 547 øverst

<sup>252</sup> Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen side 23 øverst.

til sagen at kunne ane antydninger af, at KLFU netop foretager en vis prøvelse af det konkurrenceretlige forhold. Rosenmeier udtaler, at: “ *Klagenævnet har kompetence til at tage stilling til ordregiverens udelukkelse eller ikke-udelukkelse af konsortiet i medfør af den omtalte udelukkelsesgrund. Til brug for denne stillingtagen har klagenævnet vel også kompetence til at foretage en vis præjudicial (forudsætningsvis) vurdering af konsortiets forhold til konkurrencereglerne. (...) Det må imidlertid være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der er rette adressat for en klage over, at et konsortium er dannet i strid med konkurrencereglerne. Denne styrelse har kompetence til at forholde sig til spørgsmålet og har også forudsætninger og mulighed for det. Klagenævnet for Udbud har derimod principielt ikke en sådan kompetence og har heller ikke de samme forudsætninger.* ” <sup>253</sup>

### 6.2.3 Forskellen ligger i...

Til afgørelse af Vejstribe-sagen foretager KFST kontrolundersøgelser af LKF og Eurostars kontorer i Danmark.<sup>254</sup> I Vejstribe-sagen undersøger KFST, om konsortieaftalen og konsortiets virksomhed er i overensstemmelse med KL. For at kunne foretage vurderingen af konsortiets lovlighed skal KFST oplyse sagen som følge af sin sagsoplysningspligt (officialmaksimen). Sammenlignet med Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen er der altså her en forskel i oplysningen af sagen. I Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen er det parterne, der oplyser sagen som følge af KLFU's kompetence.<sup>255</sup> Samtidigt skal klagenævnet tage stilling til, om ordregiver på baggrund af de foreliggende oplysninger havde plausible indikationer for at de økonomiske aktører havde taget del i en konkurrencebegrænsende aftale.

Denne forskel er et udtryk for de forskellige instansers muligheder for på egen hånd at søge sagen oplyst. KFST skal agere både undersøgelsesmyndighed og afgørelsesmyndighed i forbindelse med en krænkelse af konkurrenceretten modsat KLFU, der er et domstolslignende organ, som er bundet af parternes påstande og anbringender og i øvrigt lader parterne selv oplyse sagen. KLFU's kompetencer ligger i højere grad inden for samme spektrum som Konkurrenceankenævnet.

Forskellen er imidlertid også et udtryk for sagernes genstand. Hvor Vejstribe-sagen er den reelle konkurrenceretlige prøvelse af, om Dansk Vejmarkerings Konsortium er konkurrencebegrænsende, er KLFU's prøvelse i Kailow Graphic begrænset til grænserne for ordregivers skøn. I sidstnævnte foretages der qua KLFU's kompetence ikke en reel konkurrenceretlig vurdering af aftalens mulige konkurrencebegrænsende formål eller følge.

---

<sup>253</sup> H.P. Rosenmeiers kommentar til Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, side 2 mf.

<sup>254</sup> Konkurrencerådets afgørelse i sagen om Dansk Vejmarkerings konsortium af 24. juni 2015, Præmis 36

<sup>255</sup> Se afsnit 6.1.2 om Klagenævnet for Udbuds kompetence

## 7. Konklusion

I det følgende anvendes de indledende arbejdsspørgsmål under afsnit 1.1 til at konkludere over afhandlingens fund. Efter konklusion på hvert arbejdsspørgsmål, foretages en relevant afgrænset perspektivering i forhold til arbejdsspørgsmålet.

### 7.1 Hvornår omfattes et horisontalt samarbejde af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler?

7.1.1 Hvornår omfattes et horisontalt samarbejde af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler?

KFST har i deres vejledning om konsortiedannelse fra oktober 2018 beskrevet sin praksis i forhold til, når der opstår mistanke om en aftales konkurrencebegrænsende karakter. Den 7. maj 2020 offentliggjorde KFST et udkast til en opdateret vejledning om konsortiedannelse på baggrund af Højesterets afgørelse i Vejstribesagen.<sup>256</sup> Det følgende vil udgøre en opsamling af afhandlingens fund.

Overordnet set er horisontale samarbejdsaftaler forbudte, hvis aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen og indgås mellem to virksomheder, der i forbindelse med det konkrete udbud er aktuelle eller potentielle konkurrenter.<sup>257</sup> Virksomhederne kan dog undtages fra forbuddet i § 6, hvis samarbejdet medfører så positive effektivitetsfordele, at konkurrencebegrænsningen opvejes.<sup>258</sup>

Vurderingen af om virksomhederne er konkurrenter, sker på objektivt grundlag ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet. Er udbuddet opdelt i delkontrakter, foregår konkurrencen om hver kontrakt for sig, og virksomhederne er derfor konkurrenter, hvis de selvstændigt kan løfte opgaven i den enkelte delkontrakt. At udbudsmaterialet tillader tilbudsgiverne at tilbyde en samlerabat, og at tidligere udbudskonkurrencer har haft én samlet vinder, ændrer ikke ved ovenstående, hvilket Højesteret slog fast i Vejstribesagen.<sup>259</sup> Opfattelsen af at konkurrencen for udbud, der er opdelt i delkontrakter, foregår på hver delkontrakt, har KFST desuden bekræftet i SOV-afgørelsen, og Bogarting Lagmanskret var af samme opfattelse i Ski Taxi Follo-sagen.<sup>260</sup> KFST henviser i øvrigt til El-Proffen-sagen, hvor de økonomiske aktører kunne byde på hver enkelt rammeaftale og ikke var tvunget til at byde på den samlede opgave.<sup>261</sup>

---

<sup>256</sup> Pressemeddelelse, 7. maj 2020: "Vejledning om fælles bud på opgaver sendt i høring" <https://www.kfst.dk/presse-meddelelser/kfst/2020/20200507-vejledning-om-faelles-bud-paa-opgaver-sendt-i-hoering/> senest besøgt 12. maj 2020.

<sup>257</sup> Se afsnit 2.1.2.2.

<sup>258</sup> Se afsnit 2.1.2.6.

<sup>259</sup> Se afsnit 3.5; Højesterets afgørelse af 27. november 2019, side 8

<sup>260</sup> Se afsnit 5.1.2.2 om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens begrundelse og resultat i SOV: se afsnit 5.1.3.2 om Højesterets begrundelse og resultat i Ski Taxi Follo

<sup>261</sup> Se udkast til konsortievejledning af 2020, side 18; se konsortievejledning af 2018-vejledning, side 14

Udover at virksomhederne, som har indgået samarbejdsaftalen, er konkurrenter i forhold til det konkrete udbud, skal betingelserne, der udledes af KL § 6 og TEUF art. 101 opfyldes, førend samarbejdet rammes af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Der skal som den første betingelse være tale om virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder, hvilket i konkurrenceretlig forstand fortolkes meget bredt. Enhver erhvervsvirksomhed vil opfylde betingelsen. Dernæst skal der være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis. Det konkurrenceretlige aftalebegreb fortolkes, ligesom virksomhedsbegrebet, meget bredt. Det afgørende vil være, at virksomhederne har udtrykt en samstemmende vilje. Herefter skal aftalen have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.<sup>262</sup>

En aftale, der i sig selv har tilstrækkeligt potentiale til at have skadelig virkning på konkurrencen, vil være omfattet af "til formåls"-kategorien. Prisfastsættelse, markedsopdeling eller tilbudskoordinering har typisk konkurrencebegrænsende karakter og falder i "til formåls"-kategorien. Til formåls-kategorien skal dog fortolkes indskrænkende, og myndigheden skal altid tage hensyn til aftalens indhold, de målsætninger, som aftalen søger gennemført og de retlige og økonomiske sammenhænge, som aftalen indgår i.<sup>263</sup> Den norske Høyesterett bekræfter ovenstående i Ski Taxi Follo-sagen, der hviler på rettens forelæggelse af et fortolkningsspørgsmål for EFTA-domstolen. Ligeledes har Højesteret i Danmark fulgt trop i Vejstribesagen.<sup>264</sup>

### 7.1.2 Perspektivering

Løfter man blikket fra den trykte praksis - såvel retspraksis som administrativ praksis - så har der lydt kritik fra både brancheorganisationer, herunder Dansk Industri (DI) og Dansk Byggeri, og rådgiverbranchen. Kritikken går på, at det, for virksomheder med interesse i konsortiesamarbejder fortsat, er uhyre svært at navigere i, hvornår et samarbejde vil blive anset for konkurrencebegrænsende og dermed ulovligt. Accura Advokatpartnerselskab frygter, at konsortier ikke længere vil have plads i konkurrencen om offentlige udbud, mens Dansk Byggeri og DI vil have det gjort tydeligere, hvornår virksomheder er konkurrenter. DI efterlyser desuden klarhed vedrørende muligheden for at blive fritaget fra forbuddet, herunder muligheden for at indhente bindende forhåndstilsagn fra KFST.<sup>265</sup>

---

<sup>262</sup> Se afsnit 2.1.2.5 "Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen"

<sup>263</sup> Se afsnit 2.1.2.5 "Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen"; se desuden afsnit 6.1.2

<sup>264</sup> se afsnit 5.1.3.2 om Høyesteretts begrundelse og resultat i Ski Taxi Follo; se afsnit 3.5 om Højesterets dom i Vejstribesagen.

<sup>265</sup>Licitationen: Byggeriets Dagblag, offentliggjort 29. november 2019, af Morten Munk Andersen, *Ny dom hæmmer konsortier: Vi må finde ud af, hvordan vi kan lære at leve med den Børsen - debatindlæg af Peter Stenholm, offentliggjort 13. december 2019, Højesteret undergår at tage stilling til konkurrenter.* Se bilag 11

Børsen, offentliggjort 10. december 2019, af Morten Crone, *Myndigheder ville berolige om dom - men det virkede ikke.* Se bilag 10

Børsen, offentliggjort 19. december 2019, af Morten Crone, *Ingen direktør vil løbe den risiko: Man risikerer seks års fængsel, men man får ikke at vide, hvordan man kan undgå det.* Se bilag 9

Ud over kritikken af den nuværende retstilstand forbliver spørgsmålet om kapacitetsberegninger endnu ubesvaret. KFST anvender kapacitetsberegninger i sine undersøgelser om eventuelle krænkelse og anbefaler virksomheder at foretage kapacitetsberegninger til eventuel bevisførelse for et samarbejdes nødvendighed. Der synes at kunne spores en vis tilbageholdenhed fra domstolenes side, når det kommer til anvendelsen af kapacitetsberegninger i begrundelsen for, om den pågældende samarbejdsaftale er ulovlig. De øverste domstole i Danmark og Norge samt Marknadsdomstolen i Sverige har undgået at tage direkte stilling til kapacitetsspørgsmål i de i afhandlingen behandlede sager. Vejstribesagen og Ski Follo Taxi-sagen vedrørte begge delaftaler, som konsortiedeltagerne alle kunne løfte mindst én af, mens kapacitetsberegningerne for konsortiedeltagerne angik muligheden for at løfte den samlede opgave. Dette var dog ikke tilfældet i Cements og Aalborg Portland-sagen, hvor kapacitetsspørgsmålet angik den samlede opgave i udbuddet.

---

*AdvokatWatch, offentliggjort 3. december 2019, af Signe Ferslev, Accura-advokater: Højesteretsdom i vejstribesagen er "triste nyheder"*

## 7.2 Hvornår har ordregiver ret og pligt til at udelukke økonomiske aktører med henvisning til, at aftaler begrænser konkurrencen?

7.2.1 Hvornår har ordregiver ret og pligt til at udelukke økonomiske aktører med henvisning til, at aftaler begrænser konkurrencen?

I de tilfælde, hvor ordregiver vælger at inkludere den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4 om tilstrækkelige plausible indikationer på en tilbudsgivers konkurrencebegrænsende aftaler, har ordregiver ret og pligt til at udelukke alle tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrunden.<sup>266</sup>

Rent bevismæssigt kræver udelukkelse tilstrækkelige plausible indikationer. Bestemmelsen indeholder ikke en pligt til at foretage en tilbundsående konkurrenceretlig vurdering.<sup>267</sup> På den anden side har ordregiver hverken ret eller pligt til at udelukke på baggrund af indikationer eller mistanke om samarbejde, fordi to økonomiske aktører i andre sammenhænge samarbejder.<sup>268</sup> Bevismæssigt ligger bedømmelsen, som ordregiver skal foretage, et sted mellem disse to yderpunkter. Anvendelsen af formuleringen “tilstrækkelige plausible indikation” medfører et lempeligere bevismæssigt krav sammenlignet med de øvrige frivillige udelukkelsesgrunde, hvorefter ordregiver skal “påvise”, at tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden.<sup>269</sup>

Ordregivers ret og pligt til at udelukke en tilbudsgiver omfattet af § 137, stk. 1, nr. 4 beror alene på ordregivers inddragelse af § 137, stk. 1, nr. 4 som udelukkelsesgrund i udbudsmaterialet. Det forhold, at ordregiver oplyser om KFST’s praksis vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler og konsortiedannelse kan alene opfattes som vejledende.<sup>270</sup>

Konstaterer ordregiver, at der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer for tilbudsgivers deltagelse i konkurrencebegrænsende aftaler, skal tilbudsgiveren have mulighed for at dokumentere sin pålidelighed. Pålidelighed dokumenteres ved at fremlægge dokumentation for såkaldt “self-cleaning”, der kan indeholde en flerhed af elementer herunder passende konkrete foranstaltninger, der forebygger fremtidige overtrædelser af samme karakter. For at dokumentere sin pålidelighed gennem ovenstående foranstaltninger, har ordregiver ret til at kræve konkurrencemyndighedens afgørelse, der fastlægger omfanget og karakteren af aktørens overtrædelse og efterfølgende samarbejde, hvis en sådan afgørelse er truffet.<sup>271</sup> De konkurrencebegrænsende aftaler, der omfattes af udelukkel-

---

<sup>266</sup> Se afsnit 2.2.3 om Udelukkelse.

<sup>267</sup> Se afsnit 4.3 om hvilken betydning Kailow Graphic sagen har

<sup>268</sup> Se afsnit 5.2.2.2 om Klagenævnets begrundelse og resultat i Bayer mod Banedanmark

<sup>269</sup> Se afsnit 2.2.3.1 om udelukkelse; se afsnit 5.2.2.2 om Klagenævnets begrundelse og resultat i Bayer mod Banedanmark.

<sup>270</sup> Se afsnit 5.2.3.2 om Klagenævnets begrundelse og resultat i Tolkdanmark mod Den Nationale Tolkemyndighed

<sup>271</sup> Se afsnit 2.2.3.2 om self cleaning; se afsnit 5.2.1.1 om spørgsmål 1 og 2 i Vossloh Laeis

sesgrunden, begrænser sig ikke alene til aftaler indgået i forbindelse med det konkrete udbud. Udelukkelsesgrunden omfatter også aftaler indgået forud for udbudsprocessen. I den danske udbudslov begrænses udelukkelse som følge af de frivillige udelukkelsesgrunde til maksimalt to år fra den relevante hændelse ifølge § 138, stk. 7. I forarbejderne til den danske udbudslov fremgår det, at den relevante hændelse skal forstås som tidspunktet for aftalens indgåelse, udnyttelse af aftalen eller senest fra aftalens ophør.<sup>272</sup> Den relevante hændelse må dog forstås som tidspunktet for konkurrencemyndighedens afgørelse, eller endelig dom i tilfælde af, at sagen indbringes for flere instanser.<sup>273</sup>

En klage over ordregivers beslutning om udelukkelse i henhold til § 137, stk. 1, nr. 4 behandles af Klagenævnet for Udbud. Klagenævnets kompetence er begrænset til det konkrete udbud og klagers påstande. Selvom et konsortium påkalder sig offentlighedens interesse på grund af mulige konkurrenceretlige problemstillinger, behandler Klagenævnet ikke spørgsmål af konkurrenceretlig karakter, medmindre en klager nedlægger påstand herom, og spørgsmålet kan rummes i udbudsbetingelserne.<sup>274</sup> Klager kan ikke nedlægge påstand om, at klagenævnet skal finde, at en anden tilbudsgiver har overtrådt KL. Klagenævnet prøver alene ordregivers skøn og skal vurdere, om skønnet er “inden for rammen”. Ønsker klager en fuldstændig konkurrenceretlig vurdering af en påstået overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, vil klager skulle rette henvendelsen til KFST om den påståede overtrædelse. KFST træffer afgørelser om overtrædelse af KL som første instans og er tillagt bredere og mere indgribende undersøgelsesmuligheder i form af blandt andet uanmeldte kontrolbesøg.<sup>275</sup>

### 7.2.2 Perspektivering

Grænserne for ordregivers skøn, herunder hvornår tilstrækkelige plausible indikationer foreligger, har ikke været genstand for mange klagenævnsager for slet ikke at tale om domstolsbehandling af spørgsmålet. Sagen Kailow Graphic behandler spørgsmålet og denne afventer i øjeblikket behandling ved Østre Landsret, før den eventuelt når Højesteret. Hvis sagen gennemføres, må man kunne forvente, at domstolene kan bidrage med fastlæggelse af ordregivers vurdering som følge af § 137, stk. 1, nr. 4.

En anden problemstilling, som spørgsmålet rejser, er ordregivers generelle kontraktuelle interesse i ikke at indgå kontrakt med økonomiske aktører, der deltager i konkurrenceforvridende aktivitet. Det kan begrundes i dels den negative opmærksomhed, der naturligvis følger med en blotlæggelse af et forhold af en sådan karakter, og dels begrundes det i, at KFST kan påbyde et ulovligt samarbejde at ophøre. Et påbud om ophør vil formentligt medføre, at ordregiver skal gennemføre en ny udbudsproces.

---

<sup>272</sup> Se afsnit 2.2.3.3 om udelukkelsesperioden

<sup>273</sup> Se afsnit 5.2.1.2 om spørgsmål 3 og 4 i Vossloh Laeis

<sup>274</sup> Se afsnit 5.2.4 om MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark; se desuden afsnit 6.2.2 og 6.2.3

<sup>275</sup> Se afsnit 6.2

## 7.3 Hvilken rolle spiller udbuddets udformning for konkurrenters samarbejds- muligheder

### 7.3.1 Hvilken rolle spiller udbuddets udformning for konkurrenters samarbejds muligheder?

Økonomiske aktører, der ønsker at samarbejde i forbindelse med tilbudsafgivelse på et udbud, har forskellige muligheder for at strukturere samarbejdet. Med udbudsdirektivet af 2014 og den danske udbudslov udvidede lovgiver mulighederne for samarbejder for blandt andet at tilgodese SMV'er og dermed styrke konkurrencen. Uanset hvilken mulighed de økonomiske aktører vælger, skal de være sikre på, at de ikke er i stand til at løfte den udbudte opgave på egen hånd. Har de økonomiske aktører kapacitet til at løfte opgaven på egen hånd, er udgangspunktet, at de ikke må indgå i et samarbejde med hinanden, da samarbejdet omfattes af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KLs § 6 og TEUF artikel 101.<sup>276</sup>

Uanset om tilbudsgiverne anvender muligheden for at give afgrænsede dele af udbuddet i underleverance, baserer sig på andre økonomiske aktører eller etablerer et konsortium, vurderes samarbejdet i henhold til KL på samme måde.<sup>277</sup>

Der har tidligere været usikkerhed at spore hos praktikere og rådgivere i tilfælde af, at ordregiver har struktureret udbuddet således, at det er muligt at afgive tilbud på en eller flere delkontrakter. Vejstribe-sagen slår fast, at i tilfælde af, at udbuddet er indrettet således, udspiller konkurrencen sig om hver delkontrakt. Denne opfattelse deler Norges Høyesterett i Ski Follo taxi-sagen. Ovenstående har været KFST's praksis gennem en årrække.<sup>278</sup>

Vejstribesagen slår ligeledes fast, at de økonomiske aktørers subjektive opfattelse ikke fører til, at konkurrencen reelt set har udspillet sig på den samlede opgave. Hverken forløbet af tidligere udbud, som er blevet tildelt een tilbudsgiver, eller muligheden for at strukturere sit tilbud med en samlerabat ved tildeling af to eller flere delkontrakter, ændrer herved.<sup>279</sup>

### 7.3.2 Perspektivering

Forskellige forhold kan begrunde konkurrerende virksomheders ønske om at indgå samarbejde i forbindelse med tilbudsgivning, men fælles for dem er, at samarbejdet skal være objektivt nødvendigt. Ordregivers krav til f.eks. omsætning eller erfaring kan begrunde et samarbejde, såfremt deltagerne ikke på egen hånd opfylder disse krav. Det samme kan udbuddets omfang. Hvis udbuddets forhold er så særegne, og risikoen ved at påtage sig opgaven på egen hånd går ud over, hvad der er forretningsmæssigt forsvarligt, kan samarbejdet være en nødvendighed for de økonomiske aktørers

---

<sup>276</sup> Se afsnit 2.1.2.2 om konkurrenter; se afsnit 6.1.1 om samarbejde inden for udbudsloven

<sup>277</sup> Se afsnit 2.1.2.4 om aftale; se afsnit 6.1.1 om samarbejde inden for udbudsloven

<sup>278</sup> Se afsnit 3.2.2; se afsnit 3.5; se afsnit 5.1.2.1; se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra 2018 afsnit 2.1 "hvornår er man konkurrenter?"

<sup>279</sup> Se afsnit 3.5



deltagelse.<sup>280</sup> KFST anfører i sine vejledninger om konsortiedannelse i forhold til KL, at det generelle argument om den forretningsmæssige forsvarlighed ved at placere hele sin aktivitet i en enkelt offentlig kontrakt ikke kan bære synspunktet om samarbejdet er begrundet i risikodeling. Der skal således være konkrete og særlige forhold ved udbuddet, som begrundet samarbejdet ud fra et risikosynspunkt.<sup>281</sup>

Alternativt kan effektivitetsfordele begrunde samarbejde, såfremt de kommer forbrugeren (ordregiver) til gode og opfylder de øvrige betingelser i KL.<sup>282</sup> I Vejstribesagen fandt man at sådanne effektivitetsfordele ikke var til stede, og samarbejdet kunne derfor ikke begrundes, selvom konsortiet afgav det samlet laveste tilbud. Lignende fandt man ikke effektivitetsfordele, der kunne begrunde samarbejde i hverken SOV eller Ski Follo Taxi-sagen. Manglen på sager hvori klare effektivitetsfordele begrundet samarbejde kan bero på det forhold, at KFST som udgangspunkt ikke rejser sager, hvor de i deres indledende vurdering har fundet tilstrækkelige effektivitetsgevinster, der kan begrunde samarbejdet.<sup>283</sup>

---

<sup>280</sup> Se afsnit 5.1.1.2 og 5.1.1.3 om Cementa og Aalborg Portland

<sup>281</sup> Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konsortievejledning af 2018, side 17, afsnit 2.1.1.3; se udkast til konsortievejledning af 2020, side 22 afsnit 2.1.3

<sup>282</sup> Se afsnit 2.1.2.6

<sup>283</sup> Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konsortievejledning af 2018 s. 29; Se udkast til konsortievejledning af 2020, s. 36

## 8. Litteraturliste

### 8.1 Artikler

Advokaten 1, *EUretspolitik: Konsortier - a rose by any other name would smell as sweet...*, af Jacob Pinborg og Grith Skovgaard Ølykke, Advokatsamfundet d. 29. januar 2018

- <https://www.advokatsamfundet.dk/Service/Publikationer/Tidligere%20artikler/2018/Advokaten%201/EU-retspolitik.aspx> - senest besøgt d. 17. maj 2020

AdvokatWatch, offentliggjort 3. december 2019, af Signe Ferslev, *Accura-advokater: Højesteretsdom i vejstribesagen er "triste nyheder"*

Børsen, offentliggjort 10. december 2019, af Morten Crone, *Myndigheder ville berolige om dom - men det virkede ikke*. Se bilag 10

Børsen - debatindlæg af Peter Stenholm, offentliggjort 13. december 2019, *Højesteret undergår at tage stilling til konkurrenter*. Se bilag 11

Børsen, offentliggjort 19. december 2019, af Morten Crone, *Ingen direktør vil løbe den risiko: Man risikerer seks års fængsel, men man får ikke at vide, hvordan man kan undgå det*. Se bilag 9

ET.2014.145 Karnov Group, offentliggjort den 5. maj 2014 af Carina Risvig Hamer, *Nyt udbudsdirektiv - væsentlige ændringer*

Licitationen: Byggeriets Dagblad, offentliggjort 29. november 2019, af Morten Munk Andersen, *Ny dom hæmmer konsortier: Vi må finde ud af, hvordan vi kan lære at leve med den*

U.2013B.1, Karnov Group, af Jens Ravnkilde, *Hvad er en retskilde?*

### 8.2 Litteratur

Fejøl, Jens og Ølykke, Grith Skovgaard

- EU-Konkurrenceret, 5. udgave (2014), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Fenger, Niels

- Forvaltningsret, 1. udgave (2018), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Gram, Ole Bent og Steinicke, Michael

- Dansk markedsret, 4. udgave (2015), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Hamer, Carina Risvig

- Grundlæggende udbudsret, 1. udgave (2016), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jacobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers

- EU-udbudsretten, 3. udgave (2016), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Larsen, Torsten Bjørn og Straton-Andersen, Kristian Helge

- Markedsretten, 1. udgave (2019), Karnov Group

Munk-Hansen, Carsten

- Retsvidenskabsteori, 2. udgave (2018), DJØF Forlag

Steinicke, Michael m.fl.

- Grundlæggende EU-ret, 2. udgave (2011), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Treumer, Steen (red.) m.fl.

- Udbudsretten, 1. udgave (2019), Ex Tuto Publishing A/S

Tvornø, Christina D. og Nielsen, Ruth.

- Retskilder og retsteorier, 5. udgave (2017), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth

- EU's Udbudsregler - i dansk kontekst, 2. udgave (2017), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

## 8.3 Lovgrundlag mv.

### 8.3.1 EU-lovgivning

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, TEUF

- Lissabon-traktaten januar 2008 sammenskrevet med det gældende traktatgrundlag

Kontroldirektiverne:

- Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Udbudsdirektivet:

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

Forsyningsvirksomhedsdirektivet:

- 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

### 8.3.2 Dansk lovgivning

*Udbudsloven*, Lov nr. 1564 af 15. december 2015.

*Lov om klagenævnet for Udbud*, Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016

*Konkurrenceloven*, Lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018

Lovforslag:

- L 6 Forslag til lov om ændring af KL, bemærkninger til lovforslaget, afsnit 1. (fremsat 4. oktober 2017)
- Folketingstidende tillæg A (2014-2015), forslag til Udbudslov, L. 164, fremsat 18. marts 2015
- Folketingstidende 1. samling, tillæg A (1996/1997), Lovforslag til Konkurrencelov, 1996/1 LSF 172/97, fremsat 20. februar 1997

## 8.4 Afgørelser, beslutninger mv.

### 8.4.1 EU domstolen

Sag 6/64 - Flaminio Costa mod ENEL

- I afhandlingen omtalt som *Costa ENEL*

Sag C-56 og 58/64, Établissements Consten S.à.r.l. og Grundig-Verkaufs-GmbH mod Kommission for De Europæiske Fællesskaber

- I fodnoter omtalt som *De forenede sager C-56/64 & C-58/64, Consten & Grundig*

Sag 106/77 - Det Italienske Finansministerium mod S.p.a Simmenthal

- I afhandlingen omtalt som *Simmenthal*

Sag C-21/03 og C-34/03 - Fabricom mod Belgien

- I afhandlingen omtalt som *Fabricom*

Sag C-454/06 - Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund)

- I afhandlingen omtalt som *Presstext*

Sag C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV og Vodafone Libertel NV mod Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

- I afhandlingen omtalt som *T-Mobile*

Sag C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires mod EU-Kommissionen

- I afhandlingen omtalt som *Groupement des Cartes Bancaires*

Sag C-345/14, SIA Maxima Latvija mod Konkurences padome

- I afhandlingen omtalt som *Maxima Latvija*

Sag C-396/14, MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark

Sag C-179/16, F. Hoffmann-La Roche m.fl. mod Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

- I afhandlingen omtalt som *F. Hoffmann-La Roche*

Sag C-531/16 – Specjalizuotas Autotransportas og Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras

- I afhandlingen omtalt som *Specjalizuotas Autotransportas*

Sag C-124/17 - Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH

- I afhandlingen omtalt som *Vossloh Laeis*

#### 8.4.2 Afgørelser fra Højesteret

Højesterets dom af 27. november 2019 i Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S

- <http://www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Documents/191-18.pdf> - senest besøgt 1. maj 2020
- I afhandlingen omtalt som Højesterets som i Vejstribesagen

U.2014.2663 - Højesteretsdom af 3. juni 2014

#### 8.4.3 Afgørelser fra Sø- og Handelsretten

Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet. SH2018.U-2-16 og SH2018.U-3-16.

- I afhandlingen omtalt som *Sø- og Handelsrettens dom i Vejstribesagen*.

#### 8.4.4 Afgørelser fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 20. juni 2017 i MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

- I afhandlingen omtalt som *MT Højgaard og Züblin mod Banedanmark*

Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 22. december 2017 i Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed.

- I afhandlingen omtalt som *Tolkdanmark mod Den nationale Tolkemyndighed og Tolkdanmark mod Tolkemyndigheden*

Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 28. september 2018 i Bayer A/S mod Banedanmark.

- I afhandlingen omtalt som *Bayer mod Banedanmark*

Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 5. december 2019 i Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

- I afhandlingen omtalt som *Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen*

Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 29. november 2013 i Kinnarps anmodning om indtrædelse i EFG Bondo mod Region

#### 8.4.5 Afgørelser fra Konkurrenceankenævnet

Konkurrenceankenævnets afgørelse af 11. april 2016 i Eurostar A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet.

- I afhandlingen omtalt som *Konkurrenceankenævnets afgørelse af vejstribesagen*

#### 8.4.6 Afgørelser fra Konkurrencerådet

Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014 i Skive og omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering.

- I afhandlingen omtalt som *SOV*

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 om Dansk Vejmarkerings Konsortium

- I afhandlingen omtalt som *Konkurrencerådets afgørelse i vejstribesagen*

#### 8.4.7 Afgørelser fra udenlandske domstole

Marknadsdomstolens beslutning af 8. oktober 1997 i Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrenceverket. Se bilag 6

- I afhandlingen omtalt som *Cementa og Aalborg Portland*

Stockholms Tingsrätt beslutning af 3. januar 1997 i Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrenceverket. Se bilag 5

Norges Høyesteretts dom af 22. juni 2017 i Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxi AS mod Staten v/ Konkurransetilsynet. Se bilag 7

- I afhandlingen omtalt som *Ski Follo Taxi*

## 8.5 Vejledninger

### 8.5.1 Vejledninger fra EU-Kommissionen

EUT, C 11, årg. 54, 14. januar 2011, *Kommissionens meddelelse — Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*

EUT C 101 af 27. april 2004 s. 97 - 118, *Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3*

EUT 97/C 372/03 af 9. december 1997, *Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*

### 8.5.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledninger mv.

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (juni, 2014), *Vejledning i konsortiedannelse - for små og mellemstore virksomheder*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (oktober, 2018), *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*

- I afhandlingen omtalt som *Konsortievejledningen af 2018*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2018), *Udbud med deltagelse af konsortier, vejledning til ordregivere*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2018), *Opdel kontrakten eller forklar*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (maj, 2020), *Når virksomheder afgiver fælles bud - en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold* (udkast)

- I afhandlingen omtalt som *udkast til Konsortievejledningen af 2020*

## 8.6 Øvrigt

Kommentar til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, af H.P. Rosenmeier. Se bilag 8

Klagenævnet for Udbud, årsberetning 2018

Store Norske Leksikon, sidst besøgt 16. maj 2020.

- <https://snl.no/Follo>

Analyse: "hvornår er små virksomheder små?" Anne Katrine Bach Jensen, Jesper Moltrup-Nielsen og Peter Bøegh Nielsen, Dansk Statistik Analyse af 31. oktober 2016

European Parliament, Fact sheets on the European Union, Public procurement contracts

- <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/34/public-procurement-contracts#>, sidst besøgt 17. maj 2020.



## 9. Abstract

Public procurement contracts play an important part in the economy of the EU member states. It is estimated that approximately 16% of the EU GDP is made up from public procurement contracts.<sup>284</sup> This enormous financial incentive is the reason of the public procurement regulation. The purpose of the regulation is to create an internal market for public procurement contracts and through that better competition and a more efficient use of the taxpayer's money.

While the Danish public procurement law and the EU public procurement directive leaves companies with wide possibilities of joining forces in relation to the tender process, the Danish competition act. and the EU competition regulation upholds a ban on agreements, which limits the competition as a default.

The aim of this thesis is to clarify when it is allowed for competitors to enter into consortiums, and when the contracting authority has the right and the obligation to exclude a consortium on the basis of the Danish public procurement act § 137, stk.1, no. 4.

To fulfill the object of this thesis it is necessary to clarify the requirements and possibilities that lies within the regulation of public procurement. Here it is stated that if the contracting authority "*has sufficient plausible indications to conclude that the economic operator has entered into agreements with other economic operators aimed at distorting the competition*", the contracting authority can be obligated to exclude the economic operator in question.<sup>285</sup> However the extent of "sufficient plausible indications" is yet to be clarified. To shed light on this, the thesis deals with the decision from the Public Procurement Appeals Board in the case *Kailow Graphic*. A question raised in the case is whether the contracting authority should have excluded a consortium on the basis of the Danish public procurement act § 137, stk. 1, no. 4. The Danish Complaints Board for Public Procurement found that the decision of the contracting authority had been within its judgement, and The Danish Complaints Board for Public Procurement did not find sufficient backing to overturn the judgement of the contracting authority. The *Kailow Graphic* case has been appealed and is currently pending trial at the Eastern High Court.

Regarding competition law this thesis relays that case law from the Danish Competition and Consumer Authority has been consequently showing how corporations, who on their own have the capability of fulfilling a public procurement contract, are precluded from joint bidding. This practice is in accordance with Communication from commission - guidelines on the applicability of art. 101 of the treaty of the functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, and in

---

<sup>284</sup> <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/34/public-procurement-contracts#>, sidst besøgt 13. maj 2020.

<sup>285</sup> Directive 2014/24/EU article 57, 4, litra d; the Danish public procurement act § 137, stk. 1, no. 4.

the preparatory work of the Danish competition law. However, there is left a gap, where co-operation is legal, even if the economic operators own their own could have fulfilled the contract. This gap is left open for agreements from which the advantages of are transferred to the consumer. The Supreme Court of Denmark recently made its ruling on a case relating to this question. Here a consortium was limiting the competition, as the economic operators could have participated on their own, as the public procurement contract was divided into three smaller lots. In the specific case the Supreme Court of Denmark expressed, that neither the subjective conception of the consortium nor the previous procurement process or the specific discount-structure could change the fact, that the competition related to the lots and the participants of the consortium therefore own their own had the capability of participating in relation to at least one lot.

On the basis of the analysis of case law and relevant regulation the thesis moves to discussing the difference between cases from The Danish Competition and Consumer Authority and The Danish Complaints Board for Public Procurement, and the question of whether the regulation of agreements restricting the competition has been tightened during the course of time.

The thesis has addressed the complex field between competition regulation and public procurement law. Some questions are still to be answered, however through the thesis it is concluded that when a public procurement contract is divided into lots the competition relates to these, and that exceptional circumstances must be present if economic operators, who are capable of fulfilling at least one lot, wish to form a consortium.