

Konsortiesamarbejde i
Når virksomheder afgiver
fælles bud
- en vejledning om konsortiesamar-
bejde i forhold til konkurrenceloven

Vejledning

~~2018~~2020



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

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

~~Oktober 2018~~ [September 2020](#) – Denne vejledning erstatter vejledningen fra ~~april~~ [oktober](#).

2018 Online ISBN ~~978-87-7029-701-4~~ [978-87-7029-734-9](#)

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Indhold

Kapitel 1	4
Indledning	4
1.1 Konsortier og konkurrencereglerne	56
1.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering	7
1.3 1.2 Vejledningens indhold	68
1.4 1.3 Gode råd til virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium	69
Kapitel 2	12
Begrænser konsortiet konkurrencen?	912
2.1 Hvornår er man konkurrenter?	1013
2.2 Praktiske eksempler på relevante overvejelser ved beregning af kapacitet	20
2.2 2.3 Er der flere deltagere end nødvendigt?	2128
2.3 2.4 Vurdering af konsortier mellem konkurrenter i forhold til opgaven	2229
Kapitel 3	35
Effektivitetsfordele ved konsortier	2735
3.1 Effektivitetsfordele der kan bevirke, at konsortiet er lovligt.....	2735
3.2 Gruppefritagelser	3443
Kapitel 4	45
Informationsudveksling i forbindelse med konsortier	3545
4.1 Informationsudveksling når konsortium overvejes	3546
4.2 Informationsudveksling under samarbejdet	3647

Kapitel 1

Indledning

Udbud af ~~private og offentlige~~ og private opgaver sker med henblik på at skabe konkurrence om opgaverne. I nogle tilfælde går virksomheder sammen om at ~~byde på en opgave~~ afgive fælles bud på en offentlig eller privat opgave. ~~Oftest kaldes sådanne samarbejder konsortier.~~ Sådanne samarbejder kaldes ofte "konsortier", men selve betegnelsen er dog ikke afgørende for den konkurrenceretlige vurdering. I Danmark er det ret udbredt at indgå i den type samarbejde, og det kan være af stor værdi for både de offentlige og de private ordregivere. Det kræver imidlertid, at sådanne samarbejder ikke i realiteten begrænser konkurrencen og evt. er i strid med konkurrenceloven, men i stedet medvirker til at skabe værdi for kunderne.

Det er ~~derfor således~~ derfor således vigtigt at være opmærksom på konkurrencereglerne, når man overvejer at indgå i et konsortium. Konkurrencereglerne forbyder, at virksomheder indgår konkurrencebegrænsende aftaler. Dette forbud har været i den danske konkurrencelov siden 1998, ~~og men~~ og men har været gældende efter det tilsvarende forbud i EU's konkurrenceregler, siden Danmark i 1972 blev medlem af De Europæiske Fællesskaber , jf. også boks 1.1 nedenfor. Det er også disse principper, der ligger til grund for sagen om Dansk Vejmarkerings Konsortium, der senest blev stadfæstet ved Højesteret.¹

~~Samtidig er konkurrencereglerne imidlertid~~ Konkurrencereglerne er indrettet således, at konsortier, der er til gavn for forbrugerne, typisk er lovlige, hvis visse andre betingelser i konkurrencelovens § 8 i øvrigt er opfyldt – også selvom konsortiet umiddelbart er konkurrencebegrænsende , jf. kapitel 3 nedenfor.

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

Helt overordnet gælder ~~således~~ således, at et konsortium typisk vil være lovligt , hvis konsortiedeltagerne efter konkurrencelovens § 6, hvis konsortiedeltagerne ikke er konkurrenter i forhold til den opgave, konsortiet skal udføre. ~~Det samme er tilfældet~~ Konsortiet vil tilsvarende være lovligt efter konkurrencelovens § 8, hvis virksomhederne løser opgaven mærkbart bedre og/eller billigere for ordregiveren end , hvis de bød alene, og virksomhederne i øvrigt ikke udveksler mere information, end hvad der er nødvendigt for at løse opgaven. Mange konsortier vil derfor være gavnlige for konkurrencen.

~~Derimod vil konsortier~~ Et konsortium, hvor deltagerne hver især kan byde på opgaven og ~~dermed derfor~~ dermed er konkurrenter om opgaven, og hvor samarbejdet ikke er til gavn for ordregiveren og dermed ikke opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 8, vil normalt ikke være lovlige. Ligeledes kan det i helt særlige tilfælde være problematisk, hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt for at løse den konkrete opgave , jf. afsnit 2.2 nedenfor. Konsortier, der svækker konkurrencen om opgaven og eventuelt medfører højere priser, har samme virkninger som et egentligt kartel. Denne form for samarbejde er skadeligt for forbrugerne og for det store flertal af virksomheder, som efterlever konkurrencereglerne.

Når en virksomhed skal vurdere sin kapacitet i forhold til en konkret opgave, kan det have betydning, om virksomheden er en del af en koncern, hvor det er muligt at trække på koncernens kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer. Det er dog ikke de formelle (fx selskabsretlige) strukturer, der i sig selv er afgørende for vurderingen af et selskabs kapacitet.

Det er virksomhedernes eget ansvar at overholde konkurrencereglerne. Det er derfor virksomhederne selv, der skal vurdere, om et samarbejde er lovligt. Virksomhederne ved i mange tilfælde godt, om et samarbejde er til gavn for forbrugerne, og om de øvrige betingelser er opfyldt.

~~Men hvis~~ Hvis man er i tvivl om et konsortium er lovligt, bør man søge juridisk rådgivning fx hos en advokat, inden man indleder samarbejdet uden, at det dog kan fritage virksomheden for ansvar.

Desuden kan virksomheder søge uformel vejledning ~~i~~ hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om et påtænkt samarbejde. Processen for at indhente uformel vejledning og hvilke oplysninger man skal indgive, er nærmere beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om processer i konkurrencesager, som ligger på styrelsens hjemmeside.

Boks 1.1

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Det fremgår af konkurrencelovens § 6, at:

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

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder har som nævnt været en del af konkurrenceloven siden 1998. Det fremgår bl.a. af forarbejderne fra 1997 til konkurrenceloven, at:

"Enhver form for konkurrencebegrænsning rammes af forbudet [sic] i § 6. [...] Udtrykket "til formål eller til følge" er alternative kriterier. Forbudet [sic] rammer således både aftaler m.v., der tilsigter begrænsninger, selv om de ikke får denne virkning, og aftaler m.v., der har sådanne virkninger, uanset intentionerne. § 6 kræver således ikke, at der faktisk har fundet en påvirkning sted." 4

Idet enhver form for konkurrencebegrænsning rammes af forbuddet, har konsortieaftaler mellem konkurrenter, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, også være omfattet af dette forbud siden 1998. Det fremgår imidlertid også af forarbejderne fra 1997, at en konsortieaftale vil kunne anses for lovlig:

"Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene vil have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer)." 5

Tilsvarende fremgår det af de horisontale retningslinjer fra EU-Kommissionen,6 at:

"Prisfastsættelse er et af de vigtigste konkurrencemæssige problemer i forbindelse med markedsføringsaftaler mellem konkurrenter. Aftaler, der kun omfatter fælles afsætning, har generelt til formål at samordne konkurrerende producenter eller serviceudbyderes prispolitik."7

og videre, at:

"En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejde, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer. Et konkret eksempel herpå er konsortieaftaler, der giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre enkeltvis. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1."

1.1 Konsortier og konkurrencereglerne

Konkurrence om en opgave medfører lavere priser og/eller bedre kvalitet i opgaveløsningen. Når to virksomheder, der hver især er i stand til at byde på en opgave, indgår en aftale om at afgive et fælles bud på opgaven, vil der være risiko for, at der bliver afgivet færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen. Dette medfører, at den konkurrence og usikkerhed om konkurrenters ageren, der ellers ville have været mellem de to tilbudsgivere, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes. Dette vil kunne normalt medføre højere dyrere eller ringere bud.

Mange samarbejder og konsortier vil være lovlige i forhold til efter konkurrencereglerne. Det kan enten være fordi deltagerne ikke er konkurrenter i forhold til opgaven, eller fordi fordelene for blandt andet de direkte fordele for kunderne ved at gå, at virksomhederne går sammen overstiger de konkurrencemæssige ulemper (og visse andre betingelser i øvrigt er opfyldt, jf. kapitel 3 herom).

Så længe deltagerne ikke er konkurrenter om den konkrete opgave, og der ikke foreligger særlige forhold som fx, at der deltager flere end nødvendigt, jf. afsnit 2.2, vil selve det, at de danner et konsortium og afgiver et fælles bud, normalt således ikke i sig selv være problematisk i forhold til konkurrencereglerne.

Hvis der derimod er tale om, at deltagerne er aktuelle eller potentielle konkurrenter om opgaven, vil det skulle vurderes, hvorvidt konsortiet begrænser konkurrencen (dvs. om samarbejdet har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen). Hvis dette er tilfældet, og konsortiet i øvrigt ikke er omfattet af en gruppefritagelse eller bagatelreglerne (som kun gælder såkaldte til følge overtrædelser) eller af en gruppefritagelse som kan have relevans ved såkaldte "til følge"-overtrædelser), vil konsortiet alene være lovligt, hvis det medfører effektivitetsfordele. Gevinsterne skal endvidere komme, hvis gevinsterne heraf kommer forbrugerne til gode, og samarbejdet og de konkurrencebegrænsende hvis de konkurrencebegrænsende elementer i samarbejdet må desuden ikke gå går videre end det, hvad der er nødvendigt for at løse opgaven. Desuden må samarbejdet ikke udelukke, og hvis aftalen ikke udelukker konkurrencen om opgaven.

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

Set ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er selve formen for og benævnelsen af samarbejdet ikke afgørende. Der gælder således ikke særlige regler for konsortier. Det er samarbejdets reelle indhold og ikke dets betegnelse, der er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering. De principper, der kommer til udtryk i denne vejledning, vil derfor også kunne gælde andre former for samarbejde mellem virksomheder i forbindelse med udbud, fx underleveranceforhold. Samarbejder som fx underleveranceaftaler kan antage mange forskellige former, og det er ikke hensigten med denne vejledning at gennemgå alle disse.

Denne vejledning vedrører samarbejder, hvor virksomheder går sammen i forhold til et konkret udbud med henblik på at afgive et fælles bud. De overordnede principper, der kommer til udtryk i denne vejledning, vil også gælde andre former for samarbejder mellem virksomheder i forbindelse med udbud, fx underleveranceaftaler. Underleveranceaftaler vil ikke blive gennemgået yderligere i denne vejledning.

Ved fortolkningen af de danske konkurrenceregler er EU-praksis vejledende, og i sager med samhandelspåvirkning anvendes EU-konkurrencereglerne direkte. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet tilstræber at have samme praksis som de øvrige lande, der higeledes følger praksis fra EU-Kommissionen og EU-Domstolen. Vejledningen har derfor været drøftet med EU-Kommissionen og konkurrencemyndigheder i andre lande, ligesom vejledningen inddrager en række EU-afgørelser og afgørelser fra andre lande, hvor vurderingen baserer sig på EU-praksis.

I Danmark har der i de senere år været et par konkurrencesager om konsortier, og der

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

1.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering af sager

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan efter konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt., beslutte, hvilke sager Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ønsker at prioritere at bruge ressourcer på.

I Danmark har der i de senere år været et par konkurrencesager om fælles bud. Særligt sagen om Dansk Vejmarkerings Konsortium⁹ har medført øget opmærksomhed på konsortieaftaler. I denne sag fastslog Højesteret – ligesom Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet – at en konsortieaftale skal vurderes med afsæt i den konkurrenceretlige analyse, som hidtil har været anvendt i retspraksis. Det skal således først vurderes, om virksomhederne er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til den udbudte opgave. Herefter skal det vurderes, om aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og endeligt, om der er effektivitetsfordele forbundet med aftalen, der opvejer de eventuelle konkurrencebegrænsninger. Højesteret fandt, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter om den udbudte opgave, da virksomhederne havde kapacitet til at byde på delbud. Højesteret fandt videre, at konsortieaftalen objektivt set var egnet til (og konkurrenceretligt havde til formål) at begrænse konkurrencen, da aftalen ikke havde karakter af et produktionssamarbejde eller i øvrigt lagde op til et samarbejde mellem virksomhederne omkring de pågældende ydelser, og dermed alene udgjorde en fordeling af de pågældende distrikter imellem parterne. Endeligt fandt Højesteret, at det ikke var godtgjort, at betingelserne for en individuel fritagelse var opfyldt.

Hvis der er tale om et væsentligt integreret samarbejde mellem konkurrenter med henblik på at afgive fælles bud, vil der ikke skulle anlægges en "til formåls"-vurdering, men derimod en "til følge"-vurdering, jf. i øvrigt kapitel 2. Hvis samarbejdet har til følge at begrænse konkurrencen, vil det fortsat skulle undersøges, om samarbejdet medfører effektivitetsfordele – bl.a. som følge af integrationen af aktiver og/eller kompetencer – som kan opveje de negative følger på konkurrencen, jf. se kapitel 3 herom.

Det gælder også i de sager, der er blevet taget op, at der klart og utvivlsomt ikke har været et effektivitetsforsvar for samarbejdet. Det skal bl.a. også ses i lyset af, at der ikke var nogen nævneværdig grad af integration af virksomhedernes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer i forbindelse med udførelsen af opgaven. De sager, som er blevet taget op, var således alene udtryk for aftaler om markedsdeling og fælles prisfastsættelse og har dermed været af den kategori, der er blevet anset for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Sagerne har derfor været kendetegnet ved, at Konkurrencerådet har vurderet, at der var tale om klare overtrædelser af reglerne og har typisk også handlet om virksomheder, der er nære konkurrenter med store samlede markedsandele eller brancher, som er kendetegnet ved begrænset konkurrence, jf. i øvrigt boks 1.2 om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering af sager.

Boks 1.2

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioritering af sager

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen prioriterer generelt de sager, der vurderes at have størst effekt for konkurrencen og for forbrugerne. Det kan også omfatte principielle spørgsmål, som rækker ud over den konkrete sag.

I forbindelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af, hvorvidt en specifik sag om at afgive fælles bud på en konkret opgave skal prioriteres, vil der almindeligvis blive lagt vægt på, om en eller flere af følgende elementer er til stede:

» Parterne har en stor markedsandel på det marked, som opgaven er en del af,

» Parternes aktiviteter er meget overlappende, dvs. parterne fx ikke er specialiseret inden for forskellige segmenter,

» Samarbejdet indebærer ikke en integration af parternes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på frembringelsen af det konkrete produkt eller ydelse for at kunne afgive et bedre bud.

» Samarbejdet medfører ikke oplagte effektivitetsfordele.
» Parterne kunne hver især have budt på opgaven selv.

1.3 1.2 Vejledningens indhold

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

For at undgå at overtræde konkurrenceloven skal en virksomhed, der overvejer ønsker at byde på en opgave sammen med en eller flere andre virksomheder, foretage en række overvejelser.

Virksomheden skal først og fremmest afklare, om den kan klare opgaven den udbudte opgave selv. Det afhænger blandt andet af den måde, udbuddet er tilrettelagt på. Hvis virksomheden kan efter en objektiv vurdering fastslår, at de realistisk kan eller vil kunne løfte opgaven selv, men alligevel vælger at indgå i et konsortium, der skal løse opgaven og dermed afgive et fælles bud, kan der være tale om et samarbejde, der begrænser konkurrencen (dvs. har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen). Vejledningens *kapitel 2* redegør nærmere for disse vurderinger, hvornår virksomheder er aktuelle eller potentielle konkurrenter.

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

Det er endvidere vigtigt at være opmærksom på, at de informationer, som bliver udvekslet mellem virksomheder, der deltager i et konsortium, eller mellem virksomheder, som drøfter muligheden herfor, ofte vil udgøre oplysninger om centrale konkurrenceparametre. Udveksling af sådanne oplysninger kan i sig selv begrænse konkurrencen, og virksomhederne skal derfor være meget varsomme hermed. Dette er nærmere behandlet i vejledningens *kapitel 4*.

1.4 1.3 Gode råd til virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium

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

1. I må gerne indgå en konsortieaftale, hvis I objektivt set ikke er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til det konkrete udbud.

Din virksomhed må som udgangspunkt gerne indgå en konsortieaftale, hvis din virksomhed hverken er aktuel konkurrent om det konkrete udbud eller potentiel konkurrent om det konkrete udbud med den virksomhed, som du ønsker at indgå aftalen med. I dette tilfælde vil selve indgåelsen af et konsortium ikke være et konkurrenceretligt problem, medmindre der gælder nogle helt særlige forhold, jf. fx at der er flere deltagere end nødvendigt, jf. afsnit 2.2.

Du skal dog fortsat være opmærksom på eventuelle øvrige konkurrenceretlige problematikker i forbindelse med udformningen af konsortieaftalen, fx må samarbejdet ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for at udføre den konkrete opgave som fx at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger i forhold til markeder, hvor I er aktuelle eller potentielle konkurrenter.

2. Hvis du tidligere har budt på en opgave alene, vil dette pege i retning af, at du kan byde på opgaven eller en lignende opgave alene, når denne udbydes på ny.

Hvis din virksomhed tidligere har kunnet byde på en opgave, og dermed været i stand til at udføre opgaven alene, vil dette pege i retningen af, at din virksomhed også vil have kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til at varetage opgaven eller en lignende opgave alene, når denne udbydes på ny, medmindre der fx er sket nogle ændringer i din virksomheds kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer.

- 1.3. Lav en realistisk vurdering af, om din virksomhed ~~allerede har kapaciteten, eller om det vil kunne udgøre en holdbar økonomisk strategi at udvide kapaciteten til det, der er nødvendigt for at kunne byde alene.~~ udgør en aktuel konkurrent eller en potentiel konkurrent i forhold til den konkrete opgave.

Dette bør du have fastlagt, inden du taler med andre virksomheder herom. Det afgørende er her, om din virksomhed ~~har evnerne~~ objektivt set er i stand til at udføre opgaven – ikke om din virksomhed ikke ønsker at udføre opgaven alene.

Aktuel konkurrent i forhold til udbuddet: Lav en realistisk vurdering af, om din virksomhed allerede har den nødvendige kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer som udbuddet kræver. Forretningsmæssige overvejelser om, hvorvidt din virksomhed ønsker at byde på den konkrete opgave alene, er uden betydning herfor.

Potentiel konkurrent i forhold til udbuddet: Lav en realistisk vurdering af, om din virksomhed objektivt set har en reel mulighed for at udvide kapaciteten, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til det, der er nødvendigt for at kunne byde alene.

- 2.4. ~~Det kan~~ Hvis du indgår en samarbejdsaftale med en virksomhed, og har undersøgt, om I kan byde på den konkrete opgave hver for sig, kan det være en fordel at kunne dokumentere fx kapacitetsberegninger.

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

Almindeligvis vil konkurrencemyndighederne ikke prioritere en sag, hvor det umiddelbart vurderes, at der i et samarbejde er effektivitetsfordele til gavn for forbrugerne.

3. Fastlæg om din egen virksomheds kapacitet er tilstrækkelig, inden du taler med andre virksomheder om etablering af et konsortiesamarbejde til at byde på en opgave.

Hvis det viser sig, at din virksomhed kan klare opgaven alene, vil du skulle være særligt opmærksom på, om de oplysninger, du udveksler om opgaven med andre virksomheder, vil kunne udgøre ulovlig informationsudveksling.

4. ~~Gå ikke flere virksomheder sammen end nødvendigt for at udføre opgaven.~~

Det sikreste er ikke at gå flere sammen end nødvendigt.

5. Undlad at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger med andre virksomheder, inden det er afklaret, om I er konkurrenter i forhold til opgaven.

Konkurrencefølsomme oplysninger vil typisk vedrøre priser, produktion, kunder, markeder, salg og omkostninger.

5. Rene afsætningsamarbejder er typisk ulovlige, hvis I er konkurrenter i forhold til den udbudte opgave.

En konsortieaftale mellem din virksomhed og en konkurrerende virksomhed, som reelt alene er udtryk for en aftale om afsætning af din virksomheds individuelle produkter eller ydelser, vil blive anset for at have til formål at begrænse konkurrencen og dermed som udgangspunkt være ulovligt. Dette vil fx være tilfældet, hvor deltagerne fordeler udførelsen af en konkret opgave imellem sig uden at integrere deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer.

6. Undlad at udveksle mere information end nødvendigt.

Ved vurderingen af om du kan indgå en aftale med en anden virksomhed om at afgive fælles bud på en konkret opgave, skal du være opmærksom på, hvilke oplysninger du udveksler.

Du må ikke oplyse i videre omfang end nødvendigt. Fx må I ikke drøfte til hvilken pris I skal byde (aktuelle eller potentielle). Sådanne oplysninger vil kunne mindske virksomhedernes uafhængige beslutningstagen og incitament til at konkurrere.

,men kan også vedrøre andre kommercielle vilkår.

- 6.7.** Undlad at udveksle mere information end hvad der er nødvendigt for den konkrete opgave, som konsortiet er etableret for at udføre.

Selvom samarbejdet er lovligt, er det vigtigt at huske, at I kan være konkurrenter i forhold til andre opgaver. Udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger ud over, hvad der er nødvendigt, vil derfor kunne være ulovligt.

- 7.8.** Hvis I er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til opgaven, men et samarbejde medfører effektivitetsgevinster, som kommer ordregiver til gode og derigennem mindst opvejer konkurrencebegrænsningen, er det en fordel at kunne dokumentere disse.

I en eventuel konkurrencesag vil det være en fordel at kunne dokumentere, at konsortiet fører til fx lavere priser, bedre produktkvalitet eller større udvalg af de produkter eller tjenesteydelser, udbuddet vedrører, og at de har et omfang, der mindst opvejer konkurrencebegrænsningen.

Der kan fx være tale om kvantitative gevinster fx i form af omkostningsbesparelser som følge af en reduktion i brugen af ressourcer eller stordriftsfordele.

Der kan også være tale om kvalitative gevinster fx i form af et nyt eller forbedret produkt/ydelse.

- 8.** Husk, at eventuelle effektivitetsgevinster (kvantitative og/eller kvalitative) skal komme ordregiver til gode og derigennem mindst opveje konkurrencebegrænsningen.

I en eventuel konkurrencesag vil det være en fordel at kunne dokumentere, at konsortiet fører til fx lavere priser, bedre produktkvalitet eller større udvalg af de produkter eller tjenesteydelser, udbuddet vedrører, og at de har et omfang, der mindst opvejer konkurrencebegrænsningen.

- 9.** Udvid ikke et konsortiesamarbejde til at omfatte mere end den opgave, I er gået sammen om at udføre.

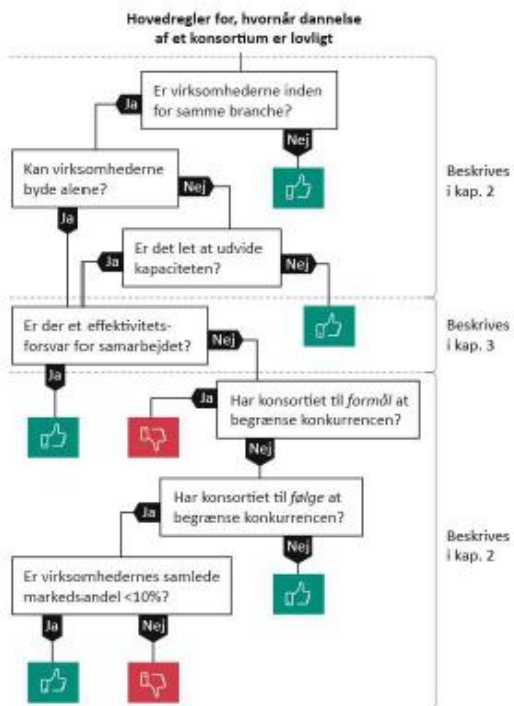
Selvom I ikke er konkurrenter i forhold til én opgave, vil I kunne være konkurrenter i forhold til andre opgaver. Det skal derfor vurderes fra gang til gang, om I kan deltage i et konsortium i forhold til hver enkelt opgave.

- 10.** Hvis du er i tvivl, søg kan du søge juridisk bistand.

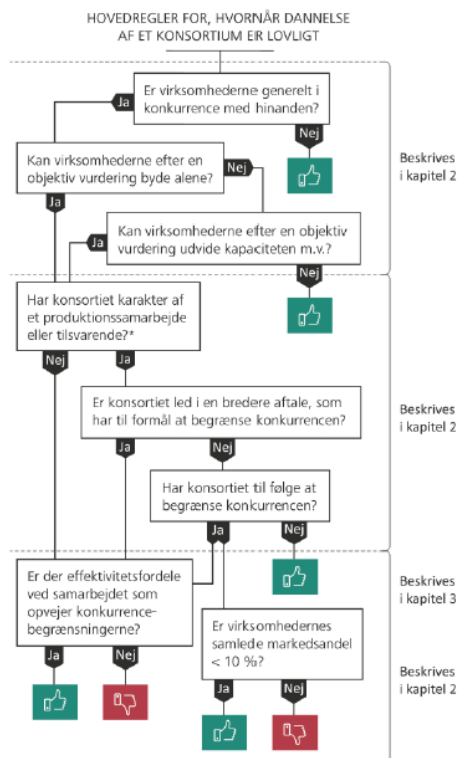
~~De overvejelser, en virksomhed skal foretage sig for at vurdere, om dannelse af et konsortium med henblik på at afgive et fælles bud, er lovligt. I figuren nedenfor er det forsøgt at give en lidt mere generel og trinvis oversigt over de overvejelser, en virksomhed evt. skal igennem for at vurdere, om dannelse af et konsortium er lovligt i henhold til konkurrencereglerne, er overordnet angivet i nedenstående figur. Det Der er tale om en stiliseret beskrivelse, som alene ikke nødvendigvis skal følges trin for trin. Illustrationen vedrører alene selve dannelsen af et - og således konsortium og ikke andre mulige konkurrencebegrænsninger som følge af samarbejdet, fx ulovlig informationsudveksling, -jf. kapitel 4. For nærmere uddybning af, hvordan et konsortium skal vurderes, henvises til kapitel 2 og 3.~~

Figur 1.1 Hovedregler for, hvornår dannelse af et konsortium er lovligt

2018 figur



2020 figur



Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Kapitel 2

Begrænser konsortiet konkurrencen?

Udgangspunktet i konkurrenceloven er, at et samarbejde mellem virksomheder (herunder konsortier), der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er forbudt. Det følger af konkurrencelovens § 6. Hvis der er samhandlingspåvirkning, vil konsortiet også være i strid med EU-konkurrencereglerne (TEUF artikel 101). Konkurrencelovens § 6, stk. 1, lyder:

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

Helt overordnet gælder, at aftaler mellem virksomheder konkurrenceretligt har til formål at begrænse konkurrencen når der er tale om aftaler, objektivt set i kraft af deres karakter ("by object") er egnede til at begrænse konkurrencen, som har til formål ("by object") at begrænse konkurrencen, er kendetegnet ved, at de i deres natur er egnede til at skade konkurrencen.

"Til formål" knytter sig således til aftalens karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng og ikke til, hvad der måtte være den subjektive hensigt med aftalen. Denne kategori af aftaler omfatter fx aftaler om priser og markedsdeling. Andre former for samarbejde (som ikke ligger i "til formål"-kategorien) skal undergives en vurdering af, om de har konkurrencebegrænsende virkninger for derigennem at fastlægge, om de har *til følge* at begrænse konkurrencen ("by effect"), jf. afsnit 2.42.3.2.

Et konsortium er et samarbejde mellem virksomheder, hvor der typisk er tale om, at konsortiedeltagerne går sammen om at udføre afgive et fælles bud på en offentlig eller privat opgave. Selve indgåelsen af sådan et konsortium vil kunne begrænse konkurrencen, hvis konsortiedeltagerne er konkurrenter i forhold til opgaven. Det vil de være, hvis de hver for sig selv kan klare løse den pågældende opgave.

Et konsortium begrænser derimod almindeligvis ikke konkurrencen, hvis de virksomheder, der indgår i konsortiet, ikke er i stand til selv at udføre opgaven. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhederne producerer forskellige ydelser og dermed tilhører forskellige brancher. Det kan også være en mulighed, hvis virksomhederne tilhører samme branche, men at de fx på grund af opgavens størrelse eller kompleksitet objektivt set ikke kan klare opgaven selv. I så fald vil virksomhederne ikke være konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, og det er som udgangspunkt det, der er relevant i en konkurrenceretlig vurdering af et konsortium.

Selvom konsortiedeltagerne er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, og konsortiet er konkurrencebegrænsende, kan konsortiet alligevel godt være lovligt i henhold til konkurrencereglerne. Det er tilfældet, hvis samarbejdet medfører effektivitetsfordele, der bevirker, at virksomhederne kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver for sig, og disse fordele opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. kapitel 3.

I mange tilfælde vil det være oplagt, om en virksomhed kan klare den konkrete opgave alene, eller om det er nødvendigt at indgå et samarbejde for at kunne byde på en opgave. I andre tilfælde kan vurderingen være mere vanskelig.

Denne vurdering skal foretages fra gang til gang, dvs. i forhold til det konkrete udbud. Det vil derfor typisk ikke være forbudt-lovligt at have "faste" konsortiepartnere i det omfang, samarbejdet dermed går videre end, hvad der er nødvendigt i forhold til det de konkrete udbud, jf. også boks 2.1.

Hvis der skulle opstå en konkurrencesag, vil det være en fordel at kunne fremvise eventuelle

analyser og overvejelser, som ~~begrunder det pågældende konsortiesamarbejde.~~

Boks 2.1

Eksempel på sag, hvor virksomheder var faste konsortiepartnere

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte

Sagen vedrørte fem italienske virksomheder, der var aktive inden for indsamling af slam. Virksomhederne var de største på markedet med en samlet markedsandel på over 50 pct., og de havde igennem en årrække haft et samarbejde om at byde sammen på offentlige udbud. De udbud, de vandt, delte de mellem sig til en aftalt pris.

De italienske konkurrencemyndigheder vurderede, at det systematiske samarbejde om at byde sammen på udbud fjernede konkurrencen mellem virksomhederne og medførte en markedsdeling. Der var derfor tale om overtrædelse af konkurrencereglerne.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius

Sagen vedrørte to litauiske byggefirmaer, som inden for en toårig periode havde indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Virksomhederne havde indgået aftaler om, hvordan de enkelte opgaverne i hver af de 24 udbud samt indtægterne skulle fordeles mellem dem, hvis de vandt de pågældende opgaver.

Forvaltningsdomstolen i Vilnius fandt, at virksomhederne var i stand til at deltage i udbuddet alene og konkurrere mod hinanden. Virksomhedernes systematiske samarbejde om at indgå en aftale om at afgive fælles bud ved 24 forskellige udbud medførte, at virksomhederne hverken konkurrerede om opgaven eller prisen herpå.

Dette blev stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen som bemærkede, at virksomhedernes beslutning om at afgive fælles bud var en beslutning, som skulle vurderes fra sag til sag på baggrund af, om det var objektivt nødvendigt.

Det vil ofte, hvis der fx klages til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over et konsortium, være en fordel at kunne fremvise eventuelle analyser og overvejelser, som ligger til grund for det pågældende konsortiesamarbejde. Det kan evt. indebære, at sagen ikke vil blive prioriteret af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

2.1 Hvornår er man konkurrenter?

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

Begrebet "konkurrenter" omfatter såvel aktuelle som potentielle konkurrenter. Begrebet konkurrenter omfatter således både virksomheder, som opererer på det samme relevante marked (aktuelle konkurrenter), og virksomheder, som inden for en kort tidsperiode har en reel og konkret mulighed for at foretage de nødvendige skridt som kræves for, at virksomheden kan byde på den relevante opgave eller komme ind på det relevante marked, hvor den anden virksomhed opererer (potentielle konkurrenter). Hvis to virksomheder kan betragtes som potentielle konkurrenter, skal virksomhederne derfor også overveje, om et samarbejde om en konkret opgave vil kunne begrænse konkurrencen om denne opgave. EU-Domstolen har i den forbindelse fastslået, at "Ved vurderingen af, om der forekommer potentiel konkurrence, skal der tages hensyn til strukturen på markedet og til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori det indgår."

En aftale mellem to virksomheder om at afgive fælles bud på en konkret opgave vil således i visse tilfælde ikke begrænse konkurrencen om den konkrete opgave. Dette vil være tilfældet, hvis din virksomhed ikke aktuelt kan varetage den konkrete opgave alene eller ikke potentielt vil kunne foretage de nødvendige skridt inden for en vis tidsperiode til at kunne varetage den konkrete opgave alene. I sådan et tilfælde vil et samarbejde med en anden virksomhed, der heller ikke kan varetage denne opgave, ikke i sig selv kunne begrænse konkurrencen, da virksomhederne ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave.

Ved vurderingen af lovligheden af et konsortium, er det afgørende derfor, om virksomhederne er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, som konsortiet skal udføre.

At vurderingen af om virksomheder er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave også omfatter *potentiel* konkurrence, er fast praksis i sager, hvor virksomheder samarbejder. Vurderingen foretages bl.a. på baggrund af ~~følgende kriterier:~~

» ~~Muligheden, om muligheden~~ for at indtræde på ~~markedet et marked~~ som konkurrent ~~skal være realistisk reel og konkret~~. En rent teoretisk mulighed er ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger potentiel konkurrence.

» ~~Det afgørende er ikke, om virksomheden har konkrete intentioner om at indtræde på markedet, men om den har evnerne hertil, jf. også boks 2.2.~~

I boks 2.2. nedenfor fremgår nogle sager, som viser vurderingen af, hvornår virksomheder er potentielle konkurrenter. Selvom sagerne ikke relaterer sig til konsortier, er det nogle af de samme betragtninger i forhold til vurderingen af potentiel konkurrence, som en virksomhed skal foretage ved indgåelsen af et konsortium.

Dette led i en vurdering af lovligheden af et konsortium vil generelt i denne vejledning blive refereret til som spørgsmålet om, hvorvidt parterne er "konkurrenter i forhold til opgaven".

Boks 2.2

Eksempler på vurdering af potentiel konkurrence

Toshiba

Sagen vedrørte en markedsdelingsaftale mellem Toshiba-virksomheder i EØS-området og i Japan. Der var tale om en såkaldt "gentlemen's agreement" om, at virksomhederne i EØS-området henholdsvis Japan ikke ville trænge ind på hinandens markeder. Eftersom de ikke var aktive på de samme geografiske markeder, var de ikke faktiske konkurrenter. Det forhold, at der ikke forelå særligt uoverstigelige barrierer for adgang til EØS-markedet, bevirkede imidlertid, at der bestod et potentielt konkurrenceforhold mellem aftaleparterne, og dermed at aftalen om markedsdeling begrænsede konkurrencen.

Lundbeck

Sagen handlede om, at Lundbeck havde indgået aftaler med producenter af generiske medicinalprodukter om at udskyde leveringen af kopimedicin. Eftersom der for kopiproducenter er mulighed for meget høje profitter for de, der kommer først på markedet med kopiprodukter efter udløb af patentet, er der et kapløb mellem kopiproducenter om at komme først, og producenterne er derfor villige til at foretage store investeringer med henblik på at forberede lancering af kopimedicin. Som følge heraf udgjorde kopiproducenternes tilstedeværelse sammenholdt med, at de havde en forretningsplan og en ~~realistisk~~ reel og konkret mulighed for at blive leverandør af kopimedicin til Lundbecks produkt, at de, ifølge Kommissionen, var at anse for potentielle konkurrenter. Kommissionens afgørelse blev stadfæstet af Retten. Sagen er fortsat under appel.

Generics m.fl.

Sagen handlede om originalmedicinproducenten, GlaxoSmithKline ("GSK"), som havde indgået en aftale med en række generiske medicinproducenter. Aftalen indebar bl.a., at de generiske medicinproducenter mod diverse former for vederlag fra GSK midlertidigt i en periode på op til 3 år skulle undlade at fremstille, importere eller levere kopiprodukterne i UK samt undlade at anfægte GSK's procespatents gyldighed. Som led i en præjudiciel forlæggelse udtalte Domstolen, at virksomhederne befandt sig i en potentiel konkurrencesituation, når der mellem disse producenter var en tvist om, hvorvidt dette patent var gyldigt, eller de pågældende generiske produkter krænkede patentet, og når det var fastslået, at producenten af de generiske lægemidler reelt havde en fast beslutsomhed og en selvstændig evne til at indtræde på markedet, og der ikke forelå hindringer, som var uoverstigelige, for denne producents markedsindtræden.

I forhold til fælles budgivning via et konsortium betyder det, at de virksomheder, der byder sammen, er aktuelle konkurrenter i forhold til opgaven, hvis de allerede er i stand til at udføre den udbudte opgave selv. Hvis de ikke allerede har kapaciteten- knowhow og/eller økonomiske ressourcer til selv at udføre opgaven ~~men forholdsvist let kunne få den, men har reel og konkret mulighed for at få det inden for en vis tidsperiode~~, er de potentielle konkurrenter. ~~Hvad der ligger i "forholdsvist let" vil være en konkret vurdering, der som~~

angivet ovenfor baserer sig på, at muligheden herfor skal være realistisk i forhold til opgaven. Hvorvidt der foreligger en reel og konkret mulighed, vil for virksomheden være en konkret vurdering, som bl.a. afhænger af den opgave, udbuddet vedrører.

Det er uden betydning for vurdering af, om virksomheder kan betragtes som konkurrenter i forhold til den udbudte opgave, om den fælles budgivning vedrører et offentligt eller privat udbud. Ønsker en virksomhed derfor at deltage i et privat udbud fx vedrørende udførelsen af rengøring hos en privat virksomhed, skal denne virksomhed gøre sig de samme overvejelser som ved et offentligt udbud.

En vurdering af, om virksomheder kan klare den konkrete opgave hver især, og om de dermed er konkurrenter om denne opgave, afhænger i første omgang af skal ske på et objektivt grundlag ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet.

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en konsortiesag vurderer, om virksomheder er aktuelle konkurrenter i forhold til hinanden den udbudte opgave, ses på, om virksomhederne allerede har den kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, der er nødvendig for at byde alene. Her tages udgangspunkt i de den kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, som virksomhederne har adgang til, jf. også boks 2.3.

Boks 2.3

Eksempel på vurderingen af aktuelle konkurrenter

Dansk Vejmarkerings Konsortium

Sagen vedrørte udbud af vejmarkering. Vejdirektoratet havde tilrettelagt et udbud af vejmarkering i tre forskellige distrikter. Det var muligt at byde på et, to eller alle tre distrikter. To af de største aktører på markedet for vejmarkering gik sammen og dannede Dansk Vejmarkerings Konsortium og afgav et fælles bud på udbuddet.

Det var ubestridt, at virksomhederne havde kapacitet til at varetage delbud. Konkurrencerådet fandt derfor, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter og lagde vægt på, at begge virksomheder havde de økonomiske ressourcer, knowhow samt adgang til maskine- og mandskabskapacitet, som udbuddet krævede til hver af afgive delbud. Dette blev tiltrådt af Konkurrenceankenævnet, som også fandt, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter, da virksomhederne kunne varetage delbud alene. Højesteret stadfæstede dette og fastslog, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter, da det var ubestridt, at virksomhederne kunne varetage delbud alene.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius

Som tidligere nævnt vedrørte sagen to litauiske byggefirmaer, som inden for en toårig periode havde indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Begge virksomheder kunne opfylde de minimumskrav, som var forbundet med prækvalifikationsrunden. Den ene virksomhed havde bemærket, at uden aftalerne om at afgive fælles bud, vil virksomheden ikke kunne have deltaget i konkurrencen om opgaverne efter prækvalifikationsrunden, da virksomheden ikke havde tilstrækkelige lignende kontrakter til at opfylde de krav, som fulde af de forskellige udbud.

Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen fandt, at de lignende kontrakter, som virksomheden faktisk havde, var tilstrækkelige til at opfylde de minimumskrav, som fulde af udbuddene. Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen bemærkede, at det faktum, at virksomheden var gået sammen med en anden virksomhed om at afgive fælles bud, idet virksomheden herved forbedrede sine chancer for at vinde, ikke ændrede på denne vurdering. Endeligt bemærkede Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, at uklare udbudsbetingelser ikke kunne retfærdiggøre en begrænsning af konkurrencen.

Når styrelsen vurderer, om virksomheder er potentielle konkurrenter i forhold til hinanden en udbudt opgave, ses på, om det er realistisk der foreligger en reel og konkret mulighed for, at virksomhederne fx vil kunne udvide deres kapacitet-, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til det, der er nødvendigt for at kunne byde på opgaven alene, selvom den ikke umiddelbart har kapaciteten-, knowhow og/eller økonomiske ressourcer hertil. Der vil altid være tale om en konkret vurdering af, om den nødvendige udvidelse af kapaciteten, knowhow og/eller økonomiske ressourcer på baggrund af en objektiv vurdering vil udgøre en holdbar økonomisk strategi for virksomheden. Det betyder, at en rent teoretisk mulighed for at løse

opgaven alene ikke er tilstrækkelig; muligheden skal være reel. ~~Det skal indgå i vurderingen, at virksomhedens tilbud skal "kunne give lønsom drift. Se boks 2.3. Det betyder også, at en subjektiv vurdering af, om virksomheden ønsker at udvide dennes kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer ikke i sig selv er afgørende. Se også boks 2.4 nedenfor.~~

Der skal således være tale om en realistisk vurdering af, om den enkelte virksomhed i forhold til de konkrete omstændigheder, markedsstrukturen og dens nuværende størrelse vil kunne udvide sin kapacitet, ~~knowhow og/eller økonomiske ressourcer~~ med det, den mangler for at kunne udføre opgaven alene inden for den tidsramme, der er angivet for opgaven. En sådan vurdering vil ~~særligt være relevant fx inddrage, hvis~~ hvorvidt den kapacitet, ~~knowhow og/eller økonomiske ressourcer~~, der mangler, udgør en begrænset andel af den kapacitet, ~~knowhow og/eller økonomiske ressourcer~~, virksomheden i forvejen har. Det vil også kunne indgå, om virksomheden tidligere har påtaget sig opgaver af samme størrelse uden at ~~gå i~~ indgå et samarbejde med andre.

Vurderingen skal ske på et objektivt grundlag, dvs. der ses på, om virksomheden ~~har evnerne hertil~~ objektivt set har en reel og konkret mulighed for at løse opgaven alene ~~- ikke blot om den har intentionerne og ikke, om virksomheden fx har tænkt sig at løse opgaven alene, jf. også boks 2.4.~~

Boks 2.4

~~Boks 2.3~~

Eksempel på vurdering af udvidelsesbehov

El Proffen-sagen

Denne norske sag handlede om et fælles tilbud indgivet af fem el-virksomheder på en rammekontrakt opdelt i 4-6 aftaler. Den norske konkurrencemyndighed vurderede med udgangspunkt i de krav, der fulgte af udbudsmaterialet, hvorvidt om de fem virksomheder ville have kunnet klare opgaven hver især. Som led heri vurderede myndigheden behovet for arbejdskraft for at kunne udføre opgaven i forhold til, hvor mange ansatte den enkelte virksomhed havde eller havde planer om at få. Myndigheden så endvidere på mulighederne for at skaffe ekstra arbejdskraft for det tilfælde, at den enkelte virksomhed ikke rådede over den fornødne arbejdskraft. Det var sædvanligt i branchen at indleje arbejdskraft i tilfælde af kapacitetsbehov, og udbuddet gav mulighed for, at man kunne afslå opgaver ved mangel på kapacitet. Konkurrencemyndigheden kom på den baggrund frem til, at alle fem virksomheder enten allerede havde den nødvendige kapacitet, eller at de med enkelte mindre tilpasninger af kapaciteten ville være i stand til at udføre opgaven alene.

Den norske ankeinstans stadfæstede afgørelsen og ~~supplerede vurderingen af, at de fem virksomheder hver især havde tilstrækkelig kapacitet, med, at minimumskravet pr. tilbudsgiver var en omsætning på ca. 5 mio. NOK, og at en montør omsatte for 1,6 mio. NOK årligt. På den baggrund ansås det for påpegede i øvrigt, at det var~~ tilstrækkeligt med 3-4 montører til at klare opgaven, hvilket virksomhederne enten allerede rådede over eller havde mulighed for at indleje.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius

Som tidligere nævnt vedrørte sagen to litauiske byggefirmaer, som inden for en toårig periode havde indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Den ene virksomhed havde anført, at denne ikke kunne udføre arbejdet alene i de forskellige kontrakter, da virksomheden ikke havde det nødvendige mandskab eller økonomiske ressourcer til at udføre arbejdet i alle kontrakter alene.

Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen afviste dette argument, og bemærkede, at virksomheden tidligere havde indgået underleveranceaftaler eller indgået aftaler om at afgive fælles bud med virksomheder, som ikke kunne udføre udbuddene alene, hvorfor virksomheden kunne have brugt den samme praksis i forhold til de udbud, som sagen vedrørte. Det var uden betydning for vurderingen heraf, om virksomheden faktisk var i stand til at udføre arbejdet i alle udbuddene, hvis virksomheden havde vundet disse.

I situationer, hvor udbyder på baggrund af en prækvalifikationsrunde har udvalgt et antal ansøgere til at afgive tilbud, vil udgangspunktet være, at det er disse virksomheder, der kan anses som konkurrenter i forhold til det konkrete udbud. Virksomhederne skal dog holde sig for øje, hvornår de indgår aftalen om at samarbejde i forhold til udbud med mulighed for prækvalifikation. Hvis virksomhederne indgår en aftale om at afgive fælles bud inden prækvalifikationsrunden, kan virksomhederne betragtes som konkurrenter, hvis de kan eller vil kunne varetage udbuddet alene. Hvis virksomhederne indgår en aftale om at afgive fælles bud efter prækvalifikationsrunden, hvor den ene virksomhed er blevet prækvalificeret, men

den anden virksomhed ikke er, vil virksomhederne umiddelbart ikke betragtes som konkurrenter, og kan dermed afgive et fælles bud. Dette skyldes, at virksomhederne, som er blevet prækvalificeret, er de eneste virksomheder, som kan deltage i konkurrencen om udbuddet som følge af prækvalifikationen. Virksomheder, der ikke er prækvalificeret, er således **umiddelbart** ikke konkurrenter **i forhold til det konkrete udbud til de, der kan afgive tilbud, i det pågældende udbud, medmindre der gælder nogle helt særlige forhold, som fx at virksomheden har afstået fra at blive prækvalificeret med henblik på at afgive fælles bud efterfølgende.** Det kan imidlertid ikke udelukkes, at udbudslovens ligebehandlingsprincip vil være til hinder for, at **prækvalificerede**-virksomheder **efter de er prækvalificeret** indgår konsortier med virksomheder, der ikke er prækvalificeret.

Boks 2.5

Eksempel på betydningen af mulighed for prækvalifikation

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius

Som tidligere nævnt havde to litauiske byggefirmaer inden for en toårig periode indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Virksomhederne havde argumenteret for, at aftalerne om at afgive fælles bud ikke havde begrænset antallet af bud, som ordregiverne havde modtaget. Hertil bemærkede Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, at en aftale om at afgive fælles bud hverken må begrænse konkurrencen i prækvalifikationsrunden eller efterfølgende. Den Højeste forvaltningsdomstol i Litauen fandt, at aftalerne om at afgive fælles bud påvirkede konkurrencen i forhold til prækvalifikationen, idet konkurrencen, som skulle have fundet sted i forbindelse med prækvalifikationen, var blevet begrænset.

På samme måde vil udgangspunktet ved en indbudt licitation eller ved underhåndsbud efter tilbudsloven være, at alene de virksomheder, der er indbudt, kan anses som konkurrenter i forhold til det pågældende udbud. Da sådanne virksomheder i andre sammenhænge vil kunne være konkurrenter, er det væsentligt at være opmærksom på, at der ikke udveksles mere information end strengt nødvendigt, jf. kapitel 4.

Hvis der omvendt er tale om et samarbejde mellem to virksomheder, der begge er prækvalificerede til at byde på den samme opgave, vil dette selvsagt understøtte, at virksomhederne er konkurrenter **i forhold til det i det** pågældende udbud.

2.1.1 2-1-1 Er samarbejdet objektivt nødvendigt?

Ved vurderingen af, om virksomheder må byde sammen, er det afgørende, om samarbejdet **i forhold til den markedsmæssige sammenhæng er nødvendigt. Det har derimod ikke i sig selv betydning** objektivt set er nødvendigt. Det er derfor ikke afgørende for vurderingen, hvilket subjektivt formål virksomhederne har med samarbejdet. Se boks 2.6. nedenfor. 12, jf. også boks 2.4.

Boks 2.4-2.6

Eksempel på vurdering af objektiv nødvendighed

Däckia/Euromaster-sagen

Denne svenske sag omhandlede udbud af en rammeaftale vedrørende levering af dæk til blandt andet politiet. De to parter, Däckia og Euromaster, gjorde gældende, at udbuddet efter deres opfattelse omfattede både dæk og dækservice, og at der stilledes krav om geografisk dækning nationalt. Ud fra de forudsætninger manglede de hver især kapacitet til at byde alene.

En gennemgang af udbudsmaterialet viste imidlertid, at udbuddet alene omfattede dæk, og at det ikke stillede krav om geografisk dækning men alene ~~til~~, at der sammen med tilbuddet skulle indleveres en oversigt over værksteder, hvor dæk kunne udleveres. Som følge heraf vurderede domstolen, at samarbejdet ikke var objektivt nødvendigt.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius

~~To~~ Som tidligere nævnt havde to litauiske byggefirmaer ~~havde~~ inden for en toårig periode indgivet fælles bud på 24 forskellige udbud af opgaver på renovering af skoler og børnehaver. Virksomhederne havde indgået aftaler om, hvordan de enkelte opgaver ~~samt indtægterne i hver af de 24 udbud~~ skulle fordeles mellem dem, hvis de vandt de pågældende opgaver.

Den litauiske konkurrencemyndighed vurderede de to virksomheders erfaring på området, omfanget af opgaverne og forholdene på markedet og kom frem til, at de hver især enten kunne have budt alene på alle opgaverne eller have deltaget i udbuddene på ikke-

konkurrencebegrænsende måder. Som følge heraf var de fælles bud ikke objektivt nødvendige.

[Dette blev stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, som bemærkede, at virksomhedernes beslutning om at afgive fælles bud var en beslutning som skulle vurderes fra sag til sag på baggrund af, om det var objektivt nødvendigt.](#)

[I nogle udbud er der tale om, at den samlede opgave er delt op, således at virksomhederne har mulighed for at afgive delbud i forhold til udførelsen af den udbudte opgave. I det tilfælde vil det ofte – afhængigt af de konkrete omstændigheder – gælde, at virksomheder er konkurrenter i forhold til den udbudte opgave, hvis de objektivt set har kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer til at afgive bud på den samme delopgave.](#) Betydningen af, at udbudsmaterialet giver adgang til at afgive delbud, er gennemgået i de afgørelser, der er omtalt nedenfor i boks [2.5.2.7](#).

Boks [2.5.2.7](#)

Eksempler [på betydningen af mulighed hvor muligheden](#) for at byde på dele af kontrakten [har betydning](#) for vurderingen af, om virksomheder er konkurrenter i [forhold til en opgave](#)

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen

~~Denne sag vedrører~~ [I denne sag gik to taxavirksomheder sammen om at byde på et](#) udbud af patientkørsel i en række distrikter i Norge. Kapacitet udgjorde et blandt flere tildelingskriterier, men der var ikke krav om, at man for at byde skulle kunne dække det samlede behov for biler. At en tilbudsgiver inden for tildelingskriteriet "kapacitet" ville få fuld pointscore ved at tilbyde det forventede totalbehov, var dermed ikke ensbetydende med, at man var udelukket fra at byde med lavere kapacitet. Det fremgik endvidere af udbudsmaterialet, at der ville kunne blive indgået flere parallelle rammeaftaler. Som følge heraf fandt lagmansretten ikke, at samarbejdet mellem de to taxavirksomheder var objektivt nødvendigt.

Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering

Sagen ~~vedrører~~ [vedrørte](#) snydning for en kommune, hvor virksomhedernes brancheforening havde afgivet samlet tilbud på sine medlemmers vegne. De vognmænd, der deltog i aftalen, havde kapacitet til at klare opgaven hver især, idet udbuddet gav mulighed for at afgive bud på enkelte ruter. Konkurrencerådet fandt derfor, at [vognmændene var konkurrenter i forhold til udførelsen af opgaverne, og at](#) samarbejdet var konkurrencebegrænsende.

Dansk Vejmarkerings Konsortium

~~Denne sag vedrører~~ [Sagen vedrørte som nævnt et](#) udbud af vejmarkering. Vejdirektoratet havde tilrettelagt udbuddet på en måde, så det var muligt at byde på tre individuelle distrikter men også at byde samlet på flere distrikter ~~med samlerabat. Konkurrencerådet fandt, at det afgørende er, om det objektivt set er muligt at afgive delbud på en eller flere kontrakter ikke om de virksomheder, der ønsker at byde, subjektivt vurderer, at konkurrencen udspiller sig om det samlede bud og ikke om bud på delopgaver. Dette blev bekræftet af Konkurrenceankenævnet.~~ [Budde skulle afgives distrikt for distrikt. En tilbudsgiver kunne tilbyde en rabat ved bud på flere distrikter. Tildelingskriteriet var den samlet set laveste pris, dvs. den kombination af alle bud, der samlet gav den laveste pris på de tre distrikter.](#)

[Højesteret fandt, at bedømmelsen af om virksomhederne var konkurrenter i forhold til den udbudte opgave "Skal ske på objektivt grundlag ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet. \[...\] Det er således uden betydning, at udbudsbetingelserne, forløbet af de tidligere udbud og andre forhold efter \[virksomhedernes\] 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".](#)

[Højesteret fandt videre, at "Udbuddet var rettet mod alle aktører på området, som dermed havde mulighed for at deltage i konkurrencen og afgive bud på et, to eller alle tre distrikter, således at Vejdirektoratet kunne opnå den bedst mulige samlede pris. 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".](#)

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

især:

El-Proffen-sagen

Denne sag ~~handler~~ handlede som tidligere nævnt om et fælles tilbud indgivet af fem virksomheder. Iht. udbudsmaterialet ville der blive indgået rammeaftaler med 4-6 virksomheder vedr. elektrikerarbejde på skoler. De udvalgte leverandører skulle have kapacitet til at håndtere min. tre skolegrupper hver.

På baggrund af en objektiv fortolkning af kravene i udbudsmaterialet fandt den norske konkurrencemyndighed, at opgaven omfattede 4-6 rammeaftaler, hvor den enkelte virksomhed kunne byde på en enkelt rammeaftale – og ikke som anført af parterne, at der skulle gives et samlet bud på hele opgaven.

Dette blev stadfæstet af den norske ankeinstans, der anførte, at opdelingen af opgaven med al tydelighed viste, at ordregiver derved søgte at åbne op for konkurrencen ved, at der kunne komme tilbud fra leverandører med varierende kapacitet.

2.1.2 2.1.1.2.Hvad er opgavens krav til kapacitet m.v.?

Vurderingen ~~af~~ om en virksomhed selv kan løfte en opgave, udgør en samlet realistisk vurdering af virksomhedens kapacitet, knowhow, økonomiske ressourcer m.v. i forhold til den opgave og tidshorisont, udbuddet vedrører. Vurderingen kan blandt andet omfatte virksomhedens adgang til arbejdskraft og knowhow samt udstyr i form af maskiner m.v. Krav i udbudsmaterialet, der kan nødvendiggøre samarbejde i et konsortium, kan fx vedrøre erfaring og specialviden, tilstrækkelig kvalitetssikring, sikring af rettidige leverancer til opgaven og tilstedeværelse af tilstrækkelig kapacitet og finansiell styrke til gennemførelse af de for opgaven nødvendige investeringer.

I forhold til Når der er tale om udbud af rammeaftaler sker vurderingen af, om en virksomhed kan klare opgaven selv, i forhold til også med udgangspunkt i de krav, ordregiver stiller til de virksomheder, der konkurrerer om at komme på selve med på rammeaftalen. Der vil typisk være tale om krav til omsætning eller andre former for krav til virksomhedernes økonomiske formåen. Vurderingen skal således foretages, når man skal afgive bud på rammeaftalen, og afhænger af, om man kan opfylde kravene hertil. Det har således ingen derimod eksempelvis ikke nogen betydning, om en eller flere af deltagerne i et konsortium isoleret set selv kunne opfylde kravene i et efterfølgende miniudbud, når der sker konkrete træk på rammeaftalen.

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

Krav til økonomiske ressourcer

Visse ordregivere stiller i udbudsmaterialet krav til de bydende virksomheders økonomiske ressourcer. Ved vurderingen af en virksomheds økonomiske ressourcer ser man blandt andet på, om virksomheden som helhed har finansiell styrke til at gennemføre de investeringer, der er nødvendige for opgaven, herunder om virksomheden kan opfylde udbuddets krav til egenkapital. Det kan indebære, at en virksomhed skal undersøge, om udbuddet stiller mindstekrav til eksempelvis egenkapital og omsætning m.v. Hvis der i udbudsmaterialet fx kræves en omsætning på 100 mio. kr., vil to virksomheder, der har en årlig omsætning hver især på 50 mio. kr., lovligt kunne gå sammen om at byde.

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

Krav til maskiner m.v.

I vurderingen ~~af~~ om en virksomhed kan byde selv, indgår ligeledes, om virksomheden har de maskiner m.v., der skal til for at udføre opgaven inden for den tidshorisont, der er angivet i udbudsmaterialet.

Hvis virksomheden ikke allerede har den nødvendige kapacitet, ser man på, om virksomheden ~~realistisk set vil kunne~~ reelt og konkret har mulighed for at udvide sin kapacitet og løse opgaven, dvs. om virksomheden skal opfattes som en potentiel konkurrent, jf. afsnit 2.1- Det betyder, at der blandt andet ses på, om virksomheden realistisk set har adgang til at finansiere investeringerne til nye maskiner inden for den tidshorisont, udbudsmaterialet angiver. Se endvidere boks 2.8 nedenfor.

Boks 2.8

Praktisk eksempel på relevante overvejelser vedrørende eventuel anskaffelse af maskine

Virksomhed A overvejer at byde på en opgave, hvortil kræves en dyr og specialiseret maskine,

som A ikke har. A ved imidlertid, at en af de andre virksomheder på markedet, B, har en sådan maskine.

Hvilke overvejelser skal A gøre sig for at afklare, om A kan danne et konsortium med B og derigennem byde sammen på opgaven?

Svar:

Afgørende for, om A og B må byde sammen, er, om de er konkurrenter i forhold til den pågældende opgave. A skal derfor i første omgang afdække, om A har mulighed for at byde på opgaven alene. Relevante overvejelser i den forbindelse kan være:

» muligheder for, at A kan anskaffe maskinen?

» eventuelt køb, leje eller leasing af maskinen?

» omkostningerne hertil og A's adgang til finansiering heraf?

» afskrivningsperiode og eventuel gensalgsværdi for maskinen?

Hvis A efter at have afdækket ovennævnte forhold kommer frem til, at anskaffelse af maskinen er en reel og konkret mulighed, og A dermed kan byde alene, vil et bud via et konsortium mellem A og B kunne begrænse konkurrencen.

Selvom det måtte vise sig, at A og B er konkurrenter i forhold til den pågældende opgave, vil vurderingen af, om et fælles bud fra dem vil være lovligt, bl.a. afhænge af hvordan parternes samarbejde indrettes, herunder om der er tale om et produktionssamarbejde eller lignende integreret samarbejde, og om de sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud end hver for sig, og disse fordele for kunden opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. kapitel 3, ~~den~~ tidshorisont, udbudsmaterialet angiver. Se nærmere herom i boks 2.6.

Boks 2.6-

Eksempel vedr. vurdering af kapacitet

Dansk Vejmarkerings Konsortium

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

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

Krav til medarbejdere m.v.

Hvis udførelse af opgaven forudsætter en udvidelse af virksomhedens medarbejderstab, ser man på, om virksomheden har reel mulighed for at skaffe kvalificeret arbejdskraft. Det vil altid være en konkret vurdering, der skal foretages. I denne vurdering indgår blandt andet, hvilke kompetencer de pågældende medarbejdere skal have for at kunne udføre opgaven, jf. også boks 2.7.2.9. Vurderingen afhænger også af, om det fx er almindeligt, at man indlejer eller muligt at indleje arbejdskraft eller udstyr i forbindelse med større opgaver, hvilket, Det kan variere fra branche til branche og over tid.

Boks 2.7.2.9

Eksempel vedr. vedrørende adgang til arbejdskraft

El Proffen-sagen

Denne norske sag omhandlede som nævnt et fælles bud indgivet af fem el-virksomheder på en række rammekontrakter. Den norske konkurrencemyndighed vurderede, at de fem virksomheder hver især enten havde tilstrækkelig arbejdskraft eller havde mulighed for at indleje arbejdskraft til opgaven. Vurderingen var baseret på, at det i branchen var sædvanligt at ind- og udleje arbejdskraft. Som følge heraf ansås virksomhederne for enten at være

faktiske eller potentielle konkurrenter.

Den norske ankeinstans stadfæstede afgørelsen og anførte supplerende, at udbudsmaterialets krav om, at udførelse af opgaven skulle ske ved brug af norsk sprog ikke var til hinder for, at virksomhederne kunne indleje ikke-norsktalende arbejdskraft.

Krav til teknologi, specialviden og knowhow m.v.

I vurderingen af om en virksomhed kan byde selv, indgår endvidere, om virksomheden har adgang til den teknologi, specialviden og knowhow, som er nødvendig for at kunne byde på en opgave. Der kan også være tale om krav til erfaring fra tidligere opgaver inden for et bestemt område.

Selvom virksomheder er aktive i samme omsætningsled og inden for samme branche, kan de hver især have specialiseret sig inden for forskellige områder. Hvis en virksomhed ikke har den nødvendige knowhow m.v. til at løfte alle dele af en opgave, vil dette kunne berettige et samarbejde med en virksomhed, der har denne knowhow. Et sådant samarbejde kan fx være begrundet i, at den ene ~~af virksomhederne~~ virksomhed har en specialviden, der er nødvendig for at udføre dele af opgaven. Et eksempel herpå, der dog ikke vedrører afgivelse af et fælles bud på et udbud en konkret opgave, er omtalt i boks 2.82.10. Selvom eksemplet ikke vedrører afgivelse af et fælles bud på en konkret opgave, kan det illustrere, hvordan en vurdering af krav til teknologi, specialviden eller knowhow m.v. kan foretages ved indgåelsen af en aftale om at afgive fælles bud på en konkret opgave.

Boks 2.82.10

Eksempel vedr. vedrørende adgang til teknologi og know-how knowhow

Elopak/Metal Box-Odin-sagen

Sagen omhandlede oprettelse af et joint venture, der skulle varetage forskning og udvikling i forbindelse med en kartonbeholder med separat låg. Joint venturet skulle også udvikle maskiner og teknologi til påfyldning af de nye beholdere og varetage produktion og distribution af de nye beholdere og påfyldningsmaskiner hertil.

Kommissionen fandt, at begge virksomheders erfaringer og ressourcer var nødvendige for at udvikle det nye produkt. De to virksomheders erfaringer og ressourcer komplementerede hinanden, og det ville have krævet store og tidskrævende investeringer, hvis de hver især skulle udvikle de kompetencer, de manglede. Kommissionen vurderede endvidere, at de risici og den finansielle byrde, der var forbundet med udvikling og efterfølgende markedsføring af produktet, realistisk set udelukkede, at parterne kunne gøre det hver for sig. Heri indgik en vurdering af, at de tekniske risici, der var forbundet med forskningen i et helt nyt produkt, som endnu ikke var blevet afprøvet, og som indebar en ganske ny teknologi for begge virksomheder, realistisk set ville udelukke de enkelte parter fra at forsøge at foretage forskning og udvikling alene. Hertil kom, at der også ville være behov for efterfølgende servicering af de nye maskiner.

Som følge heraf var de to virksomheder hverken aktuelle eller potentielle konkurrenter, og samarbejdet var derfor lovligt.

Hvis en virksomhed derimod har den nødvendige knowhow m.v. til at udføre opgaven alene, og et samarbejde med en anden virksomhed, der har en særlig knowhow, fører til, at de sammen kan give et bedre bud, vil samarbejdet alligevel kunne være lovligt. Det kræver imidlertid bl.a., at de effektivitetsfordele, som samarbejdet medfører, reelt er til gavn for ordregiveren, og at disse fordele opvejer de mulige negative effekter af den svækkede konkurrence, jf. kapitel 3.

2.1.3 2.1.1.3. Hvad med kapacitet, der er reserveret til andre opgaver?

Ved vurdering af kapacitet tager man udgangspunkt i den reelle kapacitet, virksomheden kan råde over i den periode, opgaven skal udføres. Der er dermed tale om en konkret vurdering af, om virksomheden realistisk set selv har den tilstrækkelige kapacitet til at udføre opgaven, eller om virksomheden reelt og konkret vil kunne udvide deres kapacitet til det, som er nødvendigt for at kunne udføre opgaven.

I sagen vedrørende Dansk Vejmarkerings Konsortium blev bl.a. betydningen af kapacitet reserveret til forventede opgaver fra kernekunder behandlet. Højesteret forholdt sig ikke til spørgsmålet om kapacitet, idet Højesteret – ligesom Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet – alene lagde vægt på, at virksomhederne var aktuelle konkurrenter i forhold til den udbudte opgave, da virksomhederne havde kapacitet til at byde på delbud. Hermed ophævede Højesteret Sø- og Handelsrettens dom. Der foreligger således ikke en retskraftig dom herom.

~~Kapacitet der~~ Det er Konkurrencerådets vurdering, at kapacitet, som en virksomhed allerede er har disponeret over, fordi den skal bruges på aftaler, virksomheden i forvejen har indgået, ~~indgår derfor ikke i vurderingen~~ herunder aftaler om vedligeholdelse, ikke indgår i vurderingen af ledig kapacitet. Opgaver, som virksomheden skal udføre i den pågældende periode, vil således lægge beslag på kapacitet, som ikke kan anvendes til andre formål. ~~Som omtalt i pkt. 2.1, vil muligheden for at udvide kapaciteten indgå heri.~~ Se endvidere boks 2.9.2.11. Samtidig skal det som nævnt også inddrages, om det er muligt at udvide kapaciteten.

I forbindelse med vurderingen af, om virksomheden realistisk vil have kapacitet til at udføre opgaven, vil det efter Konkurrencerådets vurdering normalt være udgangspunktet, at der ikke tages højde for fremtidige opgaver, der ikke er indgået aftaler om. I et sådant tilfælde har virksomheden reelt ledig kapacitet på planlægningstidspunktet, og et samarbejde om at afgive fælles bud vil derfor normalt ikke være nødvendigt. Der vil dog i helt særlige tilfælde kunne tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder. Det kan fx være tilfældet, hvis det kan dokumenteres, at der er tale om opgaver fra kernekunder, som har en sådan fast tilbagevendende og sikker karakter, at det er normalt og retvisende at reservere kapacitet til at udføre disse opgaver.

Virksomheden skal således kunne dokumentere, at der er tale om en fast tilbagevendende opgave fra en kernekunde. Det behøver dog ikke at være i form af en skriftlig aftale herom.

Boks 2.9.2.11

Eksempler på sager, der berører spørgsmålet om, hvorvidt der ved fastlæggelsen af kapacitet kan afsættes kapacitet til andre opgaver

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen

Sagen drejede sig som nævnt om patientkørsel i en række distrikter i Norge. Ved fastlæggelse af kapacitet i form af biler bød virksomhederne ind med kapacitet svarende til 50 pct. af deres samlede kapacitet. Lagmansretten lagde til grund, at der ved fastlæggelse af ledig kapacitet var afsat kapacitet til spotkørsel og andre kontrakter, der allerede var indgået. Domstolen tog ikke konkret stilling til, hvilken kapacitet virksomhederne ville kunne have budt ind med.

Domstolen udtalte, at man ved vurderingen af, hvor mange biler et taxiselskab kan tilbyde alene, må inddrage, om der foreligger omstændigheder i form af offentlig regulering eller andre forpligtelser, som begrænser den kapacitet, selskabet kan byde ind med.

Cementa/Aalborg Portland-sagen

Denne svenske sag ~~drejer~~ drejede sig om et konsortiesamarbejde om levering af cement til opførelse af Øresundsbroen. Virksomhederne havde anmodet den svenske konkurrencemyndighed om en fritagelse, så de kunne indgive et fælles bud. Den svenske konkurrencemyndighed vurderede, at virksomhederne hver især havde kapacitet til at indgive separat bud på opgaven og gav derfor ikke fritagelse.

Virksomhederne indbragte sagen for de svenske domstole. Under sagens behandling kom Stockholms Tingsrätt frem til, at virksomhederne ikke havde tilstrækkelig kapacitet til at indgive separate bud på opgaven, hvis de samtidig skulle kunne opfylde deres forpligtelser over for andre kunder og gav derfor fritagelse til samarbejdet. Den svenske konkurrencemyndighed appellerede afgørelsen og anførte, at det afgørende var, hvorvidt virksomhedernes totale kapacitet – uafhængigt af deres forpligtelser over for andre kunder – var tilstrækkelig i forhold til det konkrete udbud. Ved opgørelse af kapacitet kunne derfor ikke fradrages kapacitet til eventuelle fremtidige aftaler, ligesom man heller ikke ved at indgive mange, eventuelt urealistiske, tilbud kunne sætte sig i en sådan situation, at disse skulle fradrages virksomhedens ledige kapacitet.

Den svenske Marknadsdomstol undlod at tage konkret stilling til kapacitetsspørgsmålet men anførte, at der var tale om et så stort projekt, at forudsætningerne var helt specielle for så vidt angik økonomiske forpligtelser, risiko og adgang til materialer med deraf følgende krav til leverandørernes erfaring, knowhow, kapacitet og økonomiske ressourcer, at konkurrenceforudsætningerne var nogle helt andre end de, der normalt var gældende. Marknadsdomstolen fandt på den baggrund, at konsortiesamarbejdet udgjorde den eneste realistiske måde, hvorpå virksomhederne kunne deltage i den pågældende tilbudsgivning.

Dansk Vejmarkerings Konsortium

~~Sagen vedrører som nævnt udbud af vejmarkering. Som led i vurderingen af konsortiedeltageres ledige kapacitet blev der set på, hvor meget kapacitet der var afsat til~~

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

~~Sø- og Handelsretten var ikke enig heri og udtalte: "Retten finder ikke et sådant krav berettiget, idet det må være tilladeligt for de bydende firmaer med udgangspunkt i indvundne erfaringer at hensætte kapacitet til kunder, som erfaringsmæssigt henvender sig, og som det forretningsmæssigt ville være uansvarligt ikke at kunne betjene og dermed afskære sig fra højere dækningsbidrag fra andre opgaver".~~

En virksomhed kan have reserveret kapacitet i forhold til en indgået rammeaftale. En rammeaftale kan tage mange former, og det kan bl.a. være ukendt for virksomheden, hvor meget træk der vil være i forbindelse med den indgåede rammeaftale. Hvorvidt en virksomhed kan afsætte kapacitet til den indgåede rammeaftale, og dermed fraregne dette i fastlæggelsen af virksomhedens ledige kapacitet til andre opgaver vil bl.a. afhænge af, om trækket på den indgåede rammeaftale har en fast tilbagevendende og sikker karakter.

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

Som led i vurderingen indgår imidlertid, om virksomheden har de økonomiske ressourcer til at klare opgaven, herunder til at påtage sig den risiko, der er forbundet med opgaven. Se fx *Elopak/Metal Box*—*Odin*-sagen, som er omtalt i boks ~~2.8~~2.10 ovenfor.

Ved vurderingen af kapacitet indgår risiko og behovet for at kunne sprede risikoen således som et element i den samlede vurdering af, om en virksomhed kan udføre opgaven alene, eller om det er objektivt nødvendigt for virksomheden at gå sammen med en eller flere andre virksomheder. Afgørende for, om den risiko, der er forbundet med en opgave, nødvendiggør et fælles bud via et konsortium, er, om det – baseret på objektive forhold – er realistisk, at virksomheden vil kunne byde alene. Virksomheden skal således kunne bære den økonomiske risiko ved at tilbyde produktet ~~eller tjenesten~~ på egen hånd enten umiddelbart eller med realistiske tiltag.

Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering af risikoaspekterne. Risiko kan fx være et relevant forhold, hvis der er tale om en opgave, hvor der skal udvikles et nyt produkt, og virksomhederne ikke ville være i stand til at byde hver for sig, fordi de nødvendige udviklingsomkostninger er meget høje i forhold til virksomhedernes størrelse, og fordi der fx er en stor risiko for, at projektet fejler. I tilfælde, hvor der er tale om en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, kan et samarbejde omvendt ikke retfærdiggøres af et potentielt behov fra parterne for at dele den form for forretningsrisiko, der er indbygget i den konkrete erhvervsaktivitet, eller som ~~er udefrakommende fx kommer ude fra fx i form af~~ lovændringer eller ændret efterspørgsel, jf. boks [2.12 nedenfor](#).

Boks 2.12 **Praktisk eksempel ved rørende risikospredning**

Virksomhed A beskæftiger sig med entrepriseopgaver. A vil gerne byde på en opgave om opførelsen af en ny bygning. A vurderer, at der er en stor risiko forbundet ved at påtage sig opgaven alene, herunder vil A skulle påtage sig en forholdsvist stor præmie til at forsikre den konkrete risiko forbundet med opgaven, hvilket vil forøge prisen på A's tilbud. A overvejer derfor om A skal indgå et konsortium med A's konkurrent, B. Derved vil A og B kunne dele risikoen forbundet med udførelsen af opgaven. Kan A og B danne et konsortium?

Svar:

A og B skal afklare, om A og B reelt kan udføre opgaven alene. A og B skal vurdere, om A og B hver for sig har ressourcerne, herunder kapacitet, til at klare udbuddet alene.

Hvis risikoen er så stor, at A og B reelt ikke kan eller vil kunne klare opgaven alene, vil A og B ikke være konkurrenter i forhold til opgaven, og vil kunne danne et konsortium.

Hvis A og B derimod har kapacitet til at udføre opgaven alene eller vil kunne få kapacitet til at udføre opgaven alene, vil A og B være konkurrenter i forhold til opgaven. At A og B kan dele risikoen, ændrer som udgangspunkt ikke på, at de er konkurrenter i forhold til opgaven.

Det betyder dog ikke nødvendigvis, at et samarbejde mellem A og B er ulovligt. Dette vil bl.a. afhænge af samarbejdets form, herunder om samarbejdet medfører effektivitetsfordele i form af en reelt lavere risikopræmie, som kommer forbrugerne til gode og opvejer konkurrencebegrænsningen, som er forbundet med aftalen. A og B skal kunne dokumentere dette. Se mere herom i kapitel 3 nedenfor.

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

Nedenfor I boks 2.13 nedenfor omtales nogle sager, der har inddraget hensynet til risikospredning. Sagerne omhandler umiddelbart alene samarbejder, hvor virksomheder har stået over for store udviklingsomkostninger. Ud over de sager, der er omtalt nedenfor, kan endvidere henvises til *Cementa/Aalborg Portland*-sagen, der er omtalt i boks 2.9.2.11, hvor risiko indgik i domstolens vurdering af et samarbejdes nødvendighed.

Boks ~~2.10~~ 2.13

Eksempler hvor risiko ~~er~~ har indgået som en del af vurderingen af et samarbejde Konsortium ECR 900-sagen

Sagen drejede sig om et samarbejde om udvikling, fremstilling og salg af GSM-systemet (et nyt kommunikationssystem). Ud over at de finansielle omkostninger og personalemæssige krav ved udviklingen og fremstillingen af GSM-systemet var så store, at det ud fra en realistisk betragtning ikke var muligt at udføre opgaven alene, kunne aftalparterne heller ikke forventes at kunne bære den finansielle risiko i forbindelse med udvikling og fremstilling af systemet alene.

I forhold til personalemæssige krav vurderede Kommissionen, at der kun fandtes et begrænset antal kvalificerede ingeniører, og at dette antal ikke kunne udvides inden for en kort tidshorizont. Hertil kom, at der var afsat kort tid til at gennemføre opgaven, og at omkostningerne ved at udvikle og fremstille systemet var meget høje, mens det omvendt ville kunne tage mange år, før disse omkostninger var tjent ind.

Ud fra disse betragtninger vurderede Kommissionen, at samarbejdet var lovligt.

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte

Sagen vedrørte som tidligere nævnt fem italienske virksomheder, der igennem en årrække havde haft et samarbejde om at byde sammen på offentlige udbud vedrørende indsamling af slam. Som en begrundelse for samarbejdet anførte virksomhederne deling af risikoen fx risikoen for, at kontrakten blev forlænget, at kontraktparten var insolvent, eller at kvaliteten af det slam, der skulle indsamles, varierede.

De italienske konkurrencemyndigheder vurderede, at når der er tale om en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, kan denne ikke retfærdiggøres af et potentielt behov fra parterne for at dele den form for forretningsrisiko, der er indbygget i den konkrete erhvervsaktivitet, eller som er udefrakommende som fx lovændringer eller ændret efterspørgsel.

2.2 Praktiske eksempler på relevante overvejelser ved beregning af kapacitet

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

Boks 2.11

Eksempel på relevante overvejelser vedrørende eventuel udvidelse af virksomhed

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

Hvilke overvejelser skal A gøre sig for at afklare, om A kan danne et konsortium med B og derigennem byde sammen på opgaven?

Svar:

Afgørende for, om A og B må byde sammen, er om de er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave. A skal derfor afdække, om A har mulighed for at byde på opgaven alene. Det afgørende er, om etablering i Jylland vil være en realistisk mulighed — ikke hvilke subjektive ønsker virksomhed A har herom. Relevante overvejelser i den forbindelse kan være:

» omkostninger ved at starte en afdeling op i Jylland: Leje af lokaler, anskaffelser af biler m.v. (herunder afskrivninger), ansættelse af medarbejdere m.v.

» omkostningerne hertil og A's adgang til at finansiere heraf?

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

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

Selvom det måtte vise sig, at A og B er konkurrenter, vil et fælles bud fra dem kunne være lovligt, hvis de sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud end

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte

Sagen vedrørte som tidligere nævnt fem italienske virksomheder, der igennem en årrække havde haft et samarbejde om at byde sammen på offentlige udbud vedrørende indsamling af slam. Som en begrundelse for samarbejdet anførte virksomhederne deling af risikoen fx for, at kontrakten blev forlænget, at kontraktparten var insolvent, eller at kvaliteten af det slam, der skulle indsamles, varierede.

Boks 2.12

Eksempel på relevante overvejelser vedrørende eventuel anskaffelse af maskine

Virksomhed A overvejer at byde på en opgave, hvortil kræves en dyr og specialiseret maskine, som A ikke har. A ved imidlertid, at en af de andre virksomheder på markedet, B, har en sådan maskine.

Hvilke overvejelser skal A gøre sig for at afklare, om A kan danne et konsortium med B og derigennem byde sammen på opgaven?

Svar:

Afgørende for, om A og B må byde sammen, er om de er konkurrenter. A skal derfor i første omgang afdække, om A har mulighed for at byde på opgaven alene. Relevante overvejelser i den forbindelse kan være:

» muligheder for, at A kan anskaffe maskinen?

» eventuelt køb, leje eller leasing?

» omkostningerne hertil og A's adgang til finansiering heraf?

» afskrivningsperiode og eventuel gensalgsværdi for maskinen?

Hvis A efter at have afdækket ovennævnte forhold kommer frem til, at anskaffelse af maskinen er en realistisk mulighed, og A dermed kan byde alene, vil et bud via et konsortium mellem A og B kunne begrænse konkurrencen.

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

2.2 2.3 Er der flere deltagere end nødvendigt?

Hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt, kan samarbejdet

potentielt begrænse konkurrencen, selvom ~~ingen af ikke alle~~ deltagerne hver for sig kan løse opgaven. Om det er tilfældet, ~~vil bero beror~~ på en konkret vurdering blandt andet af, hvordan konkurrencen mest realistisk ville udspille sig uden den pågældende aftale.

Hvis eksempelvis fire virksomheder går sammen i et konsortium for at løse en opgave, der kun kræver tre af virksomhederne, er det således muligt, at den fjerde virksomhed ville kunne være gået sammen med andre virksomheder, og der på den måde kunne være kommet et ekstra ~~bud på udbuddet~~ tilbud på den udbudte opgave. Dette vil kunne begrænse konkurrencen.

Hvis det omvendt ikke er muligt for den fjerde virksomhed at gå sammen med andre virksomheder, ~~som dermed tilsammen kunne skabe om~~ et ekstra bud, vil inddragelsen af denne fjerde virksomhed ikke føre til færre bud på opgaven, og der vil derfor ikke umiddelbart ske nogen begrænsning af konkurrencen om opgaven. ~~I praksis vil dette ofte være vanskeligt at undersøge. Det sikreste er derfor ikke at gå sammen flere virksomheder, end hvad der er nødvendigt, jf. boks 2.1.3. Dette vil endvidere kunne rejse nogle konkurrencemæssige udfordringer omkring informationsudveksling, jf. kapitel 4.~~

I praksis vil det kunne være vanskeligt at afklare, om der er flere deltagere end nødvendigt. I boks 2.14 nedenfor er beskrevet nogle sager, hvor virksomhederne kunne have budt alene. Som udgangspunkt vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen prioritere at behandle de sager, hvor parterne hver især kunne have budt på opgaven selv.

Ved vurderingen af, om der deltager flere virksomheder end nødvendigt, skal man også være opmærksom på, at vurderingen heraf vil kunne rejse nogle konkurrencemæssige udfordringer omkring informationsudveksling, jf. kapitel 4.

Boks 2.13-2.14

Eksempler på samarbejde mellem virksomheder, hvor den ene kunne byde selv

Däckia/Euromaster sagen

I denne sag, der som nævnt vedrører levering af dæk, ~~havde den var to virksomheder gået sammen om at afgive et fælles bud gennem den svenske dækforening (SDF). Den ene (Däckia) havde~~ kapacitet til at byde alene, mens den anden (Euromaster) manglede kapacitet for at kunne byde selv. Ud fra en betragtning om, at Däckia kunne byde alene, og at Euromaster kunne have indgået et mindre vidtgående samarbejde med en anden virksomhed, ansås samarbejdet ikke for at være nødvendigt, og havde derfor til formål at begrænse konkurrencen.

Den svenske konkurrencemyndighed valgte ikke at føre en sag mod den svenske dækforening (SDF).

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen

I denne sag var to taxiselskaber som tidligere nævnt gået sammen om at byde på patienttransport. Under sagens behandling ved den norske lagmannsret blev det overvejet, om et konsortium kan være lovligt, hvis bare den ene virksomhed kunne have afgivet tilbud alene. På baggrund af det, der fremgår herom i den norske konkurrencemyndigheds vejledning om konsortiesamarbejde, vurderede domstolen, at et konsortium mellem to virksomheder, hvor kun den ene vil være i stand til at afgive bud alene, vil kunne være lovligt. Afgørende herfor er, om samarbejdet fører til, at andre samarbejder udelukkes. Hvis det er tilfældet, vil samarbejdet begrænse antallet af bud og dermed være ulovligt. Domstolen tog ikke konkret stilling til spørgsmålet, idet domstolen under den videre behandling af sagen kom frem til, at begge virksomheder havde kunnet byde, eftersom der var mulighed for at byde på delkontrakter.

2.3 2.4 Vurdering af konsortier mellem konkurrenter i forhold til opgaven

En aftale mellem virksomheder om at afgive fælles bud, som medfører flere og bedre bud til gavn for forbrugerne er gavnlig for konkurrencen. En sådan aftale kan fx være en aftale om at afgive fælles bud, hvor virksomhederne går sammen og integrerer deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer, jf. afsnit 2.3.2, og dermed kan skabe effektivitetsgevinster til gavn for forbrugerne, jf. kapitel 3. Aftaler mellem virksomheder om at afgive fælles bud som svækker konkurrencen og skader forbrugerne, vil derimod begrænse konkurrencen.

I det følgende gennemgås, hvornår konsortier som følge af deres natur er egnede til (og derfor konkurrenceretligt har til formål) at begrænse konkurrencen, og hvilke konsortier,

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

2.3.1 ~~2.4.1~~ **Konsortier der kan have til formål at begrænse konkurrencen**

Aftaler, som har *til formål* at begrænse konkurrencen, er kendetegnet ved, at de i deres natur er egnede til at skade konkurrencen. [Dette skyldes bl.a., at der foreligger pålidelige og solide erfaringer for, at disse aftaler efter deres art er skadelige for konkurrencen.](#) Når man konkurrenceretligt siger, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er det udtryk for aftalens ~~karakter~~ [reelle indhold](#), og ikke virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen.

~~For denne type (til formåls- eller "by object") overtrædelser skal konkurrencemyndigheden Konkurrencemyndigheden skal~~ som udgangspunkt ikke kortlægge de skadelige virkninger for forbrugerne [ved denne type aftaler \(til formål eller "by object"\)](#). Dog vil konkurrencemyndigheden normalt vurdere eventuelle skadevirkninger af aftalen, herunder om der foreligger et såkaldt "effektivitetsforsvar" (jf. kapitel 3), inden der eventuelt indledes en sag. Hvis det umiddelbart vurderes, at et konsortiesamarbejde medfører fordele for forbrugerne, vil der typisk ikke blive indledt en sag, selvom der måtte være tale om en aftale i "til formåls"-kategorien.

[Disse fordele skal dog opveje de konkurrencebegrænsninger, som aftalen medfører, hvilket sjældent anses for opfyldt ved en aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen.](#)

I henhold til praksis er der en række konkurrencebegrænsninger, der generelt anses for at have til formål ~~(- dvs. i deres natur)-~~ at begrænse konkurrencen. [For disse foreligger der pålidelige og solide erfaringer for, at disse aftaler efter deres art er skadelige for konkurrencen.](#) Det gælder blandt andet for prisaftaler, tilbudskoordinerings samt markeds- og kundedelingsaftaler, men det afhænger også af ~~aftalernes~~ [aftalens](#) indhold i øvrigt.

Som udgangspunkt vil en konsortieaftale, der reelt kun omfatter fælles afsætning/salg – med fælles bud og fælles prisfastsættelse – typisk have et konkurrencebegrænsende formål. [En konsortieaftale, der reelt alene angår afsætning af virksomhedernes individuelle varer eller tjenesteydelser, vil som udgangspunkt have til formål at begrænse konkurrencen. Er der således reelt tale om et afsætningssamarbejde uden integrationen af virksomhedernes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe det konkrete produkt eller ydelse, vil konsortiet skulle underlægges en "til formåls"-vurdering.](#) Dette vil derimod ikke nødvendigvis være tilfældet, hvis tyngdepunktet i aftalen er et andet, fx fælles produktion. [I disse tilfælde skal der anlægges en til følgevurdering, jf. også afsnit 2.4.2, hvor parterne integrerer deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe et produkt eller ydelse, der kan opfylde de opgaver, som et udbud omfatter. I det tilfælde vil der i en sag om fælles bud normalt skulle anlægges en til følgevurdering, jf. afsnit 2.3.2, medmindre der som udgangspunkt gælder nogle særlige forhold, fx hvis samarbejdet er en del af en større aftale om markedsdeling.](#)

Vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, foretages som nævnt på [et](#) objektivt grundlag. Det har som udgangspunkt ikke betydning, hvilken subjektiv hensigt virksomhederne har haft med aftalen. Selvom virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen ikke har været at begrænse konkurrencen, kan aftalen således godt vurderes som en "til formåls"-overtrædelse (fordi aftalen i sin karakter er egnet til at begrænse konkurrencen).

Konkret vil den subjektive hensigt dog kunne indgå som en del af beviset for, om parterne med aftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen.

I boks [2.14-2.15](#) angives en række eksempler på konsortieaftaler, der er blevet anset som "til formåls"-overtrædelser ud fra en betragtning om, at de udgjorde markedsdelingsaftaler eller aftaler om fælles prisfastsættelse.

Boks [2.14-2.15](#)

Eksempler på konsortier, der er anset [for](#) at have til formål at begrænse konkurrencen

[Däckia/Euromaster sagen](#)

Denne svenske sag handlede som nævnt om et udbud af en rammeaftale vedrørende levering af dæk til blandt andet politiet. Den svenske Tingsrätt vurderede, at der var tale om et rent salgssamarbejde mellem konkurrenter, som indebar fælles prissætning. Domstolen fandt på den baggrund, at samarbejdet havde været egnet til at have negative

konkurrencepåvirkninger, og at det derfor havde til formål at begrænse konkurrencen.

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen

Denne sag ~~vedrører~~ vedrørte som tidligere omtalt fælles tilbudsgivning for så vidt angår patientkørsel. Norges Høyesterett stadfæstede den norske konkurrencemyndigheds afgørelse om, at samarbejdet mellem de to taxiselskaber om fælles tilbudsgivning havde til formål at overtræde den norske konkurrencelovs § 10, der har samme indhold som EFTA-aftalens artikel 53 og TEUF artikel 101 (og den danske konkurrencelovs § 6). Det skyldes, at samarbejdet eliminerede konkurrencen mellem de to virksomheder, der kunne have indgivet separate tilbud, og at der var tale om et prissamarbejde.

~~Den norske højesteret~~ Norges Høyesterett pointerede, at det ikke var afgørende, at de to taxiselskaber var mindre aktører, blandt andet fordi de måtte være klar over, at der næppe fandtes mange andre konkurrenter i det pågældende område.

Skolebusser

Denne franske sag ~~vedrører~~ vedrørte et konsortium stiftet af en række transportselskaber med henblik på indgivelse af fælles bud på skolebuskørsel. Selskaberne kunne have budt hver især. Den franske konkurrencemyndighed vurderede, at der reelt var tale om en markedsdelingsaftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen. Det blev understreget, at det objektive formål med aftalen var at dele markedet og at fastholde prisniveauet, og at samarbejdet ikke var nødvendigt for, at selskaberne kunne byde på opgaven. Som følge heraf begrænsede aftalen antallet af mulige bud.

Sporskifter til jernbaner

Denne sag ~~vedrører~~ vedrørte fælles tilbudsgivning igennem 14 år af fire leverandører af sporskifter til jernbaner på det spanske marked. Den spanske konkurrencemyndighed fandt, at hver enkelt af de fire virksomheder kunne have budt enkeltvis, og at der ikke var nogen objektiv begrundelse for, at virksomhederne havde budt sammen i et konsortium. Den fælles tilbudsgivning blev anset for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Renovering af skoler og børnehaver i Vilnius

Denne litauiske sag ~~vedrører~~ vedrørte som nævnt to byggevirksomheders fælles bud på udbud af opgaver med at renovere skoler og børnehaver. Den litauiske konkurrencemyndighed vurderede, at samarbejdet ikke var objektivt nødvendigt, og at der var tale om en "til formåls"-overtrædelse. Dette blev stadfæstet af Den Højeste Forvaltningsdomstol i Litauen, som bemærkede, at formålet med aftalen var at begrænse konkurrencen. Parternes argumenter vedrørte de faktiske virkninger på konkurrencen, og var ikke tilstrækkelige til at skabe tvivl om, at aftalens formål var at begrænse konkurrencen.

Dansk Vejmarkerings Konsortium

Sagen vedrørte udbud af vejmarkering. Højesteret udtalte, at aftalen ikke havde "Karakter af et produktionssamarbejde, og den lagde i øvrigt ikke op til et samarbejde mellem parterne i forbindelse med afsætningen af de tilbudte tjenesteydelser". På den baggrund fastslog Højesteret, at samarbejdet reelt angik afsætning af virksomhedernes individuelle tjenesteydelser gennem fælles bud og fælles prisfastsættelse. Herved eliminerede virksomhederne konkurrencen mellem hinanden, hvorfor aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

2.3.2 ~~2.4.2~~ **Konsortier der kan have til følge at begrænse konkurrencen**

Hvis en aftale ikke har til *formål* at begrænse konkurrencen, vil den kun være i strid med konkurrencereglerne, hvis den har til *følge* at begrænse konkurrencen.

Det er uden betydning for vurderingen af, om et konsortiesamarbejde har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, om der har været fuld åbenhed og offentlighed om samarbejdet. Det er dog muligt, at dette kan have betydning for udmåling af en eventuel straf for deltagelse i et ulovligt samarbejde.

En aftale anses for at have til følge at begrænse konkurrencen, når den har – eller sandsynligvis har – en mærkbar negativ virkning på mindst et-en af konkurrenceparametrene på markedet, dvs. fx pris, produktion eller kvalitet. ~~Ligesom det er tilfældet med vurdering af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, vil det også~~ Det vil således bero på en konkret vurdering, om en aftale har til følge at begrænse konkurrencen.

Et eksempel på, hvornår et samarbejde vil skulle undergives en "til følge"-vurdering, kan være, hvis der er tale om et produktionssamarbejde, og det er den fælles produktion – og ikke fx den

fælles afsætning – der er tyngdepunktet for samarbejdet.

Selvom en sådan aftale fx også omfatter fælles distribution af de produkter, som fremstilles i fællesskab, eller indeholder en bestemmelse om fælles fastsættelse af salgspriserne for disse produkter, vil et sådant normalt samarbejde som udgangspunkt skulle vurderes i forhold til aftalens virkninger (som "til følge"). Dette skyldes, at den fælles prisfastsættelse m.v. i denne forbindelse er accessoriske til aftalen om et produktionssamarbejde, hvor den fælles produktion er tyngdepunktet. Det forudsætter dog, at denne konkurrencebegrænsning er nødvendig for den fælles produktion, dvs. at parterne ellers slet ikke ville have incitament til at indgå produktionsaftalen.

Hvis virksomhederne i et konsortium er konkurrenter i forhold til et specifikt udbud, og konsortiet ikke har karakter af et produktionssamarbejde eller på anden vis medfører en integration af virksomhedernes ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe en ydelse således, at det vil være muligt at levere et bedre resultat til ordregiver, end hvis de bød alene, vil aftalen skulle underlægges en "til formåls"-vurdering. Hvis virksomhederne har integreret deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe en ydelse og dermed et bedre resultat til ordregiver, end hvis de bød alene, ville konsortiet derimod normalt skulle underlægges en tilfølgelvurdering, medmindre der gælder nogle særlige forhold, fx hvis samarbejdet er en del af en større aftale om markedsdeling.

Hvad der udgør tyngdepunktet i et samarbejde vil være en konkret vurdering. Afgørende for om et konsortium vil kunne anses for udgøre et produktionssamarbejde er, at om konsortieparterne har integreret deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer med henblik på at frembringe den konkrete ydelse.

Hvis der er tale om, at samarbejdet indebærer en væsentlig integration af aktiver og/eller kompetencer, fx et nyt produktionsanlæg, som begge parter har andel i, vil der fx typisk være tale om fælles produktion. Dette vil fx kunne være tilfældet, hvis to producenter indleder et samarbejde om at producere nogle reservedele til biler, som de to producenter begge anvender i de biler, de hver især producerer, og de opfører en ny fabrik til at producere de pågældende reservedele. Hvis der derimod alene er begrænset eller ingen integration af de aktiver og/eller kompetencer, der skal bruges til at producere de pågældende varer, som den udbudte opgave omfatter, vil aftalens tyngdepunkt typisk ikke blive anset for at være fælles produktion.

Hvis samarbejdet nærmere udgør en måde, hvorpå parternes produkter eller tjenester-tjenesteydelser kan blive solgt i fællesskab for dermed at fjerne konkurrencen imellem dem, vil dette typisk blive anset for fælles salg.

Når der er tale om tjenesteydelser, vil vurderingen formentlig være en lidt anden, idet der ofte ikke er nogen aktiver, der kan sammenblandes. Princippet er imidlertid princippet overordnet være det samme; jo større grad af integration, der er, jo mere sandsynligt er det, at samarbejdet ikke vil blive anset for at udgøre en "til formåls"-overtrædelse, men i stedet vil skulle undergives en "til følge"-vurdering. Det kan fx være tilfældet, hvor virksomheder integrerer deres respektive specialistkompetencer til at løse den konkrete opgave. Hvis Modsat vil en aftale, hvor fx to virksomheder, som er aktive inden for transportbranchen, indgiver et fælles bud uden, at der sker en integration eller sammenlægning af en væsentlig del af de aktiver, der skal bruges til at levere de udbudte transportydelser, fx ofte (fx virksomhedernes vognpark, vil det), typisk ikke blive anset for et produktionssamarbejde. På tilsvarende måde vil det, hvis Hvis to virksomheder byder sammen for at udføre en byggekontrakt, men hvor samarbejdet ikke medfører nævneværdig integration af virksomhedernes aktiver, fx værktøjer, materialer, maskiner eller kontorer, + nævneværdig grad, og de deler den tildelte opgave mellem sig således, at de hver især udfører visse dele af kontrakten med deres egne aktiver, vil dette typisk heller ikke blive anset for et produktionssamarbejde.

Som tidligere nævnt er det selve indholdet af et samarbejde om at afgive et fælles bud og ikke formen for eller benævnelsen af det, der er afgørende for, hvordan det vurderes. Det er derfor ikke muligt at komme uden om en til formålsvurdering ved fx blot at benævne en aftale, der ikke opfylder ovennævnte, en produktions- eller underleveranceaftale således ikke nok, at en aftale fx benævnes et produktionssamarbejde – aftalen skal faktisk være et produktionssamarbejde. Det samme gælder, hvis integrationen af aktiver ikke sker med henblik på at løse opgaven, men med henblik på, at samarbejdet underlægges en anden

konkurrenceretlig vurdering.

Konkurrencelovens § 7 Herudover indeholder konkurrencelovens § 7 en bagatelgrænse, som alene er relevant for "til følge"-sager. I henhold til denne bestemmelse vil konsortiesamarbejder mellem virksomheder, hvis samlede markedsandel ikke overstiger 10 pct. på noget relevant marked, der er berørt af aftalen, når denne er indgået mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter, hvor aftaledeltagerne tilsammen har en markedsandel på under 10 pct. på et af disse markeder, ikke være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, medmindre samarbejdet har til formål at begrænse konkurrencen. I sådanne tilfælde vil et konsortium således være lovligt, selvom det har til følge at begrænse konkurrencen.

Fastlæggelse af markedsandel skal ske på baggrund af den almindelige regel herom i konkurrencelovens § 5 a samt Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked.— Det afhænger derfor af en konkret vurdering, om det vil være det konkrete bud, der danner udgangspunkt for markedsafgrænsningen, eller om markedet vil skulle afgrænses bredere end det. Ved fastlæggelsen af aftaledeltageres samlede markedsandel skal der tages udgangspunkt i det marked, som parterne normalt konkurrerer på, og dermed ikke den udbudte opgave. Fastlæggelsen skal dermed ske på baggrund af de almindelige regler herom i konkurrencelovens § 5a samt EU-Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked. Afhængig af de konkrete markedsforhold og hyppigheden af transaktioner på et givet marked kan et tilbageblik over en vis periode således i visse tilfælde eventuelt give et mere retvisende billede af en virksomheds stilling på det relevante marked. Dette kan fx være tilfældet ved markeder som karakteriseres som budmarkeder.

De afgørelser, der er nævnt ovenfor i boks 2.15, udgør sager er kendetegnet ved, hvor at et konsortiesamarbejde er vurderet at have til formål at begrænse konkurrencen. Praksis vedrørende samarbejder, der alene har haft til følge at begrænse konkurrencen, er sparsom, hvilket kan ses som udtryk for, at konkurrencemyndigheder som udgangspunkt prioriterer at behandle de sager, der udgør de mest alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne. Uden for et eksempel på en sag, der af konsortiesammenhængen er der bl.a. en svensk sag, hvor appellinstansen blev anset for at vurdere, at sagen skulle undergives en tilfølgende vurdering, "til følge"-vurdering. Det drejer sig om den svenske Aleris Diagnostik m.fl.-dom om indgåelse af underleveranceaftaler i forbindelse med afgivelse af tilbud på en udbudt opgave, jf. boks 2.15.

Boks 2.15

Eksempel på samarbejde der skulle undergives en tilfølgende vurdering

Aleris Diagnostik m.fl.

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

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

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

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

Kapitel 3

Effektivitetsfordele ved konsortier

Et konsortiesamarbejde mellem virksomheder om en opgave, som virksomhederne kan klare hver for sig, ~~vil som nævnt kunne være konkurrencebegrænsende. Det samme kan være tilfældet, hvis der deltager flere virksomheder i et konsortium end nødvendigt, jf. afsnit 3 i foregående kapitel~~ hvorfor virksomhederne kan betegnes konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, har som nævnt som udgangspunktet til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Hvis virksomhederne sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver for sig, kan samarbejdet imidlertid alligevel være lovligt, selvom virksomhederne er konkurrenter i forhold til den udbudte opgave. Muligheden for at føre et effektivitetsforsvar ved "til følge"-overtrædelser er i praksis større end ved "til formål"-overtrædelser. Der er bl.a. som følge heraf, større sandsynlighed for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil prioritere at føre "til formåls"-sager. Omvendt vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke prioritere en sag, hvor det konkret vurderes på det foreliggende grundlag, at samarbejdet er nødvendigt og medfører tilstrækkelige effektivitetsgevinster for forbrugerne, herunder fx ordregiver.

~~Det kræver imidlertid, at~~ Samarbejdet vil være lovligt, hvis samarbejdet opfylder en række betingelser, herunder at det er til gavn for forbrugerne. Begrebet "forbrugere" dækker bredt og omfatter alle aftagere af det produkt eller den ydelse, konsortiesamarbejdet vedrører, herunder eksempelvis offentlige ordregivere i et offentligt udbud.

Et mere konkurrencedygtigt tilbud kan fx være en konsekvens af, at virksomhederne via samarbejdet opnår nogle omkostningsbesparelser og dermed får mulighed for at byde ind med en lavere pris. Der kan også være tale om, at virksomhederne ved at gå sammen kan tilbyde et bedre produkt sammenlignet med, hvad de ville kunne tilbyde hver især.

Selvom de virksomheder, der deltager i konsortiet, selv kan løse opgaven, kan et konsortium derfor alligevel være lovligt, hvis dets fordele for forbrugerne opvejer virkningerne af konkurrencebegrænsningen. Det er således centralt, at de positive effektivitetsgevinster kommer forbrugerne til gode, og at samarbejdet og de konkurrencebegrænsende elementer i samarbejdet ikke går videre end det, der er nødvendigt for at løse opgaven.

I det følgende uddybes de fire betingelser, der skal være opfyldt for, at en konsortieaftale vil være fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Fritagelsesbetingelserne fremgår af konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101 (3). Hvis betingelserne er opfyldt, finder forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 (1) (hvis der er samhandelspåvirkning) ikke anvendelse, og aftalen er i så fald automatisk lovlig efter konkurrencereglerne.

3.1 Effektivitetsfordele der kan bevirke, at konsortiet er lovligt

Konkurrencelovens § 8, stk. 1, lyder:

"Forbuddet i § 6, stk. 1, finder ikke anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,*
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,*

- 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
- 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.”

Et konsortium bestående af virksomheder, der er konkurrenter [i forhold til en udbudt opgave](#), vil kunne opfylde betingelserne for fritagelse fra forbuddet i konkurrenceloven, hvis de gennem samarbejdet:

- » kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville kunne hver for sig,
- » dette [irrimeligt omfang](#) kommer forbrugerne til gode,
- » samarbejdet ikke går længere end nødvendigt for at nå dette mål, [og](#)
- » virksomhederne ikke får mulighed for at udelukke konkurrencen om de pågældende opgaver.

Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering af, om disse betingelser er opfyldt. Her vil blandt andet forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, ~~antallet af andre bud~~, samarbejdets art ~~og~~ det produkt eller den tjenesteydelse, samarbejdet vedrører, [og antallet af bud, som virksomheden forventer vil komme, som følge af dennes kendskab til markedet og dermed kendskab til, hvordan andre virksomheder på markedet kan byde](#), indgå. Dette uddybes i det følgende.

I tilfælde af, at der indledes en sag, skal virksomhederne selv føre dokumentation for, at konsortiet opfylder fritagelsesbetingelserne. [Virksomhederne skal kunne dokumentere, hvorfor der var effektivitetsfordele på tidspunktet, hvor virksomhederne afgav fælles bud.](#) Det vil derfor være en god ide at foretage en vurdering af, om fritagelsesbetingelserne er opfyldt, ~~heraf inden man afgiver et tilbud. Det gælder~~ særligt den første og den anden betingelse om, at konsortiet skal medføre tilstrækkelige effektivitetsgevinster, der kommer kunden til gode, ~~inden man afgiver tilbud på opgaven.~~

~~Der er i det følgende omtalt en række afgørelser, hvor der er taget stilling til, om et samarbejde opfylder fritagelsesbetingelserne. Ud over disse eksempler kan henvises til, at Kommissionen EU-Kommissionen har~~ i de horisontale retningslinjer samt i ~~retningslinjerne retningslinjer~~ for anvendelsen af ~~traktatens~~ TEUF artikel 101, stk. 3, [tidligere artikel 81, stk. 3] ~~har~~ uddybet fritagelsesbetingelserne og angivet en række eksempler på, hvordan effektivitetsgevinster vil blive vurderet ved forskellige former for [samarbejder, jf. boks 3.1. nedenfor.](#)

Boks 3.1

Effektivitetsgevinster efter art. 101 (3) TEUF

[EU-Kommissionen retningslinjer vedrørende effektivitetsgevinster](#)

[EU-Kommissionen har udarbejdet retningslinjer for anvendelsen af effektivitetsgevinster efter TEUF art. 101 \(3\). En virksomhed kan tage udgangspunkt i retningslinjerne, når denne skal vurdere, om en aftale har effektivitetsgevinster.](#)

[Det fremgår bl.a. af retningslinjerne, hvordan en virksomhed kan vurdere, om en konkurrencebegrænsende aftale medfører effektivitetsgevinster, som opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger ved en aftale og kommer forbrugerne til gode. Det fremgår bl.a., at:](#)

[» Effektivitetsgevinster kan skabe en merværdi ved at sænke produktionsomkostninger, forbedre produktets kvalitet eller skabe et nyt produkt. Når sådanne konkurrencefremmende virkninger opvejer en aftales ellers konkurrenceskadelige virkninger, vil aftalen ud fra en samlet vurdering fremme konkurrencen.](#)

[» Vurderingen heraf skal være objektiv. Der kan således ikke tages hensyn til omkostningsbesparelser, der alene beror på aftaleparternes udøvelse af deres markedsstyrke. Aftaler virksomhederne fx en pris eller deler markedet imellem sig, vil de reducere produktionen og dermed også produktionsomkostningerne. Sådanne omkostningsbesparelser har imidlertid ingen konkurrencefremmende virkninger på markedet, og vil derfor ikke kunne opveje de konkurrencebegrænsende virkninger, som aftalen medfører.](#)

» Vurderingen af effektivitetsgevinster beror i almindelighed på en integrering af økonomiske aktiviteter, hvor virksomheder lægger deres ressourcer i form af aktiver og/eller kompetencer sammen for at opnå, hvad de ikke kunne opnå lige så effektivt på egen hånd, eller hvor de overdrager opgaver til en anden virksomhed, som denne kan udføre mere effektivt.

» De effektivitetsgevinster, som aftalen medfører, skal forbrugerne have en rimelig andel af fordelene ved. Medfører en konkurrencebegrænsende aftale fx højere priser for forbrugerne, skal forbrugerne have fuld kompensation herfor i form af fx bedre kvalitet eller andre fordele.

» I forhold til vurderingen af, om der ville være andre muligheder at opnå effektivitetsgevinsterne på end at indgå den pågældende aftale, tages der hensyn til de markedsvilkår og de økonomiske realiteter, som virksomhederne står overfor. Det kræves dermed ikke, at virksomhederne overvejer hypotetiske eller teoretiske alternativer.

3.1.1 ~~3.1.1~~ Effektivitetsgevinster

Det samarbejde, der fører til et fælles bud mellem konkurrenter om en konkret opgave, skal kunne medføre økonomiske fordele i form af effektivitetsgevinster. Det betyder, at der skal være effektivitetsgevinster forbundet med, at to eller flere virksomheder byder sammen frem for hver for sig. Effektivitetsgevinsterne kan være såvel kvantitative som kvalitative.

Effektivitetsgevinsterne skal være af en sådan størrelse, at de kan opveje konkurrencebegrænsningerne, idet et væsentligt sigte er, at samarbejdet samlet set er til fordel for forbrugerne ~~7~~, herunder ordregiveren, og ikke hæmmer konkurrencen i øvrigt unødigt. Der vil altid være tale om en konkret vurdering. Det er derfor ikke muligt at angive generelle kriterier for, hvor store effektivitetsgevinsterne skal være for at opfylde betingelserne.

Kvantitative effektivitetsgevinster kan fx være omkostningsbesparelser, herunder som følge af stordriftsfordele. Der kan fx være tale om, at de virksomheder, der deltager i konsortiet, anvender forskellige teknologier, der tilsammen vil kunne reducere omkostningerne ved at udføre opgaven, eller hvor samarbejdet medfører skalafordele, der ligeledes kan reducere omkostningerne. Et samarbejde kan også betyde, at opgaven kan udføres på kortere tid.

Kvalitative effektivitetsgevinster kan fx bestå i nye eller forbedrede produkter eller tjenester. Det kan fx være, at to virksomheder, der er aktive inden for den samme branche, hver især er særligt kompetente inden for nogle underområder, eller hver især besidder særlig knowhow, og dermed sammen kan levere et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de vil kunne hver for sig.

Der kan også være tale om et samarbejde mellem en stor virksomhed, der reelt har kapaciteten til at udføre opgaven alene, men hvor et samarbejde mellem denne og en mindre virksomhed med en særlig knowhow, der fx vil kunne bidrage med en særlig kreativ vinkel på opgaveløsningen, vil kunne føre til en bedre løsning, end hvis den store virksomhed bød alene.

Boks ~~3.13.2~~

Eksempel på vurdering af effektivitetsgevinster

Däckia/Euromaster sagen

Denne svenske sag vedrørte som nævnt udbud af en rammeaftale om levering af dæk til politiet. Domstolen vurderede, at eftersom samarbejdet ikke førte til integration af virksomhedernes produktion eller distribution, bidrog samarbejdet ikke til en forbedring heraf. Domstolen anførte videre, at omkostninger til at udarbejde tilbud indgår i den normale konkurrence. Besparelser i så henseende anses derfor ikke for effektivitetsfordele.

Som udgangspunkt vil der normalt ikke blive rejst en sag i forhold til dannelse af vedrørende et konsortium, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på det foreliggende grundlag konkret har vurderet, at samarbejdet medfører tilstrækkelige effektivitetsgevinster for forbrugerne ~~7~~, herunder ordregiver.

I tilfælde af, at der rejses en sag, vil det være aftaleparternes opgave at dokumentere eventuelle effektivitetsgevinster, herunder fx deres størrelse, og hvordan de opnås, ~~og~~

~~hvorvidt konsortiesamarbejdet er nødvendigt for at opnå effektivitetsgevinsterne samt, om forbrugerne/ordregiver får gavn af dem~~ Hvis der rejses en sag, vil det således være vigtigt, at virksomhederne kan dokumentere, at konsortiesamarbejdet fx fører til omkostningsbesparelser. Hvis der ~~fx~~ er tale om et nyt eller forbedret produkt/~~ydelse eller tjeneste~~, skal virksomhederne ~~kunne~~ forklare effektivitetsgevinsterne herved.

Hvordan dokumentation skal foretages, vil afhænge af de konkrete omstændigheder. Hvis der fx er tale om, at parterne beslutter at opføre et fælles produktionsanlæg, fordi dette ville gøre dem i stand til at tilbyde en lavere pris for deres produkter ~~eller tjeneste~~ som følge af stordriftsfordele, der vil gøre virksomhederne i stand til at producere billigere, vil der ~~fx kunne udarbejdes beregninger, der viser, hvilke investeringer, der vil skulle foretages, hvilke produktionsomkostninger parterne hver især har haft inden samarbejdet, samt de forventede omkostninger efter indledning af samarbejdet~~ som regel i forvejen være ~~udarbejdet beregninger m.v., der kan bruges til dette formål.~~

Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at samarbejdet gør det muligt for virksomhederne at producere billigere; fordelene skal også tilfalde forbrugerne fx i form af lavere priser. I en eventuel konkurrencesag, hvor konkurrencemyndighederne har betænkeligheder ved konsortiesamarbejdet, vil det for virksomhederne være vigtigt at kunne dokumentere, hvordan et fald i omkostningerne også udmøntes ~~fx~~ i lavere priser.

Besparelser, der alene skyldes afskaffelse af konkurrencerelaterede omkostninger, anses ikke for effektivitetsgevinster. Eventuelle besparelser ved at udforme tilbud anses efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering normalt ikke ~~for~~ som effektivitetsgevinster.

I boks ~~3-2~~ 3.3 er omtalt ~~to~~ tre sager, hvor konkurrencemyndigheden har vurderet effektivitetsgevinster henholdsvis dokumentation for effektivitetsgevinster. I Kommissionens ~~horisontale~~ retningslinjer er endvidere omtalt en række eksempler på sådanne vurderinger.

Boks ~~3-2~~ 3.3

Eksempler på, at effektivitetsgevinster skal dokumenteres

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen

Denne norske sag ~~vedrører~~ vedrørte et samlet bud på patienttransport fra to taxiselskaber og er et eksempel på de krav, der stilles til dokumentation for effektivitetsfordele. Domstolen fandt, at man ikke kunne se bort fra, at samarbejdet kunne have medført effektivitetsgevinster i form af bedre udnyttelse af den samlede bilpark. Domstolen fandt imidlertid ikke, at parterne havde sandsynliggjort fordelene i tilstrækkelig grad, idet de beregninger, de fremlagde, kun i begrænset omfang baserede sig på faktiske forhold og indeholdt få variabler. Det var derfor vanskeligt for domstolen at vurdere kvaliteten af de foretagne skøn.

Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering

Sagen ~~vedrører~~ vedrørte snerydning for en kommune, hvor virksomhedernes brancheforening havde afgivet samlet tilbud på alle ruter på sine medlemmers vegne. Udbuddet gav mulighed for at byde på enkeltruter. Virksomhederne anførte, at der var effektivitetsfordele ved samarbejdet derved, at det førte til en bedre udnyttelse af vognmændenes effektive køretid inden for kørehviletidsreglerne. Konkurrencerådet fandt ikke, at sådanne effektivitetsgevinster var godtgjort, eftersom fordeling af ruterne blandt foreningen skete ved lodtrækning, hvorved den enkelte vognmand blev forpligtet til at udføre tjenesten på samme måde, som hvis han selvstændigt havde indgået kontrakt om den enkelte rute.

Dansk Vejmarkerings Konsortium

Sagen vedrørte som tidligere omtalt udbud af vejmarkering. Virksomhederne havde bl.a. anført, at konsortiet medførte effektivitetsfordele. For det første medførte konsortiet adgang til mere mandskab og maskiner. For det andet var der mulighed for, at virksomhederne kunne trække på hinandens ressourcer, hvis dette blev nødvendigt. For det tredje vil adgangen til en større kapacitet betyde, at risikoen for misligholdelse og bod blev reduceret, hvilket også var til Vejdirektoratet fordel, idet virksomhederne hæftede solidarisk over for Vejdirektoratet.

Konkurrencerådet fandt, at konsortiet ikke førte til dokumenterede synergieffekter i form af fx omkostningsbesparelser gennem øgede stordriftsfordele eller en mere effektiv udnyttelse af virksomhedernes ressourcer m.v. set i forhold til en situation, hvor virksomhederne havde budt hver for sig. Herudover havde virksomhederne på forhånd fordelt udbuddet imellem

[sig, hvorfor virksomhederne ikke integrerede deres mandskab eller maskiner.](#)
[Højesteret udtalte, at virksomhederne ikke havde godtgjort, at betingelserne for individuel fritagelse var opfyldt](#)

Risikospredning som effektivitetsgevinst

For virksomheder, der påtager sig nye opgaver, vil der altid være en risiko, som afhænger af, hvordan udbuddet er udformet. Desuden vil der ofte være mulighed for at tegne forsikring mod nogle former for risici. Hvis en virksomhed finder det vanskeligt at bære risikoen ved en konkret opgave, kan virksomheden vælge at sætte prisen på opgaven op som en slags risikopræmie. En sådan prisforhøjelse vil selvsagt reducere sandsynligheden for, at virksomheden vinder opgaven, men vil være en naturlig reaktion, hvis projektet er forbundet med særlig usikkerhed, som skal bæres af tilbudsgiveren. På den måde må almindelig risiko ved at påtage sig en opgave ses som en del af den normale konkurrence.

Som det fremgår af afsnit 2.1-[3](#) i foregående kapitel, kan der dog være situationer, hvor den risiko, der er forbundet med at påtage sig en opgave, fører til, at en virksomhed objektivt set ikke er i stand til at udføre opgaven alene – selv hvis virksomheden indbyggede en høj risikopræmie i prisen på opgaven. I sådanne tilfælde vil et samarbejde være nødvendigt, og virksomhederne vil derfor ikke være konkurrenter i forhold til den pågældende opgave.

Almindeligvis vil risikoen ved at påtage sig en konkret opgave ikke alene kunne begrunde, at virksomhederne ikke skal anses som konkurrenter i forhold til opgaven. For at risiko i sådanne tilfælde skal kunne bevirke, at samarbejdet er lovligt efter konkurrencereglerne, skal der være tale om, at risikospredningen og eventuelle andre forhold samlet set fører til, at virksomhederne giver et bedre og/eller billigere bud end hver især. Det betyder således, at konsortiet skal opfylde de fire tidligere nævnte betingelser, herunder at samarbejdet skal medføre tilstrækkelige effektivitetsfordele, som risikospredning kan være en del af.

Selvom en virksomhed således er i stand til selv at påtage sig risikoen ved at udføre opgaven, er det muligt, at risikoen ved opgaven bevirker, at udførelse [n](#) af opgaven bliver mere omkostningstung, end hvis flere virksomheder kan dele denne risiko og dermed fx opnå en lavere forsikringspræmie el. lign. I så fald vil risikospredning kunne bidrage til at skabe effektivitetsgevinster, som udmøntes i en lavere pris på opgaven. I en eventuel konkurrencesag (hvor konkurrencemyndighederne som udgangspunkt har betænkeligheder ved, om betingelserne er opfyldt) vil det være vigtigt, at virksomhederne kan påvise de effektivitetsgevinster, der er forbundet med, at virksomhederne deler denne risiko, ~~og~~ at det kommer forbrugerne til gode – og at fordelene i øvrigt har en størrelse, der opvejer de konkurrencemæssige ulemper.

I boks [3.3-3.4](#) er omtalt to afgørelser fra Kommissionen, hvor risikodeling indgik som element i vurderingen af, om samarbejdet medførte effektivitetsgevinster. Der er tale om afgørelser fra før ophævelsen af muligheden for at anmelde samarbejder til Kommissionen. De krav, der i dag stilles til dokumentation for effektivitetsgevinster, fremgår af Kommissionens retningslinjer herom og er omtalt i foregående afsnit.

Boks [3.3-3.4](#)

Eksempler hvor risiko ~~er indgået~~ [indgik](#) som element i vurdering af effektivitetsgevinster

Vacuum Interrupters-sagen

Denne sag ~~handler~~ [handlede](#) om et samarbejde mellem to virksomheder om udvikling af en vakuumafbryder. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldte imidlertid betingelserne for en fritagelse. De effektivitetsgevinster, samarbejdet medførte, bestod i, at virksomhederne sammen kunne udvikle en model med brug af færre udviklingsressourcer. En deling af den store finansielle og tekniske risiko, der var forbundet med opgaven, førte således til, at virksomhederne kunne udvikle produktet på kortere tid.

GEAP/P & W-sagen

Denne sag ~~drejer~~ [drejede](#) sig om et samarbejde mellem to af de tre aktører på markedet om udvikling af en ny type flymotor. Selvom samarbejdet førte til, at virksomhederne kunne udvikle motoren billigere, vurderede Kommissionen, at de var potentielle konkurrenter, fordi udviklingsomkostningerne ikke udgjorde nogen fundamental forhindring for, at parterne udviklede en ny motor hver især. Begge virksomheder havde hidtil foretaget omfattende investeringer i udvikling og tilhørte begge koncerner med betydelige finansielle ressourcer. De måtte dermed kunne forventes at bære den tekniske og økonomiske risiko

forbundet med udvikling af en ny flymotortype. Samarbejdet førte imidlertid til, at virksomhederne kunne udvikle den nye motor hurtigere og billigere, end hvis de skulle forestå udviklingen hver især. Kommissionen lagde vægt på, at parterne besad komplementær teknologisk knowhow, hvorved de sammen kunne udvikle en billigere og mere miljøvenlig motor. ~~Hertil kom, at samarbejdet betød, at de kunne udvikle motoren hurtigere og billigere, fordi da~~ de hver især kunne bidrage der, hvor de havde deres teknologiske spidskompetencer. Kommissionen vurderede derfor, at samarbejdet medførte effektivitetsfordele.

3.1.2 ~~3.1.2~~ **Fordele for forbrugerne**

Effektivitetsgevinsterne ved ~~samarbejdet~~ et samarbejde mellem konkurrenter om at afgive fælles bud på en konkret opgave skal komme forbrugerne til gode. Begrebet "forbrugere" omfatter som nævnt alle aftagere af det produkt eller den ydelse, konsortiesamarbejdet vedrører, herunder eksempelvis offentlige ordregivere i et offentligt udbud.

Fordele kan eksempelvis komme til udtryk i form af lavere priser, bedre produktkvalitet eller større udvalg af de produkter eller tjenesteydelser, udbuddet vedrører. ~~I boks 3.4~~ Hvis der indledes en sag mod virksomhederne, skal virksomhederne kunne dokumentere, hvorfor den på tidspunktet for buddets afgivelse vurderede, at der ville være effektivitetsgevinster, som kom forbrugeren til gode. I boks 3.5 er gengivet en række relevante afgørelser.

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

Vurderingen af, om fordelene kommer forbrugerne ~~/ordregiver, herunder ordregiver,~~ til gode i tilstrækkeligt omfang, vil være en konkret vurdering i den enkelte sag. Det kræves dog ikke, at alle effektivitetsgevinsterne kommer forbrugerne til gode.

Jo større graden af konkurrencen er, desto mere sandsynligt er det, at ~~virksomheder vil søge at øge deres salg ved at give omkostningsbesparelser videre.~~ Omkostningsbesparelserne tilfalder forbrugerne. Ud fra den betragtning vil effektivitetsgevinster ved, at virksomheder går sammen i et konsortium om at byde på en opgave, med større sandsynlighed overføres til forbrugerne i form af lavere tilbudspris, hvis ~~der er (og det forventes), at der er~~ mange deltagere i udbuddet, og konkurrencen om opgaven dermed er effektiv, end hvis der fx er forventning om, at der kun er en anden deltager i konkurrencen om opgaven.

Boks 3.43.5

Eksempler på vurdering af fordele for forbrugerne

Cateringsagen

Sagen ~~vedrører~~ vedrørte to leverandører af cateringvarer, der havde hjemsted henholdsvis på Sjælland og i Jylland. De to selskaber havde aftalt at afgive fælles tilbud på levering af cateringvarer til kunder, der krævede landsdækkende levering. Det ene selskab skulle levere øst for Storebælt, og det andet selskab skulle levere vest for Storebælt. Formålet med samarbejdet var at give de to virksomheder mulighed for at deltage i konkurrencen om kontrakterne med landsdækkende kunder. Landsdækkende levering af cateringvarer krævede distribution både på Sjælland og i Jylland.

Konkurrencestyrelsen vurderede, at aftalen mellem de to cateringvareleverandører begrænsede konkurrencen, da det ikke fandtes godtgjort, at investeringsomkostninger m.v. i sig selv udgjorde en sådan barriere, at samarbejdet objektivt set var nødvendigt, fordi ingen af dem ellers ville være i stand til at deltage i konkurrencen om landsdækkende levering af cateringvarer.

Samarbejdet blev dog fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler på grund af forholdene på markedet, og fordi samarbejdet sikrede en øget valgmulighed for kunderne. De særlige forhold på markedet bestod i, at der kun eksisterede få virksomheder, der aktuelt eller ~~potentielt~~ potentielt havde den nødvendige kapacitet til at byde ind på store landsdækkende kunders udbud af leverancerne.

Cekacan-sagen

Sagen ~~handler~~ handlede om et samarbejde om produktion af en ny emballagetype til fødevarer. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen ~~opfyldt~~ opfyldte imidlertid fritagelsesbetingelserne. De effektivitetsgevinster, samarbejdet medførte, bestod i udvikling

af et nyt produkt, der var en betydelig nyskabelse. Samarbejdet betød endvidere, at det nye produkt hurtigere kunne blive udbredt inden for hele Fællesskabet. Fødevarereproducenterne og de endelige forbrugere ville få en rimelig andel af denne fordel i form af, at der kom en teknisk nyskabelse til emballering af fødevarer på markedet. De endelige forbrugere ville endvidere få en fordel af samarbejdet i kraft af øget konkurrence på emballagemarkedet med deraf forventede virkninger på emballagepriserne.

British Interactive Broadcasting/Open-sagen

Denne sag ~~drejer~~ drejede sig om et samarbejde vedrørende udvikling af digitale interaktive tv-tjenester. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen ~~opfyldt~~ opfyldte imidlertid fritagelsesbetingelserne. Effektivitetsgevinsterne bestod i, at parterne via samarbejdet kunne gøre en ny tjeneste tilgængelig for forbrugerne, ligesom det gav detailsælgere af varer og tjenester en ny afsætningsmulighed. Hver part bidrog med særlig ekspertise, som samlet set muliggjorde udvikling af en bedre tv-tjeneste. Hertil kom, at tjenesten via samarbejdet kunne blive udviklet hurtigere.

3.1.3 3.1.3 Nødvendige begrænsninger

Når man samarbejder med en eller flere konkurrenter ~~i et konsortium, som hvor~~ samarbejdet opfylder de ovennævnte betingelser, vil man ofte aftale forhold, som det normalt er strengt forbudt at aftale, fx prisfastsættelse. Det er derfor afgørende, at de begrænsninger, virksomhederne pålægger hinanden i forbindelse med at afgive fælles bud, er absolut nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, og at samarbejdet ikke rækker ud over det konkrete samarbejde om den pågældende opgave, hverken i tid eller omfang.

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

Aftalen skal endvidere gennemføres på den mindst konkurrencebegrænsende måde, hvilket betyder, at der fx alene må udveksles de informationer eller indgås de prisaftaler, der er nødvendige for samarbejdet.

Vurderingen af, om aftalen er nødvendig skal foretages ud fra den faktiske sammenhæng, som aftalen fungerer i. Det vil sige, at der ved vurderingen skal tages hensyn til markedet, de økonomiske risici forbundet med aftalen og parternes incitamenter.

3.1.4 3.1.4 Ingen udelukkelse af konkurrencen

Endelig må ~~konsortiesamarbejdet~~ samarbejdet mellem konkurrenter om at afgive et fælles bud på en konkret opgave ikke give mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter, som aftalen omhandler. Dvs., at det skal vurderes, hvor meget aftalen svækker konkurrencen.

Her vil man se på, hvor stor markedsandel konsortiedeltagerne har tilsammen i forhold til de øvrige ~~mulige bydere/byder~~. ~~Selvom konsortiedeltagerne normalt ikke vil kende og ikke bør kende antallet på andre faktiske tilbudsgivere, vil aktører~~ Aktører i et marked vil normalt have en god fornemmelse af, hvor mange andre virksomheder der vil kunne byde på opgaven. Jo højere markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, jo større sandsynlighed er der ~~typisk således~~ for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen.

Boks 3.53.6

Eksempel på vurdering af udelukkelse af konkurrencen

Cementa/Aalborg Portland-sagen

Denne svenske sag ~~drejer~~ drejede sig om et konsortiesamarbejde om levering af cement til opførelse af Øresundsbroen. Virksomhederne havde anmodet den svenske konkurrencemyndighed om en fritagelse til, at de kunne indgive et fælles bud. Den svenske konkurrencemyndighed fandt, at det ikke kunne udelukkes, at samarbejdet ville medføre omkostningsbesparelser, fordi der kunne ske en gensidig udnyttelse af virksomhedernes ressourcer. Henset til, at virksomhederne havde markedsandele i henholdsvis Sverige og Danmark på mellem 80 og 100 procent, og at det var vanskeligt for udenlandske cementproducenter at komme ind på markedet, vurderede konkurrencemyndigheden imidlertid, at samarbejdet ikke opfyldte fritagelsesbetingelsen om, at samarbejdet ikke må

udelukke konkurrencen for en væsentlig del af markedet.

3.2 Gruppefritagelser

Ud over muligheden for, at et samarbejde kan være individuelt fritaget efter reglerne i konkurrencelovens § 8 og evt. tillige TEUF artikel 101, stk. 3, kan et samarbejde også være fritaget efter de gruppefritagelser, der findes på området, eksempelvis gruppefritagelsen for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler og gruppefritagelsen for visse kategorier af specialiseringsaftaler. Sidstnævnte gruppefritagelse gælder for aftaler om:

- i) ensidig specialisering (aftaler, hvor en af parterne helt eller delvist giver afkald på at fremstille bestemte produkter eller forberede bestemte tjenesteydelser til fordel for en anden part)
- ii) gensidig specialisering (aftaler, hvor hver part helt eller delvist giver afkald på at fremstille bestemte produkter eller forberede bestemte tjenesteydelser til fordel for en anden part)
- iii) fælles produktion.

Derudover skal følgende to betingelser være opfyldt:

- ☞ Parterne må ikke tilsammen have en markedsandel på over 20 pct.
- ☞ Aftalerne må ikke indeholde alvorlige konkurrencebegrænsninger i form af fastsættelse af priser over for tredjemand, begrænsning af produktion eller salg eller opdeling af markeder eller kunder.

[Bemærk, at ifølge gruppefritagelserne gælder disse ikke for alvorlige konkurrencebegrænsninger.](#)

Kapitel 4

Informationsudveksling i forbindelse med konsortier

Ved indgåelsen af konsortiesamarbejder eller ved overvejelser herom skal ~~man~~ virksomheden også være opmærksom på konkurrencereglerne i forbindelse med informationsudveksling. Dette gælder såvel i forbindelse med de drøftelser, virksomheder har, når de overvejer, om de skal danne et konsortium, og mens konsortiet er i kraft.

Udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger mellem konkurrenter kan begrænse konkurrencen. En virksomhed må fx ikke oplyse hvilken pris, virksomheden planlægger at byde på en konkret opgave, hvis denne skal byde alene eller fx oplyse hvilke fremtidige opgaver virksomheden planlægger at byde på. Hvis en virksomhed får kendskab til sine konkurrenters markedsstrategier, vil det således kunne mindske virksomhedens uafhængige beslutningstagen og incitament til at konkurrere.

Konkurrencefølsomme oplysninger vil typisk vedrøre priser, produktion, kunder, markeder, salg og omkostninger, men kan også vedrøre andre kommercielle vilkår. Konkurrencereglerne på dette område er blandt andet beskrevet nærmere i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om informationsaktiviteter i brancheorganisationer og i Kommissionens horisontale retningslinjer.

Jo flere virksomheder, der udveksler sådanne informationer, jo større risiko er der for, at det begrænser konkurrencen. Som anført i kapitel 2, begrænser det ikke altid antallet af mulige bud, hvis der er flere deltagere end nødvendigt i et konsortium. Der vil imidlertid kunne være andre, afledte konkurrencebegrænsende virkninger som følge af, at der herved udveksles konkurrencefølsomme oplysninger i højere grad, end hvis det kun er det absolut nødvendige antal virksomheder, som deltager.

Der er flere måder, hvorpå en virksomhed kan sikre, at der ikke bliver udvekslet konkurrencefølsomme oplysninger. Inden for større virksomhedstransaktioner er det bl.a. praksis at fastlægge en procedure for, hvordan færrest mulige potentielt følsomme oplysninger bliver udvekslet til den snævrere mulige personkreds. De pågældende virksomheder, som ønsker at fusionere, kan fx nedsætte et team, som skal modtage og behandle relevant materiale. Disse teams omtales oftest som "clean teams" og har til opgave at agere som mellemmand mellem de virksomheder, som ønsker at fusionere. De skal således stå for indsamlingen og gennemgang af materiale fra de virksomheder, som påtænker at fusionere. Hermed bliver ingen konkurrencefølsomme oplysninger udvekslet direkte mellem virksomhederne. I den forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at informationsstrømmen er "one-way" således, at et clean team alene kan modtage oplysninger fra de pågældende virksomheder, men ikke videregive oplysninger til dem om den anden virksomhed.

En lignende model kan anvendes ved indgåelsen samt afviklingen af et konsortiesamarbejde i forbindelse med udbud vedrørende større projekter.

4.1 Informationsudveksling når konsortium overvejes

Hvis en virksomhed ønsker at byde sammen med en eller flere andre virksomheder, vil der ske en udveksling af informationer mellem de virksomheder, der overvejer at byde sammen. Konkurrencefølsomme oplysninger må alene udveksles i strengt nødvendig tilfælde og i et begrænset omfang. Dette gælder ikke mindst i den fase, hvor konsortiet overvejes. En virksomhed skal derfor være opmærksom på, at denne ikke udveksler oplysninger om, hvordan virksomhederne fastsætter deres pris, fordeling af opgaverne i det konkrete udbud m.v., inden det er afklaret, om virksomhederne kan byde alene. Det er derfor vigtigt, at

virksomhederne vurderer, om de kan byde alene, inden de begynder at udveksle følsomme oplysninger.

Hvis det viser sig, at de virksomheder, der har overvejet at indgå et konsortium, selv vil kunne byde på opgaven og dermed er konkurrenter i forhold til opgaven, vil den informationsudveksling, der har fundet sted, reelt udgøre informationsudveksling mellem konkurrenter.

Dette vil kan være strafbart, hvis der er tale om konkurrencefølsomme oplysninger. ~~Det er derfor vigtigt, at den enkelte virksomhed forinden afklarer, om virksomheden selv kan klare opgaven, og om virksomhederne således er konkurrenter.~~ idet virksomhederne vil kunne have koordineret deres bud og/eller pris, hvis virksomhederne har udvekslet flere oplysninger end nødvendigt.

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

For at afdække virksomhedernes samlede kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer i forhold til de krav, der stilles hertil i udbudsmaterialet, vil virksomhederne ~~fx~~ i mange tilfælde være nødt til at udveksle information om deres ledige kapacitet m.v. Sådanne informationer vil ofte kunne karakteriseres som centrale konkurrenceparametre. Det er derfor vigtigt, at udveksling sker i mindst muligt omfang og eventuelt efter særlige procedurer ~~afhængigt af, hvad der i den konkrete situation er nødvendigt for at sikre dette~~. I nogle situationer kan det som nævnt være hensigtsmæssigt at udpege en tredjepart til at håndtere de konkurrencefølsomme oplysninger om fx ledig kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, således at konsortieparterne først får adgang til disse oplysninger, når det er afklaret, at de kan byde sammen. I andre situationer kan det eventuelt være særligt udpegede medarbejdere, der er bundet af tavsheds klausuler, som forestår håndtering af oplysningerne i denne fase.

I første omgang bør udvekslingen af oplysninger begrænse sig til det, der er absolut nødvendigt for at undersøge, om potentielle konsortieparter vil kunne udføre opgaven alene. Hvis det betyder, at man er nødt til at udveksle oplysninger om ledig kapacitet, knowhow og/eller økonomiske ressourcer, bør dette begrænse sig til det absolut nødvendige og ske efter de ovennævnte principper. Andre følsomme oplysninger om fx omkostninger, strategier eller priser bør ikke udveksles ~~på dette tidspunkt, da en udveksling heraf vil kunne udgøre en informationsudveksling mellem konkurrenter.~~

Hvis det efter disse indledende kontakter viser sig, at den potentielle konsortiepartner kan byde alene, bør der som udgangspunkt ikke ske yderligere informationsudveksling mellem virksomhederne, medmindre der er tale om et konsortium, som opfylder betingelserne for individuel fritagelse, der er beskrevet i kapitel 3. I det tilfælde vil virksomhederne kunne udveksle konkurrencefølsomme oplysninger i det omfang, dette er nødvendigt for at udføre opgaven. Det betyder, at virksomhederne må udveksle de oplysninger, der er nødvendige for at fastlægge, om et samarbejde vil gøre det muligt for dem at give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver især, og om fordelene ved samarbejdet kommer forbrugerne til gode. Henset til, at der vil være tale om konkurrencefølsomme oplysninger mellem konkurrenter, bør informationsudvekslingen som nævnt ske efter særlige procedurer ~~som ovenfor beskrevet, som virksomhederne bør have fastlagt på forhånd.~~

Hvis det omvendt viser sig, at de mulige samarbejdspartnere ikke vil kunne udføre opgaven alene og dermed ikke kan afgive et selvstændigt bud, vil udveksling af oplysninger mellem virksomhederne udgøre informationsudveksling blandt virksomheder, der ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave. I sådanne tilfælde kan virksomhederne udveksle de oplysninger ~~i forhold til den konkrete opgave~~, der er nødvendige for at byde sammen og for at kunne udføre opgaven, hvis konsortiet vinder kontrakten. Det er dog væsentligt at være opmærksom på, at virksomhederne i andre sammenhænge kan være konkurrenter, og der må derfor udvises stor forsigtighed.

Hvis et udbud omfatter en opgave, som kun få virksomheder kan udføre, kan det føre til, at flere virksomheder ønsker at indgå et konsortium med den samme virksomhed. I sådanne situationer skal man udvise særlig forsigtighed med udveksling af informationer, således at

der ikke sker udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger gennem den virksomhed, der deltager – eller overvejer at deltage – i flere budgivende konsortier.

4.2 Informationsudveksling under samarbejdet

Virksomheder, der samarbejder i et konsortium, opnår indsigt i hinandens virksomheder. For at undgå ulovlig informationsudveksling er det vigtigt, at man begrænser udvekslingen af konkurrencefølsomme oplysninger til det, der er nødvendigt for at kunne udføre det pågældende samarbejde. Det er således ikke lovligt at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger, der rækker videre end det, der er nødvendigt for opgaven. [Det kunne fx være udveksling af fremtidige priser, udveksling om virksomhedens fremtidige budstrategi eller oplysninger om virksomhedens fremtidige produktion og salg.](#)

Selvom et konsortium er lovligt, fordi de virksomheder, der deltager, ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, konsortiet vedrører, vil de kunne være konkurrenter i forhold til andre opgaver. [Udveksling af oplysninger mellem virksomhederne vil dermed kunne begrænse konkurrencen på de markeder, hvor virksomhederne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, hvad enten det er det marked som budet angår eller andre markeder, virksomhederne begge er eller vil kunne blive aktive på.](#) Det er derfor vigtigt at sikre, at den informationsudveksling, der finder sted i regi af konsortiet, ikke overføres til eller kommer til at omfatte de øvrige aktiviteter, de udfører, og dermed bliver et middel til konkurrencebegrænsende samarbejde uden for konsortiet. Dette gælder, såvel mens konsortiet er i kraft, som efter.

Man skal endvidere være varsom med, at det tætte samarbejde, man vil kunne få med de andre virksomheder i konsortiet, i den periode aftalen løber, ikke får afsmittende virkning på andre kontrakter og opgaver – såvel mens aftalen løber som efter. Dette gælder ikke mindst i længerevarende kontrakter, herunder rammeaftaler.