



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Att.: Sarah Marie Sadolin Henningsen og
Lotte Bredahl Fogh

Sendt pr. email: she@kfst.dk

Hørings svar til vejledning om konsortier og samarbejder

FRI fremsender nedenfor vores bemærkninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortier m.m.:

Generelt er vejledningen fokuseret på tilfælde, hvor der er sket overtrædelse, men der mangler eksempler på, hvornår det i praksis kan lade sig gøre at indgå samarbejder. Styrelsen bør i vejledningen gennemgå Budapest-bank sagen (C-228/18), der viser, at en pris aftale ikke altid anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Alle muligheder, der lines op, er forbundet med styrelsens forbehold, som i praksis vil gøre det utrolig svært at agere for virksomhederne. Det skal hele tiden haves i erindring, at virksomhederne i udbudssituationen arbejder under et stort tidspres (ca. 30 dage), der gør det meget vanskeligt at gennemføre de forudsatte undersøgelser af kapacitet m.m. før et muligt samarbejde.

Styrelsen kunne med fordel have inkluderet betragtninger om lavpraktiske spørgsmål, som fx: Anses en virksomhed for at have kapacitet qua sin umiddelbare benævnelse fx X arkitekter eller Y ingeniører? Afskærer det fra samarbejde med andre virksomheder, der udadtil leverer samme ydelser? I det hele taget vil lidt mere fokus på tjenesteydelser (videnrådgivning) være hensigtsmæssig.

At henvise til juridisk bistand hos advokater giver ikke den nødvendige sikkerhed, idet advokaterne – også efter denne vejledning – vil kunne argumentere for forskellige synspunkter og i øvrigt vil tage forbehold for vurderingen. Så virksomhederne er overladt til deres egen vurdering. Det er derfor så utrolig vigtigt, at vejledningen reelt bidrager til at hjælpe virksomhederne. Det er desværre ikke tilfældet.

Herefter følger nogle konkrete bemærkninger:

Udkast side 5: Det er ikke realistisk, at leverandørerne vil/ kan benytte advokater til at få afklaret, hvorvidt et samarbejde er lovligt eller ej. Som styrelsen selv påpeger, er en udtalelse ikke bindende men herudover er det dyrt og i realiteten er tiden også en begrænsning. Det er derfor meget væsentligt, at styrelsen afsætter ressourcer til at kunne hjælpe de virksomheder, der er i tvivl, ved at afgive en bindende forhåndsbesked. Uformel vejledning er ikke

tilstrækkeligt, i disse sager, hvor konsekvenserne er så voldsomme i form af straf og bøde.

Side 6 "Forbrugerne" bruges i forhold til vurderingen af effektivitetsfordele. Dette begreb forklares først nærmere på side 33, uanset at det anvendes løbende i vejledningen. Det kan forvirre læseren og bør vel rettelig ændres til ordregiver.

Side 7: Allerede under afsnittet om samarbejdernes karakter bør styrelsen forklare konsekvenserne af et samarbejde mellem et firma, der kan løse opgaven og et firma, der ikke kan. Ex: Hvis den ene part er et stort rådgivende ingeniørfirma, der indgår samarbejde med et specialistfirma. Her får man indtrykket af, at der ikke er tale om en overtrædelse, da de ikke begge kunne have budt på opgaven hver for sig. Men når man sammenholder dette med kap. 2.2, så er det ikke klart. Og har det betydning, hvis det store firma selv har en akustik afdeling, men ønsker at give et ekstra godt tilbud ved at indgå aftale med en specialist?

Hvordan forholder det sig, hvis firma A har behov for firma B's referencer for at komme i betragtning i et udbud, men de i og for sig kunne løse opgaven hver for sig? Firma A ved, at de aldrig vil komme i betragtning på egne referenceprojekter. Har markedsandel betydning her?

Styrelsen angiver, hvilke typer sager der vil blive prioriteret, men det er jo blot en tilkendegivelse, der på ingen måde giver virksomhederne den nødvendige juridiske sikkerhed til at agere.

Side 11: Det er positivt, at figuren på side 11, viser at effektivitetsforsvaret kan anvendes i forhold til "til formål" konkurrencebegrænsninger. Dette harmonerer dog ikke helt med det indtryk, vejledningen ellers giver.

Boks 2.2 viser to eksempler på vurdering af potentiel konkurrence. Lundbeck-sagen er under appel, og beskrivelsen giver vist ikke et retvisende billede af sagens fakta....

Side 15 og 20: Teorien om muligheden for at udvide kapaciteten forekommer utrolig teoretisk, i og med at det er meget svært at overskue, hvorvidt det er muligt at rekruttere de nødvendige medarbejdere inden for de tidsmæssige forudsætninger. Det kunne være relevant at inddrage de betragtninger som Sánchez-Graells anfører om kapacitetsvurderingen i artikel: Joint Bidding and Subcontracting under EU Competition law: Some critical comments on Thomas".

Side 19/20 og 22: Den reelle kapacitet i virksomhederne er som ovenfor anført svært at bevise, når kun underskrevne aftaler tælles med, og kernekunders forventede indkøb er baseret på hvad tidligere samarbejde dokumenterer.

Men hvad med rammeaftaler? Rammeaftaler er meget udbredte i DK. Og det er en udfordring, hvis de potentielle opgaver, der ligger inden for en underskrevet rammeaftale, ikke medtages i vurderingen af kapacitet på lige fod med kernekunder. Leverandøren har leveringsforpligtelse i henhold til rammeaftalen, men ofte er selve ordren afhængig af et konkret miniudbud i konkurrence med flere andre. Så kapaciteten skal være til rådighed.

Og hvad med strategiske samarbejder, som indgås i stadig større omfang af de største bygherrer? Er de lovlige?

I Vejafmærkningssagen behandlende Sø- og Handelsretten spørgsmålet om virksomhedernes afsættelse af kapacitet til forventede opgaver fra kernekunder, og fandt at ”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.” Dette relevante element forholdt Højesteret sig ikke til, men vejledningen bør medtage Sø- og Handelsrettens bemærkninger i styrelsens vurderinger af kapacitet.

Box 2.10: Ski Taxi/Follo Taxi-sagen forekommer uklar, og spørgsmålet er om afgørelsen bidrager til forståelse? Til gengæld er præmisserne i den svenske sag om Aalborg Portland værd at fremhæve i flere andre kapitler af vejledningen, da den peger på udfordringerne ved de store projekter som fx Supersygehuse, Femernbælt m.m. hvilket har stor betydning for FRI's medlemmer og i øvrigt viser forståelse for virksomhedernes situation.

Box 2.11: Her bruges formuleringen ”Risikopræmie” Skal det forstås som et pristillæg som følge af en kapitalisering af risikoen eller en præmie til at forsikre den konkrete risiko? Har markedssammensætningen betydning?

Kap. 2.2: Eksemplet med flere deltagere, hvor én af virksomhederne ville kunne deltage på andre hold virker meget teoretisk, og det kræver nok et reelt eksempel for at kunne bidrage til forståelsen.

Side 27: Sidste afsnit burde måske helt op foran, da det indeholder essensen.

Side 31, 3. afsnit: Det viser stor mistillid, at styrelsen forestiller sig, at firmaer vil spekulere i integrationen mhp at opnå en anden konkurrenceretlig bedømmelse.

Side 32: Når afgørelsen Aleris Diagnostik nævnes, bør relevansen forklares. I en tidligere vejledning fremgik essensen om, at der var tale om en Til-følgvurdering af en faktabox. Denne bør medtages.

Boks 3.1 sidste dot: Her bør det nok præciseres, at omkostningsbesparelserne skal komme ordregiver til gode.

Side 36 nederst: Dette kapitel viser, hvor svært det vil være for SMV'er at konkurrere med større virksomheder.

Box 3.4: Sidste afsnit – der er gentagelser.

Side 40: 3.1.4: Afsnittet om betydning af markedsandel bør fremgå af indledende afsnit.

Box 3.6: Her bør det endelige resultat af den svenske aftale refereres, således som det er tilfældet når Vejmarkeringssagen refereres.

Kap.3.2: Det bør indledningsvist i teksten fremgå, at gruppefritagelser kun er aktuelt ved "til-følge overtrædelser" (i stedet for at det som her nævnes i noten)

Efter at have læst vejledningen står man tilbage med indtrykket af, at den eneste situation, hvor det reelt er risikofrit at indgå samarbejde, er udviklings- og forskningsopgaver, hvor den ene part ikke kan undvære den anden part af økonomiske eller know-how-mæssige årsager. Vejledningen forekommer meget restriktiv i sin fortolkning af kapacitet. Resultatet er, at enten er det en lovlig aftale eller også er det "til formål", hvilket resulterer i en vurdering, der anses for en grov overtrædelse af konkurrenceretten med voldsomme sanktionsmæssige konsekvenser. Det forekommer stort set umuligt at komme ind i "til-følge" situationen, så undtagelsesbestemmelser kan komme i betragtning.

Det ser derfor sort ud for fremtidige samarbejds muligheder ikke mindst for SMV'erne - hvis ikke styrelsen går ind på tanken om at give bindende forhåndsbesked, alternativt gør vejledningen mere praktisk anvendelig for virksomheder.

Hvis høringssvaret giver anledning til spørgsmål eller drøftelser, er I naturligvis velkomne til at rette henvendelse.

Med venlig hilsen,

Ulla Sassarsson
Vicedirektør, advokat