

“Transparensparadokset”

“Om samspillet mellem konkurrence- og udbudsretten”

De konkurrenceretlige konsekvenser af den skærpede gennemsigtighed som følge af det vedtagne lovforslag i udbudslovens § 160

af KAREN-MARIE NIELSEN

Afhandlingen søger at afklare rækkevidden af det skærpede offentlighedskrav i det vedtagne lovforslag til udbudslovens § 160 stk. 1, herunder at klarlægge om den styrkede gennemsigtighed for tilbudsgiverne potentielt kan øge deres incitament til samarbejde eller tilbudskoordinerings, i strid med konkurrencelovens § 6. Der tages udgangspunkt i det vedtagne lovforslag, hvis formål er at ændre retstilstanden i forhold til den forudgående gennemsigtighed for tilbudsgiverne i udbud, efter Klagenævnet for Udbud's principielle kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland.

Afhandlingen søger at afklare tilbudsgivernes mulige motiver til at indgå i et tilbudssamarbejde, men også at vurdere de markeds-mæssige faktorer der er afgørende for, om den skærpede gennemsigtighed kan foranledige til konkurrenceskadeligt tilbudssamarbejde. Vejstribe-sagen anvendes i forbindelse med at afklare hvornår et tilbudssamarbejde er i strid med konkurrencelovens § 6. Sø- og Handelsrettens afgørelse i Vejstribe-sagen i 2018, der ændrer på Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets tidligere afgørelser i sagen, har skabt usikkerhed om tilbudssamarbejde og om afgrænsningen mellem lovlige konsortier og ulovlige karteller. Med afhandlingen konkluderes det, at det vedtagne lovforslags skærpede offentlighedskrav sammenholdt med den manglende afgrænsning af konsortier og karteller, med stor sandsynlighed kan øge tilbudsgivernes incitament til ulovligt samarbejde til skade for konkurrencen.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	4
1.1. Problemformulering	5
1.2. Afgrænsning	5
1.3. Metodevalg	5
1.4. Retskilder	6
1.5. Øvrige kilder	6
1.6. Strukturen i afhandlingen	7
2. Rækkevidden af offentlighedskravet i Udbudslovens § 160	7
2.1. Formål og hensyn bag det skærpede offentlighedskrav i § 160	7
2.1.1. Det skærpede offentlighedskrav i § 160 i forhold til Udbudsdirektivet	8
2.1.2. Baggrunden for det skærpede offentlighedskrav i § 160	8
2.2. Ordregivers forpligtelser	10
2.2.1. Ordregivers skøn	11
2.2.2. Offentliggørelseskrav til evalueringsmodel	11
2.2.2.1. Laveste pris + X procent	12
2.2.2.2. Kvalitative kriterier	13
2.2.3. Tilpasning af evalueringsmodel og sekundær evalueringsmodel	13

2.2.4. Ændring af en evalueringsmodel	14
2.2.5. Tilsidesættelse af en evalueringsmodel	14
3. Tilbudssamarbejde i forbindelse med udbud	14
3.1. Konkurrence til sikring af en effektiv ressourceanvendelse	14
3.2. Tilbudssamarbejde i udbuds- og konkurrenceretten	15
3.2.1. Samarbejde om tilbudsgivning i forhold til Udbudsloven.....	15
3.2.1.1. Udelukkelse af tilbudsgivere	16
3.2.1.2. Undersøgelsespligt.....	16
3.2.2. Samarbejde om tilbudsgivning i forhold til Konkurrenceloven.....	16
3.3. Tilbudssamarbejde foreneligt med Konkurrenceloven?	17
3.3.1. Sø- og Handelsrettens afgørelse i Dansk Vejmarkerings Konsortium.....	17
3.3.2. Virksomhedsbegrebet.....	17
3.3.3. Aftalebegrebet.....	18
3.3.4. Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.	18
3.3.4.1. Konkurrentbegreb i tilbuds- eller konsortiesamarbejde.....	19
3.3.4.2. Generel konkurrentvurdering	20
3.3.4.3. Konkurrentvurdering i forhold til konsortier	20
3.3.4.4. Evalueringsmodellens betydning for konkurrentvurderingen.....	21
3.3.5. Mærkbar konkurrencebegrænsning.....	22
3.3.5.1. Bagatelgrænsen	22
3.3.5.2. Effektivitetsfordele.	22
3.3.6. Tilbudssamarbejde foreneligt med konkurrenceloven	23
3.3.7. Tilbudssamarbejde i strid med konkurrenceloven.....	23
3.3.7.1. Samordnet praksis og tilbudskoordinerings	24
3.3.7.2. Informationsudveksling.....	24
3.3.7.3. Kartelaftale	24
3.4 Konkurrenceretlige konsekvenser af udbudslovforslagets § 160.....	25
4. Gennemsigtighed og ulovligt tilbudssamarbejde	27
4.1. Motivet bag virksomheders tilbudssamarbejde i udbud.	27
4.1.1. Forventet forøget profit.....	27
4.1.2. Eliminering af usikkerheden	28
4.1.3. Informationsudveksling	28
4.1.4. Neutralisering af markedsmagt.....	29
4.1.4.1. Købermagt – ”monopsony power”	29
4.2. Udbudsloven og § 160’s påvirkning af virksomhedernes adfærd	30
4.3. Faktorer der afgør om den øgede gennemsigtighed kan skade konkurrencen	31
4.3.1. Markedsstruktur og konkurrencesituation	32
4.3.2. Markedsstabilitet og Indtrængningsbarrierer.....	32
4.3.3. Markedssymmetri og tilbudsgivers forhandlingsstyrke.....	32
4.3.4. Markedskompleksibilitet og substitutionsmuligheder	33
4.3.5. Købermagt og ”countervailing buyer power”	33
5. Konklusion	33
5.1. Perspektivering	35
Litteraturliste:	35
Bilag.....	38
Bilag 1: Definitioner på udbudsretlige og konkurrenceretlige begreber	38
Bilag 2: Systematik i vurderingen af om konsortiesamarbejdes lovlighed	39
Bilag 3: Prissætning under fuldkommen konkurrence og monopol	39
Bilag 4: Pris effekt af en kartel aftale.....	39
Bilag 5: Økonomisk model for kriminell aktivitet	39
Bilag 6: Monopsony – and the resulting welfare losses	39
Bilag 7: SCP paradigmet	39

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to examine whether the adopted proposal for section 160 in the Danish Procurement Act and the strengthened transparency supplied for the tenderers, potentially increase their incentive for illegal cooperation and cartelisation of procurement markets, and thereby violate section 6 of the Danish Competition Act.

Strengthened transparency is in line with the fundamental principles of the public procurement rules, justified by the desire to ensure that all tenderers are treated equally and no favoritism and corruption in the public sector takes place. However, it has been stressed in economic literature, that excessive transparency of the public procurement process generates certain risks for the competitive dynamics of the markets, as it can increase the risk of illegal cooperation, cartelisation and other anti-competitive practices.

Section 160 of the Danish Public Procurement Act is a national provision, and the legislature's interpretation of the EU Directive's requirements for the prior transparency for the tenderers regarding the contracting authority's evaluation of the offers in the tender process.

According to the amendment, all parts of the evaluation model must be published in the tender documents for the tenderers. A published evaluation model meets the requirements of the Danish Procurement Act if they meet three considerations. First, that the contracting authority must not have an unconditional free choice in the evaluation process. Next, that the tenderers are given an optimal basis for the preparation of their offers, and finally that the tenderers are given the opportunity to control the contracting authority's evaluation. The contracting authority still has a wide discretion to determine the evaluation model and the qualitative criteria. However, it is a requirement that the tender documents clearly state which criteria are used for the award and what is important in the offer evaluation. As the transparency principle must be observed throughout the tendering process, it is a requirement that the contracting authority complies with the rules and requirements set by the contracting authority itself in the tender documents.

The competition and procurement rules apply concurrently, and are basically intended to ensure efficient use of resources, with an effective competition as a means of achieving the goal.

However, there is no complete interaction between the two set of rules, which is reflected in the possibility of a bidding cooperation between two or more companies to submit a joint bidding at the public procurement. According to the Public Procurement Act, it is possible legally to enter into a bidding cooperation and according to the Danish competition Act, there are restrictions if two or more companies wish to participate in the tender procedure for a joint bidding offer.

A cooperation between companies violate section 6 of the Danish Competition Act, if the cooperation significantly limits competition. In the case of public procurement, companies' cooperation in a tender consortium will be a violation to section 6 of the Competition Act, if the purpose of the agreement is to restrict competition. The deciding factor is whether the cooperation between the companies is necessary in order to participate in the procurement process. If the companies have or can expand the capacity needed, to bid themselves, they are considered competitors. An agreement between competitors will therefore and significantly restrict competition. When to consider the necessity of the cooperation, the evaluation model can play a role. If the evaluation model necessitates cooperation between two or more companies and the cooperation is a prerequisite for being able to participate in the tender process, this cooperation can therefore potentially be compatible with section 6 of the Competition Act, and they will not be considered competitors. This was what the Danish Commercial Law Court decided in "Vejstribe-sagen". However, the court's decision leaves much uncertainty, especially the delimitation between a legal bidding consortium and an illegal cartel. The decision has been appealed to the Danish Supreme Court.

The increased public disclosure requirements of the adopted proposal for section 160 in the Danish Procurement Act, and the lack of delimitation of consortia and cartels, are considered to be able to increase the tenderers incentive for illegal cooperation and thereby violating section 6 of the Danish Competition Act. The reason is that the increased knowledge, caused by the strengthened transparency, can make it easier to adapt to each other's prices in the procurement process, thereby facilitating the maintenance of a cartel. Moreover, will the uncertainty, caused by the decision in Vejstribe-sagen, be considered to create an increase in bidding consortia in the form of formalized cartels.

The incentive for establishing an illegal cooperation will be greater in a concentrated market with few companies, or in a public procurement where participation is limited to a small number of bidders, as it is easier and cheaper to exploit the increased transparency to agree on a common approach, easier to control and sanction each other. So, in a market characterized by few providers, high entry barriers to the market, stability in demand and supply, symmetry among companies, low complexity and no or few substitute products, the increased transparency will to a greater extent give incentive for illegal cooperation between companies.

The motive for two or more companies to establish a consortium can, as in Vejstribe-sagen be due to the desire to bid for a public contract, and caused by the companies not having the capacity to bid themselves. The motive can also be that it is possible to achieve a higher overall profit, than if the companies bid separately. By limiting or eliminating the competition, the price can be raised to above the level of normal competition, so that the companies together achieve a higher profit. The companies motive for participating in an illegal cartel or bidding cooperation would be that the expected profit from the cooperation is greater than the expected cost of the penalty, together with the probability of being discovered and punished. The motive for the cooperation may be to reduce the uncertainty acting in a competitive market. The possibility of information exchange is also a motive for entering into an illegal cooperation. Information exchange around competitors and the industry as a whole reduces uncertainty about important parameters and can reduce business costs.

1. Indledning

Erhvervsministeriet sendte den 5. oktober 2018 et lovforslag om ændring af udbudsloven¹ i høring. Forslaget kommer før den planlagte evaluering af loven i 2020. Formålet med ændringerne er, iflg. høringsbrevet til lovforslaget, at styrke gennemsigtigheden for tilbudsgiverne² samt at skabe større sikkerhed omkring, hvordan evaluering af de indkomne tilbud skal foregå. Lovforslaget blev vedtaget af Folketinget den 26. februar 2019 med ikrafttræden den 1. juli 2019.

Det vedtagne forslag til udbudslovens § 160, stk. 1 indeholder følgende nye ordlyd:

»En ordregiver³ skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.«

Den nuværende bestemmelse i udbudslovens⁴ § 160, stk. 1, indeholder følgende ordlyd:

»En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.»

Iflg. bemærkninger til det vedtagne lovforslag i § 160 stk. 1, skal forslaget ændre retstilstanden, således

¹ L 125 2018-2019- Forslag til lov om ændring af udbudsloven

² Se definition i Bilag 1

³ Se definition i Bilag 1

⁴ LOV nr. 1564 af 15/12/2015, Udbudsloven

at det er et krav, at ordregiver i udbudsmaterialet fastlægger og beskriver indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Som konsekvens af den foreslåede ændring indføres der en definition på, hvad der i udbudsloven menes med evalueringsmodel.^{5 6}

Formålet med at sende en vare eller en tjenesteydelse i udbud er bla. at konkurrenceudsætte det offentlige indkøb, og derved sikre en bedre og/eller billigere vare eller ydelse til borgerne. Gennemsigtigheden i udbuddet bruges som instrument til at skabe konkurrencen.

Gennemsigtighed i udbuddet sikrer iflg. Dr. Albert Sanchez Graells⁷ (Graells), tilsyn med de offentlige indkøbers aktiviteter, styrker deres ansvarlighed og begrænser forekomsten af korrupsion.⁸ Gennemsigtigheden styrker også de interesserede økonomiske aktørers⁹ rettigheder i udbudsproceduren, i forhold til at kunne kontrollere den tildelte kontrakt.

Gennemsigtigheden bidrager til at nå de konkurrencemæssige mål for offentlige indkøb, da tilbudsgiverne med viden om kontraktens indhold, gives mulighed for at undersøge potentielle forretningsmuligheder og derved styrker deres incitament til at deltage i konkurrencen om det offentliges udbud. Gennemsigtigheden styrker tilbudsgivernes tro på ligebehandling, og en viden om kontrakten, minimerer deres risiko ved at afholde omkostningerne i forbindelse med tilbudsgivningen.

Graells understreger dog at over en vis grænse kan gennemsigtigheden i udbuddet skabe en risiko for markedernes konkurrencemæssige dynamik. Han anfører at overdreven gennemsigtighed på nogle typer af markeder kan skabe incitamenter til samarbejde mellem konkurrenter eller øge risikoen for aftaler og anden konkurrencebegrænsende adfærd i strid med konkurrencereglerne. Konkurrencen på markedet kan følgelig blive fordrejet og resultere i inefficente resultater i strid med målet med reglerne. Dette kaldes også "*the transparency paradox*"¹⁰

1.1. Problemformulering

Afhandlingen har til formål at analysere rækkevidden af det skærpede offentlighedskrav i det vedtagne lovforslag til udbudslovens § 160 stk. 1, herunder at undersøge om den styrkede gennemsigtighed for tilbudsgiverne potentielt kan øge deres incitament til samarbejde eller tilbudskoordinering, i strid med konkurrencelovens § 6.

Til brug for analysen undersøges det hvornår et tilbudssamarbejde er i strid med konkurrencelovens § 6. Derudover vurderes tilbudsgivernes mulige motiver til at indgå i et tilbudssamarbejde. Samtidig vurderes hvilke faktorer der er afgørende for, om den skærpede gennemsigtighed kan foranledige til konkurrenceskadeligt tilbudssamarbejde, herunder ordregivers potentielle medvirken.

1.2. Afgrænsning

Der afgrænses til at analysere det vedtagne lovforslag i forhold til tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” og i forhold til den lineære pointmodel med fast procentsats. Der er valgt at fokusere på udbudsloven¹¹ og i særdeleshed lovens § 160 stk.1, og på konkurrenceloven¹² og lovens §§§ 6,7 og 8. Der afgrænses derudover til at analysere de horisontale samarbejdsaftaler.

1.3. Metodevalg

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode med det formål at finde frem til gældende ret. Retskilderne på området anvendes i forbindelse med problemstillingen i afhandlingen. I forhold til den

⁵ Det vedtagne udbudslovforslag, s. 6

⁶ Se afsnit 2.2.2.

⁷ Graells er specialist i europæisk erhvervsret med hovedfokus på konkurrenceret og offentlige indkøb.

⁸ Graells, A. S. Public Procurement and the EU competition rules, 2015, side 111 ff.

⁹ Se definition i Bilag 1.

¹⁰ Balshøj, D. K. Public Procurement and Framework Agreements, 2018, s. 336

¹¹ Udbudsloven, LOV nr. 1564 af 15/12/2015

¹² Konkurrenceloven, LBK nr. 155 af 01/03/2018

juridiske metode lægges stor vægt på bemærkninger til det vedtagne lovforslag, men også på praksis praksis fra Klagenævnet for udbud og især Klagenævnet for Udbud mod Region Midtjylland¹³ og Sø- og Handelsrettens afgørelse i Dansk Vejkonsortium^{14 15}. Der er valgt at fokusere på disse to afgørelser, da de har betydning for den gældende retstilstand på området.

Derudover anvendes den retsøkonomiske metode til at undersøge hvordan lovforslaget på basis af fortolkningen af bestemmelsen påvirker konkurrencesituationen på markedet. Til analysen af de økonomiske motiver for indgåelse i et tilbudssamarbejde tages udgangspunkt i positiv økonomi og de klassiske mikroøkonomiske teorier, herunder Beckers økonomiske model for kriminel adfærd¹⁶. Til at undersøge hvordan den forøgede gennemsigtighed, som følge af det vedtagne lovforslag, kan påvirke virksomhedernes incitament til at indgå i et samarbejde, tages der udgangspunkt i SCP paradigmet¹⁷. Denne tilgang er valgt, da den som værktøj kan bruges til at analysere de markedsmæssige faktorerens betydning for tilbudsgivernes adfærd og performance. Ydermere giver paradigmet en baggrund og forståelse for konkurrenceregulerings eksistens.

1.4. Retskilder

Problemstillingen i afhandlingen tager sit udgangspunkt i det vedtagne lovforslag samt bemærkninger til udbudslovsforslagets § 160 stk. 1, udbudsloven og konkurrenceloven, og valget af retskilder afspejler dette. De dominerende primære retskilder er udbudsloven og dens forarbejder med vægten på lovens § 160, og derudover konkurrenceloven og dens forarbejder og lovens §§ 6, 7 og 8. Dominerende er ligeledes kendelser fra Klagenævnet for udbud og national og EU domspraksis. Selvom fokus er på national lovgivning bruges praksis fra EU domstolen som fortolkningsbidrag, da der er en pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten og hvor Udbudsdirektivet¹⁸ er implementeret ved Udbudsloven, og konkurrencelovens § 6 er frivilligt implementeret og fortolkningsmæssigt følger EUF-traktatens artikel 101¹⁹.

Bemærkninger til udbudslovsforslaget anvendes til trods for at de ikke har samme retskildeværdi som lovtæksten.²⁰ Derudover lægges vægt på Kommissionens Horisontale retningslinjer²¹ og Konkurrence og Forbrugerstyrelsens konsortievejledning²² og praktiske vejledning i evalueringsmetoder²³, der er "soft law" og ikke bindende retskilder.

1.5. Øvrige kilder

Til brug for den økonomiske analyse lægges der vægt på studier fra London Economics. London Economics er et af europa's førende konsulenthuse, der rådgiver kunder både inden for den private og offentlige sektor i økonomiske, politiske og konkurrenceretlige områder. Som analyseværktøj lægges vægt på SCP paradigmet fortolket af Lipczynski, Wilson og Goddard i deres bog "Industrial organi-

¹³ Kendelse 8. August 2017 Konkurrence-og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland

¹⁴ Dom fra Sø- og Handelsretten Konkurrencerådet mod LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S, 27. august 2018

¹⁵ Se definition på konsortium i Bilag 1

¹⁶ Becker, G. S.: Crime and punishment: An economic approach, Journal of Political Economy, 1968, s. 17

¹⁷ Lipczynski, Wilson and Goddard, Industrial organization, 2005, s. 6 ff. - Mason og Bain er akkrediteret for udviklingen af SCP-paradigmet. Iflg. denne tilgang, har strukturen på markedet betydning for virksomhedernes adfærd, som derved har indflydelse på hvordan virksomhederne performer på markedet

¹⁸ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. august 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF EØS

¹⁹ Forarbejder til konkurrenceloven, s. 3680

²⁰ Det blev slået fast i KfU, i kendelse LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland, s. 17 hvor klagenævnet tilsidesatte en bemærkning til udbudslovens § 8, stk. 2, og henviste til at bemærkningen ikke var kommet til udtryk i lovtæksten

²¹ Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01)

²² KFST, Konsortiesamarbejde i forhold til Konkurrenceloven, vejledning 2018

²³ KFST praktisk vejledning i evalueringsmetoder til offentlige indkøbere, marts 2018

zation". Ydermere lægges vægt på "Handbook in procurement", 2006 og kapitel 14, preventing collusion in procurement af Albano, Buccirossi, Spagnolo mfl. og OECD Public procurement rapport fra 2007.

1.6. Strukturen i afhandlingen

Afhandlingen er inddelt i fem afsnit, hvoraf det første indledende afsnit indeholder problemformulering, metodevalg, afgrænsning, retskilder og struktur i afhandlingen. I det andet afsnit redegøres for baggrund og formål med det skærpede offentlighedskrav i udbudslovsforslagets § 160 stk. 1, og det vurderes hvilke hensyn der forfølges. Dernæst analyseres de pligter for ordregiver, der følger af offentlighedskravet. I det tredje afsnit analyseres offentlighedskravets konkurrenceretlige betydning og potentielle konsekvenser. Der foretages en analyse af hvornår et samarbejde mellem konkurrenter er i strid med konkurrencelovens § 6. I det fjerde afsnit analyseres hvordan øget gennemsigtighed kan øge incitamentet til samarbejde mellem konkurrenter. De økonomiske motiver for at indgå i samarbejdet er en del af analysen. Endelig vurderes hvilke markedsfaktorer, der er afgørende for, om det skærpede offentlighedskrav kan give tilbudsgivere incitament til tilbudssamarbejde i strid med konkurrencelovens § 6. I det sidste afsnit følger konklusion og perspektivering.

2. Rækkevidden af offentlighedskravet i Udbudslovens § 160

Formålet med afsnittet er at redegøre for ordregivers forpligtelser, og vurdere hvor meget information, der med udbudsloven og det vedtagne lovforslag, skal gives tilbudsgiverne og grunden hertil.

2.1. Formål og hensyn bag det skærpede offentlighedskrav i § 160

Formålet med den ændrede bestemmelse i § 160, er at styrke den forudgående gennemsigtighed for tilbudsgiverne, herunder at styrke deres mulighed for at optimere tilbuddene. Styrkelsen af gennemsigtigheden skal støtte hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne.²⁴

Det vedtagne lovforslag lever derved op til overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet, der er et fundamentalt princip indenfor udbudsreglerne. Princippet krav om offentlighed er først og fremmest begrundet i ønsket om at sikre at alle tilbudsgivere behandles lige og at ordregivers potentielle favorisering undgås. Forpligtelsen til gennemsigtighed kan derved gøre det muligt at fastslå om ligebehandlingsprincippet er overholdt.²⁵ ²⁶Princippet bakker dernæst op om lovens formål om skabelsen af de bedst mulige konkurrencemæssige rammer for offentlige indkøb, så hensynet til effektivitet og sikringen af en optimal udnyttelse af de offentlige midler opnås.²⁷ Gennemsigtighedsprincippet gælder i hele udbudsprocessen, og er ud over at være et udfyldningsprincip også udtrykkeligt nævnt i udbudslovens § 2. Derudover er princippet også gjort til en del af flere øvrige bestemmelser i udbudsloven, herunder nu det vedtagne lovforslag til § 160.

Det følger af bemærkninger til lovforslaget, at der er en pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. Det vil sige ikke kun fastlægge men også beskrive alle dele af modellen. Ordregivere har iflg. forarbejderne, et vidt skøn både i forhold til at fastlægge evalueringsmodellen inden åbningen af tilbuddene og i forhold til evalueringen af de kvalitative kriterier for tildeling. Dette skøn berøres ikke i det vedtagne lovforslag. Udbudsmaterialet udgør således grundlaget og ordregiver er bundet heraf ²⁸

²⁴ Det vedtagne udbudslovsforslag

²⁵ C-92/00, EU-Domstolens dom i Hospital Ingenieure, præmis 45

²⁶ Dog eks. kendelse af 6. juli 2012 i KCI Medical A/S, hvor en adfærd var i strid med gennemsigtighedsprincippet men ikke med ligebehandlingsprincippet.

²⁷ Udbudslovens § 1

²⁸ Poulsen, Jakobsen m.fl., EU-udbudsretten, 2016, s. 515

Det skærpede offentlighedskrav vurderes at forfølge de hensyn der er gældende i forhold til den nuværende § 160.²⁹:

- 1) at tilbudsgiverne via ordregivers beskrivelse "*af alle dele af modellen*" får et bedre grundlag for at udarbejde og optimere deres tilbud, og vurdere om de vil bruge ressourcer på at udarbejde det.
- 2) at tilbudsgiverne via ordregivers beskrivelse "*af alle dele af modellen*", gives bedre mulighed for at kontrollere at ordregivers evaluering overholder ligebehandlingsprincippet.
- 3) at ordregiver via beskrivelse "*af alle dele af modellen*", ikke får et ubetinget frit valg ved evalueringen.

2.1.1. Det skærpede offentlighedskrav i § 160 i forhold til Udbudsdirektivet

Udbudslovens § 160 er indført efter en anbefaling fra Udbudslovsudvalget.³⁰ Baggrunden var, at der efter deres vurdering var et stærkere krav i direktivet til forudgående gennemsigtighed for tilbudsgiverne end set i den hidtidige klagenævnspraksis. Eks. anerkendte Klagenævnet i kendelsen, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark, at ordregiver ved evaluering af kriteriet pris, efter at have modtaget tilbuddene, kunne afprøve forskellige evalueringsmodeller med henblik på at finde den model, som ordregiver vurderede som værende den "sagligt set mest velegnede". Kun "*hvis der anvendes en helt udsædvanlig og for tilbudsgiverne upåregnelig bedømmelsesmetode, skal denne oplyses på forhånd i udbudsbetingelserne*".³¹ Udbudslovsudvalget vurderede at en sådan praksis kunne føre til usaglige evalueringer og favorisering i strid med EU-rettens grundlæggende principper, og ønskede på den baggrund af gøre op med denne, og fremadrettet sikre tilbudsgiverne mere forudgående viden og indsigt, for at sikre at ligebehandlingsprincippet blev overholdt.³²

Udbudslovsudvalgets opfattelse af EU-rettens krav om forudgående gennemsigtighed for tilbudsgivere blev i et brev til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bekræftet af EU-kommissionen den 15. marts 2016.³³

EU-domstolen udtalte sig dog helt anderledes i sin dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest. Domstolen slog fast at der hverken i forhold til 2004-direktivet eller af Domstolens praksis er en pligt for ordregiver til at offentliggøre den evalueringsmetode, som er anvendt til at vurdere tilbuddene.³⁴ Domstolen fastslog at ordregiver skal råde over en vis frihed og kunne tilpasse den evalueringsmetode, som anvendes til at vurdere og klassificere tilbuddene.³⁵ Domstolen udtalte, at for at undgå favorisering skal evalueringsmetoden og navnlig den relative vægtning af hvert enkelt tildelingskriterie dog klart fastsættes før åbning af tilbuddene.³⁶

Dommen er baseret på det tidligere direktiv³⁷, men bestemmelsen er ikke ændret væsentligt i det gældende direktiv,³⁸ og vurderes derfor også at være EU-domstolens fortolkning i dag.

Dommen understreger at der jf. udbudsdirektivet ikke er en pligt for ordregiver til at offentliggøre den anvendte evalueringsmetode, men der er en pligt til at den skal være fastsat før åbningen af tilbuddene.

Det vedtagne forslag til udbudslovens § 160 går derfor videre end udbudsdirektivets krav til offentlighed.

2.1.2. Baggrunden for det skærpede offentlighedskrav i § 160

Den gældende rækkevidde af offentlighedskravet blev slået fast i Klagenævnet for udbuds kendelse af

²⁹ Forarbejder til udbudsloven, s. 183

³⁰ Nedsat af Regeringen i juni 2013 med det formål at udarbejde et forslag til "en dansk udbudslov"

³¹ Kendelse af 8. Oktober 2013 i Ansaldo, s. 182

³² Fabricius J., Offentlige indkøb i praksis, s. 443

³³ Brev af 15. marts 2016 til KFST, Ref. Ares (2016)1298916 - 15/03/2016

³⁴ Sag C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, præmis 27 og 28

³⁵ Ibid, præmis 29 og 30

³⁶ Ibid, præmis 25 og 31

³⁷ Udbudsdirektiv 2004/18/EF, art. 53

³⁸ Udbudsdirektiv 2014/24/EU, art. 67

8. august 2017 i sagen Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (herefter KFST) indgav en klage til Klagenævnet for Udbud (herefter KfU) over Region Midtjyllands (herefter Regionen) udbud af 2 delaftaler om anæstesiapparater³⁹ og anæstesimonitorer. KFST ønskede med klagen, at KfU tog stilling til om det var i overensstemmelse med offentlighedskravet i udbudslovens § 160, stk. 1 at Regionen i udbudsmaterialet havde offentliggjort en evalueringsmetode, hvor hældningsgraden ikke var fastsat før åbningen af tilbuddene⁴⁰

Regionen havde i udbudsmaterialet angivet, at der ville blive givet 0 point til tilbud med priser, der var xx pct. over prisen for tilbuddet med den laveste pris.

KFST gjorde overordnet gældende, at forpligtelsen til at oplyse hældningsgraden i udbudsmaterialet både blev støttet af en ordlydsfortolkning af § 160, stk. 1 og af formålsbetragtninger og forudsætninger i loven.⁴¹

I relation til ordlydsfortolkningen nedlagde KFST påstand om, at det var i strid med § 160, stk. 1, at undlade at angive hældningsgraden på den lineære pointmodel i udbudsmaterialet.⁴² Subsidiært nedlagde de påstand om, at det ikke i tilstrækkelig grad i udbudsmaterialet var oplyst, hvordan evalueringen af tilbuddene skulle ske for det økonomiske underkriterium, ved blot at anføre, at hældningsgraden ville blive fastsat efter åbningen af tilbuddene.⁴³

Til støtte for påstanden anførte KFST at det af ordlyden i § 160, stk. 1 fremgår at evalueringsmetoden skal offentliggøres. Og hvor der ved evalueringsmetode forstås den ”systematik”, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. En vigtig del af systematikken i den evalueringsmetode, som Regionen havde valgt, var netop hældningsgraden.⁴⁴

I relation til formålsbetragtningen anførte KFST at gennemsigtighedsforpligtelsen i § 160, stk. 1, varetager to overordnede formål. Det første formål er at sikre at ordregiver ikke opnår et ubetinget frit valg ved evalueringen, da det kan medføre risiko for favorisering. Fastsættelsen af hældningsgraden kan være afgørende for pointtildelingen under det økonomiske underkriterium og dermed også for den samlede pointscore. Det næste formål er at øge gennemsigtigheden for de økonomiske aktører, således at de opnår et bedre grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på tilbudsgivning men også får mulighed for at optimere deres tilbud samt gives mulighed for at kontrollere ordregivers evaluering. KFST anførte at begge formål derfor krævede, at den fulde pointmodel skulle have været offentliggjort, og at Regionen derfor ikke kunne undlade at offentliggøre dele af pointmodellen, herunder dens hældningsgrad.⁴⁵

KfU tog ikke KFST's påstande til følge og accepterede derved Regionens beskrivelse af evalueringsmetoden. De begrundede beslutningen med at der ikke var hjemmel i § 160 stk. 1, til i et udbud som det gældende, at kræve at hældningsgraden på den lineære pointmodel skulle oplyses i udbudsmaterialet. I forhold til formålet vurderede KfU at en oplyst hældningsgrad i en lineær evalueringsmodel ikke i sig selv ville give potentielle tilbudsgivere, med kendskab til markedet, et bedre grundlag for at vurdere, om de ville afgive tilbud, eller bedre grundlag for at optimere tilbuddet, end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som Regionen havde oplyst.

Deres begrundelse var også at tilbudsgiverne med Regionens udfærdigede udbudsmateriale, havde god mulighed for at kontrollere om Regionen overholdte den oplyste evalueringsmetode. De vurderede at Regionens fastsatte og beskrevne evalueringsmetode, ikke efterlod dem med et ubetinget frit valg ved evalueringen. Dels da den skulle overholde de fastsatte vægtninger, og dels da de havde bundet sig til

³⁹ KFST mod Region Midtjylland

⁴⁰ <https://www.kfst.dk/media/46844/notat-vedroerende-kendelse.pdf>

⁴¹ KFST mod Region Midtjylland, s. 13

⁴² Ibid, s. 13

⁴³ Ibid, s. 24

⁴⁴ Ibid, s. 14

⁴⁵ Ibid, s. 15-16

at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser, justeret for evt. unormalt lave eller høje priser. De havde også beskrevet på hvilket grundlag hældningsgraderne for de to delaftaler var fastlagt. KfU vurderede derfor at Regionen i tilstrækkelig grad havde oplyst hvordan evalueringen af tilbuddene ville foregå.⁴⁶

Kendelsen understregede at der hverken i forhold til udbudsdirektivet, retspraksis eller udbudsloven, altid følger er en pligt til, at offentliggøre evalueringsmetoden. Det vedtagne lovforslag's formål er at ændre på retstilstanden, således at ordregiver forpligtes til at fastlægge men også offentliggøre indholdet af alle dele af evalueringsmodellen, herunder hældningsgraden.

2.2. Ordregivers forpligtelser

Fastsættelsen af evalueringsmetoden er blot et af de elementer der indgår i den samlede udbudsproces i forbindelse med tilbudsevalueringen, hvor formålet er at ordregiverne skal kunne identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud⁴⁷. Udtrykket "det mest fordelagtige tilbud" kan som udgangspunkt give ordregiver et meget vidt skøn, i strid med formålet med loven. Derfor er det også et krav at identificeringen skal baseres på objektive kriterier, inden for rammerne af udbudsmaterialet og i overensstemmelse med gennemsigtighed-, ligebehandlings-, og proportionalitetsprincippet. Det er et fundamentalt krav at ordregiver overholder de regler og krav, som ordregiver selv har fastsat i udbudsmaterialet. Det medfører at der ikke må inddrages andre forhold til evalueringen end de forhold, der fremgår af udbudsmaterialet.⁴⁸ Der følger også en pligt for ordregiver til at afvise tilbud, som er ukonditionsmæssige og som ikke efterlever udbudsmaterialets krav.⁴⁹

Ordregiver er iflg. udbudsloven forpligtet til, at vælge selve rammerne for evalueringen. Dvs. fastsætte de kriterier som kontrakten tildeles på baggrund af, eks. "pris", "omkostninger" eller "bedste forhold mellem pris og kvalitet".⁵⁰ Ved valg af "bedste forhold mellem pris og kvalitet", skal ordregiver evaluere tilbuddene på baggrund af underkriterier og evt. delkriterier, eks. kvalitative, miljømæssige aspekter m.v.⁵¹ Disse kriterier skal være forbundet med kontraktens genstand.⁵² Ordregiver skal fastsætte en vægtning af hvad der tillægges betydning af disse under- og eventuelle delkriterier.⁵³ Når valget af tildelingskriterier er foretaget skal ordregiver oplyse hvilken evalueringsmetode, der benyttes til at:

1) opgøre prisen⁵⁴ eller omkostningerne⁵⁵,

Ved udbud med tildelingskriteriet "*bedste forhold mellem kvalitet og pris*" derudover oplyse den evalueringsmetode, der benyttes til at:

2) bedømme eventuelle underkriterier, og

3) sammenstille bedømmelsen af de kvalitative underkriterier med de økonomiske underkriterier og, derved identificere det tilbud, der giver "*det bedste forhold mellem pris og kvalitet*" i overensstemmelse med den angivne vægtning i udbudsmaterialet.⁵⁶ Underkriterierne skal være objektive og

⁴⁶ Ibid, s. 29-30

⁴⁷ Udbudslovens § 161

⁴⁸ Fabricius J. Offentlige indkøb i praksis, s. 664

⁴⁹ Ibid s. 619

⁵⁰ Udbudslovens § 162

⁵¹ Udbudslovens § 162, stk. 3

⁵² Kontraktens genstand jf. § 163, eks. kendelse af 19. december 2012. i Lyreco Danmark A/S, hvor underkriteriet "miljøpolitik" blev underkendt fordi kriteriet ikke havde den fornødne forbindelse med den specifikke leverance.

⁵³ Udbudslovens § 165

⁵⁴ Ved pris vurderes tilbuddet udelukkende på prisen

⁵⁵ Ved omkostninger, kan der efter § 162, stk. 2 inddrages alle former for omkostninger, herunder priser og livscyklusomkostninger.

⁵⁶ Forarbejder til udbudsloven, s. 184

klare, da det sikrer at gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet overholdes, således at konkurrencen afgøres på reelle konkurrencevilkår.⁵⁷

2.2.1. Ordregivers skøn

Ordregiver har iflg. forarbejderne et vidt skøn, inden for rammerne af ovennævnte men også indenfor principperne i udbudslovens § 2 til at vælge evalueringsmetode, under- og delkriterier og til vurdering af hvad der lægges vægt på ved evalueringen.

Vigtigt er at beskrivelsen gør det klart for tilbudsgiver, hvilke kriterier der reelt set lægges vægt på, så det er muligt at afgive et konkurrencedygtigt tilbud og således at ordregiver ikke efterlades et ubetinget frit skøn. KfU har i en nylig afsagt kendelse i sagen mellem Steelco Danmark A/S og Københavns Universitet⁵⁸ udtalt at det var en overtrædelse af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet at Universitetet opstillede et underkriterium, der bestod af en række vidt forskellige kvalitative kriterier, og selv om det var forklaret hvad der ville blive lagt vægt på, så offentliggjorde de kun deres samlede vægtning, som om det var et samlet underkriterium.

Ordregiver har også pligt til ikke at lægge vægt på andre end de i materialet beskrevne forhold.⁵⁹ Ved genudbud af en kontrakt vil den eksisterende leverandør have en betydelig, men lovlig konkurrencefordel. I Cordis-sagen⁶⁰ slog retten fast, at gennemsigtighedsprincippet indebærer at alle tekniske oplysninger, som har betydning for forståelsen af udbudsbetingelserne, skal stilles til rådighed for tilbudsgiverne, så tidligt som muligt, således at "alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og forstå det på samme måde." Ordregiver skal søge at udligne den eksisterende leverandørs konkurrencefordel, så alle tilbudsgivere har lige fordele, men kun hvor det er teknisk muligt og anses for økonomisk rimeligt og hvor det ikke indebærer en tilside-sættelse af den eksisterende leverandørs rettigheder.⁶¹ Der kan eks. være tale om den eksisterende leverandørs fortrolige oplysninger eller forretningshemmeligheder.⁶²

2.2.2. Offentliggørelseskrav til evalueringsmodel

I den vedtagne bestemmelse i § 160 stilles krav om at offentliggøre "alle dele af evalueringsmodellen", og dermed ikke "alle dele af evalueringsmetoden". I bemærkningerne til lovforslaget nævnes at der hidtil har været benyttet forskellige betegnelser for netop evalueringsmodellen, herunder bedømmelsesmetoden og evalueringsmetoden. Evalueringsmodellen benyttes oftest i praksis for de nævnte værktøjer, og benyttes herefter i afhandlingen. Af bemærkningerne fremgår det at:

"Når et udbud består af både økonomiske og kvalitative kriterier for tildeling, benytter ordregiveren evalueringsmodellen, og værktøjerne heri til at skabe et sammenligneligt resultat, hvorefter ordregiveren kan identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud."

Lovforslaget's definition på evalueringsmodellen er følgende:

"Evalueringsmodellen er det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes tilbud vedrørende forskellige kriterier for tildeling med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud."

⁵⁷ Poulsen, Jakobsen m.fl., EU-udbudsretten, 2016, s. 518

⁵⁸ Kendelse af 7. marts 2019 i Steelco Danmark A/S

⁵⁹ Forarbejder til udbudsloven s. 184

⁶⁰ T-345/03, Europaiki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 145

⁶¹ Ibid, præmis 76

⁶² iflg. lovbemærkningerne omfatter beskyttelsen alene oplysninger, som den økonomiske aktør har fremsendt til ordregiver. Det er også et krav, at den økonomiske aktør klart har angivet, at oplysningen ønskes holdt fortrolig.

Værktøjer er i bemærkningerne defineret som værende formler, pointmodeller, prismodeller og pointskala til bedømmelse af økonomiske og kvalitative kriterier for tildeling. For at gøre det muligt at lave en samlet bedømmelse af både økonomi og kvalitet er det nødvendigt enten at omregne point til priser eller at omregne priser til point, således at man kan give det enkelte tilbud en samlet score. Den samlede score for de enkelte tilbud er nødvendig for at kunne sammenligne tilbuddene og dermed identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.⁶³

En evalueringsmodel kan eks. bestå af:

1) en pointmodel med en lineær interpolation mellem det maksimale point på en oplyst pointskala, givet til den laveste pris, og det minimale point på skalaen, givet til priser der er 50 pct. højere end den laveste pris.

2) en pointskala for bedømmelse af den tilbudte kvalitet

3) en beregning hvor de givne point for henholdsvis kvalitet og pris ganges med den oplyste vægtning. Iflg. ordlyden af den vedtagne bestemmelse skal de formler, point- og prismodeller der er en del af evalueringsmodellen, derfor fastlægges og beskrives. Det samme gælder for indholdet af delene, herunder hældningsgraden. Dog kan specifikke parametre, som efter den gældende bestemmelse, i modellen afhænge af de indkomne bud.⁶⁴ Det kræves blot at fremgangsmåden entydigt beskrives i materialet. Afgørende er at parametrene ikke afhænger af de indkomne bud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.⁶⁵ Hældningsgraden i en pointmodel med lineær interpolation kan være afhængig af de indkomne tilbud, blot ordregiver ikke gives ubetinget frit valg ved vurderingen. Dette kan sikres ved at beskrive "at den laveste pris tildeles det maksimale antal point, og priser der eks. er 50 pct. højere tildeles 0 point, og at der laves en lineær interpolation mellem disse to punkter". Denne model vil danne grundlag for de point, som de enkelte tilbudsgivere modtager.

I sagen KFST mod Region Midtjylland, havde Regionen angivet selve værktøjet; en pointmodel med lineær interpolation, hvor der ville blive givet 0 point til tilbud med priser, der var xx pct. over prisen for tilbuddet med den laveste pris. Hældningsgraden manglede og beskrivelsen ville i forhold til det vedtagne lovforslag til § 160, stk. 1, som udgangspunkt ikke være tilstrækkelig. Regionen havde fastsat og beskrevet at metoden var baseret på brug af en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser, justeret for evt. unormalt lave eller høje priser. Men Regionen havde kun i deres interne evalueringsnotat beskrevet, men ikke offentliggjort, på hvilket grundlag hældningsgraderne for de to delaftaler var fastlagt. Efter den nu vedtagne bestemmelse i § 160 ville Regionens evalueringsmodel ikke leve op til det skærpede offentlighedskrav.⁶⁶

2.2.2.1. Laveste pris + X procent

Ved brug af den lineære metode, fastlægges et prisspænd til brug for selve omregningen. Ved brug af Laveste pris + X pct. fastsættes prisspændet ved at maksimumpoint gives til den laveste pris og minimum point gives til den laveste pris + X pct. X er hældningsgraden og fastsættes af ordregiver.

Der kan også tages udgangspunkt i gennemsnitsprisen på de indkomne tilbud. Minimum point gives til gennemsnitsprisen plus X pct. og maksimumpoint til gennemsnitspris minus X pct. Ordregiver fastsætter X, ud fra en forventning til spredningen i tilbuddene, således at det sikres at alle tilbud kan rummes i spredningen.

Ordregiver har pligt til at vælge en pointmodel der er egnet til, i relation til det konkrete udbud, at sikre en bedømmelse af tilbuddene, som respekterer den fastsatte vægtning af underkriterierne. Dette var

⁶³ KFST, Evalueringsmetoder, praktisk vejledning til offentlige indkøbere, 2018

⁶⁴ Flere hørte parter ønsker at "specifikke parametre" defineres klart.

⁶⁵ Det vedtagne udbudslovsforslag, s. 10-11

⁶⁶ Også kendelse af 9. januar 2019 i Wedel Installation ApS., hvor evalueringsmetoden ikke var beskrevet tilstrækkeligt i udbudsmaterialet og derfor var i strid med udbudslovens § 160.

ikke tilfældet i sagen Reno-Norden⁶⁷, hvor Kommunen i udbudsbetingelserne havde anvendt en pointmodel for pris, som for så vidt angik bedømmelsen af priskriteriet ikke sikrede den i udbudsbetingelserne foreskrevne vægning, og derfor var i strid med udbudslovens § 2.^{68 69}

Den vedtagne bestemmelse skærper kravet til ordregivers markedskendskab. Da spredningen i nogle situationer kan være svær at forudsige, kan det medføre at ikke alle tilbud kan rummes. Ordregiver kan i stedet vælge at anvende den gennemsnitlige pris på de indkomne tilbud, som den laveste pris.

Da den lineære pointmodel tager udgangspunkt i laveste pris, kan størrelsen af prisen i laveste bud være afgørende for, hvilket tilbud der vinder. Brugen af den gennemsnitlige pris af de indkomne tilbud kan i nogle situationer føre til et andet resultat.⁷⁰

Det vedtagne lovforslags krav skærpede offentlighedskrav støtter op om KFST's påstande i sagen mod Region Midtjylland⁷¹. De anførte i sagen at "*det økonomiske underkriterium, alt andet lige, vægter betydeligt højere ved en hældningsgrad på eks. 50 % end ved en på 150 %. Hvis hældningsgraden ikke offentliggøres som en del af evalueringsmetoden, men først fastlægges efterfølgende, er det ikke muligt for potentielle tilbudsgivere at vurdere, om de skal deltage, og i så fald hvordan de bedst kan optimere deres tilbud*"

Lovgivers motiv for at alle dele af evalueringsmodellen skal offentliggøres, herunder hældningsgraden skyldes netop et ønske om at sikre ligebehandlingen af tilbudsgiverne, så favorisering undgås.

2.2.2.2. Kvalitative kriterier

Der er iflg. forarbejderne til udbudslovens § 160 krav om at ordregiver, ved anvendelse af kvalitative underkriterier og eventuelle delkriterier, beskriver disse i udbudsmaterialet. Det skal beskrives, hvad der tillægges betydning ved evalueringen i henhold til det enkelte underkriterium. Beskrivelsen behøver ikke være udførlig, men der er krav om at der ved evalueringen ikke må lægges vægt på forhold, der ikke har været oplyst i udbudsmaterialet. Ordregiver har derfor et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen, inden for rammerne af det beskrevne i udbudsmaterialet samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Vælger ordregiver at evalueringen skal baseres på mere end et underkriterium, skal det oplyses hvordan disse skal vægtes. Det er et krav at vægtingen ved evalueringen overholdes, således at underkriterierne får den, i udbudsmaterialet, oplyste betydning i den samlede bedømmelse.⁷²

2.2.3. Tilpasning af evalueringsmodel og sekundær evalueringsmodel

Det skærpede offentlighedskrav tvinger ordregiver til allerede ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet at gennemtænke hele evalueringen. Det stiller krav til ordregivers markedskendskab. Selv med et indgående markedskendskab kan det være svært at forudse indholdet og spredningen på de indkomne priser. Spredningen kan vise sig at være større, end der er plads til i det beskrevne prisspænd. Eller evalueringsmodellen kan vise sig at være uegnet til at afspejle prisforskelle med den offentliggjorte vægning af priskriteriet, som følge af større eller mindre prisudsving end forventet.⁷³ Konsekvensen kan være at ordregiver er nødt til at annuller udbuddet, hvilket resulterer i øgede transaktionsomkostninger for både ordregiver og tilbudsgiver. For at undgå en annullering, kan det anføres at en evalueringsmodel i visse situationer kan tilpasses, eller der kan benyttes en sekundær evalueringsmodel. Disse muligheder skal være fastlagt og beskrevet i udbudsmaterialet i henhold til udbudslovens § 2. Det skal desuden fremgå, hvilke objektive konstaterbare forhold der skal være til stede, før ordregiver

⁶⁷ Kendelse af 9. Januar 2012 i Reno Norden A/S

⁶⁸ Ibid, s. 17

⁶⁹ Klagenævnet lagde ved vurderingen vægt på, at priskriteriet på grund af modellens karakteristika kom til at vægte mindre end de i udbudsbetingelserne forudsatte 70 %.

⁷⁰ KFST, Vejledning i Evalueringsmetoder, s. 25

⁷¹ KFST mod Region Midtjylland

⁷² KFST mod Region Midtjylland, "evalueringen skulle nøje overholde de fastsatte vægtninger".

⁷³ Som var tilfældet i kendelse i RenoNorden A/S

kan anvende de oplyste muligheder for tilpasning eller sekundær evalueringsmodel.⁷⁴

2.2.4. Ændring af en evalueringsmodel

En ændring af evalueringsmodellen i forhold til det offentliggjorte udbudsmateriale, vil som udgangspunkt have karakter af en ændring af et grundlæggende element, og vil kræve et nyt udbud. Hvis der efter en konkret vurdering er tale om en væsentlig ændring, kan der foretages en rettelse af udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale kombineret med en forlængelse af tilbudsfristen. Hvis der er tale om en ubetydelig ændring i evalueringsmodel, og det kan godtgøres, at ændringen hverken har haft betydning for eventuelle interesserede økonomiske aktører, eller har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne, vil ændringen potentielt kunne gennemføres.⁷⁵

2.2.5. Tilsidesættelse af en evalueringsmodel

En evalueringsmodel, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med § 160, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanter, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.⁷⁶ Iflg. bemærkninger til loven kan klage- og retsinstanter dog tilsidesætte evalueringsmodeller med henvisning til andre bestemmelser, hvis dette vurderes relevant. Det vil ikke være nødvendigt at tilsidesætte en evalueringsmodel, der er beskrevet klart og på en gennemsigtig måde, "*fordi den ikke afspejler spredningen i de indkomne bud, eller fordi ikke hele karakter eller pointskalaen kommer i anvendelse, da der ikke er noget udbudsretligt krav om, at en model skal afspejle en bestemt spredning, eller at hele karakter- eller pointskalaen skal komme i anvendelse, så længe det blot har været klart for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, hvordan modellen fungerer*"⁷⁷. Et krav er at den overholder den fastsatte vægtning jf. Reno Norden sagen⁷⁸

3. Tilbudssamarbejde i forbindelse med udbud

Formålet med dette afsnit er at redegøre for de krav som konkurrence- og udbudsloven stiller til tilbudssamarbejde i forbindelse med udbud og baggrunden herfor. Derudover at vurdere hvornår et samarbejde er i strid med konkurrencelovens (herefter KRL) § 6. Endelig er formålet at analysere de potentielle konkurrenceretlige konsekvenser af det vedtagne udbudslovsforslag.

3.1. Konkurrence til sikring af en effektiv ressourceanvendelse

KRL's formål er jf. forarbejder til loven at sikre en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem en virksom konkurrence. Formålet indebærer en sikring af effektiviteten inden for produktion og distribution af varer og tjenesteydelser. Denne effektivitet skal dels resultere i de laveste priser for forbrugerne, og dels i et udbud af varer og tjenesteydelser der i mængde og kvalitet afspejler forbrugernes efterspørgsel. Midlet til at opnå denne effektivitet er, en virksom konkurrence.

En virksom konkurrence dækker såvel over strukturelle som over adfærdsmæssige forhold. Et marked med virksom konkurrence karakteriserer et marked med fri konkurrence mellem virksomheder, der allerede er på markedet, og fri adgang til markedet for nye virksomheder.

Derudover et marked hvor der forudsættes uafhængige økonomiske beslutninger af virksomhederne og frihed til at tilpasse sig konkurrenters adfærd. Aftaler eller samordnet praksis der har til formål eller følge at påvirke aktuelle og potentielle konkurrenters adfærd og begrænse disses frihed til at tilpasse

⁷⁴ KFST mod Region Midtjylland, s. 8

⁷⁵ Forarbejder til udbudsloven s. 183

⁷⁶ Udbudsloven § 160 stk. 2

⁷⁷ Forarbejder til udbudsloven s. 185

⁷⁸ Kendelse i Reno Norden A/S

sig markedet, er derfor forbudt. KRL er udformet med det formål at ramme de konkurrencebegrænsninger der hæmmer konkurrencen og effektiviteten på markedet.⁷⁹

Udbudslovens formål er, iflg. forarbejderne til loven, at skabe de bedst mulige konkurrencemæssige rammer for offentlige indkøb, således at de kan foregå så effektivt som muligt og med de lavest mulige transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgivere. Udbudsloven er rettet mod ordregiverne og har til formål at skabe klarhed om hvilke krav og pligter, der påhviler dem i forbindelse med udbuddet.⁸⁰

Formålet med begge regelsæt er således at sikre en effektiv ressourceanvendelse med konkurrence som midlet til at opnå målet.

3.2. Tilbudssamarbejde i udbuds- og konkurrenceretten

Konkurrence- og udbudsreglerne finder sideløbende anvendelse. Begge regelsæt har afsæt i bestemmelserne om det indre marked. Men konkurrencereglerne stammer fra EUF-traktatens afsnit om konkurrenceregler, og udbudsreglerne fra bestemmelserne om de frie bevægeligheder.⁸¹

Selvom begge regelsæt har til formål at sikre en effektiv konkurrencesituation, er der ikke et fuldstændigt samspil i forhold til hvordan konkurrencen sikres.⁸²

Et af disse forhold vedrører muligheden for tilbudssamarbejde. I forhold til KRL§ 6, er der klare begrænsninger i muligheden for at danne tilbudssamarbejde eller konsortier. I forhold til udbudsreglerne, der baseres på at der skal være fri bevægelighed inden for det indre marked, gives der mulighed for at en tilbudsgiver kan samarbejde med andre økonomiske aktører i forbindelse med at afgive et tilbud på en udbudt kontrakt.

Tilbudssamarbejde i forhold til begge regelsæt analyseres i de følgende afsnit.

3.2.1. Samarbejde om tilbudsgivning i forhold til Udbudsloven

Udbudsloven åbner i lovens § 139 op for at konsortier, joint ventures og øvrige virksomhedssamarbejder kan deltage i udbuddet. Iflg. § 139 stk. 2 kan sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, og aktører uden en bestemt retlig form deltage i udbudsprocedurer. Herunder gælder også underleverandører eller "*sammenslutninger af økonomiske aktører baseret på andre enheders økonomiske, finansielle og tekniske formåen*".⁸³ Ordregiver kan ikke kræve, at grupper eller sammenslutninger af økonomiske aktører udgør en bestemt retligt form⁸⁴ i forhold til at deltage i udbuddet. Ordregiver kan ej heller kræve, at det er tilbudsgiveren selv, der er i besiddelse af den nødvendige ekspertise. Det er tilladt at den stilles til rådighed af samarbejdspartnere, underleverandører m.v.

Ordregiver kan stille krav om at de skal antage en bestemt retlig form, eks. hvis der er krav om solidarisk hæftelse, når de har fået tildelt kontrakten⁸⁵ Dette kan dog alene ske, hvis det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten. Gennemføres kontrakten af en sammenslutning af økonomiske aktører, kan det være nødvendigt at fastsætte betingelser, der ikke kræves af individuelle deltagere. Ordregiver skal dog sikre sig at hvis der fastsættes strengere betingelser for disse sammenslutninger, i forhold til de der pålægges de individuelle deltagere, skal disse betingelser, være objektivt begrundede og proportionale i forhold til formålet.⁸⁶ Ordregiver kan hvis tilbudsgiver er et

⁷⁹ Forarbejder til konkurrenceloven, s. 12 og 13

⁸⁰ Det vedtagne udbudslovsforslag

⁸¹ Steinicke, Michael, Udbudsretten og konkurrenceretten - samspil eller konflikt, 2017, s. 534

⁸² Ibid, s. 533

⁸³ Udbudslovens § 144 stk. 7

⁸⁴ Jf. forarbejder til udbudsloven er der tale om at firmaer, filialer, datterselskaber, interessentskaber, kooperative selskaber, selskaber med begrænset ansvar, universiteter, offentlige eller private, og andre former for enheder end fysiske personer ind under begrebet økonomisk

aktør, uanset om de er »juridiske personer« i enhver forbindelse

⁸⁵ Forarbejder til udbudsloven, s. 159.

⁸⁶ Udbudsloven § 139 stk. 4

konsortium kræve, at visse centrale opgaver udføres af deltagerne i konsortiet.⁸⁷ Ordregiver har også krav på at tilbudsgiver kan fremlægge dokumentation for egnethed, dvs. at der faktisk rådes over den nødvendige økonomiske, finansielle ressourcer eller tekniske ekspertise.⁸⁸

3.2.1.1. Udelukkelse af tilbudsgivere

Ordregiver har iflg. udbudsloven⁸⁹ mulighed for at tilvælge en frivillig udelukkelsesgrund, der giver mulighed for at udelukke virksomheder, som indgår konkurrencefordrejende aftaler.⁹⁰

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

Hvad tilstrækkelige plausible indikationer dækker over, er ikke klart, men det kan tænkes at være en situation, hvor tilbudsgiver tidligere har kunne byde selv på en opgave, og nu byder sammen med en anden virksomhed. Virksomheden har dog altid ret til at "rense sig selv", og fremlægge dokumentation for dens pålidelighed. Den frivillige udelukkelsesgrund skal vælges fra sag til sag, og der kan således ikke indskrives en automatisk udelukkelsesgrund.⁹¹

3.2.1.2. Undersøgelingspligt

Ordregivere der har valgt den frivillige udelukkelsesgrund, har ved modtagelse af tilbud, som fremstår som værende koordineret, en pligt til at undersøge om de reelt er uafhængige.⁹² ⁹³I C-531/16 af 17. maj 2018 udtalte EU-domstolen at

*"en ordregivende myndighed er, når den er i besiddelse af oplysninger, der rejser tvivl om, hvorvidt visse tilbudsgiveres bud er selvstændige og uafhængige, forpligtet til ved i givet fald at anmode disse tilbudsgivere om yderligere oplysninger at efterprøve, om deres bud rent faktisk er selvstændige og uafhængige. Såfremt det viser sig, at disse bud ikke er selvstændige og uafhængige, er artikel 2 i direktiv 2004/18 til hinder for, at kontrakten tildeles tilbudsgivere, der har afgivet et sådant bud"*⁹⁴

På denne baggrund er det således muligt for ordregivere, og ikke konkurrencemyndighederne, at træffe afgørelse om ulovligt tilbudssamarbejde. Det vurderes at være et eksempel på at udbuds- og konkurrenceregler ikke er helt afstemte.

3.2.2. Samarbejde om tilbudsgivning i forhold til Konkurrenceloven

KRL stiller helt anderledes begrænsninger hvis to eller flere virksomheder, konsortier, joint ventures m.v. ønsker at deltage i udbudsproceduren om en samlet tilbudsgivning. Baggrunden er at det jf. KRL§ 6 stk. 1 og stk. 3, er forbudt for virksomheder eller en sammenslutning af økonomiske aktører at indgå en aftale, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse den aktuelle eller potentielle konkurrence på markedet. En vurdering af om et tilbudssamarbejde er foreneligt med konkurrencereglerne skal derfor igennem to trin.

Første trin er at vurdere om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med KRL§ 6. Dvs. om de fire betingelser i § 6 er opfyldt. Der skal være tale om en

1. Virksomhed,
2. Aftale/ vedtagelse/samordnet praksis,
3. Til formål/følge at begrænse konkurrencen,

⁸⁷ Ibid, § 144 stk. 8

⁸⁸ Ibid, § 144 stk. 2

⁸⁹ Ibid, § 137, stk 1, nr. 4

⁹⁰ Kan udelukkes i 2 år

⁹¹ I sag C-376/08, EU-Domstolens dom, Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl mod Comune di Milano, blev en italiensk regel om automatisk udelukkelse, hvis deltagerne i et konsortium både afgav tilbud som konsortiedeltagere og som "selvstændige" tilbudsgivere, vurderet som værende uforenelig med proportionalitetsprincippet.

⁹² KFST vejledning i udbudsreglerne, s. 209

⁹³ Udbudslovens § 164, stk. 2

⁹⁴ Sag C-531/16 – Specializuotas transportas, præmis 40

4. Mærkbar konkurrencebegrænsning.

Herunder skal det vurderes om virksomhederne i tilbudssamarbejdet er konkurrenter eller evt. kan undtages af bagatelgrænsen i KRL§ 7.

Hvis ikke der er tale om en aftale undtaget af bagatelgrænsen, er næste trin at vurdere om aftalen kan fritages efter KRL§ 8, fordi samarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger.

3.3. Tilbudssamarbejde foreneligt med Konkurrenceloven?

Overordnet set er tilbudskonsortium lovligt i følgende to situationer:

- 1) hvor konsortiet ikke begrænser konkurrencen, eller
- 2) hvor konsortiet begrænser konkurrencen, men konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning.⁹⁵

I det følgende analyseres betingelserne for hvornår et tilbudssamarbejde begrænser konkurrencen. Analysen inddrager SØ- og Handelsrettens (herefter SH) afgørelse af 27. August 2018 i Dansk Vej-konsortium (herefter Vejstribe-sagen), da afgørelsen har ændret på retstilstanden vedrørende konsortiers forenelighed med KRL§ 6.

3.3.1. SØ- og Handelsrettens afgørelse i Dansk Vejmarkerings Konsortium⁹⁶

Sagen handler om Vejdirektoratets genudbud af kørebaneafmærkning af tre distrikter i Danmark. LKF Vejmarkering A/S (herefter GVCO) og Eurostar Danmark A/S (herefter Eurostar) indgik en aftale om at udarbejde og afgive et fælles tilbud gennem Dansk Vejmarkerings Konsortium. GVCO var landets største entreprenør indenfor vejmarkering og Eurostar var landets næststørste. Udbuddet var udformet således at det var muligt at afgive tilbud på de tre særskilte distrikter, men også byde på flere af disse distrikter ved at tilbyde en samlet rabat. Tildelingskriteriet var pris eller en kombination af priser på de tre distrikter.

Som den eneste aktør bød konsortiet på hele opgaven og vandt udbuddet. Guide-lines, en virksomhed, der ved tidligere udbudsrunder, havde vundet opgaven, klagede over resultatet. Konkurrencerådet slog i deres afgørelse af 24. juni 2015 fast, at GVCO og Eurostar med deres aftale om priser og markedsopdeling, ved et samlet bud på alle distrikter, overtrådte forbuddet i KRL§ 6 og begrænsede konkurrencen, da de havde mulighed for at byde på de enkelte distrikter hver for sig. De vurderede at aftalen derved havde til formål at begrænse konkurrencen, og derfor var forbudt. Afgørelsen blev indbragt for Konkurrenceankenævnet, som stadfæstede konkurrencerådets afgørelse ved kendelsen af 11. april 2016. Afgørelsen blev anket til SØ- og Handelsretten, der afgjorde at aftalen ikke var i strid med KRL§ 6. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har valgt at anke SØ- og Handelsrettens afgørelse til Højesteret.

3.3.2. Virksomhedsbegrebet

En betingelse for at være omfattet af forbuddet er, at der skal være tale om at der indgås en aftale mellem virksomheder eller en sammenslutning af økonomiske aktører.⁹⁷

I Vejstribe-sagen var de to parter GVCO og Eurostar entreprenører og leverede ydelser indenfor vejmarkering i Danmark. I forbindelse med udbuddet oprettede de Dansk Vejmarkerings Konsortium. Der var således tale om en sammenslutning af økonomiske aktører omfattet af KRL's virksomhedsbegreb.

⁹⁵ Vejstribe-sagen pkt. 375

⁹⁶ Vejstribe-sagen

⁹⁷ Se den konkurrenceretlige definition af økonomisk aktør i Bilag 1.

3.3.3. Aftalebegrebet

Den anden betingelse der skal være opfyldt for at KRL§ 6 finder anvendelse, er at der er indgået en aftale, en vedtagelse eller samordnet praksis. Aftalebegrebet dækker både horisontale og vertikale aftaler, og dækker bredt over aftaler uanset dens betegnelse eller udformning.⁹⁸ Det er indholdet og ikke betegnelsen af aftalen, der er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering.⁹⁹ De involverede virksomheder skal have udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Afgørende er ikke om virksomhederne har følt sig forpligtet – juridisk, faktisk eller moralsk – til at udvise den aftalte adfærd.¹⁰⁰ Der foreligger således en aftale, når to eller flere virksomheder har et samarbejde, hvor de frivilligt, direkte eller indirekte koordinerer deres adfærd på markedet. En aftale, mundtlig eller skriftlig kan således direkte koordinere virksomhedernes adfærd i forbindelse med afgivelse af bud på en kontrakt. En vedtagelse inden for en sammenslutning af økonomiske aktører kan i stedet for en aftale, koordinere virksomhedernes adfærd i forbindelse med eks. priser, kvalitet m.v. ved deres afgivelse af budet. En samordnet praksis mellem virksomheder, koordinerer virksomhedernes adfærd, uden en egentlig aftale, men med et indbyrdes praktisk samarbejde, der bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence i forbindelse med et udbud.¹⁰¹

I Vejstribe-sagen indgik GVCO og Eurostar den 11. marts 2014 en skriftlig aftale om at samarbejde i Dansk Vejmarkerings Konsortium med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på de udbudte vejmarkeringsarbejder i Danmark. Aftalen er omfattet af KRL's aftalebegreb.

3.3.4. Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

KRL§ 6 omfatter enhver aftale der har til formål eller til følge at begrænse den aktuelle og den potentielle konkurrence. Dvs. aftaler der hindrer, fordrejer eller begrænser konkurrencen. Aftaler der har til formål, er aftaler der som følge af deres natur, tilsigter at begrænse konkurrencen, også selvom det ikke sker.¹⁰² Aftaler der har til følge, er aftaler der, uden at det er intentionen at begrænse konkurrencen, alligevel har denne virkning på markedet.^{103 104} Der skelnes således mellem aftaler der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen på markedet.

Aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har til formål at begrænse konkurrencen er forbudt. For at vurdere om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, ses der på aftalens indhold, målsætninger med aftalen og den økonomiske og retlige sammenhæng som aftalen indgår i. "Til formål" knytter sig således til aftalens karakter og ikke til den subjektive hensigt med aftalen, og er typisk aftaler om priser og markedsdeling.¹⁰⁵

Som udgangspunkt *"Aftaler efter konkurrencelovens § 6, stk. 1 kan fx bestå i aftaler om at fastsætte købs- eller salgspriser og andre forretningsbetingelser eller om at opdele markeder, jf. § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3. Sådanne aftaler, der direkte eller indirekte – mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter – koordinerer priser eller deler markedet imellem sig, betragtes under alle omstændigheder som en alvorlig konkurrencebegrænsning, der i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen."*¹⁰⁶ Aftaler mellem virksomheder der har til formål at begrænse konkurrencen

⁹⁸ Forarbejder til konkurrenceloven, s 3657-3658

⁹⁹ Vejstribe-sagen pkt. 364

¹⁰⁰ Ibid pkt. 715

¹⁰¹ Jf. Sagerne C- 40/73 m.fl., Suiker Unie, præmis 26

¹⁰² C-67/13, Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen, præmis 51. Hvor Domstolen fastslår at visse former for hemmelig adfærd mellem konkurrenter, der resulterer i fælles prisfastsættelse, anses for at have så skadelige konsekvenser, at det ikke er nødvendigt at undersøge virkningerne på markedet.

¹⁰³ Forarbejder til konkurrenceloven. s. 3659

¹⁰⁴ C-67/13, præmis 52. Hvor Domstolen fastslår at hvis adfærden ikke med tilstrækkelig klarhed viser at konkurrencen lider skade, må dens virkninger undersøges før det kan fastslås at den er forbudt.

¹⁰⁵ Lovforslag nr. L6 til Lov om ændring af konkurrenceloven 2017-2018, s. 15

¹⁰⁶ Vejstribe-sagen pkt. 727

og "i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen" er forbudt, og det er derfor ikke nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen.¹⁰⁷

En aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der vurderes ikke at have til formål at begrænse konkurrencen, kan alligevel have en konkurrencebegrænsende virkning, dvs. have til følge at begrænse konkurrencen. Aftalen vil være omfattet af KRL § 6, og dens virkninger på konkurrencen skal undersøges. Hvis aftalens virkninger er mærkbare begrænsninger af konkurrencen er den forbudt.

I Vejstribe-sagen havde GVCO og Eurostar indgået en aftale indeholdende fælles pris og markedsopdeling, hvilket som udgangspunkt, vil falde under en "til formåls overtrædelse" af loven, hvilket Konkurrencerådet- og ankenævnet også afgjorde. Konkurrencerådet vurderede at, det at parternes formål med deres aftale var at byde på det samlede udbud, ikke ændrer på, at de havde mulighed for at byde på de enkelte distrikter i udbuddet hver for sig, og aftalen derfor havde til formål at begrænse konkurrencen.¹⁰⁸ Konkurrenceankenævnet vurderede at "uanset at den ikke kan betegnes som en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsopdeling – ifølge sin natur var egnet til at skade konkurrencen, havde den i lovens forstand til formål at begrænse konkurrencen. På denne baggrund finder Konkurrenceankenævnet, at Eurostar og LKF ved at indgå konsortieaftalen af 11. marts 2014 overtrådte konkurrencelovens §6 og TEUF art. 101"¹⁰⁹

SH anlagde derimod en "til følge" vurdering af aftalen. Det udtales i sagen:

"Retten har endvidere bemærket sig, at Konkurrenceankenævnet anlægger en anden vurdering af konsortieaftalens karakter end Konkurrencerådet. Det kan imidlertid ikke af Konkurrenceankenævnets 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 tilstrækkeligt at skade konkurrencen til at indebære en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101."¹¹⁰

"Da en konsortieaftale mellem konkurrenter kan være både konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende, må en vurdering af, om en konkret aftale er enten det ene eller det andet, derfor nødvendigvis forudsætte en vis vurdering af, om de skadelige virkninger på konkurrencen er større end de konkurrencefremmende virkninger.

Da konsortieaftaler således - i modsætning til klassiske kartelaftaler om priskoordinering og markedsopdeling – har tvetydige virkninger på markedet, er der derfor ikke tale om adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringer og økonomiske teori foreligger og let lader sig påvise. (..) Det er således ikke åbenlyst, at Konsortieaftalen i sin natur begrænsede konkurrencen".¹¹¹

Forskellen på vurderingen af aftalen gælder instansernes konkurrentvurdering af parterne. Konkurrentbegrebet gennemgås i det følgende.

3.3.4.1. Konkurrentbegreb i tilbuds- eller konsortiesamarbejde.

Iflg. KRL § 6; "Det afgørende kriterium for om man er konkurrenter er, om de virksomheder, som deltager i konsortiet, hver især kan byde på den opgave, de er gået sammen om at løse. Hvis virksomhederne hver især kan byde på opgaven, er virksomhederne konkurrenter, og konsortiesamarbejdet vil derfor begrænse den konkurrence om opgaven, der ellers ville have været mellem parterne. Et sådant samarbejde vil som udgangspunkt være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Hvis virksomhederne ikke kan byde på opgaven hver især, er virksomhederne ikke konkurrenter, og konsortiesamarbejdet vil derfor ofte være godt for konkurrencen, fordi samarbejdet øger kredsen af mulige tilbudsgivere på opgaven og dermed skaber en øget konkurrence om opgaven".¹¹²

¹⁰⁷ Ibid pkt. 725-726

¹⁰⁸ Ibid pkt. 775

¹⁰⁹ Ibid s. 253

¹¹⁰ Ibid s. 358

¹¹¹ Ibid s. 259

¹¹² Ibid pkt. 365

Udgangspunktet er at et tilbuds- eller konsortiesamarbejde, hvor virksomhederne ikke hver især kan udføre opgaven, ikke begrænser konkurrencen. Det kan skyldes:

-at virksomhederne ikke anses som værende konkurrenter. Det vil eks. være tilfældet hvis virksomhederne hverken er aktuelle eller potentielle konkurrenter, og kun ved at gå sammen, har mulighed for at byde på kontrakten, eller

-at virksomhederne, som udgangspunkt anses for at være konkurrenter, men på grund af opgavens omfang eller kompleksitet, ikke hver især kan klare opgaven, og derfor går sammen for at kunne byde på kontrakten. De vil, til trods for at være konkurrenter, ikke blive vurderet som værende konkurrenter i forhold til den udbudte kontrakt.¹¹³

3.3.4.2. Generel konkurrentvurdering

For generelt set at kunne vurdere om virksomheder er konkurrenter i forhold til KRL, er det nødvendigt at afgrænse det relevante produktmarked og geografiske marked. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale, samordnede praksis eller vedtagelse vedrører. Dernæst afgrænses til hvilke øvrige produkter eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed.

Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes. Ved afgrænsningen af det relevante geografiske marked inddrages efterspørgsels- og udbudssubstitutionsbetragtninger.

3.3.4.3. Konkurrentvurdering i forhold til konsortier

Når det skal afgøres om et konsortium er lovligt,¹¹⁴ er det ikke nok at vurdere om deltagerne i samarbejdet eller konsortiet generelt set er konkurrenter på det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Afgørende er om virksomhederne er konkurrenter i forhold til den konkrete kontrakt. Som udgangspunkt vil de være aktuelle konkurrenter, hvis de allerede har den, i forhold til udbudsmaterialet, krævede kapacitet der er nødvendig for at byde alene på kontrakten. Der ses på om den kapacitet, som virksomhederne har adgang til, er tilstrækkelig i forhold til den udbudte opgave. Eks. økonomiske ressourcer, arbejdskraft, udstyr og maskiner, know-how m.v. Omvendt vil de ikke være aktuelle konkurrenter, hvis de ikke har adgang til denne kapacitet. I forhold til at vurdere kapaciteten er udbudsmodellen afgørende. Hvis kontrakten er inddelt i delkontrakter, og det er muligt at give delbud, skal vurderingen af kapaciteten foretages for de enkelte delkontrakter. I Vejstribe-sagen foretog Eurostar og GVCO selv kapacitetsberegningerne. Men da de mente at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, vurderede de deres kapacitet ud fra dette. Deres beregninger viste at de ikke hver især havde kapacitet til at afgive et samlet bud på opgaven.

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KRL§ 6 gælder både for aktuelle og for potentielle konkurrenter, og kræver derfor også en vurdering af, om det er realistisk at deltagerne kan udvide deres kapacitet, og derved vurderes som værende potentielle konkurrenter.

Iflg. KFST skal der være tale om en realistisk vurdering af, om den enkelte virksomhed i forhold til de konkrete omstændigheder, markedsstrukturen og dens nuværende størrelse vil kunne udvide sin kapacitet med det den mangler, for at kunne udføre opgaven alene. Vurderingen kan baseres på, om det er realistisk muligt tidsmæssigt, men også på omfanget af den kapacitet, der kræves udvidet. Hvis det kun er en begrænset andel af den totale kapacitet der skal udvides, vil det være mere realistisk at

¹¹³ KFST konsortievejledning s. 9

¹¹⁴ Se bilag 1, ”Systematik i vurdering af konsortiesamarbejdes lovlighed”

gennemføre. Til brug for kapacitetsvurderingen kan der også ses på om virksomheden tidligere har budt alene på kontrakter af samme omfang. Vigtigt er at vurderingen er objektiv, og at der ses på virksomhedens evner til at byde alene og ikke kun på dens intentioner.¹¹⁵ SH er i Vejstribe-sagen ikke enig i at kapacitetsvurderingen kun skal være objektiv. De lægger vægt på at vurderingen også er forretningsmæssig forsvarlig.¹¹⁶

Afgørende for konkurrentvurderingen er, om samarbejdet mellem dem er objektivt nødvendigt set i forhold til markedet, udbudsmaterialet og evalueringsmodellen. Samarbejdet mellem dem kan være berettiget, hvis de kun i kraft af samarbejdet sikrer at de har det nødvendige knowhow m.v. til at løfte alle dele af en opgave.

I Vejstribe-sagen, hvor der kunne der bydes på tre individuelle distrikter, men også bydes på flere distrikter ved at tilbyde en samlet rabat, fastslog SH fastslog at den anvendte udbudsmodel, efter en konkret vurdering, fremskyndede til bud på den samlede kontrakt. De fastslog at det fremstod som en realistisk mulighed at der kunne forventes bud på den samlede opgave fra udenlandske bydende. Derfor var virksomhederne ikke afskåret fra at lave et samlet bud som konsortium, også selv om de havde kapacitet til at byde hver især på et enkelt distrikt.¹¹⁷ SH vurderede dem derfor ikke som værende konkurrenter i forhold til udbuddet, og vurderede ikke at deres aftale havde til formål at begrænse konkurrencen. Denne vurdering adskilte sig fra Konkurrencerådet-og ankenævnets vurdering, hvor parternes kapacitet blev vurderet i forhold til at kunne byde på en delkontrakt.

3.3.4.4. Evalueringsmodellens betydning for konkurrentvurderingen.

Ordregiver kan således potentielt ved fastsættelsen af udbudsmodellen, direkte og indirekte fremskynde til at virksomheder byder sammen som tilbudskonsortier. Også andre af ordregivers krav i udbudsmaterialet kan gøre det nødvendigt at byde sammen som konsortium. " *Det kan eksempelvis være krav til speciel erfaring eller viden, tilstrækkelig kvalitetssikring, sikring af rettidige leverancer til opgaven og tilstedeværelse af tilstrækkelig kapacitet og finansiel styrke til gennemførelse af de for opgaven nødvendige investeringer.* ¹¹⁸

I Vejstribe-sagen var Konkurrencerådet af den holdning, at de enkelte virksomheder i konsortiet havde kapacitet til at kunne byde på et af de tre distrikter, og derved var konkurrenter i forbindelse med den udbudte kontrakt. Konkurrencerådet mente også ud fra kapacitetsberegninger, at de sandsynligt ville kunne udvide deres kapacitet til at byde på alle tre distrikter samlet. Det var derfor ikke nødvendigt for dem at byde samlet. De fandt derfor at virksomhederne var såvel aktuelle som potentielle konkurrenter i forhold til et samlet bud på kontrakten.¹¹⁹ Men SH udtalte i relation hertil: " *Antagelsen om, at hvert af de sagsøgende firmaer kunne have løftet opgaven alene bygger på hypotetiske antagelser om muligheden for at antage yderligere mandskab og tilkøbe yderligere maskiner, og der er ingen dokumentation for, at dette kunne lade sig gøre eller var forretningsmæssigt ansvarligt.* "¹²⁰ SH var således ikke enig i, at det blot skal være en objektiv mulighed. De lagde vægt på at det er det er realistisk og forretningsmæssigt ansvarligt at udvide kapaciteten.

For at slå fast om det er nødvendigt at indgå samarbejde kan der, ud over at se på virksomhedernes reelle kapacitet og mulighed for udvidelse, også ses på den kapacitet, der er reserveret til andre opgaver. I Vejstribe-sagen blev konsortiedeltagerens ledige kapacitet også vurderet, i forhold til hvor meget der var afsat til andre fremtidige opgaver.¹²¹

¹¹⁵ KFST konsortievejledning s.11-12

¹¹⁶ Se afsnit 3.3.3.4. Udbuds krav, der kan påvirke virksomheders mulighed for at byde alene.

¹¹⁷ Vejstribe-sagen s. 356

¹¹⁸ Ibid s. 14

¹¹⁹ Ibid s. 12-13

¹²⁰ Ibid s. 357

¹²¹ Ibid pkt. 441-443

Konkurrencerådet anførte, at der kun kan afsættes kapacitet, såfremt det kan dokumenteres, at disse opgaver har en sådan fast tilbagevendende karakter, at det er realistisk og dermed retvisende at reservere kapacitet til at udføre disse opgaver. De vurderede at der i opgørelsen af konsortiedeltageres kapacitet som udgangspunkt kun skulle tages hensyn til de opgaver, som deltagerne havde indgået aftale om på det tidspunkt, opgaven blev sendt i udbud, og som fortsatte i den periode, opgaven skulle udføres.¹²²

SH var ikke enig heri og udtalte: ”Retten finder ikke et sådant krav berettiget, idet det må være tilladeligt for de bydende firmaer med udgangspunkt i indvundne erfaringer at hensætte kapacitet til kunder, som erfaringsmæssigt henvender sig, og som det forretningsmæssigt ville være uansvarligt ikke at kunne betjene og dermed afskære sig fra højere dækningsbidrag fra andre opgaver”.¹²³

3.3.5. Mærkbar konkurrencebegrænsning

Den sidste betingelse for et tilbudssamarbejdes uforenelighed med KRL§ 6 er, at aftalens konkurrencebegrænsning er mærkbar, hvormed den skal være egnet til at påvirke konkurrencen. En aftale der har til formål at begrænse konkurrencen vil altid være mærkbart konkurrencebegrænsende og i strid med KRL§ 6.

Det betyder at aftalen skal have eller sandsynligvis have ”en mærkbar negativ virkning på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet, såsom pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation. Aftaler kan have sådanne virkninger, når de mærkbart mindsker konkurrencen mellem aftaleparterne eller mellem en aftaleparter og tredjemand. Det betyder, at aftalen skal indskrænke parternes muligheder for at træffe selvstændige beslutninger, enten fordi den indeholder forpligtelser, der regulerer mindst en af parternes markedsadfærd, eller fordi den påvirker mindst en af parternes markedsadfærd ved at forårsage en ændring af dens incitamentet.”¹²⁴

3.3.5.1. Bagatelgrænsen

Aftaler med minimal konkurrencebegrænsning kan undtages af forbuddet i KRL§ 6.¹²⁵ Iflg. KRL§ 7 er en aftale mellem konkurrenter, hvis samlede markedsandel ikke overstiger 10 pct. af det relevante marked og mellem ikke-konkurrenter, hvis samlede markedsandel ikke overstiger 15 pct. af det relevante marked, undtaget fra forbuddet i KRL§ 6. Aftalen kan dog kun undtages såfremt den ikke har til formål at begrænse konkurrencen.

Det betyder at aftaler, vedtagelser, samordnet praksis, herunder også konsortieaftaler, der ikke har til formål at begrænse konkurrencen, kan undtages af forbuddet i KRL§ 6, hvis de opfylder ovennævnte bagatelgrænser, også selv om de har til følge at begrænse konkurrencen.¹²⁶

I forhold til udbudssituationen vil det afgørende for et konsortiums lovlighed, ikke kun være at vurdere om de er konkurrenter i forhold det relevante marked, men om de er konkurrenter i forhold til den konkrete kontrakt, og kan byde alene. Med SH's ”til følge vurdering” af en konsortieaftale om priser og markedsdeling, vil konsortieaftaler mellem små og mellemstore konkurrerende virksomheder, der ikke kan byde alene, således potentielt være forenelige med KRL§ 6

3.3.5.2. Effektivitetsfordele.

Selvom konsortiedeltagerne er konkurrenter, og konsortiet er konkurrencebegrænsende, kan konsortiet alligevel være lovligt i henhold til konkurrencereglerne. Det er tilfældet, hvis aftalen vurderes ikke at have til formål at begrænse konkurrencen, og samarbejdet medfører effektivitetsfordele, der bevirker, at virksomhederne kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver for sig, og disse fordele opvejer konkurrencebegrænsningen, jf. KRL§ 8. Et konsortium bestående af virksomheder,

¹²² Ibid pkt. 444-445

¹²³ Ibid s. 358

¹²⁴ Horisontale retningslinjer pkt. 27

¹²⁵ Forslag til ændring af konkurrenceloven 2017-18

¹²⁶ Ibid s. 15

der er konkurrenter, vil kunne opfylde betingelserne kumulativt for fritagelse fra forbuddet i KRL, hvis de gennem samarbejdet:

- kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville kunne hver for sig, og
- forbrugerne sikres en rimelig andel heraf, og
- samarbejdet ikke går længere end nødvendigt for at nå dette mål, og
- virksomhederne ikke får mulighed for at udelukke konkurrencen om de pågældende varer og tjenesteydelser¹²⁷

3.3.6. Tilbudssamarbejde foreneligt med konkurrenceloven.

Et tilbudssamarbejde i form af en konsortieaftale er foreneligt med KRL§ 6, hvis samarbejdet ikke begrænser konkurrencen mærkbart eller hvis samarbejdet begrænser konkurrencen men samarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning, jf. KRL§ 8. En konsortieaftale er således forenelig med KRL§ 6 og begrænser ikke konkurrencen mærkbart, hvis virksomhederne i samarbejdet ikke er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til det relevante marked eller udbudte kontrakt. En konsortieaftale begrænser heller ikke konkurrencen mærkbart, hvis virksomhederne i samarbejdet er aktuelle konkurrenter på det relevante marked og i forhold til den udbudte kontrakt, men hvor de ikke aktuelt eller potentielt kan byde alene på den udbudte kontrakt.

Med SH's afgørelse i Vejstribesagen er en aftale om priser og markedsdeling ikke en aftale der tilstrækkeligt klart har den karakter og det formål at begrænse konkurrencen, og kan derfor potentielt være forenelig med KRL§ 6. En konsortieaftale kan under *konkrete omstændigheder* (min understregning) anlægges en "til følge vurdering", der kan undtages fra forbuddet i KRL§ 6. Afgørende for disse omstændigheder vurderes, på baggrund af Vejstribesagen, at være nødvendighedsvurderingen af aftalen. Dvs. at hvis en konsortieaftale mellem konkurrenter er nødvendig for at kunne deltage i udbudsprocessen, er de ikke konkurrenter i forhold til den udbudte kontrakt, og konsortiesamarbejdet har derfor ikke til formål at begrænse konkurrencen og er derfor foreneligt med KRL§ 6.

SH's afgørelse efterlader dog tvivl om flere forhold. Den gør det ikke klart om det altid vil være muligt for virksomheder at gå sammen og byde på den samlede kontrakt, selv om de kan byde på delkontrakter, eller om det kun er i en sag som denne, hvor evalueringsmodellen i kontrakten lægger op til samlede bud. Afgørelsen gør det heller ikke klart om alle konsortieaftaler, indeholdende priser og markedsdeling, kan tillægges en "til følge vurdering", hvilket vil betyde at alle konsortieaftaler mellem mindre virksomheder kan undtages af bagatelgrænsen i KRL§ 7. Usikkert er om konkurrentvurderingen af konsortiedeltagere ville falde anderledes ud, hvis der ikke havde været mulighed for, at give en samlet rabat på alle distrikter. KFST har valgt at anke afgørelsen til Højesteret, hvilket kan ændre og give mere klarhed over situationen.

3.3.7. Tilbudssamarbejde i strid med konkurrenceloven

Med forbehold for de uklarheder som SH's afgørelse efterlader, er et tilbudssamarbejde i strid med KRL§ 6, hvis det, som ovenfor nævnt, begrænser konkurrencen mærkbart. I forhold til udbud, vil virksomheders samarbejde i et tilbudskonsortium være i strid med KRL§ 6, hvis formålet med aftalen er at begrænse konkurrencen og hvis aftalen "*i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen*"¹²⁸ En konsortieaftale skal konkret og med tilstrækkelig klarhed have en karakter og det formål, at skade konkurrencen, til at indebære en overtrædelse af KRL§ .¹²⁹ Et konsortiesamarbejde mellem to eller flere konkurrenter, der ikke er nødvendigt for at kunne deltage i udbudsprocessen, vil være i strid med KRL§ 6.

¹²⁷ KFST Konsortievejledning 2018, s. 28

¹²⁸ Vejstribesagen pkt. 727

¹²⁹ Ibid s. 358

3.3.7.1. Samordnet praksis og tilbudskoordinering

I strid med KRL§ 6 stk. 1 er "hard core" aftaler eller samordnet praksis og tilbudskoordinering. Begreberne dækker over "en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved de ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde".¹³⁰ Denne form for samarbejde går direkte imod både konkurrencelovens og EU-traktatens konkurrenceregler, hvor enhver virksomhed skal kunne tage uafhængige beslutninger om sin adfærd på markedet. Her tænkes ikke på parallel adfærd, dvs. hvor virksomheder har ret til at tilpasse sig konkurrenternes adfærd. Men der tænkes på enhver direkte eller indirekte kontakt eller informationsudveksling, eks. om priser og mængder, mellem konkurrenter, der har til formål eller følge at begrænse eller eliminere konkurrencen på markedet. Informationsudvekslingen mellem konkurrenterne kan udgøre en samordnet praksis hvis den mindsker den strategiske usikkerhed og gør konkurrenternes adfærd på markedet mindre uafhængig og mindsker deres incitament til at konkurrere. En sådan informationsudveksling, der indgår i en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse mellem konkurrenter er i strid med KRL§ 6.¹³¹

3.3.7.2. Informationsudveksling

Informationsudveksling i forbindelse med dannelse af et potentielt lovligt konsortiesamarbejde ved udbud, kan være i strid med KRL§ 6. Udvekslingen kan skabe en uhensigtsmæssig gennemsigtighed parterne imellem og begrænse parternes usikkerhed om de strategiske konkurrenceparametre. Der vil være en øget risiko for at der i forbindelse med dannelsen af et konsortium udveksles følsomme oplysninger mellem aktuelle eller potentielle konkurrenter. Hvis det så viser sig at konsortiet ikke kan dannes lovligt, vil denne udveksling af fortrolige oplysninger falde under forbuddet i KRL§ 6. I forhold til vurderingen af om udvekslingen har ændret på gennemsigtigheden på markedet, er det afgørende om oplysningerne kan bruges til vurdere konkurrenternes adfærd, eller om det mindsker deres muligheder for at træffe selvstændige beslutninger ved at mindske deres incitament til at konkurrere.¹³²

3.3.7.3. Kartelaftale

Iflg. KRL§ 23 stk. 3 forstås der ved en kartelaftale en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse mellem virksomheder i samme omsætningsled om

- 1) priser, avancer el.lign. for salget eller videresalget af varer eller tjenesteydelser,
- 2) begrænsninger af produktion eller salg,
- 3) opdeling af markeder eller kunder eller
- 4) koordinering af bud.

Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen på markedet ved at fastsætte priser, begrænse produktionen, fordele markeder mv. og er i strid med KRL§ 6., og straffes med bøde og ved alvorlige overtrædelser og forsætlig indgåelse af aftaler, evt. fængselsstraf.

Iflg. KFST kan en kartelaftale eks. være en prisaf tale, hvor to eller flere konkurrenter aftaler at eliminere konkurrencen ved at have ens priser, ens prisforhøjelser, rabatter m.v. Det kan også være i form af en aftale om tilbudskoordinering i forbindelse med udbud.¹³³ Et andet eksempel er en markedsdelingsaftale, hvor det aftales ikke at være aktive og give bud på hinandens markeder, hvorved de hver især kan handle som monopolist. Der kan også være tale om aftaler, hvor de deltagende virksomheder for at få en højere pris begrænser deres produktion eller salg.¹³⁴ SH's afgørelse i Vejstribe-sagen efterlader en uklar afgrænsning af hvornår et konsortium kan siges at udgøre et ulovligt kartel, da der åbnes op for at aftaler mellem konkurrenter, med en aftale om pris og markedsdeling, ikke altid anses for aftaler, der har til formål, men i stedet til følge at skade konkurrencen. Denne potentielle "til følge"

¹³⁰ Horisontale retningslinjer, pkt. 60

¹³¹ Ibid, pkt. 60-61

¹³² Ibid, pkt. 77-79

¹³³ Eks. Rettens dom i Roskilde, Anklagemyndigheden mod CMP Nedrivning ApS, hvor fremsendelse af lånepriser mellem to konkurrenter udgjorde tilbudskoordinering og samordnet praksis i strid med KRL§ 6

¹³⁴ <https://www.kfst.dk/konkurrenceforhold/karteller/hvad-er-et-kartel/>

vurdering kan derfor føre til, at aftalen kan undtages af bagatelgrænsen i KRL§ 7 og effektivitetsfordele jf. KRL§ 8, og derved anses som forenelig med KRL§ 6.

3.4 Konkurrenceretlige konsekvenser af udbudslovsforslagets § 160

Formålet med udbudslovsforlaget § 160 er at øge den forudgående gennemsigtighed for tilbudsgiverne i forbindelse med udbud af en kontrakt. Spørgsmålet er om denne forøgelse potentielt kan give tilbudsgiverne incitament til ulovligt samarbejde eller tilbudskoordinerings.

I flere af det vedtagne lovforslags høringssvar ses en bekymring fra de hørte parter, om at den forstærkede gennemsigtighed ikke vil resultere i bedre tilbud og tilbudsevalueringer, men derimod i en mere spekulativ tilbudsgivning. Eks.;

"Tilsvarende kan der med forslaget om at ændre reglerne og fastlåse hele evalueringsmodellen forud for udbuddet være en risiko for, at de private tilbudsgivere kan spekulere i metoden. Det kan eksempelvis blive muligt for tilbudsgiver at afgive et tilbud med en højere pris, hvis man på forhånd ved, at prisen udover et bestemt spænd fra billigste pris IKKE vil have nogen betydning for valg af leverandør."¹³⁵

".... Følgeligt er det SKI's vurdering, at reguleringen samtidig kan indebære risici for de ordregivere, der ikke har gennemtænkt alle detaljer i deres evalueringsmodel. De risikerer således at tilbudsgivere gennemskuer eventuelle svagheder i modellen, som de udnytter på bekostning af konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Dette vil resultere i dårligere tilbud på den offentliges sektors udbudsforretning."¹³⁶

De ovennævnte hørte parter repræsenterer ordregiverne. De er bekymrede for at det skærpede offentlighedskrav vil stille høje krav til ordregiverne og deres kendskab til markedet, og at en mangel kan resultere i en potentiel begrænsning af konkurrencen. Vejdirektoratets motiv i Vejstribe-sagen for at anvende en evalueringsmodel med samlerabat, var at stimulere konkurrencen og give udenlandske virksomheder incitament til at byde på den samlede opgave, for derved at sikre en så lav pris på opgaven som mulig. At det så viste sig at modellen gav landets to største virksomheder incitament til at byde som konsortium, var sandsynligvis ikke med i deres overvejelser. Og kunne evt. ved indgående kendskab have været undgået.

Om konkurrentvurderingen af GVCO og Eurostar i Vejstribe-sagen ville have faldet anderledes ud hvis evalueringsmodellen med samlerabat ikke var en mulighed, er uvist. Men modellen formodes at have været af afgørende betydning. En konsekvens af Vejstribe-sagen og det vedtagne udbudslovsforslag kan blive, at ordregiver vil være tilbageholdende med at tilskynde til dannelse af konsortier og undgå udbud af kontrakter med samlerabat eller andre kontrakter der henvender sig til konsortier, hvilket kan skade konkurrencen. En konsekvens kan også blive, at tilbudsgiverne på grund af usikkerheden af konsortievurderingen, vil være tilbageholdende med at byde som konsortium.

Det modsatte er også en mulighed, således at den usikre situation udnyttes, og der etableres flere "kartellignende" konsortier, til skade for konkurrencen. Konsekvensen af det vedtagne lovforslag sammenholdt med afdørelsen i Vejstribe-sagen, vil på det grundlag være at konkurrencen begrænses.

Om det vedtagne lovforslag giver incitament til spekulativ tilbudsgivning og hemmeligt kartelsamarbejde vurderes efterfølgende.

Når kravet til offentlighed i udbuddet skærpes og gennemsigtigheden øges, kan udvekslingen af strategiske oplysninger¹³⁷ lette samordning eller tilpasningen af virksomhedernes konkurrencemæssige

¹³⁵ Vedtagne udbudslovsforslag, Høringssvar FOA

¹³⁶ Ibid, Høringssvar SKI

¹³⁷ Jf. Horisontale retningslinjer, pkt. 86: Der er større sandsynlighed for at udveksling af strategiske oplysninger mellem konkurrenter, dvs. oplysninger der mindsker den strategiske usikkerhed på markedet, er omfattet af KRL§ 6 end andre typer informationsudveksling.

adfærd og få konkurrencebegrænsende virkninger.¹³⁸ Udvekslingen af oplysninger vil med stor sandsynlighed have en mærkbar negativ virkning på mindst et af konkurrenceparametrene på markedet, eks. pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation.

I KFST mod Region Midtjylland anfører KFST at;

”Det er ganske sædvanligt, at tilbudsgiverne har en stor indsigt i markedspriserne, herunder konkurrenternes prisniveauer, og tilbudsgiverne vil således ofte have en forventning til de afgivne tilbudspriser. Ved kendskab til hældningsgraden på pointskalaen sikres tilbudsgiverne bedre mulighed for at forudsige, hvilket pointtal en given tilbudspris vil medføre, og hermed opnår de bedre forudsætninger for at afgive et tilbud med den rette balancering af pris og kvalitet. De sikres endvidere bedre mulighed for at vurdere, om de overhovedet ønsker at deltage i udbuddet.”¹³⁹

Det forhold at den enkelte virksomhed kan forudsige hvilket pointtal deres tilbudspris medfører, sammenholdt med at de også kender konkurrenternes prisniveauer, kan give virksomhederne incitament til at konkurrere, hvilket er i overensstemmelse med formålet med bestemmelsen. Men det kan potentielt også gøre det nemmere at tilpasse sig hinandens priser med en begrænsning af konkurrencen til følge. Det vil dog kræve at der finder en informationsudveksling sted. En informationsudveksling, som falder ind under forbuddet i KRL§ 6, hvis den medfører eller indgår i en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.¹⁴⁰

Hvis to eller flere virksomheder, som følge af den offentliggjorte hældningsgrad, koordinerer deres adfærd, uden en egentlig indgået aftale, men baseret på en form for informationsudveksling om pris, kvalitet eller produktionsmængde før tilbudsgivningen, vil konkurrencen begrænses.¹⁴¹ Med kendskab til hældningsgraden kan en gruppe af virksomheder potentielt fastsætte priserne, således at konkurrencen imellem dem elimineres. Eks. kan de i forbindelse med udbud på forhånd aftale hvem af dem, der skal vinde udbuddet. Også kaldet ”bid-rigging” eller ”price-fixing”.¹⁴² Eller der kan indgås aftale om at man skiftevis afgiver det bedste tilbud, og derved skiftes til at vinde opgaven.¹⁴³ Det kan eks. aftales, at den profit der opnås, deles mellem deltagerne i tilbudsgivningen, eller at de tabende virksomheder betalers for reelt set ikke at have deltaget i konkurrencen.¹⁴⁴ Aftalerne er hemmelige og ordregiver er ikke klar over, at der er aftalt priser mellem tilbudsgiverne. Der vil være tale om et ulovligt kartelsamarbejde, når virksomheder i samme omsætningsled koordinerer priser, avancer og produktionsmængder.¹⁴⁵ Eller hvis de opdeler markeder eller kunder imellem sig¹⁴⁶, eller hvis de ved tilbud på en kontrakt, koordinerer hvem der byder lavest¹⁴⁷.

Om det udelukkende er det vedtagne forslags skærpelse af den forudgående gennemsigtighed, der giver virksomhederne incitament til hemmeligt kartelsamarbejder, eller om det er § 160 suppleret med udbudslovens generelle krav om gennemsigtighed i udbudsprocessen er uvist.¹⁴⁸ Uvist er også den faktiske betydning af SH’s manglende afgrænsning mellem kartelaftaler og konsortieaftaler.

¹³⁸ Ibid pkt. 65

¹³⁹ KFST mod Region Midtjylland, s. 16

¹⁴⁰ Horisontale retningslinjer, pkt. 60

¹⁴¹ Ibid pkt. 66

¹⁴² Albano, Buccirossi, Spagnolo mfl., Handbook in procurement, Kap. 14, “Preventing collusion in procurement” 2006 s. 348

¹⁴³ Jf. Kommissionens beslutning i sag IV/35.691/E-4, Rørkartellet, pkt. 33, hvor parterne på forhånd havde besluttet hvem der skulle vinde den pågældende kontrakt.

¹⁴⁵ Eks. Konkurrencerådets afgørelse i Skive Omegns Vognmandsforenings tilbud på Skive Kommunes udbud af vinter-tjenester, hvor tilbuddet udgjorde en vedtagelse om tilbudskoordinering, som havde til formål at begrænse konkurrencen

¹⁴⁶ Preventing collusion in procurement s. 349

¹⁴⁷ Forarbejder til konkurrenceloven, s. 3659

¹⁴⁸ I afsnit 4.2. analyseres udbudslovens § 160 påvirkning af tilbudsgivernes motiver til ulovligt samarbejde.

4. Gennemsigtighed og ulovligt tilbudssamarbejde

I det følgende afsnit analyseres, virksomheders potentielle motiver bag tilbudssamarbejde. Dernæst vurderes hvilke markedsfaktorer der kan være afgørende for om den forøgede gennemsigtighed, forårsaget af lovforslaget, skader konkurrencen og potentielt foranlediger tilbudskoordinerende i strid med KRL§ 6.

4.1. Motivet bag virksomheders tilbudssamarbejde i udbud.

Et samarbejde mellem to eller flere virksomheder kan, som i Vejstribesagen, skyldes et ønske om at byde på en offentligt udbudt kontrakt, og forårsaget af at virksomhederne ikke hver for sig har mulighed for at byde. Samarbejdet kan også skyldes at virksomhederne, til trods for at de hver især kan byde på en udbudt kontrakt, i kraft af samarbejdet har mulighed for at opnå en højere profit. Ved at virksomhederne samarbejder, og i fællesskab byder på den udbudte kontrakt, vil det, alt andet lige, føre til færre og/eller dyrere bud. Iflg. Adam Smith;

*"People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices"*¹⁴⁹

Motivet for samarbejdet kan derfor være at begrænse eller eliminere konkurrencen, så prisen kan hæves til over niveauet ved normal konkurrence, og virksomhederne samlet opnår en højere profit.¹⁵⁰

4.1.1. Forventet forøget profit

Virksomheders deltagelse i et kartelsamarbejde eller udveksling af information om koordinering af priser, koordinering af bud, begrænsning i produktion eller salg og opdeling af markeder eller kunder, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse konkurrencen er forbudt og forbundet med bøder jf. KRL§ 23 og evt. med fængsel jf. KRL§ 23 stk. 3.

Den risiko der er for at blive opdaget, og for bøde og evt. fængsel, i forbindelse med indgåelsen af et samarbejde, skal virksomhederne have med i deres samlede overvejelser. Der er tale om en "cost-benefit" analyse, hvor indtjeningsmuligheder ved kartelsamarbejdet skal sammenholdes med og vurderes i forhold til sandsynligheden for at blive opdaget, og i forhold til den straf der vil blive pålagt dem.¹⁵¹

Indtjeningsmulighederne for deltagerne i samarbejdet vil afhænge af, hvor meget prisen kan hæves. På et marked præget af fuldkommen konkurrence er virksomhederne pristagere, og markedsprisen vil være lig med de marginale omkostninger i produktionen.¹⁵² Ved et kartelsamarbejde kan virksomhederne i fællesskab agere som en monopolist, og markedsprisen vil derfor være over de marginale omkostninger. Det er dog kun de færreste karteller, der har succes med at have kartelprisen til monopolprisen. Ofte vil kartelprisen hæves til den kontrafaktiske pris, hvilket er over prisen ved fuldkommen konkurrence, men under prisen ved monopol. Økonomiske studier viser at kartelpriser ofte vil ligge mellem 10-20 pct. Over den kontrafaktiske pris. Men overprisen kan være højere.¹⁵³ Den kontrafaktiske pris er udtryk for at der sjældent er tale om et marked præget af enten monopol eller af fuldkommen konkurrence. Hvis prisen mellem kartelprisen og den kontrafaktiske pris er for stor, vil det gøre kartellet ustabil, først og fremmest fordi overprisen og muligheden for profit vil tiltrække nye konkurrenter på markedet. Dernæst vil overprisen gøre det attraktivt for karteldeltagerne at bryde ud af kartellet og sælge til en lavere pris og derved opnå en højere profit.¹⁵⁴

Beckers økonomiske teori fra 1968, beskriver sammenhængen mellem gevinsten ved kriminel adfærd, og deltagelse i et kartel, og risikoen for og omkostningerne ved, at blive opdaget og efterfølgende blive

¹⁴⁹ Smith A. (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Book I, Ch. X)

¹⁵⁰ London Economics, *The Nature and Impact of Hardcore Cartels*, 2011, s. 17

¹⁵¹ Gunnar N. m.fl., *Economics for Competition Lawyers*, s. 288

¹⁵² Se bilag 2 - Prissætning under fuldkommen konkurrence og monopol

¹⁵³ *The Nature and Impact of Hardcore Cartels*, 2011, s. 13.

¹⁵⁴ Se bilag 3 - Priseffekt af en kartelaftale

straffet.¹⁵⁵ Modellen er baseret på den antagelse, at potentielle kriminelle karteldeltagere er rationelle, og vil søge at maksimere deres nytte eller profit ved at vælge mellem forskellige former for adfærd, der resulterer i forventede omkostninger og gevinster.¹⁵⁶

En virksomhed kan således vælge mellem den forventede fortjeneste ved enten at deltage i et ulovligt kartel eller forventede fortjeneste ved ikke at deltage. Fortjenesten for virksomheden ved en lovlig adfærd kan opgøres som W_L og den samlede gevinst som $U(W_L)$. Fortjenesten ved en ulovlig adfærd kan opgøres som W_c , forudsat den ulovlige aktivitet ikke opdages. Opdages den ulovlige aktivitet vil det medføre en straf, og fortjenesten vil derfor reduceres med S , dvs. $(W_c - S)$. Sandsynligheden for at blive opdaget og straffet betegnes P . Gevinsten ved den ulovlige aktivitet kan således beskrives som $EU = (1 - P) * U(W_c) + P * U(W_c - S)$. En virksomhed vil vælge at foretage en ulovlig aktivitet, hvis gevinsten ved denne aktivitet er større end gevinsten ved en lovlig aktivitet. Det kan beskrives som $(1 - P) * U(W_c) + P * U(W_c - S) \geq U(W_L)$ ¹⁵⁷.

Med udgangspunkt i ovenstående økonomiske teori, kan en virksomheds motiv for at deltage i et ulovligt kartel eller tilbudssamarbejde således være, at den forventede profit ved samarbejdet, er større end de forventede omkostninger forbundet med straffen kombineret med sandsynligheden for at blive opdaget og straffet.¹⁵⁸

4.1.2. Eliminering af usikkerheden

Et samarbejde mellem konkurrenter vil, alt andet lige, reducere eller eliminere den usikkerhed der er i forbindelse med deltagelse i udbud. Samarbejdet betyder at deltagerne i kartellet ikke skal bruge ressourcer på at overvåge hinanden, hvilket reducerer deres omkostninger forbundet med at agere på et konkurrencepræget marked. Motivet til samarbejde kan derfor være at reducere denne usikkerhed. Men et samarbejde mellem konkurrenter kan aldrig eliminere usikkerheden helt. Baggrunden er, at motivet for at danne kartelsamarbejdet, muligheden for en højere profit, også er det samme motiv til at bryde ud af samarbejdet. Hvis den mulige profit ved at bryde ud af samarbejdet er større, end ved at blive i samarbejdet, vil det være svært at opretholde kartelsamarbejdet. Det gør kartellet ustabil i det lange løb.¹⁵⁹

Ved konkurrenters enkeltstående samarbejde i forbindelse med et udbud, kan den enkelte virksomhed hæve den kortvarige profit ved at afvige fra det koordinerende samarbejde og derved stjæle fortjenesten fra samarbejdspartnerne. Derfor er der i sådanne tilbudssamarbejder fastlagt sanktioner til de virksomheder som bryder samarbejdet. Hvis de er langvarige konkurrenter vil sanktionen i forbindelse med en virksomheds brud på aftalen være en priskrig der involverer alle virksomhederne i samarbejdet. På den måde vil de deltagende virksomheder skulle vurdere den kortvarige profit ved et brud på aftalen mod profitten ved en priskrig.¹⁶⁰

4.1.3. Informationsudveksling

Muligheden for informationsudveksling kan også være et motiv til et samarbejde mellem konkurrenter. Informationsudveksling omkring konkurrenter og om industrien som helhed er vigtig for at kunne træffe de rigtige beslutninger omkring produktionsmængder og prissætning. Udvekslingen mindsker netop usikkerheden omkring disse vigtige parametre og gør konkurrenter til partnere i stedet for konkurrenter. Udvekslingen ændrer på markedsstrukturen, så der er færre aktører, og derved reduceres markedskomplexiteten med flere lignende produkter og ydelser. Informationsudveksling af omsæt-

¹⁵⁵ Becker, Gary S.: *Crime and punishment: An economic approach*, 1968, s. 17

¹⁵⁶ Se bilag 4: Økonomisk model for kriminel aktivitet

¹⁵⁷ Freeman, Richard B.: *The Economics of crime*, 1999 s. 3538.

¹⁵⁸ The Nature and Impact of Hardcore Cartels, 2011, s. 3-4

¹⁵⁹ Economics for Competition Lawyers, 2016, s. 288

¹⁶⁰ Preventing collusion in procurement, s. 349

ningstal kan imødegå ustabiliteten i markedets efterspørgsel, og begrænse usikkerheden om de strategiske konkurrenceparametre, eks. usikkerhed om priser, mængder, omkostninger, kvalitet m.v.

4.1.4. Neutralisering af markedsmagt

Overdreven gennemsigtighed på eks. koncentrerede markeder, hvor det offentlige udbud spiller en væsentlig rolle, kan som nævnt skabe incitament til samarbejde mellem konkurrenter. Det kan skyldes at den offentlige køber er den største eller den eneste køber og derved har en høj købermagt. Den offentlige sektor er en stor indkøber, der hvert år køber ind for ca. 300 mia. kr. hos private virksomheder. Staten og Kommunernes indkøbsservice (SKI), der er et non-profit selskab, udformer og gennemfører udbud på tværs af hele den offentlige sektor, for både stat, kommuner og regioner.¹⁶¹

Iflg. Galbraiths koncept om "countervailing power"¹⁶² er en måde at balancere eller neutralisere en gruppes markedsmagt, at der udvikles en anden markedsmagt. Ved "countervailing power" forstås: "*The fact that a seller enjoys a measure of monopoly power, and is reaping a measure of monopoly return as a result, means that there is an inducement to those firms from whom he buys or those to whom he sells to develop the power with which they can defend themselves against exploitation. It means also that there is a reward for them, in the form of a share of the gains of the opponent's market power, if they are able to do so. In this way the existence of market power creates an incentive to the organization of another position of power that neutralizes it*"¹⁶³ Det at det offentlige samler deres indkøb i SKI, styrker deres købermagt generelt set men især ved indkøb af varer på koncentrerede markeder præget af monopol eller oligopol. Men denne købermagt kan potentielt give tilbudsgiverne på et koncentreret marked incitament til yderligere at samle sig, for derved at kunne opnå en lignende forhandlingsmagt og hæve deres profit.

I forbindelse med det offentliges indkøb, er det nødvendigt at skelne mellem to situationer. Først og fremmest den situation, hvor de er den eneste aftager af et produkt eller ydelse, og der er mange mulige leverandører. Dernæst den situation, hvor det offentlige køber et produkt, hvor der er mange andre købere og mange leverandører.¹⁶⁴ Den sidste situation kunne dække over det offentliges indkøb af kontorartikler m.v. I dette tilfælde vil der være tale om at forhandlingsmagten er fordelt på både køber som sælger side, hvilket er godt for konkurrencen, da det skaber effektivitet.

4.1.4.1. Købermagt – "monopsony power"

I forhold til nogle varer og ydelser som det offentlige indkøber, er der tale om, at de er de eneste aftagere. Hvis et marked er karakteriseret ved en stor indkøber og mange leverandører, har indkøberen "monopsony power" eller køber magt. Ved "monopsony power" kan køberen tvinge prisen ned til under niveauet ved normal konkurrence, ved at tilbageholde efterspørgslen.¹⁶⁵¹⁶⁶ Dette medfører et "dead-weight loss", som skyldes at der produceres mindre end tilfældet under normal konkurrence.¹⁶⁷ Hvis der udover den offentlige indkøber med stærk købermagt er flere aftagere med svag købermagt, kan konsekvensen blive "the waterbed effect", dvs. en situation hvor priserne til dette segment hæves for at kompensere for den lavere pris til den stærke indkøber.¹⁶⁸ I forhold til udbud vil det dog være svært for den offentlige indkøber at udøve sin købermagt, da det oftest er tilbudsgiverne der fastsætter prisen

¹⁶¹ <https://www.ski.dk/viden/sider/fakta-om-ski.aspx>

¹⁶² Galbraith J. K. "American Capitalism - the concept of countervailing power" (1980)

¹⁶³ Ibid s. 111-112

¹⁶⁴ Se evt. OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, s. 10 ff.

¹⁶⁵ Economics for competition Lawyers, s. 166

¹⁶⁶ Forskel mlm. countervailing- og monopsony power iflg. OECD, Monopsony and Buyer Power, s. 10, "*Both types of buyer power result in lower prices, though the lower price obtained from monopsony power is achieved through the act of purchasing less, whereas the lower price obtained from bargaining power is achieved through the threat of purchasing less. A key difference is that the exercise of monopsony power results in prices being depressed below competitive levels, whereas the exercise of bargaining power might countervail seller market power and push prices toward competitive levels.*".

¹⁶⁷ Se bilag 5: Monopsony – resulting in welfare losses

¹⁶⁸ Economics for competition Lawyers, s. 167

i tilbuddene, og mængderne ofte er en følge af politiske målsætninger.

Motivet til at tilbudsgiverne indgår i et ulovligt tilbudssamarbejde i forbindelse med et udbud er en forventet forøget profit. Informationsudveksling og en reduktion eller eliminering af usikkerheden forbundet med at agere på et konkurrencepræget marked, gør det muligt at øge profitten.

I det følgende afsnit analyseres hvordan den forøgede gennemsigtighed, som følge af det vedtagne lovforslag, kan påvirke virksomheders motiv til at indgå i et samarbejde, der potentielt er i strid med KRL§ 6. De markedsfaktorer der er afgørende for om gennemsigtigheden kan give incitament til ulovligt samarbejde analyseres. Der tages udgangspunkt i SCP paradigmet¹⁶⁹, som har den tilgang at markedsstrukturen påvirker virksomhedernes adfærd, og hvor denne adfærd påvirker deres performance. Iflg. paradigmet er der tale om feedback effekter, således at virksomhedernes performance også kan påvirke deres adfærd og markedsstrukturen osv. Derudover påvirker eksterne faktorer såsom eks. lovgivning og politiske indgreb markedet og i forlængelse heraf markedsstrukturen, virksomhedernes adfærd og performance.¹⁷⁰

4.2. Udbudsloven og § 160's påvirkning af virksomhedernes adfærd

Udbudslovens krav om gennemsigtighed har til formål at regulere ordregivers adfærd, således at der sikres lige konkurrence og favorisering undgås. Derudover har kravet til gennemsigtighed til formål at regulere tilbudsgivernes adfærd og incitament til at konkurrere om en udbudt kontrakt, således at der opnås en optimal udnyttelse af de offentlige midler. Gennemsigtigheden har, som tidligere nævnt, den ulempe at den kan hæmme konkurrencen mellem tilbudsgiverne, og KRL har derfor det formål at regulere tilbudsgivers adfærd, således at konkurrencebegrænsende aftaler, ved hjælp af forbud, undgås.

Gennemsigtighed i udbud omfatter den mængde af information, som bliver givet den enkelte tilbudsgiver i løbet af udbudsprocessen. En høj grad af gennemsigtighed og information gør det nemmere for virksomheder at opretholde et tilbudssamarbejde, da de derved kan observere konkurrenters strategier. Dette faktum skulle give ordregiver mulighed for, ved høj risiko for samarbejde mellem konkurrenter, at reducere mængden af information til tilbudsgiverne. Men udbudslovens § 2 og det vedtagne udbudslovforslag's, øger kravet til mængden af information, der skal gives tilbudsgiverne forud for udbuddet.

Ordregiver har, iflg. udbudsloven, pligt til at give tilbudsgiverne efterfølgende information om resultatet af udbuddet. Ordregiver skal oplyse den tilbudsgiver der har vundet kontrakten, at han har vundet og alle øvrige tilbudsgivere, at de ikke har vundet kontrakten.¹⁷¹ Ordregiver har også pligt til ved udvælgelse af tilbudsgivere, at underrette de forbigåede ansøgere om baggrunden for deres afvisning og navnet på de, der er blevet udvalgt til at afgive tilbud. Desuden skal ordregiver underrette forbigåede tilbudsgivere om navnet på den vindende tilbudsgiver af kontrakten, og hvis der er tale om en rammeaftale, skal parterne i rammeaftalen oplyses. Samlet set skal ordregiver oplyse om en række forhold, der kan gøre ulovligt tilbudssamarbejde lettere.¹⁷²

For at virksomheder med held kan gennemføre et ulovligt tilbudssamarbejde ved udbud, skal de først og fremmest aftale en fælles fremgangsmåde for samarbejdets gennemførelse, dernæst kontrollere om andre virksomheder overholder aftalen og endelig fastlægge sanktioner for virksomheder, der bryder aftalen.¹⁷³

¹⁶⁹ Lipczynski, W. and G., Industrial organization, 2005, s. 6 ff.

¹⁷⁰ Se bilag 6: SCP paradigmet

¹⁷¹ Preventing collusion in procurement, s. 353

¹⁷² OECD, Public procurement 2007 s. 21

¹⁷³ OECD, Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb s. 3

Graden af gennemsigtigheden mellem virksomhederne har en indflydelse i alle ovennævnte faser. Med udbudslovens krav om efterlevelse af gennemsigtighedsprincippet i alle udbudsprocessens faser og med det vedtagne udbudslovsforslag i § 160 vil gennemsigtigheden for tilbudsgiverne være høj i hele udbudsprocessen. Bestemmelsen vil derfor potentielt kunne påvirke incitamentet til indgåelsen af det ulovlige samarbejde, da incitamentet er afhængig af at det er muligt at opretholde samarbejdet og sanktionere ved brud, hvilket gøres nemmere når gennemsigtigheden skærpes. Bestemmelsen vil også, afhængig af ordregivers valg af evalueringsmodel, kunne påvirke fremgangsmåden for samarbejdets gennemførelse. Dvs. påvirke om der eks. laves en aftale om "bid-rigging", "price-fixing" m.v. Derudover vil bestemmelsen kunne påvirke muligheden for kontrol af virksomhedernes overholdelse af aftalen, da alle dele af modellen skal offentliggøres for tilbudsgiverne, og udbudsloven stiller krav om at tilbudsgiverne gives en begrundelse for den valgte evaluering.

Incitamentet til dannelse af det ulovlige samarbejde vil være større på et koncentreret marked med få udbydere, da det er det nemmere for få virksomheder at udnytte den, skærpede gennemsigtighed til at aftale en fælles fremgangsmåde for samarbejdets gennemførelse. Dernæst er det også nemmere at kontrollere og sanktionere hinanden, hvis der er tale om få virksomheder. Selv om markedet ikke er koncentreret til få udbydere, kan udbudslovens bestemmelser og ordregivers valg være med til at skabe et i udbuddet koncentreret marked. Det kan ske ved brug af eks. udbudsproceduren begrænset udbud med forudgående prækvalificering, hvor der udvælges et begrænset antal tilbudsgivere, udvalgt på baggrund af objektive og gennemsigtige kriterier. Ordregiver udvælger og prækvalificerer de mest egnede og bedst kvalificerede.¹⁷⁴ Hvis markedet er præget af mange små virksomheder, kan ordregiver opfordre til at de slår sig sammen i konsortier således at konkurrencen sikres.¹⁷⁵ Derved koncentrerer markedet i forbindelse med udbuddet. Parterne kan dog først aftale en fælles fremgangsmåde for samarbejdet, såfremt de prækvalificerede virksomheder har et kendskab til hvem der er prækvalificerede. Iflg. Klagenævnets kendelse af den 14. juli 2011¹⁷⁶ skal ordregiver ved EU-udbud jf. Håndhævelseslovens § 2 stk. 1, nr. 1¹⁷⁷ orientere samtlige berørte ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren træffer, herunder hvem der af virksomhederne er prækvalificeret. Klagenævnet udtalte i sagen at: *"Der er ikke i ordlyden af bestemmelsen holdepunkter for at antage, at denne underretningspligt ikke skulle omfatte oplysning om, hvem ordregiveren har prækvalificeret"*. Bestemmelsen støtter udbudsrettens krav om gennemsigtighed, og skal give de ikke prækvalificerede virksomheder mulighed for at klage over afgørelsen. Men underretning til de virksomheder der er prækvalificeret om navnet på de øvrige prækvalificerede, kan være et grundlag for etablering af et ulovligt samarbejde i forbindelse med udbuddet. Det samme gør sig gældende, hvis ordregiver samler de prækvalificerede til informationsmøder forud for tilbudsgivningen. Disse møder er den perfekte forudsætning for etableringen af et ulovligt samarbejde mellem tilbudsgiverne.

Udbudslovens § 160 kan således sammenholdt med udbudslovens øvrige bestemmelser påvirke virksomhedernes adfærd på markedet og potentielt give incitament til samarbejde i strid med KRL§ 6.

4.3. Faktorer der afgør om den øgede gennemsigtighed kan skade konkurrencen

Incitamentet til et ulovligt samarbejde mellem konkurrenter vil iflg. en undersøgelse være mere tilbøjelige til at opstå efter en periode med intens konkurrence i branchen, eller i løbet af en periode med lav efterspørgsel men med en forventet vækst i den fremtidige efterspørgsel. Baggrunden herfor er at virksomhederne sandsynligvis vil have oplevet en periode med lave priser og profit, og at der som følge heraf kan der være meget at vinde ved at danne et tilbudssamarbejde, hvorved konkurrencen begrænses.¹⁷⁸ Virksomhedernes tidligere performance påvirker således virksomhedernes adfærd, som

¹⁷⁴ Udbudslovens § 64

¹⁷⁵ Aktuell udbudsret II s. 179

¹⁷⁶ KfU, kendelse af 14. juli 2011 – Tensid Danmark ApS. mod Aarhus Kommune

¹⁷⁷ Håndhævelsesloven - lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne

¹⁷⁸ The Nature and Impact of hardcore cartels s. 6

så påvirker markedsstrukturen. I det følgende analyseres markeds-mæssige faktorerers indflydelse på virksomhedernes adfærd og performance. Ordregivers muligheder for, med kendskab til disse markedsfaktorer, at undgå virksomheders ulovlige adfærd, er en del af analysen.

4.3.1. Markedsstruktur og konkurrencesituation

Som ovenfor nævnt er markeds-koncentrationen eller antallet af konkurrenter i branchen og i forbindelse med et udbud afgørende for om den skærpede gennemsigtighed påvirker virksomhedernes adfærd og øger sandsynligheden for ulovligt tilbudssamarbejde. Baggrunden er, at et stort antal konkurrenter gør det sværere at gøre brug af gennemsigtigheden og foretage en indbyrdes koordinering. Men også, at jo flere konkurrenter, jo mindre en profitandel bliver der til den enkelte deltager i samarbejdet om udbuddet. Det gør det mere attraktivt for den enkelte virksomhed ikke at deltage i et samarbejdet, da profitten derved vil være højere. Ordregivers markeds-kendskab, valg af udbudsmodel og håndtering af udbudsprocessen, kan være afgørende for om ulovligt tilbudssamarbejde gøres lettere.¹⁷⁹

4.3.2. Markedsstabilitet og Indtrængningsbarrierer

Nye konkurrenters mulighed for at komme ind på markedet er ligeledes afgørende for om den øgede gennemsigtighed påvirker sandsynligheden for ulovligt samarbejde. Høje indtrængningsbarrierer giver de etablerede konkurrenter mulighed for at opnå en høj profit, uden at blive truet af nye konkurrenter. Det er med til at sikre stabilitet på markedet.¹⁸⁰ Ordregiver kan ved valg af udbudsmodellen og udbuddet som helhed styrke de eksisterende virksomheders muligheder eller give nye konkurrenter mulighed for at byde på en kontrakt. Det skærpede offentlighedskrav kan give nye konkurrenter incitament til at komme ind på markedet, derved at det gør det nemmere for tilbudsgiverne at se, om det kan betale sig at byde på kontrakten, hvilket er godt men ikke en sikring af konkurrencen.

Den udbudte kontrakts tidsperiode er også af betydning. Jo oftere virksomhederne skal konkurrere med hinanden, jo større sandsynlighed er der for, at der etableres et samarbejde imellem dem. Ordregiver kan ved brug af en langvarig kontrakt minimere hyppigheden af udbudsrunder. Og ved risiko for ulovligt tilbudssamarbejde vil en længerevarende kontrakt derfor være en fordel.¹⁸¹

Et marked præget af vækst vil gøre det mere attraktivt at opretholde et ulovligt samarbejde, da profitten ved at holde sig til aftalen er højere end ved at bryde den. Men markeder præget af vækst tiltrækker også nye konkurrenter og afgørende bliver således om markedet er præget af høje eller lave indtrængningsbarrierer.

Stabile markeder gør det også nemmere at opretholde et ulovligt tilbudssamarbejde, da udsving i efterspørgslen kan tilskynde deltagerne til at bryde aftalen på grund af udsigten til højere profit. Det offentlige stabile og forudsigelige efterspørgsel kan give incitament til ulovligt samarbejde, og ordregiver kan imødegå dette ved at gøre udbuddet mere uforudsigeligt og ændre evalueringsmodellen fra gang til gang.¹⁸²

4.3.3. Markedssymmetri og tilbudsgivers forhandlingsstyrke

Markedssymmetrien, er ligeledes indenfor udbud afgørende for om den øgede gennemsigtigheds påvirker incitamentet til ulovligt tilbudssamarbejde. Symmetrien spiller en vigtig rolle i forbindelse at opretholde et tilbudssamarbejde. Det er nemmere at blive enige om en fælles strategi, hvis virksomhederne er ens i forhold til markedsandel, omkostningsniveau og kapacitet. For at modvirke karteldannelse kan ordregiver udforme den udbudte kontrakt i forhold til den konkrete markeds-situation. Ved stor asymmetri i de potentielle tilbudsgivers markedsandele, omkostningsniveau eller kapacitet, kan

¹⁷⁹ OECD Public procurement 2007, s.21

¹⁸⁰ Ibid, s. 21-22

¹⁸¹ Preventing collusion in procurement, s. 352

¹⁸² OECD Public procurement 2007, s. 23

kontrakten udformes så der kan bydes på flere men lige store dele af kontrakten. Omvendt hvis markedet er præget af symmetri.¹⁸³

4.3.4. Markedskompleksitet og substitutionsmuligheder

Markedets kompleksitet og muligheden for substituerende produkter er også afgørende for om den øgede gennemsigtighed påvirker sandsynligheden for ulovligt samarbejde. Ulovligt samarbejde er mere tilbøjeligt til at opstå hvis der er tale om levering af et homogent produkt, med begrænset mulighed for differentiering og ingen eller få substitutionsmuligheder.¹⁸⁴ Selv om konkurrencen på et sådan marked typisk vil være mere intens, er det nemmere at gøre brug af gennemsigtigheden mellem konkurrenterne, og det er nemmere at fastslå om de enkelte parter overholder den aftalte kontrakt.¹⁸⁵

4.3.5. Købermagt og ”countervailing buyer power”¹⁸⁶

Det offentliges markedsstyrke kan bruges til at besværliggøre ethvert samarbejde eller samordnet praksis på sælgernes side. Det offentliges indkøb har på grund af størrelsen og samlingen af deres indkøb i SKI en vis styrke og kan alt andet lige, bruge deres ”countervailing power” til at sikre et konkurrencepræget marked og sikre nem adgang for nye leverandører. Men fordi det offentliges indkøb ikke er drevet af et ønske om at maksimere overskud, og skal forfølge forskellige politiske mål, kan de være mindre tilbøjelige til at udøve deres køber magt.¹⁸⁷ ¹⁸⁸ Udbudslovens regler og ordregivers markedskendskab, valg af udbudsmodel og håndtering af udbudsprocessen, kan derfor være afgørende for om ulovligt tilbudssamarbejde gøres lettere.

5. Konklusion

Det vedtagne lovforslag til udbudslovens § 160 medfører en pligt for ordregiver til at offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. Det betyder offentliggørelse af selve værktøjet, eks. en lineær pointmodel, men også de enkelte parametre, herunder hældningsgraden. En evalueringsmodel skal beskrives således at ordregiver ikke gives et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at tilbudsgiverne gives et optimalt grundlag for at udarbejde og optimere deres tilbud, og gives mulighed for at kontrollere ordregivers evaluering. Ordregiver har pligt til, ved brug af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, at beskrive hvilken metode der benyttes til at bedømme evt. underkriterier og beskrive hvordan bedømmelsen af de kvalitative og økonomiske underkriterier foretages. Og beskrive hvad der tillægges betydning ved evalueringen af de kvalitative underkriterier. Afgørende er at ordregiver overholder gennemsigtighedsprincippet i hele udbudsprocessen, og at ordregiver overholder de regler og krav, som ordregiver selv har fastsat i udbudsmaterialet. Det skærpede offentlighedskrav stiller et højt krav til ordregivers markedskendskab. Ordregiver har dog mulighed for at tilpasse evalueringsmodellen eller benytte sekundære evalueringsmodeller, hvis den offentliggjorte model viser sig uegnet. Men det er et krav at disse muligheder beskrives i udbudsmaterialet på forhånd, og at det beskrives, hvilke konstaterbare forhold der skal være til stede, før de anvendes. Et samarbejde mellem virksomheder er i strid med KRL§ 6, hvis samarbejdet begrænser konkurrencen mærkbart. I forhold til udbud, vil virksomheders samarbejde i et tilbudskonsortium, være i strid med KRL§ 6, hvis formålet med aftalen er at begrænse konkurrencen og hvis aftalen ”i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen”.¹⁸⁹ Afgørende er om samarbejdet er nødvendigt for at kunne deltage i udbuddet. Hvis virksomhederne har kapacitet til, eller på forretningsmæssig ansvarlig vis kan udvide deres kapacitet til at byde selv, er de aktuelle og potentielle konkurrenter. En aftale mellem dem er

¹⁸³ Preventing collusion i procurement s. 354-356

¹⁸⁴ Marshall, Robert C. and Marx, Leslie M., “The Economics of collusion”, 2014, s. 149

¹⁸⁵ The Nature and Impact of Hardcore cartels, s. 6

¹⁸⁶ Se afsnit 4.1.4 om markedsmagt og countervailing power

¹⁸⁷ OECD, Public procurement 2007, s. 22-23

¹⁸⁸ Graells, S. A. Public Procurement and the EU Competition Rules, 2015, s. 97

¹⁸⁹ Vejstribe-sagen pkt. 727

ikke nødvendig og vil derfor begrænse konkurrencen mærkbart, i strid med KRL§ 6, da konkurrencen elimineres. For at vurdere samarbejdets nødvendighed kan evalueringsmodellen spille en rolle. I Vejstribe-sagen afgjorde SH, at to virksomheder, der hver især havde kapacitet til at byde på delkontrakter, men ikke på den samlede kontrakt, ikke var konkurrenter i forhold til den udbudte kontrakt, da evalueringsmodellen med en samlerabat tilskyndede til bud på den samlede kontrakt, og derved nødvendiggjorde virksomhedernes samarbejde for at kunne byde. Afgørelsen gjorde det dog ikke klart om konkurrentvurderingen af konsortiedeltagerne vil falde anderledes ud, hvis evalueringsmodellen ikke var konstrueret med samlerabat.

I strid med KRL§ 6 er klassiske kartelaftaler defineret i KRL§ 23 stk. 3, dvs. aftaler, vedtagelser, samordnet praksis, tilbudskoordinerings m.v., der klart har til formål at begrænse konkurrencen. Eks. aftaler om priser, avancer, opdeling af markeder m.v. Men SH's afgørelse i Vejstribe-sagen medfører, at et samarbejde i form af en konsortieaftale, indeholdende prisfastsættelse og markedsdeling, ikke nødvendigvis er en aftale der har til formål, men i stedet til følge at begrænse konkurrencen og aftalen kan selv om virkningerne er konkurrencebegrænsende undtages af bagatelgrænsen i KRL§7 eller undtages af effektivitetsfordele jf. KRL§8. SH's afgørelse i Vejstribe-sagen har på den måde skabt usikkerhed om afgrænsningen mellem konsortier og karteller. Afgørelsen gør det ikke klart, om konsortier altid, kan anlægges en "til følge" vurdering, eller hvornår konsortier kan udgøre et kartel, der kan medføre bøde og evt. fængselsstraf.

Det kan konkluderes at det vedtagne lovforslags skærpede offentlighedskrav sammenholdt med den manglende afgrænsning af konsortier og karteller med stor sandsynlighed kan øge tilbudsgivernes incitament til ulovligt samarbejde til skade for konkurrencen. Baggrunden er at den forøgede viden om eks. hældningsgraden, kan gøre det nemmere for tilbudsgiverne at forudsige hvilket pointtal deres tilbudspris medfører. Med kendskab til konkurrenternes prisniveauer vil det være lettere at tilpasse sig hinandens priser, og derved gøre opretholdelsen af et kartelsamarbejde nemmere, i strid med KRL§ 6. En følge af det vedtagne lovforslag er derfor et skærpet krav til ordregiver i forhold til at gennemtænke evalueringsmodellen i relation til markedssituationen, da den fulde evalueringsmodel skal offentliggøres for tilbudsgiverne.

Motivet for to eller flere virksomheders dannelse af et tilbuds- eller konsortiesamarbejde kan, som i Vejstribe-sagen, skyldes et ønske om at byde på en offentligt udbudt kontrakt, og forårsaget af at virksomhederne kun i kraft af samarbejdet har mulighed for at byde. Motivet for samarbejdet kan også være, at det er muligt at opnå en samlet højere profit, end hvis virksomhederne byder hver for sig. Ved at begrænse eller eliminere konkurrencen, kan prisen hæves til over niveauet ved normal konkurrence, således at virksomhederne samlet opnår en højere profit. Deres motiv for at deltage i et ulovligt tilbudssamarbejde, kan være at den forventede profit ved samarbejdet, er større end de forventede omkostninger forbundet med straffen, kombineret med sandsynligheden for at blive opdaget og straffet. Motivet kan også være at reducere den usikkerhed der er ved at agere på et konkurrencepræget marked eller at skabe informationsudveksling omkring konkurrenter og om industrien som helhed og derved mindske usikkerheden og reducere omkostningerne.

Det kan konkluderes at en høj grad af gennemsigtighed gør det nemmere for virksomhederne at opretholde et ulovligt tilbudssamarbejde, da de derved kan observere konkurrenternes strategier. Da det vedtagne udbudslovsforslag § 160 øger kravet til mængden af den forudgående information til tilbudsgiverne, suppleret med ordregivers efterfølgende oplysningspligt til forbigåede tilbudsgivere og tilbudsgivere der har vundet, vil muligheden for at etablere et ulovligt tilbudskartel gøres større. Det vurderes således, at det vedtagne lovforslag både kan påvirke incitamentet til indgåelsen af det ulovlige samarbejde og påvirke fremgangsmåden for samarbejdets gennemførelse. Ydermere vil bestemmelsen kunne påvirke muligheden for kontrol af virksomhedernes overholdelse af aftalen, da alle dele af modellen skal offentliggøres for tilbudsgiverne.

Incitamentet til dannelsen af det ulovlige samarbejde vil være størst på et koncentreret marked med få udbydere, eller et i udbuddet skabt koncentreret marked, da det er nemmere for få virksomheder at

udnytte den forudgående og, med det vedtagne lovforslag, skærpede gennemsigtighed til at aftale en fælles fremgangsmåde, nemmere at kontrollere og sanktionere hinanden.

Et marked præget af få udbydere, høje indtrængningsbarrierer, stabilitet, symmetri blandt virksomheder, lav kompleksitet og ingen eller få substituerende produkter vil i højere grad være et marked hvor den øgede gennemsigtighed giver incitament til ulovligt tilbudssamarbejde.

Det kan samlet set konkluderes at det vedtagne lovforslags skærpede gennemsigtighed på nogle typer af markeder, kan påvirke virksomhedernes incitament til at indgå i et ulovligt tilbudssamarbejde. Sammenholdes lovforslaget med den manglende afgrænsning mellem konsortier og karteller, som følge af Vejstribe-sagen, vil det samlet set kunne begrænse konkurrencen mærkbart, i strid med KRL§ 6.

5.1. Perspektivering

SH's afgørelse i Vejstribe-sagen har efterladt både ordregiver og tilbudsgivere i en usikkerhed situation i forhold til tilbudskonsortiers forenelighed med KRL. KFST har i deres reviderede konsortievejledning, efter afgørelsen i sagen, forsøgt at afgrænse de lovlige fra de ulovlige konsortier, men efterlader en del uafklarede spørgsmål. Indtil Højesteret træffer afgørelse i sagen, kan konkurrencen potentielt begrænses og spørgsmålet er hvad der sker hvis Højesteret stadfæster SH's afgørelse? Kan konsekvensen blive en ændring af konkurrenceloven?

Litteraturliste:

Litteratur:

Graells, Sanchez A. Public Procurement and the EU Competition Rules. (2 ed.) Oxford: Hart Publishing, 2015

Balshøj, Dorthe Kristensen Public Procurement and Framework Agreements, 2018

Steinicke Michael, ”Udbudsretten og Konkurrenceretten – samspil eller konflikt”

Nis Jul Clausen, Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen / redaktør: Nis Jul Clausen. m.fl.

1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundet, 2017

Fabricius Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, Karnov Group

Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig, Kalsmose, Simon Evers, *EU-udbudsretten*, 3 udgave, Jurist-og Økonomiforbundet 2016

Hansen, Jens Bødtcher, Ippolito, Andreas Estrup, Thorgaard, Annemette m.fl. *Aktuel udbudsret II*, 2016, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag,

Levinsen, Kirsten, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 3 udgave, Jurist-og Økonomiforbundet 2009

Albano, Buccirosi, Spagnolo mfl. Handbook in procurement”, Kapitel 14, “*Preventing collusion in procurement*”, Cambridge University Press, 2006

Lipczynski J., Wilson J. and Goddard, *Industrial organization*, second edition, 2005

Smith A. (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Book I, Ch. X

London Economics, *The Nature and Impact of Hardcore Cartels*, 2011

Gunnar Niels m.fl., *Economics for Competition Lawyers*, 2. udgave, 2016, Oxford

Becker, Gary S.: *Crime and punishment: An economic approach*, Journal of Political Economy 1968

Freeman, Richard B.: *The Economics of crime*, 1999

Galbraith J. K. "American Capitalism - the concept of countervailing power" (1980)

Marshall, Robert C. and Marx, Leslie M., "The Economics of collusion", 2014

Lovgivning:

Lovforslag L19, af 7. oktober 2015 - Forarbejder til udbudsloven

LOV nr. 1564 af 15/12/2015, Udbudsloven

L 125 2018-2019- Forslag til lov om ændring af udbudsloven.

LBK nr. 155 af 01/03/2018, Konkurrenceloven

Lov nr. 384 af 10. juni 1997, Forarbejder til Konkurrenceloven

Lovforslag nr. L6 til Lov om ændring af konkurrenceloven 2017-2018

Lov nr. 492 af 12. maj 2010, Håndhævelsesloven om håndhævelse af udbudsreglerne

TEUF - Konsolideret udgave af Traktaten om den europæiske unions funktionsområde

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Klagenævnet for udbud

Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelse mod Region Midtjylland

Kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & søn mod Forsvarsministeriets forsvarsstyrelse.

Kendelse af 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland

Kendelse af 6. juli 2012, KCI Medical A/S mod Region Hovedstaden

Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark

Kendelse af 19. december 2012, Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune

Kendelse af 7. marts 2019, Seelco Danmark A/S mod Københavns universitet

Kendelse af 9. januar 2012, Reno Norden A/S mod Skive Kommune

Kendelse af 14. juli 2011, Tensid Danmark ApS. mod Aarhus Kommune

Kendelse af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet

Dom fra Sø- og Handelsretten

Dom fra Sø- og Handelsretten Konkurrencerådet mod LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S, 27. august 2018, <https://www.kfst.dk/media/51130/u2i16ogu3i16.pdf>

Øvrige domme

Rettens dom i Roskilde af 8. februar 2019, Anklagemyndigheden mod CMP Nedrivning ApS

Konkurrencerådets afgørelser

Konkurrencerådets afgørelse af 30.04.2014 i Skive Omegns Vognmandsforenings

Kommissionen

IV/35.691/E-4, Kommissionens beslutning af 21. oktober 1998, Rørkartellet

EU-Domspraksis

C-6/15, TNS Dimarso NV od Vlaams Gewest

C-19/00, SIAC Construction Ltd mod County Council of the County of Mayo:

C-92/00, EU-Domstolens dom i Hospital Ingenieure,

T-345/03, Europaiki Dynamiki mod Kommissionen

C-376/08, EU-Domstolens dom 2009, Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Srl mod Comune di Milano

C-531/16, Specializuotas transportas

C- 40/73 m.fl., Suiker Unie mod Kommissionen

C-67/13, Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen

Vejledninger/Redegørelser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne, januar 2016

Konsortiesamarbejde i forhold til Konkurrenceloven, vejledning 2018

Evalueringsmetoder, praktisk vejledning til offentlige indkøbere, marts 2018

Brev til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Brev af 15. marts 2016 til Konkurrence - og Forbrugerstyrelsen Ref. Ares (2016)1298916 - 15/03/2016

www.kfst.dk

<https://www.kfst.dk/media/46844/notat-vedroerende-kendelse.pdf>

<https://www.kfst.dk/konkurrenceforhold/karteller/hvad-er-et-kartel/>

www.ski.dk

<https://www.ski.dk/viden/sider/fakta-om-ski.aspx>

Meddelelser fra EU-Kommissionen

Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01)

OECD publikationer

OECD, Public procurement, 2007

OECD, Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb, 2009

OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008

Bilag

Bilag 1: Definitioner på udbudsretlige og konkurrenceretlige begreber

Ordregiver:

Defineres udbudsretligt som statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.¹⁹⁰

Økonomisk aktør:

Defineres udbudsretligt som enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder, bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.¹⁹¹ Under begrebet er således firmaer, filialer, datterselskaber, interessentskaber, kooperative selskaber, selskaber med begrænset ansvar, universiteter, offentlige eller private, og andre former for enheder end fysiske.¹⁹²

Konkurrenceretligt defineres en økonomisk aktør som en virksomhed¹⁹³, det vil sige enhver der udfører økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester. Omfattet af begrebet er således både private og offentlige aktører og økonomiske aktører uanset selskabsform og uanset at der opnås økonomisk gevinst.¹⁹⁴

Tilbudsgiver:

Ved en økonomisk aktør forstås i denne afhandling tilbudsgiver i forbindelse med et udbud.

Konsortium:

Udbudsretligt defineres et konsortium som en sammenslutning af økonomiske aktører og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som samarbejder om at afgive et tilbud i forbindelse med udbud.¹⁹⁵

Konkurrenceretligt defineres et konsortium af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som "*et samarbejde mellem virksomheder, hvor der typisk er tale om, at konsortiedeltagerne går sammen om at udføre en offentlig eller privat opgave.*"¹⁹⁶

¹⁹⁰ Udbudsloven § 24 nr. 28

¹⁹¹ Udbudsloven § 24, nr. 38

¹⁹² Udbudsloven § 139

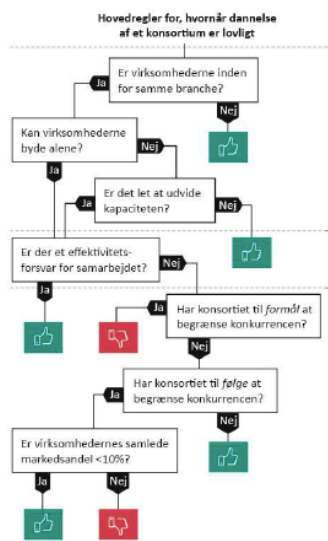
¹⁹³ Se virksomhedsbegrebet afsnit 3.3.2

¹⁹⁴ Forarbejder til Konkurrenceloven § 2

¹⁹⁵ Jf. Udbudsloven § 24, nr. 38

¹⁹⁶ KFST, Konsortiesamarbejde i forhold til Konkurrenceloven, vejledning 2018, s. 9

Bilag 2: Systematik i vurderingen af om konsortiesamarbejdes lovlighed



Kilde: KFST Konsortievejledning 2018

Bilag 3: Prissætning under fuldkommen konkurrence og monopol

Bilag 4: Pris effekt af en kartel aftale

Bilag 5: Økonomisk model for kriminel aktivitet

Bilag 6: Monopsony – and the resulting welfare losses

Bilag 7: SCP paradigmet

Bilag 3-7 er fjernet af redaktionen af ophavsretlige hensyn.