



VEJLEDNING

Sags nr. 17/00340
21-08-2017

Vejledning om konsortier

1	Indholdsfortegnelse	
2	Indledning	2
3	Oversigt	3
4	Lovlige konsortier	3
4.1	Konsortier der ikke begrænser konkurrencen	3
4.1.1	Hvornår er man konkurrenter.....	3
4.1.2	Virksomhedens kapacitet	4
4.1.3	Økonomiske ressourcer.....	4
4.1.4	Knowhow.....	4
4.1.5	Antallet af deltagere	4
4.2	Konsortier hvis effektivitetsgevinster opvejer konkurrencebegrænsningerne	4
4.2.1	Effektivitetsgevinster	5
4.2.2	Fordele for forbrugere	5
4.2.3	Nødvendige begrænsninger.....	5
4.2.4	Ingen udelukkelse af konkurrencen.....	5
5	Ulovlige konsortier	5

2 Indledning

Offentlige og private opgaver sendes i udbud for at skabe konkurrence om opgaven. For at opnå en konkurrencesituation i forbindelse med et udbud kræver det, at flere virksomheder har mulighed for at afgive tilbud på opgaven. Ved større udbud er det muligt, at der kun er få virksomheder, som har mulighed for at afgive tilbud på den samlede opgave. I dette scenarie vil et konsortiesamarbejde imellem mindre virksomheder kunne øge kredsen af mulige tilbudsgivere og derved skabe øget konkurrence om opgaven.

Et konsortium kan have flere fordele som fx fælles udnyttelse af knowhow og ressourcer. Et konsortiesamarbejde, der øger antallet af tilbudsgivere, og skaber billigere tilbud vil være godt for konkurrencen, hvorimod dette ikke vil være tilfældet hvis samarbejdet indsnævrer kredsen af tilbudsgivere og fører til dyrere tilbud. For virksomheder, der ønsker at indgå i et konsortiesamarbejde, er det vigtigt, at overveje om dette vil være strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrenceloven¹.

Konkurrencelovens § 6, stk. 1:

Der er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Det er afgørende om de virksomheder, som deltager i et konsortium, vil kunne afgive tilbud som selvstændig enhed eller om dette alene er muligt gennem et konsortiesamarbejde. Hvis flere virksomheder, som hver især har mulighed for at afgive tilbud, går sammen i et konsortium, vil dette begrænse konkurrencen, og vil derfor som udgangspunkt være i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Det er dog muligt, at en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages fra forbuddet, hvis aftalens effektivitetsfordele opvejer de konkurrencebegrænsninger, som følger af aftalen.

I en konkret situation vil det ofte være let, at vurdere hvilken kategori et konsortiesamarbejde falder ind under. Et tilfælde kan være hvor ingen af virksomheder alene kan afgive et tilbud, og hvor konsortiet tilføjer et ekstra tilbud.

Der kan også være tale om at virksomhederne gennem konsortiesamarbejde kan afgive et bedre og billigere tilbud, end hvis de skulle byde hver især.

Det kan dog også være tilfældet at intentionen med konsortiesamarbejde er at begrænse antallet af tilbud, og dermed den konkurrence, som er forudsætningen for afholdelse af udbud. Dette vil være i strid med konkurrenceloven.

¹ Inatsisartutlov nr. 1 af 15. maj 2014 om konkurrence (konkurrenceloven)

Denne vejledning vil tage udgangspunkt i den situation, hvor et konsortiesamarbejde er indgået for at byde på en konkret opgave. Der vil videre blive givet retningslinjer for Forbruger- og Konkurrencestyrelsens fremgangsmåde ved vurderingen af det i vejledningen beskrevne.

3 Oversigt

Lovlige aftaler

- Ikke konkurrenter (4.1)
- Konkurrenter, men effektivitetsgevinst større end tab fra konkurrencebegrænsning (4.2)

Ulovlige aftaler

- Konkurrenter og effektivitetsgevinst mindre end tab fra konkurrencebegrænsning (5)

4 Lovlige konsortier

Der er to former for konsortiesamarbejde som er lovlige efter konkurrenceloven:

- Et konsortiesamarbejde som ikke begrænser konkurrencen
- Et konsortiesamarbejde som begrænser konkurrencen, men hvis effektivitetsfordele opvejer konkurrencebegrænsningerne

4.1 Konsortier der ikke begrænser konkurrencen

Et konsortiesamarbejde som ikke begrænser konkurrencen, vil som udgangspunkt ikke være i strid med konkurrenceloven. Et eksempel på dette er, hvis de virksomheder som indgår i et konsortiesamarbejde for at afgive tilbud på en opgave, ikke vil være i stand til at byde som selvstændig enhed. I dette tilfælde vil virksomhederne ikke være konkurrenter i forhold til opgaven, og deres tilbud vil være med til at skabe øget konkurrence om opgaven.

Dette kan være tilfældet hvis det er tale om virksomheder, som beskæftiger sig med forskellige brancher, men det kan også være tilfældet hvis der er tale om virksomheder indenfor samme branche, der henset til opgavens størrelse ikke selv vil kunne klare opgaven.

4.1.1 Hvornår er man konkurrenter

Det vil bero på en konkret vurdering om en virksomhed har mulighed for at klare en opgave alene. Ved udbud af mindre størrelse vil det ofte være meget tydeligt hvem der er konkurrenter, mens det kan være mere vanskeligt at vurdere, når der er tale om en større eller mere kompleks opgave.

Ved vurderingen af om en virksomhed kan klare en opgave alene vil Forbruger- og Konkurrencestyrelsen særligt undersøge virksomhedens kapacitet, økonomiske ressourcer og knowhow.

Generelt kan siges, at det afgørende i vurderingen er, om virksomheden har reel mulighed for at klare opgaven alene. Dette vil bero på en konkret vurdering af den enkelte situation og det enkelte udbud. Det tillægges vægt om en virksomhed kan afgive tilbud på hele opgaven eller om denne har mulighed for at afgive tilbud på en del af udbuddet. Det vil ligeledes blive tillagt vægt, hvilke ressourcer virksomheden har tilgængelig eller har mulighed for at få adgang til. Endelig vil det også blive tillagt vægt om virksomheden har den nødvendige knowhow til at opfylde kontrakten.

4.1.2 Virksomhedens kapacitet

Ved vurderingen af om virksomheden har tilstrækkelig kapacitet vil det indgå i vurderingen om virksomheden har adgang til arbejdskraft og det nødvendige udstyr. At virksomheden har mulighed for, at anvende underentreprenører vil som udgangspunkt ikke indgå i vurderingen.

Det er også nødvendigt at vurdere hvilken branche opgaven rettes mod, da tilgangen kan være forskellig herefter. Der vil fx blive taget højde for, hvad der er almindeligt i den branche der er tale om, som fx ved leje af arbejdskraft og udstyr i forbindelse med større opgaver.

4.1.3 Økonomiske ressourcer

Virksomhedens samlede økonomi og mulighed for at gennemføre investeringer forbundet med opgaven vil blive inddraget i vurderingen. Det vil også blive vurderet om virksomheden opfylder de i udbuddet fremsatte økonomiske krav.

Risikospredning vil som udgangspunkt ikke skulle indgå i vurderingen medmindre det ikke er muligt for virksomheden at byde alene.

4.1.4 Knowhow

Virksomhedens knowhow vil ligeledes blive inddraget i vurderingen. Det er muligt at se virksomheder, som opererer indenfor samme branche, der grundet forskellige specialisområder vil kunne byde sammen. Dette vil være tilfældet hvis en virksomhed ikke har den nødvendige knowhow til at løfte alle dele af en opgave. Dette vil i nogle tilfælde kunne udgøre et lovligt konsortium.

4.1.5 Antallet af deltagere

Hvis der er flere deltagere i et konsortium end nødvendigt for at klare en opgave så kan samarbejdet være konkurrencebegrænsende. Dette kan også være tilfældet selvom virksomhederne ikke kan løfte opgaven alene. Det vil derfor være nødvendigt at foretage en vurdering af, hvordan konkurrencen vil udarte sig uden det pågældende samarbejde.

Hvis der er flere deltagere i konsortiet end nødvendigt for at løfte en opgave er det afgørende om de *overskydende* deltagere vil have mulighed for at afgive et tilbud udenfor konsortiet. Hvis der ikke er mulighed for dette, så vil deltagelsen ikke begrænse konkurrencen.

4.2 Konsortier hvis effektivitetsgevinster opvejer konkurrencebegrænsningerne

Hvis virksomheder som er konkurrenter indgår i et konsortium, vil de have mulighed for at blive fritaget for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, hvis de opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1. Det er muligt at opnå fritagelse hvis samarbejdet:

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.

Det vil bero på en konkret vurdering om der kan opnås fritagelse, men der vil blandt andet blive lagt vægt på forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, antallet af bud, samarbejdets art og produktet eller tjenesteydelsens art.

4.2.1 Effektivitetsgevinster

Konsortiesamarbejdet skal medføre sådanne effektivitetsgevinster, at det opvejer de konkurrencebegrænsninger samarbejdet medfører. Det vil sige, at samarbejdet om det konkrete udbud skal afgive gevinster, som fx stordriftsfordele eller bedre udnyttelse af knowhow hvilket betyder, at flere virksomheder ved at samarbejde kan afgive et bedre tilbud end de ville kunne hver for sig.

4.2.2 Fordele for forbrugere

De opnåede effektivitetsfordele skal komme forbrugerne til gode hvilket kan ske gennem lavere priser eller et større udvalg af produkter eller tjenesteydelser. Hvis det er tale om et samarbejde mellem virksomheder, som hver for sig har en stor markedsandel er det mindre sandsynligt, at et konsortiesamarbejde vil komme forbrugerne til gode.

4.2.3 Nødvendige begrænsninger

I forbindelse med et konsortiesamarbejde vil der ofte blive indgået aftaler, som under andre omstændigheder er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det er vigtigt at de begrænsninger virksomhederne pålægger hinanden er absolut nødvendige for samarbejdet og ikke rækker ud over samarbejdet i forhold til tid og omfang. Samarbejdet skal udføres på den mindst konkurrencebegrænsende måde og virksomhederne må alene udveksle oplysninger og indgå aftaler, som er nødvendige for samarbejdet.

4.2.4 Ingen udelukkelse af konkurrencen

Afslutningsvis må samarbejdet ikke udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer og tjenesteydelser, som samarbejdet vedrører. Ved en vurdering af dette parameter vil Forbruger- og Konkurrencestyrelsen undersøge deltageres markedsandel og de øvrige mulige tilbudsgivere på markedet.

5 Ulovlige konsortier

Hvis virksomhederne, der indgår i et konsortiesamarbejde, hver især kan løfte opgaven, er de konkurrenter. Samarbejde mellem konkurrenter vil reducere antallet af tilbud og dermed konkurrencen om opgaven. Hvis konkurrenter som indgår i et konsortiesamarbejde ikke opfylder betingelserne for fritagelse, vil samarbejdet være i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Konkurrenter som indgår aftaler om fastsættelse af priser, opdeling af markeder, kunder, salg, produktion eller koordinering af bud vil være del af et kartel.

Et konsortiesamarbejde kan have et sådant omfang, at det bliver betragtet som et kartel. Dette er en streng overtrædelse af konkurrenceloven, og vil kunne straffes med bøde og anstaltsanbringelse afhængig af overtrædelsens grovhed.

Forbruger- og Konkurrencestyrelsen anbefaler at man søger juridisk rådgivning, hvis man er i tvivl om et muligt konsortiesamarbejde vil være i strid med konkurrenceloven.