

# Konsortiedannelser i lyset af vejstribesagen

## Formation of consortia, in light of the road marking case

af ASGER GRAM-HANSEN

*Dette speciale henvender sig til praktikere, teoretikere og andre som arbejder med eller er interesseret i forholdet mellem konkurrence- og udbudsret. Hovedformålet er at præsentere, analysere og diskutere retsstillingen hvad angår dannelsen af udbudsretlige konsortier ift. konkurrenceretten med et specielt fokus på Vejstribesagen. Igennem specialet analyseres og præsenteres konkurrencerettens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101 og KRL § 6, med specielt fokus på dannelsen af konsortier i lyset af Vejstribesagen. Specialet og forfatteren stiller sig kritisk over for det mismatch, der er mellem formålet med dannelsen af konsortier og den strikse håndtering af disse, som konkurrenceretten og Højesterets afgørelse i Vejstribesagen fastsætter. Dette mismatch illustreres yderligere via teori og praksis, således at læseren til slut vil have en fornemmelse af, hvor kompliceret et retsområde håndteringen af konsortier er ift. konkurrenceretten. Specialets fokus er på den konkurrenceretlige synsvinkel, men inddrager tillige udbudsretlige betragtninger, således at der dannes et velfunderet overblik over forholdet mellem de to retsområder ift. konsortiedannelser. Der ønskes læseren god læselyst og såfremt man er interesseret i at tage en dialog angående nærværende speciale, er man velkommen til at kontakte forfatteren.*

### Indholdsfortegnelse

<b>Abstract</b> .....	<b>2</b>
<b>1. Introduktion</b> .....	<b>3</b>
1.1 – Indledning .....	3
1.2 – Metode .....	4
1.3 – Opbygning og afgræsning.....	4
<b>2. Den konkurrenceretlige test</b> .....	<b>5</b>
<b>2.1 - Den generelle konkurrenceretlige vurdering af horisontale aftaler efter KRL §§ 6-8, samt TEUF art. 101</b> .....	<b>5</b>
2.1.1 - Aftaler .....	6
2.1.2 - Virksomhedsbegrebet .....	6
2.1.3 - Påvirker handlen mellem medlemsstater.....	6
2.1.4 - Til formål eller til følge.....	7
2.1.5 – Gruppefritagelse.....	8
2.1.6 - Individuel fritagelse .....	9
<b>2.2 - Den konkurrenceretlige vurdering af udbudsretlige konsortier</b> .....	<b>10</b>
2.2.1 - Konkurrentvurderingen.....	11
2.2.2 – Formålsvurderingen.....	14
2.2.3 – Effektivitetsgevinster.....	16

<b>3. Domsanalyse af Vejstribesagen og Kailow Graphic afgørelsen .....</b>	<b>19</b>
<b>3.1 - Dansk Vejstribe Konsortium.....</b>	<b>19</b>
3.1.1 - Faktum i Vejstribesagen.....	19
3.1.2 - Konkurrencerådets afgørelse .....	19
3.1.3 - Konkurrenceankenævnets afgørelse .....	22
3.1.4 - Sø- og handelsrettens afgørelse .....	23
3.1.5 - Højesterets afgørelse .....	25
<b>3.2 - Kailow Graphic, Klagenævnet for Udbuds.....</b>	<b>27</b>
<b>afgørelse .....</b>	<b>27</b>
<b>4. Dannelsen af Konsortier efter vejstribesagen .....</b>	<b>28</b>
<b>4.1 - Relevante tvivlsspørgsmål efter Højesterets afgørelse i vejstribesagen.....</b>	<b>29</b>
4.1.1 - Højesterets afvisning af præjudiciel forelæggelse .....	29
4.1.2 - Hvornår er konsortiedeltagere konkurrenter og hvordan beregnes kapacitetsvurderingen efter vejstribesagen? .....	30
4.1.3 - Anvendelsen af formåls- og følgevurderingen i fremtiden .....	34
4.1.4 - Konkurrencetesten i lyset af Kailow Graphic afgørelsen .....	36
<b>4.2 - Eventuelle tiltag og alternativer til at sikre konsortiekonstruktionens anvendelighed.....</b>	<b>38</b>
4.2.1. - Ordregiver, konkurrencemyndighederne eller konsortiedeltagernes forpligtelse .....	38
<b>5. Afsluttende konklusion .....</b>	<b>43</b>
<b>6. Litteraturfortegnelse .....</b>	<b>44</b>
<b>7. Bilag .....</b>	<b>48</b>

## **Abstract**

The purpose of this master thesis is to define the possibility to establish joint bid-dings, in the face of competition law. This is in the light of the judgement by the Danish Supreme court in the Danish Road Marking case.

The thesis demonstrates based on case law and theory, that there currently is a strict competition test, which frequently label consortiums based on procurement law, in breach of the competition rules in TFEU art. 101 (1) and the Danish Competition Act § 6. The strictness of the test predominantly appears regarding the specific assessment of whether joint bidders are competitors or not, but also in the assessment of whether the consortia have as its object to restrict competition. The first assessment is currently opaque and sets high demands to the partners of the consortia, in difference to self-evaluation based on resources and individual capacity. The latter evaluation currently addresses all agreement similarly and therefore assesses joint bidders the same way classic cartels are assessed by competition law.

Based on the above conclusion, the thesis establishes that there might be a need for adaption of the competition rules to joint bidders under the procurement rules, due to the economic and legal nature of joint bidders.

By adjusting the competition test to the procurement setting, in which joint biddings belong, it is possible to a greater extent to avoid convicting joint biddings with more pro-competitive, than anti-competitive effects.

On the other hand, based on the judgement in the Danish Road Marking Case, it might be necessary to guarantee the formation of joint biddings in other ways than an amendment of the competition test. Therefore, it is plausible that it is necessary to introduce various initiatives – that are presented in the thesis – to help ascertain that joint biddings do not end up in conflict with the competition law.

By either ensuring that consortiums do not unnecessarily fall under the legal frame of competition law or by enforcing the possibility to prove more pro-competitive effects when assessed by the competition law, it is possible to a higher degree, ascertaining the profitability of joint biddings.

## **1. Introduktion**

### **1.1 – Indledning**

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler har sin EU-retlige baggrund i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)<sup>1</sup> art. 101, som er suppleret i dansk ret via Konkurrencelovens (KRL)<sup>2</sup> §§ 6 og 8. Modsat har udbudsretten og dertil konsortier, sin baggrund i den frie bevægelighed og er ved lov fastsat i Udbudsdirektivet<sup>3</sup>, som er implementeret i dansk ret via Udbudsloven.<sup>4</sup>

Konkurrence- og udbudsretten er specielle retsområder, bl.a. fordi de på en række områder interagerer og modarbejder hinanden. Denne interaktion skaber i visse situationer et retligt mismatch, som især ses hvad angår den konkurrenceretlige behandling af udbudsretlige konsortier. På den ene side ligger hensynet til at skaffe det størst mulige udbytte af det offentliges ressourcer og sikring af den frie bevægelighed i EU. På den anden side hensynet til at skabe virksom konkurrence, til fordel for forbrugerne på de forskellige markeder inden for EU.

Baggrunden for at konsortier – ud over det mismatch de illustrerer – er mere interessante ift. den konkurrenceretlige behandling end andre samarbejdsaftaler skyldes, at konsortier kan være hhv. konkurrencefremmende, som konkurrencebegrænsende. Muligheden for konsortiedannelser er med til at sikre at små og mellemstore erhvervsvirksomheder (SME), der ikke selv ville kunne byde, kan danne et konsortium. Dette vil kunne forøge konkurrencen, ved f.eks. store og komplekse udbud. Omvendt vil det kontrafaktiske scenarie være, at der ved konsortiedannelsen er

---

<sup>1</sup>Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (2012/C 326/01)

<sup>2</sup>Konkurrenceloven (LBK af 08/07/2015 nr. 869)

<sup>3</sup>Udbudsdirektivet (2014/24/EU)

<sup>4</sup>Udbudsloven (LBK af 15/12/2015 nr. 1564)

færre konkurrenter til at byde på udbuddet, såfremt deltagerne kunne byde hver især, hvilket mindsker konkurrencen og potentielt forøger de tilbudte priser.

Ved den konkurrenceretlige test af konsortier, har man de seneste år set et ryk i mængden af retspraksis i EU-medlemsstaterne, hvilket i Danmark er kulmineret med vejstribesagen. Sagen er interessant, eftersom den efterlader en række spørgsmål i praksis ubesvaret og det er i den sammenhæng relevant at undersøge retstilstanden for konsortier. Dette speciale søger derfor at finde frem til følgende:

### *Problemformulering*

---

Hvordan påvirkes konsortiedannelser på nuværende tidspunkt af konkurrencereglerne og på hvilke områder vil Højesterets afgørelse i vejstribesagen begrænse dannelsen af konsortier i fremtiden?

Med udgangspunkt i vurderingen af ovennævnte, hvordan understøtter man dannelsen af konsortier for derved at sikre sig, at det i fremtiden fortsat er praktisk anvendeligt at danne disse?

## **1.2 – Metode**

Nærværende speciale bygger på den retsdogmatiske metode, ved at hhv. beskrive, analysere, systematisere og diskutere gældende ret.<sup>5</sup> Dette gøres på baggrund af relevante retskilder, der sikre videnskabelig troværdighed i specialet. Specialet behandler et juridisk nicheområde, i form af den konkurrenceretlige behandling af konsortier, hvorfor det er nødvendigt at inddrage fortolkningsbidrag og kilder, længere ned i retskildehierarkiet. Eksempler på dette er EU-kommissionsmeddelelser, konkurrenceretlige tideskrifter og udenlandske retsafgørelser. På trods af at vejledninger og retningslinjer ikke er retligt bindende, vil disse tillige anvendes til at supplere de primære retskilder, som retspraksis, lovregler og lign. På baggrund af ovenstående juridiske metode, vil retstilstanden for dannelsen af konsortier beskrives primært de lege lata, men også med det formål at diskutere visse juridiske overvejelser de lege ferenda.

## **1.3 – Opbygning og afgræsning**

Specialets primære formål – som juridisk akademisk afhandling – er at give en sammenfattende forståelse af teori og praksis på området for konsortiedannelser ift. konkurrenceretten. Specialet har som sekundært formål at komme med en række råd til, hvordan praktikere skal forholde sig til dannelsen af konsortier i fremtiden. Specialet vil tillige undersøge nogle potentielle løsninger på de problemstillinger, der præsenteres i analysen og vurderingen af den konkurrenceretlige test.

Specialet vil først redegøre for den generelle konkurrenceretlige test i TEUF art. 101 og KRL §§ 6 og 8, for herefter at analysere denne test ift. anvendelsen på konsortier. Dette fører videre til en analyse af vejstribesagen og Kailow Graphic afgørelsen mhp. at beskrive den praktiske anvendelse af konkurrencetesten og det mismatch, der eksisterer mellem konkurrenceret og udbudsret. På baggrund af analysen

---

<sup>5</sup>Retsdogmatisk Forskning (2020), af Lars Henrik Gam Madsen, s. 1

af konkurrencetesten samt domsanalysen beskrives en række tvivlsspørgsmål og problematikker, som diskuteres og vurderes. Afslutningsvis præsenteres en række tiltag, der potentielt kan sikre anvendeligheden af konsortier og herefter kommer den afsluttende konklusion.

Specialet vil som udgangspunkt ikke behandle de udbudsretlige regler, medmindre det er relevant for forståelsen af den konkurrenceretlige behandling af konsortier og det mismatch opgaven har til formål at undersøge. Specialet vil kun i begrænset omfang behandle de generelle kriterier for anvendelsen af TEUF art. 101, stk. 1 og KRL § 6, da der i højere grad ligges vægt på selve konkurrencetestens specifikke behandling af udbudsretlige konsortier. Derfor vil kun de væsentligste diskussions-spørgsmål til besvarelsen af problemformuleringen, behandles. Effektivitetsgevinster efter TEUF art. 101, stk. 3 og KRL § 8 analyseres, men diskuteres ikke af prioritetsmæssige grunde. Det skal nævnes, at de problemstillinger specialet behandler angående konkurrentvurderingen og formålsvurderingen, isoleret set er områder der kan danne baggrund for et samlet speciale, hvorfor alt praksis og teori ikke kan dækkes i nærværende afhandling.

## **2. Den konkurrenceretlige test**

Det er nødvendigt – for at kunne nærmere forstå den juridiske analyse af vejstribe-sagen og den konkurrenceretlige problemstilling – at redegøre kort for en række love og begreber, for derefter at analysere anvendelsen af disse specifikt på udbudsretlige konsortier. Det vil udelukkende være de begreber, der er relevante for forståelsen af netop de problemstillinger som denne opgave søger at diskutere og vurdere, som vil blive redegjort for.

Konkurrenceretten har overordnet set det formål at beskytte konkurrencen og sikre effektiv ressourceallokering, således at de bedste vilkår for forbrugerne opnås, ved at regulere forholdet mellem virksomheder på alle markeder inden for EU.<sup>67</sup> Dette mål opfyldes primært ved, at regulere konkurrencebegrænsende aftaler, udnyttelse af dominerende position og konkurrencebegrænsende fusioner.<sup>8</sup> Afgørende for dette speciale er redegørelsen og analysen af konkurrencebegrænsende horisontale aftaler, eftersom udbudsretlige konsortier oftest ligger inden for denne kategori.

### **2.1 - Den generelle konkurrenceretlige vurdering af horisontale aftaler efter KRL §§ 6-8, samt TEUF art. 101**

Konkurrencelovens (KRL) §§ 6-8 er bestemmelser, der tager udgangspunkt i TEUF art. 101. Bestemmelserne vil i nærværende afhandling behandles samlet, på trods af at disse differentierer på visse punkter. Dette skyldes, at forarbejderne til konkurrenceloven fastslår, at bestemmelserne skal anvendes i overensstemmelse med

---

<sup>6</sup>KRL § 1

<sup>7</sup>Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. Udgave, af Albert Sanchez Graells, s. 4

<sup>8</sup>Ibid. s. 2, afsnit 2, 1-3 del

den praksis, som Kommissionen og EU-Domstolen fastslår.<sup>9</sup> Der hvor bestemmelserne hovedsageligt adskiller sig, er ved at konkurrencelovens regler angår interne situationer, samt har en anden bagatelgrænse i KRL § 7 end TEUF art. 101, for derved at omfatte de mindre virksomheder i Danmark.<sup>10</sup>

KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1, forbyder alle former for *aftaler* mellem *virksomheder*, som *påvirker handlen* mellem medlemsstater<sup>11</sup> og har til *formål eller følge* at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.<sup>12</sup> Det er denne konkurrenceretlige test, der vil blive redegjort for.

### **2.1.1 - Aftaler**

Både aftaler, sammenslutninger og samordnet praksis omfattes af forbuddet i KRL § 6 og TEUF art. 101. Baggrunden for, at det ikke kun er aftaler, der omfattes af forbuddet, skyldes et ønske om at ramme alle former for koordineringer mellem virksomheder. Der er således tale om et meget vidt begreb, der rammer næsten alle former for samarbejde mellem virksomheder.<sup>13</sup> Det afgørende bliver derfor ikke aftalens form, men nærmere om det arrangement virksomhederne indgår i, har en konkurrencebegrænsende virkning.<sup>14</sup>

### **2.1.2 - Virksomhedsbegrebet**

Det er kun aftaler mellem virksomheder, der rammes af forbuddet i KRL § 6 og TEUF art. 101.

Virksomhedsbegrebet skal ligesom aftalebegrebet fortolkes bredt således at dette omfatter alle virksomheder uanset selskabsform og finansieringsform, så længe der er tale om økonomisk virksomhed.<sup>15</sup> Offentlige virksomheder, myndigheder, fonde og organisationer er også omfattet, såfremt der er et økonomisk formål med udøvelsen af disse.<sup>16</sup> Det er dog ikke et krav at virksomheden drives med økonomisk gevinst for øje, hvorfor også non-profit aktører omfattes af begrebet.<sup>17</sup>

### **2.1.3 - Påvirker handlen mellem medlemsstater**

Det er et krav efter TEUF art. 101 og den EU-retlige konkurrenceret, at der ikke er tale om et udelukkende internt anliggende, hvorfor handlen mellem medlemsstater skal påvirkes. Dette krav er overordnet set, som nævnt i afsnit 2.1 den primære forskel mellem KRL § 6 og TEUF art. 101., eftersom førstnævnte angår nationale konflikter.

---

<sup>9</sup>Regulering af konkurrence i EU, 4 udgave. af Pernille Wegener Jessen, mfl., s. 32

<sup>10</sup>Ibid.

<sup>11</sup>Kravet om samhandelspåvirkning gælder kun for TEUF art. 101, da KRL § 6 kun angår interne situationer i DK

<sup>12</sup>Regulering af konkurrence i EU, 4 udgave. af Pernille Wegener Jessen, mfl., s. 32

<sup>13</sup>Ibid. s. 33, afsnit 2

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>Sag C-41/90, Höfner pr. 21

<sup>16</sup>Regulering af konkurrence i EU, 4 udgave. af Pernille Wegener Jessen, mfl., s. 44

<sup>17</sup>Sag C-209/78, Van Landewyck pr. 88

Der skal ud fra EU-Domstolens praksis samt Kommissionen retningslinjer<sup>18</sup>, undersøges 1) handelen mellem medlemsstaterne, 2) dennes påvirkning og 3) mærkbarhed.

Kriteriet er således ifølge praksis og Kommissionens retningslinjer følgende:

*“på grund af samtlige objektive, retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på samhandelen mellem medlemslandene.”<sup>19</sup>*

Hvis ovenstående er opfyldt, kan der konstateres en samhandelspåvirkning.

#### 2.1.4 - Til formål eller til følge

Ved til formål eller til følge, er der tale om alternative kriterier, hvor det først skal undersøges, hvorvidt en aftale har til formål at begrænse<sup>20</sup> konkurrencen.<sup>21</sup> Såfremt det findes, at en aftale kan konstateres at have *til formål* at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at konstatere om denne tillige har *til følge* at begrænse konkurrencen.<sup>22</sup>

Forskellen på de to kriterier er selve vurderingen. Ved formålsvurderingen kræves der tilstrækkelig klarhed ift., at den pågældende aftale er skadelig for konkurrencen. Modsat vil en til følge vurdering tage udgangspunkt i en nærmere undersøgelse af de faktiske eller potentielle virkninger, en aftale har på konkurrencen og der er således tale om en mere byrdefuld vurdering.<sup>23</sup> Det er formålsvurderingen, der er interessant for nærværende afhandling, hvorfor denne primært behandles.

Formålsvurderingen er i høj grad præget af et konkurrenceretligt skøn og EU-Domstolen har ikke ud fra dens praksis, fuldstændig fastslået de egentlige kriterier for vurderingen, men har gjort det klart at visse hemmelige aftaler – såsom kartellers fælles prisfastsættelse og markedsopdeling – betragtes som at have til formål at være skadelige for konkurrencen.<sup>24</sup> Der er således visse former for aftaler – heriblandt de oplyste i TEUF art. 101 litra a-e og KRL § 6, stk. 2 – der i sig selv er så skadelige for konkurrencen, at de vurderes med stor sandsynlighed at have til formål at begrænse konkurrencen.<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup>Kommissionens meddelelse – Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens art. 81 og 82 (2004/C 101/07), pkt. 18

<sup>19</sup>Ibid. pkt. 23

<sup>20</sup>Udtrykket ”Begrænse” vil i det følgende anvendes som fællesbetegnelse for ”fordrejer, hindrer og begrænser”

<sup>21</sup>Sag C-56/65, Société Technique Minière, s. 216

<sup>22</sup>Competition law, 9 udgave. af Richard Whish og David Bailey, s. 121, afsnit C (i)

<sup>23</sup>Sag C-32/11, Allianz Hungaria, pr. 34

<sup>24</sup>Ibid. pr. 35, samt Sag C-67/13 P, CB, pr. 51

<sup>25</sup>Kommissionens meddelelse om horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 234, samt Sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m.fl. pr. 29

EU-Domstolen fastslår i *Cartes Bancaires* (CB-sagen), at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes indskrænkende. Dette sikrer en pligt til at undersøge konkurrencebegrænsende følger på markedet, såfremt en aftale ikke er tilstrækkelig skadelig til, at denne kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen<sup>26</sup>

Derudover har EU-Domstolen fastslået, at forskellige objektive elementer skal inddrages ved formålsvurderingen, som f.eks. indholdet af aftalen, den retlige og økonomiske sammenhæng, samt arten af de produkter eller tjenesteydelser aftalen angår og markedet i det hele taget.<sup>27</sup>

Domstolen har endvidere gjort det klart, at parternes hensigt med aftalen ikke skal inddrages, men kan anvendes til brug for den samlede vurdering af aftalen.<sup>28</sup>

Den konkurrenceretlige vurdering ift. om en aftale begrænser konkurrencen, er forskellig alt efter, hvorvidt der er tale om en vertikal eller horisontal aftale. Der skal ved horisontale aftaler, således være tale om hhv. faktiske eller potentielle konkurrenter inden for samme relevante marked.<sup>29</sup> Eftersom disse er i tæt konkurrence, bedømmes de strengere end vertikale aftaler på forskellige markeder.<sup>30</sup>

Ved potentielle konkurrenter skal forstås – som fastslået af EU-Domstolen – virksomheder, som ved en mindre investering og tidsmæssigt omfang, ville have faktisk mulighed for at bevæge sig ind på markedet individuelt, såfremt aftalen mellem disse ikke eksisterede.<sup>31</sup> Derudover gælder det, at både faktiske som potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, omfattes af forbuddet i art. 101, stk. 1.<sup>32</sup>

På baggrund af ovenstående og EU-Domstolens praksis, bliver det afgørende kriterium for vurderingen af, om en horisontal aftale har til formål at begrænse konkurrencen, således om denne ud fra en samlet vurdering af sagens relevante omstændigheder, er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.<sup>33</sup>

Det vil under afsnit 2.2.2, blive analyseret nærmere hvordan denne vurdering bliver taget ift. konsortier.

### **2.1.5 – Gruppefritagelse**

Såfremt det statueres, at en aftale mellem virksomheder begrænser konkurrencen, skal det undersøges, om aftalen kan fritages fra at rammes af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. og KRL § 6, på trods af den begrænsende virkning. Den første mulighed for fritagelse omfatter gruppefritagelserne, som er fastlagt af Kommissionen i en

---

<sup>26</sup>Sag C-67/13 P, CB, pr. 58

<sup>27</sup>Sag C-32/11, Allianz Hungaria, pr. 36

<sup>28</sup>Ibid. pr. 37

<sup>29</sup>Regulering af konkurrence i EU, 4 udgave. af Pernille Wegener Jessen, mfl., s. 33

<sup>30</sup>Regulating Competition in the EU, Jessen, Mortensen, Steinicke & Sørensen, Wolters Kluwer, 2016, s. 46

<sup>31</sup>Se bl.a. Kommissionens meddelelse om horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 10

<sup>32</sup>Sag C-7/95, John Deere, pr. 77

<sup>33</sup>Sag C-67/13 P, CB, pr. 57 og Sag C-373/14 P, Toshiba, pr. 26



række forskellige forordninger. De væsentligste at nævne i dette tilfælde, er gruppefritagelser for vertikale aftaler, gruppefritagelser angående horisontale aftaler og teknologioverførsler.<sup>34</sup> Fritagelserne fastslår, at visse aftaler som følge af deres lave markedsandel og specielle forhold, kan fritages hvis visse betingelser er opfyldt. Mest relevant at nævne for dette speciale, er gruppefritagelserne for forskning og udviklingsaftaler<sup>35</sup>, samt for specialiseringsaftaler<sup>36</sup>, da disse vedrører horisontale tilfælde. Inden for disse gruppefritagelser, er det primært aftaler der angår fælles produktion og afsætning eller forskning, som kan fritages.<sup>37</sup> Gruppefritagelserne er implementeret via en række bekendtgørelser i dansk ret efter KRL § 10.

Baggrunden for gruppefritagelserne er, at visse aftaler medfører så betydelige effektivitetsgevinster og så beskeden begrænsning af konkurrencen, at de falder under bestemmelserne i forordningerne.<sup>38</sup> Hvis en aftale falder under en af gruppefritagelserne, vil både Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder, kunne tilsidesætte fritagelsen, hvis aftalen har uforenelige virkninger ift. TEUF art. 101, stk. 3.<sup>39</sup> Det er tillige vigtigt at pointere, at såfremt en aftale findes at have *til formål* at begrænse konkurrencen, finder gruppefritagelserne ikke anvendelse., jf. KRL § 7, stk. 3.<sup>40</sup>

### 2.1.6 - Individuel fritagelse

Modsat gruppefritagelserne, er der også mulighed for individuel fritagelse på baggrund af en konkret vurdering af den pågældende aftale. Individuel fritagelse har hjemmel i TEUF art. 101, stk. 3. og KRL § 8 og består af 4 kumulative betingelser, der skal opfyldes for at der kan opnås fritagelse fra forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. og KRL § 6.

De 4 kumulative betingelser består af et krav om at aftalen:

1. Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
2. sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
3. ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
4. ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Der er således to positive og to negative betingelser, der fastsætter under hvilke omstændigheder der er mulighed for individuel fritagelse. Det er parterne, der udviser den konkurrencebegrænsende adfærd, der har bevisbyrden for at der findes

---

<sup>34</sup>Regulering af konkurrence i EU, 4 udgave. af Pernille Wegener Jessen, mfl., s. 70, afsnit 6.3

<sup>35</sup>Kommissionens forordning 1217/2010/EF af 14. december 2010

<sup>36</sup>Kommissionens forordning 1218/2010/EF af 14. december 2010

<sup>37</sup>Kommissionens meddelelse om horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 50

<sup>38</sup>Ibid. pkt. 50

<sup>39</sup>Forordning 1/2003/EF af 16. december 2002, art. 29

<sup>40</sup>Bestemmelsen er i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse om de minimis notice (C:2014:291:TOC), se pr. 13

effektivitetsgevinster, der kan opveje de konkurrencebegrænsende elementer.<sup>41</sup> Kommissionen har, som følge af det konkurrenceretlige skøn, der udøves ifm. vurderingen af hvorvidt overtrædelser kan fritages, konkretiseret i en meddelelse, selve foretagelsen af vurderingen efter TEUF art. 101, stk. 3.<sup>42</sup>

Fritagelsesmuligheden gælder ved alle niveauer af konkurrencebegrænsning, men Kommissionen har i dennes meddelelse slået fast, at det ikke er sandsynligt, at de såkaldte hardcore konkurrencebegrænsninger – herunder markedsopdeling, prisfastsættelse mv. – kan fritages.<sup>43</sup> En anden omstændighed der ændrer på vurderingen, er hvorvidt der er tale om en formålsovertrædelse, eftersom det som nævnt, ved disse overtrædelser, ikke er nødvendigt at undersøge faktiske konkurrencebegrænsende følger af aftalen. Derudover vil der ved aftaler som fritages efter bestemmelsen, kunne fastsættes betingelser for den individuelle fritagelse.<sup>44</sup> Den nærmere vurdering for konsortier vil blive analyseret i afsnit 2.2.3.

## 2.2 - Den konkurrenceretlige vurdering af udbudsretlige konsortier<sup>45</sup>

Det helt afgørende for denne afhandling, er selve den måde hvorpå udbudsretlige konsortier, behandles efter konkurrencereglerne. Det vil således være nødvendigt at analysere nærmere, hvordan konsortier placere sig i ift. den generelle konkurrenceretlige test, som er redegjort for i afsnit 2.1. Det skal dog have for øje, at konkurrencetesten som udgangspunkt behandler alle former for aftaler ens.

Som konstateret ud fra den generelle test, er der flere forhold, som skal undersøges ud fra en skønsmæssig konkurrenceretlig vurdering af en aftale. Specifikt hvad angår testen af, hvorvidt konsortier er lovlige, er det relevant at undersøge 1) hvorvidt parterne der er indgået i konsortieaftalen, er konkurrenter og 2) om aftalen mellem disse har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, samt 3) hvorvidt den begrænsende effekt kan accepteres som følge af effektivitetsgevinster. Denne test vil undersøges nærmere i de følgende afsnit 2.2.1, 2.2.2 og 2.2.3.

Det skal for den komplette forståelse af denne opgaves problemstilling, først kort defineres, hvad udbudsrettens overordnede formål er, samt hvad et udbudsretligt konsortium indebærer og i hvilket omfang disse er reguleret. Den nationale udbudsrets overordnede formål er som nævnt i UBL § 1, gennem effektiv konkurrence at opnå den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, dvs. skabe det mest konkurrencedygtige tilbud og derved laveste pris for den offentlige ordregiver. Konsortiekonstruktionen består af en aftale mellem virksomheder med det ene formål at udnytte de synergier, der opnås ved samarbejdet, til at byde på en udbudsopgave, afgivet af en offentlig ordregiver. Baggrunden for, at det er den ovenfor nævnte test

---

<sup>41</sup>Ibid. art. 2

<sup>42</sup>Regulering af konkurrence i EU, 4 udgave. af Pernille Wegener Jessen, mfl., s. 67

<sup>43</sup>Kommissionens meddelelse vedrørende retningslinjer for anvendelsen af traktatens art. 81, stk. 3, se f.eks. pkt. 46 og 79

<sup>44</sup>Regulering af konkurrence i EU, 4 udgave. af Pernille Wegener Jessen, mfl., s. 196, afsnit 7.7

<sup>45</sup>Begrebet konsortium skal forstås som en fællesbetegnelse for en sammenslutning af aktører – uanset dennes juridiske form – der går sammen med det formål at byde på et offentligt udbud.

der skal undersøges, er at konsortiesamarbejder hovedsageligt kommer i krambolage med de konkurrenceretlige regler, når der er tale om horisontale markedsføringsaftaler, som f.eks. angår fælles prisfastsættelse og/eller markedsfordeling.

Reguleringen af konsortier er af EU-lovgiver overladt til medlemsstaterne, således at reglerne for dannelsen og lovligheden af udbudsretlige konsortier primært forestås af den nationale lovgiver.<sup>46</sup> Udbudsdirektivet fastslår, at det skal være muligt for flere økonomiske aktører at byde samlet og at disse kun på objektivet og proportionelt grundlag, må behandles anderledes end individuelle tilbudsgivere.<sup>47</sup> Udbudsloven implementerer og fastslår langt hen af vejen, de samme regler og udnytter således ikke muligheden for i nærmere omfang, at regulere dannelsen af konsortier.<sup>48</sup> Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at det væsentligste er, at konsortier ikke inden for udbudsrettens rammer, behandles anderledes end individuelle tilbudsgivere, medmindre den differentierede behandling som nævnt, er objektivet begrundet og proportional.<sup>49</sup> Den danske lovgiver ønsker dermed, så vidt muligt, at give de samme konkurrencemæssige vilkår for konsortier, som der er for individuelle tilbudsgivere.

Uden at gå nærmere i dybden med UBL § 137, stk. 1, nr. 4, skal det dog nævnes, at denne bestemmelse regulerer muligheden for, at ordregiveren i et udbud kan vælge at tilbudsgivere skal udelukkes fra udbuddet, såfremt der findes tilstrækkeligt med plausible indikationer for, at der er sket konkurrencefordrejning. Denne vurdering, sammenholdt med den konkurrenceretlige vurdering, vil blive diskuteret i afsnit 4.1.4.

Konsortier er således reguleret i et meget begrænset omfang og der er ligeledes skrevet meget lidt om emnet i den juridiske litteratur, samtidig med at der næsten ingen EU-praksis er på området. Dette skyldes primært, at udbudsretlige konflikter ofte er nationale og dermed håndteres i nationalt regi.<sup>50</sup> Baggrunden for at konsortier, modsat alle andre former for sammenslutninger er interessante ift. konkurrenceretten, er som nævnt, at disse både kan have konkurrencefremmende, som konkurrencebegrænsende virkninger, på trods af deres ofte horisontale islæt, baseret på markedsføringsaftaler. Derudover sker de også i fuld offentlighed modsat f.eks. normale karteller.

## **2.2.1 - Konkurrentvurderingen**

### ***2.2.1.1 - Den teoretiske baggrund***

Det første, der skal vurderes ved den konkurrenceretlige behandling af konsortier, er som nævnt ovenfor og i afsnit 2.1.4, hvorvidt deltagerne af konsortiet på objektivet grundlag er faktiske eller potentielle konkurrenter ift. det specifikke udbud.<sup>51</sup> Det

---

<sup>46</sup>Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. Udgave, af Albert Sanchez Graells, s. 336-337

<sup>47</sup>Udbudsdirektivet 2014/24/EU, pkt. 15, samt art. 19 (2)

<sup>48</sup>Udbudslovens § 139, stk. 1-6

<sup>49</sup>LFF den 7. oktober 2015 af erhvervs- og vækstministeren s. 159, højre sp. (Lovforslag nr. L19)

<sup>50</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 3

<sup>51</sup>Ibid. s. 4, afsnit 2

er således nødvendigt, at gå længere end blot at fastsætte, at deltagerne er konkurrenter på samme relevante horisontale marked, de skal tillige være konkurrenter ift. den specifikke udbudsopgave.<sup>52</sup> For at forstå denne forskel er det nødvendigt at overføre Kommissionens beskrivelse af begrebet *faktiske* og *potentielle* konkurrenter på relevante markeder til udbudskonstruktionen.<sup>53</sup>

Konsortiedeltagere er *faktiske konkurrenter*, når disse har de fornødne ressourcer, til individuelt at opfylde kravsspecifikationerne i den pågældende udbudsopgave. Modsat vil konsortiedeltagere være *potentielle konkurrenter*, såfremt disse ved forholdsvist let, indenfor en kort periode, selvstændigt og realistisk, på objektivt grundlag, kan investere i de nødvendige ressourcer, for at kunne opfylde kravsspecifikationerne i udbudsopgaven.<sup>54</sup> Det bliver derfor også nødvendigt at vurdere, hvor mange ressourcer, det kan kræves at der investeres i, før det kan findes at konsortiedeltageren objektivt vil kunne opfylde kravsspecifikationerne i udbuddet selv.<sup>55</sup> Hvordan vurderingen af faktiske og potentielle konkurrenter foretages og hvad der er væsentligt i vurderingen af om konsortiedeltagere anses som konkurrenter vil blive diskuteret nærmere i afsnit 4.1.2.

Ift. hvilke specifikke elementer, der kan inddrages i vurderingen af, hvorvidt konsortiet er nødvendigt for at kunne byde på den pågældende udbudsopgave, fremgår det bl.a. af erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål ifm. udarbejdelsen af KRL, at:<sup>56</sup>

*”Et nødvendigt samarbejde i et konsortium eller i en form for joint venture kan vedrøre erfaring og specialviden, tilstrækkelig kvalitetssikring, sikring af rettidige leverancer til opgaven og tilstedeværelse af tilstrækkelig kapacitet, finansiel styrke til gennemførelse af de for opgaven fornødne investeringer etc.”*

Det er således ovenstående parametre, der inddrages i kapacitetsvurderingen og til at støtte op om dette, fremgår det ydermere af bemærkningerne til KRL, at såfremt en virksomhed, ikke alene ville kunne byde ind på en opgave, grundet krav til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer, er aftalen ikke konkurrencebegrænsende.<sup>57</sup> Det fremgår ligeledes af Kommissionens vejledning om horisontale aftaler, at konsortieaftaler indgået af deltagere, der ikke enkeltvis kunne gennemføre den konkrete udbudsopgave, ikke er potentielle konkurrenter, og derfor ikke har en konkurrencebegrænsende virkning.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup>Ibid.

<sup>53</sup>Kommissionens meddelelse om horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 10

<sup>54</sup>Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejder ift. konkurrenceloven (2018), s. 11 og Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), se afsnit 2 (D) (iii)

<sup>55</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), se afsnit 2 (D) (iii)

<sup>56</sup>Besvarelse af spm. 106 (L 172 – bilag nr. 77) af 9. april 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalgs bilag 113

<sup>57</sup>Forarbejderne til KRL (lov nr. 384 af 10. juni 1997), se under bemærkningerne til loven, s. 3659, højre. sp.

<sup>58</sup>Kommissionens meddelelse om horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 237

### 2.2.1.2 - Den praktiske baggrund

Ud fra ovenstående står det forholdsvist klart, hvordan konkurrentvurderingen *i teorien skal foretages* og på baggrund af hvilke elementer. Angående den praktiske anvendelse af de forskellige elementer, som kan inddrages, er der en ældre Kommissionsafgørelse ECR 900, der har taget stilling til, hvordan konkurrentvurderingen af konsortiedeltagere *sker i praksis*.<sup>59</sup> I afgørelsen blev det konstateret, at grundet høje omkostninger, den begrænsede tidsmængde, finansielle krav, medarbejderkapacitet og finansiell risiko, var konsortiedeltagerne ikke konkurrenter iht. den tidligere EØF art. 85.<sup>60</sup> Eftersom konsortiedeltagerne ikke hver især kunne løftet den pågældende opgave, var konsortiesamarbejdet således lovligt.<sup>61</sup>

Sagen er speciel, da der var tale om meget høje udviklingsomkostninger for virksomhederne, hvorfor der var en stor finansiell risiko forbundet med udførelsen af udbudsopgaven.

Specielt hvad angår inddragelsen af finansiell risiko er det afgørende, at denne risiko baseres på objektive økonomiske grunde, således at det ikke er subjektive forhold, som inddrages ved vurderingen.<sup>62</sup>

Hvad angår kapacitetsvurderingen er det på trods af de mange elementer som kan inddrages, ikke entydigt fastslået i praksis, hvorledes denne faktisk beregnes. Konsortiedeltagere har dermed ikke nemt ved at gennemskue og vurdere, hvordan kapaciteten skal udregnes og på baggrund af hvilke specifikke aspekter. Dette omfatter f.eks. tvivlsspørgsmålet angående, hvorvidt faste og forventede kunder kan indberegnes i kapacitetsberegningen, ved vurderingen af om konsortiedeltagere kan byde selvstændigt på udbudsopgaven.

Konkurrencerådet har i få tilfælde haft mulighed for at håndtere udbudsretlige konsortier ift. konkurrenceretten. Det har i denne forbindelse problematiseret håndteringen af konsortier yderligere, at det også har en indvirkning på konkurrentvurderingen, hvorvidt der er mulighed for at afgive delbud i udbuddet. I Skive og Omegns Vognmandsforeningssag,<sup>63</sup> fandtes en lang række vognmænd – som ved fælles bud via deres vognmandsforening, havde budt samlet på 11 delaftaler – at have tilstrækkelig kapacitet til at kunne byde individuelt på de enkelte deludbud.

Konsortiedeltagere skal dermed sikre sig at de ikke har selvstændig kapacitet til at byde på de enkelte deludbud.

Som det vil blive analyseret i vejstribesagen i afsnit 3.1.5, er der med Højesterets afgørelse ikke blevet taget stilling til den nærmere kapacitetsvurdering ift. konkurrentbegrebet, som følge af at der også i denne sag var mulighed for at byde på deludbud. Det er således fortsat usikkert, hvorvidt kapacitetsvurderingen ift. medarbejdere, maskiner osv. tager udgangspunkt i en allokering af f.eks. 80%, 100% eller 120% af virksomhedens kapacitet og dermed hvor meget af en virksomheds kapacitet, der skal anvendes ved vurderingen af, om denne er konkurrent med en

---

<sup>59</sup>90/446/EEC – Konsortium ECR 900

<sup>60</sup>Denne art. er en ældre version af TEUF art. 101

<sup>61</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 6

<sup>62</sup>Kommissionens meddelelse vedrørende anvendelsen af TEUF art. 81, stk. 3 (2004/C 101/08), pkt. 18 (1) og Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 7

<sup>63</sup>Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, sag 12/06678 (SOV)

anden konsortiedeltager. Det spændende spørgsmål bliver ift. kapacitetsvurderingen, hvordan denne – på trods af Højesterets manglende stillingtagen – vil og bør blive vurderet i fremtiden. Dette spørgsmål diskuteres nærmere i afsnit 4.1.2.

### **2.2.1.3 - Delkonklusion**

Det kan på baggrund af ovenstående findes, at konkurrentvurderingen ift. udbudsretlige konsortier, på nuværende tidspunkt, baserer sig på en sammenholdelse mellem konsortiedeltagernes kapacitet og udbudsopgavens kravsspecifikationer. Dette har til formål at vurdere, hvorvidt de enkelte deltagere selvstændigt har kunne byde på enten den samlede opgave eller såfremt der er deludbud, på disse.

## **2.2.2 – Formålsvurderingen**

Såfremt det konstateres, at konsortiedeltagerne er faktiske eller potentielle konkurrenter, vil det være nødvendigt at vurdere, hvorvidt konsortiet har haft til formål eller effekt, faktisk eller potentielt at begrænse konkurrencen, som redegjort for i afsnit 2.1.4. Medlemsstaternes praksis, har i denne situation, som også vil blive set senere, hovedsageligt klassificeret og håndteret konsortier efter formålsvurderingen, hvorfor det er denne, som vil blive analyseret nærmere.

Baggrunden for at konsortier, oftest håndteres efter formålsvurderingen, skyldes at udbudsretlige konsortier ifølge deres natur altid vil angå fastsættelse af en fælles pris. Dannelsen af konsortier falder dermed ind under formålsvurderingen, medmindre der er tale om egentlige produktionssamarbejder.<sup>64</sup> Det bliver således afgørende for bedømmelsen af konsortier, hvorvidt disse ud over den fælles prisfastsættelse, angår markedsføringsaftaler eller produktionssamarbejder. Eftersom konsortier, som nævnt i afsnit 2.1.4 oftest består af markedsføringsaftaler, falder de under formålsvurderingen og behandles dermed på samme måde som karteller.

Det er ud fra den praksis, som er beskrevet ovenfor i afsnit 2.1.4 konstateret, at formålsvurderingen tager sit udgangspunkt i en objektiv undersøgelse og bedømmelse, af (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Parternes subjektive hensigt med konsortieaftalen kan indgå i formålsvurderingen, men dette er ikke et krav.<sup>65</sup>

Det er i denne sammenhæng interessant at se på, hvor intensiv undersøgelsen af de tre bedømmelseskriterier er i praksis.

Undersøgelsen begrænses imidlertid ifølge EFTA-domstolens praksis, når der er tale om fælles prisfastsættelse eller markedsopdeling, især hvad angår spørgsmålet om den økonomiske og retlige sammenhæng.<sup>66</sup> Eftersom konsortier i udbudsretlig henseende næsten altid vil omfatte fælles prisfastsættelse<sup>67</sup>, vil konsortier ofte grun-

---

<sup>64</sup>Kommissionens meddelelse om horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 160 og 234

<sup>65</sup>Sag C-67/13 P, CB, pr. 54

<sup>66</sup>EFTA domstolens præjudicielle forelæggelse i sag E-3/16 (Ski Taxi/Follo taxi), pr. 92-93 og Sag C-373/14 P, Toshiba, pr. 29

<sup>67</sup>Den Norske Højesterets dom af 22. juni 2017 sag 2015/1026 (Ski Taxi), pr. 55

det den udbudsretlige sammenhæng, findes at have til formål at begrænse konkurrencen. Som nævnt tidligere i afsnit 2.1.4 har EU-Domstolen slået fast, at der skal ske en indskrænkende fortolkning ift. formålsvurderingen. Det kan ud fra dette diskuteres, hvorvidt den norske Højesterets afgørelse i Ski Taxi sagen passer med EU-Domstolens krav til formålsvurderingen, og det er også denne tilgang en række advokater fra Baker McKenzie har til formålsvurderingen.<sup>68</sup>

De argumenterer i artiklen for, at myndighederne i medlemsstaterne, samt Kommissionens vurdering af at anse konsortier som havende til formål at begrænse konkurrencen, ikke er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, som præciseret i CB-sagen.<sup>69</sup> Det er dermed også interessant at se, om EU-Domstolen vil håndtere en sag angående udbudsretlige konsortier ift. TEUF art. 101, stk. 1, på samme måde som hhv. Kommissionen og de nationale medlemsstater. Såfremt konsortier efter praksis per definition falder ind under formålsvurderingen, vil det som nævnt tidligere medføre at bl.a. gruppefritagelserne i denne situation bliver illusoriske. Angående muligheden for individuel fritagelse, vil det ligeledes være svært for virksomhederne at bevise, at der er konkurrencefremmende effektivitetsgevinster, såfremt aftalen anses at have et konkurrencebegrænsende formål.<sup>70</sup>

Uanset den omstændighed at alle former for aftaler falder under TEUF art. 101, stk. 1 og KRL § 6, er der ikke nogen tvivl om at konsortiekonstruktionen adskiller sig på væsentlige områder ift. f.eks. karteller. Dette er bl.a. ift. den åben- og offentlighed konsortier dannes på baggrund af. Formålsvurderingen har, som nævnt tidligere, efter EU-Domstolens praksis til formål at finde anvendelse på visse hemmelige aftaler, af sådan karakter, at disse med sikkerhed har til formål at begrænse konkurrencen.<sup>71</sup>

Domstolen henviser direkte til, at kartellers hemmelige adfærd ved horisontale prisfastsættelser, ikke kræver en undersøgelse af disses konkurrencebegrænsende følger. Nationale domstole – især i Norge, Sverige og Danmark – har valgt at overføre denne vurdering til udbudsretlige konsortier, der som sådan ikke er hemmelige.<sup>72</sup> I alle tre sager henvist til i fodnote 72, fandt man frem til, at når der var tale om horisontale markedsføringsaftaler i form af prisfastsættelse, havde konsortierne i sagerne til formål at begrænse konkurrencen. Dette var uanset den omstændighed, at der ikke var nogen hemmelig adfærd.

EFTA-domstolen nævner i sin præjudicielle forelæggelse i Ski Taxi sagen at åben- og offentlighed, hvad angår aftalen mellem konsortiedeltagerne, kan være en indikator for, at aftalen ikke har til formål at begrænse konkurrencen.<sup>73</sup> EU-Domstolen har i BIDS sagen, der ikke angår et konsortium, men derimod en aftale som sker i

---

<sup>68</sup>Sweet and Maxwell, European Competition Law Review (2018) vol. 39 (10), antitrust scrutiny of joint bidding arrangements around the world, s. 431

<sup>69</sup>Ibid.

<sup>70</sup>Ibid. nederst s. 432

<sup>71</sup>Sag C-67/13 P, CB, pr. 51

<sup>72</sup>Se f.eks. sagerne, Norske Høyesteretts dom af 22. juni 2017 sag 2015/1026 (Ski Taxi), T 18896-10 fra Stockholms Tingsrätt af 21. januar 2014 (Dæksagen) og Højesterets dom afsagt onsdag den 27. november 2019 (Vejstribesagen)

<sup>73</sup>EFTA domstolens præjudicielle forelæggelse i sag E-3/16 (Ski Taxi), pr. 106

åbenhed, som følge af en anmeldelse til de nationale konkurrencemyndigheder konstateret, at BIDS-aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.<sup>74</sup> At aftalen sker i offentlighed er således ikke isoleret set en omstændighed, der kan medføre, at aftalen ikke ville kunne have til formål at begrænse konkurrencen, men kan formentlig inddrages ved vurderingen af muligheden for individuel fritagelse.<sup>75</sup>

Det store spørgsmål hvad angår formålsvurderingen af konsortier bliver således, hvordan EU-Domstolen vil håndtere dette i praksis og om denne vil foretage den samme vurdering, som de nationale konkurrencemyndigheder og domstole i medlemsstaterne. Derudover er det interessant om EU-Domstolen vil ændre på medlemsstaternes praksis af klassificeringen af konsortier, som havende til formål at begrænse konkurrencen. I afsnit 4.1.3 vil dette diskuteres og en potentiel løsning vil præsenteres og vurderes.

### **2.2.2.1 - Delkonklusion**

Det må ud fra ovenstående analyse af praksis, hvad angår formålsvurderingen af konsortiedannelser konstateres, at så længe konsortier håndteres på samme måde som karteller, vil disse oftest klassificeres som værende formålsovertrædelser. Dette er eftersom konsortier per definition angår prisfastsættelse og som nævnt tidligere sjældent omfatter et egentligt produktionssamarbejde. Det er på trods af ovenstående, dog fortsat afgørende om aftalen ud fra en samlet vurdering af sagens relevante omstændigheder, er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

### **2.2.3 – Effektivitetsgevinster**

Som konkluderet angående hhv. konkurrentvurderingen og formålsvurderingen er konsortier konkurrenceretligt udsatte, eftersom den test de ofte gennemgår – som værende horisontale markedsføringsaftaler – er streng. Oftest vil konsortiet kun undgå at blive ramt af konkurrenceforbuddet, såfremt konsortieaftalen fritages efter TEUF art. 101, stk. 3. og KRL § 8, stk. 1. som er redegjort for i afsnit 2.1.6. Den individuelle fritagelse er yderligere af stor betydning, eftersom det umiddelbart kun er under TEUF art. 101, stk. 3, at inddragelsen af legitime og konkurrencefremmende formål kan ske.<sup>76</sup> Derudover problematiseres muligheden for fritagelse, da størstedelen af konsortier, som nævnt tidligere, er blevet defineret som havende til formål at begrænse konkurrencen, og det derfor er svært at opveje konkurrencebegrænsningen.<sup>77</sup> Dette medfører tillige, at gruppefritagelserne oftest ikke finder anvendelse på udbudsretlige konsortier.

Konsortier er specielle derved, at de som følge af den udbudsretlige sammenhæng, hvori de gør sig gældende, i de fleste tilfælde er konkurrencefremmende og derved skaber effektivitetsfordele. Det skal i den forbindelse, ud fra en samlet vurdering der tager udgangspunkt i de fire kumulative fritagelseskriterier, undersøges om de

---

<sup>74</sup>Sag C-209/07, BIDS, pr. 10

<sup>75</sup>Ibid. pr. 21

<sup>76</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 8, øverst og s. 15, afsnit 5

<sup>77</sup>Sweet and Maxwell, European Competition Law Review (2018) vol. 39 (10), antitrust scrutiny of joint bidding arrangements around the world, s. 432, sidste del under afsnittet "The efficiency exemption"



konkurrencefremmende elementer, opvejer de konkurrencebegrænsende aspekter i aftalen.

Det afgørende for at et konsortium kan fritages er således, at dette afføder en række effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinsterne skal tillige være til gavn for forbrugeren, hvilket skal fortolkes bredt, således at både ordregiver, eventuelle mellemlid og den endelige forbruger indgår i vurderingen.<sup>78</sup> Derudover skal de konkurrencebegrænsende virkninger, konsortieaftalen medfører, være nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, og aftalen må ikke udelukke konkurrence fra andre mulige tilbudsgivere.<sup>79</sup> Som nævnt tidligere, er det konsortiedeltagerne, der skal påvise at sådanne effektivitetsgevinster eksisterer, og at disse opvejer den konkurrencebegrænsende virkning af konsortiet.<sup>80</sup>

### **2.2.3.1 - Forskellige overvejelser om effektivitetsgevinster**

Ved effektivitetsgevinster forstås f.eks. omkostningsbesparelser som følge af stor-driftsfordele, knowhow, effektivitet i distributionen, forøget kvalitet, risikospredning o. lign. Det er dog mest interessant at analysere de effektivitetsgevinster, der oftest viser sig ved konsortier i form af horisontale markedsføringsaftaler.

#### *Inddragelse af tilbuddets konkurrencedygtighed som effektivitetsgevinst*

Det fremgår af udvalgsbehandlingen til konkurrenceloven, at såfremt konsortiesamarbejdet bevirker et mere konkurrencedygtigt tilbud, kan dette inddrages som en effektivitetsgevinst efter KRL § 8.<sup>81</sup> Det problem som oftest opstår, er at bevise, at det konkurrencedygtige tilbud er bedre end det tilbud konsortiedeltagerne kunne have afgivet individuelt, hvis de var i konkurrence med hinanden.

Dette skyldes at bevisførelsen vil bestå af hypotetiske overvejelser om hvordan konkurrencen og de afgivende tilbud, havde set ud, såfremt konsortiet ikke have eksisteret. Dette er en svær bevisbyrde at løfte. Det er bl.a. også denne problematik som fremstår af Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser i vej-stribesagen som analyseres i afsnit 3.

I Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003 i Cateringsagen bliver et konsortium individuelt fritaget efter KRL § 8 på trods af, at dette angår en horisontal markedsføringsaftale i form af prisfastsættelse og markedsopdeling.<sup>82</sup> Argumentationen er bl.a., at konsortiedeltagerne *tvivlsomt* ville kunne byde individuelt og dermed indirekte, at konsortiedeltagerne ikke ville kunne præstere det samme konkurrencedygtige tilbud foruden hinanden.<sup>83</sup> En konsortiedeltager skal således ifl. sagen bevise, at aftalen har konkurrencefremmende elementer, som gør det muligt at byde

---

<sup>78</sup>Forarbejderne til KRL (lov nr. 384 af 10. juni 1997), s. 3663, v. sp.

<sup>79</sup>Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejder ift. konkurrenceloven (2018), s. 27

<sup>80</sup>Kommissionens meddelelse vedrørende retningslinjer for anvendelsen af traktatens art. 81, stk. 3, pkt. 41

<sup>81</sup>Besvarelse af spm. 106 (L 172 – bilag nr. 77) af 9. april 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalgs bilag 113, sidst del

<sup>82</sup>Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003 ”Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schultz A/S” (Catering-sagen), pr. 1 og 2

<sup>83</sup>Ibid. pr. 99 og 100

på og effektivisere udbuddet, og at det ikke uden konsortiesamarbejdet med sikkerhed var muligt at byde.

#### *Inddragelse af risikospredning som effektivitetsgevinst*

En anden problematik angår anvendelsen af risikospredning som effektivitetsgevinst, hvilket i begrænset omfang er blevet inddraget, på trods af at der generelt ses en tendens til, at udbudsopgaverne blive større og dermed mere risikobelagt.<sup>84</sup> Som det ses af ECR 900 afgørelsen nævnt tidligere, kan den finansielle risiko ved et udbud tages i betragtning. Dette gælder både ift. vurderingen efter TEUF art. 101, stk. 1, om hvorvidt konsortieaftalen er konkurrencebegrænsende, men også om en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages efter TEUF art. 101, stk. 3.<sup>85</sup> På nuværende tidspunkt kan det angående sidstnævnte være et element i den samlede vurdering om individuel fritagelse, at der sker nødvendig risikospredning.<sup>86</sup>

Risikospredning medfører større sikkerhed og større sikkerhed medfører færre omkostninger ift. tilbudsgivernes omkostninger til f.eks. erhvervsforsikringer og lignende, hvilket bevirker en mere konkurrencedygtig pris.<sup>87</sup> Det skal i denne henseende bemærkes, at formålet med udbudsretten, som nævnt i afsnit 2.2, og ordregiverens ønske netop er, at det økonomisk mest fordelagtige, kvalitetsmæssige og konkurrencedygtige tilbud afgives ifm. et udbud. Det er i denne sammenhæng interessant at overveje, hvorvidt der i fremtiden i højere grad ved anvendelsen af konkurrenceretten, bør tages hensyn til de bagvedliggende formål i udbudsretten og nærmere bestemt ift. dannelsen af konsortier som en udbudsretlig konstruktion.

#### **2.2.3.2 - Delkonklusion**

Det kan konkluderes, at muligheden for individuel fritagelse efter TEUF art. 101, stk. 3 og KRL § 8 er essentiel for de virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium. Så længe størstedelen af konsortier anses af have til formål at begrænse konkurrencen, er det nødvendigt for konsortiedeltagerne på forhånd at have overvejet om konsortiets konkurrencefremmende elementer opvejer de konkurrencebegrænsende aspekter, således at disse kan fritages.

Den individuelle fritagelse vil ikke blive diskuteret nærmere, eftersom denne ikke får en afgørende rolle i vejstribesagen, hvilket er hovedemnet for diskussionen i afsnit 4.

---

<sup>84</sup>Se hertil vejstribesagen og henvisningen til McKinsey rapporten af 2010 i Konkurrencerådet- og ankenævnets afgørelse

<sup>85</sup>Kommissionens meddelelse vedrørende retningslinjer for anvendelsen af traktatens art. 81, stk. 3, pkt. 44, sidste del

<sup>86</sup>Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejder ift. konkurrenceloven (2018), s. 30

<sup>87</sup>Ibid. s. 31

### **3. Domsanalyse af Vejstribesagen og Kailow Graphic afgørelsen**

#### **3.1 - Dansk Vejstribe Konsortium**

Det centrale for denne opgave er de fire afgørelser i vejstribesagen, da det er disse afgørelser der i sidste ende – med Højesterets afsluttende ord – får en indflydelse på, hvordan konsortier i praksis skal vurderes. Som nævnt tidligere, er mængden af regulering, praksis og teori omkring dannelsen af konsortier, yderst begrænset. I det følgende vil der foretages en analyse af de forskellige afgørelser, mhp. at få en afklaring af hvor de adskiller sig, samt hvordan de i en komparativ sammenhæng differentierer sig. Baggrunden for, at de første tre afgørelser inddrages, skyldes at disse giver en fornemmelse af den problemstilling som de dømmende organer har stået over for, samt at de er med til at belyse, hvorfor Højesteret har håndteret situationen som den har.

Det skal kort nævnes, at LKF (GVCO) og Eurostar i høj grad baserer deres anbringender på det samme retlige og faktiske grundlag, hvorfor disse behandles samlet som værende DVK.

##### **3.1.1 - Faktum i Vejstribesagen**

Da sagen først startede i 2014, var der ifølge Konkurrencestyrelsen syv aktører på markedet for vejmarkering, hvoraf fire aktører står for størstedelen af markedet. LKF har den største markedsandel og Eurostar den næststørste.<sup>88</sup> Den tredjestørste konkurrent Guide-lines A/S vinder i 2012 vejstribeopgaver i fem distrikter, men formår ikke at løfte opgaven, hvorfor vejdirektoratet i 2014 genudbyder tre distrikter.

Der er på dette tidspunkt tre tilbudsgivere, som byder på opgaven, hvoraf konsortiet mellem LKF og Eurostar er en af disse. Konsortiet vinder den samlede opgave som følge af udbudsstrukturen, der giver mulighed for at afgive en samlet rabat, når man byder på det samlede udbud. Guide-Lines A/S er en af de øvrige bydende virksomheder og denne klager over afgørelsen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

##### **3.1.2 - Konkurrencerådets afgørelse**

Den 24. juni 2015 træffer Konkurrencerådet deres afgørelse på baggrund af de undersøgelser og analyser som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har foretaget. Det første store spørgsmål, der tages fat på, er hvorvidt Eurostar og LKF er konkurrenter ift. hinanden. Styrelsen lægger i deres afgørelse vægt på, at udbuddet gav mulighed for deludbud, således at konkurrencen har udspillet sig omkring disse. Selve den test styrelsen foretager, er en test af, hvorvidt de to virksomheder hver især kunne have budt på de enkelte deludbud på baggrund af deres selvstændige kapacitet. Der er som redegjort for tidligere i afsnit 2.2.1, tale om en yderst kompliceret vurdering, som tager udgangspunkt i virksomhedens interne kapacitetsfor-

---

<sup>88</sup>Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, sag 14/04158 ”Dansk Vejstribe Konsortium”, pkt. 56

hold. Modsat styrelsen har DVK ifm. konsortiedannelsen kun udarbejdet kapacitetsvurderingen for de to virksomheder ud fra, hvorvidt disse ville have kapacitet til det samlede udbud og ikke deludbuddene.<sup>89</sup>

Styrelsen vælger at udarbejde deres egen kapacitetsvurdering og tager både stilling til, hvorvidt virksomhederne har kapacitet til at byde på deludbud hver især, men også på det samlede udbud ud fra styrelsens egen vurdering.<sup>90</sup> Styrelsen kommer i deres undersøgelse frem til, at parterne hver især har kapacitet til både at byde på deludbud og på det samlede udbud. Dette gør de ud fra en kapacitetsvurdering, der baserer sig på 100% eller mere af virksomhedernes kapacitet.<sup>91</sup>

Styrelsen slår hermed fast at vurderingen af, hvorvidt virksomhederne har haft mulighed for at byde og håndtere udbuddet selv, skal vurderes ud fra hele virksomhedernes kapacitet. Styrelsen konstaterer samtidigt, at konsortiedeltagerne, kun under særlige omstændigheder, kan inddrage fremtidige aftaler, der er indgået på udbudstidspunktet med eventuelle nye kunder og kernekunder.<sup>92</sup> Styrelsen inddrager tillige den hypotetiske mulighed for, at virksomheden ville kunne investere i nyt mandskab og produktionsapparat, således at vurderingen reelt set bliver mere end 100% af kapaciteten.<sup>93</sup>

DVK modargumenterer, at kapacitetsvurderingen udelukkende skal tage udgangspunkt i det samlede udbud, eftersom konkurrencen ifølge dem kun omhandler dette.<sup>94</sup> DVK argumenterer tillige, at kapacitetsvurderingen skal tage udgangspunkt i en realistisk vurdering af en virksomheds reelle kapacitet, således at faste kunder og allerede planlagte opgaver, som håndteres sideløbende med udbuddet, skal inddrages ved vurderingen af virksomhedens kapacitet.<sup>95</sup> Dette vil medføre, at virksomhedens kapacitet ift. at håndtere udbuddet selv, vurderes ud fra f.eks. 60-80% restkapacitet.<sup>96</sup> Betydningen af dette, vil som nævnt tidligere, blive diskuteret i afsnit 4.2.1.

Eftersom Styrelsen når frem til, at virksomhederne har haft kapacitet til at byde hver især, konkluderer de på baggrund af dette, at Eurostar og LKF er konkurrenter. Styrelsen tager herefter stilling til, hvorvidt aftalen mellem de to konkurrenter, har haft til formål at begrænse konkurrencen.

Styrelsen gennemgår herefter de forskellige kriterier – der har udgangspunkt i EU-Domstolens faste praksis – som er redegjort for tidligere i afsnit 2.2.2 angående formålsvurderingen. Den finder på baggrund af disse, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen og konsortiet således er i strid med KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1, litra a og c.<sup>97</sup>

---

<sup>89</sup>Ibid. pkt. 209

<sup>90</sup>Ibid. pkt. 213

<sup>91</sup>Ibid. pkt. 445, 447 og 516

<sup>92</sup>Ibid. pkt. 444 og 451

<sup>93</sup>Ibid. pkt. 522

<sup>94</sup>Ibid. pkt. 252-255

<sup>95</sup>Ibid. pkt. 256-259

<sup>96</sup>Ibid. pkt. 174

<sup>97</sup>Ibid. pkt. 800

Det som styrelsen lægger vægt på i sin vurdering, er det forhold, at konsortier behandles på samme måde som alle andre aftaler iht. Konkurrenceretten.<sup>98</sup> Derudover konstaterer den, at der i dette tilfælde er tale om hardcore konkurrencebegrænsende omstændigheder, i form af en markedsføringsaftale med opdeling af markedet og fælles prisfastsættelse.

Styrelsen sidestiller hermed konsortiet med en egentlig karteldannelse. Formålsvurderingen medfører også, at styrelsen på denne baggrund kan konstatere, at konsortieaftalen opfylder mærkbarhedskravet, således at der ikke selvstændigt skal tages stilling til dette spørgsmål.<sup>99</sup>

Modsat styrelsen finder DVK, at der ikke udelukkende med afsæt i en formålsvurdering, kan tages stilling til, hvorvidt konsortiet har haft en konkurrencebegrænsende virkning. DVK mener derimod, at der tillige skal inddrages en følgevurdering af aftalen.<sup>100</sup>

Det sidste styrelsen tager stilling til er, hvorvidt undtagelsesreglen i KRL § 8 om individuelle fritagelser gør sig gældende i denne situation, således at den konkurrencebegrænsende virkning, kan opvejes af de fordele konsortiet medfører. Styrelsen gør det i denne forbindelse klart, at der ikke er mulighed for gruppefritagelse som følge af, at der er tale om en horisontal markedsføringsaftale med fælles afsætning af tjenesteydelser.<sup>101</sup>

DVK har i sagen fremlagt en række effektivitetsgevinster, som styrelsen vurderer. Styrelsen konstaterer, at det forhold at DVK har foretaget en fordeling af distrikterne mellem sig og dermed ikke har sammenblandet medarbejdere og produktion fører til, at de har håndteret vejmarkeringen separat. Da der ikke er andre forhold, der kunne styrke effektiviteten ift. distribution, produktion eller bedre teknologisk og økonomisk udvikling, er der således ikke nogen effektivitetsfordele forbundet med konsortiedannelsen.

Angående spørgsmålet om den konkurrencedygtige pris, statuerer styrelsen udelukkende, at subjektive formål med aftalen og den omstændighed at der er deludbud medfører, at dette argument ikke kan inddrages som effektivitetsgevinst. Styrelsen finder samlet set at der ikke er præsenteret nogle forhold, der kan opfylde de fire kumulative betingelser i KRL § 8.<sup>102</sup>

Den afsluttende konklusion bliver således, at aftalen indgået mellem LKF og Eurostar om dannelsen af konsortiet ”Dansk Vejmarkerings Konsortium” er ulovlig, som følge af at være i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup>Ibid. pkt. 364

<sup>99</sup>Ibid. pkt. 796-798

<sup>100</sup>Ibid. pkt. 262-265

<sup>101</sup>Ibid. pkt. 802

<sup>102</sup>Ibid. Afsnit 4.4.2

<sup>103</sup>Ibid. pkt. 855-856

### 3.1.3 - Konkurrenceankenævnets afgørelse

DVK anker Konkurrencerådets afgørelse til ankenævnet og gengiver i denne sammenhæng langt hen ad vejen de samme anbringender som tidligere.

DVK redegør som det første for, at vurderingen af hvorvidt Eurostar og LKF er konkurrenter, skal tage sit udgangspunkt i det samlede udbud ift. kapacitetsvurderingen mv. DVK henviser af nyt materiale her til en rapport udarbejdet af Copenhagen Economics som forsøg på at slå fast, at Eurostar ikke havde kapacitet til at byde på det samlede udbud. Derudover fastslår rapporten at hhv. formålsvurderingen efter KRL § 6 og fritagelsesvurderingen efter KRL § 8 er forkerte, således at der er retlige fejl i rådets skøn og afgørelse.<sup>104</sup>

DVK påstår tillige, at formålsvurderingen er anvendt forkert og henviser her til EU-Domstolens afgørelse i CB-sagen<sup>105</sup> Dommen fastslår, som gennemgået tidligere, EU-Domstolens allerede faste praksis, hvad angår formålsvurderingen. Dommen statuerer, at en vurdering af hvorvidt en aftale er konkurrencebegrænsende, kun udelukkende kan tage udgangspunkt i en formålsvurdering ved aftaler, som er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen.<sup>106</sup> Det retlige spørgsmål i sagen bliver således ikke, hvorvidt det er den rigtige test der bliver anvendt, men nærmere hvorvidt denne anvendes korrekt.

Ovenstående omkring anvendelsen af testen passer også med Konkurrencerådets anbringender for ankenævnet, hvor rådet argumenterer for, at den vurdering og det skøn rådet har taget med udgangspunkt i konkurrencereglernes fremgangsmåde, er sagligt velbegrunder.<sup>107</sup> Begge parter mener således, at deres fortolkning og anvendelse af konkurrencetesten er den rigtige, og det er dette som skal prøves ved ankeinstansen.

Konkurrenceankenævnet gennemgår på samme måde som ved rådets afgørelse, den konkurrenceretlige test, som er analyseret i afsnit 2.2, hvor det undersøges, hvorvidt parterne er konkurrenter, om aftalen mellem konkurrenterne har til formål at begrænse konkurrencen og hvorvidt der er nogle individuelle fritagelsesgrunde, der kan godtgøre begrænsningen.<sup>108</sup> Modsat rådet, tager ankenævnet ikke stilling til vurderingen af, hvorvidt de to virksomheder individuelt havde kapacitet til det samlede udbud, men konstaterer at alene på den baggrund, at de har haft kapacitet til at byde på deludbud, gør dem til faktiske konkurrenter.<sup>109</sup>

Ankenævnet går tillige ind og tilføjer til vurderingen af, hvorvidt aftalen har til formål at begrænse konkurrencen:

---

<sup>104</sup>Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 5-6

<sup>105</sup>Sag C-67/13 P, CB

<sup>106</sup>Ibid. pr. 58

<sup>107</sup>Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, bunden af s. 12 f.

<sup>108</sup>Ibid. s. 17-18

<sup>109</sup>Ibid. s. 17

*”Da konsortieaftalen – 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.”<sup>110</sup>*

Betydningen af denne erklæring vil blive diskuteret senere ifm. vurderingen af den målestok, der bliver anvendt ved formålsvurderingen, samt sammenholdt med den sammenligning Konkurrencerådet laver mellem konsortier og karteller.

Angående effektivitetsgevinster, konstaterer ankenævnet, at der mangler dokumentation, og at det ikke er bevist, at konsortiet afgav et lavere bud end de ville kunne individuelt. DVK har dermed ifølge ankenævnet ikke bevist, at de har afgivet et mere konkurrencedygtigt tilbud end hvis de bød individuelt.<sup>111</sup>

Afsluttende når ankenævnet frem til samme konklusion som rådet, at DVK er i strid med KRL § 6, samt TEUF art. 101, stk. 1. og at DVK ikke har løftet bevisbyrden for, at der skulle eksistere effektivitetsgevinster, der opvejer det konkurrencebe­grænsende formål konsortieaftalen har.

Ankenævnet stadfæster derfor Konkurrencerådets afgørelse.

### **3.1.4 - Sø- og handelsrettens afgørelse**

Efter Konkurrenceankenævnet havde afgivet deres kendelse, anker DVK afgørelsen til Sø- og handelsretten, herefter benævnt S&H.

Dette sker overordnet under de samme præmisser og anbringender, som for tidligere instanser. Der bliver ifm. sagens bearbejdning dog udarbejdet sagkyndige erklæringer til brug for sagen. Disse erklæringer kommer fra hhv. Dansk Byggeri, Dansk Industri og Professor Nils-Henrik Mørch von der Fehr. Det er for at forstå S&H's afgørelse, nødvendigt at påpege de – for dette speciale – vigtigste resultater, de sagkyndige erklæringer kommer frem til. Derudover er de nye bemærkninger fra parterne relevante, eftersom der ikke på samme måde sker bevisførelse for Højesteret.<sup>112</sup> Erklæringerne vil blive gennemgået og analyseret, men selve diskussionen af deres betydning vil først foretages senere i diskussions- og vurderingsafsnittet.

Dansk Byggeri nævner med deres erklæring, at konsortiesamarbejder oftest fremkommer i større sager, hvor der som følge af kompleksiteten og størrelsen af udbuddet, er en større risiko forbundet med at stå alene.<sup>113</sup> Dette stemmer i høj grad overens med de forklaringer som DVK er kommet med ifm. sagerne hos Konkurrencerådet og Ankenævnet.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup>Ibid. s. 18

<sup>111</sup>Ibid. s. 16

<sup>112</sup><https://domstol.dk/hoesteret/om-hoesteret/hoesterets-virksomhed/> afsnit 4, seneste tilgået d. 30. maj 2020

<sup>113</sup>Sø- og Handelsrettens afgørelse af 27. august 2018, s. 155

<sup>114</sup>Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 7

Baggrunden for genudbuddet af vejmarkering skyldes, at den tidligere udbudsvinder af vejmarkeringsopgaverne Guide-Lines A/S, gik konkurs i 2015.<sup>115</sup> Det følger af Dansk Industris sagkyndige erklæring, at en af de baggrunde, der kan være for dannelsen af konsortier, er risikospredning for at sikre, at opgaven kan løftes og man derved undgår konkurssituationer.<sup>116</sup> Dette passer også med analysen foretaget tidligere i afsnit 2.2.3.1.

Professor Nils-Henrik Mørch von der Fehr,<sup>117</sup> herefter benævnt Mørch, er også inde og berøre de samme aspekter som DI og Dansk Byggeri er inde over. Han nævner, at erfaringen fra 2012 udbuddet netop viser, at én virksomhed, som har vundet individuelt, ikke har kunne løfte opgaven.<sup>118</sup> Dette må ifølge ham være belæg for, at et konsortium er nødvendigt, for at have den tilstrækkelige kapacitet og samtidig undgå en konkurssituation.<sup>119</sup> Mørch kommer derudover med en række eksempler på, hvorfor udbuddet fra et økonomisk og markeds-mæssigt perspektiv reelt set har omhandlet det samlede udbud. Mørch kommer her ind på bl.a. rabatmodellens indflydelse på konkurrencen, samt hvordan strukturen af udbuddet har medført, at der var langt større sandsynlighed for at vinde udbuddet ved at byde på det samlede udbud.<sup>120</sup> Mørch og DVK argumenterer begge for, at der ved vurderingen af hvorvidt parterne er konkurrenter, skal ses på det kontrafaktiske scenarie af, hvorvidt konsortiedeltagerne reelt hver især, havde kunne komme med et mere konkurrencedygtig tilbud i konkurrence med hinanden.<sup>121</sup> Dette skyldes ifølge parterne, at færre konkurrenter ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at konkurrencen begrænses.<sup>122</sup>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er efterfølgende kommet med bemærkninger til Mørchs sagkyndige erklæring. De primære modargumenter går på, at styrelsen fortsat finder, at konkurrencen angår deludbuddet og ikke det samlede udbud.<sup>123</sup> Derudover argumenterer de, at der for så vidt angår eventuelle effektivitetsfordele mv., ikke er blevet tilstrækkeligt godtgjort, at disse skulle opveje konkurrencebegrænsningerne ved konsortiet.<sup>124</sup> Samlet set finder styrelsen altså ikke, at den sagkyndige erklæring kommer med nye forhold, der kan ændre på den konkrete skøns-mæssige vurdering styrelsen har foretaget.

Mørch kommer efterfølgende med modsvar til styrelsens kommentar og går i denne forbindelse ind i en nærmere begrundelse for, at styrelsens konkrete vurdering er behæftet med fejl. Det er især styrelsens antagelse af, at allerede fordi aftalen ifølge dem, har til formål at begrænse konkurrencen, skal der ikke undersøges nærmere omkring eventuelle følger, som Mørch kritiserer.<sup>125</sup> Derudover påpeger han, at der

---

<sup>115</sup>Sø- og Handelsrettens afgørelse af 27. august 2018, s. 154

<sup>116</sup>Ibid. s. 156

<sup>117</sup>Ibid. s. 157 midterst (Mørchs faglige baggrund redegøres her)

<sup>118</sup>Ibid. s. 165 nederst

<sup>119</sup>Ibid.

<sup>120</sup>Ibid. s. 161, spm. 2 og 5

<sup>121</sup>Ibid. s. 160 og s. 238

<sup>122</sup>Ibid.

<sup>123</sup>Ibid. se bl.a. s. 180, afsnit 2.5

<sup>124</sup>Ibid. se bl.a. s. 177, afsnit iii, samt s. 183, afsnit xvii

<sup>125</sup>Ibid. s. 184



bør ske en generel sammenholdelse af konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende aspekter.

Som endeligt modsvar til Mørchs bemærkninger, henviser styrelsen til deres egen afgørelse. De henviser nærmere til pkt. 740-742 i afgørelsen, hvor de slår fast, at eftersom alle aftaler behandles ens og der er tale om opdeling af markedet og prisfastsættelse, vil der på baggrund af EU-Domstolens praksis i sagerne C-67/13 P, CB, pr. 51 og sag C-239/11, Siemens, pr. 218, være fornøden bevis for, at konsortiet har til formål at begrænse konkurrencen.<sup>126</sup>

S&H træffer herefter afgørelse i sagen. De vælger modsat de to tidligere instanser at inddrage de strukturelle omstændigheder ved udbuddet og selve baggrunden for udbuddets form, og i stedet vurdere hvad konkurrencen reelt har angået. Dette gør S&H med baggrund i udbudsmodellen, samt McKinsey-rapporten udarbejdet i 2010 til Vejdirektoratet.<sup>127</sup> S&H går således ind og tager hensyn til udbuddets form og derved udbudsretten som sådan ved den konkurrenceretlige vurdering.

S&H tilsidesætter Konkurrencerådets afgørelse med den begrundelse at udbuddet reelt set har omhandlet det samlede udbud, og at Konkurrencerådet i deres vurdering af virksomhedernes kapacitet – ift. det samlede udbud – ikke har inddraget de korrekte parametre.<sup>128</sup>

S&H fastslår, at der skal laves en anderledes kapacitetsvurdering end de to andre instanser, hvor denne, på samme måde som DVK argumenterer for, at der skal inddrages faste og forventede kernekunder i beregningerne. S&H tilsidesætter således både 100% kapacitetsvurderingen, samt den hypotetiske vurdering, der tager udgangspunkt i muligheden for at investere i yderligere kapacitet, i form af en mere end 100% kapacitetsvurdering.

S&H går herefter ind og tager stilling til Konkurrenceankenævnets anvendelse af formålsvurderingen og konstaterer, at den fornødne klarhed for at konsortieaftalen skulle have til formål at begrænse konkurrencen, ikke er tilstrækkelig godtgjort.<sup>129</sup> S&H stiller dermed krav til den konkrete vurdering af den samlede sag, men foruden at nævne hvilke præmisser der medfører, at der ikke er sket overtrædelse af KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1. Det må ud fra den samlede sag dog betyde, at argumenterne Konkurrenceankenævnet præsenterer i sin begrundelse og resultat, ikke kan tiltrædes af S&H.

S&H ophæver herefter Konkurrencerådets afgørelse, som blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet.

### **3.1.5 - Højesterets afgørelse**

Sagen kommer efterfølgende for Højesteret, hvor de tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den konkurrenceretlige test som er beskrevet i afsnit 2.2, medfører, at

---

<sup>126</sup>Ibid. s. 196, midterst

<sup>127</sup>Ibid. s. 318, S&H's begrundelse og resultat, t.o.m. s. 319

<sup>128</sup>Ibid. s. 319-320

<sup>129</sup>Ibid. s. 320

konsortieaftalen er i strid med konkurrenceretten. Det skal i denne sammenhæng nævnes, at Højesteret ifm. at sagen blev forelagt for dem, afviste at foretage præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, efter acte-clair doktrinen.<sup>130</sup> Betydningen af dette vil blive diskuteret i afsnit 4.1.1.

Højesterets håndtering af sagen tager udelukkende stilling til 1) hvorvidt de to virksomheder er konkurrenter, 2) hvorvidt aftalen har til formål at begrænse konkurrencen og 3) hvorvidt der er effektivitetsgevinster efter KRL § 8 og TEUF art. 101, stk. 3 der opvejer de konkurrencebegrænsende effekter.<sup>131</sup> Der er herefter ikke tvivl om i dansk ret, *hvilken* test der skal anvendes ift. konsortier.

Ift. *hvordan* testen anvendes konstaterer Højesteret følgende.

Angående hvorvidt virksomhederne i DVK må anses som værende konkurrenter, konstaterer Højesteret, at bedømmelsen skal ske ud fra et objektivi grundlag, som tager udgangspunkt i udbudsmaterialet.<sup>132</sup> Højesteret henviser i denne sammenhæng til Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af TEUF art. 101 på horizontale samarbejdsaftaler, pkt. 10, 30 og 237.<sup>133</sup> Højesteret ligger herefter til grund, at når der var reel mulighed for at byde på deludbud og når virksomhederne hver især har kunne byde på disse, anses deltagerne som konkurrenter.<sup>134</sup> Højesteret går således ikke ind i diskussionen af, hvordan den tidligere omdiskuterede kapacitetsvurdering skal foretages.

Højesteret tager herefter stilling til spørgsmålet om, hvorvidt konsortieaftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen. Højesteret foretager denne vurdering ud fra, hvorvidt aftalen objektivi rummer tilstrækkeligt med konkurrenceskadelige effekter til, at det ikke er nødvendigt at påvise egentlige indtrådte skadesvirkninger.<sup>135</sup> Højesteret kommer i denne sammenhæng frem til, at når aftalen ikke angår et produktionssamarbejde eller samarbejde med fælles afsætning af de ydelser udbuddet omhandlede, eliminerer virksomhederne konkurrencen imellem hinanden.<sup>136</sup> Konklusionen bliver derfor at konsortieaftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen. Højesteret danner dermed praksis for, at distributions- og markedsføringsaftaler i konsortier som sådan vil have til formål at begrænse konkurrencen, medmindre der er særlige karakteristika ved markedet, som aftalen angår.<sup>137</sup>

Højesteret fastslår ligeledes, at den subjektivi hensigt ift. et konkurrencedygtigt tilbud, det at aftalen foregår i åbenhed og at der var indhentet en vurdering af lovligheden fra en advokat, ikke kan føre til et andet resultat.<sup>138</sup>

---

<sup>130</sup>Højesterets anke- og kæremålsudvalgs retsbog, retsmøde d. 29. maj 2019, sag 191/2018. (se bilag 1)

<sup>131</sup>Højesterets dom afsagt onsdag den 27. november 2019, s. 7

<sup>132</sup>Ibid. s. 8, del 1

<sup>133</sup>Ibid. s. 7, del 6

<sup>134</sup>Ibid. s. 8

<sup>135</sup>Ibid. s. 9, del 4

<sup>136</sup>Ibid. s. 10, del 1

<sup>137</sup>Ibid. s. 10, del 2

<sup>138</sup>Ibid. s. 10, del 3

Slutteligt konstaterer Højesteret, at DVK ikke har godtgjort, at der skulle være nogle effektivitetsgevinster, der kan opveje konkurrencebegrænsningen.<sup>139</sup> Højesteret frifinder herefter Konkurrencerådet.

### 3.2 - Kailow Graphic, Klagenævnet for Udbuds afgørelse

Den 5. december 2019, få dage efter Højesterets afgørelse i vejstribesagen, træffer Klagenævnet for Udbud afgørelse i en lignende sag. Sagen er interessant eftersom den behandler den samme problemstilling som i vejstribesagen, fra en udbudsretlig synsvinkel. Sagen omhandler vurderingen af to påstande fra klager, 1) hvorvidt der blandt nogle af udbudsdeltagerne er indgået en aftale mhp. konkurrencefordrejning og 2) hvorvidt et konsortium i udbuddet er ulovligt, som følge af konkurrencefordrejning.<sup>140</sup> Udbuddet består af en rammeaftale, der på baggrund af tildelingskriteriet bedste pris, udbydes til de tre bedste tilbud.<sup>141</sup> Udbudsopgaven bliver tildelt PRINFO konsortiet, Lasertryk A/S og Rosendahl A/S, hvorimod klager Kailow Graphic, ikke tildeles opgaven.<sup>142</sup>

Det vil som følge af dette speciales afgrænsning til at omhandle konsortier, kun være Kailow Graphics påstand 2, der vil blive analyseret.

#### *”Påstand 2*

*Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at PRINFO Konsortiet har handlet i strid med udbudsbetingelsernes punkt 7.2, udbudslovens § 137 og konkurrenceloven ved via sin medlems sammensætning at true gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen.”<sup>143</sup>*

PRINFO konsortiet, herefter benævnt konsortiet, udtaler under klagesagen, at denne ikke bestrider, at de enkelte konsortiemedlemmer selv har kunne opfylde kravene i udbuddet og således individuelt har kunne byde på udbuddet. Baggrunden for at byde sammen, er ifølge konsortiet på samme måde som i vejstribesagen, at udbuddet konkurrencemæssigt ligger op til dannelsen af konsortiet.<sup>144</sup> Konsortiet er således dannet for at kunne give den mest konkurrencedygtige pris, på samme måde som DVK i vejstribesagen.

Moderniseringsstyrelsen, som er sagsøgte og herefter benævnt styrelsen, konstaterer først, at denne ikke har pligt til at undersøge, hvorvidt konsortiet er i strid med konkurrencereglerne.<sup>145</sup> Styrelsen går på trods af dette ind og vurderer at uanset at konsortiet kunne have en konkurrencebegrænsende virkning, vil denne opvejes efter KRL § 8, af de omkostningsbesparelser og konkurrencefordele, der forekommer ved konsortiedannelsen.<sup>146</sup>

---

<sup>139</sup>Ibid. s. 10, del 4

<sup>140</sup>Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019, s. 3, påstand 1 og 2

<sup>141</sup>Ibid. s. 1, del 1

<sup>142</sup>Ibid. s. 2, del 1

<sup>143</sup>Ibid. s. 3, midterst

<sup>144</sup>Ibid. s. 12.

<sup>145</sup>Ibid. s. 19, del 3

<sup>146</sup>Ibid. s. 19, del 5

Klagenævnet ligger som det første til grund, at styrelsens afvisningspåstand ikke tages til følge, eftersom der fra udbudsbetingelsens pkt. 7.2, åbnes op for en konkurrenceretlig vurdering.<sup>147</sup> Klagenævnet vælger herefter at stadfæste styrelsens vurdering af, at der ikke er plausible indikationer for, at konsortiedannelsen har begrænset konkurrencen. Dette gør den på baggrund af de foreliggende omstændigheder i udbuddet, hvor den konstaterer, at ved at gå sammen i et konsortium, kan deltagerne optimere det afgivne tilbud. Derudover henviser klagenævnet til, at der var modtaget syv andre tilbud og at konsortiet afgav det næstlaveste tilbud.<sup>148</sup> Klagenævnet tager således ikke Kailow Graphics påstand om, at konsortiet begrænser konkurrencen, til følge.

Sammenholder man Klagenævnets afgørelse med S&H's afgørelse i vejstribesagen, ligner begrundelserne i høj grad hinanden. PRINFO konsortiet havde til formål at vinde udbuddet, for så at distribuere delene af udbuddet mellem deltagerne, ud fra intern konkurrenceudsættelse mellem disse, via den laveste pris.<sup>149</sup>

Det kan således sammenfattende ud fra afgørelsen, konstateres at konsortiedeltagerne, som nævnt ovenfor, havde kapacitet til at byde individuelt og derfor er konkurrenter. Derudover er der tale om fælles prisfastsættelse, samt fordeling af delopgaverne i udbuddet mellem konsortiedeltagerne. På trods af dette, findes konsortiet ikke at stride med hverken UBL § 137, stk. 1 nr. 4. eller Konkurrenceretten, som det blev i Højesterets afgørelse i vejstribesagen.

Der vil i den næste del af specialet, blive diskuteret nogle af de relevante tvivls spørgsmål, som vejstribesagen har givet anledning til for de økonomiske aktører, der ønsker at danne konsortier, samt de ordregivere der skal vurdere disse. Det vil derudover også diskuteres, hvordan og hvor der opstår et mismatch mellem konkurrenceretten og udbudsretten hvad angår konsortier specifikt, samt hvordan disse mismatch kan løses.

#### **4. Dannelsen af Konsortier efter vejstribesagen**

Der vil i det følgende beskrives, diskuteres og vurderes nogle af de fremtidige problematikker og spørgsmål, der på nuværende tidspunkt er uafklaret ift. dannelsen af konsortier. Disse diskussionsemner vil baseres både på dannelsen af konsortier generelt, men også mere specifikt i lyset af vejstribesagen. Det skal i den forbindelse nævnes, at der angående konkrete tiltag for fremtiden, findes begrænset teori og praksis, hvorfor det i nogle tilfælde vil være nødvendigt at inddrage specialeforfatterens juridiske, retspolitiske og objektive overvejelser i diskussionerne.

---

<sup>147</sup>Ibid. s. 22., jf. s. 6

<sup>148</sup>Ibid. s. 23, del 2.

<sup>149</sup>Ibid. s. 9, del 5.

## 4.1 - Relevante tvivlsspørgsmål efter Højesterets afgørelse i vejstribesagen

### 4.1.1 - Højesterets afvisning af præjudiciel forelæggelse

Højesteret vælger som nævnt i afsnit 3.1.5 at afvise præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen efter acte-clair doktrinen, hvilket betyder at Højesteret ikke på det foreliggende grundlag finder, at der består en rimelig tvivl om forståelsen af de pågældende EU-retlige regler.<sup>150</sup> Af bilag 1, s. 1 fremgår, hvilke spørgsmål Konkurrencerådet ville have EU-Domstolen til at tage stilling til. Baggrunden for Højesterets afvisning er specifikt, at denne ikke på noget grundlag, finder tvivl om forståelsen og anvendelsen af den konkurrenceretlige test ift. konkurrentvurderingen og formålsvurderingen, der skulle foretages ifm. vejstribesagen.<sup>151</sup>

Det baseres på et retligt skøn, når man skal vurdere om konsortiedeltagere er konkurrenter og tillige når det skal vurderes, hvorvidt en aftale har til formål at begrænse konkurrencen efter TEUF art. 101, stk. 1. og KRL § 6.

Det samme gælder for vurderingen af individuel fritagelse efter hhv. TEUF art. 101, stk. 3 og KRL § 8.

Højesteret<sup>152</sup> og EU-Domstolen,<sup>153</sup> afholder sig som udgangspunkt fra at efterprøve det konkurrenceretlige skøn, medmindre der foreligger et sikkert grundlag for en efterprøvelse. Som set ovenfor i afsnit 2.2.1 og 2.2.2 opstår tvivlen efter vejstribesagen især angående den skønsprægede kapacitetsvurdering og formålsvurderingen. Uanset at hverken Højesteret eller EU-Domstolen, foretager efterprøvelse af skøn uden et sikkert grundlag, må det være i deres interesse at styrke retssikkerheden. Højesterets afgørelse baserer sig primært på en konkret håndtering af den pågældende sag og tager dermed ikke direkte stilling til de tvivlsspørgsmål, der bliver fremsat i de tidligere instanser angående ovennævnte skønsvurderinger.

Det kan i denne sammenhæng diskuteres, hvorvidt retssikkerheden var blevet styrket, såfremt der var sket en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, således at denne kunne redegøre for nogle af de usikkerheder, der angår dannelsen af konsortier i praksis. Ydermere kunne det have skabt mere klarhed omkring kapacitetsvurderingen ift. at definere, hvornår konsortiedeltagere er konkurrenter og derved skabe mere gennemsigtighed for økonomiske aktører, der ønsker at danne et konsortium. Ved at klarlægge fremgangsmåden for hhv. konkurrentvurderingen og formålsvurderingen, kunne man skabe større kohærens i medlemsstaternes nationale praksis ift. håndteringen af udbudsretlige konsortier og konkurrenceretten.

Der kan på den anden side argumenteres for, at Højesteret har vidst at EU-Domstolen ikke ville gå nærmere ind i en konkretisering af hvordan det konkurrenceretlige

---

<sup>150</sup>Se bilag 1, s. 2

<sup>151</sup>Ibid. s. 1, Se hertil de præjudicielle spm. Konkurrencerådet ville have forelagt EU-Domstolen.

<sup>152</sup>Højesterets dom afsagt den 3. juni 2014 (Nykredit-sagen), s. 37 og Højesterets dom afsagt onsdag den 27. november 2019 (Vejstribesagen), s. 7

<sup>153</sup>Sag C-373/14 P, Toshiba, pr. 35. ved EU-Domstolen er undtagelsen såfremt der er tale om "en åbenbart urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder"

skøn foretages og at der således angående den teoretiske tilgang ikke er nogen tvivl om retsstillingen. Derudover ses det ofte at EU-Domstolen kommer med generelle svar til præjudicielle spørgsmål, hvorfor Højesteret formentlig har anset det som overflødigt at stille Domstolen spørgsmål i sagen.

Det må på trods af, at Højesteret finder, at den konkurrenceretlige test er fuldstændig klar i mæglet være muligt, at der kunne være fremkommet nogle potentielle fordele ved at gennemføre den præjudicielle forelæggelse for EU-Domstolen. Dette kunne f.eks. være en klarere forståelse for kapacitetsberegningen, inddragelsen af deludbud og formålsvurderingen ved udbudsretlige konsortier. Det skal nævnes, at der angående ovenstående udelukkende er tale om gisninger og det afgørende i den forbindelse ikke er, hvorfor Højesteret afviser præjudiciel forelæggelse, men nærmere konsekvenserne af dette ift. tvivlsspørgsmålene, hvilket leder diskussionen videre til næste del.

#### **4.1.2 - Hvornår er konsortiedeltagere konkurrenter og hvordan beregnes kapacitetsvurderingen efter vejstribsagen?**

*Sondringen mellem faktiske og potentielle konkurrenter ved udbud.*

Konsortiedeltagere kan, som nævnt i afsnit 2.2.1.1, klassificeres som konkurrenter, enten via at være faktiske eller potentielle konkurrenter. For at illustrere den uklarhed, som er i teori og praksis vil forskellige forfatteres synspunkter sammenholdes og diskuteres.

Cyril Ritter<sup>154</sup> kommer i sin vurdering af begrebet potentielle konkurrenter, frem til, at tommelfingerreglen generelt består i, at hvis antallet af tilbudsgivere formindskes ifm., at et konsortium byder på et udbud, så anses konsortiedeltagerne for potentielle konkurrenter.<sup>155</sup> Dette betyder, at såfremt konsortiedeltagerne selv har kapacitet eller realistisk mulighed for at skaffe sig den fornødne kapacitet, til at byde individuelt på udbudsopgaven, er disse hhv. faktiske eller potentielle konkurrenter.

Christopher Thomas<sup>156</sup> og Albert Sánchez Graells<sup>157</sup> har ligeledes diskuteret ovenstående, og førstnævnte fortolker vidtgående, hvornår konsortiedeltagere på objektivt grundlag falder under kategorien potentielle konkurrenter. Thomas mener i denne forbindelse, at det *ikke* er nødvendigt at tage hensyn til, hvorvidt det er nemt for deltagerne at byde individuelt. Derudover mener han tillige, at den omstændighed at deltagerne mister andre projekter ved at byde individuelt, ikke kan inddrages som hensyn.<sup>158</sup>

Modsat finder Graells, at det er for vidtgående en tilgang at kræve, at konsortiedeltagere skal anvende kapacitet i et sådant omfang, at de mister andre projekter ved

---

<sup>154</sup><https://www.concurrences.com/en/authors/cyril-ritter> senest tilgået d. 30. maj 2020

<sup>155</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 9

<sup>156</sup><https://www.concurrences.com/en/authors/christopher-thomas> seneste tilgået d. 30. maj 2020

<sup>157</sup><https://www.concurrences.com/en/authors/albert-sanchez-graells> seneste tilgået d. 30. maj 2020

<sup>158</sup>Journal of European Competition Law & Practice (2015), Two bids or not to bid? af Christopher Thomas, s. 632, højre sp. sidste afsnit.

at byde individuelt.<sup>159</sup> Graells mener således, at vurderingen af potentielle konkurrenter bør være mere lempelig end Thomas' vurdering, hvorefter færre vil falde under kategorien potentielle konkurrenter.

Cyril Ritter finder Graells argumentation mere overbevisende end den Thomas præsenterer.<sup>160</sup> På trods af at Thomas og Graells' argumenter fremstilles ifm. en diskussion af, hvornår deltagere er potentielle konkurrenter, ligner den nærmere den vurdering der foretages af faktiske konkurrenter. Dette skyldes, at vurderingen de omtaler, vedrører den kapacitet en virksomhed allerede har og ikke kapaciteten den potentielt kan skaffe.<sup>161</sup>

Det vigtige spørgsmål angående begrebet potentielle konkurrenter er derfor, som også pointeres af Cyril Ritter,<sup>162</sup> nærmere hvornår det vurderes at være realistisk set muligt at investere i yderligere kapacitet ifm. udbudsopgaven. Cyril Ritter argumenterer – modsat de andre forfattere – at det som er relevant for vurderingen af potentielle konkurrenter, er i hvor stort et omfang man kan kræve, at der investeres i yderligere kapacitet. Det er således ikke en vurdering af kravene til den nuværende kapacitet (faktiske konkurrenter) der bør diskuteres, men nærmere den mulige investering i ekstra kapacitet (potentielle konkurrenter).

Vurderingen af en mulig investering i ekstra kapacitet, består generelt af konkrete beviser for, hvorvidt det er muligt at skaffe ressourcer til at byde individuelt, hvilket bedømmes ud fra en strukturanalyse af det relevante marked.<sup>163</sup> Hvorvidt det er realistisk at investere i yderligere ressourcer og kapacitet, samt i hvilket omfang, baseres f.eks. på om aktører i det relevante marked, normalt vil gøre brug af og have adgang til ekstra ressourcer og kapacitet.<sup>164</sup> Derudover fremgår det af Rettens praksis, at det skal inddrages, hvorvidt det vil være en holdbar økonomisk strategi at investere i yderligere kapacitet for at byde individuelt på den pågældende udbudsopgave.<sup>165</sup> Dette betyder, at såfremt det ikke er normalt, at der anvendes ekstern kapacitet på markedet og det ikke er en økonomisk holdbar strategi at investere i ekstra kapacitet, så vil man ikke anses som potentielle konkurrenter, ifølge Retten.

Ud fra de to ovenstående konkurrentvurderinger, vil konsortiedeltagere således falde uden for forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. og KRL § 6, stk. 1., såfremt de ikke har kapacitet til at løfte opgaven selvstændigt, selv hvor de har overvejet muligheden for yderligere investeringer. Dette passer også med de retningslinjer Kommissionen, som nævnt tidligere, har fastlagt.<sup>166</sup>

---

<sup>159</sup>Joint bidding and subcontracting under EU competition law: some critical comments on Thomas (2015), af Albert Sánchez Graells, via <https://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html> senest tilgået d. 30. maj 2020

<sup>160</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 8.

<sup>161</sup>Se hertil afsnit 2.2.1.1 angående analysen af konkurrentvurderingen

<sup>162</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 8.

<sup>163</sup>Ibid. s. 4, sidste del. og sag T-461/07 (Visa), pr. 167-168

<sup>164</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 8.

<sup>165</sup>Sag T-461/07 (Visa), pr. 167-168, T-374/94 (European Night Services), pr. 142-145 og T-177/04 (Easyjet), pr. 123.

<sup>166</sup>Kommissionens meddelelse om horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 237

Det kan på baggrund af ovenstående konstateres, at der er grænser for, hvor meget der kan forventes, at konsortiedeltagerne skal investere, før de anses at være potentielle konkurrenter.

Den potentielle konkurrentvurdering blev opgjort af Konkurrencerådet i vejstribe-sagen, hvor de nåede frem til, at deltagerne var potentielle konkurrenter.<sup>167</sup> Dette var primært på baggrund af hypotetiske overvejelser om markedsstrukturen, øko-nomisk rentabilitet og interne forhold,<sup>168</sup> og ifølge SØ- og Handelsretten ikke ud fra en realistisk vurdering af ovennævnte forhold.<sup>169</sup>

Vurderingen blev ikke relevant ifm. behandlingen for Højesteret, eftersom der ikke var tvivl om, hvorvidt deltagerne var konkurrenter på deludbuddene. Det er derfor interessant, om Højesteret og EU-Domstolen havde foretaget en realistisk eller hy-potetisk vurdering af den potentielle konkurrence, såfremt der ikke var deludbud, og hvad der var blevet konkluderet i denne sammenhæng.

#### *Beregnings af kapacitet*

Diskussionen ovenfor fører til et andet relevant tvivlsspørgsmål, som diskuteres både blandt praktikere<sup>170</sup> og større advokatkontorer.<sup>171</sup> Hvordan konsortier fremad-rettet skal beregne kapacitetsvurderingen, såfremt de ligger inden for grænsen af at være faktiske eller potentielle konkurrenter. Det kan på baggrund af analysen i af-snit 2.2.1.2 og 3.1.5, sammenfattende konstateres, at det ikke står fuldstændig klart, hvad der under dansk ret skal inddrages i kapacitetsvurderingen. Dette skyldes, som nævnt, primært Højesterets manglende stillingtagen til spørgsmålet i vejstribe-sagen, som følge af deludbud.

S&H er den seneste instans, der tager stilling til spørgsmålet i vejstribe-sagen. S&H argumenterer, at konkurrencemyndighederne har foretaget en fejlagtig vurdering og konstaterer modsat at:

*”Retten finder (...) 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.”<sup>172</sup>*

---

<sup>167</sup>Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, sag 14/04158 (Vejstribe-sagen), afsnit 4.3.2.2.5.1 til 4.3.2.2.5.5

<sup>168</sup>Ibid.

<sup>169</sup>SØ- og handelsrettens afgørelse af 27. august 2018, s. 319, del 5 f.

<sup>170</sup>Se

bl.a.

<https://www.danskyggeri.dk/nyheder-og-presse/nyheder/presse/2019/hojesteret-undgaar-at-tage-stilling-til-konkurrenter/> senest tilgået d. 30 maj 2020

<sup>171</sup>Se

bl.a.

<https://www.twobirds.com/da/news/articles/2019/denmark/hojesteret-vejstribe-konsortium-var-i-strid-med-konkurrencereglerne> og <https://gorrissenfederspiel.com/viden/nyheder/hojesteretsdom-i-principiel-konkurrencesag-om-konsortier> senest tilgået d. 30 maj 2020

<sup>172</sup>SØ- og handelsrettens afgørelse af 27. august 2018, s. 320.



Det kan på denne baggrund konstateres, at der ifølge S&H, og som analyseret i afsnit 3.1.4, ved kapacitetsvurderingen kan inddrages forventede og faste kernekunder, således at kapaciteten i højere grad vurderes ud fra en procentsats der er mindre end 100%.

S&H's vurdering passer med de argumenter, DVK præsenterer under sagen for Konkurrencerådet, i form af en kapacitetsvurdering, der tager udgangspunkt i restkapaciteten efter at kernekunder er fratrukket. Det passer tillige med det Albert Sánchez Graells og Cyril Ritter argumenterer i ovenstående diskussion.

Såfremt kapacitetsvurderingen beregnes med udgangspunkt i ovenstående, vil det medføre en mere realistisk og virkelighedsnær vurdering, der tager hensyn til hvordan en virksomhed drives forretningsmæssigt forsvarligt.

Modsat vil det, såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kapacitetsvurdering lægges til grund, medføre en mere hypotetisk vurdering af konsortiedeltageres kapacitet. Det vil i denne situation, som nævnt i afsnit 3.1.2, være en vurdering, der tager udgangspunkt i potentielt mere end 100% af konsortiedeltageres kapacitet. Det vil have som konsekvens, at deltagerne i ganske få tilfælde kan undgå at anses som konkurrenter, da en virksomhed hypotetisk set – hvis man ser bort fra, hvorvidt det er en forretningsmæssig ansvarlig beslutning – ofte vil kunne investere yderligere i mandskab og produktionsapparat.

Det er interessant i denne forbindelse at overveje – når Højesteret ikke har kommenteret på ovenstående – om det S&H kommer frem til angående det teoretiske delspørgsmål, danner en præcedens, der kan lægges til grund for andre afgørelser, hvor kapacitetsvurderingen er relevant. Dette er meget diskutabelt, eftersom Højesteret stadfæster Rådet og Ankenævnets argumenter i sagen, men det kan dog ikke udelukkes, da ”hvad nu hvis der ikke var deludbud” situationen, ikke blev behandlet af Højesteret.

Som det ser ud i praksis, vil den sikreste fremgangsmåde for konsortiedeltagere være at danne konsortiet ud fra om dette er objektivt nødvendigt, for at kunne løfte udbudsopgaven.

Det er dermed ud fra praksis ikke sikkert at vurdere konsortiet ud fra, om man kan løfte opgaven bedre sammen end konsortiedeltagerne vil kunne i konkurrence med hinanden. Det sikreste vil være at basere konsortiedannelsen ud fra, om man på et objektivt grundlag kun vil kunne deltage i udbuddet i et konsortium.<sup>173</sup> Muligheden for at skabe et mere konkurrencedygtigt tilbud i et konsortium, inddrages efter den nuværende praksis først ved vurderingen af, om man kan blive individuelt fritaget.

Det vil indebære en for stor risiko for deltagerne at gøre andet, eftersom konsekvenserne af, at anses som konkurrenter i et konsortium – som analyseret i afsnit 2.2 – med stor sandsynlighed vil medføre et brud på konkurrencereglerne og dermed straf i form af en betydelig bøde eller i værste tilfælde fængsel efter KRL § 23, stk. 1 og 3.

---

<sup>173</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017) s. 8

Konsortiedeltagerne skal på nuværende tidspunkt derfor sikre sig at udarbejde en kapacitetsvurdering, der kan godkendes af konkurrencemyndighederne. Derudover skal konsortiedeltagerne undersøge, om det på et økonomisk holdbart grundlag vil være muligt at investere i yderligere kapacitet, for at sikre sig, at de ikke potentielt vil kunne løfte opgaven individuelt.

Angående den ideelle løsning for fremtiden kunne denne være at definere en fast række aspekter, der kan inddrages i kapacitetsberegningen og dermed gøre det mere gennemskueligt for konsortier at vurdere, hvorvidt disse er lovlige. Dette passer også med den omstændighed, at det på nuværende tidspunkt er op til deltagerne i konsortier at selvevaluere konsortiets lovlighed,<sup>174</sup> og der dermed bør være klare linjer for denne beregning, således at der skabes mere retssikkerhed på området for konsortiedannelser. Angående mere konkrete tiltag ift. at sikre konsortiedannelsers lovlighed i fremtiden, diskuteres og vurderes dette nærmere i afsnit 4.2.1.3.

#### 4.1.3 - Anvendelsen af formåls- og følgevurderingen i fremtiden

Som analyseret i afsnit 2.2.2 kan det konstateres, at udbudsretlige konsortier – baseret på deltagere som er konkurrenter – efter praksis placeres i til-formåls kategorien. Konsortier vil dermed i mange tilfælde kun have mulighed for at unddrage sig et ansvar, ved at bevise effektivitetsgevinster, som opvejer den konkurrencebegrænsende virkning.

Hvad angår incitamentet til dannelsen af konsortier, skaber ovenstående praksis en del retslig usikkerhed, hvilket potentielt medfører, at tilbudsgivere ikke tør danne konsortier af frygt for at blive ramt af de strenge sanktioner i KRL § 23, stk. 1 og 3. Det er i denne sammenhæng værd at overveje, om den retlige og økonomiske sammenhæng hvori udbudsretlige konsortier befinder sig, nærmere lægger op til en følgevurdering for at sikre, at man ikke uden sikkert grundlag, placerer konsortier i til formåls kategorien.

Generaladvokat M. Bobek har i en nyere præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen udtalt følgende om analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng:

*”For det første, hvorfor kræves der overhovedet (en vis) analyse af den retlige og økonomiske sammenhæng, når en aftale synes at have et konkurrencebegrænsende formål? Årsagen er, at en rent formel vurdering af en aftale, som er helt adskilt fra den faktiske situation, kan føre til en negativ vurdering af uskadelige eller konkurrencefremmende aftaler. Der ville ikke være nogen retlig eller økonomisk begrundelse for at forbyde en aftale, der, selv om den var i overensstemmelse med en kategori af aftaler, som normalt anses for konkurrencebegrænsende, ikke desto mindre på grund af særlige omstændigheder er helt ude af stand til at medføre skadelige virkninger på markedet, eller som endda er konkurrencefremmende.”*<sup>175</sup> (min fremhævning)

<sup>174</sup>Se hertil specialets afsnit 4.2.1.1 og 4.2.1.3.

<sup>175</sup>Generaladvokat M. Bobek's forslag til afgørelse af 5. september 2019 i sag C-228/18 (Budapest Bank), pr. 45.

Overføres citatet til udbudsretlige konsortier, omfatter disse netop en kategori af aftaler, der på mange måder kan være konkurrencefremmende, hvorfor dette ifølge ham, i disse situationer bør inddrages som element ved til formålsvurderingen. Hvad angår den *økonomisk sammenhæng*, adskiller konsortier sig på baggrund af den udbudsretlige form hvori de indgår. Dette gør de eftersom konsortier altid vil omfatte fælles prisfastsættelse, uanset hvorvidt der er tale om et produktionssamarbejde eller markedsførings-samarbejde. Angående den *retlige sammenhæng*, er der per lov lagt op til dannelsen af konsortier, hvorfor disse adskiller sig fra private samarbejdsaftaler og klassiske karteller.<sup>176</sup>

Det som taler imod en alternativ vurdering er, at konkurrenceretten, som nævnt, har til formål at håndtere alle aftaler så vidt muligt ens. Dette passer også med den meget stringente anvendelse af konkurrencetesten, som Højesteret lægger til grund i vejstribesagen. Yderligere taler ressourcebetragtninger imod anvendelsen af følgevurderingen, eftersom det kan være en meget omkostningsfuld test at undersøge og bevise egentlige konkurrencebegrænsende følger på et relevant marked.<sup>177</sup>

En mulig løsning – i overensstemmelse med den praksis EU-Domstolen har fastlagt i CB-sagen – vil være at stille større krav til formålsvurderingen af udbudsretlige konsortier, som følge af den ovennævnte økonomiske og retlige sammenhæng disse befinder sig i. Udbudsretlige konsortier ville således ikke vurderes på samme måde som klassiske kartelaftaler, hvilket vil medføre, at der ikke som nævnt i afsnit 2.2.2, kan slækkes på vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen befinder sig.

Dette passer også med Konkurrenceankenævnets opfattelse – som på sin vis blev fulgt af Højesteret<sup>178</sup> – af at konsortieaftaler ikke kan betegnes som klassiske kartelaftaler.<sup>179</sup>

Ovenstående vil generelt medføre, at den konkurrenceretlige test – modsat Højesterets fremgangsmåde – vil tage et vis hensyn til konsortier dannet inden for udbudsrettens rammer.

Såfremt det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan konstateres, at konsortiedannelsen er skadelig for konkurrencen, må konkurrencemyndighederne, for at sikre at de ikke gør en potentielt konkurrencefremmende konsortieaftale ulovlig, undersøge potentielle eller faktiske følger af konsortieaftalen. Dette passer også med M. Bobek's forslag til afgørelse, hvor han konstaterer, at man skal undersøge konkurrencebegrænsende følger, såfremt der findes konkurrencefremmende virkninger i en aftale, medmindre konkurrencebegrænsningerne er tydeligt fremherskende.<sup>180</sup> Det er i denne sammenhæng konstateret af EU-Domstolen, at der ikke er noget i vejen

---

<sup>176</sup>Se hertil udbudsdirektivet art. 19 (2) og Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. Udgave, af Albert Sanchez Graells, s. 337

<sup>177</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 14

<sup>178</sup>Højesterets dom afsagt onsdag den 27. november 2019, s. 10

<sup>179</sup>Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 18

<sup>180</sup>Generaladvokat M. Bobek's forslag til afgørelse af 5. september 2019 i sag C-228/18 (Budapest Bank), pr. 78-82.

for både at foretage en formålsvurdering og en følgevurdering, hvis dette er hensigtsmæssigt.<sup>181</sup>

Følgevurderingen vil i denne sammenhæng være med til at skabe et mere sikkert grundlag for vurderingen af konsortier, således at vurderingen ikke baseres på et skønsmæssigt grundlag som nævnt ovenfor. Dertil skal nævnes, at såfremt konsortier ikke sidestilles med klassiske karteller, er der ikke noget i vejen for at foretage en anden skønsvurdering af konkurrencebegrænsningskriteriet, end den som anvendes på klassiske karteller.

Det vil anbefales praktikere, at disse i et vist omfang foretager egentlige produktions-samarbejder og ikke udelukkende baserer konsortiedannelsen på et markedsførings-samarbejde.<sup>182</sup> Alternativt skal konsortiedeltagerne så vidt muligt sikre sig, at disse ikke vil blive vurderet som værende konkurrenter via den fremgangsmåde, som er præsenteret ovenfor sidst i afsnit 4.1.2.

Ovenstående fører videre til en diskussion af, hvorvidt konkurrenceretten kunne tage mere hensyn til udbudsretlige konsortier og det formål udbudsretten har, som er defineret i afsnit 2.2, eller om det omvendt er nødvendigt, at fastsætte nærmere regler for, hvordan konsortier tilpasses den konkurrenceretlige test, således at konsortiedeltagere ikke risikerer at straffes med fængselsstraf eller omkostningsrige bøder.

#### **4.1.4 - Konkurrencetesten i lyset af Kailow Graphic afgørelsen**

Kailow Graphic afgørelsen er som nævnt interessant, da den behandler samme problemstilling som vejstribe-sagen, men ud fra en udbudsretlig synsvinkel. Klagenævnet for Udbud, herefter benævnt Klagenævnet, foretager en konkurrenceretlig vurdering som følge af, at udbuddet åbner op for dette på trods af, at konkurrenceretten er uden for Klagenævnets kompetence.<sup>183</sup> Afgørelsen belyser det mismatch, der er mellem konkurrenceretten og udbudsretten ift. håndteringen af konsortier konkurrenceretligt. Der bliver lagt mere vægt på de konkurrencefremmende elementer i Kailow Graphic afgørelsen, og der tages udgangspunkt i forståelsen af begrebet ”Konkurrencefordrejning” efter UBL § 137, stk. 1, nr. 4., frem for konkurrencebegrænsnings begrebet i KRL § 6 og TEUF art. 101.

Hvis man sætter de to afgørelser på spidsen, viser de, at det kan have en stor betydning, hvorvidt man tager spørgsmålet om et konsortiums lovlighed ift. konkurrenceretten, for Konkurrencerådet eller Klagenævnet. Ud fra vejstribe-sagen og de præmisser den lægger til grund, er der i hvert fald ikke den store tvivl om, at Kailow Graphic afgørelsen var blevet håndteret anderledes ved Konkurrencerådet. Der er på denne baggrund også en god chance for, at konsortiet var blevet anset som værende ulovligt, allerede fordi konsortiedeltagerne kunne byde individuelt.<sup>184</sup> Det

---

<sup>181</sup>EU-Domstolens dom i sag C-228/18 (Budapest Bank), pr. 40.

<sup>182</sup>Joint tendering under EU competition law, Cyril Ritter (2017), s. 16, afsnit 6 og Højesterets dom afsagt onsdag den 27. november 2019, s. 9, del 5

<sup>183</sup>Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019, s. 22.

<sup>184</sup>Se hhv. specialets afsnit 2.2.1-2.2.2 og 4.1.2-4.1.3.

skal dog nævnes, at Kailow Graphic sagen omhandler ét samlet udbud, og der derfor ikke er deludbud som i vejstribesagen, hvorfor sagen kunne have været interessant at have for Konkurrencerådet. Derudover sidder der ikke konkurrenceeksperter i Klagenævnet, hvorfor det konkurrenceretlige spørgsmål underkastes en mindre grundig behandling.

Den retstilstand det medfører, at der muligvis er forskellige udfald, alt efter hvilket råd eller nævn man klager til, er ikke ideel, da det skaber en del retsikkerhed og mangel på gennemsigtighed. Spørgsmålet bliver i denne sammenhæng, om det i fremtiden er vigtigst, at udbuddet gennemføres succesfuldt med det mest konkurrencedygtige tilbud eller at man undgår potentielle konkurrencebegrænsende følger?

Det er bl.a. retspolitiske betragtninger, der løser ovenstående problemstillinger og nogle af de overvejelser, der skal gøres, vil i det følgende blive diskuteret og vurderet. Nærværende fremstilling er dog ikke af politisk karakter og kun meget begrænset af retspolitisk karakter, hvorfor det er det juridiske perspektiv, der lægges vægt på.

Der er en del skønspræget usikkerhed som konkurrencetesten baseres på, hvilket utvivlsomt er nødvendigt ved behandlingen af klassiske karteller, men tvivlsomt den rette vurdering af udbudsretlige konsortier. Ovenstående medfører, at udbuddets formål, om at ordregiveren får mest værdi for pengene, tilsidesættes som følge af, at konsortiet muligvis er skadeligt for konkurrencen endda på trods af de mange konkurrencefremmende elementer konsortier kan bevirke. Det er som nævnt i den forbindelse, værd at overveje, om den konkurrenceretlige test med rette bør baseres på en skønsmæssig vurdering, der ikke fremviser egentlige skadelige følger, når konsortier generelt adskiller sig fra klassiske karteller.

Den alternative test, som også har fuld hjemmel i konkurrenceretten, er som nævnt i afsnittene 4.1.2 og 4.1.3, at foretage en realistisk konkurrentvurdering og undersøge egentlige konkurrencebegrænsende følger, hvilket vil skabe mere retssikkerhed, men koste flere ressourcer. Derudover kunne målet tillige nås ved en større vægtning og inddragelse af de specifikke konkurrencefremmende elementer – som konsortier medfører – ved vurderingen af individuel fritagelse efter TEUF art. 101, stk. 3 og KRL § 8.

I det følgende vil gennemgås en række alternative initiativer til at sikre den fornødne retssikkerhed og gennemsigtighed uden at ændre på den konkurrencetest, Højesteret lægger til grund i vejstribesagen. Baggrunden for denne gennemgang, skyldes begrænsningen af lovgivers mulighed for at fastsætte regler, der dispenserer konsortier fra konkurrenceretten. Denne begrænsning kommer som følge af, at konkurrenceretten er et fundamentalt retsområde af primær karakter i EU-retten og udbudsretten modsat er af sekundær karakter.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup>Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. Udgave, af Albert Sanchez Graells, s. 338

Der skelnes således mellem to muligheder for at tilpasse konkurrencetesten til udbudsretlige konsortier. Enten ved at gennemføre den alternative test præsenteret ovenfor, eller ved at indføre en eller flere af de nedenfor præsenterede administrative tiltag.

#### 4.2 - Eventuelle tiltag og alternativer til at sikre konsortiekonstruktionens anvendelighed

Tiltagene i nærværende afsnit omhandler, hvordan man præventivt kan forhindre, at konsortier, der fremmer konkurrencen, vil blive ramt uhensigtsmæssigt af konkurrencereglerne. Diskussionen vil tage sit udgangspunkt i de aktører, som har indflydelse på dannelsen af konsortier ift. konkurrenceretten, og tiltagene vil så vidt muligt baseres på juridiske overvejelser.

Tiltagene er relevante, eftersom det ud fra Højesterets afgørelse i vejstribesagen er lagt op til, at der ikke skal tages hensyn til konsortiekonstruktionen ift. konkurrencetesten, og man således må styrke retssikkerheden på anden vis. Den nuværende retstilstand angående løsningen af ovenstående vil analyseres, diskuteres, samt vurderes, ift. hvad man potentielt kunne gøre som alternativ.

##### 4.2.1. - Ordregiver, konkurrencemyndighederne eller konsortiedeltageres forpligtelse

Med Højesterets afgørelse dannes der præcedens, som medfører en stram konkurrenceretlige vurdering af konsortier. Et spørgsmål i denne sammenhæng er, hvorvidt det bør være ordregiver, konkurrencemyndighederne eller konsortiedeltageres ansvar at sikre overholdelse af konkurrenceretten ifm. dannelsen af konsortier og udbud.

##### 4.2.1.1 - Konkurrencemyndighedernes anmeldelsessystem

Udgangspunktet for den konkurrenceretlige evaluering af konsortier består af en forhåndsgodkendelse ved, at man ifølge KRL § 9, stk. 1, kan anmelde sit konsortiesamarbejde til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som herefter vil komme med en negativattest, der tilsiger, hvorvidt samarbejdet er ulovligt eller ej. Derudover kan man også, hvis aftalen falder inden for rammerne af KRL § 6, anmelde samarbejdet for at modtage en individuel fritagelse efter KRL § 8, stk. 2. Der er tale om en anmeldelsesret frem for en pligt, hvilket skyldes en nedprioritering af anmeldelsessystemet.<sup>186</sup> Oprindeligt har bestemmelsen haft til formål at have betydelig indvirkning på konkurrenceretten, hvilket ses af forarbejderne til den oprindelige konkurrencelov.<sup>187</sup> Dette har dog i takt med, at Kommissionen i 2004 nedlagde dennes anmeldelsessystem, ændret sig.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup><https://www.kfst.dk/om-os/opgaver-mal-og-styring/prioritering-af-opgaver/> og Lov nr. 1461 af 22.12.2004 (KRL af 2004) seneste tilgået d. 30. maj 2020

<sup>187</sup>Besvarelse af spm. 54 (L 172 – bilag nr. 24) af 9. april 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalgs bilag 84.

<sup>188</sup>Forordning 1/2003/EF af 16. december 2002, se art. 34, stk. 1.

Der er en række forhold som gør, at det danske anmeldelsessystems eksistens reelt er tæt på illusorisk ift. anvendelsen ved konsortiesamarbejder. Et af de væsentligste forhold er bl.a., at den tidsmæssige ramme for et udbud, gør det svært at nå at modtage en forhåndsgodkendelse af sit konsortium i den situation, hvor konsortiet dannes mhp. et aktuelt udbud. Derudover medfører KRL § 9, stk. 2 og § 8, stk. 5., at såfremt aftalen mærkbart påvirker samhandlen og dermed har en grænseoverskridende effekt, kan styrelsen vælge at undlade behandlingen. Det findes ofte, at denne påvirkning af samhandlen konstateres, således at TEUF art. 101, stk. 1. finder anvendelse og anmeldelsen derfor afvises. Dertil er der nedprioriteringen, som henvist til ovenfor, som skyldes, at styrelsen ikke selv kan prioritere sine ressourcer. Det vil på baggrund af ovenstående kun undtagelsesvist være muligt at få en negativttest ift. et konkret udbud på trods af, at det fremgår af lovforarbejderne, at det bør være muligt.

I 2012 blev det ifm. ændringen af konkurrenceloven diskuteret, hvorvidt man bør indføre et forhåndsbeskedsystem som man kender det fra skatteområdet,<sup>189</sup> og dermed en intensivering af anmeldelsessystemet inden for konkurrenceretten.<sup>190</sup> Forslaget blev imidlertid afvist som følge af, at konkurrencemyndighederne ikke udelukkende vil kunne lægge til grund, de informationer som virksomhederne kommer med, eftersom markederne konstant forandre sig. Det vil ifølge Erhvervs- Vækst- og Eksportudvalget samt den daværende Erhvervsminister således ikke være hensigtsmæssigt at indføre et sådant system, da der vil knyttes så mange forbehold og forudsætninger om markedet, at det ikke vil give mening.<sup>191</sup>

Ovenstående var også baggrunden for, at et konkret forslag om et særligt anmeldelsessystem for konsortier blev forkastet ifm. ændringen af konkurrenceloven i 2017. Det blev tillige i sammenhæng med ændringen i 2017 fremsat som forslag at afskaffe anmeldelsessystemet på samme måde, som det blev gjort af Kommissionen i 2004.<sup>192</sup> Dette blev formentlig primært slået ned, som følge af modstand fra erhvervsorganisationer<sup>193</sup> og advokatrådet.<sup>194</sup>

### *Delkonklusion*

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at den konkurrenceretlige vurdering af konsortiesamarbejder, er for kompleks til at konstruere en standard anmeldelsesprocedure. Der er derfor ikke blevet indført et forhåndsbeskedsystem eller en intensivering og forøget indsats ved anvendelsen af anmeldelsessystemet i KRL §§ 8 og 9. Komplexiteten illustreres især af den omstændighed, at SØ- og Handelsretten og Højesteret i vejstribesagen kunne være så uenige om måden, hvorpå konkurrencetesten skulle håndteres.

---

<sup>189</sup><https://skat.dk/skat.aspx?oid=2242235> seneste tilgået d. 30. maj 2020

<sup>190</sup>Forslag til lov om ændring af KRL (2012) L 41 - svar på spm. 23, fra erhvervs- og vækstministeren.

<sup>191</sup>Ibid. svar på spm. 34

<sup>192</sup>Forslag til lov om ændring af KRL, Lovudkast af 23-06-2017.

<sup>193</sup>Forslag til lov om ændring af KRL (2017), L6 Bilag 1: L6 – Høringsnotat, s. 6, afsnit 3.2.

<sup>194</sup>Forslag til lov om ændring af KRL (2017), L6 Bilag 1: L6 – Høringssvar, s. 2. ff.

Det vil på baggrund af ovenstående ikke være en ideel løsning at anvende konkurrencemyndighedernes anmeldelsessystem som et alternativ, medmindre der findes en forbedret måde at evaluere på.

#### **4.2.1.2 - Ordregivers konkurrenceevaluering**

Udformningen af et udbud, kan som set i vejstribesagen, være med til at skabe en del tvivl om hvad konkurrencen angår. I vejstribesagen var det konkrete problem, som blev fremført af sagsøgte og som S&H også inddragede, at der var tvivl om hvorvidt konkurrencen angik delbud eller det samlede udbud og hvilken betydning rabatordningen havde for dette. DVK forklarer i sagen at denne blev foranlediget til at tro, at konkurrencen udelukkende omhandlede det samlede udbud på trods af, at der var mulighed for delbud.<sup>195</sup> Udbuddet angik udelukkende tildelingskriteriet pris, hvilket tillige medførte, at der ikke i videre omfang kunne inddrages kvalitet i kapacitetsvurderingen.

Det kan overvejes, hvorvidt det bør kræves af ordregiverne, at de skal være mere konkrete i deres udformning af udbuddet i konkurrencemæssig forstand, således at der ikke bliver tvivl om hvad der konkurreres angående. Det vil være i ordregivers interesse at sikre den konkurrencemæssige lovlighed af de konsortier der deltager i udbudsprocessen, eftersom formålet med udbuddet kan falde til jorden, hvis det deltagende konsortium efterfølgende findes at være i strid med konkurrenceretten.

Det skal i første omgang overvejes, hvorledes ordregiveren kan og bør foretage en konkurrenceretlig vurdering af konsortiesamarbejder. Det fremgår af forarbejderne, og dertil kommentarerne til ændringen af konkurrenceloven i 2017, angående den dengang potentielle afskaffelse af det ovennævnte anmeldelsessystem, at:

*”Det vil være retssikkerhedsmæssigt meget betænkeligt at indføre en formodningsregel, hvorefter et samtykke fra en ordregiver til et påtænkt konsortiesamarbejde sammen med en umiddelbar vurdering fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle skabe en formodning for, at samarbejdet ikke er ulovligt.”*<sup>196</sup> (Min fremhævning)

Sammenholder man ovennævnte med, at kompleksiteten selv for konkurrencemyndighederne er for besværlig, kan det konstateres at en direkte vurdering fra ordregiveren, ligeledes ikke er ideel. Det kan dog overvejes, om ordregiveren kan tilrettelægge udbuddet således, at det imødekommer konsortier i videre omfang eller i hvert fald tager hensyn til disse.

Ordregiveren skal såfremt, det kan være med til at fremme konkurrencen, så vidt muligt gøre det praktikabelt og promovere muligheden for at byde i et konsortium.<sup>197</sup> Ordregiveren skal i hvert fald, som nævnt i afsnit 2.2, sikre sig lige vilkår for konsortier og individuelle tilbudsgivere i et udbud. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i deres vejledning om Udbud med deltagelse af Konsortier, som er en

---

<sup>195</sup>Se specialets afsnit 3.1.2

<sup>196</sup>Forslag til lov om ændring af KRL, Bilag 1: L6 – Høringsnotat, s. 7, afsnit 3.2, sidste del

<sup>197</sup>Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. Udgave, af Albert Sanchez Graells, s. 114, afsnit V



vejledning målrettet ordregivere, beskrevet nogle generelle tiltag, der kan tages hensyn til i udbuddet.<sup>198</sup> Konkurrenceretligt ville det dog være en fordel med mere konkrete tiltag, der kan fremme konkurrencen i udbuddet og tilpasse dette til eventuelle konsortiers deltagelse.

Anvendelse af kvalitet, som tildelingskriterie, vil gøre det nemmere at bevise effektivitetsgevinster, eftersom der i udbuddet stilles krav til kvaliteten, vil det også være noget der kan lægges vægt på, som baggrund for at danne et konsortium. Såfremt der lægges op til skærpet konkurrence og inddragelsen af konsortier i udbuddet, vil det være fordelagtigt at give mere tid til tilbudsafgivelsen. Ordregiver skal i denne forbindelse lægge op til at konsortiedeltagerne skal udnytte tiden til at overveje konkurrenceretlige aspekter ved konsortiet.<sup>199</sup> Dette vil gøre det nemmere tidsmæssigt for både ordregiver og tilbudsgiverne, at tilpasse udbuddet til konkurrenceretens krav.

Ordregivere vil også med fordel kunne foretage markedsdialoger, således at de kan tilpasse størrelsen af udbuddet med størrelsen af aktørerne på markedet og den generelle fordeling af markedsandele herpå. Dette vil gøre det muligt – på et tilstrækkeligt grundlag – at vurdere, om udbuddet bør deles op i mindre deludbud, eller om man skal satse på ét stort udbud, som vil lægge op til konsortiedannelser.<sup>200</sup> En generel indstilling om, at man vil undgå konkurrencebegrænsning i udbuddet i kombination med anvendelsen af UBL § 137, stk. 1 nr. 4, vil gøre det muligt i højere grad at imødekomme de konkurrenceretlige aspekter i udbudsprocessen. Dertil bør ordregiveren i høj grad præcisere som nævnt, hvad der konkurreres om i udbuddet, hvilket er muligt ud fra en inddragelse af ovennævnte tiltag.

Ved anvendelsen af udelukkelsesgrunden i UBL § 137, stk. 1, nr. 4, bør ordregiveren gøre det tydeligt, om det er alle former for konkurrencefordrejning der dækkes eller om bestemmelsens anvendelse knytter sig til særlige konkurrenceretlige situationer. Det er dog nødvendigt at oplyse og informere ordregivere i større omfang for at sikre, at de har den grundlæggende forståelse for forholdet mellem konkurrence- og udbudsretten på plads.

#### *Delkonklusion*

Det kan på baggrund af ovenstående vurderes, at et tiltag med potentiale vil være at stille højere krav og informere ordregivere i højere grad om, hvordan de mest fornuftigt tilrettelægger udbuddet til konkurrenceretten. Dette vil gøre at ordregiver konkurrenceretligt kan vejlede tilbudsgivere, herunder konsortier, via udbudsmaterialet. Dette kunne være ved at sætte større fokus på – samt stille højere krav om – anvendelsen af kurser og workshops for offentlige indkøbere.

#### **4.2.1.3 - Konsortiedeltagernes selvevaluering**

Som det ser ud på nuværende tidspunkt, er det på sin vis konsortiedeltagerne selv, som skal vurdere konsortiets lovlighed ift. KRL § 6 og TEUF art. 101. Dette er grundet den omstændighed at hverken konkurrencemyndighederne, Kommissionen

---

<sup>198</sup>Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om Udbud med deltagelse af Konsortier (2018)

<sup>199</sup>Ibid. s. 12, afsnit 3.4

<sup>200</sup>Ibid. s. 4, del 8

eller ordregiveren reelt foretager evalueringen.<sup>201</sup> Det er derfor essentielt, at konsortiedeltagerne har en viden om, hvordan de skal selvevaluere og efter hvilke parametre. Det er især denne diskussion, der har fyldt betydeligt i afsnittene ovenfor. Hvad angår kapacitetsvurderingen er det på nuværende tidspunkt ikke gennemsigtigt for et konsortium, hvordan beregningen – der viser, om man har individuel kapacitet til at løfte opgaven – skal foretages.

Spørgsmålet er dermed, hvordan man kan lette opgaven for de konsortiedeltagere, der skal selvevaluere. Som det fremgår af Konkurrencerådets afgørelse i vejstribe-sagen, så er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen klar til at gå langt ift. undersøgelsen og vurderingen af konsortiedeltageres individuelle kapacitet. Frem for en intensiveret indsats, når først det er gået galt, bør man fokusere på en mere præventiv tilgang, der sikrer, at det ikke går galt.

Problemet med kapacitetsvurderingen er, at den vil se forskellig ud alt efter hvilket marked, der er tale om, hvorfor kapacitetsvurderingen i vejstribe-sagen har begrænset betydning for praktikere. Kapacitetsvurderingen skal gøres mere klar, og det er nødvendigt med mere konkrete redskaber end den generelle vejledning om konsortiesamarbejder ift. konkurrenceloven<sup>202</sup>, som styrelsen har udarbejdet. Dette kan både være i form af egentlige beregningsmodeller, udarbejdet af styrelsen til brug for virksomhederne eller en større indsats inden for individuel vejledning. Komplexiteten af vurderingen gør det nødvendigt at assistere dem, der ønsker at danne konsortier, især hvis man fortsat ser, at konsortiekonstruktionen skal være anvendelig.

Såfremt en tilbudsgiver er på grænsen til at anses som værende konkurrent med andre aktører ifm. dannelsen af et konsortium til et udbud, kan der være alternativer til konsortiedannelsen. Tilbudsgivere, der lige har kapaciteten til enten aktuelt eller potentielt at byde ind på et udbud, kan satse på at skaffe sig en underleverandør blandt sine konkurrenter, efter de har vundet udbuddet. Når udbuddet først er afsluttet, er konkurrencen færdigudspillet og der vil formentlig ikke være noget i vejen for at anvende efterfølgende underleverandører til at løfte udbudsopgaven.

Det skal nævnes, at ovenstående løsning kun gør sig gældende, hvor underleverandøraftalen først kommer på tale efter udbuddet er afsluttet og således ikke må drøftes før eller under udbuddet. Alternativet løser ikke muligheden for at danne lovlige konsortier, men det er en anden måde at håndtere ønsket om at samarbejde omkring et udbud på. Der er dog ingen tvivl om, at denne fremgangsmåde er mere risikoblagt.

### *Delkonklusion*

Det er nødvendigt at vejlede og gøre det nemmere for deltagere af et konsortium at selvevaluere. Dette gælder især, når der ikke findes en alternativ måde at få vurderet, om ens konsortium med sikkerhed er lovligt eller ej. Indtil da kan alternative

---

<sup>201</sup>Se specialets afsnit 4.2.1.1 og 4.2.1.2

<sup>202</sup>I maj 2020 er et udkast til en ny vejledning om konsortier ift. konkurrenceretten sendt i høring, med frist d. 20. maj. Eftersom der før afleveringsfristen for nærværende speciale kun er tale om et udkast inddrages den nye version ikke

løsninger være nødvendigt, såfremt virksomheder har behov for et samarbejde til at kunne løfte et udbud.

#### **4.2.1.4 - Sammenfattende konklusion**

Når man har en retstilstand baseret på en stram håndtering af udbudsretlige konsortier, som analyseret og diskuteret i afsnit 4.1, samt en evalueringsmodel som næsten udelukkende baseres på konsortiedeltagernes egen indsats, bliver det svært at danne en konstruktion, hvor der er retssikkerhed for praktikere af konsortier. Det må på denne baggrund være nødvendigt, enten at tage mere hensyn ved anvendelsen af konkurrencetesten på konsortier, eller gøre en større indsats for, at sikre konsortiernes lovlighed på forhånd.

Konsortiekonstruktionens anvendelighed vil indtil da ikke være ideel, grundet den usikkerhed, der er angående konsortiers lovlighed, og den frygt der er for at blive ramt af sanktionerne i KRL § 23.

## **5. Afsluttende konklusion**

Dette speciale har haft til formål at undersøge, hvordan konsortier bedømmes konkurrenceretligt, for derefter at vurdere konsortiedannelsers anvendelighed og hvordan man kan understøtte denne.

Det kan sammenfattende konkluderes, at der på baggrund af dette speciales analyse og vurdering af måden, hvorpå udbudsretlige konsortier behandles af konkurrenceretten, eksisterer en retstilstand, der begrænser incitamentet til dannelsen af konsortier. Det er ikke fuldstændig fastlagt og klart, hvad der inddrages i konkurrentvurderingen af konsortiedeltagere og konsortier vurderes ofte, at have til formål at begrænse konkurrencen. Der er samtidig ikke stor sandsynlighed for, at et konsortium kan fremvise konkurrencefremmende elementer, der opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger, konsortier hovedsageligt anses at have i praksis.

Denne retstilstand gør det svært for virksomheder at begå sig på de markeder, hvor offentlige indkøb fylder en stor andel af markedets kunder. Dette vil potentielt medføre, at konsortiedannelser, der vil kunne forøge antallet af tilbudsgivere og dermed fremme konkurrencen, ikke bliver dannet som følge af frygten, for at blive ramt af konkurrencetesten i TEUF art. 101 og KRL § 6, samt de dertil hørende konkurrenceretlige sanktioner.

Det kan tillige, hvad angår den fremtidige behandling af konsortier, konkluderes, at det er nødvendigt at takle og håndtere nogle af de tvivlsspørgsmål og problemer, den nuværende retstilstand medfører. Konsortiekonstruktionen vil ikke fungere ideelt, som det ser ud nu, og retspraksis hjælper kun med at definere *hvilken* test, der skal anvendes, men ikke *hvordan* testen udarbejdes i praksis. Retspraksis får dermed begrænset værdi for praktikere som følge af, at konkurrencetesten er skønspræget, og således fra gang til gang kræver en konkret vurdering af de konsortieaftaler, der klages over.

Den måde, hvorpå Højesteret vurderer konsortier i vejstribesagen, er uden tvivl på linje med den generelle konkurrencetest, som er fastslået af EU-Domstolen i dens praksis. Denne tests fremgangsmåde kommer dog på visse punkter i konflikt med det udbudsretlige formål. Det essentielle hovedspørgsmål i fremtiden bliver at få klarlagt – fra EU-Domstolens side – om der skal tages et specielt hensyn til konsortier dannet ifm. udbud, ved anvendelsen af konkurrencetesten eller ej.

Det bliver således afgørende, om EU-Domstolen ved deres potentielle behandling af et konsortium ift. konkurrenceretten, tager hensyn til den tidligere beskrevne retlige og økonomiske sammenhæng konsortier befinder sig i. Derudover er det interessant, hvorvidt EU-Domstolen ved den potentielle behandling vil tage sit udgangspunkt i de spørgsmål, som blev forelagt ved den præjudicielle forespørgsel, der blev afvist af Højesteret i vejstribesagen. Dette vil kunne være med til at belyse, *hvordan* den konkurrenceretlige test foretages, bl.a. hvad angår konkurrentvurderingen af konsortiedeltagere og dermed forøge retssikkerheden.

For at understøtte dannelsen af konsortier i fremtiden vil det være nødvendigt at foretage visse ændringer i den måde, man vurderer konsortier på. Alternativet til dette er at introducere visse tiltag til, at undgå en karambolage mellem konsortier og konkurrencereglerne.

Hvorvidt de problemstillinger nærværende speciale har undersøgt og beskrevet, løses via EU-Domstolen og Kommissionens indflydelse i praksis eller ved retlige tiltag fra de lovgivende organer, er uvist. Men sammenfattende kan det konkluderes, at et retligt initiativ eller en praksisændring ville være hensigtsmæssigt for at gøre det lettere for virksomheder at vurdere, hvornår de kan indgå i et konsortiesamarbejde og for ordregivere at vurdere lovligheden af et konsortium ved et konkret udbud.

## 6. Litteraturfortegnelse

### 6.1 Dansk ret

---

#### 6.1.1 – Love

- Konkurrenceloven (Lovbekendtgørelse af 22/12/2004 nr. 1461)
- Konkurrenceloven (Lovbekendtgørelse af 08/07/2015 nr. 869), som ændret ved L 2016-12-13 nr. 1541.
- Udbudsloven (Lovbekendtgørelse af 15/12/2015 nr. 1564)

#### 6.1.2 – Forarbejder og lovforslag

- Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 106 af bilag nr. 77, i (L 172) af 9. april 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalgs bilag 113. (Oprindelige forslag til konkurrencelov)
- Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 54 af bilag nr. 24, i (L 172) af 9. april 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalgs bilag 84.
- Lovforarbejderne til konkurrenceloven (lov nr. 384 af 10. juni 1997)
- Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (2012) L 41 - svar på spørgsmål 23, fra erhvervs- og vækstministeren.

- Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, Lovudkast af 23-06-2017.
- Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (2017), L 6 Bilag 1: L6 – Høringsnotat.
- Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (2017), L 6 Bilag 1: L6 – Høringssvar.

## **6.2 EU-ret**

---

### *6.2.1 – Traktater*

- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, TEUF (2012/C 326/01)

### *6.2.2 – Forordninger*

- Kommissionens forordning 1217/2010/EF af 14. december 2010
- Kommissionens forordning 1218/2010/EF af 14. december 2010
- Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82

### *6.2.3 – Direktiver*

- Udbudsdirektivet (2014/24/EU)

## **6.3 Praxis**

---

### *6.3.1 – EU-Domstolen*

- Sag C-56/65, Société Technique Minière
- Sag C-209/78, Van Landewyck
- Sag C-41/90, Höfner
- Sag C-7/95, John Deere
- Sag C-209/07, BIDS
- Sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m.fl.
- Sag C-32/11, Allianz Hungaria
- Sag C-239/11, Siemens
- Sag C-67/13 P, Cartes Bancaires
- Sag C-373/14 P, Toshiba
- Sag C-228/18, Budapest Bank

### *6.3.2 – Retten*

- Sag T-374/94, European Night Services
- Sag T-177/04, Easyjet
- Sag T-461/07, Visa

### *6.3.3 – Kommissionen*

- 90/446/EEC (Konsortium ECR 900)

### *6.3.4 – Forslag til afgørelser*

- Generaladvokat M. Bobek's forslag til afgørelse af 5. september 2019 i sag C-228/18 (Budapest Bank)

#### 6.3.5 – EFTA-domstolen

- EFTA Domstolens dom af 22. december 2016, sag E-3/16, (Ski Taxi/Follo Taxi)

#### 6.3.6 – Dansk praksis

- Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003 ”Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schultz A/S” (Catering-sagen)
- Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, sag 12/06678 (SOV)
- Højesterets dom afsagt den 3. juni 2014 (Nykredit-sagen)
- Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, sag 14/04158 (Vejstribesagen)
- Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, sagerne KL-2-2015 og KL-3-2015 (Vejstribesagen)
- Sø- og Handelsrettens afgørelse af 27. august 2018 (Vejstribesagen)
- Højesterets anke- og kæremålsudvalgs retsbog, retsmøde d. 29. maj 2019, sag 191/2018 (Vejstribesagen)
- Højesterets dom afsagt onsdag den 27. november 2019 (Vejstribesagen)
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019 (Kailow Graphic)

#### 6.3.7 – Svensk praksis

- Stockholms Tingsrätt dom af 21. januar 2014, sag T 18896-10, (Dæksagen)

#### 6.3.8 – Norsk praksis

- Den Norske Høyesteretts dom af 22. juni 2017, sag HR-2017-1229-A, sak nr. 2015/1026, (Ski Taxi/Follo Taxi)

### **6.4 Administrative meddelelser og vejledninger**

---

#### 6.4.1 – *Kommissionen*

- Kommissionens meddelelse – Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07)
- Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01)
- Kommissionens meddelelse – Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (bagatelmeddelelsen – 2014/C 291/01)
- Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3

#### 6.4.2 – *Danske myndigheder*

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejder i forhold til konkurrenceloven (2018)
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbud med deltagelse af konsortier (2018)

## 6.5 Litteratur

---

### 6.5.1 – Bøger

- Graells, Albert Sanchez: Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. udgave, Hart Publishing, 2015.
- Jessen, Pernille Wegener, m.fl. Regulering af konkurrence i EU, 4. udgave., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016.
- Jessen, Pernille Wegener, m.fl. Regulating Competition in the EU, 1. udgave, Wolters Kluwer, 2016.
- Whish, Richard; Bailey, David: Competition Law, 9. udgave, Oxford University Press, 2018.

### 6.5.2 – Artikler, vejledninger og tidsskrifter

- Gam Madsen, Lars Henrik; Retsdogmatisk forskning (2020).
- Ritter, Cyril: Joint Tendering Under EU Competition Law, SSRN.com//abstract=2909572, (2017)
- Sweet and Maxwell, European Competition Law Review (2018) vol. 39 (10), A warning shot across the bows of global competition law compliance programmes: antitrust scrutiny of joint bidding arrangements around the world
- Thomas, Christopher: ”Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law”, Journal of European Competition Law, 2015, 9. udgivelse s. 629-638

### 6.5.3 – Hjemmesider

- <https://domstol.dk/hojesteret/om-hojesteret/hojesterets-virksomhed/> (senest tilgået d. 30. maj 2020)
- <https://www.kfst.dk/om-os/opgaver-mal-og-styring/prioritering-af-opgaver/> (senest tilgået d. 30. maj 2020)
- <https://www.concurrences.com/en/> (senest tilgået d. 30. maj 2020)
- <https://www.danskbyggeri.dk/nyheder-og-presse/nyheder/presse/2019/hojesteret-undgaar-at-tage-stilling-til-konkurrenter/> (senest tilgået d. 30. maj 2020)
- <https://www.twobirds.com/da/news/articles/2019/denmark/hojesteret-vejstribekonsortium-var-i-strid-med-konkurrencereglerne>(senest tilgået d. 30. maj 2020)
- <https://gorrissenfederspiel.com/viden/nyheder/hojesteretsdom-i-principiel-konkurrencesag-om-konsortier> (senest tilgået d. 30. maj 2020)
- <https://skat.dk/skat.aspx?oid=2242235>(senest tilgået d. 30. maj 2020)
- Graells, Albert Sanchez: Joint Bidding and Subcontracting under EU Competition Law: Some critical comments on Thomas (2015), offentliggjort december 2015, artikel link: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html> (senest tilgået d. 30. maj 2020)

## 7. Bilag

### 7.1. – Bilag 1

---

**UDSKRIFT  
AF  
HØJESTERETS ANKE- OG KÆREMÅLSUDVALGS RETSBOG**

Retsmøde den 29. maj 2019 i

**Sag 191/2018**

Konkurrencerådet

(advokat Jacob Pinborg)

mod

Eurostar Danmark A/S

(advokat Christina Alexandra Type Jardorf)

og

GVCO A/S

(advokat Erik Kjær-Hansen)

Der fremlagdes Konkurrencerådets replik af 21. marts 2019 og processkrift af 30. april 2019, Eurostar Danmarks duplik af 4. april 2019 og processkrift A af 16. maj 2019 samt GVCO's duplik af 4. april 2019 og processkrift A af 16. maj 2019.

Det fremgår heraf, at Konkurrencerådet har anmodet om præjudiciel forelæggelse for EU-domstolen vedrørende følgende overordnede temaer:

- ”• Hvornår virksomheder skal anses for at være konkurrenter i forhold til et udbud, herunder betydningen af, at der kan afgives bud på delopgaver.
- Hvilke kriterier som skal inddrages ved vurderingen af, om aftaler om fælles bud mellem konkurrenter har til formål at begrænse konkurrencen.
- Hvor omfattende undersøgelser og analyser af de retlige og økonomiske forhold, der skal gennemføres ved vurderingen af, om aftaler om fælles bud mellem konkurrenter udgør en ”til formåls”-overtrædelse.”

Eurostar Danmark og GVCO har udtalt sig imod, at der sker præjudiciel forelæggelse.



Efter votering besluttede ankeudvalget (Michael Rekling, Lars Hjortnæs og Jan Schans Christensen), at anmodningen om præjudiciel forelæggelse ikke imødekommes, da det på det foreliggende grundlag foreløbig må antages, at der ikke består en rimelig tvivl om forståelsen af de pågældende EU-retlige regler.

Sagen udsat på hovedforhandling den 13. og 14. november 2019.

--0000--

**Udskriftens rigtighed bekræftes.**

**Højesteret, den**