

# Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven

Vejledning

2017



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

10

---

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

Online ISBN 978-87-7029-556-7

Vejledningen er udarbejdet af  
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Juni 2017

# Indhold

---

<b>Kapitel 1</b>	
<b>Indledning.....</b>	<b>4</b>
1.1 Konsortier i forhold til konkurrencereglerne .....	4
1.2 Vejledningens indhold .....	5
<b>Kapitel 2</b>	
<b>Begrænser konsortiet konkurrencen? .....</b>	<b>6</b>
2.1 Hvornår er man konkurrenter? .....	6
2.2 Vurdering af aktuel og potentiel konkurrence .....	9
2.3 Antallet af deltagere i konsortiet.....	15
2.4 Prækvalifikation og rammeaftaler .....	16
2.5 Konsortier mellem konkurrenter .....	17
<b>Kapitel 3</b>	
<b>Effektivitetsfordele ved konsortier.....</b>	<b>22</b>
3.1 Effektivitetsfordele der kan bevirke, at konsortiet er lovligt.....	22
3.2 Grøppefritagelser .....	29
<b>Kapitel 4</b>	
<b>Informationsudveksling i forbindelse med konsortier.....</b>	<b>30</b>
4.1 Informationsudveksling når konsortium overvejes.....	30
4.2. Informationsudveksling under samarbejdet.....	31
<b>Kapitel 5</b>	
<b>Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioriteringsovervejelser.....</b>	<b>32</b>
5.1 Generelle prioriteringsovervejelser .....	32
5.2 Prioriteringsovervejelser i konsortiesager .....	32
<b>Kapitel 6</b>	
<b>Gode råd .....</b>	<b>33</b>
6.1 Gode råd til virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium .....	33

---

# Kapitel 1

## Indledning

---

Udbud af private og offentlige opgaver sker med henblik på at skabe konkurrence om opgaverne. I nogle tilfælde går virksomheder sammen om at byde på en opgave. Ofte kaldes sådanne samarbejder konsortier. I Danmark er det ret udbredt at indgå i den type samarbejde, og det kan være af stor værdi for de offentlige ordregivere. Det kræver imidlertid, at sådanne samarbejder ikke begrænser konkurrencen men i stedet medvirker til at skabe værdi for kunderne.

Konkurrencereglerne forbyder, at virksomheder indgår aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler har været gældende i Danmark siden 1998 og gælder uanset formen for samarbejdet, herunder for konsortier.

Det er virksomhedernes eget ansvar at overholde konkurrencereglerne. Det er derfor virksomhederne selv, der skal vurdere, om et samarbejde er lovligt. Hvis man er i tvivl, om et konsortium er lovligt, anbefaler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at man søger juridisk rådgivning, inden man indleder samarbejdet.

Desuden kan virksomhederne efter omstændighederne søge uformel vejledning i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om et påtænkt samarbejde. Virksomhederne vil herved kunne få en umiddelbar vurdering fra styrelsen af samarbejdet. Det er vigtigt at understrege, at der alene vil være tale om en umiddelbar vurdering og dermed ikke en afgørelse af, om konsortiet er lovligt eller ulovligt. Processen for at indhente uformel vejledning er nærmere beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om processer i konkurrencesager.

### 1.1 Konsortier i forhold til konkurrencereglerne

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

Hvis der derimod er tale om, at deltagerne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, vil det skulle vurderes, om konsortiet har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Hvis dette er tilfældet, og konsortiet ikke er omfattet af bagatelreglerne eller af en gruppefritagelse, vil konsortiet alene være lovligt, hvis det medfører effektivitetsfordele. Gevinsterne skal endvidere komme forbrugerne til gode, og samarbejdet og de konkurrencebegrænsende elementer i samarbejdet må ikke gå videre end det, der er nødvendigt for at løse opgaven.

Konsortier, der fører til færre, dyrere eller dårligere tilbud, vil derimod normalt være skadelige for konkurrencen og i dette tilfælde for de offentlige ordregivere. Sådanne konsortier er ulovlige og vil i visse tilfælde udgøre karteller eller have lige så skadelige virkninger for konkurrencen som karteller. Karteller anses for meget alvorlige overtrædelser af konkurrenceloven. Det er derfor vigtigt at gribe ind over for konkurrenceskadelige konsortier.

Set ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er selve formen for og benævnelsen af samarbejdet ikke afgørende. Der gælder ikke en særlig analyseramme for konsortier. Det er samarbejdets

---

---

indhold og ikke dets betegnelse, der er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af det. De principper, der kommer til udtryk i denne vejledning, vil derfor i vidt omfang også gælde for andre former for samarbejder mellem virksomheder i forbindelse med udbud, fx underleverancer og lignende.

Konkurrencerådet tilstræber samme praksis som andre lande, og som det ses af de eksempler, der er omtalt i vejledningen, er dansk praksis på linje med praksis i både EU og andre lande, hvor vurderingen baserer sig på EU praksis.

## 1.2 Vejledningens indhold

Denne vejledning retter sig mod virksomheder, der overvejer at indgå i fx et konsortium eller lignende form for samarbejde i forbindelse med udbud. Vejledningen angiver, hvordan Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer sådanne konsortier efter konkurrencereglerne.

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

Virksomheden skal først og fremmest afklare, om den kan klare opgaven selv i forhold til den måde, udbuddet er tilrettelagt på, fordi der i så fald kan være tale om et samarbejde, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Vejledningens *kapitel 2* redegør nærmere for disse vurderinger.

Hvis der er tale om en opgave, som virksomheden kan løse selv, og samarbejdet har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, men den alligevel ønsker at løse den sammen med en eller flere andre virksomheder, skal virksomheden dernæst afklare, om der er effektivitetsfordele ved konsortiet, der kan opveje begrænsningen af konkurrencen, samt hvorvidt gevinsterne herved kommer forbrugerne til gode. Vejledningens *kapitel 3* uddyber kriterierne herfor.

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

Behandlingen af en konkurrencesag kræver et stort ressourceforbrug. Det gælder også for sager vedrørende konsortier. Styrelsen foretager derfor en prioritering af, hvilke sager den tager op. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioriteringskriterier i forhold til konsortier fremgår af *kapitel 5*.

*Kapitel 6* indeholder en række gode råd til virksomheder, der overvejer at indlede et konsortiesamarbejde.

---

## Kapitel 2

# Begrænser konsortiet konkurrencen?

---

Konsortier, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er forbudte efter konkurrencelovens § 6. Hvis der er samhandelspåvirkning, vil konsortiet tillige være i strid med 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.”*

Et konsortium er et samarbejde mellem virksomheder. Ofte vil der være tale om, at konsortiedeltagerne går sammen om at udføre en offentlig eller privat opgave. Sådant et konsortium vil kunne begrænse konkurrencen, hvis konsortiedeltagerne er konkurrenter. Det vil de være, hvis de selv kan klare den pågældende opgave.

Et konsortium begrænser derimod normalt ikke konkurrencen, hvis de virksomheder, der indgår i konsortiet, ikke er i stand til selv at udføre og dermed byde på opgaven. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhederne producerer forskellige ydelser og dermed tilhører forskellige brancher. Men det kan også være en mulighed, hvis virksomhederne tilhører samme branche, men 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.

Selv om konsortiedeltagerne er konkurrenter, og konsortiet er konkurrencebegrænsende, kan konsortiet 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 især, 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.

I dette kapitel gennemgås de centrale kriterier for, om to eller flere virksomheder er konkurrenter i forhold til en opgave. Det skal man som virksomhed forholde sig til, inden man kontakter eventuelle konsortiepartnere. Denne vurdering vil basere sig på oplysninger, som virksomheden allerede har om sin kapacitet mv. Virksomhedens vurdering af, om den kan klare en opgave selv, skal basere sig på et objektivt grundlag og således ikke basere sig på en subjektiv vurdering af, hvad virksomheden umiddelbart ønsker.

### 2.1 Hvornår er man konkurrenter?

Hvis to virksomheder hver især kan klare en opgave, er de konkurrenter i forhold til opgaven. Hvis de derimod ikke kan håndtere opgaven hver især, er de ikke konkurrenter i forhold til den pågældende opgave.

---

Vurderingen af, om man kan klare opgaven selv, eller om man er nødt til at gå sammen med andre virksomheder, skal foretages inden, man indleder drøftelser med andre virksomheder om indgåelse af et konsortiesamarbejde med henblik på at afgive bud på en opgave.<sup>1</sup>

Denne vurdering skal foretages fra gang til gang, dvs. i forhold til det konkrete udbud. Man kan derfor heller ikke per automatik have "faste" konsortiepartnere.

**Boks 2.1**  
**Eksempel på sag, hvor virksomheder var faste konsortiepartnere**

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte<sup>2</sup>

Sagen vedrørte fem italienske virksomheder, der var aktive inden for indsamling af slam. Virksomhederne 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.

Begrebet "konkurrenter" omfatter såvel aktuelle som potentielle konkurrenter. Konkurrenter er derfor virksomheder, der producerer eller leverer samme vare eller ydelse inden for det samme geografiske område, eller som forholdsvis let ville kunne omstille deres virksomhed hertil<sup>3</sup>.

At vurderingen af om virksomheder er konkurrenter også omfatter potentiel konkurrence, er fast praksis i sager, hvor virksomheder samarbejder<sup>4</sup>. Vurderingen foretages på baggrund af følgende kriterier:

- » Muligheden for at indtræde på markedet som konkurrent skal være realistisk. En ren 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.

Eksempelvis er en cateringvirksomhed, der kun er aktiv på Sjælland, ikke aktuel konkurrent til en cateringvirksomhed, der kun er aktiv i Jylland. Men hvis det er økonomisk rentabelt og muligt for den sjællandske cateringvirksomhed at udvide sin produktion til også at omfatte hele eller dele af Jylland, vil den være en potentiel konkurrent til den jyske cateringvirksomhed<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Det kan være fornuftigt, at virksomheden sørger for at gemme analyserne for det tilfælde, at der senere skulle opstå en konkurrencesag. Se Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag, side 120, og Stockholms Tingsrätts dom af 18. december 2015, Aleris Diagnostik AB m.fl., side 185.

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

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

<sup>4</sup> Se fx Rettens dom af 8. september 2016 i sag T-472/13, *Lundbeck mod Kommissionen*, præmis 100-105, Rettens dom af 21. maj 2014 i sag T-519/09, *Toshiba*, præmis 230-233 og Rettens dom af 29. juni 2012 i sag T-360/09, *E.On Ruhrgas AG, E.On AG*, præmis 86-87 og Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisen-tral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 14.

<sup>5</sup> Se Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz A/S*, hvor rådet anså det tvivlsomt, om investeringsomkostninger mv. i sig selv udgjorde en sådan barriere, at samarbejdet var nødvendigt.

Hvis et udbud dækker et geografisk område, som en virksomhed ikke pt. er til stede på, og virksomheden derfor ikke er aktuel konkurrent til de virksomheder, der er aktive i det pågældende område, vil der således blive set på, om det vil være realistisk i forhold til etableringsomkostninger mv. at udvide sin virksomhed til også at omfatte dette geografiske marked.

Hvis et udbud omfatter et produkt, som en virksomhed pt. ikke producerer eller udbyder, vil der tilsvarende blive set på, om det vil være realistisk for virksomheden at udvide sin produktion mv. til også at omfatte dette produkt, jf. også boks 2.2.

Boks 2.2  
**Eksempler på vurdering af potentiel konkurrence**

Toshiba<sup>6</sup>

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<sup>7</sup>

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

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, om virksomheder er *aktuelle* konkurrenter til hinanden, ses på, om virksomhederne allerede har den kapacitet, der er nødvendig for at byde alene. Her tages udgangspunkt i de ressourcer, som virksomhederne har adgang til, og som ikke er bundet af indgåede kontrakter<sup>8</sup>.

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, om virksomheder er *potentielle* konkurrenter til hinanden, ses på, om det er sandsynligt og realistisk, at virksomhederne fx vil kunne udvide deres kapacitet til det, der er nødvendigt for at kunne byde på opgaven alene<sup>9</sup>.

I det følgende beskrives den vurdering, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil foretage for at fastlægge om virksomheder er konkurrenter i forhold til en opgave. Når virksomheder vurderer, om de er konkurrenter i forhold til en opgave, sker dette, inden virksomhederne eventuelt går sammen om at byde. I modsætning hertil vil den vurdering, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretager, som regel ske ex post, idet en eventuel konkurrencesag som regel først vil blive indledt efter, at virksomheder har afgivet bud på en opgave.

<sup>6</sup> EU Domstolens afgørelse af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, *Toshiba Corporation vs. Europa-Kommissionen*, pkt. 31-34.

<sup>7</sup> Kommissionens afgørelse af 19. juni 2013 i Lundbeck-sagen,

<sup>8</sup> Se Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 453.

<sup>9</sup> Se Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 638.



## 2.2 Vurdering af aktuel og potentiel konkurrence

En vurdering af, om virksomheder kan klare en opgave selv, og om de dermed er konkurrenter, tager i første omgang udgangspunkt i de krav, der stilles i udbudsmaterialet. Det vurderes blandt andet, om den enkelte virksomhed allerede har den kapacitet, der er nødvendig for at klare opgaven alene. Dernæst ses på, om virksomheden er potentiel konkurrent, hvis det ellers er relevant.

I sager, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal vurdere, om en virksomhed ville kunne byde alene, ser styrelsen således på, om dette ville kunne udgøre en holdbar økonomisk strategi for virksomheden. Det betyder for det første, at en teoretisk mulighed for at løse opgaven alene ikke er tilstrækkelig; muligheden skal være reel, og det skal indgå i vurderingen, at virksomhedens tilbud skal være rentabelt<sup>10</sup>. Vurderingen skal ske på objektive grundlag.

Der skal således være tale om en realistisk vurdering af, om virksomheden – bl.a. i forhold til sin nuværende størrelse – vil kunne udvide sin kapacitet med det, den mangler for at kunne udføre opgaven alene. En sådan vurdering vil særligt være relevant, hvis den kapacitet, der mangler, udgør en begrænset andel af den kapacitet, virksomheden i forvejen har<sup>11</sup>. Det vil også kunne indgå, om virksomheden tidligere har påtaget sig opgaver af samme størrelse uden at gå i samarbejde med andre.<sup>12</sup>

### Boks 2.3 Eksempel på vurdering af udvidelsesbehov

#### Dansk Vejmarkerings Konsortium<sup>13</sup>

Sagen drejede sig om et konsortium oprettet af de to største vejmarkeringsvirksomheder i Danmark med det formål at byde samlet på et udbud. Konkurrencerådet vurderede, at virksomhederne havde kapacitet hver især til at kunne løse opgaven alene, og at de derfor var aktuelle konkurrenter.

Selv hvis det ikke havde været tilfældet (dvs. selv om de ikke havde været aktuelle konkurrenter), vurderede Rådet, at begge virksomheder havde mulighed for at udvide deres kapacitet i forhold til mandskab og maskiner til det, der var nødvendigt for, at de hver især kunne udføre opgaven alene. At det var muligt og realistisk for virksomhederne at rekruttere medarbejdere blev bekræftet af deres strategioplæg.

Der var tale om to virksomheder, der i forvejen var store, og det konkrete udvidelsesbehov var begrænset.

Sagen er dermed et eksempel på, at virksomheder efter en konkret vurdering kan blive anset for potentielle konkurrenter, hvis de i forvejen har en størrelse, der bevirker, at de med en begrænset udvidelse af deres kapacitet vil kunne udføre opgaven alene.

Vurdering af virksomhedens kapacitet omfatter også en vurdering af, om virksomheden kan bære den risiko, der er forbundet med opgaven. Dette ses fx af *Elopak/Metal Box – Odin*-sagen, som er omtalt i boks 2.7 nedenfor. Der skal således være tale om, at det – baseret på objektive forhold – ikke er realistisk, at virksomheden vil kunne byde alene. Et mere subjektivt ønske om risikospredning i forhold til den konkrete opgave vil derimod som udgangspunkt ikke skulle indgå i vurderingen.

<sup>10</sup> Se fx Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 19.

<sup>11</sup> Se fx Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2016, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 681

<sup>12</sup> Se fx Kommissionens afgørelse af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2 – *GEAE/P & W*, pkt. 74.

<sup>13</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2016, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*.

Ved vurdering af kapacitet indgår risiko som et element i den samlede vurdering af, om en virksomhed kan udføre opgaven alene, eller om det er objektivt nødvendigt for den at gå sammen med en eller flere andre virksomheder. Virksomheden skal således kunne bære den økonomiske risiko ved at tilbyde produktet eller tjenesten på egen hånd enten umiddelbart eller med realistiske tiltag, som fx ikke underminerer rentabiliteten ved at byde på opgaven<sup>14</sup>.

Risikoen for ikke at vinde udbuddet, hvis man byder alene, vil ikke kunne begrunde, at to eller flere konkurrenter byder sammen.<sup>15</sup>

Endelig gælder, at risikospredning også vil kunne indgå i et effektivitetsforsvar, men dette forudsætter blandt andet, at fordelene herved også tilfalder ordregiver, jf. kapitel 3.

Nedenfor omtales sager, der har inddraget risiko. Det bemærkes, at så vidt ses omhandler den praksis, der har inddraget hensynet til risikospredning, samarbejder, hvor virksomheder har stået over for store udviklingsomkostninger.

**Boks 2.4**  
**Eksempler hvor risiko er indgået som en del af vurderingen af et samarbejde**

Konsortium ECR 900-sagen<sup>16</sup>

Sagen drejede sig om et samarbejde om udvikling, fremstilling og salg af GSM-systemet. 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 stå alene, kunne aftaleparterne ikke forventes at bære den finansielle risiko i forbindelse med udvikling og fremstilling af systemet alene. Kommissionen vurderede derfor, at samarbejdet var lovligt.

Indsamling af slam i Lombardiet og Piemonte<sup>17</sup>

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

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

For en konkurrencemyndighed vil det være vanskeligt ex-post at foretage en objektiv vurdering af risikoen ved at påtage sig en opgave, eftersom der er tale om forhold, der ligger inden for virksomhedens kontrol med hensyn til at træffe kommercielle og strategiske beslutninger. Der er derfor ikke tale om et forhold, myndigheden selv kan afdække, og hvor virksomhederne kan blive bedt om dokumentation, hvis det skulle blive relevant. Spørgsmålet om risikospred-

<sup>14</sup> Borgarting Lagmansrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 17.

<sup>15</sup> Se Konkurrenceankenævnets afgørelse af 11. april 2016, der stadfæster Konkurrencerådets afgørelse af 15. juni 2015 i *Dansk Vejmarkerings Konsortium*.

<sup>16</sup> Kommissionens beslutning af 27. juli 1990 i sag IV/32.688 – *Konsortium ECR 900*. Kommissionens beslutning af 15. december 1994 i sag IV/34.768, *International Private Satellite Partners*, pkt. 55, indeholder tilsvarende betragtninger.

<sup>17</sup> Afgørelse nr. 25302 af 3. februar 2015 fra de italienske konkurrencemyndigheder, *1765 Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*. Afgørelsen er den 11. juli 2016 stadfæstet ved de italienske domstole (Consiglio di Stato).

ning vil på den baggrund ikke nødvendigvis indgå som et element, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretager en vurdering af virksomhedens kapacitet.

### 2.2.1. Objektivt nødvendigt

Det afgørende er, om samarbejdet mellem virksomhederne objektivt set er nødvendigt. Det har derimod ikke i sig selv betydning, hvilket subjektivt formål virksomhederne har med samarbejdet, herunder om parterne eksempelvis selv har vurderet, at det er nødvendigt at samarbejde om opgaven<sup>18</sup>. Se boks 2.5 nedenfor.

#### Boks 2.5 Eksempel på vurdering af objektiv nødvendighed.

##### Däckia/Euromaster-sagen<sup>19</sup>

Denne svenske sag omhandlede udbud af en rammeaftale vedrørende levering af dæk til politiet. De to konsortieaftalparter, 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.

### 2.2.2 Kan der bydes på dele af kontrakten?

Hvis udbudsmaterialet giver adgang til at afgive delbud, er det den enkelte virksomheds kapacitet til at byde på et eller flere af disse, der lægges til grund ved vurderingen af, om virksomheder er konkurrenter i forhold til hinanden, jf. boks 2.6.

#### Boks 2.6 Eksempler på at mulighed for at afgive delbud lægges til grund ved vurderingen af, om virksomheder er konkurrenter.

##### Ski Taxi/Follo Taxi-sagen<sup>20</sup>

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

##### Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering<sup>21</sup>

Sagen vedrører snerydning for en kommune, hvor virksomhedernes brancheforening havde afgivet samlet tilbud på sine medlemmers vegne. De vognmænd, der deltog i aftalen, havde kapacitet til at klare opgaven hver især, idet udbuddet gav mulighed for at afgive bud på en-

<sup>18</sup> Se fx Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 120. Se tillige EFTA-domstolens dom af 22. december 2016 i sag E-3/10, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS*, pkt. 99.

<sup>19</sup> Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 121-126.

<sup>20</sup> Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 16-17. Det bemærkes, at sagen er indbragt for den norske højesteret, der har indbragt præjudicielle spørgsmål for EFTA-domstolen. De præjudicielle spørgsmål vedrører ikke muligheden for at byde på delbud.

<sup>21</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*.

kelte ruter. Konkurrencerådet fandt derfor, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende.

Dansk Vejmarkerings Konsortium<sup>22</sup>

Denne sag vedrører som tidligere omtalt 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. 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.

Det er således afgørende, om udbuddet er tilrettelagt sådan, at det er muligt at byde på dele af den udbudte opgave. Hvis virksomheder har kapacitet til at byde på delopgaver hver især, er de konkurrenter i forhold til udbuddet. I så fald vil et samarbejde, der er begrundet i, at man hermed kan byde på hele kontrakten som udgangspunkt ikke ændre på, at virksomhederne skal anses for konkurrenter.

Det er derfor vigtigt at gøre sig klart, om udbudsmaterialet giver mulighed for at byde på dele af kontrakten, eller om man skal byde på det hele. I vurderingen vil det have betydning, hvad der fremgår af udbudsmaterialet, herunder om der fx er krav om, at et bud skal angå flere delkontrakter.

Det forhold, at udbuddet fx giver mulighed for at tilbyde en samlerabat, hvis man byder på flere delkontrakter, ændrer ikke herpå. Hvis et fælles bud på flere delopgaver skaber mulighed for effektivitetsgevinster, der giver anledning til at tilbyde en rabat, vil det dog kunne bevirke, at samarbejdet er lovligt efter konkurrencelovens § 8 og eventuelt tillige TEUF artikel 101 (3), jf. kapitel 3.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt man er konkurrenter i forhold til en opgave, er det afgørende således, om man har kapacitet til selv at udføre delopgaver eller hele kontrakten.

### 2.2.3. Opgavens krav til kapacitet mv.

Vurderingen, af om en virksomhed selv kan løfte en opgave, udgør en samlet vurdering af virksomhedens kapacitet mv. 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 mv. Tilsvarende indgår det i vurderingen, om virksomheden har de økonomiske ressourcer til at klare opgaven, herunder til at påtage sig den risiko, der er forbundet med opgaven. 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 fornødne investeringer<sup>23</sup>.

I det følgende gennemgås forskellige eksempler på typer af krav i udbudsmaterialet, som kan have betydning for mulighederne for at indgå i et konsortium.

#### *Økonomiske ressourcer*

Ved vurdering af virksomhedens økonomiske ressourcer ser man blandt andet på, om virksomheden som helhed har finansiell styrke til at gennemføre de investeringer, der er nødven-

<sup>22</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium. Konkurrenceankenævnet stadfæstede i sin kendelse af 11. april 2016 Konkurrencerådets afgørelse. Sagen er indbragt for Sø- og Handelsretten, hvor den verserer.

<sup>23</sup> Besvarelse af spørgsmål 106 (L 172 – bilag nr. 77) af 6. maj 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalg.

dige for opgaven, herunder om virksomheden kan opfylde udbuddets krav til egenkapital og omsætning mv. 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 mv., der er afgørende i det omfang, virksomheden har mulighed for at råde herover. Hvis virksomheden er en del af en koncern med betydelige finansielle ressourcer, vil dette derfor kunne indgå i vurderingen af, om virksomheden har de nødvendige økonomiske ressourcer til at påtage sig den risiko, der er forbundet med opgaven.<sup>24</sup>

#### *Maskiner mv.*

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

Hvis virksomheden ikke allerede har den nødvendige kapacitet, ses på, om virksomheden realistisk set vil kunne udvide sin kapacitet og løse opgaven, dvs. om virksomheden skal opfattes som en potentiel konkurrent, jf. afsnit 2.1 Det betyder, at der blandt andet kan ses på, om virksomheden har adgang til at finansiere og skabe rentabilitet på investeringerne til nye maskiner inden for den tidshorisont, udbudsmaterialet angiver<sup>25</sup>. Styrelsen vil lægge vægt på, om en udvidelse af kapaciteten er realistisk, herunder økonomisk rentabel.

#### *Medarbejdere mv.*

Hvis udførelse af opgaven forudsætter en udvidelse af virksomhedens medarbejderstab, ses tilsvarende på, om virksomheden har den tilstrækkelige kvalificerede arbejdskraft, eller om virksomheden har mulighed for at skaffe kvalificeret arbejdskraft<sup>26</sup>. I denne vurdering indgår, hvilke kompetencer de pågældende medarbejdere skal have for at kunne udføre opgaven. Vurderingen afhænger også af, om det fx er almindeligt, at man indlejer arbejdskraft eller udstyr i forbindelse med større opgaver, hvilket kan variere fra branche til branche.

#### *Teknologi, specialviden og knowhow*

Som anført ovenfor kan adgang til teknologi, specialviden og knowhow indgå i vurderingen af, om det er nødvendigt at gå sammen i et konsortium for at byde på en opgave. Der kan også være tale om krav til erfaring fra tidligere opgaver inden for et bestemt område.

Selv om 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 mv. til at løfte alle dele af en opgave, vil dette kunne berettige et samarbejde med den virksomhed, der har denne knowhow. Et sådant samarbejde kan fx være begrundet i, at den ene af virksomhederne har en specialviden, der er nødvendig for at udføre dele af opgaven.

<sup>24</sup> Se fx Kommissionens afgørelse af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2 – GEAE/P & W, pkt. 74.

<sup>25</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 676 f.

<sup>26</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 687 f.

<sup>27</sup> Kommissionens beslutning af 13. juli 1990 i sag IV/32.009 – *Elopak/Metal Box Odin*.

**til teknologi og know-how**

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. 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. 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 mv. til at udføre opgaven alene, men hvor 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 blandt andet, 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.

**2.2.5. Kapacitet, der er reserveret til andre opgaver**

Ved vurdering af kapacitet tages udgangspunkt i den reelle kapacitet, virksomheden kan eller vil kunne råde over i den periode, opgaven skal udføres. Kapacitet, der allerede er disponeret over, fordi den skal bruges på aftaler, virksomheden i forvejen har indgået, indgår derfor ikke i vurderingen. Opgaver, som virksomheden skal udføre i den pågældende periode, vil således lægge beslag på kapacitet, som ikke kan anvendes til andre formål.

Omvendt kan der som udgangspunkt ikke tages hensyn til eventuelle forventninger om nye kunder eller opgaver. Det afgørende for, om virksomheder er konkurrenter, er, om konsortiesamarbejdet er nødvendigt for at kunne være med i konkurrencen om en opgave. Hvis virksomhederne reserverer kapacitet til fremtidige opgaver, der ikke er indgået aftaler om, har virksomheden reelt ledig kapacitet på planlægningstidspunktet, og et konsortiesamarbejde vil derfor ikke være nødvendigt.

Der vil dog i helt særlige tilfælde kunne tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder. Det kan fx være, hvis det kan dokumenteres, at der er tale om forventede opgaver fra kernekunder, som har en sådan fast tilbagevendende karakter, at det er realistisk og dermed retvisende at reservere kapacitet til at udføre disse opgaver. I sådanne særlige tilfælde kan det være relevant at medregne kapacitetsbehovet til disse forventede opgaver, når virksomheden opgør sin ledige kapacitet<sup>28</sup>. Om der kan fradrages kapacitet, vil altid bero på en konkret vurdering.

<sup>28</sup> Se Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 444.

Boks 2.8  
**Eksempler på sager, der berører spørgsmålet om, hvorvidt der ved fastlæggelse af kapacitet kan afsættes kapacitet til andre opgaver.**

#### Ski Taxi/Follo Taxi-sagen<sup>29</sup>

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<sup>30</sup>

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

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.

### 2.3 Antallet af deltagere i konsortiet

Hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt for at klare opgaven, kan samarbejdet begrænse konkurrencen, selvom ingen af deltagerne hver for sig kan løse opgaven. Om det er tilfældet vil bero på en konkret vurdering bl.a. af, hvordan konkurrencen mest realistisk ville udspille sig uden den pågældende aftale.

<sup>29</sup> Borgarting Lagmansrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 16-17. Det bemærkes, at sagen er indbragt for den norske højesteret, der har indbragt præjudicielle spørgsmål for EFTA-domstolen. De præjudicielle spørgsmål vedrører ikke muligheden for at byde på delbud.

<sup>30</sup> Konkurrencerets afgørelse af 12. maj 1995, *Icke-ingripandebesked/undantag avseende samarbejde i ett konsortium i cementbranschen*, Stockholms Tingsrätts afgørelse af 1. januar 1997, *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrencerettet og Marknadsdomstolens afgørelse af 8. oktober 1997, Konkurrencerettet mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*.

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 ville kunne være kommet et ekstra bud på udbuddet. Dette ville begrænse konkurrencen.

Hvis det omvendt ikke er muligt for denne fjerde virksomhed at gå sammen med andre virksomheder, som dermed tilsammen ville kunne skabe et ekstra bud, vil inddragelsen af denne fjerde virksomhed ikke føre til færre bud på opgaven, og der vil derfor ikke umiddelbart ske nogen begrænsning af konkurrencen om den offentlige opgave.

Hertil kommer imidlertid, at virksomhederne i højere grad vil kunne udveksle konkurrencefølsomme oplysninger, end hvis kun det absolut nødvendige antal virksomheder deltager og dermed øge risikoen for afsmittende virkninger, når virksomhederne konkurrerer om andre opgaver. Dette vil kunne begrænse konkurrencen og kan være i strid med konkurrenceloven.

**Boks 2.9**  
**Eksempler på samarbejde mellem virksomheder, hvor den ene kunne byde selv.**

#### Däckia/Euromaster sagen<sup>31</sup>

I denne sag, der som nævnt vedrører levering af dæk, var to virksomheder, Däckia og Euromaster, gået sammen. Mens Däckia havde kapacitet til at byde alene, manglede Euromaster 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 mellem de to virksomheder derfor ikke for nødvendigt.

#### Ski Taxi/Follo Taxi-sagen<sup>32</sup>

I denne sag var to taxiselskaber som tidligere nævnt gået sammen om at byde på patienttransport. Under sagens behandling ved den norske lagmanskrets blev det overvejet, om et konsortium kan være lovligt, hvis bare den ene virksomhed kunne have indgivet tilbud alene. På baggrund af det, der fremgår herom i den norske konkurrencemyndigheds vejledning om konsortiesamarbejde<sup>33</sup>, vurderede domstolen, at et konsortium mellem to virksomheder, hvor kun den ene vil være i stand til at afgive bud alene, vil kunne være lovligt. Afgørende herfor er, om samarbejdet fører til, at andre samarbejder udelukkes. Hvis det er tilfældet, vil samarbejdet begrænse antallet af bud og dermed være ulovligt.

Domstolen tog ikke konkret stilling til spørgsmålet, idet domstolen under den videre behandling af sagen kom frem til, at begge virksomheder havde kunnet byde, eftersom der var mulighed for at byde på delkontrakter.

## 2.4 Prækvalifikation og rammeaftaler

I situationer, hvor udbyder på baggrund af en prækvalifikationsrunde har udvalgt et antal ansøgere til at afgive tilbud, er det alene de virksomheder, der opfylder prækvalifikationskravene, der kan anses som konkurrenter. Virksomheder, der ikke er prækvalificeret, er således umiddelbart ikke konkurrenter til de, der kan afgive tilbud. Det kan imidlertid ikke udelukkes,

<sup>31</sup> Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 132.

<sup>32</sup> Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 16-17. Det bemærkes, at sagen er indbragt for den norske højesteret, der har indbragt præjudicielle spørgsmål for EFTA-domstolen. De præjudicielle spørgsmål vedrører ikke dette spørgsmål.

<sup>33</sup> Vejledning om projektsamarbejd udarbejdet af det norske Konkurransetilsynet. Vejledningen er tilgængelig på [www.konkurransetilsynet.no](http://www.konkurransetilsynet.no).



at ligebehandlingsprincippet i udbudsloven vil være til hinder for, at prækvalificerede virksomheder indgår konsortieaftale med virksomheder, der ikke er prækvalificeret.

Hvis der omvendt er tale om et samarbejde mellem to virksomheder, der begge er prækvalificerede til at byde på den samme opgave, vil dette selvsagt understøtte, at virksomhederne er konkurrenter i forhold til det pågældende udbud.<sup>34</sup>

Boks 2.10  
**Eksempel på samarbejde mellem prækvalificerede virksomheder.**

Johny Birkeland Transport/Norva 24-Lindum-sagen<sup>35</sup>

Sagen handler om en aftale mellem to virksomheder om indgivelse af fælles bud på håndtering af slam i Bergen. Opgaven var opdelt i distrikter, og der var mulighed for at afgive delbud på enkelt-distrikter. Begge virksomheder var – som de eneste – prækvalificerede til at afgive tilbud hver for sig, og de havde begge kapacitet til at byde på delopgaver. Virksomhederne indgav imidlertid et fælles bud på den samlede opgave. Den norske konkurrencemyndighed vurderede på den baggrund, at virksomhederne var konkurrenter i forhold til opgaven. At begge virksomheder var prækvalificerede til at byde, understøttede dette.

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

Når man indgår konsortier med en eller flere andre virksomheder med det formål at byde på en kontrakt, er det endvidere vigtigt at være opmærksom på, at den konkurrenceretlige vurdering relaterer sig til den konkrete kontrakt, uanset om der er tale om en rammeaftale. Det forhold, at man ikke er konkurrenter i forhold til et udbud af én rammeaftale, ændrer således ikke på, at man sagtens kan være konkurrenter i forhold til en anden rammeaftale eller næste udbud af samme rammeaftale. Man kan derfor ikke gå ud fra, at man kan have "faste" konsortiepartnere; vurderingen af, om man er konkurrenter, skal ske fra gang til gang i forhold til det enkelte udbud.

## 2.5 Konsortier mellem konkurrenter

Hvis virksomhederne hver især kan klare opgaven, vil de ved et udbud være i stand til at indgive separate bud hver især. I så fald er virksomhederne konkurrenter.

Et samarbejde mellem konkurrenter vil betyde, at antallet af mulige bud på opgaven sandsynligvis bliver mindre end uden samarbejdet. Reduktionen i antallet af bud kan betyde, at virksomhederne konkurrerer mindre intensivt, og at prisen på opgaven stiger og/eller kvaliteten falder som følge af den begrænsede konkurrence.

I henhold til konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 er det forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurren-

<sup>34</sup> Se afgørelse af 18. oktober 2010 fra det norske Konkurransetilsynet, *Johny Birkeland Transport as/Norva 24 AS – Lindum AS*, pkt. 266-274.

<sup>35</sup> Det norske Konkurransetilsynets afgørelse af 18. oktober 2016, *Johny Birkeland Transport AS/Norva 24 AS – Lindum AS*, pkt. 292.

cen. Hvis samarbejdet har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og det ikke er omfattet af bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7 eller medfører effektivitetsfordele til gavn for forbrugerne, der opvejer konkurrencebegrænsningen, vil konsortiet således være i strid med konkurrencelovens § 6 samt TEUF artikel 101 (hvis der er samhandelspåvirkning).

Ud over fælles budgivning indebærer et konsortium ofte, at virksomhederne fx fastsætter priser samt eventuelt også opdeler markeder eller kunder. Sådanne konkurrencebegrænsninger anses for at være alvorlige og vil reelt svare til et kartel. Selv om kartelbetegnelsen normalt anvendes om samarbejder, der foregår i det skjulte, mens der derimod ofte er fuld åbenhed om konsortier, vil de således kunne have samme konkurrenceskadelige virkninger. Karteller udgør en alvorlig og strafbar overtrædelse af konkurrenceloven. Karteller straffes som udgangspunkt med bøde, men straffen kan i særligt grove tilfælde stige til fængsel i op til seks år.

I det følgende gennemgås, hvilke konsortier der som følge af deres natur er egnede til (og derfor konkurrenceretligt har til formål) at begrænse konkurrencen og hvilke, der vil skulle undergives en vurdering af, om de har konkurrencebegrænsende virkninger for dermed at fastlægge, om de har til følge at begrænse konkurrencen.

Det er uden betydning for vurderingen af, om et konsortiesamarbejde har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, om der har været fuld åbenhed og offentlighed om samarbejdet<sup>36</sup>. Det er dog muligt, at dette kan have betydning for udmåling af en eventuel straf for deltagelse i et ulovligt samarbejde. Det er op til anklagemyndigheden og domstolene at tage stilling hertil.

### 2.5.1. 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. For denne type (til formåls-) overtrædelser skal konkurrencemyndigheden som udgangspunkt ikke kortlægge de skadelige virkninger for forbrugerne.

For at fastlægge, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, kræves imidlertid en vurdering af aftalens indhold og formål samt af den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalen indgår i.<sup>37</sup>

De former for horisontale aftaler (dvs. aftaler mellem konkurrenter), der i henhold til praksis anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, er fx prisaftaler<sup>38</sup>, markeds- og kundedelingsaftaler<sup>39</sup> og aftaler om kapacitetsbegrænsning<sup>40</sup>. Også andre former for begrænsninger vil dog kunne have til formål at begrænse konkurrencen.

Vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, foretages på objektivt grundlag. Det har som udgangspunkt ikke betydning, hvilken subjektiv hensigt virksomhederne har haft med aftalen.<sup>41</sup> Selv om virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen ikke har været at begrænse konkurrencen, kan aftalen således godt vurderes som en til formålsover-

<sup>36</sup> Se Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 134, samt EFTA-domstolens dom af 22. december 2016 i sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxo SA og Ski Follo Taxidrift AS*, præmis 106-108.

<sup>37</sup> Se EU Domstolens afgørelse i sag C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaire*, pkt. 49-53.

<sup>38</sup> Se fx EU-Domstolens afgørelse af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires* og af 4. juni 2009 i sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands*.

<sup>39</sup> Se fx EU-Domstolens afgørelse af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, *Toshiba*.

<sup>40</sup> Se fx EU-Domstolens afgørelse af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Beef Industry*.

<sup>41</sup> Se EU Domstolens afgørelse af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Beef Industry Development*, præmis 21.

trædelse. 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.<sup>42</sup>

**Boks 2.11**  
**Eksempler på konsortier, der er anset at have til formål at begrænse konkurrencen.**

Däckia/Euromaster sagen<sup>43</sup>

Denne svenske sag handlede som nævnt om et udbud af en rammeaftale vedrørende levering af dæk til 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<sup>44</sup>

Denne sag vedrører som tidligere omtalt fælles tilbudsgivning for så vidt angår patientkørsel. Den norske konkurrencemyndighed samt den norske underret vurderede, 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. Det skyldes, at samarbejdet eliminerede konkurrencen mellem de to virksomheder, der kunne have indgivet separate tilbud, og at der var tale om et prissamarbejde.

Sagen er blevet indbragt for den norske højesteret, der har stillet præjudicelle spørgsmål til EFTA-domstolen om, hvilke retslige kriterier, der skal indgå i vurderingen af, om indgivelse af et fælles tilbud udgør en til formålsovertrædelse. EFTA-domstolen har – i overensstemmelse med EU Domstolens praksis – anført, at aftaler, der fremtræder som tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, vil udgøre formålsbegrænsninger, og at man for at vurdere, om afgivelse af et fælles tilbud er tilstrækkelig skadeligt for konkurrencen skal tage hensyn til samarbejdets indhold, dets formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, samarbejdet indgår i. EFTA-domstolen har videre anført, at eftersom indgivelse af fælles tilbud omfatter prisfastsættelse, vil undersøgelsen af den økonomiske og retlige sammenhæng kunne begrænses til det, der er absolut nødvendigt for at fastlægge, om der er tale om en til formålsbegrænsning. Som led i vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng vil det skulle indgå, om aftaleparterne er aktuelle eller potentielle konkurrenter.

I den konkrete sag var der tale om, at de to taxiselskaber havde oprettet et fællesejet selskab, som indgav et fælles bud. I sådanne situationer skal det ifølge EFTA-domstolen tillige undersøges, om den fælles prisfastsættelse udgør en accessorisk begrænsning tilknyttet driften af det fælles selskab.<sup>45</sup> Som led heri skal det undersøges, om denne virksomhed ville have været umulig at udøve uden begrænsningen, og om begrænsningen står i forhold til virksomhedens hovedformål. Det forhold, at virksomheden bliver vanskeligere at udøve eller mindre rentabel uden begrænsningen, kan ikke give begrænsningen den ”objektive nødvendighed”, der kræves for at kunne anse begrænsningen for accessorisk.

Det er herefter op til den norske højesteret at træffe endelig afgørelse i sagen.

<sup>42</sup> Se EFTA-domstolens dom af 22. december 2016 i sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxo SA og Ski Follo Taxidrift AS*, præmis 89 og 106-108, samt Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 134.

<sup>43</sup> Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 132 f. Tingsrätten henviser bl.a. til pkt. 234 i Kommissionens meddelelse af 14. januar 2011 om retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01.

<sup>44</sup> Dom fra EFTA-domstolen af 22. december 2016 i sag E-3/16, *Ski taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS*, præmis 89-94.

<sup>45</sup> Hvis hovedindholdet i et joint venture ikke er konkurrencebegrænsende, falder konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for joint venturet (accessoriske begrænsninger) heller ikke ind under forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

### Dansk Vejmarkerings Konsortium<sup>46</sup>

Denne sag vedrørte som nævnt fælles bud på et udbud af vejmarkering. Konkurrencerådet vurderede, at de to virksomheder havde kapacitet til at byde hver især på forskellige deludbud og derfor var konkurrenter. Aftalen vedrørte såvel fælles prisfastsættelse som markedsdeling. På den baggrund fandt Konkurrencerådet, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Dette er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, der har udtalt, at da konsortieaftalen objektivt bedømt i sin markedsræssige sammenhæng indeholdt konkurrenceskadelige virkninger, var den – uanset, at den ikke kunne betegnes som en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsopdeling – ifølge sin natur egnet til at skade konkurrencen og havde derfor til formål at begrænse konkurrencen.

Sagen er indbragt for SØ- og Handelsretten.

### Skolebusser<sup>47</sup>

Denne franske sag vedrører et konsortium stiftet af en række transportselskaber med henblik 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.

Sagen er indbragt for domstolene.

## **2.5.2. Konsortier der kan have til følge at begrænse konkurrencen**

Hvis der er tale om produktionsaftaler i form af enten fælles produktion eller underleveranceaftaler, er udgangspunktet, at visse typer af aftaler ikke vil blive anset for at have til formål at begrænse konkurrencen. I disse tilfælde vil det normalt være relevant at gennemføre en vurdering af, om aftalerne vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger (en "til følge-vurdering"). Konkret gælder det:

- når parterne indgår aftale om den produktion, der direkte berøres af produktionsaftalen, forudsat at de øvrige konkurrenceparametre ikke udelukkes
- når en produktionsaftale, der også omfatter fælles distribution af de produkter, som er fremstillet i fællesskab, indeholder bestemmelse om fastsættelse af salgspriserne for disse produkter, og kun disse produkter, forudsat at denne begrænsning er nødvendig for den fælles produktion, dvs. at parterne ellers slet ikke ville have incitament til at indgå produktionsaftalen.

Dette samt vurderingen af konkurrencebegrænsende virkninger af sådanne aftaletyper er nærmere beskrevet i Kommissionens horisontale retningslinjer.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium. Konkurrenceankenævnet stadfæstede i sin kendelse af 11. april 2016 Konkurrencerådets afgørelse. Sagen er indbragt for SØ- og Handelsretten, hvor den verserer.

<sup>47</sup> Afgørelse fra den franske konkurrencemyndighed, Decision n° 16-D-02 of 27th January 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin.

<sup>48</sup> Se Kommissionens meddelelse af 14. januar 2011 om retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01, pkt. 150 f.

---

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

Som tidligere anført vil et konsortium, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, være lovligt, hvis samarbejdet medfører effektivitetsgevinster til gavn for forbrugerne, og disse opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. kapitel 3.

UDKAST

---

## Kapitel 3

# Effektivitetsfordele ved konsortier

Et konsortiesamarbejde mellem virksomheder om en opgave, som virksomhederne kan klare hver især, vil som nævnt kunne være konkurrencebegrænsende, idet virksomhederne vil være konkurrenter om opgaven. I selve vurderingen af om virksomhederne er konkurrenter, og om samarbejdet har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er det ikke afgørende, om virksomhederne sammen vil kunne give et mere konkurrencedygtigt bud, eller om samarbejdet er til gavn for virksomhederne og deres ejere.

Hvis virksomhederne sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver især, kan samarbejdet imidlertid alligevel være lovligt, selv om virksomhederne er konkurrenter. Det kræver imidlertid, at samarbejdet opfylder en række betingelser, herunder at det er til gavn for forbrugerne.

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.

Selv om de virksomheder, der deltager i konsortiet, selv kan løse opgaven, kan et konsortium således alligevel være lovligt, hvis dets fordele for forbrugerne opvejer virkningerne af konkurrencebegrænsningen. Det er således centralt, at 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 (herunder mellem konkurrenter) vil være fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Fritagelsesbetingelserne fremgår af konkurrencelovens § 8, stk. 1 og TEUF artikel 101 (3). Hvis betingelserne er opfyldt, finder forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 (hvis der er samhandlingspåvirkning) ikke anvendelse, dvs. aftalen er i så fald automatisk lovlig efter konkurrencereglerne.

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."*

### 3.1 Effektivitetsfordele der kan bevirke, at konsortiet er lovligt

Konkurrencelovens § 8, stk. 1, betyder, at et konsortium bestående af virksomheder, der er konkurrenter, vil kunne opfylde betingelserne for fritagelse fra forbuddet i konkurrenceloven, hvis de gennem samarbejdet:

- » kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville kunne hver for sig, og
- » dette kommer forbrugerne til gode, og
- » 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 disse forhold. Her vil blandt andet forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, antallet af andre bud, samarbejdets art og det produkt eller den tjenesteydelse, samarbejdet vedrører, indgå.

Det er virksomhederne, der i første omgang skal foretage vurderingen af de forskellige forhold, og i tilfælde af, at der indledes en sag, skal virksomhederne selv føre dokumentation for, at konsortiet opfylder fritagelsesbetingelserne.

Ligesom det er tilfældet med vurderingen af, om man selv kan klare en opgave, bør vurderingen foretages inden, man afgiver tilbud på opgaven.

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

### 3.1.1. Effektivitetsgevinster

Samarbejdet skal kunne medføre økonomiske fordele i form af effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinsterne kan være såvel kvantitative som kvalitative.

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.

Effektivitetsgevinsterne skal være af en sådan størrelse, at de kan opveje konkurrencebe- grænsningerne, idet et væsentligt sigte er, at samarbejdet samlet set er til fordel for forbrugere/ordregiveren og ikke hæmmer konkurrencen i øvrigt unødigt.

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

Boks 3.1  
**Eksempler på vurdering  
 af effektivitetsgevinster**

Dansk Vejmarkerings Konsortium<sup>50</sup>

Denne sag vedrører som nævnt et udbud af vejmarkering. De to virksomheder, der var gået sammen om at byde, havde fordelt de forskellige distrikter mellem sig. Der var således ikke tale om, at virksomhederne i fællesskab udførte opgaverne i de enkelte distrikter. Samarbejdet medførte således ikke synergieffekter i form af fx omkostningsbesparelser gennem øgede stordriftsfordele eller en mere effektiv udnyttelse af virksomhedernes ressourcer. Konkurrencerådet fandt derfor ikke, at samarbejdet medførte effektivitetsfordele.

Däckia/Euromaster sagen<sup>51</sup>

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.

I tilfælde af at der rejses en sag, vil det være aftaleparternes opgave at dokumentere effektivitetsgevinsterne, herunder deres størrelse, hvordan de opnås og forbindelsen mellem effektivitetsgevinsterne og konsortiet.<sup>52</sup> Hvis konsortiesamarbejdet fx fører til omkostningsbesparelser, skal virksomhederne lave en beregning af disse. Hvis der er tale om et nyt eller forbedret produkt/ydelse, skal virksomhederne forklare effektivitetsgevinsterne herved.

Besparelser, der alene skyldes afskaffelse af konkurrencerelaterede omkostninger, anses ikke for effektivitetsgevinster. En nedbringelse af transportomkostningerne, der kun skyldes en kundefordeling uden integrering af det logistiske system, kan derfor ikke betragtes som en effektivitetsgevinst<sup>53</sup>. Eventuelle besparelser ved at udforme tilbud anses normalt ikke som en effektivitetsgevinst.

Der skal som udgangspunkt være tale om integration af økonomiske aktiviteter, og begge parter skal bidrage med en betydelig kapital, teknologi eller andre aktiver. Der kan også være tale om omkostningsbesparelser ved at fjerne dobbeltanvendelse af ressourcer og anlæg. Et fælles salg, der kun omfatter et fælles salgsagentur uden investeringer, vil derimod ikke opfylde betingelserne, men vil nærmere udgøre et kartel.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 804 f. Konkurrenceankenævnet stadfæstede i sin kendelse af 11. april 2016 Konkurrencerådets afgørelse. Sagen er indbragt for Sø- og Handelsretten, hvor den verserer.

<sup>51</sup> Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, side 138 f.

<sup>52</sup> Kommissionens retningslinjer for anvendelsen artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), pkt. 51.

<sup>53</sup> Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horizontale aftaler (2011/C 11/01), punkt 247. Se endvidere de eksempler på fælles salg i punkt 252-254, der vil opfylde fritagelsesbetingelserne.

<sup>54</sup> Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horizontale aftaler (2011/C 11/01), pkt. 248.



Boks 3.2  
**Eksempler på, at effektivitetsgevinster skal dokumenteres**

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen<sup>55</sup>

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

Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering<sup>56</sup>

Sagen vedrører 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.

### 3.1.1.1. Risikospredning som effektivitetsgevinst

For virksomheder, der påtager sig nye opgaver, vil der altid være en risiko, som ofte også 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 kapitel 2, 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.

I mange tilfælde 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 fører – eller bidrager – til, at virksomhederne samlet giver et bedre 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.

<sup>55</sup> Borgarting Lagmanskrets afgørelse af 17. marts 2015, *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*, side 25.

<sup>56</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*, pkt. 134.

Selv om en virksomhed således er i stand til selv at påtage sig risikoen ved at udføre opgaven, er det muligt, at risikoen ved opgaven bevirker, at udførelse af opgaven bliver mere omkostningstung, end hvis flere virksomheder kan dele denne risiko og dermed fx opnå en lavere forsikringspræmie el. lign. I så fald vil risikospredning kunne bidrage til at skabe effektivitetsgevinster, som udmøntes i en lavere pris på opgaven. Virksomhederne skal i så fald skal kunne påvise de effektivitetsgevinster, der er ved, at virksomhederne deler denne risiko, og at det kommer forbrugerne til gode. Der er ikke fundet eksempler i retspraksis herpå.

I det følgende er omtalt to afgørelser fra Kommissionen, hvor risiko er indgået 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<sup>57</sup> og er omtalt i foregående afsnit.

**Boks 3.3**  
**Eksempler hvor risiko indgår som element i vurdering af effektivitetsgevinster**

Vacuum Interrupters-sagen<sup>58</sup>

Denne sag handler om et samarbejde mellem to virksomheder om udvikling af en vakuumbryder. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldte imidlertid betingelserne for en fritagelse. De effektivitetsgevinster, samarbejdet medførte, bestod i, at virksomhederne sammen kunne udvikle en model med brug af færre udviklingsressourcer, end hvis de skulle udvikle en hver især, hvorved de hver især havde mulighed for parallelt hermed at udføre andre udviklingsopgaver.

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<sup>59</sup>

Denne sag drejer sig om et samarbejde om udvikling af en ny type flymotor. Selv om 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 betydelige finansielle ressourcer og måtte dermed kunne forventes at bære den tekniske og økonomiske risiko forbundet hermed.

Samarbejdet førte imidlertid til, at virksomhederne kunne udvikle den nye motor hurtigere og billigere, end hvis de skulle forestå udviklingen hver især. Kommissionen vurderede derfor, at samarbejdet medførte effektivitetsfordele.

### 3.1.2. Fordele for forbrugerne

Effektivitetsgevinsterne ved samarbejdet mellem konkurrenter skal komme forbrugerne til gode. Det kan for eksempel være i form af lavere priser, bedre produktkvalitet eller større udvalg af de produkter eller tjenesteydelser, udbuddet vedrører. Fordelene for forbrugerne skal være af et sådant omfang, at de mindst opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger, samarbejdet har for dem. Effektivitetsgevinster, der kun gavner parterne i konsortiet, er såle-

<sup>57</sup> Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08).

<sup>58</sup> Kommissionens afgørelse af 20. januar 1997 i sag IV/27.442 – *Vacuum Interrupters Ltd*

<sup>59</sup> Kommissionens beslutning af 14. september 1999 i sag IV/36.213/F2, *GEAP/P & W*.

des ikke tilstrækkelige til, at kriterierne i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101 (3) er opfyldt.

”Forbrugere” dækker bredt og omfatter alle aftagere af det produkt eller den ydelse, konsortiesamarbejdet vedrører, herunder eksempelvis offentlige ordregivere i et offentligt udbud.

Hvis et konsortium fx deltager i et offentligt udbud, hvor der er mange deltagere, og der derfor er effektiv konkurrence om opgaven, vil der være større sandsynlighed for, at effektivitetsgevinster overføres til forbrugerne i form af lavere tilbudspris, end hvis der i konsortiet er en forventning om, at der kun er fx en anden deltager i konkurrencen om opgaven.

Boks 3.4  
**Eksempler på vurdering af fordele for forbrugere**

Cateringsagen<sup>60</sup>

Sagen vedrører to cateringselskaber, 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 catering-selskaber mulighed for at deltage i konkurrencen om kontrakterne med landsdækkende kunder. Landsdækkende levering af cateringvarer krævede distribution både på Sjælland og i Jylland.

Konkurrencerådet vurderede, at aftalen mellem de to cateringselskaber begrænsede konkurrencen, da rådet ikke fandt det godtgjort, at investeringsomkostninger mv. i sig selv udgjorde en sådan barriere, at samarbejdet objektivt set var nødvendigt, fordi ingen af de to catering-selskaber 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.

Cekacan-sagen<sup>61</sup>

Sagen handler om et samarbejde om produktion af en ny emballagetype til fødevarer. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldt imidlertid fritagelsesbetingelserne. De effektivitetsgevinster, samarbejdet medførte, bestod i udvikling af et nyt produkt, der var en betydelig nyskabelse. 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<sup>62</sup>

Denne sag drejer sig om et samarbejde vedrørende udvikling af digitale interaktive tv-tjenester. Kommissionen fandt, at samarbejdet var konkurrencebegrænsende, fordi virksomhederne var potentielle konkurrenter. Aftalen opfyldt imidlertid fritagelsesbetingelserne. Effektivitetsgevinsterne bestod i, at parterne via samarbejdet kunne gøre en ny tjeneste til-

<sup>60</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz A/S*

<sup>61</sup> Kommissionens afgørelse af 15. oktober 1990 i sag IV/32.681 – *Cekacan*, pkt. 44-47.

<sup>62</sup> Kommissionens afgørelse af 15. september 1999 i sag /V/36.539 – *British Interactive Broadcasting/Open*, pkt. 141 og 159.

gængelig for forbrugerne, ligesom det gav detailsælgere af varer og tjenester en ny afsætningsmulighed.

### 3.1.3. Nødvendige begrænsninger

Når man samarbejder med en eller flere konkurrenter i et konsortium, som opfylder de ovennævnte betingelser, vil man aftale forhold, som det normalt er strengt forbudt at aftale, fx prisfastsættelse.

Det er afgørende, at de begrænsninger, virksomhederne pålægger hinanden, er absolut nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, og at samarbejdet ikke rækker udover det konkrete samarbejde, hverken i tid eller omfang.

Der må ikke findes nogen anden økonomisk gennemførlig og mindre konkurrencebegrænsende måde at opnå gevinsterne på.<sup>63</sup> Det kan enten være i form af, at virksomheden i stedet byder alene eller indgår et konsortium med andre virksomheder end de, der er med i det aktuelle konsortium.

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

### 3.1.4. Ingen udelukkelse af konkurrencen

Endelig må konsortiesamarbejdet ikke give mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter, som aftalen omhandler. Dette gælder såvel aktuel som potentiel konkurrence. I yderste konsekvens lægges der større vægt på at værne om konkurrencen og bevare konkurrenceprocessen end på de potentielt konkurrencefremmende effektivitetsgevinster, som konkurrencebegrænsende aftaler måtte afføde.<sup>64</sup>

Her vil man se på, hvor stor markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, i forhold til de øvrige mulige bydere. Jo lavere markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, jo mindre vil sandsynligheden for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen, være. Omvendt er sandsynligheden for, at samarbejdet opfylder denne betingelse, mindre, jo højere markedsandele, virksomhederne har. Virksomhedernes markedsandele fastlægges i forhold til det relevante marked. Hvordan det relevante marked skal afgrænses, vil være en konkret vurdering.

#### Boks 3.5 Eksempel på vurdering af udelukkelse af konkurrencen

#### Cementa/Aalborg Portland-sagen<sup>65</sup>

Denne svenske sag drejer sig om et konsortiesamarbejde vedrørende 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 opfyldt fritagelsesbetingelserne.

<sup>63</sup> Se fx Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 844.

<sup>64</sup> Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), pkt. 105.

<sup>65</sup> Konkurrensverkets afgørelse af 12. maj 1995, *Icke-ingripandebesked/undantag avseende samarbete i ett konsortium i cementbranschen*, Stockholms Tingsrätts afgørelse af 1. januar 1997, *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrensverket* og Marknadsdomstolens afgørelse af 8. oktober 1997, *Konkurrensverket mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*.

gelsesbetingelsen 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.

Der er fx tale om gruppefritagelsen for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler<sup>66</sup> og om gruppefritagelsen for visse kategorier af specialiseringsaftaler<sup>67</sup>. 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), og
- iii) fælles produktion

Derudover skal følgende to betingelser være opfyldt:

- parterne må ikke tilsammen have en markedsandel på over 20 pct., og
- 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.

<sup>66</sup> Kommissionens forordning nr. 1217/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler. Forordningen er implementeret i den danske konkurrencelov via bekendtgørelse nr. 63 af 28. januar 2011 om gruppefritagelse for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler

<sup>67</sup> Kommissionens forordning nr. 1218/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, på visse kategorier af specialiseringsaftaler. Forordningen er implementeret i den danske konkurrencelov via bekendtgørelse nr. 64 af 28. januar 2011 om gruppefritagelse for visse kategorier af specialiseringsaftaler.

## Kapitel 4

# Informationsudveksling i forbindelse med konsortier

---

Ud over at selve dannelsen af et konsortium kan være problematisk i forhold til konkurrence-loven, skal man også være opmærksom på konkurrencereglerne i forbindelse med informationsudveksling. Dette gælder såvel i forbindelse med de drøftelser, virksomheder har, når de overvejer, om de skal danne et konsortium, og mens konsortiet er i kraft.

Udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger mellem konkurrenter kan begrænse konkurrencen. Konkurrencefølsomme oplysninger vil typisk vedrøre priser, produktion, kunder, markeder, salg og omkostninger, men kan også vedrøre andre kommercielle vilkår. Inspiration kan bl.a. hentes i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om informationsaktiviteter i brancheforeninger.<sup>68</sup>

### 4.1 Informationsudveksling når konsortium overvejes

Hvis en virksomhed ønsker at byde sammen med en eller flere andre virksomheder, vil der ske en udveksling af informationer mellem de virksomheder, der overvejer at byde sammen.

Hvis det viser sig, at de virksomheder, der har overvejet at indgå et konsortium, selv vil kunne byde på opgaven og dermed er konkurrenter, vil den informationsudveksling, der har fundet sted, reelt udgøre informationsudveksling mellem konkurrenter. Dette vil være strafbart, hvis der er tale om konkurrencefølsomme oplysninger. Det er derfor vigtigt, at den enkelte virksomhed forinden afklarer, om virksomheden selv kan klare opgaven, og om virksomhederne således er konkurrenter.

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.

For at afdække virksomhedernes samlede kapacitet i forhold til de krav, der stilles hertil i udbudsmaterialet, vil virksomhederne fx i mange tilfælde være nødt til at udveksle information om deres ledige kapacitet mv. 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.

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.

---

<sup>68</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om informationsaktiviteter i brancheforeninger (2014) kan findes på [www.kfst.dk](http://www.kfst.dk).

---

---

## 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.

Selv om et konsortium er lovligt, fordi de virksomheder, der deltager, ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, konsortiet vedrører, vil de kunne være konkurrenter i forhold til andre opgaver. Det er derfor vigtigt at sikre, at den informationsudveksling, der finder sted i regi af konsortiet, ikke overføres til eller kommer til at omfatte de øvrige aktiviteter, de udfører, og dermed bliver et middel til konkurrencebegrænsende samarbejde uden for konsortiet. Dette gælder såvel, mens konsortiet er i kraft, som efter.

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

UDKAST

# Kapitel 5

## Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prioriteringsovervejelser

---

### 5.1 Generelle prioriteringsovervejelser

Når styrelsen vurderer, om den vil gå videre med en sag om en mulig overtrædelse af konkurrenceloven, gøres det ud fra følgende kriterier:

- » Sagens alvor i forhold til overtrædelsen af konkurrenceloven
- » Sagens forventede betydning for markedet, for konkurrencekulturen og for samfundsøkonomien som helhed
- » Sagens principielle betydning, dvs. om sagen vedrører en problemstilling, der ikke tidligere er belyst i retspraksis
- » Sagens forventede ressourceforbrug i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

### 5.2 Prioriteringsovervejelser i konsortiesager

Som anført i indledningen, er nogle konsortier gavnlige for konkurrencen, mens andre er skadelige. Konkurrenceskadelige konsortier vil kunne have samme virkning som et kartel.

Hvis det umiddelbart vurderes, at der er stor sandsynlighed for, at parterne ikke kan løfte opgaven alene, eller at et konsortium opfylder de betingelser, der skal være opfyldt for, at et samarbejde er fritaget i medfør af konkurrencelovens § 8 og eventuelt tillige TEUF artikel 101, vil sagen som udgangspunkt ikke blive prioriteret.

Hvis konsortiet består af virksomheder med små markedsandele, og der har været effektiv konkurrence om de eller det relevante udbud, vil dette ligeledes reducere sandsynligheden for, at der afsættes ressourcer til sagen.

Blandt de forhold, der indgår de samlede prioriteringsovervejelser, er bl.a.:

- » hvad virksomhederne har gjort inden dannelsen af konsortiet for at undersøge, om de selv har kapacitet til at byde
- » virksomhedernes eventuelle forudgående brug af ekstern rådgiver til afklaring af konsortiets lovlighed, og hvad denne rådgiver i så fald har rådgivet om
- » markedsandele for de virksomheder, der er gået sammen i et konsortium
- » om konsortiedeltagerne er nære konkurrenter
- » om der umiddelbart vurderes at være effektivitetsgevinster ved samarbejdet
- » hvor mange andre tilbud, ordregiver har modtaget, og hvordan disse har fordelt sig.

Der kan dog være tilfælde, hvor ovennævnte ikke umiddelbart er opfyldt, men hvor sagen indeholder en eller flere principielle problemstillinger, og hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af den grund vil prioritere at tage sagen op.

---



# Kapitel 6

## Gode råd

---

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

1. Undersøg om udbuddet giver mulighed for at afgive bud på delopgaver.
  2. 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.
  3. Fastlæg din egen virksomheds kapacitet, inden du taler med andre virksomheder om etablering af et konsortiesamarbejde til at byde på en opgave.
  4. Sørg for at kunne dokumentere kapacitetsberegningerne.
  5. Undlad at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger med andre virksomheder, inden det er afklaret, om I er konkurrenter i forhold til opgaven.
  6. Sørg for, at I ikke går flere virksomheder sammen end nødvendigt for at udføre opgaven.
  7. Hvis I er aktuelle eller potentielle konkurrenter, men et samarbejde medfører effektivitetsgevinster, så sørg for at kunne dokumentere disse.
  8. Husk, at eventuelle effektivitetsgevinster (kvantitative og/eller kvalitative) skal komme kunden til gode og derigennem mindst opveje konkurrencebegrænsningen.
  9. Undlad at udveksle mere information end nødvendigt for den konkrete opgave, som konsortiet er etableret for at udføre.
  10. Hvis du er i tvivl, søg juridisk bistand.
-