

DANSKE
ARKITEKT
VIRKSOMHEDER

FINANS DANMARK

Foreningen af
Rådgivende Ingeniører
FRIforsikring
& pensionHÅNDVÆRKS RÅDET
for små og mellemstore virksomhederLANDBRUG
& FØDEVARER

TEKNIQ

INSTALLATØRERNES ORGANISATION

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

E-mail: kfst@kfst.dk

Høringsvar til udkast til vejledning "Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven"

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 27. juni 2017 sendt udkast til vejledning "Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven" i høring med høringsfrist den 15. september.

Dansk Erhverv, Danske Arkitektvirksomheder, Danske Rederier, DI, Finans Danmark, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Forsikring & Pension, Håndværksrådet, Landbrug & Fødevarer og Tekniq ("organisationerne") har følgende bemærkninger til høringen.

Som bekendt har organisationerne i de senere år ved flere lejligheder peget på behovet for en lempelse og tydeliggørelse af reglerne om konsortiers lovlighed efter konkurrencereglerne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hidtidige tilgang og Konkurrencerådets praksis har efter organisationernes opfattelse skabt retlig usikkerhed og bekymring blandt virksomhederne. De alvorlige konsekvenser ved en utilsigtet overtrædelse kombineret med de store uklarheder og usikkerheder for virksomhederne betyder i praksis, at mange virksomheder afholder sig fra at indgå i konsortiesamarbejder. Dette kan lede til mindre effektiv konkurrence og hæmme innovation i forhold til at løse de konkrete udbudte opgaver. Dette er hverken i virksomhedernes, ordregivernes eller samfundets interesse.

Organisationerne finder det derfor afgørende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens reviderede konsortievejledning bliver klar, letforståelig og praktisk anvendelig for virksomhederne, og at styrelsens tilgang i vejledningen fremover tager udgangspunkt i den forretningsmæssige og strategiske virkelighed, som virksomhederne agerer ud fra. For at målrette vejledningen til virksomheder er det vigtigt, at teksten suppleres med grafiske illustrationer og samtidig formuleres i et mindre juridisk teknisk sprogbrug.

Det er positivt, at styrelsen anerkender behovet for at vejlede om reglerne på konsortieområdet, så det bliver lettere for virksomhederne, at vurdere om dannelsen af et konsortium er konkurrencebegrænsende og dermed i strid med konkurrenceloven.

Organisationer skal derudover kvittere for, at der også fra Erhvervsministeriet side er fokus på at reducere erhvervslivets udgifter ved offentlige udbud, og skal i den forbindelse henvise til Erhvervsministeriets pressemeddelelse fra den 28. august 2017, hvori Erhvervsministeren bl.a. udtalte *"Hvis det er for dyrt og bøvet for virksomhederne at deltage, risikerer vi at få dyrere – og måske ringere – løsninger i det offentlige"*.

Organisationerne har en række generelle og specifikke bemærkninger til det foreliggende udkast til vejledning, og står naturligvis til rådighed i det videre arbejde, så vejledningen kan blive anvendelig for de mange virksomheder, der overvejer at indgå i et konsortium eller lignende form for samarbejde i forbindelse med udbud.

Generelle bemærkninger

Det er vigtigt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin fortolkning af og vejledning om reglerne for konsortiedannelse lever op til det afbalancerede formål med konkurrenceloven, som er angivet i konkurrencelovens § 1, hvor "virksom konkurrence" skal fremmes gennem "effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse".

Forud for afholdelsen af et udbud bør ordregiver gøre sig overvejelser om hvilken udbudsform, der sikrer den bedst mulige konkurrence om den konkrete anskaffelse og hvilken udbudsform, der minimerer de administrative byrder og transaktionsomkostningerne for såvel ordregivere som tilbudsgivere.

Virksomheder, der deltager i et udbud, konkurrerer om at afgive det bedste tilbud til ordregiveren for at vinde opgaven. For nogle virksomheder kan det være nødvendigt at gå sammen med andre virksomheder i et konsortium, for at kunne leve op til kravene i udbudsmaterialet eller på baggrund af forretningsmæssige eller strategiske overvejelser – herunder af hensyn til omkostningsbesparelser, højere kvalitet, risikospredning, innovation, fælles udviklede løsninger, fælles udnyttelse af know-how mv.

For særligt de små og mellemstore virksomheder kan konsortiedannelse være nøglen til at vinde attraktive kontrakter. Men også mange større virksomheder har behov for kunne indgå i konsortier, særligt fordi udbuddene bliver større og større og ofte vil store udenlandske virksomheder deltage i konkurrencen. Et konsortium giver både mulighed for ordretilgang og værdifuld praktisk erfaring for de enkelte konsortiedeltagerne. Dermed bidrager konsortier til, at der også fremover er effektiv konkurrence på markedet.

Det fremgår af udbudsloven, at ansøgere eller tilbudsgivere i forbindelse med udbudsprocessen skal benytte det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), der er en slags egnethedserklæring. ESPD'en betyder, at ordregiveren er fuldt ud bekendt med, hvilke virksomheder der deltager i konsortiet. Der er således en vigtig pointe, at udbudsreglerne kræver fuld transparens og åbenhed om den fælles tilbudsafgivelse i et konsortium.

Der er samtidig vigtigt at understrege, at kompleksiteten af såvel udbud som konsortiekonstellationer varierer. Et udbud kan omhandle alt fra levering af en forholdsvis enkel vare til et komplekst byggeri, IT-system eller tjenesteydelse, der strækker sig over en lang årrække. Nogle konsortier består af rent nationale virksomheder, mens andre konsortier også har deltagelse af udenlandske samarbejdspartnere. Det er vigtigt, at vejledningen rammer hele denne brede målgruppe af virksomheder, så alle virksomhederne kan relatere sig til vejledningen.

Det er endvidere vigtigt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er opmærksom på, at transaktionsomkostningerne i forbindelse med afgivelse af et bud dels genereres under enormt tidspres og dels er meget betydelige. Dette understøttes af rapporten ”Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud”, som Center for forskning i offentlig-private samspil (COPS) offentliggjorde den 28. august 2017. Rapporten viser, at der indenfor de undersøgte brancher er omkostninger ved afgivelse af tilbud på mellem en og ni procent af kontraktværdien. I lyset af de høje transaktionsomkostninger giver det kun forretningsmæssig mening for virksomhederne at deltage i konkurrencen, hvis de på forhånd vurderer at de kan afgive et konkurrencedygtigt tilbud. Virksomheder ønsker derfor kun at indgå i et konsortium, hvis det forretningsmæssigt og strategisk giver mening at bruge ressourcer på at afgive et fælles bud.

Det skal understreges, at virksomheder ikke indgår i konsortiesamarbejder med tilfældige virksomheder. Ordregivende myndigheder vil normalt stille krav om, at konsortiedeltagerne påtager sig at hæfte solidarisk. Dette betyder, at alle virksomhederne i et givent konsortiesamarbejde er ansvarlige for, at opgaven leveres til ordregiveren, og at ordregiveren kan gøre alle konsortiedeltagerne ansvarlige for, at opgaven løses. Hvis en af virksomhederne går konkurs eller på anden måde misligholder aftalen, hæfter de øvrige konsortiedeltagere for virksomhedens leverancer til ordregiveren. Virksomheder, der ønsker at indgå i et konsortium, skal derfor have fuld tillid til, at de øvrige konsortiedeltagere både teknisk, fagligt og økonomisk kan løfte deres del af opgaven.

Når virksomhederne har fundet de rette konsortieparter, skal de herefter blive enige om konsortieaftalen, der er den juridisk bindende aftale, som regulerer retsforholdet mellem deltagerne i forhold til deres rettigheder og pligter. Først når dette er på plads, kan konsortiet udarbejde det fælles tilbud, og aflevere dette til ordregiveren inden tilbudsfristen udløber.

Da perioden fra offentliggørelsen af udbudsmaterialet til tilbudsfristens udløb ofte er meget kort, er det vigtigt, at virksomhederne hurtigt og nemt kan vurdere, om konsortiet, som de overvejer at etablere, er lovligt i forhold til konkurrencereglerne. Det er derfor afgørende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konsortievejledning er praktisk anvendelig og skaber en klar retsstilling for virksomhederne.

Da det kun er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der kan skabe den fornødne sikkerhed for, om et konsortiesamarbejde er lovligt eller ulovligt i forhold til konkurrencereglerne, så finder organisationerne det positivt, at styrelsen anerkender dette ansvar, og at det på side 4 i vejledningen fremgår, at virksomhederne har mulighed for at henvende og få en

umiddelbart vurdering af et påtænkt samarbejde. En sådan forhåndsvurdering vil være en hjælp for virksomhederne.

For at gøre dette hjælpeværktøj operativt og praktisk anvendelig bør det fremgå i vejledningen, hvilke virksomheds- og markedsinformationer som styrelsen skal bruge for at kunne afgive en forhåndsvurdering. Vurderingerne kan eventuelt understøttes med en form for grøn, gul og rød "trafiklys"-markering. I lyset af de ofte korte tilbudsfrister i de konkrete udbud er det vigtigt, at styrelsen afgiver sin forhåndsvurdering meget hurtigt (fx indenfor 3 hverdage). Forhåndsvurderingen bør endvidere have den retlige virkning, at hvis der efterfølgende stilles konkurrenceretlige spørgsmål ved konsortiet, skal den konkurrenceretlige vurdering ske efter en "til følge"-vurdering.

Specifikke bemærkninger

Hvornår er der tale om effektiv konkurrence?

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udgangspunkt er tilsyneladende, at jo flere tilbud en ordregiver modtager i forhold til et konkret udbud, desto mere effektiv er konkurrencen. Organisationerne finder, at effektiv konkurrence ikke kun handler om antallet af tilbud, men derimod hvorvidt tilbuddene er kvalificerede og konkurrencedygtige, samt af den udbudsform, som ordregiver har besluttet at anvende som ramme for udbuddet. Forsimplet sagt har ordregiver større interesse i fem gode tilbud end 10 mindre gode tilbud.

I et offentligt udbud består udbudsprocessen af en fase, hvor alle interesserede virksomheder kan afgive et tilbud. Alle virksomheder kan afgive tilbud, og vinderen med det økonomisk mest fordelagtige tilbud udpeges blandt alle de tilbudsgivere der opfylder egnethedskravene og har afgivet et konditions-mæssigt tilbud.

I et begrænset udbud efter udbudsloven er udbudsprocessen derimod todelt. Første fase er prækvalificering, hvor interesserede virksomheder kan ansøge (konkurrere) om at blive prækvalificeret, hvis de opfylder ordregivers egnethedskrav. Anden fase er selve tilbudsfasen. Ordregivere vil typisk på forhånd have fastsat et maksimalt antal ansøgere, der kan prækvalificeres til at afgive et konkret tilbud på løsning af opgaven. Konkurrencefeltet vil således blive indsnævret, hvis der er 10 ansøgere, men ordregiver kun vil prækvalificere 5 af disse 10 ansøgere. Den reelle konkurrence om at give det bedste tilbud udspiller sig derfor blandt de prækvalificerede 5 virksomheder.

- Situation 1: der er 15 ansøgere i prækvalifikationen. 5 ansøgere bliver prækvalificeret og afgiver tilbud. Virksomheden med det økonomisk mest fordelagtige tilbud tildeles kontrakten.
- Situation 2: der er 7 ansøgere i prækvalifikationen. De samme 5 ansøgere som i situation 1 bliver prækvalificeret og afgiver tilbud. Virksomheden med det økonomisk mest fordelagtige tilbud tildeles kontrakten.

Antallet af tilbud (5) er således det samme i både situation 1 og 2. Det eneste, der varierer i de to situationer, er antallet af ansøgere. Konkurrencen er derfor ikke mere effektiv i situation 1 end i situation 2. Ud fra en samfundsøkonomisk perspektiv kan man endda

argumentere for, at situation 1 medfører højere samlede transaktionsomkostninger, da et større antal virksomheder bruger ressourcer på ansøgere om prækvalificering.

Diskussionen af begrænset udbud rejser også en anden og meget central problemstilling. Ordregiver kan eksempelvis stille krav til ansøgerens omsætning eller referencer i forhold til vurderingen af egnethed, men ordregiver kan samtidig lade omsætningskrav og referencer indgå som udvælgelseskriterium. Dette betyder, at selv om virksomhederne objektivt set selv kunne opfylde ordregivers mindstekrav i forhold til prækvalificeringen, så tvinges virksomheder til at indgå i konsortier med andre virksomheder. Dette skyldes, at ordregiver kun udvælger (prækvalificerer) de ansøgere, der eksempelvis har den største omsætning eller flest referencer. Hvis virksomheden ønsker, at få mulighed for at afgive tilbud på og vinde opgaven, så bliver den i første omgang nødt til at øge sine chancer for at blive prækvalificeret ved netop at indgå i et konsortium. Dette stiller virksomhederne i en meget usikker og uholdbar situation, da et sådant konsortium ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hidtidige tilgang vil være ulovligt i forhold til konkurrenceloven.

Følgende eksempel kan illustrere problemstillingen. I et begrænset udbud stiller ordregiver et krav om en minimumsomsætning på 50 mio. kr. Ordregiver vil maksimalt prækvalificere 5 ansøgere. Udvalgelseskriteriet er størrelsen på ansøgerens omsætning. Der er 10 ansøgere, heraf 8 der er egnede, dvs. opfylder kravet til minimumsomsætning. Ud af disse 8 egnede ansøgere skal ordregiveren vælge de 5 virksomheder, der har højest omsætning. Jo højere omsætning, desto større chance har ansøger således for at være blandt de 5 prækvalificerede. Dette kan presse ansøgerne ud i konsortier, selv om den enkelte virksomhed objektivt set selv kunne opfylde ordregiverens egnethedskrav om en minimumsomsætning på 50 mio. kr.

Organisationerne finder, at ovennævnte problemstilling som minimum skal adresseres i vejledningen med en generel anvisning på, hvordan virksomhederne i overensstemmelse med konkurrencereglerne kan ansøge om prækvalifikation, og dermed være med i den endelige konkurrence om at afgive et tilbud.

Konsortiers påvirkning af konkurrencen skal vurderes ud fra effekten

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har hidtil lagt til grund, at konsortier som udgangspunkt skal vurderes efter en såkaldt "til formål" tilgang. Dette betyder, at styrelsen ikke skal kunne påvise, at konsortiet reelt har haft en begrænsende effekt på konkurrencen. Organisationerne er ikke enige i denne hidtidige tilgang. Der bør i stedet anlægges en "til følge" vurdering, det vil sige en vurdering af konsortiets reelle effekt på konkurrencen. Hermed kan det sikres, at konsortier blandt konkurrerende virksomheder, der ikke mærkbart påvirker konkurrencen, vil være lovlige.

Af side 20 i vejledningen fremgår, at hvis der er tale om produktionsaftaler i form af enten fælles produktion eller underleveranceaftaler, er udgangspunktet, at visse typer af aftaler ikke vil blive anset for at have til formål at begrænse konkurrencen. Organisationerne finder det positivt, at det anerkendes i vejledningen, at nogle typer konsortier vil blive vurderet efter en "til følge" tilgang. Det er imidlertid afgørende, at vejledningen bliver mere klar og tydelig på dette område, da det har stor betydning for virksomhedernes retssikkerhed, at de på forhånd ved om et produktionsaftalekonsortium, et salgsaftalekonsortium eller en helt tredje konstellation bliver vurderet efter "til formål"

eller "til følge" tilgang. Der er derfor behov for helt tydeligt at beskrive, hvad der eksempelvis omfattes af et produktionsaftalekonsortium og italesætte dette i en udbudsretlig sammenhæng.

Efter organisationernes opfattelse er mange konsortier, etableret til tilbudsgivning på en opgave, produktionssamarbejder, eksempelvis når en række entreprenørvirksomheder går sammen om at opføre en bygning, eller rådgivere går sammen om i fællesskab at projektere. Derfor bør hovedreglen i vejledningen være reglerne om produktionssamarbejder, som de er omtalt i Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejder, jf. afsnit 4.3, specielt pkt. 160 og 161:

"4.3.2 Konkurrencebegrænsende formål

160. Generelt har aftaler, der indebærer prisfastsættelse, produktionsbegrænsning eller fordeling af markeder eller kunder, konkurrencebegrænsende formål. I forbindelse med produktionsaftaler gælder dette dog ikke:

— når parterne indgår aftale om den produktion, der berøres direkte af produktionsaftalen (f.eks. et joint venture's kapacitet og produktionsmængde eller den aftalte mængde udliciterede produkter), forudsat at de øvrige konkurrenceparametre ikke udelukkes, eller

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

161. I disse to tilfælde skal der foretages en vurdering af, om aftalen vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Under de to scenarier vil aftalen om produktion eller priser ikke blive vurderet særskilt, men på baggrund af hele produktionsaftalens virkninger på markedet."

Et joint venture, som det er omtalt i pkt. 160 svarer til et konsortium, idet der er tale om joint venture, oprettet til et ikke varigt formål, som derfor ikke er omfattet af fusionsreglerne, jf. konkurrencelovens § 12 a stk. 2.

I vurderingen af følgevirkningen af konsortiet er markedsstyrken afgørende. Her angiver Kommissionens retningslinjer i pkt. 168 bl.a.:

"Det er usandsynligt, at en produktionsaftale vil få konkurrencebegrænsende virkninger, hvis aftaleparterne ikke har markedsstyrke på det marked, hvor en konkurrencebegrænsning vurderes."

Bedømmelsen af virksomhedernes markedsstyrke afhænger af den udbudsform, som udbyder har valgt. Ved udbyders valg af at indhente tilbud fra 5 tilbudsgivere i en begrænset licitation, i et begrænset udbud eller som underhåndsbud, har hver tilbudsgiver

en markedsstyrke på 20%. Ved indhentning af tilbud ved en offentlig licitation afhænger de potentielle tilbudsgiveres markedsstyrke af en almindelig markedsvurdering.

Uanset hvilken udbudsform ordregiver vælger, har ordregiver mulighed for at aflyse konkurrencen (medmindre aflysningen er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller i øvrigt må anses for usaglig), og udskrive en ny med andre tilbudsgivere. Det er et vigtigt element i forståelsen af, hvor restriktive reglerne om konsortiedannelse bør være, da ordregiver vil kunne afholde en ny konkurrence med andre tilbudsgivere.

Mange større udbud vil derudover være interessante for store udenlandske tilbudsgivere, og det kan være nødvendigt for danske virksomheder at indgå i konsortier for at kunne deltage i denne konkurrence. Vejledningen bør derfor også inddrage betydningen af udenlandske bydende i forhold til vurderingen af konsortiernes effekt på konkurrencen om den konkrete opgave.

Organisationerne skal derudover henlede opmærksomheden på en nylig dom fra den 28. april 2017 truffet af den svenske Patent- og Marknadsöverdomstolen (sag nr. PMT 7497-16 Alleris Diagnostik, Capio og Hjärtekärlgruppen mod Konkurrensverket). Der var tale om en anke af Stockholm Tingsrätts dom af 18. december 2015 i sag nr. T 12305-13, der stadfæstede Konkurrensverkets vurdering af, at virksomhederne i forbindelse med et offentligt udbud af tjenester indenfor fysiologi og klinisk neurofysiologi havde indgået konkurrencebegrænsende aftaler.

Patent- og Marknadsöverdomstolen fandt - i modsætning til Tingsrätten og Konkurrensverket - at der ikke var tale om en formålsovertrædelse (uagtet at TEUF artikel 101 var anvendelig). Aftalen skulle derimod vurderes på baggrund af effekten på konkurrencen (til følge), og da Konkurrensverket ikke havde løftet bevisbyrden for, at aftalen havde haft til følge at begrænse konkurrence, blev virksomhederne frifundet.

”I betraktande av det ovan anförda och med beaktande av alla relevanta omständigheter, inbegripet de aktuella tjänsternas beskaffenhet, de faktiska villkoren på marknaderna och deras struktur, samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller samordningen ingår i, kan inte slutsatsen dras att det i det aktuella fallet förekommit en delning av volymer mellan företagen som till sin karaktär inneburit en syftesöverträdelse enligt 2 kap 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 i EUF-fördraget. Vid dessa bedömningar kan inte heller en sammantagen bedömning av påstådd volymdelning och utbyte av information leda till bedömningen att avtalen och samarbetet syftat till att begränsa konkurrensen.”

[...]

Prisnivåerna i Aleris och medparters anbud kan som sådana alltså inte läggas till grund för slutsatsen att de påtalade avtalen och förfarandena hämmade konkurrensen. Den utredning som Konkurrensverket i övrigt åberopat i denna del, som för övrigt är tämligen knapphändig, visar inte heller att det skulle förhålla sig på det sättet. Det är snarare så att det av

företagens bevisning framgår att det inte blev någon konkurrensbegränsande effekt över huvud taget. Vid dessa förhållanden har Konkurrensverket, mot Aleris och medparters bestridande, inte visat att avtalen och samarbetet haft till resultat att konkurrensen begränsades.”

I lyset af denne dom og Kommissionens horisontale retningslinjer skal organisationerne anmode om, at mulighederne for at anlægge en effektbaseret ("til følge") tilgang afdækkes og analyseres nærmere.

Hvornår er virksomheder konkurrenter?

Konkurrencereglerne forbyder, at virksomheder indgår aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. På side 4 i vejledningen anfører styrelsen, at mange samarbejder og konsortier vil være lovlige, enten fordi de ikke er konkurrenter i forhold til opgaven, eller fordi fordelene for bl.a. kunderne ved at gå sammen overstiger de konkurrencemæssige ulemper. Det centrale i vurderingen af et konsortium er således, om konsortiedeltagerne er konkurrenter eller ej, og dermed om konkurrencen begrænses.

Det fremgår på side 6 nederst, at hvis to virksomheder hver især kan klare en opgave, er de per definition konkurrenter i forhold til opgaven. Hvis de derimod ikke kan håndtere opgaven hver især, er de ikke konkurrenter i forhold til den konkrete opgave.

Organisationerne finder, at denne tilgang skal nuanceres. Såfremt en stor og en lille virksomhed ønsker at indgå i et konsortium, og den store virksomhed i modsætning til den lille virksomhed ville kunne løfte opgaven alene, bør konsortiet være lovligt, da de to virksomheder netop ikke er konkurrenter i forhold til at klare den konkrete opgave. Det skal derfor være lovligt, at de to virksomheder indgår i et konsortium og afgiver et fælles tilbud.

Denne præcisering vil fjerne noget af den uklarhed, som virksomhederne står overfor, og det vil også reducere det retssikkerhedsmæssige problem, som styrelsens nuværende tilgang rejser. Problemet består i, at selv om den lille virksomhed indgår i konsortiet i god tro, for eksempel fordi den store virksomhed har oplyst, at den ikke selv ville kunne løse opgaven, så har den lille virksomhed ikke mulighed for at verificere den store virksomheds egne interne kapacitetsvurderinger. Det kan endda kompliceres yderligere, hvis der er tale om en udenlandsk virksomhed. Styrelsens nuværende tilgang betyder derfor, at den lille virksomhed også bliver straffet, hvis styrelsen i sin ex-post vurdering af konsortiet vurderer, at den store virksomhed kunne have løftet opgaven alene. Denne uacceptable risiko er også medvirkende til, at virksomheder afholder sig fra at indgå i konsortier.

Organisationerne finder derudover, at der er behov for at tydeliggøre i vejledningen, at to virksomheder godt kan være konkurrenter på det generelle plan uden at være konkurrenter i forhold til at klare den konkrete opgave. De kan eksempelvis begge være aktive på markedet for rådgivende ingeniørydelser, men i forhold til det konkrete udbud vil de ikke være konkurrenter, da ingen af virksomhederne eller kun den ene virksomhed ville kunne løfte den konkrete opgave alene. Der kan også opstå en situation, hvor en virksomhed har know-how om et givent område, men ikke er ekspert på dette, og virksomheden ønsker derfor, at indgå i et konsortium med en anden virksomhed, der

netop har ekstra stærk viden på det givne område. Det kan eksempelvis være en entreprenør med en mindre intern arkitektafdeling, der ønsker, at indgå i et konsortium med en ekstern arkitektvirksomhed, hvis æstetiske kendetegn entreprenøren ønsker at tilbyde ordregiveren. Det kan eksempelvis også være en advokatvirksomhed, der har en intern afdeling med konkurrenceretsøkonomer, men ønsker at indgå i et konsortium med et eksternt konsulenthus med konkurrenceretsøkonomer.

Der er derudover behov for at tydeliggøre, hvordan virksomhederne bør forholde sig, hvis ordregiveren har en forventning om, at der tilbydes "samlerabat", hvis en leverandør tildeles hele opgaven.

Vurderingen af kapacitet

Vurderingen af, om virksomhederne i et konsortium har mulighed for at løfte opgaven alene, tager ifølge vejledningen afsæt i en vurdering af virksomhedernes kapacitet. Det fremgår på side 6, at "*Virksomhedens vurdering af, om den kan klare en opgave selv, skal basere sig på et objektivt grundlag og således ikke basere sig på en subjektiv vurdering af, hvad virksomheden umiddelbart ønsker*". Organisationerne er ikke enige i denne teoretiske tilgang. Når en virksomhed vurderer om, at den skal afgive tilbud i et konsortium, så afhænger dette af mange faktorer, som i sagens natur netop er subjektive for den pågældende virksomhed. Det vil være forretningsmæssige ønsker om risikospredning, prioritering af kapacitet, strategiske og kundemæssige overvejelser osv. Hvis vejledningen skal være praktisk anvendelig, så skal den netop tage hensyn til virksomhedens subjektive ønsker. Dette hænger helt åbenlyst sammen med, at virksomheder kun vil kaste sig over den meget ressourcekrævende proces med at indgå i konsortier og afgive et fælles tilbud, hvis det forretningsmæssigt giver mening.

Det fremgår på side 8, at når styrelsen vurderer, om virksomheder er potentielle konkurrenter til hinanden, ses der på, om det er sandsynligt og realistisk, at virksomhederne vil kunne udvide deres kapacitet til det, der er nødvendigt for at kunne byde på alene. Organisationerne finder det problematisk, at styrelsens foretager en teoretisk vurdering af, hvordan virksomhederne efter styrelsens optik burde have ageret. Virksomhederne træffer deres kapacitetsbeslutninger på baggrund af forretningsmæssige og strategiske overvejelser, og det bør være disse trufne valg, der lægges til grund i styrelsens vurdering, hvis de må anses for værende udtryk for en almindelige fornuftig forretningsførelse.

Det fremgår dog på side 9 i udkastet til vejledning, at når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efterfølgende skal vurdere, om en virksomhed ville kunne byde alene, så anerkender styrelsen, at dette skal udgøre en holdbar økonomisk strategi for virksomheden. "*Det betyder for det første, at en teoretisk mulighed for at løse opgaven alene ikke er tilstrækkeligt; muligheden skal være reel, og det skal indgå i vurderingen, at virksomhedens tilbud skal være rentabelt*". Nederst på side 9 fremgår imidlertid "*Et mere subjektivt ønske om risikospredning i forhold til den konkrete opgave vil derimod som udgangspunkt ikke skulle indgå i vurderingen*". Styrelsen trækker dermed i modsat retning, og afviser et subjektivt ønske om risikospredning i forhold til den konkrete opgave.

Vejledningen efterlader dermed virksomhederne med det klare indtryk, at deres forudgående forretningsmæssige vurderinger, der danner grundlaget for beslutningen om at indgå i et konsortium, ikke vil spille nogen rolle i forhold til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens teoretiske ex-post vurdering. Hvis vejledningen skal være praktisk anvendelig, så er det en forudsætning, at virksomhedernes egne sædvanlige og fornuftige forretningsmæssige og strategiske vurdering lægges til grund. Det kan eksempelvis være fremlæggelsen af en strategiplan.

Nederst på side 10 fremgår, at det kan være vanskeligt for styrelsen ex-post at foretage en objektiv vurdering af risikoen ved at påtage sig en opgave, eftersom der er tale om forhold, der ligger indenfor virksomhedens kontrol med hensyn at træffe kommercielle og strategiske beslutninger. Det er positivt, at styrelsen anerkender dette. Men videre i afsnittet fremgår desværre *”Der er derfor ikke tale om et forhold, myndigheden selv kan afdække, og hvor virksomhederne kan blive bedt om dokumentation, hvis det skulle blive relevant. Spørgsmålet om risikospredning vil på den baggrund ikke nødvendigvis indgå som et element, når KFST foretager en vurdering af virksomhedens kapacitet”*. Det er netop et forhold, som kun virksomhederne realistisk kan afdække, og organisationerne finder det beklageligt, at styrelsen kun *”hvis det skulle blive relevant”* vil bede om dokumentation fra virksomhederne.

Ud fra en forretningsmæssig vinkel er det både fornuftigt og tilrådeligt, at virksomhederne spreder deres risici. Det kan eksempelvis være i forbindelse med udbud, hvor opgavens størrelse er så omfattende, at virksomheden skal allokere en betydelig del af sine ressourcer mv. til at løse opgaven. Det påfører virksomheden en uforholdsmæssig stor risiko, idet den dermed kan risikere, at blive bundet op på en enkelt kunde.

Det kan også være, at den finansielle risiko alene kan bevirke, at det er usandsynligt, at hver af konsortiedeltagerne kan eller ønsker at klare hele opgaven selv. Derudover vil der i mange virksomheder være interne retningslinjer, der sætter en grænse for risikoeksponeringen over for en enkelt kunde/opgave.

Spredning af risiko har endvidere værdi for ordregiveren, idet et konsortium vil have en højere økonomisk soliditetsgrad end de enkelte virksomheder hver for sig, hvilket kan have betydning i forhold til at undgå konkurssituationer, og dermed sikre fortsat levering gennem resten af kontraktperioden

For at vejledningen kan have praktisk værdi for virksomhederne, bør der gives eksempler på former for acceptabel dokumentation, der understøtter virksomhedernes risikovurdering. Det kan eksempelvis være en erklæring fra virksomhedens bankforbindelse, da bankerne netop stiller krav til virksomhedernes risikoprofil. Den objektive vurdering, som styrelsen synes at lægge op til, kan efter organisationernes opfattelse ikke tilvejebringes på anden måde end via virksomhedens rådgivere.

Vejledningen besvarer ikke, hvordan skal man vurdere kapacitet, der er reserveret til andre opgaver, hvis disse opgaver angår fx rammeaftaler, der ikke indeholder forpligtende indkøb for de ordregivere, der er på rammeaftalen. Virksomheden kan potentielt skulle allokere en stor mængde kapacitet til disse opgaver, men den kan også stå i en situation, hvor trækket på rammeaftalen ikke bliver nær så højt som estimeret. Det vil i den

forbindelse også have betydning, om der er flere leverandører på rammeaftalen i en kaskademodel.

Vejledningen besvarer heller ikke, hvordan skal man foretage en vurdering af kapaciteten, hvis virksomheden deltager i fx fire helt parallelle udbud? Virksomheden kan være dygtig og vinde samtlige fire udbud, men den kan også stå en i situation, hvor den kun vinder det ene, hvilket har stor betydning for en ex-ante overfor en ex-post kapacitetsvurdering.

På side 13 i udkastet til vejledning omtales koncernbetragtninger, og det fremgår, at det er koncernens kapacitet der er afgørende, i det omfang virksomheden har mulighed for at råde herover. Organisationerne mener, at udgangspunktet bør være, at der ikke skal medregnes koncernens kapacitet, medmindre dette eksplicit har fremgået af virksomhedens tilbud, idet ressourcer i en koncern ikke frit flyder mellem selskaberne. Man kan derfor ikke uden videre konkludere, at fx en dansk virksomhed kan råde over kapacitet, ressourcer og knowhow mv hos en koncernforbunden virksomhed, hvor sidstnævnte eksempelvis er beliggende i Tyskland eller Holland. Ligeledes kan man heller ikke konkludere, at en virksomhed beliggende i København per automatik vil kunne trække på medarbejdere, der er ansat i et selvstændigt datterselskab i Nordjylland. I nogle situationer vil et datterselskab også afgive eget selvstændigt tilbud i konkurrence med et andet selskab i samme koncern. I disse situationer vil der naturligvis være vandtætte skotter i forhold til tilbudsafgivelsen fra de koncernforbundne selskaber.

Selv om en virksomhed ifølge styrelsen har en teoretisk mulighed for at tilkøbe nye maskiner og ansatte ekstra personale, så kan virksomheden ud fra en sund forretningsmæssig vurdering finde det mere fornuftigt at indgå en konsortieaftale med en anden virksomhed, der har de pågældende maskiner og personale. Det kan ske ud fra strategiske overvejelser om, at investering i maskiner og personale kan give en efterfølgende overskudskapacitet i virksomheden samt kapitalbindinger, som skal afvikles eller finansieres gennem fremtidige kunder. Dette medfører høje omstillingsomkostninger og giver en ineffektiv ressourceudnyttelse. Dette understreger igen, at kapacitetsvurderingen skal tage udgangspunkt i virksomhedernes egne vurderinger og ikke i styrelsens efterfølgende vurdering af, om virksomhederne hypotetisk forud for tilbudsafgivelsen kunne have sig øget sin kapacitet.

Det er endvidere vigtigt at understrege, at medarbejdere spiller en central rolle, da know-how ofte er afgørende for at løse den konkrete opgave succesfuldt. I praksis er det ikke realistisk, at en virksomheden "bare" henter nye medarbejdere ind, særligt ikke hvis der er tale om nøglemedarbejdere og komplicerede opgaver. Ansættelsen af nye medarbejdere er - ligesom valget af konsortiedeltagere - en ressourcekrævende proces, da det er vigtigt, at virksomheden får ansat de rette medarbejdere. For at give vejledningen praktisk værdi skal den afspejle denne realitet.

På side 14 i vejledningen afvises det, at virksomheden kan reservere kapacitet til andre kunder, medmindre der allerede er indgået en aftale, eller er en sikker forventning af opgaver fra kernekunder af fast tilbagevendende karakter. Denne tilgang afspejler ikke almindelig fornuftig forretningsførelse, fordi en virksomhed er afhængig af, hele tiden at kunne tage kunder ind, når en aktuel opgave er afsluttet. Derfor er det nødvendigt løbende at have kapacitet til at holde virksomheden kørende også på længere sigt, hvilken også er

til gavn for den fremtidige konkurrence. Det er derfor helt unødvendigt, at styrelsen er så afvisende og restriktiv i sin holdning til konsortier.

I den konkrete tekst på side 14 skal ordene "*indgået aftaler om*" i næstsidste afsnit suppleres med "*eller afgivet tilbud på*", da tilbuddet også er bindende for tilbudsgiveren. Og i sidste afsnit er formuleringen "*helt særlige tilfælde*" misvisende, jf. bemærkningerne ovenfor om sædvanlig fornuftig forretningsførelse vedr. kundepleje, som ikke er "*helt særlige tilfælde*".

Antallet af deltagere i konsortiet

I vejledningens afsnit 2.3 fremgår, at hvis der deltager flere virksomheder i konsortiet end nødvendigt for at klare opgaven, kan samarbejdet begrænse konkurrencen, selvom ingen af deltagerne hver for sig kunne løse opgaven selv. Organisationerne finder, at denne påstand skaber en høj grad af uklarhed for virksomhederne. Udgangspunktet bør være, at hvis virksomhederne ikke kan løse opgaven selv, så er de ikke konkurrenter, og derfor er konsortiet lovligt.

Styrelsens tilgang er teoretisk, da der forudsættes, at "overflødige" virksomheder bare kunne være indgået i konsortier med andre virksomheder. Denne konklusion stemmer ikke med praksis. Virksomheder, der ønsker at indgå i et konsortium, skal have fuld tillid til, at de øvrige konsortiedeltagere både teknisk, fagligt og økonomisk kan løfte deres del af opgaven. Der kan således være mange gode grunde til, at en virksomhed foretrækker at samarbejde med virksomhed A fremfor virksomhed B. Hvis vejledningen skal have praktisk værdi, skal den anerkende virksomhedernes legitime til- og fravalg af samarbejdspartnere og pres fra ordregivere i konkurrencen om at blive prækvalificerede i begrænsede udbud. Det må ikke blot være en hypotetisk ex-post vurdering fra styrelsens side, der lægges til grund i forhold til, hvilke forretningsmæssige og strategiske beslutninger som virksomhederne i styrelsens optik skulle have truffet ex-ante.

I afsnit 2.4. på side 16 omtales prækvalifikation og rammeaftaler. Overskriften og indholdet i afsnittet bør tilpasses så det også omtaler identiske situationer, hvor en ordregiver afholder begrænsede licitationer og indhenter underhåndsbud. I 2. linje bør ordlyden ændres til "*er det alene disse virksomheder, der kan anses som konkurrenter*". Andre virksomheder som "*opfylder prækvalifikationskravene*" er ikke konkurrenter, hvis ikke de er valgt.

I 1. afsnit på side 17 bør der tages højde for, at vejledningen i indledningen angiver, at samarbejdsformen er uden betydning. Samarbejdsformen har netop betydning her, hvor en konsortiedeltager normalt kan anvende underentreprenører eller leverandører, uden at det er i strid med udvælgelsen eller ligebehandlingsprincippet.

Øverst på side 18 er det misvisende at henvise til bagatelreglen i konkurrencelovens § 7, da bagatelreglen ikke gælder, hvis et samarbejde har til formål at begrænse konkurrencen.

I andet afsnit på side 18 fremgår, at "*indebærer et konsortium ofte, at virksomhederne fx fastsætter priser...*" Organisationerne finder dette meget misvisende, da et konsortium oprettet til brug for tilbudsgivning i forbindelse med udbud altid forudsætter afgivelse af

en pris. I den efterfølgende sætning anfører styrelsen, at det reelt svarer til et kartel. Disse sætninger bør derfor omformuleres.

Afsnit 2.5.1. har det misvisende udgangspunkt, at der er tilbudskonsortier, som ikke afgiver en pris, hvilket naturligvis er forkert. Som tidligere anført er organisationerne af den opfattelse, at tilbudskonsortier er en produktionsaftale, som skal behandles efter de regler, som er angivet herom i kommissionens horisontale retningslinjer. Det vil sige, at konsortierne ikke skal bedømmes som en formålsovertrædelse. Det afgørende er derimod virkningen og effekten, herunder om der på af trods konsortiet er tilstrækkelig virksom konkurrence.

Effektivitetsfordele

I kapitel 3 i vejledningen fremgår, at et konkurrencebegrænsende konsortium alligevel kan være lovligt, hvis dets fordele for forbrugerne opvejer virkningerne af konkurrencebegrænsningerne. Organisationerne finder det positivt, at styrelsen lægger op til, at konsortier kan opnå en fritagelse fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. For at understøtte styrelsens tilgang finder organisationerne et behov for, at vejledningen på dette punkt gives mere realitet og indhold, så det tydeliggøres, at effektivitetsforsvaret er en realistisk mulighed for konsortier bestående af konkurrerende virksomheder. I den forbindelse skal der tages højde for, at det i mange udbudssituationer både tidsmæssigt og økonomisk kan være en udfordring for virksomhederne, at indhente de nødvendige oplysninger og foretage vurderingen på forhånd. Hvis undtagelsesmuligheden ikke fremstår som en reel mulighed, så kan der være risiko for, at virksomhederne afholder sig fra at indgå i konsortier.

På side 23 i vejledningen fremgår det, at det i første omgang er virksomhederne, der skal foretage vurderingen af de forskellige forhold i § 8, stk. 1, og i tilfælde af, at der indledes en sag, skal virksomhederne selv føre dokumentation for at konsortiet opfylder fritagelsesbetingelser. Det fremgår *”Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering af disse forhold. Her vil blandt andet forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, antallet af andre bud, samarbejdets art og det produkt eller den tjenesteydelse, som samarbejdet vedrører, indgå”*. Organisationerne skal bede styrelsen tydeliggøre, hvordan virksomhederne lovligt i forhold til konkurrencelovens regler om ulovlig informationsudveksling på forhånd kan vurdere antallet af andre konkurrerende bud.

I næstsidste afsnit på side 24 fremgår det, at nedbringelse af transportomkostninger uden integrering af et logistisk system, ikke kan betragtes som en effektivitetsgevinst. Der henvises i den forbindelse til Kommissionens horisontale retningslinjer. Organisationerne er ikke enig i denne tilgang. Hvis et udbud omfatter et stort geografisk område, vil der klart opstå en besparelse og dermed en dokumenterbar effektivitetsgevinst, hvis to virksomheder i hver sin ende af området går sammen om opgaveløsningen, i stedet for at en virksomhed skal køre fra sin ende af området til den anden ende. Effektivitetsgevinsten og besparelsen opstår ved, at der skal køres færre kilometer i virksomhedens biler, at medarbejderne af samme grund ikke skal lønnes for lang kørselstid, at muligheden for at møde frem til en opgave kan med kortere varsel, og med mindre miljøbelastning på grund af de kortere afstande. Alle disse forhold er en direkte gevinst og effektivitetsgevinst, som dels vil resultere i en lavere pris, som kommer kunden til gode, dels vil blive bedømt af

kunden som en fordel, hvor tildelingskriteriet er andet end prisen, eksempelvis miljøbelastninger og kort tilkaldetid.

Referencen til Kommissionens horisontale retningslinjer er et eksempel på, at disse retningslinjer ikke er udarbejdet med henblik på tilbudskonsortier, som etableres for at kunne konkurrere om en konkret udbudt opgave. Hvis der ikke tale om et tilbudskonsortium, men om et varigt samarbejde mellem forskellige konkurrerende virksomheder, så er det korrekt, at transporttiden opnået gennem opdelingen af områder ville skulle bedømmes negativt i konkurrencemæssig henseende.

Et konsortiesamarbejde er åbent og kendt af ordregiver

Når et konsortium giver tilbud på at løse en offentlig opgave, er det helt åbent og kendt af ordregiveren, hvilke virksomheder der deltager i konsortiet. Dette vil fremgå både af konsortiets ansøgning om prækvalificering eller tilbud samt i de respektive fælles europæiske udbudsdokumenter (ESPD'er), som hver enkelt konsortiedeltagerne skal udfylde og indsende til ordregiveren. ESPD'en bruges til at afdække ansøgerens/tilbudsgiverens egnethed, at udelukkelsesgrundene ikke er opfyldt, og hvis det er relevant hvordan ansøgeren/tilbudsgiveren opfylder de objektive og ikke-diskriminerende kriterier for udvælgelsen.

Organisationerne finder, at de i udbudsloven fastsatte krav til åbenhed om konsortiernes sammensætning understreger, at der er en fundamental forskel på konsortier og hemmelige kartelaftaler, hvor sidstnævnte i modsætning til konsortier oprettes i det skjulte med det formål at snyde markedet.

Informationsudveksling

Hvis vejledningen skal være brugbar for virksomhederne, bør det i kapitel 4 konkretiseres, hvilke oplysninger virksomhederne kan udveksle, og i hvilken rækkefølge det kan ske fra de indledende overvejelser om at oprette et konsortium til selve afgivelsen af tilbud og udførelse af opgaven. Det nuværende indhold er et stort rødt lys uden konkret anvisning på, hvornår lyssignalet er grønt.

Prioriteringsovervejelser

Kapitel 5 om styrelsens prioriteringsovervejelser indeholder en sætning, som burde gøres til en af hovedreglerne for bedømmelse af om konsortier er lovlige, hvilket bør være tilfældet:

”Hvis konsortiet består af virksomheder med små markedsandele, og der har været effektiv konkurrence om de eller det relevante udbud [...]”

Afsluttende bemærkninger

Organisationerne skal afslutningsvist opfordre til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i det videre arbejde søger at fremme en smidiggørelse af EU's konkurrenceregler for konsortiesamarbejder. Organisationerne bidrager gerne i dette arbejde.

I den forbindelse finder organisationerne anledning til at bemærke, at Kommissionens nuværende retningslinjer for horisontale samarbejder kun i meget begrænset omfang

tager højde for de særlige forhold, der gør sig gældende, når konsortier er oprettet med det tidsbegrænsede formål, at give tilbud på et konkret udbud.

Organisationerne står naturligvis til rådighed, hvis dette høringssvar giver anledning til spørgsmål eller bemærkninger.

Med venlig hilsen

Sven Petersen
Dansk Erhverv

Morten Qvist Fog
Dansk Industri

Preben Dahl
Danske Arkitektvirksomheder

Henriette Ingvarsdén
Danske Rederier

Kenneth Joensen
Finans Danmark

Ulla Sassarsson
Foreningen af Rådgivende Ingeniører

Claus Tønnesen
Forsikring & Pension

Peter Andersen
Håndværksrådet

Charlotte Bigum Lynæs
Landbrug & Fødevarer

Jan Eske Schmidt
Tekniq