

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 11/4 2016 i sag nr. KL-2-2015 og sag nr. KL-3-2015

KL-2-2015

Eurostar Danmark A/S

(advokat Christina Heiberg-Grevy)

og

KL-3-2015

LKF Vejmarkering A/S

(advokat Erik Kjær-Hansen)

mod

Konkurrencerådet

(specialkonsulent Kristian Helge Andersen)

1. Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 24. juni 2015 truffet afgørelse i en sag, der drejer sig om, hvorvidt Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S ved at indgå en konsortieaftale i forbindelse med udarbejdelse, afgivelse og udførelse af tilbud på Vejdirektoratets udbud ”Genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 – GEN-KA” har overtrådt forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, herunder om en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages i medfør af konkurrencelovens § 8.

Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S har indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

2. Påstande

Eurostar Danmark A/S (KL-2-2015) har principalt nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 skal ophæves.

Eurostar Danmark A/S har subsidiært nedlagt påstand om, at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

LKF Vejmarkering A/S (KL-3-2015) har principalt nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 skal ophæves.

LKF Vejmarkering A/S har subsidiært nedlagt påstand om, at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen af 24. juni 2015 skal stadfæstes.

3. Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 24. juni 2015 afgørelse om følgende:

”855. Det meddeles LKF Vejmarkering A/S (”LKF”) og Eurostar Danmark A/S (”Eurostar”), at LKF og Eurostar har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, ved:

- at fastsætte priser og opdele markeder i forbindelse med udarbejdelse, afgivelse og udførelse af tilbud på Vejdirektoratets udbud ”Genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 – GEN-KA” (Udbuddet”).

856. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, jf. konkurrencelovens § 24, påbyder Konkurrencerådet LKF og Eurostar:

- straks at bringe overtrædelsen, som beskrevet i punkt 855, til ophør,
- fremover af afstå fra aftaler, som har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 855,
- at informere Vejdirektoratet om Konkurrencerådets afgørelse, og
- senest 14 hverdage fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at LKF og Eurostar har efterkommet Konkurrencerådets afgørelse.”

4. Sagens faktiske omstændigheder

Eurostar A/S (Eurostar) og LKF Vejmarkering A/S (LKF) etablerede den 11. marts 2014 Dansk Vejmarkerings Konsortium, som havde til formål at udarbejde og afgive et tilbud vedrørende Vejdirektoratets udbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 i distrikterne Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden.

Vejdirektoratets udbud var et genudbud af kørebanemarkering for distrikterne Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden. Af bestemmelser om udbud og tilbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 fremgår bl.a. følgende om entrepriseform og tildeling:

”...

3.2 Entrepriseform

Arbejdet udbydes i følgende tre entrepriser.

- GEN-KA-SD-3
- GEN-KA-OD-4
- GEN-KA-OD-5

Tilbudsgiverne kan give tilbud på alle entrepriser, hvortil tilbudsgiverne opfylder krav om økonomisk og finansiel formåen hhv. teknisk og faglig formåen. Tilbudsgiverne kan tilbyde rabat ved samlet overdragelse af flere entrepriser og tildelingen vil ske samlet for alle entrepriser til det samlet set laveste tilbud for alle entrepriser jf. afsnit 3.5.

...

3.5 Tildeling

Tildelingskriteriet er laveste pris.

Ved laveste pris forstås den kombination af alle tilbud, der samlet giver den laveste pris for Vejdirektoratet.

Det forhold, at en tilbudsgiver isoleret set har afgivet den laveste pris på én given entreprise, er derfor ikke ensbetydende med, at tilbudsgiveren vil blive tildelt den pågældende entreprise.

...”

Dansk Vejmarkerings Konsortium afgav den 21. marts 2014 et bud på de 3 distrikter Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden. Konsortiets bud omfattede en samlet rabat på 20 %, såfremt alle 3 distrikter blev tildelt konsortiet, og en rabat på 5 %, såfremt konsortiet vandt 2 distrikter.

Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelse bl.a., at sagen blev indledt, efter at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 24. marts 2014 havde modtaget en klage fra Guide-Lines vedrørende det bud, som Dansk Vejmarkerings Konsortium afgav den 21. marts 2014 på Vejdirektoratets genudbud af genmarkering af kørebanemarkering 2014-2017. Guide-Lines havde også afgivet et tilbud på udbuddet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretog den 19. august 2014 en række kontrolundersøgelser på Eurostar og LKF's kontorer i Danmark for at indsamle data til brug

for vurderingen af, om Dansk Vejmarkerings Konsortium er foreneligt med konkurrencereglerne.

Eurostar og LKF har oplyst, at Konkurrencerådets påbud er blevet efterkommet inden udløbet af den frist, som Konkurrencerådet fastsatte i afgørelsen af 24. juni 2015 på 14 hverdage. Eurostar og LKF har herunder oplyst, at konsortieaftalen af 11. marts 2014 er bragt til ophør, ligesom de indgåede aftaler med Vejdirektoratet vedrørende genmarkering af kørebaneafmærkning for 2014-2017 er bragt til ophør.

5. Parternes argumenter

Eurostar Danmark A/S (Eurostar) har i det væsentligste gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet navnlig gjort gældende, at Konkurrencerådets afgørelse er truffet på et fejlagtigt og mangelfuldt grundlag, ligesom en række forhold ikke er blevet tillagt tilstrækkelig betydning, herunder bl.a. historien forud for indgåelsen af konsortieaftalen.

Konkurrencerådet har fejlagtigt lagt til grund, at konkurrencen om udbuddet udspillede sig om både de enkelte delaftaler og den samlede opgave. Udbuddets størrelse, herunder regimeskiftet til store udbud, den valgte rabatstruktur og erfaringerne fra de to tidligere udbud med tilsvarende betingelser, hvor Guide-Lines begge gange vandt hele udbuddet med samlerabat, viser, at konkurrencen reelt udspillede sig om den samlede opgave. Dette støttes også af, at Vejdirektoratet havde opfordret Eurostar til at byde sammen med LKF på udbuddet omtalt som "Nymarkeringsudbuddet". Disse forhold var baggrunden for, at Eurostar og LKF valgte at gå sammen i et konsortium og afgive fælles bud med en samlerabat. Formålet var at kunne være i stand til at give et bedre og billigere bud på den samlede opgave, end hvis de havde budt hver især. Dette understøttes af det faktum, at Eurostar og LKF i alle andre udbud, såvel statslige, kommunale som private, altid har og fortsat afgiver separate bud i skarp konkurrence med hinanden.

Der er ikke praksis, der understøtter, at det er ulovligt at gå sammen og afgive tilbud på en samlet opgave, når rabatstrukturen i udbuddet indebærer, at vinderchancerne er større ved at byde på den samlede opgave med en samlerabat, og konkurrencen som følge heraf reelt udspiller sig om den samlede opgave. Hvis en ordregiver ønsker at forhindre dette, kan det håndteres gennem den udbudsretlige regulering.

At konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave og ikke delopgaverne understøttes af rapport udarbejdet af Copenhagen Economics af 23. oktober 2015.

Konkurrencerådet har fejlagtigt konkluderet, at Eurostar ud fra virksomhedens egne beregninger med sin eksisterende kapacitet kunne byde på både distrikt Hovedstaden og distrikt Sjælland. Eurostar havde ikke tilstrækkelig kapacitet til at udføre arbejde på de to distrikter Hovedstaden og Sjælland samtidig, da en del af kapaciteten var bundet af eksisterende opgaver, og da det ikke er realistisk at flytte mandskab fra en enhed i Norddanmark til Østdanmark. Eurostars mandskabskapacitet gav endvidere ikke reel mulighed for at løfte den samlede opgave i distrikt Hovedstaden.

Konkurrencerådet har fejlagtigt konkluderet, at Eurostar ud fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beregninger med sin eksisterende kapacitet kunne byde på alle 3 distrikter samlet. Eurostar havde ikke den fornødne kapacitet til at byde på alle 3 distrikter samtidig, idet der i kapacitetsberegningen skal indregnes forventede opgaver fra kernekunder. Det ville være uansvarligt set fra et kommercielt og økonomisk perspektiv, hvis Eurostar ikke tog højde for forventede opgaver fra kernekunder medtaget på baggrund af resultater fra tidligere år. Dertil kommer, at en vis andel af den reserverede kapacitet knyttede sig til rammeaftaler, hvor der erfaringsmæssigt er et løbende træk, og hvor Eurostar ville risikere at skulle betale bod, hvis Eurostar ikke ville være i stand til at opfylde sine forpligtelser. Den reserverede kapacitet til kernekunder repræsenterer en væsentlig omsætning, som Eurostar ikke kan undvære. Dækningsbidraget på disse opgaver er væsentligt højere end på øvrige ordrer, og uden disse ordrer ville Eurostar ikke kunne drive en rentabel forretning. Eurostar formår kun lige at skabe overskud.

Det strider mod sund fornuft, såfremt Eurostar ikke ville kunne medregne forventede opgaver fra kernekunder, og sætter Eurostar i en urimelig situation, som Eurostar ikke har haft mulighed for at forudse. Konkurrencerådets afgørelse vil kunne få vidtrækkende konsekvenser, hvis den ikke omgøres, og den vil føre til færre og mindre konkurrencedygtige bud, som ikke er til gavn for konkurrencen.

Da Eurostar på tidspunktet for deltagelsen i udbuddet ikke var landsdækkende, havde Eurostar heller ikke af denne grund mulighed for at byde på alle 3 distrikter samtidig.

Konkurrencerådet har fejlagtigt konkluderet, at Eurostar sandsynligt kunne have udvidet sin kapacitet med henblik på at byde på alle 3 distrikter. Eurostar havde ikke mulighed for at udvide sin kapacitet ved at skaffe yderligere arbejdskraft eller investere i flere maskiner.

De forudsætninger og beregninger, der ligger til grund for Konkurrencerådets konklusioner vedrørende Eurostars kapacitet, er generelt urealistiske og uden hold i virkeligheden.

Konkurrencerådet har i sin anvendelse af bestemmelserne i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, begået en retlig fejl ved at lægge til grund, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, hvorved Konkurrencerådet har forsømt at godtgøre, at konsortieaftalen havde til følge at begrænse konkurrencen.

Konsortieaftalens indhold var ikke af en sådan karakter, at den ifølge sin natur er ulovlig. En konsortieaftale mellem konkurrenter er lovlig, hvis konsortiedeltagerne ikke selv har mulighed for at byde på den pågældende opgave på egen hånd. Vurderingen af konsortiets lovlighed er i denne sag afhængig af komplicerede kapacitetsberegninger. Det er meget vidtgående at tale om en formålsovertrædelse i et sådant tilfælde. Virksomhederne risikerer ikke kun bødestraf, men de ansvarlige ledende personer risikerer muligvis også fængselsstraf. En konsortieaftale er ofte konkurrencefremmende og kan i sin natur ikke være en ”til formåls overtrædelse”. Konsortieaftalen kan ikke – uanset om det måtte lægges til grund, at Eurostar havde mulighed for at byde på et enkelt af distrikterne – sidestilles med et klassisk kartel om pris- og markedsdeling. Kun de groveste tilfælde som f.eks. hemmelige karteller har til formål at begrænse konkurrencen. Begrebet ”konkurrencebegrænsende formål” skal fortolkes indskrænkende, jf. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P (Cartes Bancaires-sagen), præmis 58. Da konsortieaftalen ikke åbenbart er konkurrencebegrænsende, skulle der have været foretaget en vurdering af virkningerne af den påståede overtrædelse.

Konsortieaftalen blev indgået i fuld offentlighed og var ansporet af den rabatstruktur, der var i udbuddet. Hverken Eurostar eller LKF havde mulighed for at løfte opgaven på egen hånd. Eurostar søgte forud for aftalens indgåelse kvalificeret juridisk rådgivning og fik bekræftet, at aftalen var lovlig.

Der kan ikke objektivt fastslås nogen anden målsætning med konsortieaftalen, end at parterne afgav et fælles bud på udbuddet for at kunne give et bedre og billigere bud, end de kunne præstere hver for sig. Et sådant formål er legitimt og kan ikke anses for konkurrencebegrænsende. Der kan drages paralleller til EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P (Cartes Bancaires-sagen), præmis 75. Realiteten er, at det ikke er sandsynligt, at der ville være kommet flere bud ind uden etableringen af Dansk Vejmarkerings Konsortium. Vejdirektoratet fik således den lavest mulige pris, og der er derfor ikke risiko for, at Vejdirektoratet har betalt for meget for de omhandlede opgaver.

Konkurrencerådet skulle have inddraget samtlige kriterier ved vurderingen af de økonomiske og retlige sammenhænge, som konsortieaftalen indgik i. Konkurrencerådet burde derfor have inddraget den særlige rabatstruktur, omstændighederne omkring de foregående udbud, samt at parterne ikke forud for udbuddet kunne vide, hvor mange der ville afgive bud og hvordan. Forholdet omkring, at Eurostar søgte juridisk rådgivning, skulle også indgå, ligesom alle andre relevante forhold skulle have indgået.

Konkurrencerådet har ikke foretaget en korrekt vurdering af, om betingelserne i fritagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldte. Konsortieaftalen medførte såvel driftsøkonomiske som samfundsmæssige effektivitetsgevinster, der – såfremt det mod forventning måtte blive lagt til grund, at konsortieaftalen var konkurrencebegrænsende – opvejer den konkurrencebegrænsende virkning heraf.

Muligheden for at kunne trække på hinandens ressourcer sikrede en effektiv opfyldelse af de omhandlede vejmarkeringsopgaver og mindskede risikoen for misligholdelse af kontrakterne med Vejdirektoratet og dermed også risikoen for bod. Det betyder, at parterne ved at byde i et konsortium kunne fordele den økonomiske risiko, og som følge heraf kunne afsætte et mindre beløb til afdækning af denne risiko. Derudover gav muligheden for at kunne trække på hinandens ressourcer parterne mulighed for at kunne tilrettelægge en mere effektiv og besparende udnyttelse af ressourcerne, hvis eksisterende opgaver indebar, at det bedre kunne svare sig at trække på den andens parts kapacitet frem for at skulle flytte egen kapacitet.

At parterne frem mod opsigelsen af aftalerne med Vejdirektoratet ikke havde haft anledning til at trække på hinandens ressourcer, betyder ikke, at der kan ses bort fra de synergieffekter og effektivitetsgevinster, der var forbundet hermed, og som gjorde det muligt at afgive et

bedre og billigere bud. Styrelsen anlægger en ex post-vurdering, som ikke er relevant. Effektivitetsgevinsterne skal vurderes fra et ex ante-perspektiv.

Copenhagen Economics støtter i sin rapport af 23. oktober 2015 ovennævnte og konkluderer, at den økonomiske teori understøtter de effektivitetsgevinster, som Eurostar og LKF forventede ved dannelsen af konsortiet.

Konkurrencerådets krav til Eurostars dokumentation for, at der ikke foreligger en overtrædelse, er for høje og i strid med gældende ret, jf. Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014 (T 18896-10).

Konsortieaftalen medførte forbrugerfordele, idet Eurostar og LKF kunne give et bedre og billigere bud, og risikoen for misligholdelse af kontrakterne med Vejdirektoratet blev mindsket, herunder risikoen for at skulle ud i et nyt ressourcekrævende udbud. Endvidere udgør slidte vejmarkeringer en trafiksikkerhedsmæssig risiko, og set ud fra et trafiksikkerhedsmæssigt og samfundsøkonomisk perspektiv kommer en høj grad af leveringssikkerhed derfor også forbrugerne til gode.

Konsortieaftalen er proportional. Konsortiet afgav det laveste bud. Eurostar havde ikke kapacitet til at byde på den samlede opgave. De fordele, der var forbundet med Konsortiet i form af lav pris og høj grad af leveringssikkerhed i kraft af parternes mulighed for at trække på hinandens ressourcer og den solidariske hæftelse, kunne ikke være opnået ved at byde hver for sig.

Der skete som følge af konsortieaftalen ikke en udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af det relevante marked for vejmarkering. Udbuddet berørte kun en mindre del af det samlede marked. Der var ikke indkommet flere bud uden etableringen af konsortiet.

LKF Vejmarkering A/S (LKF) har i det væsentligste gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet overordnet navnlig gjort gældende, at konsortieaftalen af 11. marts 2014 er lovlig, at aftalen ikke var konkurrencebegrænsende, og at aftalen medførte effektivitetsgevinster.

LKF og Eurostar har indgået en sædvanlig konsortieaftale, der ikke havde til formål at begrænse konkurrencen. LKF og Eurostar analyserede ved etableringen af ad hoc-konsortiet – ligesom ved de 2 forudgående udbud af totalentrepriser, som Vejdirektoratet har udbudt siden 2012 – deres respektive kapacitet. Konklusionen i analysen var for begge parter vedkommende, at ingen af de to parter havde kapacitet til at løfte opgaven alene. LKF's og Eurostars kapacitet skal vurderes på baggrund af virksomhedernes normalkapacitet. Normalkapaciteten skal fastsættes på baggrund af medarbejdernes ansættelseskontrakter, overenskomster og lovreglerne om arbejdstid. Kapacitetsvurderingen skal dertil gennemføres på baggrund af forholdene forud for indgåelse af konsortieaftalen, det vil sige i form af en ex ante-vurdering, der tager afsæt i virksomhedernes sædvanlige drift.

Det er irrelevant, at parterne kunne have budt på delaftaler. LKF og Eurostar var ikke konkurrenter i forhold til det undersøgte udbud, da konkurrencen udspandt sig om levering af alle tre delaftaler. De faktiske forhold understøtter, at Vejdirektoratet ønskede at tildele de samlede opgaver ved hvert udbud til én entreprenør, idet Vejdirektoratet derigennem kunne opnå besparelser som følge af de med en en-leverandør-strategi medfølgende stordriftsfordele og synergier. Konsulentfirmaet McKinsey havde identificeret en en-leverandør-strategi som fordel for Vejdirektoratet, hvilket var grundlaget for, at Vejdirektoratet skiftede fra mange enkeltudbud til samlede totaludbud. Vejdirektoratets forudgående udbud bekræfter dette, hvor Vejdirektoratet i begge tilfælde tildelte hele ordren til én byder.

LKF og Eurostar inddrog forud for indgåelse af konsortieaftalen eksterne advokater som rådgivere. Rådgiverne vurderede, at LKF og Eurostar ikke var konkurrenter, og bistod med indgåelse af en helt sædvanlig konsortieaftale, der følger samme skabelon, som den standardaftale, Kammeradvokaten har udarbejdet, og som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen generelt henviser til.

Konsortieaftalens retlige og økonomiske baggrund er at indgå i et samarbejde om at afgive det bedste tilbud baseret på pris og kvalitet. Dette formål anerkendes i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiedannelse. Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at parternes formål med konsortieaftalen var at begrænse konkurrencen. Konkurrencerådet har baseret sin konklusion på antagelser og skøn, der ikke har støtte i sagens faktiske oplysninger.

LKF og Eurostars konsortieaftale havde ikke til følge at begrænse konkurrencen. Tværtimod medførte konsortieaftalen effektivitetsgevinster. De opstod navnlig som følge af ledelsesmæssige gevinster, operationelle forhold og finansielle synergier. Navnlig medførte konsortiet større fleksibilitet i forhold til kapaciteten, der betød markant lavere risiko for forsinkelser med deraf følgende mindre risiko for bod. Ligeledes blev parternes kapitalbinding halveret. Da parterne er blevet påbudt at ophæve konsortieaftalen, kan parterne de facto ikke dokumentere, hvilke effektivitetsgevinster parterne rent faktisk har realiseret.

Konkurrencerådet har ikke afvist, at konsortieaftalen medførte effektivitetsgevinster, men har skønnet, at effektivitetsgevinsterne ikke opvejer de konkurrencebegrænsninger, som Konkurrencerådet mener, der følger af konsortieaftalen. Konkurrencerådet har ikke kvantificeret de påståede konkurrencebegrænsninger.

LKF har redegjort fyldestgørende for, at hvis konsortieaftalen falder ind under konkurrencelovens § 6, er betingelserne i konkurrencelovens § 8 opfyldt. LKF har også fremhævet over for Konkurrencerådet, at det faktum, at konsortiet afgav den laveste pris på det samlede udbud, taler for, at konkurrencen de facto ikke var begrænset. Konkurrencerådet har ikke modbevist LKF's redegørelse. Konkurrencerådet har alene oplyst, at rådet ikke skønner betingelserne i § 8 for opfyldt. Samlet set underbygger sagens oplysninger, at konsortieaftalen de facto ikke har haft konkurrencebegrænsende virkninger.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke dokumenteret, at LKF og Eurostar var konkurrenter. Konkurrencerådets vurdering er baseret på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egne beregninger af LKF's og Eurostars forhold, der blandt andet også baserer sig på oplysninger fra konkurrenten Guide-Lines, der begærede sig selv konkurs den 28. oktober 2015. LKF har gentagende gange afvist Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse som værende misvisende både i forhold til LKF's virksomhed og markedet. Dette skyldes blandt andet, at styrelsens analyse ikke er en ex ante-vurdering, ligesom Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tager afsæt i fiktive forretningsmodeller, der fører til overdrevne udokumenterede afkastgrader.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har endvidere undladt at inddrage en række oplysninger i sin analyse om bl.a. arbejdstid, arbejdsregler, oplysninger om omkostninger og oplysninger om LKF's driftsresultat. Eksempelvis har LKF dokumenteret over for styrelsen, at LKF's

antagelse om den efterspurgte kapacitet er korrekt og dokumenteret, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse påtvinger LKF at planlægge på en måde, hvor LKF forsætligt skal overtræde lov om arbejdstid. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har end ikke forholdt sig til disse fakta, men i stedet anført, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder sig berettiget til at lægge vægt på sine egne antagelser, fordi disse efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens overbevisning er mere retvisende end de faktiske og verificerbare oplysninger fremlagt af LKF. LKF har også fremlagt regnskaber, der viser, at virksomhedens drift er tabsgivende, hvilket ikke harmonerer med de overskudsgrader, der er lagt til grund.

Konkurrencerådet traf afgørelsen om LKF's mandskabs kapacitet på et forkert grundlag, og LKF havde ikke mulighed for at udvide sin kapacitet.

Konkurrencerådet har således ikke med den fornødne klarhed kunnet dokumentere, at LKF og Eurostar var konkurrenter i det undersøgte udbud.

Konkurrence og Forbrugerstyrelsen har ikke dokumenteret, at konkurrencen blev begrænset. Konkurrencerådet har ikke med den fornødne klarhed dokumenteret, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Dette støttes bl.a. på baggrund af EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P (Cartes Bancaires-sagen), præmis 51, 52 og 58. Endvidere har Kommissionen anført, at det er usandsynligt, at en "til formåls"-krænkelse vil kunne opfylde betingelserne for en fritagelse, jf. Commission staff working document: Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (C(2014) 4136 final), page 4. Hertil kommer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anfører, at konsortier ikke er konkurrencebegrænsende, hvis de opfylder kriterierne i konkurrencelovens § 8, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejder, 2014. Muligheden for fritagelse efter konkurrencelovens § 8 viser således, at konsortieaftaler ikke udgør "til formåls"-overtrædelser. Da Konkurrencerådet ikke har godtgjort, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, skulle konsortieaftalens virkning have været undersøgt.

Konsortieaftalen har ikke haft en konkurrencebegrænsende effekt. Konsortieparterne afgav det laveste tilbud på den samlede opgave. Det skyldes, at Eurostar og LKF i kraft af konsortiet var i stand til at realisere effektivitetsgevinster, der gjorde konsortiet i stand til at tilbyde en

rabat, hvis konsortiet blev tildelt hele ordren. Selv i et hypotetisk scenarium ville Eurostar og LKF's individuelle bud på delaftaler derfor have ført til højere priser. Dette underbygger, at konsortieaftalen har haft en positiv effekt på konkurrenceforholdene i markedet. Vejdirektoratet har de facto indgået den aftale, der gav Vejdirektoratet den laveste pris.

Konsortieaftalens effekt er derfor konkurrencefremmende, hvilket understøtter, at konsortieaftalens virkninger ikke var konkurrencebegrænsende, og – som det mindre i det mere – at effektivitetsgevinsterne i hvert fald oversteg de påståede konkurrencebegrænsende elementer, som Konkurrencerådet mener, er til stede, men som Konkurrencerådet dog hverken har påvist eller kvantificeret.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke oplyst sagen tilstrækkeligt til at kunne træffe en materiel korrekt afgørelse. Konkurrencerådet har undladt at inddrage alle sagens relevante oplysninger og har hertil undladt at foretage de undersøgelser, der er påkrævet for at nå de konklusioner, som Konkurrencerådet er kommet frem til.

Det følger af officialprincippet, at forvaltningen har ansvaret for, at sagen er tilstrækkeligt oplyst, til at den materielt rigtige afgørelse kan træffes. Det er almindeligt anerkendt, at kravene til sagsoplysningen skærpes, jo mere indgribende eller betydningsfuld den pågældende afgørelse er. I denne sag har Konkurrencerådet påbudt konsortiet at ophæve konsortieaftalen, hvilket medfører et betydeligt omsætningstab. Endvidere kan afgørelsen føre til straf, hvilket skal inddrages i forhold til kravene til sagens oplysning. Det følger endvidere af officialprincippet, at oplysningskravet er styret af oplysningernes pålidelighed. I den foreliggende sag har Konkurrencerådet gennemgående truffet afgørelse ud fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens antagelser, mens parternes faktiske oplysninger er blevet tilsidesat som værende helt irrelevante.

Konkurrencerådet har for Konkurrenceankenævnet navnlig gjort gældende, at man i overensstemmelse med den analyse, som er blevet benyttet siden konkurrencereglerne trådte i kraft, har vurderet, om parterne var aktuelle eller potentielle konkurrenter, om en aftale mellem konkurrenter om at fastsætte priser og opdele markeder har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og i bekræftende fald om aftalen gav anledning til effektivitetsgevinster mv., der kunne fritage den ellers konkurrencebegrænsende aftale.

Eurostar og LKF var konkurrenter i forbindelse med udarbejdelse, afgivelse og udførelse af tilbud på udbuddet. Eurostar og LKF er begge som de to største aktører i Danmark aktive inden for vejmarkering i hele Danmark. Udbuddet vedrørte en del af markedet, som er afgrænset til vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere. Eurostar og LKF var derfor konkurrenter, medmindre det objektivt set vil have været usandsynligt, at parterne kunne have budt individuelt i det konkrete udbud. Udgangspunktet for vurderingen af, om Eurostar og LKF var konkurrenter, er udbudsmaterialet. Det fremgår af materialet, at der var mulighed for at afgive delbud. Vejdirektoratet stillede ikke direkte eller indirekte krav om, at der skulle afgives bud på det samlede udbud. En mulighed kan ikke vendes til et krav. Udbudsmaterialet skabte en situation, hvor alle virksomheder, der havde kapaciteten eller kunne opnå kapaciteten til at byde på blot ét distrikt, var konkurrenter i udbuddet. Konkurrencen kan derfor ikke siges at have udspillet sig om den samlede opgave. Det er i Konkurrencerådets afgørelse dokumenteret, at Eurostar og LKF havde kapacitet til hver især at byde på delbud. Hverken Eurostar eller LKF har bestridt, at de var aktuelle konkurrenter i forhold til at afgive bud på minimum et delbud. Da parterne kunne afgive delbud, var de konkurrenter. Endvidere afgav Guide-lines og Lemminkäinen kun delbud.

LKF og Eurostar kunne ikke før udbuddet vide, hvem der ville byde, hvordan og med hvilken pris, og vidste dermed ikke, om det var mere sandsynligt at vinde på delbud eller samlet bud. Det er denne usikkerhed, som konkurrencereglerne skal beskytte. At de bud, der blev indgivet af konsortiet på de enkelte distrikter, ikke havde været tilstrækkelige til at vinde distrikt Syddanmark eller distrikt Sjælland enkeltvis, er heller ikke afgørende. Det afgørende er, om Eurostar og LKF individuelt kunne have budt.

Ved vurderingen af, om der foreligger en krænkelse, er det tilstrækkeligt, at parterne var konkurrenter i forhold til delbud. Men i Konkurrencerådets afgørelse er det alligevel dokumenteret, at Eurostar og LKF havde kapacitet til hver især at byde på det samlede udbud, og at parterne var aktuelle konkurrenter i forhold hertil. I afgørelsen er det endvidere dokumenteret, at Eurostar og LKF rentabelt kunne udvide kapaciteten til hver især at byde på det samlede udbud, og at Eurostar og LKF under alle omstændigheder var potentielle konkurrenter i forhold hertil.

Eurostar og LKF kunne ikke medtage ordrer til kernekunder i kapacitetsberegningerne, da der ikke foreligger de tilstrækkelige særlige omstændigheder.

Konkurrencerådet har ikke tilsidesat officialmaksimen. Konkurrencerådet har baseret sine vurderinger på samtlige oplysninger i sagen med henblik på den mest retvisende opgørelse. For så vidt angår LKF er Konkurrencerådets kapacitetsberegninger baseret på maskinarbejde alene, idet håndarbejdskapacitet ikke er genstand for tvist. Oplysningerne fra LKF giver derfor et forkert billede af LKF's arbejde.

Konkurrencerådet har i beregningerne generelt foretaget konservative skøn til parternes fordel, og har generelt taget udgangspunkt i oplysninger fra Eurostar og LKF selv og gennemført flere alternative beregninger for at tage højde for parternes argumenter. Selv på dette forsigtige grundlag giver materialet et klart billede af, at parterne var aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til det samlede udbud.

Aftalen mellem Eurostar og LKF om at afgive fælles bud på udbuddet, som de individuelt kunne have budt på, og hvorved de fastsatte priser og opdeltede markeder havde efter en konkret vurdering til formål at begrænse konkurrencen mærkbart i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c.

Vurderingen er i overensstemmelse med praksis foretaget ud fra konsortieaftalens indhold, de målsætninger, der søgtes gennemført med den, samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgik. Ved vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng skal der ikke laves en effektanalyse, da konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Realiteten i konsortieaftalen er, at Eurostar og LKF som konkurrenter aftalte en fælles pris og fordelte markedet mellem sig. Aftalen om, at Eurostar og LKF i fællesskab skulle byde 3.573.375 kr. på distrikt Hovedstaden, indeholdt en markedsdeling og priskoordinering. Det er ikke afgørende, at konsortiet gav det laveste bud på det samlede udbud. Buddet var fastsat uden konkurrence mellem Eurostar og LKF, og det var derfor koordineret og ikke udtryk for individuel prisfastsættelse. Dansk Vejmarkerings Konsortium kan endvidere have gjort det sværere for andre budgivere, som kun afgav delbud, at agere på markedet, da konsortiet ifølge Eurostar ikke gav delbud på et konkurrencedygtigt niveau, og Eurostar og LKF ikke uafhængigt fastsatte buddene. Konsortieaftalen eliminerede den konkurrence og den usikkerhed, der ellers ville have været mellem Eurostar og LKF.

Det er uden betydning, om samarbejdet var kendt for ordregiver, jf. domstolens dom i sag C-

209/07, *BIDS*. Det er endvidere uden betydning, at parterne kaldte samarbejdet for et konsortium. Realiteten er, at Dansk Vejmarkerings Konsortium er en aftale om priskoordinering og markedsdeling, og det skal vurderes som sådan.

Konsortieaftalen rummede efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Konsortieaftalen opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse, efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, eller TEUF artikel 101.

Eurostar og LKF har ikke løftet bevisbyrden for, at de 4 kumulative betingelser for en individuel fritagelse er til stede. Da konsortieaftalen er konkurrencebegrænsende, skal Eurostar og LKF's effektivitetsforsvar modbevise dette ved bl.a. at dokumentere, at nettovirkningerne i kraft af effektivitetsgevinster i det mindste er neutrale for forbrugerne. Der stilles skærpede krav til de beviser, som Eurostar og LKF skal fremkomme med, idet parternes adfærd vedrører fastsættelse af priser og opdeling af markedet, hvilket er alvorlige konkurrencebegrænsninger.

Konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101(3), overlader et vidt skøn til Konkurrencerådet. Der skal derfor foreligge et særlig klart grundlag, før Konkurrencerådets skøn kan blive tilsidesat.

Kriteriet, hvorefter den konkurrencebegrænsende aftale skal medføre effektivitetsgevinster, er ikke opfyldt. Eurostar og LKF har ikke dokumenteret effektivitetsfordelene, hvorfor de ikke kan efterprøves. Eurostars effektivitetsberegning hviler på den forudsætning, at basisstød og ekstra stød reduceres med de af Eurostar anførte procentsatser i kraft af konsortiet. Det er ikke nærmere begrundet eller dokumenteret, og kan derfor ikke efterprøves. Hvis antallet af basisstød var det samme med som uden konsortiet, var der – allerede af denne årsag – ikke nogen effektivitetsgevinster, og hvis procentsatsen var en anden, ville det påvirke hele analysen.

De effektivitetsgevinster, som LKF påberåber sig, mangler helt overordnet dokumentation. Eksempelvis er de påståede besparelser på indkøbsrabatter et rent regneeksempel og

omhandler ikke faktiske besparelser.

Eurostar og LKF har ikke dokumenteret, at etableringen af Dansk Vejmarkerings Konsortium indebar en større kapacitet at trække på, hvorved risikoen for misligholdelse blev mindsket. Parterne tager ikke højde for den omkostning, der ville være for Eurostar ved at skulle bistå LKF og omvendt, eller for, at det ikke umiddelbart er sandsynligt, at den anden part ville have et ledigt arbejds hold, da hver part må antages at søge at arbejde op til kapacitetsgrænsen.

Eurostar og LKF har ikke bevist, at konsortiet afgav et lavere bud, end parterne kunne have gjort individuelt, og at konsortiet således stillede forbrugerne mindst lige så godt som uden aftalen. Hvis konsortiet fx alene vandt ét distrikt, modtog forbrugeren ikke nogen rabat, og det er ubestridt, at parterne havde kapacitet til at afgive delbud.

Eurostar og LKF har heller ikke bevist, hvorfor det var nødvendigt, at de to største aktører i Danmark gik sammen i et konsortium. Der forekommer at være realistiske og betydeligt mindre konkurrencebegrænsende alternativer.

Endeligt var det et begrænset antal virksomheder, der deltog i udbuddet. Konsortiet tegnede sig for henholdsvis 33 % (distrikt Syddanmark), 50 % (distrikt Sjælland) og 100 % (distrikt Hovedstaden) af konkurrencen om de enkelte bud.

6. Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF art. 101, forbyder virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

LKF og Eurostar er begge entreprenører inden for vejmarkering i samme omsætningsled, og deres aftale af 11. marts 2014 om at afgive fælles bud i et konsortium på Vejdirektoratets udbud vil ikke være konkurrencebegrænsende, såfremt Eurostar og LKF ikke hver især har været i stand til at byde på udbuddet, idet de i givet fald ikke vil have været konkurrenter, jf. forarbejderne til konkurrencelovens § 6 (FT 1996/1997, 1. samling, tillæg A, side 3659) og Kommissionens retningslinjer for horisontale aftaler og praksis. Såfremt parterne anses for at være konkurrenter, vil parternes konsortieaftale af 11. marts 2014 være i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, dersom konsortieaftalen har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Var Eurostar og LKF konkurrenter?

Efter ordlyden af udbudsmaterialet var det muligt at afgive bud på et eller flere distrikter. Tildelingskriteriet i udbudsmaterialet betød, at den kombination af alle tilbud, der samlet gav den laveste pris for Vejdirektoratet, ville vinde. En virksomhed, som kun bød på et distrikt, kunne dog byde så lavt, at den ville vinde et af de tre distrikter – til trods for en eventuel samlerabat. Såfremt virksomheder er af den opfattelse, at vinderchancen er højere ved at afgive et samlet bud og ikke enkeltvis har kapaciteten hertil, kan virksomhederne vælge at byde i et konsortium, hvis konsortiet opfylder betingelserne i konkurrenceloven. Det forhold, at en virksomheds chance for at vinde eventuelt er større, hvis den byder på alle tre distrikter, end hvis den kun byder på et distrikt, er – ligesom pris generelt – en del af de almindelige konkurrenceretlige parametre; og det ændrer ikke på, at det var muligt at afgive bud på kun et distrikt. Erfaringerne fra to tidligere udbud med lignende vilkår, som blev vundet af en virksomhed, der havde budt på alle distrikter, ændrer ligeledes ikke på, at det var muligt at byde på et enkelt distrikt eller flere. Konkurrenceankenævnet finder på dette grundlag, at det i medfør af udbudsmaterialet var muligt at byde på et eller flere distrikter.

På baggrund af konsortieaftalen af 11. marts 2014 og bilag 1 hertil, herunder det indeholdte om den praktiske udførelse af arbejde mellem Eurostar og LKF, finder Konkurrenceankenævnet, at det er godtgjort, at Eurostar og LKF hver især var i stand til at byde på enkelte dele af Vejdirektoratets udbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017. Samarbejdet i konsortiet var således ikke objektivt set nødvendigt, og Konkurrenceankenævnet anser på denne baggrund Eurostar og LKF for aktuelle konkurrenter. Det er derfor ikke nødvendigt at foretage en vurdering af, om parterne aktuelt eller potentielt havde kapacitet til hver især at byde samlet på alle tre distrikter.

Konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101

For at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning som formål, skal der være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Da Eurostar og LKF indgik aftale om i fællesskab at byde på Vejdirektoratets udbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 i en situation, hvor de som konkurrenter hver især kunne have budt på dele af udbuddet, blev den forretningsmæssige risiko, der uden

konsortieaftalen ville have været forbundet med en konkurrence mellem Eurostar og LKF i budfasen, elimineret. At parterne bød den laveste pris på hele udbuddet, dokumenterer ikke, at Vejdirektoratet ikke ville kunne have fået en lavere pris på hele udbuddet samlet, såfremt der i budfasen havde været konkurrence mellem parterne indbyrdes og med de øvrige budgivere vedrørende de enkelte distrikter. Konsortieaftalen indeholdt således objektivt bedømt i sin markedsmæssige sammenhæng konkurrenceskadelige virkninger. 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. På denne baggrund finder Konkurrenceankenævnet, at Eurostar og LKF ved at indgå konsortieaftalen af 11. marts 2014 overtrådte konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101.

Da aftalen i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke fornødent at undersøge, om konsortieaftalen af 11. marts 2014 har haft negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge.

Den omstændighed, at en part har indhentet juridisk vejledning, kan ikke undskylde virksomhedens tilsidesættelse af reglerne i konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101.

Konkurrencelovens § 8 (og TEUF art. 101, stk. 3)

Eurostar og LKF har ikke fremlagt dokumentation, der sandsynliggør, at de 4 kumulative betingelser for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8 er opfyldt. Eurostar og LKF har således ikke løftet bevisbyrden for, at den konkurrencebegrænsende konsortieaftale kan undtages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6.

Med disse bemærkninger og henset til sagens omstændigheder i øvrigt, finder Konkurrenceankenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, som Konkurrencerådet har udøvet med hensyn til ikke at meddele fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Formalitetssindsigelser

På baggrund af det af LKF og Eurostar anførte sammenholdt med oplysningerne i Konkurrencerådets afgørelse, er der ikke grundlag for at antage, at de konklusioner, som Konkurrencerådet er nået frem til, ikke bygger på oplysninger, der har taget udgangspunkt i det af Eurostar og LKF fremførte, eller at Konkurrencerådet har truffet sin afgørelse på et

utilstrækkeligt grundlag. Konkurrenceankenævnet finder herefter, at Konkurrencerådet ikke har tilsidesat de forvaltningsretlige principper.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

John Christensen

Ditlev Tamm

Birgitte Sloth

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet, d. 11. april 2016.

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Tina Delvig

fuldmægtig