

# AGENDA

**16.00 – 16.10:** Velkomst

**16.10 – 16.55:** Konsortier og tilbudskoordinering

v/advokat Christina Heiberg-Grevy, Accura og advokat Jacob Pinborg, Kammeradvokaten

**16:55 – 17:10:** Pause

**17:10 – 17:55:** Konsortier og tilbudskoordinering fortsat

**17.55 – 18.00:** Afrunding

# Konsortier og tilbudskoordinerer

---

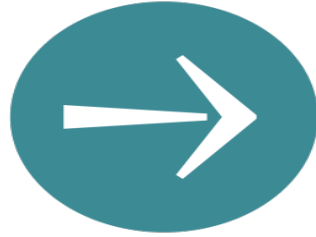
**Dansk Forening for Udbudsret, 19. september 2018**

Christina Heiberg-Grevy, Partner, advokat, Accura

Jacob Pinborg, Partner, advokat, Kammeradvokaten

# Konsortier og tilbudskoordinering

- 1) Hvorfor bydes der med konsortier i udbud?
- 2) Hvad siger udbudsreglerne om konsortier?
- 3) Hvad siger konkurrencereglerne om konsortier?
- 4) Vejstribesagen, herunder betydningen/rækkevidden af SØ- og Handelsrettens afgørelse



# Hvorfor bydes der med konsortier i udbud?

# Hvor indgå i et konsortium?

- ▶ Manglende kapacitet
- ▶ Manglende knowhow/teknologi/erfaringer
- ▶ Manglende økonomisk formåen
- ▶ Ønske om risikospredning
- ▶ Mulighed for at kunne imødekomme nye kunder/opgaver
- ▶ Ønske om at gøre sig mere attraktiv for ordregiver
- ▶ ”Favorisering” af konsortier



# Hvad siger udbudsreglerne?

# Udbudsreglernes accept af konsortier

- ▶ Retten til at byde som et konsortium, jf. udbudslovens§ 139
  - Sammenslutninger af økonomiske aktører kan deltage i udbudsprocedurer, og der kan ikke stilles krav om bestemt retlig form før efter tildeling af kontrakt
  - Betingelser, der kun pålægges sammenslutninger, skal være objektivt begrundet og proportionale
- ▶ Ændringer i konsortier, jf. udbudslovens§ 147
  - En ordregiver kan – under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet - acceptere ændringer hos ansøgere/tilbudsgivere,
    - når en **deltager i en sammenslutning udgår**, medmindre deltageren har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelsen af minimumskravene til egnethed, for udvælgelsen eller for tilbudsvurderingen
    - Når en **deltager i en sammenslutning erstattes** på grund af forhold, der påviseligt er uden for de øvrige deltageres kontrol. En deltager kan ikke erstattes, når deltageren har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelsen af minimumskravene til egnethed, for udvælgelsen eller for tilbudsvurderingen
  - Ansøgeren/tilbudsgiveren skal efter ændringen leve op til de fastsatte minimumskrav for egnethed

NB! Domstolens dom i sag C-396/14, MT Højgaard, om mulighederne for at ændre i et konsortium



# Hvad siger konkurrencereglerne?



# Konkurrenceloven

- ▶ Efter konkurrencelovens § 6 er det forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.
- ▶ Hvis en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at påvise konkrete skadelige virkninger for konkurrencen.
- ▶ Dvs. ved de mest oplagte overtrædelser/hard core-overtrædelser, skal der ikke påvises en konkret virkning eller omfanget heraf!
- ▶ En konkurrencebegrænsende aftale kan undtages fra forbuddet i § 6, hvis den opfylder de kumulative betingelser i § 8
  - medfører effektiviseringsgevinster e. lign.,
  - forbrugerne sikres rimelig andel heraf,
  - ikke går videre end nødvendigt for at realisere mål og
  - ikke udelukker konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer/tjenesteydelser
- ▶ Gruppefritagelser, jf. § 10

# Konkurrenceloven

- ▶ Konkurrencebegrænsende aftaler, der ikke er omfattet af de minimis-reglen i § 7 eller kan fritages efter § 8, er ugyldige.
- ▶ Dvs. aftalerne kan ikke håndhæves – hverken inter partes eller ift. tredjemand.
- ▶ Overtrædelser af konkurrenceloven kan medføre erstatningsansvar, jf. nu lov om behandling af erstatningssager vedrørende overtrædelser af konkurrenceretten
- ▶ Både direkte og indirekte skadelidte kan kræve erstatning for det fulde tab, der er forårsaget af overtrædelser af konkurrencereglerne

# Konsortier i forhold til konkurrencereglerne

## ► Hovedproblemer:

- Den indledende udveksling af informationer inden en evt. konsortiedannelse
- Dannelsen af konsortiet
  - Hvornår er virksomhederne konkurrenter?
  - Det er de ifølge KFST's vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven fra april 2018, hvis de hver især kunne afgive bud på opgaven

## ► Informationsudvekslingen

- Hvis det viser sig, at konsortiet ikke lovligt kan dannes, så er den tidligere udveksling af fortrolige oplysninger ulovlig i sig selv!

## ► Dannelsen

- Hvis deltagerne ikke er aktuelle eller potentielle konkurrenter, så kan konsortiet dannes
- Hvis deltagerne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, så er konsortiet ulovligt, medmindre deltagerne kan godtgøre, at betingelserne i § 8 er opfyldt

# Underleverandøraftaler

- ▶ Forskel til konsortier?
- ▶ Konkurrenceretligt antages egentlige underleverandøraftaler ofte at være mindre problematiske end egentlige konsortier, men i praksis er der næppe stor forskel i relation til situationen, hvor der bydes på en konkret opgave.
- ▶ Væsentlige er, om underleverandøren kunne udføre underleverancen i konkurrence med leverandøren.
- ▶ Hvis underleverandøren f.eks. skal producere på grundlag af IP-rettigheder eller know how fra leverandøren, er der muligvis ingen konkurrencesituation ift. ordregiver.
- ▶ Efterfølgende underleverandøraftaler er ofte uproblematisk, idet konkurrencesituationen er "lukket" (skal bedømmes som alm. vertikal aftale).

# Vejstribesagen





# Sagens baggrund

# Vejmarkeringsmarkedet

- ▶ Relativt lille marked med en anslået årlig omsætning på tidspunktet for gennemførelsen af det omhandlede udbud på ca. 200 mio. kr.
- ▶ Vejmarkeringer udlægges som enten nymarkering eller genmarkering
- ▶ Sagen omhandler det statslige vejnet (motorveje, en række hovedlandeveje og mange broer)
  - Selvom statsvejene kun udgør ca. 5% af det samlede offentlige vejnet i Danmark, afvikles næsten halvdelen af al trafik i Danmark på det statslige vejnet
- ▶ Frem til 2012 har Vejdirektoratet udbudt vejmarkeringsopgaver i mindre opgaver
  - McKinsey anbefalede i 2010 en samling af indkøb på færre leverandører, målrettet tiltrækning af udenlandske virksomheder samt anvendelse af udbudsformer og krav, der tilskynder til effektiv drift
- ▶ På tidspunktet for gennemførelsen af det omhandlede udbud var hovedsageligt 7 virksomheder aktive indenfor vejmarkering
  - GVCO (tidl. LKF Vejmarkering) og Eurostar Danmark var ifølge konkurrencemyndighederne de 2 største aktører på markedet og Guide-Lines var den 3. største aktør

# Vejdirektoratets vejmarkeringsudbud

## 1. udbud (Genmarkering 2012)

- 5 distrikter
- Mulighed for delbud + bud på flere distrikter med samlerabat (max 20%)
- Laveste pris (kombination af priser)
- GVCO og Eurostar byder som konsortium på den samlede opgave med samlerabat, men taber til Guide-Lines
- Eurostar havde indhentet juridisk vurdering

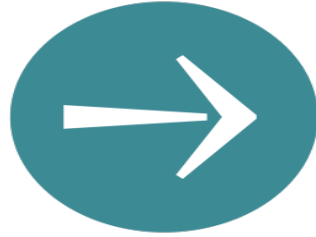
## 2. udbud (Nymarkering jan. 2014)

- 5 distrikter
- Mulighed for delbud + bud på flere distrikter med samlerabat (max 20%)
- Laveste pris (kombination af priser)
- GVCO og Eurostar byder igen som konsortium på den samlede opgave med samlerabat, men taber igen til Guide-Lines

## 3. udbud (Genmarkering feb. 2014)

- 3 distrikter
- Mulighed for delbud + bud på flere distrikter med samlerabat (intet max)
- Laveste pris (kombination af priser)
- GVCO og Eurostar byder igen som konsortium på den samlede opgave med samlerabat og vinder med laveste pris (dyrest på 2 ud af 3 delaftaler, men eneste byder på den sidste delaftale)
- Eurostar havde indhentet ny juridisk vurdering
- Guide-Lines klager til KFST





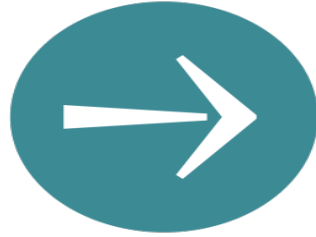
# Konkurrencemyndighedernes afgørelser

# Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015

- ▶ Konkurrencerådet erklærede konsortiet ulovligt med følgende begrundelse:
  - Konsortiet var konkurrencebegrænsende, allerede fordi konsortiedeltagerne med udgangspunkt i parternes egne kapacitetsberegninger hver især kunne byde på delaftaler og derfor var konkurrenter i relation til delaftaler
  - Konsortiedeltagerne hver især ud fra styrelsens beregninger af deres nuværende kapacitet kunne byde på alle tre delaftaler og dermed var konkurrenter også i forhold til den samlede opgave
    - Parternes afsætning af kapacitet til forventede opgaver fra kernekunder blev ikke accepteret, idet dette krævede skriftlige aftaler om opgavernes udførelse
  - Konsortiedeltagerne, selv hvis de ikke allerede havde den tilstrækkelige kapacitet, sandsynligt kunne udvide deres kapacitet og dermed være potentielle konkurrenter i forhold til udbuddet
    - Parterne kunne ifølge konkurrencemyndighederne ansætte flere folk og købe nye maskiner
  - Konsortiesamarbejdet havde til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor der ikke er krav om dokumentation af virkninger
  - Konsortiesamarbejdet opfyldte ikke betingelserne for en individuel fritagelse
- ▶ Konkurrencerådets afgørelse blev indbragt for Konkurrenceankenævnet

# Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016

- ▶ Ankenævnet stadfæstede afgørelsen med følgende begrundelse:
  - Konsortiet var konkurrencebegrænsende, allerede fordi konsortiedeltagerne hver især kunne byde på delaftaler og dermed var aktuelle konkurrenter, hvorfor det ikke var nødvendigt at foretage en vurdering af, om parterne aktuelt eller potentielt havde kapacitet til hver især at byde på alle 3 distrikter
  - Konsortiesamarbejdet var ifølge sin natur egnet til at skade konkurrencen og havde til formål at begrænse konkurrencen, selvom det ikke kunne betegnes som en klassisk kartelaftale, idet det eliminerede den forretningsmæssige risiko, der ville have været forbundet med en konkurrence mellem deltagerne i konsortiet i udbuddet
  - Indhentelse af juridisk vejledning kunne ikke undskylde en tilsidesættelse af reglerne
  - Konsortiedeltagerne havde ikke sandsynliggjort, at betingelserne for en individuel fritagelse var opfyldt
- ▶ Ankenævnets afgørelse blev indbragt for Sø og Handelsretten
- ▶ Sagen oversendt til SØIK med henblik på strafferetlig forfølgelse
  - Tiltale rejst mod selskaberne og udvalgte personer (potentielt risiko for fængsel i op til 6 år)



# Sø- og Handelsrettens afgørelse

# Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 (1)

- ▶ Sø- og Handelsretten ophævede Konkurrencerådets afgørelse som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet med henvisning til følgende:
  - Vejdirektoratets udbudsmodel tilskyndede til samlede bud, og det fremstod som en realistisk mulighed, at der kunne forventes bud på den samlede opgave samt fra udenlandske bydende
  - Den omstændighed, at et firma, der ønsker at byde på opgaven, ikke har kapacitet til selv at byde på den samlede opgave, men nok på enkeltdistrikter, ikke afskærer et firma fra at indgå i et konsortium med henblik på at give et samlet bud på alle distrikter, idet en sådan begrænsning ikke nødvendigvis vil skærpe konkurrencen
  - Afgørende for, om konsortiet kunne antages at indebære en overtrædelse af konkurrencereglerne, var, om de to firmaer reelt var ude af stand til hver for sig at afgive et samlet bud

## Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 (2)

- Konsortiedeltagernes kapacitetsberegninger viste, at de ikke hver for sig kunne byde på den samlede opgave, og konkurrencemyndighederne har ikke godtgjort, at disse kapacitetsberegninger ikke var retvisende, hvorfor myndighederne ikke har løftet sin bevisbyrde
- Myndighedernes antagelse om, at de to firmaer kunne have løftet den samlede opgave alene, var ifølge retten baseret på hypotetiske antagelser om muligheden for at antage yderligere mandskab og købe yderligere maskiner, og der var ingen dokumentation for, at dette kunne lade sig gøre eller var forretningsmæssigt forsvarligt
- Det var ikke berettiget, at myndighederne bestred, at konsortiedeltagerne i deres kapacitetsberegninger kunne afsætte kapacitet til eksisterende kernekunder uden at fremlægge skriftlige aftaler om arbejdsopgaver, idet det må være tilladeligt for de bydende firmaer med udgangspunkt i indvundne erfaringer at hensætte kapacitet til kunder, der erfaringsmæssigt henvender sig, og som det forretningsmæssigt ville være uansvarligt ikke at kunne betjene og derved afskære sig fra højere dækningsgrad fra andre opgaver

## Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 (3)

- Konkurrenceankenævnet anlægger en anden vurdering af konsortieaftalens karakter end Konkurrencerådet. Det kan dog ikke af ankenævnets afgørelse udledes, at der er foretaget den nødvendige konkrete bedømmelse af aftalens formål og karakter med henblik på at fastslå, om den med tilstrækkelig klarhed havde til formål at skade konkurrencen
- Det var herefter ikke fornødent for retten at forholde sig til, om betingelserne for en individuel fritagelse var opfyldt.



# Indbringelse for Højesteret



# KFST anker dommen

- ▶ KFST søger dommen indbragt for Højesteret og udtaler den 11. september 2018:

*”Vi kan konstatere, at Sø- og Handelsretten anlægger en anden vurdering af sagen end Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet. Vi finder, at dommen har principiel betydning og er uenige i den. Og vi vurderer, at dommen gør det vanskeligere for os at gribe ind overfor aftaler, der er skadelige for konkurrencen og dermed for ordregiverne. Derfor anker vi dommen.”*

*”I den konkrete sag var Vejdirektoratets udbud designet til at fremme konkurrencen. Men ved at danne et konsortium og lægge et fælles bud på hele opgaven i en situation, hvor de i hvert fald hver især kunne have budt på delopgaverne i udbuddet, blev deres indbyrdes konkurrence elimineret.”*

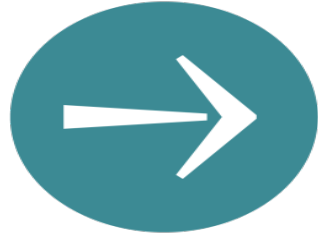


# Dommens rækkevidde

# Hvad forholder dommen sig ikke til?

## ► Dommen forholder sig ikke:

- Hvorvidt vurderingen af, om konsortiedeltagerne var konkurrenter, ville falde ud på samme måde, hvis der ikke havde været mulighed for at give samlerabat
- Hvornår et konsortium mellem konkurrenter har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen
- Hvor meget der skal til for at et konsortium kan anses for at opfylde betingelserne i konkurrencelovens § 8
- Hvornår der er tale om et kartel, der kan medføre fængselsstraf
- Forholdet mellem konkurrencereglerne og udbudsreglerne
- Hvilke pligter ordregiver har, når et konsortium afgiver bud



# Spørgsmål?