
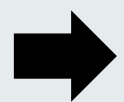

DANSK FORENING FOR UDBUDSRET

Konkurrenceretlige opmærksomhedspunkter for ordregivere ved udbud.

- Hvordan skal ordregivere håndtere de konkurrenceretlige "gråzoner" i forbindelse med udbud, herunder i forbindelse med udelukkelse?

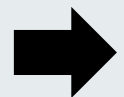
A blue-tinted photograph of a desk. In the foreground, a silver pen lies diagonally across a white document. To the left, several metal paper clips are visible, holding papers together. The background is softly blurred, showing more papers and the edge of a desk.

OVERSIGT



Konkurrenceretlige problemstillinger der navnlig kan være relevante for ordregiver:

- Samarbejder mellem tilbudsgivere, konkurrencelovens § 6
- Ensidig adfærd fra dominerende tilbudsgivere, konkurrencelovens § 11
- Fusioner (behandles ikke i dag)



Den konkurrenceretligt problematiske adfærd kan vedrøre:

- Det konkrete udbud
- Tidligere ulovlig adfærd



KONKURRENCELOVENS § 6

- Egentlige tilbudskarteller, mestergrise, lånepriser mv.
 - Udgør meget alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne.
 - Kan være svære at opdage.
 - Hvis mistanke bør KFST altid involveres evt. uformelt.

- Andre samarbejder i forbindelse med tilbudsafgivelse, som konsortier, underleveranceforhold, baseren på andres formåen
 - Kræver nærmere undersøgelser – kan være alt fra meget alvorlige overtrædelser til fuldt lovlige samarbejder.
 - Ordregiver kan have svært ved at vurdere om deltagere er konkurrenter, effektivitetsfordele osv.

KONKURRENCELOVENS § 11

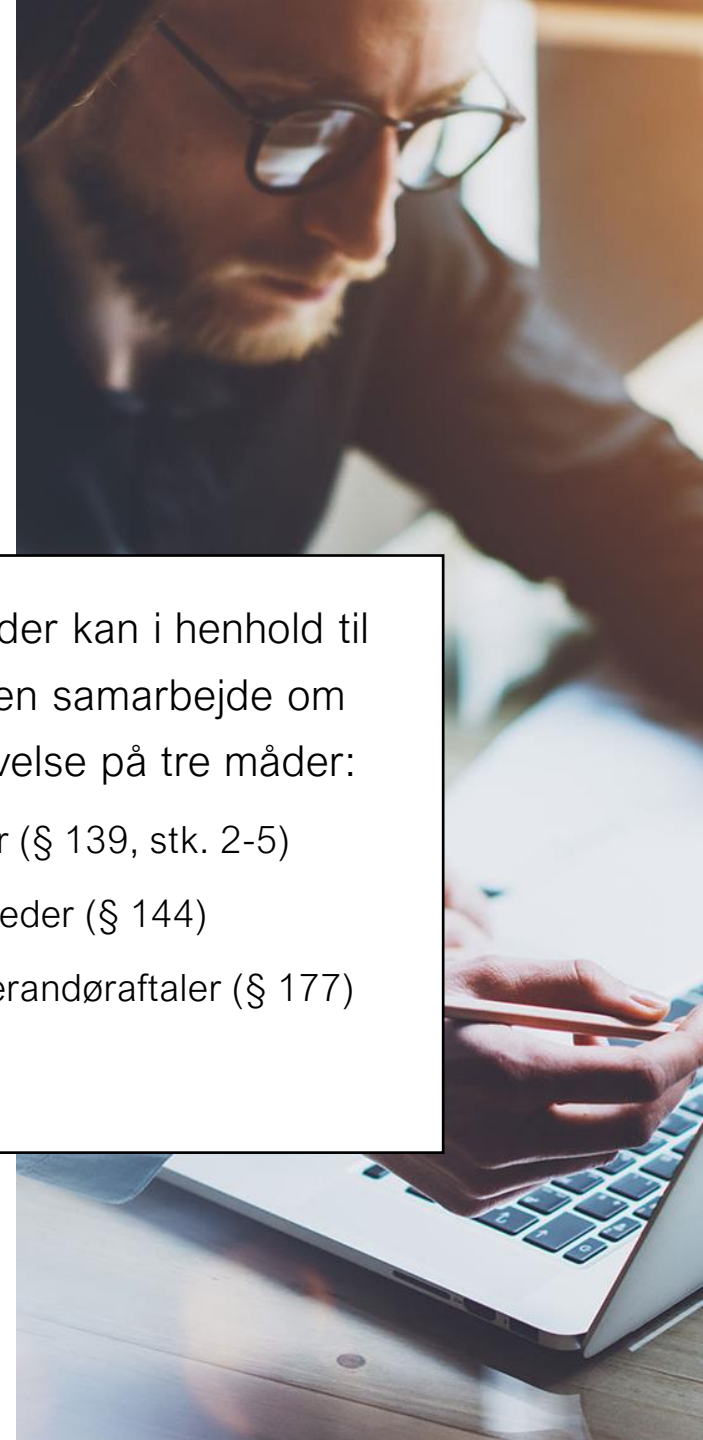
- Misbrug af dominerende stilling omfatter af betydning for udbudssituationen især urimeligt høje priser, predatory pricing, loyalitetsrabatter, eksklusivitetsbestemmelser.
- Kræver nærmere undersøgelse.
- Ordregiver kan have svært ved at vurdere dominans, ligesom oplysninger om økonomiske forhold ikke er tilgængelige (omkostninger osv.).

UDBUDSRETTLIGE RAMMER

- HR: Ret til fri organisering

- U: Hvis ordregiver stiller særlige krav til udførelsen af visse centrale opgaver eller krav til en særlig retlig samarbejdsform.

- Virksomheder kan i henhold til udbudsloven samarbejde om tilbudsafgivelse på tre måder:
 - Konsortier (§ 139, stk. 2-5)
 - Støtteenheder (§ 144)
 - Underleverandøraftaler (§ 177)



ORDREGIVERS RETTIGHEDER OG PLIGTER

- Ordregiver bør altid undersøge, hvorvidt ansøgere/tilbudsgivere generelt overholder konkurrencereglerne, navnlig når der er tale om samarbejder.
 - Det vil generelt være i ordregivers egen interesse ikke at tildele kontrakten til et ulovligt samarbejde.
 - Denne undersøgelse er dog altid en risikoafvejning, så snart samarbejdet er aktuelt.
- Accept af konkurrencebegrænsende aftale:
 - Aftalen ugyldig → Tilbud ugyldigt → Kontrakt ugyldig → Nyt udbud
- Afvisning af lovligt tilbud baseret på lovligt samarbejde:
 - Erstatningssag → Negativ kontraktsinteresse / positiv opfyldelsesinteresse
 - Overpris på kontrakt? (hvis samarbejde ville have skærpet konkurrencen/afgav bedste tilbud)

ORDREGIVERS RETTIGHEDER OG PLIGTER (2)

- **Ordregiver** er ikke en konkurrencemyndighed og har derfor i henhold til udbudsreglerne ikke en generel pligt til at undersøge, om et samarbejde mellem tilbudsgiverne er i strid med konkurrencereglerne.
 - Følger bl.a. af Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, kendelse af 5. december 2019, og Tolkdanmark ApS mod den nationale tolkemyndighed, kendelse af 22. december 2017.
- I henhold til konkurrencereglerne har **tilbudsgiver** derimod pligt til at sikre, at reglerne er overholdt:
 - *"En tilbudsgiver har, uanset hvad der måtte være fastsat i udbudsbetingelserne, altid i henhold til konkurrencereglerne pligt til at sikre, at der ikke indhentes tilbud fra en underleverandør/leverandør/producent, der samtidig selv kan løfte opgaven, idet konkurrencen i modsat fald som udgangspunkt begrænses i strid med konkurrenceloven. [...] Konkurrencereglerne må imidlertid ikke anvendes så snævert, at de begrænser tilbudsgivernes lovlige valg af underentreprenører / leverandører / producenter / fabrikanter", jf. nærmere Motus A/S mod Moderniseringsstyrelsen, kendelse af 4. juli 2016.*

ORDREGIVERS RETTIGHEDER OG PLIGTER (3)

Tidligere konkurrencebegrænsende aftale eller misbrug

- UBL § 137, stk.1, nr. 4. NB husk self cleaning, § 138.

Aktuel konkurrencebegrænsende aftale eller misbrug

- Ordregiver bør, når dette skønnes nødvendigt, tilrettelægge udbudsmaterialet, så der er mulighed for udelukkelse i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Hvis ordregiver vælger at indarbejde denne fakultative udelukkelsesgrund i udbudsmaterialet, følger dog en forpligtelse for vedkommende til at udelukke en ansøger/tilbudsgiver, såfremt der er plausible indikationer på, at samarbejdet er konkurrencebegrænsende.
- Selv om den frivillige udelukkelsesgrund i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, *ikke* er tilvalgt, skal ordregiver med hjemmel i UBL § 2 (smh § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2) udelukke tilbudsgiver-konstellationer, som vurderes at være i strid med konkurrencereglerne, jf. kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting mod Skatteministeriet* (støtteenhed).
- Se også om ikke-forskriftmæssige tilbud i UBL § 61, stk. 2, og § 67, stk. 2.

ORDREGIVERS RETTIGHEDER OG PLIGTER (4)

- **Klagenævnet** kan ikke tage endelig stilling til overtrædelse af konkurrencereglerne, men har dog kompetence til at tage stilling til, om der foreligger sådanne indikationer på, om samarbejdet mv. er i strid med konkurrencereglerne, at der skal ske udelukkelse, jf. kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen, og kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting mod Skatteministeriet.
- **Ordregiver** har et *vist skøn* i forhold til vurderingen af, om der foreligger plausible indikationer i henhold til § 137, stk. 1, nr. 4, og der skal formentlig en del til, før klagenævnet tilsidesætter ordregivers vurdering, jf. kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting mod Skatteministeriet.
- **Ordregiver** har endvidere et *vist skøn* ved vurderingen af, om der skal ske udelukkelse efter § 2, jf. kendelse af 11. januar 2021, *Peak Consulting mod Skatteministeriet* (dog kræves "et mere sikkert grundlag") om ordregivers pligt til at udelukke ulovlige tilbudsgiver-konstellationer (støtteenhed).

ORDREGIVERS RETTIGHEDER OG PLIGTER (5)

- Ordregivers skøn:
 - Dilemmaet - ordregiver mangler ofte de fornødne oplysninger.
 - Spm er om grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller støtteaftale er indgået i strid med konkurrencereglerne og herunder ikke ville opfylde fritagelsesbetingelserne i konkurrencelovens § 8 eller – hvis der ikke er tale om en ”til formål”-konkurrencebegrænsende aftale – er omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7.
 - Hvor meget skal der til?
 - Det at flere går sammen om et tilbud er efter klagenævnets opfattelse ikke i sig selv nok (hverken efter § 137, stk. 1, nr. 4 eller § 2).
 - Hvis deltagelse i fuldstændig lignende udbud - klar anledning til nærmere undersøgelse. Hvis tilbudsgiveren herefter ikke fremkommer med en plausibel og efter omstændighederne nærmere underbygget forklaring på, hvorfor det i netop dette udbud er nødvendigt at samarbejde, vil dette kunne medføre pligt til afvisning af tilbuddet.

ORDREGIVERS RETTIGHEDER OG PLIGTER (6)

- Ordregivers skøn (fortsat):
 - Hvor meget skal der til (fortsat)
 - Konkrete sag – en kunne deltage i udbud alene, de andre kunne ikke deltage. Udgør ikke ”*det fornødne sikre grundlag*” for at antage at aftalen strider mod konkurrencelovens § 6.
 - Betydning af klage til KFST?
 - Gælder det samme ved andre overtrædelser af konkurrencereglerne? NB husk på reglerne om unormalt lave tilbud også.

DELTAGE GENNEM FORSKELLIGE SELSKABER

- EU-Domstolen har afsagt flere domme: C-538/07, *Assitur*, C-144/17, *Lloyds Lloyd's of London*, C-531/16, *Specializuotas transportas*.
- Aftaler mellem virksomheder i samme koncern skal ikke nødvendigvis bedømmes efter konkurrencereglerne. Og uanset om de skal det eller ej, er det **ligebehandlingsprincippet**, som finder anvendelse i udbudssammenhæng.
- Virksomheder i samme koncern må gerne afgive flere tilbud i samme udbud, hvis tilbuddene er **selvstændige og uafhængige**, og de ikke opnår **uberettigede fordele** i forhold til andre tilbudsgivere.
- Tilbud fra virksomheder i samme koncern kan ikke afvises, uden at ordregiver har undersøgt, om et sådant kontrolforhold har haft konkret indvirkning på de bydendes uafhængighed – og virksomhederne skal have lejlighed til at fremlægge modbeviser.



DELTAGE GENNEM FORSKELLIGE SELSKABER (2)

”Udelukkelse af to koncernforbundne tilbudsgivere kan således alene ske efter en konkret vurdering i tilfælde, hvor de to virksomheder reelt optræder som én virksomhed og således ikke afgiver tilbud i konkurrence med hinanden.”

Kendelse af 12. august 2013,
Medtronic Danmark A/S mod Region Midtjylland

Da kapitaldeltagelsen fra aktieselskabet i konsortiedeltageren var rent finansiel, var der ikke sket en *”begrænsning af konkurrencen ved at påvirke indholdet af tilbuddene”*. Således havde ejerskabet ikke truet gennemsigtigheden eller fordrejet konkurrencen.

Kendelse af 5. december 2019,
Kailow Graphic mod Moderniseringsstyrelsen

TAK FOR OPMÆRKSOMHEDEN

Poul Schmith har indgået aftale med VISDA, som omfatter billederne i denne præsentation.

Præsentationen og de heri indeholdte billeder er udelukkende til intern brug for modtageren og må ikke viderespredes.