Indholdsfortegnelse

Indledning 2
Parternes påstande 4
Oplysningerne i sagen 5
Rapporterne fra McKinsey&Company 5
De tidligere udbud 6
Genudbuddet vedrørende genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 7
Konkurrencerådets afgørelse 10
Copenhagen Economics rapport af 23. oktober 2015 158
Konkurrenceankenævnets afgørelse 158
Genudbuddet vedrørende genmarkering af kørebaneafmærkning 2016-2017 172
Straffesagen 173
Sagkyndige erklæringer 174
Forklaringer 226
Direktør X 226
Henrik Ballebye Okholm 233
Nils-Henrik Mørch von der Fehr 233
Parternes synspunkter 239
For sagsøger, Eurostar Danmark A/S 239
For sagsøger, GVCO A/S 287
For sagsøgte, Konkurrencerådet 341
Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat 356

DOM

Afsagt den 27. august 2018.

U-2-16 og U-3-16

Eurostar Danmark A/S
(advokat Christina Heiberg-Grevy)
og
GVCO A/S
(Advokat Erik Kjær-Hansen)
mod
Konkurrencerådet
(Kammeradvokaten v/advokat Jacob Pinborg)

Indledning

Sagens spørgsmål er, om Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S (tidligere LKF Vejmarkering A/S), som i regi af et etableret konsortium, Dansk Vejmarkerings Konsortium, bød på og

vandt et udbud fra Vejdirektoratet i 2014 vedrørende genmarkering af det statslige vejnet i tre danske distrikter, overtrådte forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art 101.

Eurostar Danmark A/S (i det følgende Eurostar) blev stiftet i 2004 med Direktør X som direktør. Eurostar beskæftiger sig med vejmarkering i Danmark og har siden 2007 været en del af SAFEROAD-Gruppen, der er aktiv indenfor vejmarkering, skiltning og trafiksikkerhed i Norden, samt det centrale og østlige Europa.

GVCO A/S (i det følgende GVCO) hed tidligere LKF Vejmarkering A/S. Selskabet ejes af AB Geveko. Selskabet frasolgte i 2016 entreprenørvirksomheden indenfor vejmarkering, således at GVCO i dag udvikler, producerer og sælger vejmarkeringsmaterialer, men ikke længere er aktiv i udlægningen heraf.

Markedet for vejmarkering omsatte på tidspunktet for gennemførelsen af det omhandlede udbud fra Vejdirektoratet i 2014 årligt for ca. 200 mio. kr. Eurostar og GVCO var de to største entreprenører inden for vejmarkering i Danmark.

Eurostar og GVCO, der i forbindelse med to tidligere udbud havde indgået konsortieaftaler, indgik ved aftale den 11. marts 2014 på ny i et konsortium, Dansk Vejmarkerings Konsortium, med henblik på i fællesskab at byde på Vejdirektoratets udbud af 25. februar 2014 vedrørende genmarkering af dele af det statslige vejnet i tre distrikter. Som allerede anført vandt Dansk Vejmarkerings Konsortium udbuddet.

Det statslige vejnet udgør ca. 5 % af det samlede offentlige vejnet, men omkring halvdelen af al trafik i Danmark afvikles på det statslige vejnet. Det omfatter motorveje, hovedlandeveje og mange af Danmarks broer.

Efter at en konkurrent, Guide-Lines, den 24. marts 2014 havde klaget til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, traf Konkurrencerådet afgørelse i sagen den 24. juni 2015. Konkurrencerådet fandt, at Eurostar og GVCO havde overtrådt forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler i strid medf konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

Afgørelsen blev af Eurostar og GVCO (LKF Vejmarkering A/S) indbragt for Konkurrenceankenævnet.

Sagen angår en prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, hvorved ankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015.

Parternes påstande

Eurostar har nedlagt påstand om, at Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016 ophæves, subsidiært ophævelse af kendelsen og hjemvisning af sagen til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

GVCO har nedlagt påstand om, at Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016 i sag KL-3-2015, hvorved Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158 blev stadfæstet over for LKF Vejmarkering A/S (nu GVCO A/S), ophæves, subsidiært at Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016 i sag KL-3-2015, hvorved Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015 i sag 14/04158 blev stadfæstet over for LKF Vejmarkering A/S (nu GVCO A/S), hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Rapporterne fra McKinsey&Company

I 2009 udfærdigede McKinsey&Company en analyse af drift og vedligeholdelse af statsvejnettet til Vejdirektoratet. Analysen havde til formål at udarbejde scenarier for den fremtidige indsats, som kunne udgøre et oplæg til beslutningsgrundlag for en ny 4-årig politisk aftale med 10-årige sigtelinjer for vedligeholdelsesindsatsen på statsvejnettet. Analysen fastslog, at der eksisterede en usikkerhed omkring Vejdirektoratets evne til at opnå de lavest mulige priser på ydelser, herunder udnyttelse af skalafordele og markedsforhold, brug af relevant prisindeksering, samt valg af udbudsform. Analysen foreslog, at der blev foretaget en særskilt og tilbundsgående analyse af besparelsespotentialet.

I november 2010 udarbejdede McKinsey&Company til brug for et møde for Regeringens Vækstforum 2009-2011 en rapport om mulighederne for øget økonomisk vækst i Danmark igennem konkurrence. Rapporten konkluderede, at den danske bygge- og anlægssektor og servicesektor ikke fuldt ud formåede at realisere potentielle stordriftsfordele, hvilket blandt andet skyldtes, at offentlige projekter var små og blev udbudt individuelt af forskellige organer. Rapporten anførte flere tværgående tiltag, der kunne medvirke til at styrke konkurrencen, herunder

> **"Tiltag 8: Anvendelse af de offentlige indkøbsbudgetter til at fremme produktivitet i bygge- og anlægssektoren samt servicesektoren.** Udnyttelse af det offentlige indkøb, der udgør 20 procent af den samlede omsætning fra bygge- og anlægssektoren samt servicesektoren, som instrument til at fremme udnyttelse af stordriftsfordele gennem samling af indkøb på færre leverandører, målrettet tiltrækning af udenlandske virksomheder, samt anvendelse af udbudsformer og krav, der tilskynder til effektiv drift.
>
> **Tiltag 9: Styrkelse af rammerne for håndhævelse af konkurrencepolitik.** Konkurrencefremmende tiltag der fører til færre, men større og mere effektive virksomheder i bygge- og anlægssektoren samt servicesektoren, vil indebære bedre udnyttelse af stordriftsfordele. En sådan udvikling skal balanceres af passende rammer for håndhævelse af konkurrencepolitik, herunder eksempelvis gennem styrkede muligheder for at retsforfølge overtrædelser og tilpasning af sanktionsniveauet til international standard."

De tidligere udbud

I 2012 udsendte Vejdirektoratet et samlet driftsudbud bestående af 337 entrepriser indenfor de fem hovedområder belægninger, beredskab, løbende vejdrift, mekaniske og elektroniske installationer og vintertjeneste. Kørebaneafmærkning udgjorde et af 19 fagområder og omfattede fem entrepriser i Norddanmark, Norddanmarks nordlige del, Syddanmark, Østdanmark og Hovedstaden. Entrepriserne forløb som udgangspunkt i en 5-årig periode fra 2012 til 2017 med mulighed for forlængelse af perioden med 2 år.

Det var muligt at byde på en enkelt entreprise eller på flere af entrepriserne omfattet af driftsudbuddet. Et samlet bud på en kombination af flere entrepriser kunne afgives med en rabat. Rabatten måtte ikke overstige 20 %.

Fristen for afgivelse af bud til Vejdirektoratet var den 3. juli 2012.

Entreprisekontrakterne skulle ifølge udbudsbestemmelsernes afsnit 4.2 fordeles efter tildelingskriteriet "laveste pris", således at entreprisen gik til den budgiver med den samlet set laveste pris for Vejdirektoratet. Af afsnit 4.2 fremgik videre blandt andet:

> "[…] Ved laveste pris forstås den kombination af alle tilbud, afgivet ved Samlet driftsudbud 2012, jf. afsnit 2.5, 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.
>
> **Indregning af rabat**
> Et samlet tilbud er ét tilbud med én pris. Derfor foretages fradrag for rabat i summen af priserne på de af tilbuddet omfattede entrepriser.
>
> Afgives der både enkelttilbud og et eller flere samlede tilbud, beregnes rabatten for hvert samlet tilbud for sig, og enkelttilbuddene påvirkes ikke af rabat."

Eurostar og GVCO ønskede at indgå i et konsortium med henblik på at afgive et fælles bud. Selskaberne kontaktede advokat Rune Hamborg med henblik på at få en konkurrenceretlig vurdering af grundlaget for etablering af Dansk Vejmarkerings Konsortium, samt konsortiets påtænkte budafgivelse.

I brev af 2. juli 2012 konkluderede advokat Rune Hamborg, på baggrund af de af Eurostar og GVCO (dengang LKF Vejmarkering A/S) afgivne oplysninger, at Eurostar og GVCO formentlig ville kunne byde i fællesskab via et etableret konsortium, uden at der ville være tale om en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne.

Eurostar og GVCO afgav herefter et samlet tilbud på alle fem distrikter i regi af Dansk Vejmarkerings Konsortium, som ikke vandt entrepriserne, der blev tildelt konkurrenten Guide-Lines, der ligeledes havde afgivet et samlet bud med rabat.

Året efter udsendte Vejdirektoratet endnu et udbudsmateriale "Samlet vedligeholdsudbud 2013", der omhandlede ca. 100 entrepriser indenfor belægninger og bygværker, hvoraf fem af entrepriserne vedrørte kørebaneafmærkning. Entrepriserne var udbudt for en 4-årig periode, og fristen for at afgive tilbud var den 4. februar 2014. I lighed med udbuddet af 2012 kunne der afgives bud på enkelte entrepriser eller der kunne afgives et samlet tilbud på flere entrepriser med rabat. Rabatsatsen måtte ikke overstige 20 %, og entrepriserne blev fordelt efter tildelingskriteriet "laveste pris". Tildelingskriteriets ordlyd var identisk med kriteriet i udbudsmaterialet for driftsudbuddet af 2012.

Guide-Lines vandt det samlede udbud indenfor vedligehold af kørebaneafmærkning.

<u>Genudbuddet vedrørende genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017</u>

Det er oplyst, at Guide-Lines var i misligholdelse med to af kontrakterne vundet ved driftsudbuddet af 2012, idet de ikke kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i overensstemmelse med den aftalte tids- og arbejdsplan for distrikterne. Vejdirektoratet besluttede som en konsekvens heraf-, at genudbyde udbuddet vedrørende genmarkering af kørebaneafmærkning for så vidt angik tre af de oprindelige fem distrikter. Genudbuddet vedrørte områderne Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden.

Entrepriserne blev udbudt for en 4-årig periode, og tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på alle entrepriser, hvortil de opfyldte de økonomiske, tekniske og faglige krav. Der kunne tilbydes en rabat – uden angivelse af maksimum - ved tilbud på flere entrepriser, og tildelingskriteriet for entrepriserne var den samlet set laveste pris for Vejdirektoratet. I overensstemmelse med de tidligere udbud af 2012 og 2013 medførte det forhold, at tilbudsgiver isoleret set havde afgivet den laveste pris på en entreprise ikke, at tilbudsgiveren nødvendigvis ville blive tildelt den pågældende entreprise.

Til genudbuddet var der fastsat særlige betingelser. Af aftalegrundlagets § 10 fremgår,

> "*Færdselsregulerende foranstaltninger.*
>
> […]
>
> Såfremt bygherren konstaterer at entreprenøren ikke inden for 1 time efter at én eller flere af nedenstående fejl og mangler skriftligt er påtalt af bygherren, politiet vejmyndighed eller Arbejdstilsynet, har påbegyndt afhjælpning, ifalder der entreprenøren en bod på 10.000 kr. ekskl. moms pr. påtale […]
>
> En tilsvarende bod ifalder entreprenøren for hvert tilfælde, hvor det konstateres, at spærretider ikke overholdes.
>
> […]
>
> *Sociale forpligtelser.*

> Såfremt entreprenøren ikke overholder sine forpligtelser iht. SB ad § 18, stk. 1, vedrørende løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår for egne og underentreprenørers lønarbejdere, ifalder entreprenøren en bod på 5.000 kr. pr. medarbejder pr. påbegyndt uge."

Af aftalegrundlagets § 25 fremgår, at entreprenøren ved overskridelse af tidsfrister på rekvirerede arbejder til udførelseskrav skal betale en bod på 3.000 kr. for hver arbejdsdag,

Fristen for afgivelse af tilbud til Vejdirektoratet var den 21. marts 2014.

Eurostar henvendte sig til Horten advokatpartnerselskab for at få en konkurrenceretlig vurdering af, hvorvidt Eurostar og GVCO kunne etablere et konsortium med henblik på, at afgive et tilbud på den samlede entreprise.

I brev af 20. marts 2014 fra advokat Andreas Christensen, Horten, fremgår følgende:

> "[…]
> Den udbudte opgave er opdelt i tre entrepriser, hvor tilbudsgiverne kan tilbyde rabatter ved samlet overdragelse af flere entrepriser. Tildelingen vil ske til det laveste tilbud samlet set. Et tilbud med en rabat på den samlede opgave er således et selvstændigt konkurrenceparameter ved udbuddet.
>
> […]
>
> Vi har ikke forudsætninger og markedsindsigt til at vurdere, om kapacitetsberegningerne er korrekte. I vores vurdering antages det, at ingen af de to konsortiedeltagere har den fornødne kapacitet til at byde på den samlede opgave. Vi har ikke gennemgået den konkrete konsortieaftale eller tilbuddet på den konkrete opgave i forbindelse med vurderingen.
>
> På den baggrund og ud fra ovenstående forudsætninger er det vores vurdering, at Eurostar A/S og LKF Vejmarkering A/S ikke er konkurrenter ved tilbud på Vejdirektoratets samlede opgave og at virksomhederne derfor kan byde på opgaven sammen i et konsortium. Det skal understreges, at det er afgørende for vurderingen, at konsortiedeltagernes kapacitetsberegninger er korrekte, og konsortiedannelsen kan være en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, som kan medføre straf, hvis det ikke er tilfældet. […]"

Eurostar og GVCO valgte for tredje gang at indgå et konsortium og den 21. marts 2014 afgav Dansk Vejmarkerings Konsortium et samlet bud med rabat på områderne Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden.

Dansk Vejmarkerings Konsortium vandt udbuddet på de tre ovennævnte distrikter.

Guide-Lines påklagede dette til Konkurrencerådet.

Konkurrencerådets afgørelse

"…

1. RESUMÉ

1. Denne sag vedrører Dansk Vejmarkerings Konsortium ("Konsortiet"), som består af to parter: LKF Vejmarkering A/S ("LKF") og Eurostar Danmark A/S ("Eurostar"). Begge virksomheder er entreprenører indenfor vejmarkering.

2. LKF og Eurostar indgik den 11. marts 2014 en konsortieaftale ("Aftalen") om at samarbejde i Konsortiet med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på Vejdirektoratets udbud "Genudbud af kørebaneafmærkning - GEN-KA" ("Udbuddet") såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, hvis Konsortiet vandt Udbuddet. Udbuddet er en vejmarkeringsopgave på det statslige vejnet, og sagen handler om, hvorvidt konsortiesamarbejdet mellem LKF og Eurostar har begrænset den konkurrence om Udbuddet, der ellers ville have været mellem parterne.

3. Udbuddet er et genudbud af et tidligere udbud. Det oprindelige udbud ("2012-Udbuddet") blev udbudt af Vejdirektoratet den 3. april 2012. Virksomheden, Guide-Lines A/S ("Guide-Lines"), der er klager i sagen, er den tredjestørste entreprenør indenfor vejmarkering i Danmark. Guide-Lines vandt 2012-Udbuddet i konkurrence med blandt andet LKF og Eurostar, som også dengang var gået sammen om at byde i Dansk Vejmarkerings Konsortium.

4. 2012-Udbuddet bestod af i alt fem distrikter, hvor der skulle udføres kørebaneafmærkning: Norddanmark, Norddanmarks nordlige del, Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden. Det er tre af disse fem distrikter (Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden), som Vejdirektoratet har genudbudt i Udbuddet, fordi det viste sig, at Guide-Lines ikke kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i 2012-Udbuddet i overensstemmelse med de aftalte tids- og arbejdsplaner for distrikterne.

5. Det relevante marked i sagen er vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS. I Danmark er det hovedsageligt syv virksomheder, der er aktive indenfor vejmarkering, hvoraf der er fire store aktører, som er landsdækkende, og som tilsammen står for ca. [70-90] pct. af omsætningen i Danmark. LKF er landets største entreprenør indenfor vejmarkering, og Eurostar er Danmarks næststørste entreprenør. Det er således landets to største entreprenører indenfor vejmarkering, som er gået sammen i Konsortiet.

6. Vejdirektoratet sendte den 25. februar 2014 Udbuddet i udbud med frist for at afgive bud den 21. marts 2014. Tildelingskriteriet var laveste pris.

7. Udbuddet består af tre entrepriser, som er fordelt på tre distrikter i Danmark: Hovedstaden, Sjælland og Syddanmark. Udbuddet var tilrettelagt således, at det var muligt for de bydende kun at byde på et enkelt distrikt (fx Hovedstaden), dvs. at det var muligt at afgive delbud.

8. I alt tre aktører bød på distrikterne i Udbuddet; (i) Lemminkäinen A/S ("Lemminkäinen"), (ii) Guide-Lines og (iii) Dansk Vejmarkerings Konsortium. Konsortiet bød – som den eneste - på alle tre distrikter i Udbuddet og på distrikt Hovedstaden.

9. Lemminkäinen var billigst på distrikt 1 (Syddanmark), mens Guide-Lines var billigst på distrikt 2 (Sjælland). Ingen af de to aktører bød på distrikt 3 (Hovedstaden), og Konsortiet var derfor den eneste aktør, som bød på dette distrikt. Konsortiet var også den eneste aktør, som tilbød Vejdirektoratet en rabat, hvis de vandt mere end et distrikt i Udbuddet.

10. Selvom Lemminkäinen og Guide-Lines var billigst på henholdsvis distrikt 1 og 2, vandt Konsortiet Udbuddet, fordi Konsortiets priser (med en samlet rabat på 20 pct.) samlet set var billigst for de tre distrikter.

11. I en udbudsproces er det kun muligt at opnå den laveste pris og/eller bedste kvalitet og produktudvikling, hvis de virksomheder, der kan byde på opgaven, reelt konkurrerer med hinanden, dvs. fastsætter deres priser og vilkår uafhængigt af hinanden. Når to tilbudsgivere, der hver især er i stand til at byde på en opgave, indgår en aftale om at afgive et fælles bud på opgaven, er det den generelle forventning, at der afgives færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen. Dette medfører, at den priskonkurrence, der ellers ville have været mellem de to tilbudsgivere, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes.

12. Den konkurrenceretlige analyseramme er den samme for konsortieaftaler, som for alle andre aftaler. Det afgørende for den konkurrenceretlige vurdering er således ikke betegnelsen på en aftale (fx en konsortieaftale). Det afgørende er, hvad aftalen reelt omhandler.

13. Retsstillingen for konsortiesamarbejder er som udgangspunkt den, at hvis en virksomhed er i stand til at afgive bud på en opgave uden at gå sammen med andre i et konsortium, så skal virksomheden selv afgive bud på opgaven. Virksomheder kan dog under visse omstændigheder alligevel lovligt byde sammen i et konsortium, hvis de ved at gå sammen bliver i stand til at løse opgaven bedre og billigere.

14. Efter konkurrenceloven er konsortier lovlige i to situationer:

- hvis konsortiet ikke begrænser konkurrencen, eller
- hvis konsortiet begrænser konkurrencen, men konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning.

15. En konkurrenceretlig vurdering af, om et konsortium er foreneligt med konkurrencereglerne skal således helt overordnet igennem to trin:

1) Foreligger der en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, dvs. er de fire betingelser i § 6 opfyldt, herunder en vurdering af, om virksomhederne i konsortiesamarbejdet er konkurrenter?
2) Kan konsortieaftalen fritages efter konkurrencelovens § 8, fordi konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger?

16. Sammenfattende er det i denne sag styrelsens vurdering, at allerede fordi LKF og Eurostar kunne byde på enkelte distrikter hver for sig, foreligger der en konkurrencebegrænsende aftale, der er omfattet af konkurrencelovens § 6. Det skyldes, at:

- LKF og Eurostar, selv med udgangspunkt i parternes egne kapacitetsberegninger forud for Udbuddet, kunne afgive delbud på de enkelte distrikter i Udbuddet, idet LKF med udgangspunkt i deres egen kapacitetsberegning kunne byde på enten distrikt Sjælland eller distrikt Hovedstaden, og Eurostar med udgangspunkt i deres egen kapacitetsberegning kunne byde på distrikt Sjælland og distrikt Hovedstaden, og at de i hvert fald er konkurrenter i forhold til disse delbud, og
- LKF og Eurostar ved at gå sammen i Konsortiet har begrænset konkurrencen om Udbuddet og begrænset den usikkerhed, der er ved at byde på et udbud, da der med konsortiedannelsen har været en konkurrent mindre til at afgive delbud på de enkelte distrikter i Udbuddet.

17. Herudover, idet det dog ikke er afgørende for afgørelsen, er det styrelsens vurdering, at:

    - LKF og Eurostar hver især ud fra styrelsens beregninger af deres kapacitet endda med deres nuværende kapacitet kunne byde på alle tre distrikter samlet, og
    - LKF og Eurostar derfor ved at gå sammen i Konsortiet har begrænset konkurrencen om Udbuddet og begrænset den usikkerhed, der er ved at byde på et udbud, da der med konsortiedannelsen har været en konkurrent mindre til at byde på den samlede opgave i Udbuddet.

18. Hertil kommer, idet det dog heller ikke er afgørende for afgørelsen, at det er styrelsens vurdering, at:

    - LKF og Eurostar – hvis de ikke allerede havde den tilstrækkelige kapacitet – sandsynligt kunne udvide deres kapacitet og dermed være potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet.

19. Det er samlet set styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar hver især allerede med deres nuværende kapacitet er i stand til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet - både for så vidt angår de enkelte distrikter (delbud) og alle tre distrikter samlet, og at LKF og Eurostar derfor er konkurrenter i forhold til Udbuddet.

20. Styrelsen har derfor ikke fundet det tilstrækkeligt godtgjort, at investeringsomkostninger til maskiner og adgang til kvalificeret arbejdskraft i sig selv har udgjort sådanne barrierer, at konsortiesamarbejdet mellem LKF og Eurostar objektivt set har været nødvendigt, fordi ingen af de to parter ellers ville være i stand til at deltage i konkurrencen om Udbuddet. Konsortiesamarbejdet mellem LKF og Eurostar har således haft den konsekvens, at antallet af mulige bud er blevet reduceret. Dette har samtidig betydet, at den konkurrence om Udbuddet, som ellers ville have været mellem parterne, er blevet begrænset, og at Vejdirektoratet kan have betalt for meget for vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet, som Konsortiet vandt.

21. Da LKF og Eurostar er aktuelle konkurrenter i forhold til de enkelte distrikter (delbud) i Udbuddet, og da samarbejdet mellem parterne ikke opfylder betingelserne for en fritagelse i medfør af en gruppefritagelse eller konkurrencelovens § 8, stk. 1, er LKF og Eurostars konsortiesamarbejde i Dansk Vejmarkerings Konsortium i strid med 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.

22. Hertil kommer, at det også er styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar hver især havde mulighed for at byde på alle opgaverne i Udbuddet og dermed er aktuelle og/eller i det mindste potentielle konkurrenter i den sammenhæng. Dette er ikke

afgørende for afgørelsen, men understøtter yderligere, at LKF og Eurostar er konkurrenter, og at konsortiesamarbejdet i Dansk Vejmarkerings Konsortium derfor er i strid med 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.

2. AFGØRELSE

23. 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").

24. 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 23, til ophør,
    - fremover at afstå fra aftaler, som har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 23,
    - 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.

3. SAGSFREMSTILLING

3.1 INDLEDNING

25. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog den 24. marts 2014 en henvendelse fra Guide-Lines vedrørende Dansk Vejmarkerings Konsortium, som består af to parter: LKF og Eurostar. Guide-Lines, LKF og Eurostar er alle entreprenører indenfor vejmarkering.

26. Guide-Lines klagede over det fælles bud, som LKF og Eurostar havde afgivet ved at gå sammen i Konsortiet i forbindelse med Udbuddet. Udbuddet blev sendt i udbud den 25. februar 2014 og vedrører vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet. Fristen for at afgive bud var fastsat til den 21. marts 2014.

27. Udbuddet er et genudbud af et tidligere udbud. Det oprindelige udbud "SD 2012 – LVD" (samlet driftsudbud 2012 for så vidt angår kørebaneafmærkning) ("2012Udbuddet") blev udbudt den 3. april 2012 af Vejdirektoratet med frist for

at afgive bud den 3. juli 2012. Guide-Lines vandt 2012-Udbuddet i konkurrence med blandt andet LKF og Eurostar, som også dengang var gået sammen om at byde i Dansk Vejmarkerings Konsortium.

28. 2012-Udbuddet bestod af i alt fem distrikter, hvor der skulle udføres kørebaneafmærkning: Norddanmark, Norddanmarks nordlige del, Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden. Det er tre af disse fem distrikter (Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden), som Vejdirektoratet har genudbudt i Udbuddet den 25. februar 2014, fordi det viste sig, at Guide-Lines ikke kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i 2012-Udbuddet i overensstemmelse med de aftalte tids- og arbejdsplaner for distrikterne.

29. Udbuddet var tilrettelagt, så det var muligt for de bydende kun at byde på et enkelt distrikt (fx Hovedstaden), dvs. at det var muligt at afgive delbud. Samtidig var der mulighed for, at de bydende kunne tilbyde en samlet rabat, hvis de vandt flere distrikter. Tildelingskriteriet i Udbuddet var laveste pris.

30. I alt tre aktører bød på Udbuddet; (i) Lemminkäinen, (ii) Guide-Lines og (iii) Konsortiet. Dette fremgår af licitationsresultatet fra Udbuddet, der er fremlagt som bilag 1. Lemminkäinen afgav delbud på distrikt 1 (Syddanmark) og havde det laveste bud på dette distrikt. Guide-Lines afgav delbud på distrikt 1 (Syddanmark) og distrikt 2 (Sjælland) og havde det laveste bud på distrikt 2 (Sjælland). Licitationsresultatet fra Udbuddet er gengivet i tabel 1 nedenfor.

Tabel 1 Licitationsresultat fra Udbuddet (rød angiver laveste priser)

Distrikt	Lemminkäinen	Guide-Lines	Dansk Vejmarkerings Konsortium*	Laveste pris pr. distrikt uden rabat
Syddanmark	3.334.275 kr.	3.360.450 kr.	4.310.350 kr.	3.334.275 kr.
Sjælland		1.664.325 kr.	2.608.250 kr.	1.664.325 kr.
Hovedstaden			3.573.375 kr.	3.573.375 kr.

* Dansk Vejmarkerings Konsortium tilbød en samlet rabat på 5 pct., hvis Konsortiet vandt to distrikter og en samlet rabat på 20 pct., hvis Konsortiet vandt alle tre distrikter.

31. Hverken Lemminkäinen eller Guide-Lines bød på distrikt 3 (Hovedstaden). Konsortiet afgav bud på distrikt 1, 2 og 3 og var dermed dels den eneste aktør, som bød på distrikt 3, og dels den eneste aktør, som bød på alle tre distrikter i Udbuddet. Konsortiet var også den eneste aktør, som tilbød Vejdirektoratet en rabat, hvis de vandt mere end et distrikt i Udbuddet. Da Konsortiet var den eneste, som afgav bud på distrikt 3 (Hovedstaden), var Konsortiets bud også det laveste bud på dette distrikt.

32. Som tidligere nævnt var tildelingskriteriet i Udbuddet laveste pris. Vejdirektoratet skulle således ud fra de indkomne bud vælge den kombination af bud, der samlet set gav den laveste pris på Udbuddet.

33. Konsortiets bud på distrikt 1 (Syddanmark) er knap 1 mio. kr. højere pr. år end Lemminkäinens bud, som var det laveste bud på distriktet. Dermed var konsortiets bud 29 pct. højere end det billigste bud på distrikt Syddanmark. Tilsvarende er Konsortiets bud på distrikt 2 (Sjælland) knap 1 mio. kr. højere pr. år end Guide-Lines' bud, som var det laveste bud på dette distrikt. Hermed var Konsortiets bud 57 pct. højere end det billigste bud på distrikt Sjælland.

34. Af tabel 2 nedenfor fremgår det, at Konsortiets bud samlet set var billigst pga. Konsortiets rabatstruktur.

Tabel 2 Licitationsresultatet fra Udbuddet – kombinationsmuligheder med rabat

Mulige kombinationer af de indkomne bud	
Indkomne bud uden rabat (sum af det laveste bud pr. distrikt)	8.571.975 kr.
Konsortiets bud med 20 pct. rabat på distrikt 1+2+3	8.393.580 kr.*
Konsortiets bud med 5 pct. rabat på distrikt 1+3 og Guide-Lines' bud på distrikt 2	9.153.864 kr.
Konsortiets bud med 5 pct. rabat på distrikt 2+3 og Lemminkäinens bud på distrikt 1	9.206.819 kr.
Lavest mulige pris for Udbuddet	8.393.580 kr.

* Af entreprisekontrakterne for de tre distrikter i Udbuddet (bilag 2) fremgår det, at Konsortiets samlerabat på 20 pct. er fordelt ligeligt på de tre distrikter.

35. Dansk Vejmarkerings Konsortium vandt således Udbuddet, fordi Konsortiets samlede bud på 8.393.580 kr. (med en rabat på 20 pct. ved tre vundne distrikter) samlet set var billigst for de tre distrikter. Konsortiets samlede bud var i alt 178.395 kr. billigere end det bud, Vejdirektoratet kunne have sammensat ved at tildele de enkelte distrikter efter laveste pris pr. distrikt (8.571.975 kr.).

36. Med henblik på at indsamle data til brug for vurderingen af, om Konsortiet er foreneligt med konkurrencereglerne, foretog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 19. august 2014 en række kontrolundersøgelser på LKF's og Eurostars kontorer i Danmark.

37. Sagsfremstillingen indeholder en beskrivelse af de relevante aktører og markedet i sagen. Sagsfremstillingen indeholder endvidere en beskrivelse af Udbuddet, Af-

talen mellem LKF og Eurostar, samt en redegørelse for de involverede virksomheders adfærd forud for, omkring og efter den 21. marts 2014, hvor Konsortiet afgav bud på Udbuddet. Endelig indeholder sagsfremstillingen to opgørelser over LKF's og Eurostars indtægter og omkostninger ved Udbuddet, en opgørelse over LKF's mandskabskapacitet og en opgørelse over Eurostars meromkostninger ved at være landsdækkende.

3.2 DE INVOLVEREDE VIRKSOMHEDER

38. Virksomhederne i sagen er:
    - LKF Vejmarkering A/S
    - Eurostar Danmark A/S

39. LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S er de to konsortieparter i Dansk Vejmarkerings Konsortium. Fælles for begge virksomheder er, at de er entreprenører indenfor vejmarkering.

40. **LKF Vejmarkering A/S** er den største entreprenør indenfor vejmarkering i Danmark med hovedsæde på Langeland. LKF blev stiftet i 1963 og har siden både produceret og udlagt termoplast (stribemasse) på de danske veje. LKF er landsdækkende med kontorer på Sjælland, Fyn og i Jylland. I 1989 blev LKF solgt til det svenske selskab, Geveko AB, som er Europas største entreprenør indenfor vejmarkering. Geveko AB har søsterselskaber i Tyskland og Ungarn samt datterselskaber i Finland, Norge, Sverige og Danmark, heriblandt LKF.

41. I dag er LKF en del af Cleanosolgruppen, som består af i alt 10 Nord- og Centraleuropæiske virksomheder med speciale i trafikmarkering. Cleanosolgruppen ejes af Geveko AB.

42. LKF er specialiseret i vejmarkeringsløsninger, herunder udlægning af vejmarkering på lande- og motorveje, landingsbaner samt skolegårde.

43. LKF har to fokusområder. Det ene fokusområde er LKF Surface Branding, som laver vejmarkering i konkrete områder, herunder skolegårde, p-pladser og skræddersyet løsninger til virksomheder. Det andet fokusområde er LKF Traffic, der laver vejmarkering i forbindelse med vedligehold eller anlæg af veje, cykelstier og lignende trafikale løsninger.

44. Af LKF's årsrapport for 2013 fremgår det, at LKF i 2013 havde […] ansatte og en omsætning på ca. […] mio. kr., hvoraf ca. […] mio. kr. henhører under produktion af termoplast og […] mio. kr. henhører under entreprenørafdelingen, dvs. vejmarkeringsopgaver. Endvidere fremgår det af LKF's hjemmeside, at LKF primært udøver sine aktiviteter i Danmark. Udover Danmark har LKF også udenlandske projekter og har udført vejmarkeringsopgaver i bl.a. Rusland, Italien og Cuba. Endelig fremgår det af LKF's interne nyhedsbrev "Markeringen", at LKF

selv vurderer, at de har en markedsandel på […] pct. på entreprenørmarkedet for vejmarkering i Danmark.

45. LKF adskiller sig fra de andre virksomheder indenfor vejmarkering i Danmark ved at være den eneste aktør, der selv producerer den termoplast, som bruges til at udlægge vejmarkering.

46. **Eurostar Danmark A/S** blev grundlagt i 2004 og er Danmarks næststørste virksomhed indenfor vejmarkering. Eurostar har siden 2007 været en del af SA-FEROAD Gruppen, som er Nordens største virksomhed indenfor vejmarkering, skiltning og trafiksikkerhed med datterselskaber i 21 lande, herunder 3 datterselskaber i Norden: Eurostar Danmark A/S, Eurostar AS i Norge og EKC Sverige AB.

47. Eurostar har hovedkontor i Køge og et afdelingskontor i Aalborg, hvorfra de betjener kunder i hele landet. Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at de udfører kørebaneafmærkning, […], overfladebelægninger, rådgivning om kørebaneafmærkning, forefaldende entreprenøropgaver og udlejning af mandskab.

48. Af Eurostars årsrapport for 2013 fremgår det, at Eurostar i 2013 havde en omsætning på ca. […] mio. kr. Efter det oplyste har Eurostar […] ansatte pr. 1. maj 2014. Dette omfatter […] arbejdsmænd, heraf […] vejmarkeringshold samt en administration på […] medarbejdere, fordelt på kontorerne i Køge og Aalborg.

3.3 MARKEDSBESKRIVELSE

49. Udlægning af vejmarkering med termoplast består overordnet af produktion af den termoplast (stribemasse), som bruges til at udlægge vejmarkering på vejene og selve udlægningen heraf. Denne sag vedrører entreprenørdelen, dvs. udlægning af vejmarkering, som er en tjenesteydelse.

3.3.1 Vejnettet i Danmark

50. I Danmark er der i alt 74.407 km offentligt vejnet, hvoraf det statslige vejnet udgør 3.797 km. En offentlig vej er en vej, en sti eller et område, der er tilgængelig for almindelig færdsel. Det er kommunen, der, som vejmyndighed, administrerer de offentlige veje. Vejdirektoratet har ansvaret for statsvejnettet, som består af motorveje, en række hovedlandeveje og mange af Danmarks broer. Selvom statsvejnettet kun udgør ca. 5 pct. af det samlede offentlige vejnet, bliver næsten halvdelen af al trafik i Danmark afviklet på statsvejene. Denne sag vedrører vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet.

51. På det offentlige vejnet, herunder det statslige vejnet, er vejmarkeringsopgaver udbudspligtige, forudsat at tærskelværdierne i udbudsdirektivet er overskredet. Når Vejdirektoratet anlægger og drifter veje og broer, udbydes alle opgaverne i konkurrence og løses af private leverandører og entreprenører. Vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet udbydes af Vejdirektoratet, mens det på det øvri-

ge offentlige vejnet er kommunerne, som konkurrenceudsætter vejmarkeringsopgaverne ved at sende dem i udbud.

52. Overordnet set kan vejmarkeringsopgaver opdeles i opgaver for (i) Vejdirektoratet, (ii) kommuner, (iii) asfaltentreprenører, hvor aktørerne indenfor vejmarkering fungerer som underleverandører og (iv) private virksomheder.

53. Vejdirektoratet har oplyst, at de sender få, men store vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet i udbud, og at de kontrakter, der udbydes, typisk strækker sig over flere år. På det offentlige vejnet, som kommunerne har ansvaret for, er der flere, mindre udbud af vejmarkeringsopgaver, og kontraktperioden på opgaverne kan variere meget. Efter det oplyste har begge konsortieparter fx kontrakter med kommuner, der har en varighed på op til 15 år.

54. Arbejdet med at udlægge vejmarkering foregår enten som nymarkering, dvs. på ny asfalt, hvor der skal udlægges vejstriber, symboler mv., og hvor opgaven har en mere hastende karakter, fordi vejen ikke kan tages i brug, før der er udlagt vejmarkering, eller som genmarkering, dvs. på asfalt, hvor de gamle striber, symboler mv. pga. slitage er blevet mindre synlige og derfor skal males op igen.

55. Ved nymarkering kan vejmarkeringsentreprenøren først komme i gang med arbejdet, når asfaltentreprenøren er helt færdig med sit arbejde. Når asfaltentreprenøren har færdigmeldt sit arbejde, har vejmarkeringsentreprenøren som udgangspunkt 15 dage til at udføre nymarkeringen. Vejdirektoratet har i den forbindelse oplyst, at vejmarkeringsentreprenøren modtager tidsplanen for asfaltentreprenørens arbejde, og at vejmarkeringsentreprenøren på baggrund af denne skal planlægge sit arbejde. Vejmarkeringsentreprenøren har således ved nymarkering en mere begrænset mulighed for selv at planlægge arbejdet.

3.3.2 Markedsaktører

56. I Danmark er det hovedsageligt syv virksomheder, der er aktive indenfor vejmarkering, hvoraf der er fire store aktører, som er landsdækkende, og som tilsammen står for ca. [70-90] pct. af omsætningen i Danmark. Ud af de 7 markedsaktører er LKF den eneste aktør, der selv producerer den termoplast, som bruges til at udlægge vejmarkering.

57. LKF er landets største entreprenør indenfor vejmarkering og har mere end 50 års erfaring i branchen. Eurostar er Danmarks næststørste entreprenør. Ifølge Eurostars egen opgørelse over konkurrenter og markedsandele på vejmarkeringsmarkedet i Danmark for 2013, har LKF og Eurostar tilsammen en markedsandel på […] pct. Eurostars opgørelse er i uddrag fremlagt som bilag 3 i sagen.

58. Af LKF's hjemmeside, www.lkf.dk, fremgår det, at:

"Og så er vi landsdækkende med afdelinger på Fyn, i Jylland og på Sjælland."

59. Ligeledes fremgår det af Eurostars hjemmeside, www.eurostar.as, at Eurostar er landsdækkende:

> *"Derfor har vi opbygget en fleksibel organisation, hvor vi betjener kunder i hele landet."*

60. Udover de to største aktører, LKF og Eurostar, er markedets tredjestørste aktør, Guide-Lines, også landsdækkende. Ifølge Eurostar har LKF og Eurostar tilsammen en markedsandel på ca. […] pct. i Danmark, og Guide-Lines har en markedsandel på ca. […] pct., jf. bilag 3.

61. Lemminkäinen A/S og Dan-markering ApS er Danmarks fjerde- og femtestørste entreprenør indenfor vejmarkering. Dan-markering ApS er primært beskæftiget i Vestjylland, mens Lemminkäinen byder på udbud af vejmarkeringsopgaver i hele Danmark. Lemminkäinen adskiller sig fra de øvrige aktører på vejmarkeringsmarkedet ved at være den eneste aktør, som både producerer og udlægger asfalt, samtidig med at virksomheden udfører vejmarkeringsopgaver. Lemminkäinen har i alt 7 asfaltfabrikker i Danmark og udfører vejmarkeringsopgaver for Lemminkäinens Asfalt- og Vejservicesektorer. Lemminkäinen er også af denne grund landsdækkende, jf. bilag 3.

62. De øvrige 2 aktører indenfor vejmarkering, EJ Vejstriber A/S og Østrup Striben, er mindre aktører, som ikke er landsdækkende.

63. Udover de 7 danske aktører har der tidligere været en norsk entreprenør indenfor vejmarkering, Visafo AS, som har budt på de større vejmarkeringsopgaver i Danmark, heriblandt Vejdirektoratets tidligere udbud. Visafo AS har imidlertid lukket aktiviteterne i Danmark ned i 2013. I stedet har en tidligere medarbejder i Visafo AS startet sit eget firma, LRA Vejmarkering ApS, som dermed er en ny aktør på det danske marked for vejmarkering, jf. bilag 3.

3.3.3 Produktion

64. Det materiale, der bruges til vejmarkering, er enten termoplast, maling eller tape, hvoraf termoplast er det afstribningsmateriale, der oftest anvendes i Danmark. Hver materialetype har sine fordele og ulemper. Fordelene ved at anvende termoplast er, at dette har en lang holdbarhed og slidstyrke, ligesom det også er muligt at opnå en god refleksion (vejstriber skal reflektere bilernes lys) og friktion (friktion mellem dæk og vejstribe er afgørende, når biler skal dreje og bremse på striber). Friktion er en materialespecifik egenskab, mens refleksion afhænger af både materiale og udførelse. Maling er typisk det foretrukne materiale ved indendørs markering, fx i lagerbygninger og p-kældre, idet maling - i modsætning til termoplast - ikke efterlader en overhøjde på 2-3 mm. Endelig anvendes tape som oftest ved midlertidige afstribninger, idet tapen kan fjernes fra asfalten uden at efterlade spor.

65. Selve udlægningen af vejmarkering med termoplast kræver specialmaskiner og medarbejdere, som kan betjene maskinerne.

66. For så vidt angår maskiner er det nødvendigt at have en lastbil med smeltegryder, en stribemaskine og en håndholdt stribemaskine. Maskinerne kan inddeles i to kategorier; (i) en maskinbil, som er et vogntog bestående af en lastbil med smeltegryder og en stribemaskine, der er koblet bag på en anhænger og (ii) en håndholdt stribemaskine, som er den maskintype, der bruges til mindre vejmarkeringsopgaver, fx udlægning af symboler og fodgængerfelter. Alle maskiner betjenes af en mand. Ved nogle vejmarkeringsprojekter er der kun behov for maskinarbejde, dvs. arbejde med en maskinbil, mens andre projekter alene forudsætter håndarbejde, dvs. arbejde med en håndholdt stribemaskine.

67. På lastbilen opvarmes termoplasten (stribemassen) i de påmonterede smeltegryder til den rette temperatur og påfyldes herefter stribemaskinen, som sluttelig udlægger termoplasten på vejen. Lastbilen med smeltegryder fungerer således som en "fødebil" for stribemaskinen, idet vejmarkeringsmaterialet (termoplasten) klargøres i smeltegryderne. Samlebetegnelsen for en lastbil med smeltegryder og en stribemaskine er et vogntog.

68. Lastbilen er opbygget således, at der bagerst er monteret to smeltegryder (typisk med en kapacitet på 400-800 liter hver) og et oliefyr, som opvarmer de to smeltegryder. Oliefyret opvarmer en oliekappe omkring gryderne og tilfører derved indirekte varme til vejmarkeringsmaterialet (termoplasten), som herefter smelter.

69. Vejmarkeringsopgaver kræver - udover en lastbil med smeltegryder, en stribemaskine og/eller en håndholdt stribemaskine – en anhænger, som stribemaskinen/den håndholdte maskine kan transporteres på, en følgebil samt en afspærringskolonne, som af trafik- og arbejdssikkerhedsmæssige hensyn er påkrævet, når der udføres vejmarkeringsopgaver på motorvej. Anhængeren bruges kun til at transportere stribemaskinen/den håndholdte stribemaskine til/fra den strækning, hvor der skal udlægges vejmarkering.

70. Prisen for et nyt vogntog, dvs. en lastbil med smeltegryder og en stribemaskine (inkl. anhænger), ligger på ca. […]–[…] mio. kr. ifølge Eurostar og […]-[…] mio. kr. ifølge LKF. Styrelsen har undersøgt, hvad anskaffelsesprisen for et nyt vogntog er. Prisen for en lastbil med smeltegryder er 1,5-2,1 mio. kr. og ca. 1,1 mio. kr. for en stribemaskine inkl. anhænger, dvs. i alt 2,6-3,2 mio. kr. Prisen for en håndholdt stribemaskine er ca. 170.000 kr. Samtlige maskiner kan købes hos producenter i Danmark, herunder Borum Industri A/S, […]. Borum Industri A/S har oplyst, at leveringstiden for vogntog og håndholdte stribemaskiner er 4-7 uger.

71. LKF har oplyst, at de har […] vogntog og […] håndholdte maskiner.

72. Eurostar har oplyst, at de har […] vogntog og […] håndholdte maskiner.

73. LKF og Eurostar har samstemmende oplyst, at et vogntog har en levetid på omkring [op til 15 år]. Levetiden afhænger ifølge parterne først og fremmest af, hvor godt maskinerne vedligeholdes. LKF og Eurostar har i den forbindelse oplyst, at det er nødvendigt at foretage omfattende vedligeholdelsesarbejder på maskinerne hvert år.

74. Netop vedligeholdelsesarbejderne har ifølge parterne betydning for brugt markedet for vejmarkeringsmaskiner. Ifølge LKF og Eurostar er der ikke et velfungerende brugt marked i Danmark. Dette skyldes primært, at det er vanskeligt at se, om en maskine er blevet tilstrækkeligt vedligeholdt, og at der derfor er en vis usikkerhed forbundet med at købe en brugt vejmarkeringsmaskine. Af denne grund køber LKF ikke brugte maskiner. Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at de heller ikke køber brugte vejmarkeringsmaskiner, men at de ofte får henvendelser fra personer og virksomheder, som er interesseret i at købe brugte maskiner hos Eurostar. […].

75. LKF har også tidligere modtaget en henvendelse vedrørende salg af brugte maskiner. Dette fremgår af en e-mail af 18. marts 2013 fra […] ([…]) til LKF:

> "[…]?"

76. Hertil svarer [en ansat i LKF], at:

> " […]."

77. Den type arbejdskraft, som bruges til at udlægge vejmarkering er en formand og en medhjælper. Der er for både formanden og medhjælperen tale om ufaglært arbejdskraft. LKF har overfor styrelsen oplyst, at LKF's medarbejdere generelt er ufaglærte eller i visse tilfælde med håndværkerbaggrund. Alle medarbejdere beskæftiget med udlægning af vejmarkering hos LKF uddannes internt i LKF. Det samme er tilfældet i Eurostar, som også har oplyst, at de selv uddanner deres mandskab. Der eksisterer således ikke skoleophold eller særskilt uddannelse i at udlægge vejmarkering. Der gennemføres dog visse eksterne sikkerhedskurser og kurser for forståelse af vejregler.

78. Selve vejmarkeringen udlægges ved, at to medarbejdere (en formand og en medhjælper) arbejder sammen som et hold på den strækning, hvor der skal udlægges vejmarkering. Der er altid tale om holdarbejde, uanset om en vej skal genmarkeres eller nymarkeres, og uanset om der er tale om maskinarbejde, dvs. arbejde med en maskinbil eller håndarbejde, dvs. arbejde med en håndholdt stribemaskine. Ved maskinarbejde betjener de to medarbejdere dels lastbilen med smeltegryder og dels stribemaskinen, som udlægger den termoplast, der er opvarmet i

lastbilens smeltegryder. Et maskinhold udlægger ca. […] ton termoplast om dagen.

79. Medhjælperens opgave ved maskinarbejde er at fylde termoplast i smeltegryderne og køre lastbilen frem i det rette tempo. Stribemaskinen føres af formanden, som udlægger striberne og samtidig oplærer medhjælperen heri. Udover at oplære medhjælperen har formanden en række andre opgaver, herunder at tjekke underlaget, som skal være rent og tørt, før der kan udlægges vejmarkering, foretage afsætning i henhold til gældende vejregler for afmærkning på kørebane, lave modtagekontrol af materialetype, herunder sikre, at anvendte materialer opfylder kravene i projektet, at der reklameres rettidigt over for mangelfulde leverancer samt at udfylde dagsrapporter for det udførte arbejde.

80. En formand hos LKF tjener ca. […] kr. om året, mens en medhjælper tjener ca. […] kr. årligt. Hos Eurostar tjener en formand […] kr. om året, og en medhjælper tjener ca. […] kr. om året.

81. Der findes to typer formænd: håndformænd og maskinformænd. Håndformænd er uddannet til at lede de vejmarkeringshold, hvor vejmarkeringen gennemføres med håndkraft via en håndholdt stribemaskine. En maskinformand er uddannet til at lede de vejmarkeringshold, hvor vejmarkeringen gennemføres med et vogntog (en lastbil med smeltegryder og en stribemaskine). De to typer formænd […].

82. Ifølge LKF kan en maskinformand udføre alle de opgaver, som en håndformand udfører, men en håndformand kan ikke udføre maskinformandens opgaver, fordi dette forudsætter yderligere uddannelse og instruktion i betjening af maskinerne.

83. En medhjælper kan blive udnævnt til formand efter en periode med sidemandsoplæring. Ifølge LKF tager dette typisk […] år, mens Eurostar har oplyst, at det tager […] år at blive udlært som formand hos Eurostar. En udnævnelse som formand forudsætter, at medhjælperen er kvalificeret og i øvrigt har lyst til at påtage sig ansvaret som formand. Det er efter parternes oplysninger således ikke tilstrækkeligt alene at gennemgå en periode med sidemandsoplæring i en periode på […] år for at blive udnævnt til formand.

84. Hos LKF foregår udnævnelsen til formand efter en intern proces, hvor […]. LKF har oplyst, at ca. […]-[…] pct. af LKF's medhjælpere opfylder disse […]. Ifølge LKF […].

85. LKF har de seneste to år […], henholdsvis […] i […], […] i […] og […] i […].

86. Når LKF og Eurostar ansætter formænd, kan det foregå på to måder. Enten gennem interne uddannelsesforløb eller ved at ansætte formænd, som allerede har erfaring fra andre aktører i vejmarkeringsbranchen.

87. Af Eurostars strategioplæg for 2014 fremgår det, at:

"Afdelingen har […] ansat […]."

88. Ligeledes fremgår det af Eurostars CV for nøglepersonel, at […] ud af Eurostars daværende […] maskinformænd tidligere har været ansat som maskinformænd hos […]. Eurostar har således ansat maskinformænd fra […] andre aktører i vejmarkeringsbranchen ([…]).

89. For så vidt angår LKF fremgår det af en intern e-mail af 13. september 2013 fra [en ansat i LKF] til [en anden ansat i LKF], at LKF […]:

"[…]."

90. Af LKF's interne nyhedsbrev "Markeringen" fremgår det desuden, at […] - […] - har ansat medarbejdere fra […]:

"Nyt personale

[…]. Velkommen til […], […], […] og […]. […]."

91. […], […] og […] har […] tidligere været ansat i […]. Dette fremgår af en intern email af 3. oktober 2013 fra [en ansat i LKF] til LKF's entreprenørafdeling:

"Vore […] nye kollegaer fra […]:

[…] starter i Distrikt […] mandag morgen...

[…] starter i Distrikt […] mandag morgen…

[…] starter i Distrikt […] mandag morgen…"

92. Den 7. oktober 2013 skriver [en ansat i LKF] igen ud til LKF's entreprenørafdeling. Det fremgår heraf, at alle […] ny ansættelser er […], hvoraf […] er […] og […] er […]:

" […].

[…] er […] år, og er […]

[…] er ligeledes […] år, og er […]

[…] og […] har […] første arbejdsdag i Distrikt […] i dag.

[…] er […] år, og er […].

[…] har første arbejdsdag i dag i Distrikt […].

Tag godt imod dem!

Det er fortsat planen, at […]."

93. LKF har overfor styrelsen oplyst, at LKF's formænd normalt bliver hos LKF hele deres arbejdsliv, og at den gennemsnitlige anciennitet for LKF's formænd derfor er høj (ca. […] år). Selvom de fleste af LKF's formænd således bliver hos LKF til de bliver pensioneret, fremgår det af en e-mail af 8. maj 2014 fra [en ansat i LKF] til LKF's entreprenørafdeling, at LKF ind imellem har […], som stopper. LKF har senest i […] haft […], som stoppede:

"Hej alle

Til orientering har LKF Entreprenør og […] med fratræden den […].

[…] er[…] ."

94. De folk, som arbejder på det danske vejnet skal dels have stort kørekort for at kunne betjene vejmarkeringsmaskinerne, og dels skal de have gennemført kurset "Vejen som arbejdsplads" (AMU- eller VEJ-EU-kursus). Kurset strækker sig over 2 dage og udbydes flere gange om året. Vejdirektoratet har siden 1. januar 2014 stillet krav til entreprenører, der arbejder på eller langs statsvejene om, at de skal gennemføre kurset "Vejen som arbejdsplads". For regioner og kommuner er det op til den enkelte vejbestyrelse om og i hvilket omfang, de vil stille krav om kursusbevis i "Vejen som arbejdsplads". Kurset giver en grundlæggende viden om nødvendigheden af korrekt afmærkning ved vejarbejder samt undervisning i de sikkerhedsmæssige aspekter, der har betydning for både trafikanters og vejarbejderes sikkerhed.

95. I relation til udenlandsk arbejdskraft har Vejdirektoratet oplyst, at et gennemført udenlandsk kursus med tilsvarende indhold som "Vejen som arbejdsplads" (AMU- eller VEJ-EU-kursus) anses som ligeværdigt. Arbejdssproget er dog dansk, hvilket vil sige, at byggemøder o.lign. afholdes på dansk. Der skal således være en dansktalende arbejdsleder eller dansktalende repræsentant for den udenlandske arbejder til stede på byggemøder, hvis denne ikke taler dansk. Det er omvendt ikke nødvendigt, at de folk, som alene betjener maskinerne ude på vejene, taler dansk. Hverken formanden eller medhjælperen deltager i byggemøder.

96. Guide-Lines bruger efter det oplyste både dansk og udenlandsk arbejdskraft i form af polske medarbejdere.

97. LKF har overfor styrelsen oplyst, at de har […] maskinformænd, dvs. formænd, som kan betjene et vogntog, og […] håndformænd, dvs. formænd, som kan betjene en håndholdt stribemaskine. LKF har i den forbindelse oplyst, at en håndformand ikke uden videre kan agere som maskinformand. Dette kræver ifølge LKF […] år med sidemandsoplæring fra en eksisterende maskinformand.

98. Eurostar har oplyst, at de har […] maskinhold, dvs. […] maskinformænd og medhjælpere og […] håndhold, dvs. […] håndformænd og medhjælpere.

99. Udlægning af vejmarkering er sæsonarbejde, idet arbejdet primært kan udføres i perioden april-oktober, hvor vejret er forholdsvis mildt i Danmark. Dette skyldes, at udlægning af vejmarkering i vinterperioden er forbundet med et mere omfattende og omkostningstungt optøningsarbejde, idet vejene skal tøs op, inden der kan udlægges vejmarkering. Hertil kommer, at saltede veje giver en dårligere vedhæftning af termoplasten. LKF har på et møde med styrelsen oplyst, at arbejde udenfor sæsonen, dvs. efter 31. oktober, koster ca. […] pct. ekstra. Dette skyldes, at det tager længere tid at udlægge vejmarkering, fordi vejene først skal tøs op, inden termoplasten kan lægges ud.

100. LKF har oplyst, at der i løbende kontrakter om vejmarkering som regel er et vilkår om, at 65 pct. af arbejdet med at udlægge vejmarkering skal være afsluttet senest den 31. august det pågældende år.

101. Den korte arbejdssæson på ca. 6-7 måneder (april/maj – oktober) og kravet om, at 65 pct. af arbejdet skal være afsluttet senest den 31. august, bevirker, at der i vejmarkeringsbranchen arbejdes meget intensivt i sæsonen. Hos LKF har maskinholdene en […]-dages arbejdsuge. Maskinholdet starter arbejdet op meget tidligt om morgenen og arbejder sammenlagt omkring […] timer om ugen pr. mand. LKF har overfor styrelsen oplyst, at maskinholdenes arbejdsuge typisk ligger endnu højere fra […] til […], hvor arbejdstiden er helt oppe på [under 70 timer]. Der er i et vist omfang tale om, at maskinholdet overnatter på hotel/kro i nærheden af arbejdsstedet, og der kan derfor være omkostninger til forplejning af mandskab mv., som betales ud over den løn, som formanden og medhjælperen får.

102. LKF har oplyst, at der er flere forhold, der begrænser den effektive arbejdstid for udlægning af vejmarkering. For det første kan vejmarkeringsentreprenøren ved nymarkering først komme i gang med arbejdet, når asfaltentreprenøren er helt færdig med sit arbejde, dvs. når de nye veje er anlagt. Ved genmarkering er det i visse tilfælde nødvendigt at reparere de eksisterende veje, inden vejmarkeringsentreprenøren kan udlægge vejmarkering. For det andet er vejrforholdene en begrænsning. Udlægning af vejmarkering er som nævnt sæsonarbejde, idet arbejdet primært kan udføres i perioden april/maj-oktober, hvor vejret er forholdsvis mildt i Danmark. Udlægning af vejmarkering i vinterperioden er forbundet med et mere omfattende og omkostningstungt optøningsarbejde, idet ve-

jene skal tøs op, inden der kan udlægges vejmarkering. Hertil kommer, at saltede veje giver en dårligere vedhæftning af termoplasten. For det tredje er der trafikale grunde. Vejdirektoratet har spærretider på en lang række af statens veje, dvs. at der kun kan udlægges vejmarkering uden for myldretid eller i visse tilfælde kun om aftenen og natten. For det fjerde skal der – som i alle andre brancher - tages hensyn til arbejdstidsregler, sygdom og ferie.

103. Vejdirektoratet har overfor styrelsen oplyst, at det ved genmarkering kan være nødvendigt at reparere vejen forud for udlægning af vejmarkering, og at vejmarkeringsentreprenørerne i så fald oplyses herom. Vejdirektoratet har endvidere oplyst, at reparationer af veje som udgangspunkt ligger fast, forud for at vejmarkeringsentreprenørerne i foråret fremsender deres tids- og arbejdsplaner for de vejmarkeringsarbejder, som de skal udføre for Vejdirektoratet i den kommende sæson. Som udgangspunkt accepterer Vejdirektoratet de tids- og arbejdsplaner, som vejmarkeringsentreprenørerne udarbejder. I enkelte tilfælde kan Vejdirektoratet dog have specifikke ønsker, som tidsplanerne må tilpasses efter.

104. Vejdirektoratet har herudover oplyst, at nymarkering skal være udlagt senest 15 dage efter, at asfaltarbejdet er afsluttet, mens det generelt er op til den enkelte vejmarkeringsentreprenør selv at planlægge, hvornår i løbet af en sæson denne vil udlægge genmarkering. Dog kan der af trafiksikkerhedsmæssige hensyn i enkelte tilfælde være krav om, at genmarkeringen skal udlægges indenfor en kort frist.

105. Vejdirektoratet har bekræftet, at der er spærretider på en lang række af statens veje. Det betyder, at der er tidspunkter i løbet af dagen, hvor der hverken må udlægges vejmarkering eller udføres andre former for vejarbejde. Spærretiderne ligger som udgangspunkt fast fra udbudsforretningens start, men i enkelte tilfælde kan spærretiderne ændres over den periode, det pågældende udbud strækker sig over. Vejdirektoratet har i den forbindelse oplyst, at der ikke er sket stramninger i spærretiderne siden 1. januar 2013.

106. Spærretiderne er efter det oplyste særligt udbredt i distrikt Hovedstaden, hvor der er spærretider på samtlige veje. Konkret betyder det, at der som hovedregel ikke må arbejdes i tidsrummet kl. 06.00-18.00 i Hovedstaden, eller i tidsrummet kl. 06.00-10.00 og igen fra kl. 14.00-18.00 på større og meget trafikerede strækninger. I andre dele af Danmark er spærretiderne noget mere begrænset. Vejdirektoratet har oplyst, at vejmarkeringsentreprenørerne skal tage højde for spærretider, når de afgiver tilbud på vejmarkeringsopgaver i distrikt Hovedstaden. I andre distrikter end Hovedstaden giver Vejdirektoratet kompensation i form af ekstra betaling, hvis der skal udføres genmarkering på veje, hvor der er spærretider. Det skyldes, at vejmarkeringsentreprenøren på forhånd alene kender det distrikt, der skal udføres vejmarkeringsarbejder i (fx Syddanmark), men ikke den præcise strækning/-er i distriktet. Vejmarkeringsaktøren kan derfor ikke ved tilbuddets afgivelse tage højde for eventuelle spærretider på de enkelte strækninger.

107. Vejdirektoratet har overfor styrelsen oplyst, at de forventer, at vejmarkeringsentreprenørerne indregner det normale antal regnvejrsdage i deres tids- og arbejdsplaner. Hvis der er vejrlig udover det sædvanlige, vil Vejdirektoratet forlænge fristerne herefter.

108. Endelig har Vejdirektoratet oplyst, at de anvender en bod på 3.000 kr. pr. arbejdsdag, tidsfristen overskrides. Tidsfristen regnes i forhold til Vejdirektoratets krav om, at 65 pct. af arbejdet med at udlægge vejmarkering skal være afsluttet senest den 31. august det pågældende år, og være helt færdigt den 30. september det pågældende år.

109. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skønner, at omsætningen på markedet for vejmarkering i Danmark (entreprenørdelen) ligger i intervallet 200-300 mio. kr.

3.4 DEN OMHANDLEDE ADFÆRD

110. I de følgende afsnit beskrives Udbuddet (3.4.1), Aftalen om Dansk Vejmarkerings Konsortium (3.4.2), og det faktiske hændelsesforløb forud for, omkring og efter den 21. marts 2014, hvor LKF og Eurostar gennem Konsortiet afgav bud på Udbuddet (3.4.3). Endelig er der i afsnit 3.5.1 to opgørelser over parternes indtægter og omkostninger ved Udbuddet, en opgørelse over LKF's mandskabskapacitet i afsnit 3.5.2 samt en opgørelse over Eurostars meromkostninger ved at være landsdækkende i afsnit 3.5.3.

111. Materialet, som lægges til grund for opgørelserne i afsnit 3.5.1, omfatter en række dokumenter fra kontrolundersøgelserne.

112. Materialet, som lægges til grund for opgørelsen af LKF's mandskabskapacitet i afsnit 3.5.2, omfatter en række oplysninger og opgørelser fra LKF, som er fremsendt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 5. december 2014.

113. Materialet, som lægges til grund for opgørelsen af Eurostars meromkostninger ved at være landsdækkende i afsnit 3.5.3, omfatter en række oplysninger og opgørelser fra Eurostar, som er fremsendt til styrelsen den 22. december 2014.

3.4.1 Udbuddet

114. Vejdirektoratet har inddelt Danmark i 5 udbudsområder (distrikter), som Vejdirektoratet siden 2012 har brugt, når de udbyder vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet. De 5 udbudsområder, som også blev brugt i Udbuddet, er Norddanmark, Norddanmarks nordlige del, Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden.

115. Af figur 1 nedenfor fremgår grænserne mellem de 5 udbudsområder (distrikter).

Figur 1 Vejdirektoratets udbudsområder (rød angiver grænserne mellem udbudsområderne)

116. Det orange område er Norddanmarks nordlige del, det gule område er Norddanmark, det blå område er Syddanmark, det grønne område er Sjælland, og det lyserøde område er Hovedstaden.

117. Udbuddet er som tidligere nævnt et genudbud af 2012-Udbuddet, som dengang bestod af i alt fem distrikter, hvor der skulle udføres kørebaneafmærkning: Syddanmark, Norddanmark, Norddanmarks nordlige del, Sjælland og Hovedstaden. Det er tre af disse fem distrikter (Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden), som Vejdirektoratet har genudbudt i Udbuddet den 25. februar 2014.

118. Udbuddet vedrører genmarkering af kørebaneafmærkning i de tre nævnte distrikter. Udbuddet omfatter både udlægning af vejstriber og symboler, og arbej-

det skal udføres på motorvejs- og landevejsstrækninger i de tre distrikter. Vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet løber i 4 år i perioden 2014-2017.

119. Udbuddet var tilrettelagt, så det var muligt for de bydende kun at byde på et enkelt distrikt (fx Hovedstaden), dvs. at det var muligt at afgive delbud. Samtidig var der mulighed for, at de bydende kunne tilbyde en samlet rabat, hvis de vandt flere distrikter. Dette fremgår af Vejdirektoratets bestemmelser om udbud og tilbud for Udbuddet ("BUT"), afsnit 3.2:

> *"**Entrepriseform***
>
> *Arbejdet udbydes i følgende tre entrepriser.*
>
> - *GEN-KA-SD-3*
> - *GEN-KA-OD-4*
> - *GEN-KA-OD-5*
>
> *"Tilbudsgiver 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."*

120. "GEN-KA-SD-3", "GEN-KA-OD-4" og "GEN-KA-OD-5" er entreprisebetegnelserne for de tre distrikter og dækker over distrikt Syddanmark, distrikt Sjælland og distrikt Hovedstaden.

121. Af BUT, afsnit 3.5, fremgår det, at tildelingskriteriet i Udbuddet er laveste pris, og at Vejdirektoratet vælger den kombination af bud, der samlet set giver den laveste pris på Udbuddet:

> *"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."*

122. Fristen for at afgive bud på Udbuddet var fastsat til den 21. marts 2014.

123. Vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet omfatter både maskinarbejde, dvs. arbejde med en maskinbil (vogntog) og håndarbejde, dvs. arbejde med en håndholdt stribemaskine.

124. Det materiale, som styrelsen har indhentet i sagen, viser, at LKF og Eurostar to gange tidligere er gået sammen i Dansk Vejmarkerings Konsortium med henblik på at afgive bud på Vejdirektoratets landsdækkende udbud af vejmarkeringsopgaver, herunder 2012-Udbuddet. Udbuddet var således tredje gang, at LKF og Eurostar gennem konsortiesamarbejdet i Dansk Vejmarkerings Konsortium afgav fælles bud på Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver.

125. Af materialet i sagen fremgår det også, at LKF og Eurostar tidligere har budt på Vejdirektoratets distriktsvise udbud af vejmarkeringsopgaver hver for sig, fx i forbindelse med Vejdirektoratets udbud af nymarkering 2010-2012 i Vejcenter Sjælland, hvor […] vandt udbuddet. Af entreprisekontrakten for udbuddet fremgår det, at der var tale om en vejmarkeringsopgave med en entreprisesum på […] kr. om året (3-årig kontrakt).

126. LKF og Eurostar har endvidere budt hver for sig på Vejdirektoratets udbud af gen- og nymarkering i distrikt Syddanmark for perioden 2011–2012 og Vejdirektoratets udbud af gen- og nymarkering i distrikt Midt- og Vestjylland (i dag hedder dette distrikt Norddanmark) for perioden 2011-2012. […] vandt udbuddet for gen- og nymarkering i Syddanmark med en entreprisesum på […] kr. om året (3-årig kontrakt).

3.4.2 Aftalen mellem LKF og Eurostar

127. LKF og Eurostar indgik den 11. marts 2014 Aftalen om at samarbejde i Dansk Vejmarkerings Konsortium med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. Aftalen er fremlagt som bilag 4.

128. Af Aftalens punkt 1 Formål fremgår det, at:

> *"Formålet med indgåelsen af denne aftale om konsortiedannelse ("Konsortieaftalen") mellem aftalens parter ("Konsortiedeltagerne") er at udarbejde og afgive et tilbud vedrørende:*
>
> *Vejdirektoratets udbud af genmarkering 2014-2017.*
> *…*
> *såvel som at udføre Opgaven i henhold til bestemmelserne i aftalen med Ordregiver ("Kontrakten") og Konsortieaftalen, såfremt Konsortiet tildeles Kontrakten.*
>
> *For udførelsen af Konsortiedeltagernes andel af Opgaven modtager Konsortiedeltageren en andel af betalingen fra Ordregiver, som vedrører betaling for den del af Opgaven, som Konsortiedeltageren skal udføre i henhold til bilag 1 ("Konsortieandelen")."*

129. Det bilag, som i Aftalen benævnes som Konsortieandelen er en entreprisefordeling mellem LKF og Eurostar. Bilag 1 til Aftalen benævnes i denne sag som "Fordelingsaftalen" og er fremlagt særskilt som bilag 5. Af Fordelingsaftalen fremgår det, at LKF og Eurostar på forhånd har fordelt de tre distrikter i Udbuddet imellem sig, og at den part, som ikke skal udføre arbejde i et distrikt, kompenseres […] af den anden part ved at […] for det pågældende distrikt ("Kompensationsaftalen"), hvis Konsortiet kun vinder dette ene distrikt. Fordelingsaftalen er underskrevet af parterne samme dag som Aftalen, dvs. den 11. marts 2014.

130. Fordelingsaftalen (bilag 5) er gengivet i tabel 3 nedenfor. Tabellen viser, at LKF og Eurostar i fordelingen har taget højde for alle tænkelige udfald på Udbuddet, dvs. om Konsortiet ville vinde 1, 2 eller alle 3 distrikter, og hvordan distrikterne i givet fald skulle fordeles mellem parterne.

Tabel 3 Fordeling af distrikter mellem LKF og Eurostar

[…]	[…]	[…]			[…]		
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]		[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

131. [Fordelingsaftalen viser bl.a., at både LKF og Eurostar vil kunne komme til at udføre arbejdet i distrikt […] alt afhængigt af, hvilke og hvor mange distrikter Konsortiet vinder i Udbuddet. Som nævnt fremgår det desuden af Fordelingsaftalen (bilag 5), at LKF og Eurostar - udover fordelingen af distrikter - også har aftalt, at:]

"[…]"

132. […].

133. Kompensationsaftalen betyder […].

134. LKF og Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at Aftalen blev indgået, fordi begge parter, på tidspunktet for afgivelsen af bud på Udbuddet, vurderede, at de ikke hver især havde den fornødne kapacitet til at byde selv.

3.4.3 LKF's og Eurostars adfærd forud for, omkring og efter den 21. marts 2014, hvor Konsortiet afgiver bud på Udbuddet

135. Forløbet, der leder op til Konsortiets bud på Udbuddet, starter den 25. februar 2014, hvor Vejdirektoratet sender Udbuddet i udbud. Fristen for at afgive bud var fastsat til den 21. marts 2014.

136. Beskrivelsen af hændelsesforløbet er inddelt i LKF's og Eurostars adfærd forud for, omkring og efter budafgivelsen den 21. marts 2014. Afsnit 3.4.3.1 beskriver hændelsesforløbet henholdsvis forud for og omkring budafgivelsen den 21. marts 2014, og afsnit 3.4.3.2 beskriver hændelsesforløbet efter budafgivelsen.

3.4.3.1 Hændelsesforløbet forud for og omkring budafgivelsen

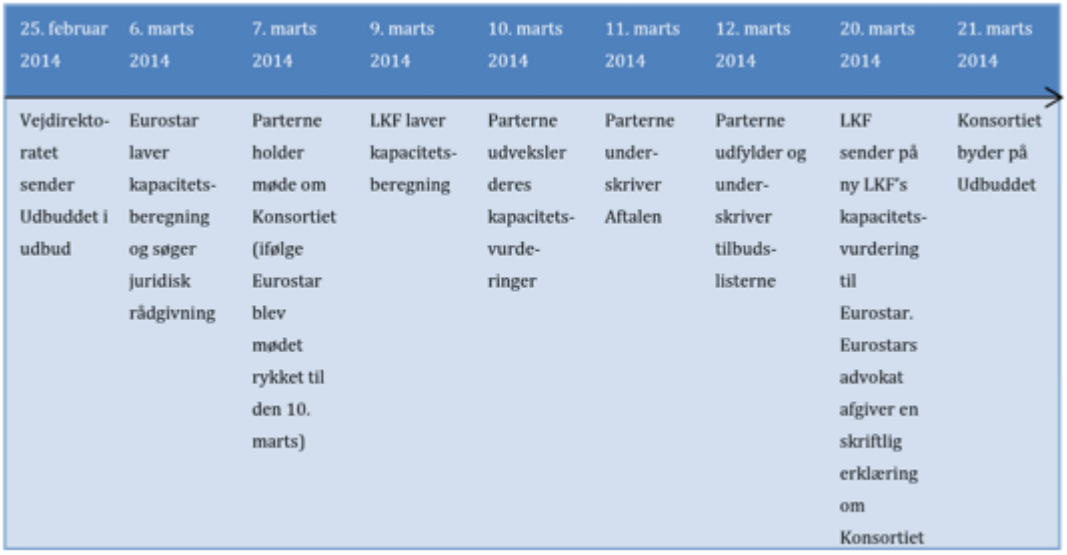
137. Af tabel 4 nedenfor fremgår det, at LKF og Eurostar havde 3 ½ uge til at afgive bud på Udbuddet. To uger efter, at Vejdirektoratet sender Udbuddet i udbud, dvs. den 11. marts 2014, indgår LKF og Eurostar Aftalen. I den mellemliggende periode afholder LKF og Eurostar den 7. marts 2014 et møde om Konsortiet, og parterne udarbejder hver især henholdsvis den 6. marts 2014 og 9. marts 2014 en vurdering af deres kapacitet. Eurostars kapacitetsberegning er fremlagt som bilag 6. LKF's kapacitetsberegning er fremlagt som bilag 7. Parterne udveksler konklusioner på deres kapacitetsberegninger dagen før, Aftalen underskrives, dvs. den 10. marts 2014. Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at mødet mellem LKF og Eurostar den 7. marts 2014 blev flyttet til den 10. marts 2014.

138. Den 12. marts 2014 udfylder og underskriver LKF og Eurostar tilbudslisterne til Udbuddet.

139. Den 20. marts 2014 fremsender LKF på ny en e-mail til Eurostar om, at LKF ikke har kapacitet til at byde på hele Udbuddet alene. Dagen efter, dvs. den 21. marts 2014, byder Konsortiet på Udbuddet.

140. Eurostar har fremsendt materiale til styrelsen, som viser, at Eurostar i starten af marts 2014, dvs. forud for Udbuddet, tog kontakt til en advokat for at drøfte lovligheden af det påtænkte konsortiesamarbejde med LKF. Eurostars advokat bekræftede overfor Eurostar, at konsortiesamarbejdet var lovligt, forudsat at ingen af parterne havde kapacitet til at byde på den samlede opgave alene. Eurostars advokat afgav en skriftlig erklæring herom den 20. marts 2014.

Tabel 4 Hændelsesforløbet op til budafgivelsen den 21. marts 2014



(i) Eurostars kapacitetsovervejelser om maskin- og mandskabskapacitet (bilag 6)

141. Eurostars kapacitetsberegning er udarbejdet den 6. marts 2014 af [en ansat i Eurostar] (bilag 6). I kapacitetsberegningen sammenholder [en ansat i Eurostar] den mængde termoplast (stribemasse), der efter hans vurdering skal udlægges i Udbuddet, med Eurostars kapacitet. Dette har [en ansat i Eurostar] gjort ved at lave en historisk opgørelse over, hvor meget termoplast, Eurostar har udlagt i tidligere år.

142. Konkret har [en ansat i Eurostar] lavet en opgørelse over, hvor mange kg termoplast, Eurostars […] maskinhold har udlagt på landsplan de seneste 3 år, dvs. i perioden 2011-2013. Denne oversigt har [en ansat i Eurostar] sat overfor de opgaver, (i) som Eurostar havde på det tidspunkt, Udbuddet blev sendt i udbud, og (ii) den forventede tilgang af yderligere ordrer i 2014.

143. [En ansat i Eurostar]'s opgørelse over mængden af termoplast, som Eurostars […] maskinhold har udlagt i perioden 2011-2013 (bilag 6) er gengivet i tabel 5 nedenfor.

144. Af tabellen fremgår det, at Eurostar har […] maskinhold i Jylland, […] maskinhold på Fyn og […] maskinhold på Sjælland, og at de […] maskinhold sammenlagt har udlagt mest termoplast i […].

Tabel 5 Eurostars gennemsnitskapacitet - udlægning af termoplast i kg pr. maskinhold

Maskinhold	2011	2012	2013
[…]			
Kapacitet i alt	**[…] kg**	**[…] kg**	**[…] kg**

145. På baggrund af dette vurderer [en ansat i Eurostar], at:

> *"Et maskinhold i Jylland har en gennemsnitskapacitet på […] ton p.a. og et maskinhold på Sjælland en gennemsnitskapacitet på […] ton."* (bilag 6)

146. Ved at se på mængden af termoplast, som de […] jyske hold har udlagt i perioden 2011-2013, vurderer [en ansat i Eurostar] således, at gennemsnitskapaciteten for et maskinhold i Jylland er […] ton om året. På samme måde har [en ansat i Eurostar] opgjort gennemsnitskapaciteten for et maskinhold på Sjælland til […] ton om året.

147. Oversigten over mængden af udlagt termoplast i perioden 2011-2013 har [en ansat i Eurostar] herefter sat overfor de opgaver, (i) som Eurostar havde på det tidspunkt, Udbuddet blev sendt i udbud, og (ii) den forventede tilgang af yderligere ordrer i 2014:

> *"Den nuværende ordremængde for 2014 vurderes til maskinholdsproduktion at være på ca. […] ton geografisk spredt […].*
>
> *Der forventes yderligere tilgang af ordre fra kernekunder i størrelsesordenen […] ton.*
>
> *Det efterlader en restkapacitet på […] ton ud fra en gennemsnitsbetragtning." (bilag 6)*

148. Det fremgår således, at Eurostars opgaveportefølje for 2014 omfatter udlægning af ca. […] ton termoplast, fordelt […], og at der hertil forventes yderligere ordretilgang på ca. […] ton, dvs. at Eurostar i 2014 samlet set forventer at udlægge ca. […] ton termoplast.

149. Det fremgår af opgørelsen over mængden af udlagt termoplast, som [en ansat i Eurostar] har udarbejdet for perioden 2011-2013, at Eurostar gennemsnitligt er i stand til at udlægge ca. […] ton termoplast om året (bilag 6). [En ansat i Eurostar] har i den forbindelse angivet, at gennemsnitskapaciteten for et maskinhold i Jylland er […] ton om året, og […] ton om året for de sjællandske maskinhold. Eurostar har i 2013 i alt […] maskinhold: […] maskinhold i Jylland og […] maskinhold på Sjælland. Sammenlagt kan Eurostars […] maskinhold derfor gennemsnitligt udlægge […] ton ([…]) termoplast om året. Maskinholdet […] og medregnes derfor ikke.

150. Ved at trække […] ton (Eurostars opgaver og forventede ordretilgang i 2014) fra […] ton (Eurostars gennemsnitskapacitet) kommer [en ansat i Eurostar] frem til, at Eurostars restkapacitet i 2014 udgør […] ton.

151. Endelig har [en ansat i Eurostar] i kapacitetsberegningen lavet en vurdering af, hvor meget termoplast, han vurderer, at der skal udlægges i de tre distrikter i Udbuddet:

> *"Vejdirektoratets udbud omhandler maskinudlægning af lige over […] ton, kørt som genmarkeringsarbejder i Sønderjylland, på Fyn, på Sjælland og i hovedstadsområdet."* (bilag 6)

152. [En ansat i Eurostar] vurderer således, at Udbuddet kræver udlægning af ca. […] ton termoplast om året og konkluderer på den baggrund, at:

> *"Det vurderes at vi (Eurostar) på baggrund af disse oplysninger ikke har kapacitet til at varetage hele opgaven og maksimalt vil kunne varetage opgaver for ca. […] ton.*
>
> *Ydermere har vi […] og da det vurderes at […], er det vor klare opfattelse at der bør indgås et konsortie med den rette partner."* (bilag 6)

153. Sammenfattende fremgår det af Eurostars kapacitetsberegning, (i) at Eurostars restkapacitet i 2014 udgør […] ton ud fra en *gennemsnitsbetragtning*, og (ii) at Eurostar *maksimalt* vil kunne varetage opgaver for ca. […] ton i 2014, dvs. at Eurostar ved at udnytte deres maksimale kapacitet kan udlægge yderligere […] ton termoplast. [En ansat i Eurostar] vurderer således, at Eurostar i 2014 kan varetage nye opgaver for maksimalt […] ton. Da Udbuddet ifølge [en ansat i Eurostar] kræver udlægning af ca. […] ton termoplast om året, mangler Eurostar maskin- og mandskabskapacitet til at udlægge […] ton termoplast for at kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet alene.

154. Eurostars kapacitetsberegning forholder sig ikke til muligheden for at afgive delbud på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.

155. Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at:

> *"Konsortiet er blevet anvendt til at byde på de tre opgaver udbudt af Vejdirektoratet. Eurostar indgik i konsortiet for at kunne imødegå konkurrencen fra danske konkurrenter, fra udenlandske aktører, med stor kapacitet og for at imødegå konkurrence fra eventuelle nye ubekendte aktører, herunder konsortier mellem andre virksomheder inden for vejmarkering og tilstødende brancher.*
>
> *Formålet har således været at deltage i konkurrencen om den samlede opgave ved de konkrete udbud. Det skyldes, at tildelingskriteriet ved udbuddene var laveste pris for den samlede opgave. Den samlede opgave har i alle tre tilfælde været af en størrelse, som overskred begge konsortiedeltagernes kapacitet."*

156. Den 7. marts 2014, dvs. dagen efter, at [en ansat i Eurostar] har udarbejdet en kapacitetsberegning for Eurostar, afholder LKF og Eurostar et møde om Konsortiet med følgende dagsorden:

> *"Hej [en ansat i LKF],*
>
> *Jeg tænker at vi kan have det hele på plads på et par timer…*
>
> *Det er ikke så kompliceret.*
>
> - *Konsortieaftale*
> - *Fordelingsaftale.*
> - *Tilbud*
>
> *Så kan vi […].*
>
> *Jeg er på ferie fra […] Begge dage inkl.*
>
> *Mvh.*
>
> *[En ansat i Eurostar]"*

157. Dagsordenen for mødet var således at drøfte Aftalen, Fordelingsaftalen og tilbudslisterne med henblik på at have dokumenterne klar til underskrivelse den 12. marts 2014.

158. To dage efter mødet, dvs. den 9. marts 2014, udarbejder LKF en kapacitetsberegning over virksomhedens kapacitet.

159. Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at mødet den 7. marts 2014 blev rykket til den 10. marts 2014, dvs. dagen efter at LKF udarbejder deres kapacitetsberegning. LKF har ikke oplyst, at mødet mellem parterne blev rykket.

(ii) LKF's kapacitetsovervejelser om maskin- og mandskabskapacitet (bilag 7)

160. LKF's kapacitetsberegning er udarbejdet af [en ansat i LKF] den 9. marts 2014 (bilag 7). Det fremgår ikke klart af bilag 7, om LKF's kapacitetsberegning vedrører maskin- og/eller mandskabskapacitet. Overskriften på beregningen er *"Notat vedr. maskinkapacitet i forbindelse med tilbudsgivning til 3 genmarkeringsentrepriser VD"*.

161. I forbindelse med styrelsens oplysning af sagen har LKF præciseret, at LKF's kapacitetsberegning både vedrører LKF's maskin- og mandskabskapacitet.

162. LKF har endvidere oplyst, at [en ansat i LKF]'s kapacitetsberegning (bilag 7) er en analyse af LKF's kapacitet baseret på historiske data om virksomhedens kapacitet, dvs. omfanget af LKF's vejmarkeringsaktiviteter i årene op til Udbuddet, og et skøn over hvilke opgaver, LKF skulle varetage for sine eksisterende kunder. Endelig er kapacitetsberegningen baseret på LKF's forventninger til Vejdirektoratets efterspørgsel i Udbuddet.

163. Konkret har LKF lavet et notat over deres kapacitet ved at opliste de maskinformænd i LKF (inklusiv maskiner), som har ledig kapacitet, og som derfor kan allokeres til maskinarbejdet i Udbuddet (Udbuddet består som tidligere nævnt både af maskinarbejde, dvs. arbejde med en maskinbil og håndarbejde, dvs. arbejde med en håndholdt stribemaskine). LKF har ud for de enkelte maskinformænd skønnet deres ledige kapacitet og har angivet denne i procent. LKF's kapacitetsberegning vedrører således LKF's maskinkapacitet i form af maskinformænd (inklusiv maskiner), men siger ikke noget om LKF's kapacitet for så vidt angår medhjælpere eller de håndformænd, som skal bruges til at udføre håndarbejdsdelen i Udbuddet. LKF's kapacitetsberegning forholder sig heller ikke til muligheden for at afgive delbud på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.

164. LKF's notat over deres kapacitet (bilag 7) indeholder ikke nogen konklusion. Notatet beskriver alene, at LKF har i alt 4 maskinformænd (inklusiv maskiner) med ledig kapacitet. Bilag 7 er gengivet i tabel 6 nedenfor.

Tabel 6 LKF's oversigt over ledig kapacitet blandt LKF's maskinformænd (inklusiv maskiner)

Formand	Skønnet ledig kapacitet i 2014
Formand for maskinbil: [Formand 1]	Ca. [10-20] pct.
Formand for maskinbil: [Formand 2]	Maks. [7-17] pct.
Formand for maskinbil: [Formand 3]	Ca. [8-18] pct.
Formand for maskinbil: [Formand 4]	[15-30] pct.

165. LKF har overfor styrelsen oplyst, hvor mange timer de fire maskinformænd i tabel 6 har arbejdet i henholdsvis 2012 og 2013. LKF har i den forbindelse oplyst, at LKF's kapacitetsforhold i 2012 og 2013 er *"retvisende for den normale belastning af LKF, og derfor også var afsættet for LKF i forbindelse med vurderingen af ledig kapacitet i forhold til de tre nævnte udbud."* Det fremgår af LKF's opgørelse over de fire maskinformænds arbejdstid i 2012 og 2013, at [Formand 1] i 2012 arbejdede […] timer, at [Formand 2] i 2013 arbejdede […] timer, at [Formand 3] i 2013 arbejdede […] timer, og at [Formand 4] i 2012 arbejdede […] timer. [Formand 2] og [For-

mand 3] arbejdede […] i 2013, end de gjorde i 2012, mens [Formand 1] og [Formand 4] arbejdede […] i 2012, end de gjorde i 2013.

166. De fire maskinformænds arbejdstid (i det af de to år, hvor de arbejdede mest) svarer omregnet til, at [Formand 1's] ledige kapacitet i 2014 udgør […] pct. af […] timer, dvs. […] timer. Tilsvarende kan [Formand 2's] ledige kapacitet i 2014 opgøres til […] pct. af […] timer, dvs. […] timer, [Formand 3's] ledige kapacitet i 2014 udgør […] pct. af […] timer, dvs. […] timer, og [Formand 4's] ledige kapacitet i 2014 udgør […] pct. af […] timer, dvs. […] timer. I alt svarer det til, at de fire maskinformænd i LKF tilsammen har en ledig kapacitet på […] timer i 2014.

167. LKF har senere, i forbindelse med styrelsens oplysning af sagen, lavet en ny kapacitetsberegning, hvor LKF har estimeret, hvor mange maskinarbejdstimer (maskinformandstimer) og håndarbejdstimer (håndformandstimer), de enkelte distrikter i Udbuddet efter LKF's vurdering kræver. I denne kapacitetsberegning konkluderer LKF, at *"det ikke kunne udelukkes, at LKF kunne varetage ét distrikt, men […]"*. I tabel 7 nedenfor har styrelsen gengivet LKF's estimat over arbejdstimebehovet.

168. Tabel 7 viser, at LKF har estimeret, at de samlet skal bruge […] maskinarbejdstimer (maskinformandstimer) og […] håndarbejdstimer (håndformandstimer) på at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet.

Tabel 7 LKF's estimerede ressourcetræk (arbejdstimebehovet) i forbindelse med Udbuddet[61]

Distrikt	Maskinhold*	Håndhold
Syddanmark	[...] timer	[...] timer
Sjælland	[...] timer	[...] timer
Hovedstaden	[...] timer	[...] timer
I alt	[...] timer	[...] timer

* LKF har overfor styrelsen oplyst, at kolonnen med maskinholdstimer alene angiver maskinformandens timer, dvs. at medhjælperens timer kommer udover dette.

169. Fordelt på de enkelte distrikter har LKF vurderet, at der skal bruges […] maskinformandstimer i distrikt Syddanmark, […] maskinformandstimer i distrikt Sjælland, og […] maskinformandstimer i distrikt Hovedstaden.

170. Styrelsen har indhentet oplysninger om arbejdstimebehovet fra to af de øvrige aktører, som bød på Udbuddet, Eurostar og [en af de fire største aktører i branchen], og har på den baggrund analyseret, hvor mange maskinformandstimer,

vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet kræver, jf. bilag 17. Styrelsens opgørelse af arbejdstimebehovet for maskinformænd er lavere end de maskinformandstimer, som LKF har angivet, at maskinarbejdet i Udbuddet kræver. Styrelsens analyse og opgørelse er baseret på LKF's, Eurostars og [en af de fire største aktører i branchen]'s opgørelser af arbejdstimebehovet og er nærmere dokumenteret i bilag 17.

171. Af bilag 17 fremgår det, at styrelsen vurderer, at LKF skal bruge 1.708 maskinformandstimer på at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet, dvs. […] færre maskinformandstimer, end LKF har angivet ([…] maskinformandstimer). Fordelt på de enkelte distrikter har styrelsen vurderet, at der skal bruges 800 maskinformandstimer i distrikt Syddanmark, 411 maskinformandstimer i distrikt Sjælland, og 497 maskinformandstimer i distrikt Hovedstaden.

172. LKF's advokat har overfor styrelsen oplyst, at LKF's kapacitetsbegrænsning i forhold til at byde på hele Udbuddet består i adgang til maskinbiler (vogntog) og maskinformænd. LKF har i den forbindelse oplyst, at:

> *"LKF er opmærksom på, at der ikke er naturlige begrænsninger i at indkøbe eller lease maskiner, hvis det er muligt at finansiere og skabe rentabilitet på investeringen af ny maskine. Hertil kommer dog, at det også er nødvendigt at uddanne det nødvendige mandskab, herunder en maskinformand til at lede et maskinteam. Kombinationen af at indkøbe eller lease maskiner, uddanne et maskinteam inklusiv en maskinformand udgør en væsentlig kapacitetsbegrænsning, og er dermed styrende for, hvilke typer af opgaver LKF kan byde på henholdsvis kun kan byde på, hvis det sker i et konsortium med en anden leverandør, der ligeledes ikke har kapacitet til den udbudte opgave." og*
>
> *"… navnlig antallet af maskiner (og maskinformænd) spiller en afgørende rolle for kapaciteten i en vejmarkeringsvirksomhed."*

173. LKF har endvidere henvist til, at Udbuddet – efter LKF's opfattelse – ikke giver en tilbudsgiver "reel" mulighed for at blive tildelt enkelte distrikter i Udbuddet, da Vejdirektoratets pris- og rabatmodel betyder, at den effektive pris på et distrikt skal være meget lav:

> *"For det andet fulgte det af udbudsvilkårene, at tildeling skete til den, der afgav det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud, og materialet anførte eksplicit, at tilbudsgivere indarbejdede en rabatmodel afhængig af at få tildelt flere eller alle entrepriser."*

174. LKF og Eurostar udregner deres kapacitet på forskellige måder. Eurostar har taget udgangspunkt i den mængde termoplast, som skal udlægges i Udbuddet, og har sammenholdt dette med den mængde termoplast, Eurostar gennemsnitligt

har været i stand til at udlægge de tidligere år. Eurostar har i opgørelsen af virksomhedens kapacitet samtidig fratrukket de opgaver, som Eurostar havde på det tidspunkt, hvor Udbuddet blev sendt i udbud. Endelig har Eurostar fratrukket den forventede ordretilgang i 2014. På denne måde kommer Eurostar frem til virksomhedens restkapacitet.

175. LKF har omvendt taget afsæt i, hvor meget ledig maskinkapacitet (ikke oplyst om dette vedrører maskin- og/eller mandskabskapacitet), som LKF havde til rådighed på det tidspunkt, hvor Udbuddet blev sendt i udbud.

176. Efter det oplyste udlægger LKF […]-[…] ton termoplast om året.

177. Sammenfattende kommer Eurostar frem til, at de ikke er i stand til at varetage den samlede entreprise (de tre distrikter) i Udbuddet, mens LKF's kapacitetsberegning ikke konkluderer noget. Ingen af parternes kapacitetsberegninger indeholder overvejelser om muligheden for at afgive delbud på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.

178. Efter at Eurostar og LKF henholdsvis den 6. og 9. marts 2014 har udarbejdet beregninger over deres kapacitet, sender parterne konklusionerne på deres vurderinger til hinanden. E-mailkorrespondancen af 10. marts 2014 mellem [en ansat i Eurostar] og [en ansat i LKF] er fremlagt som bilag 8 og bilag 9.

179. Af e-mail af 10. marts 2014 fra [en ansat i Eurostar] til [en ansat i LKF] (bilag 8) fremgår det, at:

> *"Hej [en ansat i LKF],*
>
> *Tak for et godt og konstruktivt møde d.d.*
>
> *Jeg har nu gennemgået kapacitetsbehovet for den samlede entreprise i forbindelse med Vejdirektoratets udbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017. Eurostar har foretaget en skriftlig vurdering af, om selskabet er i stand til at varetage den samlede entreprise. Eurostar Danmarks beregninger viser, at selskabet ikke med deres nuværende kapacitet vil være i stand til at byde på den samlede entreprise.*
>
> *Hvorledes ser det ud for LKF Vejmarkering?"*

180. Hertil svarer [en ansat i LKF] samme dag (bilag 9), at:

> *"Hej [en ansat i Eurostar]*
>
> *Vi har været omkring de samme tanker med hensyn til om LKF kapacitetsmæssigt kan løfte alle 3 entrepriser i eget regi.*

Dels har vi set på den maskinmæssige del og dels på den mandskabsmæssige del. Maskinmæssigt vil vi ikke kunne løfte den udbudte mængde set i lyset af allerede indgåede aftaler samt forventede yderligere ordreindgang.

Mandskabsmæssigt har vi p.t. […] hvorfor det også her vil knibe.

På baggrund af ovenstående vil LKF ikke være i stand til at byde på den samlede entreprise."

181. Den 11. marts 2014 underskriver LKF og Eurostar Aftalen om at samarbejde i Konsortiet med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet.

182. Af en e-mail af 11. marts 2014 fra [en ansat i Eurostar] til [en ansat i LKF] fremgår det, at Aftalen (bilag 4), Fordelingsaftalen (bilag 5) og Konsortiets tilbudsbrev inklusive tilbudslister (bilag 10) er klar til at blive underskrevet af parterne den 12. marts 2014:

"Hej [en ansat i LKF],

Hermed de filer der skal underskrives i morgen.
…
Vi gør det færdigt i morgen."

183. [En ansat i Eurostar] har i e-mailen vedhæftet Aftalen, Fordelingsaftalen og tilbudslisterne til Udbuddet.

184. Dagen før Konsortiet byder på Udbuddet, dvs. den 20. marts 2014, fremsender [en ansat i LKF] på ny en vurdering af LKF's kapacitet til [en ansat i Eurostar] (bilag 11):

"Hej [en ansat i Eurostar]

I forbindelse med Vejdirektoratets udbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 har LKF Vejmarkering foretaget en skriftlig vurdering af, om selskabet er i stand til at varetage den samlede entreprise. LKF Vejmarkerings beregninger viser, at vi ikke med den nuværende kapacitet vil være i stand til at byde på den samlede entreprise.

Dette er beregnet ud fra vor nuværende ordrebeholdning samt forventede ordreindgang. LKF Vejmarkering har ligeledes p.t. […].

LKF Vejmarkering har inden for […] samtidig […]."

185. E-mailens indhold er næsten identisk med den e-mail, som [en ansat i LKF] har sendt til [en ansat i Eurostar] 10 dage tidligere, den 10. marts 2014 (bilag 9). Den eneste forskel er, at [en ansat i LKF] den 20. marts 2014 har tilføjet et forhold omkring […], som en del af årsagen til, at LKF ikke er i stand til at varetage den samlede entreprise (alle tre distrikter) i Udbuddet.

186. Af e-mailen fremgår det i øvrigt ikke, om LKF overvejer muligheden for at afgive delbud på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.

187. Den 21. marts 2014 afgiver Konsortiet bud på Udbuddet. Af Konsortiets tilbudsbrev inklusive tilbudslister til Vejdirektoratet (bilag 10) fremgår det, at Konsortiet byder på alle tre distrikter i Udbuddet:

> *"Hermed afgives bud på genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017*
>
> *Tilbuddet omfatter alle de i tilbudslisterne anførte entrepriser til de i tilbudslisterne oplyste:*
>
> - *priser på enkelttilbud*
> - *rabat ved overdragelse af samlede tilbud (kombinationer)*
>   - *Der gives en rabat stor 20 % ved samlet overdragelse af alle 3 entrepriser*
>   - *Der gives en rabat stor 5 % ved overdragelse af 2 entrepriser."*

188. Konsortiet tilbyder således Vejdirektoratet en samlet rabat på 5 pct., hvis Konsortiet vinder to distrikter og en samlet rabat på 20 pct., hvis Konsortiet vinder alle tre distrikter i Udbuddet.

189. Konsortiets tilbudsbrev er dateret den 21. marts 2014, mens tilbudslisterne heri er underskrevet den 12. marts 2014 (bilag 10).

3.4.3.2 Hændelsesforløbet efter budafgivelsen

190. For at forstå samarbejdet mellem LKF og Eurostar og Konsortiets funktionsmåde er det i det følgende beskrevet, hvordan samarbejdet om at udføre vejmarkeringsarbejderne i de tre distrikter i Udbuddet foregår. LKF's og Eurostars adfærd udenfor Konsortiet er ligeledes beskrevet.

Tabel 8 Hændelsesforløbet efter budafgivelsen den 21. marts 2014

9. april 2014	28. april 2014	7. maj 2014	21. maj 2014	23. maj 2014	26. maj 2014	1. juni 2014	3. juli 2014	4. september 2014
Konsortiet offentliggøres som vinder af Udbuddet og tildeles de tre distrikter i Udbuddet	Eurostar tildeles en anden vejmarkeringsopgave for Vejdirektoratet, som både LKF og Eurostar har budt på.	Vejdirektoratet indgår 3 entreprisekontrakter med Konsortiet	Vejdirektoratet og LKF holder opstartsworkshop for distrikt Hovedstaden	Vejdirektoratet og Eurostar holder opstartsworkshop for distrikt Sjælland	Vejdirektoratet og LKF holder opstartsworkshop for distrikt Syddanmark	Eurostar igangsætter arbejdet i distrikt Sjælland	LKF igangsætter arbejdet i distrikt Syddanmark	LKF igangsætter arbejdet i distrikt Hovedstaden

191. Den 9. april 2014 sender Vejdirektoratet en e-mail til de virksomheder, som har afgivet bud på Udbuddet, dvs. LKF, Eurostar, Lemminkäinen og Guide-Lines. I emailen offentliggør Vejdirektoratet licitationsresultatet fra Udbuddet, herunder at Konsortiet har afgivet det laveste bud og dermed vundet Udbuddet, og at Vejdirektoratet derfor har valgt at indgå kontrakt med Konsortiet for så vidt angår de tre distrikter, dvs. hele Udbuddet. Konsortiet får på den baggrund tildelt de tre distrikter ved entreprisekontrakter af 1. maj 2014, jf. bilag 2.

192. Knap 3 uger efter, at Konsortiet bliver tildelt de tre distrikter i Udbuddet, tildeles […], som […]. Det fremgår af tilbudsoversigten for den pågældende vejmarkeringsopgave, at:

> *"… […] er blevet valgt til at udfører opgaven.*
>
> *Tilbudsoversigt:*
>
> *[…] […] kr.*
>
> *[…] […] kr."*

193. Den 7. maj 2014 indgår Vejdirektoratet og Konsortiet tre entreprisekontrakter (en kontrakt for hvert distrikt) ("Kontrakterne"). Af Kontrakterne fremgår det, at:

> *"Arbejdet på entreprisen skal igangsættes umiddelbart efter kontraktunderskrivelsen."*
>
> *"Kontrakten afsluttes den 31. december 2017."*

194. Konsortiet skal således udføre vejmarkeringsopgaver i alle tre distrikter frem til den 31. december 2017.

195. Den 21. maj 2014 afholder Vejdirektoratet den første af tre opstartsworkshop for Udbuddet. Opstartsworkshoppen den 21. maj 2014 vedrører distrikt Hovedstaden. Det fremgår af mødereferatet fra workshoppen, at LKF var til stede. Den 23. maj 2014 afholdes der på tilsvarende vis opstartsworkshop for distrikt Sjælland, hvor Eurostar deltager. Endelig blev der den 26. maj 2014 afholdt opstartsworkshop for distrikt Syddanmark, hvor LKF igen deltog. Parterne deltog således i opstartsworkshop for det eller de distrikter, som de ifølge Fordelingsaftalen (bilag 5) skulle udføre vejmarkeringsarbejder i, men ikke i opstartsworkshops for den anden konsortieparts distrikt/-er.

196. En uge efter opstartsworkshoppen for distrikt Sjælland, dvs. den 1. juni 2014, igangsætter Eurostar vejmarkeringsarbejdet i distrikt Sjælland.

197. Den 3. juli 2014 igangsætter LKF arbejdet i distrikt Syddanmark, og den 4. september 2014 igangsætter LKF arbejdet i det sidste distrikt (Hovedstaden). Der er således igangværende arbejder i alle tre distrikter den 4. september 2014.

198. Vejdirektoratet har overfor styrelsen oplyst, at de i relation til den del af vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet, som skal udføres i 2014 ser bort fra deres sædvanlige krav om, at 65 pct. af arbejdet skal være afsluttet senest den 31. august 2014. Fravigelsen skyldes den sene kontraktindgåelse.

199. LKF og Eurostar har hver især udarbejdet tids- og arbejdsplaner for deres vejmarkeringsarbejder i de tre distrikter i 2014. Eurostar har udarbejdet en tids- og arbejdsplan for distrikt Sjælland, mens LKF har udarbejdet tids- og arbejdsplaner for distrikt Syddanmark og distrikt Hovedstaden. Parterne har således udarbejdet tids- og arbejdsplaner for de distrikter, som de ifølge Fordelingsaftalen (bilag 5) skal udføre vejmarkeringsopgaver i. Vejdirektoratet har oplyst, at LKF og Eurostar hvert år skal fremsende tids- og arbejdsplaner for det pågældende års arbejder, dvs. at parterne i 2015 skal indsende tre nye planer til Vejdirektoratet – denne gang for deres vejmarkeringsarbejder i de tre distrikter i 2015.

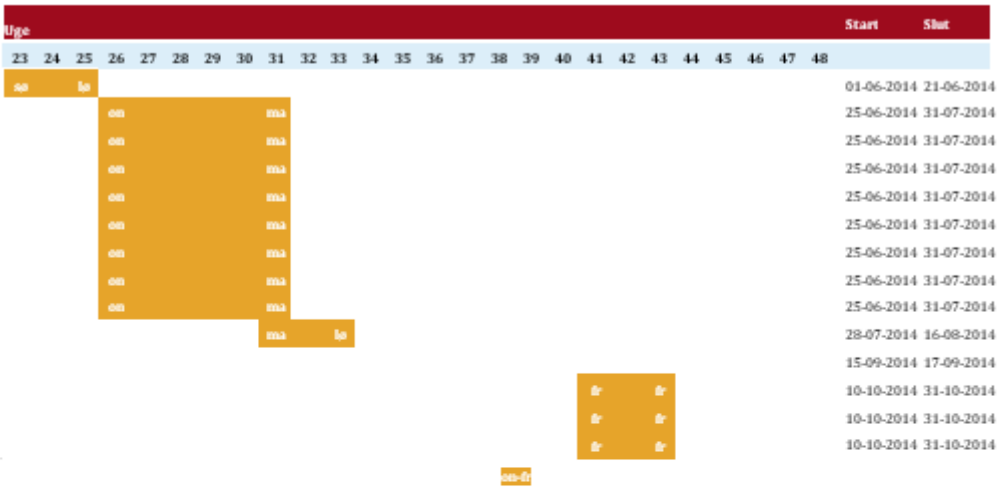
200. Styrelsen har af Vejdirektoratet fået tilsendt tids- og arbejdsplanerne for LKF's og Eurostars vejmarkeringsarbejder i de tre distrikter i 2014. Styrelsen har på baggrund af disse udarbejdet en *samlet* tidsplan for de tre distrikter, som viser, hvornår LKF og Eurostar arbejder i de enkelte distrikter. Parternes tidsplaner er fremlagt som bilag 12-14. Den *samlede* tidsplan for arbejderne i alle tre distrikter, som styrelsen har udarbejdet, er fremlagt som bilag 15.

201. Tids- og arbejdsplanerne for de tre distrikter i Udbuddet er illustreret i tabel 9 nedenfor. Det fremgår heraf, at LKF og Eurostar arbejder i hver deres distrikter, således som det er aftalt i Fordelingsaftalen. Parterne arbejder derfor ikke i hin-

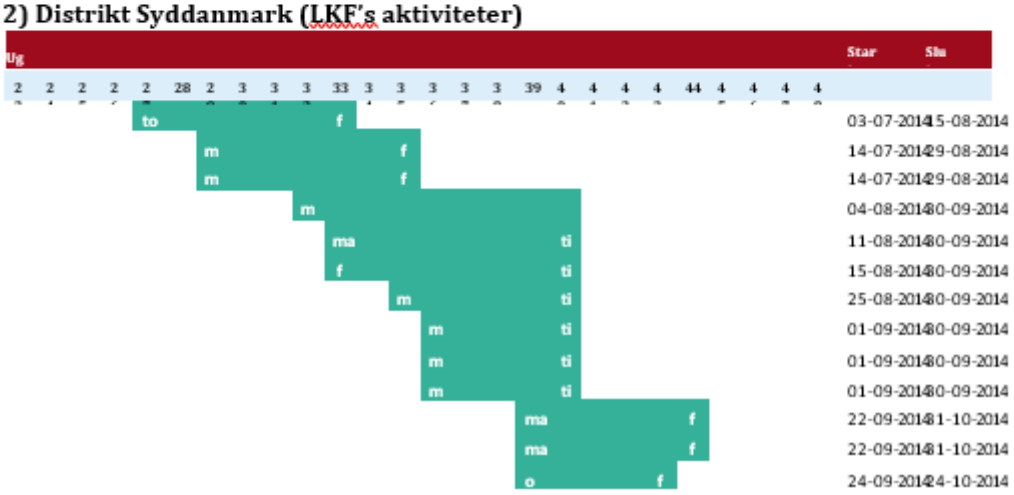
andens distrikter. Det fremgår også af tids- og arbejdsplanerne, at parterne ikke er fuldtidsbeskæftiget i de enkelte distrikter. Fx arbejder Eurostar ikke i distrikt Sjælland i en periode på 4 uger fra medio august frem til medio september (uge 34-37), og LKF's arbejder i distrikt Hovedstaden igangsættes den 4. september 2014, dvs. ca. 3 ½ måned efter, at Vejdirektoratet og LKF den 21. maj 2014 har holdt opstartsworkshop for distrikt Hovedstaden, og ca. 2 måneder efter, at LKF har igangsat arbejdet i distrikt Syddanmark. Vejdirektoratet har i øvrigt også oplyst, at parterne ikke er fuldtidsbeskæftiget i de enkelte distrikter i hele sæsonen.

Tabel 9 Samlet tids- og arbejdsplan for de tre distrikter i Udbuddet (2014) 1)

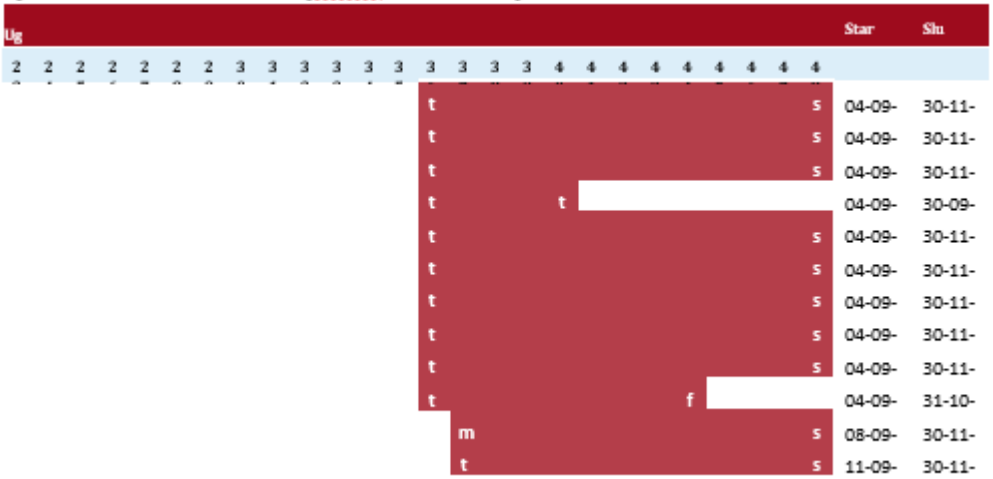
Distrikt Sjælland (Eurostars aktiviteter)



2) Distrikt Syddanmark (LKF's aktiviteter)



3) Distrikt Hovedstaden (LKF's aktiviteter)



202. Af tids- og arbejdsplanerne for 2014 (bilag 12-14) fremgår det, at Eurostar igangsætter arbejdet i distrikt Sjælland den 1. juni 2014 og arbejder frem til den 31. oktober 2014. I distrikt Syddanmark igangsætter LKF arbejdet den 3. juli 2014 og arbejder frem til den 24. oktober 2014. I Hovedstaden igangsætter LKF arbejdet lidt senere end de to andre distrikter og arbejder i perioden 4. september 2014 - 30. november 2014.

203. Ifølge Eurostars tids- og arbejdsplan for distrikt Sjælland (bilag 12) arbejder Eurostar ikke i perioden 16. august 2014 – 15. september 2014 og i perioden 17. september 2014 – 10. oktober 2014, dvs. at Eurostars arbejde i distrikt Sjælland ligger stille i disse to perioder.

204. Af LKF's tids- og arbejdsplan for distrikt Syddanmark (bilag 13) og distrikt Hovedstaden (bilag 14), fremgår det, at LKF arbejder i hele perioden, dvs. at LKF's aktiviteter i de to distrikter ikke ligger stille på noget tidspunkt i forløbet frem til afleveringsdagen, henholdsvis den 31. oktober 2014 for distrikt Syddanmark og 30. november 2014 for distrikt Hovedstaden.

205. LKF har forud for, at arbejderne i de to distrikter påbegyndes, suppleret deres maskinpark med […] fra […]. Dette fremgår af LKF's ugentlige opdatering til moderselskabet, Geveko AB:

"Der er underskrevet kontrakt på levering af […] med levering ca. […]."

206. For så vidt angår den del af vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet, som skal udføres i 2015, har parterne oplyst, at Vejdirektoratet i 2015 har hævet mængden af vejmarkering i to af distrikterne i Udbuddet. I distrikt Hovedstaden er mængden af vejmarkering hævet med [20-30] pct. i forhold til den udbudte mængde, mens mængden af vejmarkering er hævet med [35-45] pct. i distrikt Sjælland i forhold til den mængde, der var angivet i Udbuddet, og som var det grundlag, Konsortiet afgav bud på.

207. Vejdirektoratet har overfor styrelsen bekræftet, at mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden og distrikt Sjælland er hævet med henholdsvis [20-30] pct. og [35-45] pct. i 2015 i forhold til den udbudte mængde. Vejdirektoratet har samtidig oplyst, at denne stigning skyldes en ekstrabevilling, som ikke var kendt på udbudstidspunktet.

208. Af udbudsmaterialet (Særlige Betingelser, ad § 14) fremgår det, at regulering efter enhedspriser finder sted inden for +/- 15 pct. af kontraktsummen. Vejdirektoratet har oplyst, at det betyder, at der kan ske fx stigninger i mængden på op til 15 pct. af det i udbudsmaterialet specificerede arbejde, uden at det medfører, at enhedspriserne skal ændres. Vejdirektoratet har også oplyst, at der er indgået separate aftaler om, at det ekstraarbejde, der ligger udover de 15 pct., aflønnes med samme enhedspriser.

3.5 KAPACITETSBEGRÆNSNINGER

209. LKF og Eurostar har overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at de ikke kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet hver for sig, fordi ingen af parterne har den kapacitet, som er nødvendig for at udføre opgaverne i Udbuddet.

210. LKF og Eurostar har i den forbindelse begge henvist til, at de mangler vejmarkeringsmaskiner (vogntog) for at kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet hver for sig.

211. LKF har endvidere henvist til, at LKF mangler kvalificeret arbejdskraft (maskinformænd) for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet.

212. Endelig har Eurostar anført, at Eurostars meromkostninger ved at udføre vejmarkeringsopgaver langt væk fra virksomhedens lokationer i Køge og Aalborg betyder, at Eurostar ikke er landsdækkende, og at LKF og Eurostar derfor ikke er konkurrenter.

213. Det er i denne sag relevant at få et overblik over, om LKF og Eurostar hver for sig har tilstrækkelig kapacitet til at byde på de enkelte distrikter (delbud) i Udbuddet. Herudover kan det indgå, om LKF og Eurostar endda har kapacitet til at byde på alle tre distrikter samlet i Udbuddet, eller om parterne har en kapacitetsbegrænsning, som gør, at de ikke kan byde på hele Udbuddet hver for sig.

214. I de følgende afsnit redegøres for LKF's og Eurostars adgang til vejmarkeringsmaskiner (3.5.1), LKF's adgang til kvalificeret arbejdskraft (3.5.2), og Eurostars meromkostninger ved at være landsdækkende (3.5.3).

215. Materialet, som lægges til grund for opgørelserne i afsnit 3.5.1, omfatter en række dokumenter fra kontrolundersøgelserne samt materiale fremsendt af LKF og Eurostar. Opgørelsen af LKF's mandskabskapacitet er baseret på oplysninger fra LKF og Eurostar, mens Eurostars mulighed for at udføre vejmarkeringsopgaver i hele Danmark er baseret på oplysninger om meromkostninger fra Eurostar.

3.5.1 Opgørelser over LKF's og Eurostars indtægter og omkostninger ved Udbuddet

216. I forbindelse med sagen har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen set på LKF's og Eurostars fortjeneste ved at byde på hele Udbuddet, hvis det forudsættes, at LKF og Eurostar ikke har maskinkapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i hele Udbuddet og derfor skal indkøbe nye vejmarkeringsmaskiner. Styrelsen har i den forbindelse opstillet to opgørelser på baggrund af oplysninger om henholdsvis LKF's og Eurostars indtægter og omkostninger ved Udbuddet. De to opgørelser viser parternes fortjeneste, hvis de skal udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet hver for sig.

217. Styrelsen har i opgørelserne lagt Vejdirektoratets oplysninger om, hvor mange vejmarkeringsmaskiner, der kræves for at udføre vejmarkeringsopgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet samlet, til grund. Vejdirektoratet har oplyst, at arbejderne i Udbuddet kræver 2 vogntog og 1 håndholdt stribemaskine.

218. De to opgørelser følger almindelige, gængse økonomiske principper og er nærmere dokumenteret i bilag 16. Tabel 10 (LKF's fortjeneste ved Udbuddet) og tabel 11 (Eurostars fortjeneste ved Udbuddet) er uddrag af bilag 16.

Tabel 10 Oversigt over LKF's fortjeneste ved at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet med nye maskiner

Mio. kr.	2014		2016	2017	I alt
Indtægter[1)]	8,4		8,4	8,4	33,6
Driftsomkostninger	[4,0-5,0]	[4,5-5,5]	[4,5-5,5]	[5,0-6,0]	[18,0-22,0]
Heraf:					
- **Materialer**[2)]	[2,0-3,0]		[2,0-3,0]	[2,0-3,0]	[8,0-12,0]
- **Lønninger**[3)]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[6,0-10,0]
- **Vedligehold**[4)]	[0,0-0,5]		[0,5-1,5]	[0,5-1,5]	[1,5-4,5]
Dækningsbidrag	[3,5-4,5]	[3,0-4,0]	[2,5-3,5]	[2,0-3,0]	[11,0-15,0]
Kapitalomkostninger[5)]	[1,0-2,0]		[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[4,0-6,0]
Totale omkostninger	[5,0-7,0]	[5,0-7,0]	[5,0-7,0]	[5,0-7,0]	[20,0-28,0]
Overskud	[2,0-3,0]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,0-2,0]	[6,0-10,0]

Noter:

1) Indtægter ved det vindende bud. Kilde: Vejdirektoratet.
2) Udgifter til diesel, termoplast (stribemasse), symboler, felter og glasperler. Kilde: LKF, Eurostar og egne beregninger.
3) Udgifter til lønninger og forplejning. Kilde: LKF og egne beregninger.
4) Udgifter til vedligeholdelse af maskiner, skiltevogne mv. Kilde: LKF.
5) Kapitalomkostninger til [...] vogntog, [...] håndbil, [...] skiltevogne og [...] følgebiler. Kilde: LKF, Eurostar, HOFMANN GmbH, Borum Industri A/S og egne beregninger.

219. Opgørelsen over LKF's indtægter og omkostninger ved Udbuddet viser, at LKF har et positivt dækningsbidrag på [11,0-14,0] mio. kr. Opgørelsen viser dermed, at de indtægter, der er ved Udbuddet, mere end dækker driftsomkostningerne ved Udbuddet.

220. LKF har oplyst, at virksomheden vil have kapitalomkostninger for [1,0-2,0] mio. kr. pr. år ved at anskaffe nye maskiner til at udføre arbejderne i Udbuddet. Dermed vil LKF's totale omkostninger ved at udføre arbejderne i Udbuddet være [5,0-7,0] mio. kr. i 2014, hvis det antages, at LKF skal købe nye maskiner for at kunne udføre arbejderne i Udbuddet. […]

221. Overskuddet viser forskellen mellem de totale indtægter og de totale omkostninger ved Udbuddet. I 2014 vil LKF have et overskud på [1,5-3,5] mio. kr. Set over en 4-årig periode opnår LKF et samlet overskud på [6,0-9,0] mio. kr.

222. LKF's indtægter og udgifter er ikke blevet diskonteret i beregningerne for overblikkets skyld. Hvis beregningerne diskonteres, vil det ikke føre til en anden konklusion.

Tabel 11 Oversigt over Eurostars fortjeneste ved at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet med nye maskiner

Mio. kr.	2014	2015		2016	2017	I alt
Indtægter[1]	8,4	8,4		8,4	8,4	33,6
Driftsomkostninger	[4,0-5,0]	[5,0-6,0]	[5,0-6,0]		[5,0-6,0]	[18,0-22,0]
Heraf:						
- **Materialer**[2]	[2,5-3,5]	[2,5-3,5]	[2,5-3,5]		[2,5-3,5]	[10,0-14]
- **Lønninger**[3]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]		[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[6,0-10,0]
- **Vedligehold**[4]	[0,0-0,5]	[0,5-1,0]	[0,5-1,0]		[0,5-1,0]	[1,5-3,5]
Dækningsbidrag	[3,0-4,0]	[2,5-3,5]		[2,5-3,5]	[2,0-3,0]	[11,0-14,0]
Kapitalomkostninger[5]	[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[1,0-2,0]		[1,0-2,0]	[4,0-8,0]
Totale omkostninger	[5,5-6,5]	[6,5-7,5]		[6,5-7,5]	[6,5-7,5]	[25,0-29,0]
Overskud	[2,5-3,5]	[1,0-2,0]		[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[5,5-9,5]

Noter:

1) Indtægter ved det vindende bud. Kilde: Vejdirektoratet.
2) Udgifter til diesel, termoplast (stribemasse), symboler, felter og glasperler. Kilde: LKF, Eurostar og egne beregninger.
3) Udgifter til lønninger og forplejning. Kilde: LKF og egne beregninger.
4) Udgifter til vedligeholdelse af maskiner, skiltevogne mv. Kilde: LKF.
5) Kapitalomkostninger til [...] vogntog, [...] håndbil, [...] skiltevogne og [...] følgebiler. Kilde: LKF, Eurostar, HOFMANN GmbH, Borum Industri A/S og egne beregninger.

223. Opgørelsen over Eurostars indtægter og omkostninger ved Udbuddet viser, at Eurostar har et positivt dækningsbidrag på [11,0-14,0] mio. kr. Opgørelsen viser dermed, at de indtægter, der er ved Udbuddet, mere end dækker driftsomkostningerne ved Udbuddet.

224. Eurostars overskud er [5,5-9,5] mio. kr.

225. Eurostars indtægter og udgifter er ikke blevet diskonteret i beregningerne for overblikkets skyld. Hvis beregningerne diskonteres, vil det ikke føre til en anden konklusion.

3.5.2 Opgørelse over LKF's mandskabskapacitet

226. LKF har oplyst, at navnlig antallet af maskiner og maskinformænd spiller en afgørende rolle for kapaciteten i en vejmarkeringsvirksomhed. Konkret har LKF henvist til, at LKF's kapacitetsbegrænsning i forhold til Udbuddet består i kombinationen af at indkøbe eller lease maskiner og uddanne et maskinhold inklusiv en maskinformand.

227. I forbindelse med sagen er det derfor relevant at opnå overblik over LKF's adgang til kvalificeret arbejdskraft (maskinformænd), dvs. LKF's mandskabskapacitet.

228. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har opgjort LKF's maskinformænds arbejdstimekapacitet og den arbejdstimemængde, som Udbuddet kræver. De oplysninger, som ligger til grund for styrelsens opgørelser, er baseret på LKF's egne oplysninger om deres maskinformænds arbejdstimekapacitet og det arbejdstimebehov, som LKF og Eurostar har estimeret, at Udbuddet kræver.

229. Opgørelserne er nærmere dokumenteret i bilag 17 og bilag 18.

230. Spørgsmålet om, hvorvidt LKF's maskinformænd har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet vurderes ved at sammenholde maskinformændenes arbejdstimekapacitet med LKF's arbejdstimebehov i forbindelse med Udbuddet. Hvis arbejdstimekapaciteten overstiger arbejdstimebehovet, er der en overskudskapacitet, hvilket indikerer, at LKF er i stand til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. Tilsvarende er overskudskapaciteten negativ, hvis arbejdstimebehovet overstiger arbejdstimekapaciteten.

231. LKF har angivet, at der er et særligt kapacitetsproblem i sæsonen, der løber fra april til oktober. LKF's overskudskapacitet er derfor både opgjort for hele året og i sæsonperioden.

232. Styrelsen har i bilag 18 opgjort LKF's overskudskapacitet i forhold til tre scenarier: (i) LKF byder på vejmarkeringsarbejderne i et enkelt distrikt, (ii) LKF byder på vejmarkeringsarbejderne i to distrikter, og (iii) LKF byder på vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet.

233. Opgørelsen af LKF's overskudskapacitet for hele året viser, at LKF ville have haft en årlig overskudskapacitet på […] timer, hvis LKF havde budt på et enkelt distrikt i Udbuddet.

234. Opgørelsen af LKF's overskudskapacitet i sæsonperioden viser, at der ville være en overskudskapacitet på […] timer, hvis LKF havde budt på et enkelt distrikt i Udbuddet.

235. Opgørelsen af LKF's overskudskapacitet for hele året viser, at LKF ville have haft en årlig overskudskapacitet på […] timer, hvis LKF havde budt på to distrikter i Udbuddet.

236. Opgørelsen af LKF's overskudskapacitet i sæsonperioden viser, at der ville være en overskudskapacitet på […] timer, hvis LKF havde budt på to distrikter i Udbuddet.

237. Opgørelsen af LKF's overskudskapacitet for hele året viser, at LKF ville have haft en årlig overskudskapacitet på […] timer, hvis LKF havde budt på alle tre distrikter i Udbuddet.

238. Opgørelsen af LKF's overskudskapacitet i sæsonperioden viser, at der ville være en overskudskapacitet på […] timer, hvis LKF havde budt på alle tre distrikter i Udbuddet.

3.5.3 Opgørelse over Eurostars meromkostninger ved at være landsdækkende

239. Eurostar har overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at en vejmarkeringsvirksomheds mobilitet spiller en afgørende rolle for muligheden for at deltage i konkurrencen om opgaver, som ikke er placeret i nærheden af virksomhedens lokationer. Eurostar har i den forbindelse henvist til, at Eurostars meromkostninger ved at udføre vejmarkeringsopgaver langt fra virksomhedens lokationer i Køge og Aalborg betyder, at Eurostar ikke er landsdækkende, og at LKF og Eurostar derfor ikke er konkurrenter i forhold til Udbuddet.

240. Eurostar har specifikt henvist til, at meromkostningerne til at transportere Eurostars materiale og mandskab overstiger virksomhedens gennemsnitlige dækningsbidrag på det, Eurostar kalder *[…]* vejmarkeringsopgaver. Eurostar har endvidere henvist til, at et maskinholds kapacitet ikke kan opdeles og bruges flere forskellige steder. Det vil sige, at hvis en maskine og et maskinhold allerede er tilknyttet en opgave ét sted, er det ifølge Eurostar ikke logistisk muligt at bruge en eventuel restkapacitet et andet sted, medmindre det geografisk ligger meget tæt på et sted, hvor Eurostar har vejmarkeringsaktiviteter.

241. Eurostar har opgjort de meromkostninger, der efter Eurostars opfattelse er forbundet med at udføre vejmarkeringsopgaver mere end […] km fra virksomhedens to lokationer i Køge og Aalborg (Eurostars normalområde). Eurostar har i den forbindelse oplyst, at Eurostars *almindelige* opgaver udføres i en radius af […] km fra Køge og Aalborg, hvor Eurostars maskinpark er samlet.

242. Eurostar kan inden for en radius af […] kilometer fra virksomhedens lokation i Køge udføre opgaver i stort set hele distrikt […] ([…]) og i hele distrikt […] ([…]). Derudover kan Eurostar inden for en radius af […] km fra Køge udføre opgaver i […], der indgår i distrikt […] ([…]). Tilsvarende kan Eurostar inden for

en radius af […] km fra Aalborg udføre opgaver i […] ([…]). I Udbuddet er det således kun dele af distrikt […] ([…]), som ligger mere end […] km fra enten Køge eller Aalborg, og som Eurostar derfor ikke vil kunne dække inden for Eurostars normalområde.

243. Styrelsen har undersøgt, om de meromkostninger, der ifølge Eurostar er forbundet med at udføre vejmarkeringsopgaver udenfor virksomhedens normalområde, betyder, at det er urentabelt for Eurostar at udføre vejmarkeringsopgaver, der ligger mere end […] km fra Køge og Aalborg. Styrelsen har i den forbindelse opgjort de meromkostninger, som Eurostar efter styrelsens opfattelse har ved at udføre vejmarkeringsopgaver mere end […] km fra Køge og Aalborg.

244. Ifølge Eurostar har virksomheden meromkostninger for […] kr. pr. arbejdsuge ved at udføre opgaver udenfor virksomhedens normalområde. Eurostar har samtidig oplyst, at et fuldt beskæftiget maskinhold har et gennemsnitligt dækningsbidrag på […] kr. pr. dag, hvilket svarer til et gennemsnitligt dækningsbidrag på […] pr. arbejdsuge.

245. Ifølge styrelsens opgørelse er Eurostars meromkostninger ved at udføre opgaver udenfor virksomhedens normalområde lavere, end de meromkostninger Eurostar har angivet.

246. Eurostars og styrelsens opgørelser er nærmere dokumenteret i bilag 19.

3.6 HØRINGSSVAR

247. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte en klagepunktsmeddelelse i høring hos LKF og Eurostar den 20. februar 2015. LKF og Eurostar fremkom med deres bemærkninger hertil henholdsvis den 9. april 2015 og 16. april 2015. Parternes høringssvar er fremlagt som bilag 20 og bilag 21.

248. Den 27. marts 2015 afholdt styrelsen et møde med Eurostar, og den 24. april 2015 blev der afholdt et møde med LKF. På møderne havde parterne lejlighed til at uddybe deres skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen.

249. LKF har den 10. juni 2015 sendt et supplerende høringssvar til styrelsen. LKF's supplerende høringssvar er fremlagt som bilag 22.

250. LKF's og Eurostars bemærkninger er indarbejdet i de enkelte, relevante afsnit i denne afgørelse, ligesom også styrelsens bemærkninger hertil fremgår af de pågældende afsnit.

251. Parternes bemærkninger kan samlet set grupperes således:

(i) De faktiske forhold
(ii) LKF og Eurostar havde ikke den fornødne kapacitet

(iii) Den juridiske test er forkert ("formåls-overtrædelse")
(iv) Konsortiet skaber synergier
(v) Rækkevidden af styrelsens påbud

(i) De faktiske forhold

252. Parterne har tilkendegivet, at styrelsens klagepunktsmeddelelse bygger på et forkert faktisk grundlag. Som begrundelse herfor anfører parterne, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, dvs. alle tre distrikter i Udbuddet, og bestrider dermed, at konkurrencen også udspillede sig om de enkelte distrikter i Udbuddet.

253. Parterne henviser i den forbindelse til, at Udbuddet ikke giver en tilbudsgiver reel mulighed for at blive tildelt enkelte distrikter i Udbuddet, da Vejdirektoratets pris- og rabatmodel medfører, at den effektive pris på et distrikt skal være meget lav. Efter parternes opfattelse var det derfor ikke muligt at tage del i konkurrencen på lige fod ved alene at afgive tilbud på enkelte distrikter i Udbuddet.

254. Parterne har endvidere henvist til, at de historiske forhold bekræfter, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, idet Vejdirektoratet har tildelt de to tidligere landsdækkende udbud af vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet til én aktør. Endelig har parterne henvist til, at Vejdirektoratet har opfordret de bydende til at byde på den samlede opgave, dvs. alle tre distrikter i Udbuddet og i den forbindelse at inkludere en samlerabat ved overdragelse af flere distrikter.

255. Parternes uddybende bemærkninger vedrørende konkurrencesituationen er behandlet i afsnit 4.3.2.2.1 (punkt 417-433), uden at styrelsen herved har ændret sin vurdering af, at konkurrencen om Udbuddet både udspillede sig om enkelte distrikter og den samlede opgave, og at dette har betydning for den konkurrenceretlige vurdering af Konsortiet.

(ii) LKF og Eurostar havde ikke den fornødne kapacitet

256. LKF og Eurostar har begge tilkendegivet, at de ikke havde tilstrækkelig kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet hver for sig.

257. LKF har til støtte herfor henvist til følgende:

- LKF's opgørelse af arbejdstimekapaciteten overvurderer ikke ressourceforbruget i Udbuddet (punkt 496-507)
- Styrelsens opgørelse af LKF's arbejdstimekapacitet er ikke retvisende (punkt 508-544)
- LKF's opgørelse af kapacitet reserveret til "faste kunder" (punkt 532-543)

- LKF's fortjeneste ved Udbuddet (punkt 666-678)

258. LKF's uddybende argumenter er behandlet i de relevante punkter i vurderingsafsnittet.

259. Eurostar fastholder, at virksomheden ikke havde den fornødne kapacitet til at byde på Udbuddet alene og henviser som begrundelse herfor til følgende:

- Eurostars eksisterende kapacitet er ikke tilstrækkelig til at byde på Udbuddet alene (punkt 565-602)
- Eurostars driftsoverskud er væsentligt mindre end beregnet af styrelsen (punkt 695-704)
- Eurostar kunne ikke skaffe yderligere kapacitet til Udbuddet (punkt 686-693 (mandskab) og punkt 695-707 (maskiner))
- Eurostars muligheder for at udføre opgaver i hele landet (punkt 609-624)

260. Eurostars uddybende bemærkninger er behandlet i de relevante punkter i vurderingsafsnittet.

261. Som det fremgår af afsnit 4.3.2.2.4.2 (LKF) og afsnit 4.3.2.2.4.3 (Eurostar), har styrelsen ikke ændret sin vurdering af, at LKF og Eurostar hver især allerede med deres eksisterende kapacitet er i stand til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet - både for så vidt angår de enkelte distrikter (delbud) og alle tre distrikter samlet, og at LKF og Eurostar derfor er konkurrenter i forhold til Udbuddet.

(iii) Den juridiske test er forkert ("formåls-overtrædelse")

262. Parterne bestrider, at Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

263. LKF henviser særligt til, at styrelsen anvender en forkert juridisk test ved vurderingen af, om Konsortiet er lovligt, og at der hverken i teori eller praksis er støtte for, at en konsortieaftale skal vurderes med afsæt i en formålsvurdering.

264. LKF mener på den baggrund, at styrelsen fejlagtigt har undladt at undersøge de påståede konkurrencebegrænsende følger af Aftalen.

265. Eurostar anfægter, at Aftalen ud fra sit indhold er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have til formål at begrænse konkurrencen og anfører, at Aftalens indhold ikke er af en karakter, der altid er ulovlig. Aftalen kan således ikke sidestilles med aftaler, der i deres natur er skadelige for konkurrencen og som derfor har et konkurrencebegrænsende formål. Eurostar henviser i den forbindelse til *Cartes Bancaires*, hvor Domstolen fastslog, at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" skal fortolkes indskrænkende.

266. Eurostar mener på den baggrund, at styrelsen er gået for vidt og har foretaget en udvidende fortolkning af begrebet "konkurrencebegrænsende formål".

267. Eurostar mener endelig, at det bør tillægges betydning, at Aftalen er indgået i fuld offentlighed.

268. Parternes uddybende bemærkninger vedrørende Aftalens formål er behandlet i afsnit 4.3.5.1, uden at styrelsen herved har ændret sin vurdering af, at Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

(iv) Konsortiet skaber synergier

269. Parterne har anført, at betingelserne for en individuel fritagelse er opfyldt, fordi LKF og Eurostar gennem samarbejdet opnår en række effektivitetsfordele.

270. LKF har overordnet anført, at Konsortiet skaber synergier, som gjorde det muligt at byde en lavere pris på udbuddet, end hvis LKF havde budt alene.

271. LKF henviser til, at:

- Konsortiets adgang til større kapacitet ikke medfører nogen ekstraomkostninger og derfor er "en ren synergigevinst, som kan afspejle sig i tilbudsprisen".

- Konsortiet kan trække på en betydelig større kapacitet, hvilket er afgørende, når arbejdet skal udføres under korte frister og under indflydelse af udefrakommende forhold (navnlig vejrforandringer). Dette reducerer risikoen for forsinkelse og bod (risikoallokering).

- Der er intet usædvanligt i, at LKF og Eurostar på forhånd har indgået en intern arbejdsfordeling, som fordeler opgaverne imellem parterne. Tværtimod er det en af Konsortiets synergier, at parterne kan tilrettelægge arbejdet efter, hvor ressourcerne er.

272. Til påstanden om, at der er synergigevinster ved konsortiesamarbejdet, som afspejles i tilbudsprisen, bemærker styrelsen, at Konsortiets bud både ekskl. og inkl. samlerabatten på 20 pct. er højere end de øvrige indkomne bud på distrikt Syddanmark og distrikt Sjælland.

273. I den forbindelse bemærker styrelsen, at de lavere bud på distrikt Syddanmark og Sjælland begge blev afgivet af selvstændige, mindre aktører, der ikke kan forventes at have de samme stordriftsfordele som LKF eller Eurostar.

274. Hvad angår risikoen for bod bemærkes det, at LKF selv har indflydelse på tilrettelæggelsen af arbejdet. Hertil kommer, at vejrlig udover det sædvanlige udløser en forlængelse af tidsfristerne, og at parterne derfor alene skal indregne almindelig vejrlig i deres tids- og arbejdsplaner.

275. Styrelsen bemærker endvidere, at LKF har oplyst, at *"parterne endnu ikke har haft behov for at bistå hinanden med øget kapacitet"*. Tværtimod har LKF i 2015 vurderet, at de havde kapacitet til at påtage sig en stigning i arbejdsmængden på [20-30] pct. i distrikt Hovedstaden uden at opnå højere enhedspriser for merarbejdet.

276. Med hensyn til Fordelingsaftalen bemærkes det, at denne efter styrelsens opfattelse dokumenterer, at LKF og Eurostar ikke "puljer" deres maskiner og mandskab i forbindelse med udførelsen af opgaverne i Udbuddet.

277. Af ovennævnte grunde fastholder styrelsen, at LKF ikke har dokumenteret, at Konsortiet har medført øget effektivitet i forhold til Udbuddet.

278. LKF's bemærkninger vedrørende effektivitetsfordele er nærmere behandlet og adresseret i afsnit 4.4.2, uden at styrelsen herved har ændret sin vurdering af, at betingelserne for en individuel fritagelse ikke er opfyldt.

279. Eurostar har overordnet anført, at betingelserne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 er opfyldt.

280. Eurostar gør gældende, at:

- Aftalen medfører effektivitetsgevinster, idet parterne kan trække på hinandens ressourcer i spidsbelastningssituationer, og idet parterne hæfter solidarisk for hinanden.

- Aftalen kommer forbrugerne til gode, idet Aftalens effektivitetsgevinster (træk på hinandens ressourcer) mindsker risikoen for misligholdelse, hvilket er til gavn for trafiksikkerheden. Hertil kommer, at det efter Eurostars opfattelse ikke er sandsynligt, at der ville være kommet flere bud ind uden Konsortiet.

- Aftalen er proportional, og at den samlede opgave alene kunne løses i samarbejde med en anden aktør.

- Konkurrencen er ikke udelukket, idet det efter Eurostars opfattelse ikke er sandsynligt, at der ville være kommet flere bud ind uden Konsortiet. Eurostar henviser til, (i) at Eurostar ikke havde kapacitet til at byde på distrikt […], og (ii) at Eurostar ikke havde kapacitet til både at byde på distrikt […] og distrikt […], og at Eurostar til enhver tid ville have satset på distrikt […], hvis Eurostar havde budt alene.

281. Styrelsen er enig i, at parternes solidariske hæftelse giver en større økonomisk sikkerhed for Vejdirektoratet, men styrelsen er ikke enig i, at denne sikkerhed kan betegnes som en effektivitetsgevinst, da den hverken bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling.

282. Styrelsen bemærker i relation til udelukkelse af konkurrencen, at det af Fordelingsaftalen fremgår, at både LKF og Eurostar kunne komme til at udføre arbejdet i distrikt Hovedstaden, hvis Konsortiet vandt 2 ud af 3 distrikter. Dette dokumenterer, at begge parter i hvert fald kunne have budt på dette distrikt. Når to tilbudsgivere, der hver især er i stand til at byde på en opgave, indgår en aftale om at afgive et fælles bud på opgaven, er det den generelle forventning, at der afgives færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen. Dette medfører, at den priskonkurrence, der ellers ville have været mellem de to tilbudsgivere, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes. LKF og Eurostar har ved at gå sammen i Konsortiet begrænset den usikkerhed, der er ved at byde på et udbud, da der med konsortiedannelsen har været en konkurrent mindre til at byde på Udbuddet.

283. Eurostars bemærkninger vedrørende effektivitetsfordele er nærmere behandlet og adresseret i afsnit 4.4.2. Som det fremgår, fastholder styrelsen sin vurdering af, at betingelserne for en individuel fritagelse ikke er opfyldt.

(v) Rækkevidden af styrelsens påbud

284. Eurostar har anført, at en tidligere version af påbuddet ikke var egnet til efterlevelse, da det ikke fremgik, hvordan den påståede overtrædelse skulle bringes til ophør.

285. Eurostar har henvist til, at det ikke er klart, hvilke konsekvenser et påbud har for de eksisterende kontrakter med Vejdirektoratet, som er indgået mellem Konsortiet og Vejdirektoratet på baggrund af Aftalen.

286. Styrelsen bemærker, at påbuddet er udformet i overensstemmelse med den seneste praksis fra Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet samt Kommissionens praksis. Styrelsen bemærker i den forbindelse, at det er op til parterne at efterleve påbuddet og at foretage handlinger, som eventuelt måtte være nødvendige. Styrelsen har dog konkretiseret påbuddet til, at LKF og Eurostar har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler 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")"*.

287. Det er efter styrelsens vurdering ikke nødvendigt at foretage yderligere konkretisering end sket heri.

LKF's supplerende høringssvar

288. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 10. juni 2015 modtaget et supplerende høringssvar fra LKF, jf. bilag 22.

289. LKF har i høringssvaret overordnet anført, at styrelsen har undladt at oplyse sagen korrekt og tilstrækkeligt, og at styrelsen i stedet har baseret sin afgørelse på udokumenterede antagelser om navnlig karakteren af Vejdirektoratets opgave og LKF's kapacitetsforhold.

290. LKF henviser i den forbindelse til, at:

> *"I denne sag er de afgørende oplysninger betinget af Konsortiets erfaringer med leverancerne til Vejdirektoratet, og da kontrakten først har haft reel virkning i overensstemmelse med sit indhold fra starten af 2015, foreligger der først nu dele af det faktuelle data, der har afgørende betydning for styrelsens vurdering af sagen." og*
>
> *"I denne sag vil et fyldestgørende datagrundlag som minimum være data om kontraktens første år, således at det på baggrund af faktum kan undersøges, om LKF rent faktisk havde den tilstrækkelige kapacitet eller ej. Indtil dette datagrundlag foreligger, vil det ikke være muligt at træffe en gyldig afgørelse."*

291. LKF anfører, at LKF's vejmarkeringsaktiviteter for Vejdirektoratet i 2015 viser, at styrelsens antagelser om omfanget af Vejdirektoratets opgave ikke er korrekte, og at LKF havde ret i, at LKF ikke havde den fornødne kapacitet til at byde på Udbuddet alene.

292. LKF henviser i den forbindelse til, at LKF ved udgangen af 2015 forventer at fakturere Vejdirektoratet for det, der omregnet svarer til […] maskinformandstimer, hvilket er […] højere end de 1.708 timer, styrelsen har lagt til grund.

293. Det er styrelsens vurdering, at der foreligger et fyldestgørende oplysningsgrundlag, som Konkurrencerådet kan træffe afgørelse på baggrund af.

294. Styrelsen henviser til, at:

- Der af gode grunde ikke kan laves en præcis opgørelse af en virksomheds ledige kapacitet for en fremadrettet periode. Dette gælder både for virksomheden selv og for myndigheden. Der vil derfor på udbudstidspunktet skulle laves et skøn baseret på bl.a. virksomhedens historiske oplysninger samt forventninger til fremtiden,

- en konkurrenceretlig vurdering af et konsortiesamarbejde altid skal foretages ex ante, da det er forholdene på udbudstidspunktet, der er afgørende, og

- LKF's supplerende høringssvar ikke udløser fornyet partshøring, fordi oplysningerne ikke er af væsentlig betydning for sagens afgørelse.

295. Det er sammenfattende styrelsens vurdering, at officialprincippet er overholdt, og at LKF's vejmarkeringsaktiviteter i 2015, som er ex post vurderinger, ikke har betydning for styrelsens vurdering af konsortiesamarbejdet.

296. Det er derudover styrelsens vurdering, at LKF's vejmarkeringsaktiviteter i 2015 ikke er relevante for vurderingen i sagen, allerede fordi der er tale om en formålsovertrædelse. De faktiske virkninger er derfor ikke afgørende for, om konsortiesamarbejdet er ulovligt. Hertil kommer, at LKF's tilgang vil have den konsekvens, at der først kan gribes ind over for en konkurrencelovsovertrædelse, når den konkurrencebegrænsende adfærd har udspillet sig.

4. VURDERING

4.1 MARKEDSAFGRÆNSNING

297. For at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, er det som udgangspunkt nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det er ikke nødvendigt endeligt at afgrænse det relevante marked i forbindelse med anvendelsen af § 6 og artikel 101, medmindre det uden en sådan afgrænsning ikke er muligt at afgøre, om aftalen m.v. kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og/eller har til formål eller til følge mærkbart at begrænse konkurrencen.

298. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Formålet med at afgrænse et marked både som produktmarked og som geografisk marked er at konstatere, hvilke egentlige konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.

299. Udgangspunktet for markedsafgrænsningen er en analyse af efterspørgsels- og udbudssubstitution. I denne sag er udgangspunktet for markedsafgrænsningen de tjenesteydelser, som Vejdirektoratet efterspørger i Udbuddet. Det vil sige vejmarkering i tre distrikter i Danmark. I de følgende afsnit vil det relevante produktmarked og geografiske marked blive undersøgt yderligere.

4.1.1 Det relevante produktmarked

300. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

301. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale, samordnede praksis eller vedtagelse vedrører. I denne sag betyder det, at der tages udgangspunkt i den tjenesteydelse, som Vejdirektoratet efterspørger i Udbuddet, og som Aftalen omfatter. Dernæst afgrænses hvilke øvrige produkter eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed.

302. Der foreligger ikke dansk praksis, der belyser markedsafgrænsningen indenfor vejmarkering. EU-Kommissionen afgjorde i 2007 en fusionssag, hvor to franske virksomheder havde etableret et joint venture, der bl.a. skulle være aktiv inden for vejmarkering. I sagen henviste parterne til fransk praksis og afgrænsede produktmarkederne til et marked for maskiner, et marked for produkter til vejmarkering (den fysiske masse, som bruges til at udlægge vejmarkering) og et marked for udlægning af symboler på veje (vejmarkering). I forbindelse med sidstnævnte marked lægger EU-Kommissionen parternes markedsafgrænsning til grund og afgrænser et marked for udlægning af symboler på veje. Markedet afgrænses sådan, dels fordi symboler på veje er udtryk for reglerne i færdselsloven, dels fordi symboler på veje skal medvirke til, at biltrafikken opdeles i forskellige spor af hensyn til trafiksikkerhed m.v. EU-Kommissionen anfører herudover, at udlægning af symboler på veje udføres af et stort antal virksomheder, som er aktive indenfor opgaver for det offentlige. Visse kunder udfører i et vist omfang selv vejmarkering, eksempelvis nogle kommuner.

303. I det følgende benævnes udlægning af symboler på veje som vejmarkering. I denne sag tager markedsafgrænsningen udgangspunkt i vejmarkering, som omfatter udlægning med termoplast, maling eller tape. Både LKF og Eurostar udfører tjenesteydelser på det statslige, kommunale og private vejnet. Overordnet kan vejmarkeringsopgaver på det offentlige vejnet opdeles i opgaver for (i) Vejdirektoratet, (ii) kommuner, (iii) asfaltentreprenører og (iv) private virksomheder.

304. Eksempler på vejmarkering er afmærkning på veje, cykelstier og parkeringspladser. Udbuddet vedrører genmarkering af kørebaneafmærkning, dvs. vejmarkering på asfalt, hvor de eksisterende vejstriber, symboler m.v. pga. slitage er blevet mindre synlige og derfor skal males op igen.

305. Vejmarkering, herunder genmarkering af kørebaneafmærkning har til formål at markere, hvordan vejene skal anvendes. Et beslægtet område er vejskiltning, vejinformation, kantmarkeringspæle og autoværn. Disse har ligesom vejmarkering den funktion, at de angiver, hvordan vejene skal benyttes.

306. Vejdirektoratets udbud af specifikke vejmarkeringsopgaver kan ikke substitueres med vejskiltning, vejinformation eller kantmarkeringspæle. Det vurderes således, at vejmarkering ikke kan substitueres med opsætning af flere kantmarkeringspæle eller skilte langs vejene. Dette skyldes, at vejmarkering på vejene tjener det formål, at bilerne holder sig indenfor markeringerne. Kantmarkeringspæle og skilte er ofte placeret i rabatten. Derudover er der på en stor del af vejnettet markeret spor - både på motor- og landeveje, hvor der på sidstnævnte kommer modkørende biler uden anden afspærring end vejmarkering.

307. Autoværn kan i visse tilfælde erstatte vejmarkering. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer dog ikke, at en eventuel substitution mellem vejmarkering og autoværn på statsvejene kan ske i et omfang, som medfører, at der er efterspørgselssubstitution mellem de to produkter.

308. Det kan overvejes, om der kan afgrænses et overordnet marked for signaler på vejene, som har til formål at markere, hvordan vejene skal anvendes. I så fald vil vejmarkering udgøre et delmarked. Da der dog som udgangspunkt ikke vil være efterspørgselssubstitution mellem vejmarkering og andre former for signaler på vejene, og da der heller ikke er udbudssubstitution, fordi der for at udlægge vejmarkering kræves vejmarkeringsmaskiner, som en asfaltentreprenør fx ikke har, vurderer styrelsen, at der i denne sag skal afgrænses et marked for vejmarkering.

309. Det kan endvidere overvejes at segmentere markedet for vejmarkering i vejmarkering foretaget med forskellige materialer. Termoplast er det afstribningsmateriale, der oftest anvendes i Danmark, da dette har lang holdbarhed og slidstyrke. Hertil kommer, at det med termoplast er muligt at opnå en god refleksion og friktion. Maling er typisk det foretrukne materiale ved indendørs markering, fx i lagerbygninger og p-kældre, idet maling – i modsætning til termoplast – ikke efterlader en overhøjde på 2–3 mm. Endelig anvendes tape som oftest ved midlertidige afstribninger, idet tapen kan fjernes fra asfalten uden at efterlade spor.

310. I denne sag er der ikke behov for at tage endelig stilling til en sådan mulig segmentering. Det skyldes, at styrelsen vurderer, at aftaler om koordinering af priser mellem konkurrenter har en sådan alvorlig konkurrencebegrænsende karakter, at vurderingen af, om konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, er overtrådt, vil være den samme, uanset om markedet segmenteres yderligere eller ej.

311. Samlet vurderer styrelsen, at Vejdirektoratet eller andre ordregivere ikke kan substituere deres efterspørgsel på vejmarkering med andre ydelser (vejskiltning, vejinformation eller kantmarkeringspæle).

312. Der er ikke nogen produktionsmæssige forskelle på vejmarkering for kommuner, private eller Vejdirektoratet. De indhentede oplysninger i sagen viser også, at alle de virksomheder, der tidligere har budt på Vejdirektoratets udbud af vejmarke-

ringsopgaver, også udfører vejmarkeringsopgaver for kommuner, herunder som underleverandører.

313. Styrelsen vurderer samlet, at der er udbudssubstitution imellem vejmarkering, der foretages for Vejdirektoratet og vejmarkering, der foretages for kommuner, entreprenører og private virksomheder.

314. På baggrund af ovenstående, herunder særligt, at Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver ikke kan substitueres med andre ydelser (vejskiltning, vejinformation eller kantmarkeringspæle), er det styrelsens vurdering, at produktmarkedet kan afgrænses til vejmarkering. Denne afgrænsning af produktmarkedet er i øvrigt i overensstemmelse med EU-Kommissionens praksis, jf. punkt 302.

4.1.2 Det relevante geografiske marked

315. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.

316. I vurderingen af den geografiske markedsafgrænsning inddrages efterspørgsels- og udbudssubstitutionsbetragtninger. I denne sag tages udgangspunkt i den tjenesteydelse, som Vejdirektoratet efterspørger i Udbuddet, og som Aftalen omfatter. Det vil sige vejmarkering i tre distrikter i Danmark.

317. I EU-Kommissionens afgørelse fra 2007 anfører parterne, at markedet for udlægning af symboler på veje er nationalt. I den forbindelse henvises til en analyse foretaget af de franske konkurrencemyndigheder. I Kommissionens markedsafgrænsning er der tredjeparter, som anfører, at det geografiske marked kan være snævrere end Frankrig. Kommissionen fastsætter, at det ikke er nødvendigt at foretage en endelig markedsafgrænsning, da fusionen uanset afgrænsningen ikke vil begrænse konkurrencen. Kommissionen lader det derfor stå åbent, om markedet skal afgrænses nationalt eller regionalt.

318. I Danmark er der primært 7 vejmarkeringsentreprenører, hvoraf der er fire store aktører, som er landsdækkende, jf. punkt 56.

319. LKF har kontorer i Ringe, Aalborg og Køge. LKF har overfor styrelsen oplyst, at de påtager sig opgaver i hele Danmark og derfor er landsdækkende indenfor vejmarkering. Dette fremgår også af LKF's hjemmeside, www.lkf.dk:

> *"Og så er vi landsdækkende med afdelinger på Fyn, i Jylland og på Sjælland."*
>
> [Styrelsens understregning]

320. Det materiale, som styrelsen har indhentet i sagen, bekræfter, at LKF har vejmarkeringsaktiviteter i hele Danmark. Dette er illustreret i figur 2 nedenfor.

Figur 2 LKF's vejmarkeringsaktiviteter i Danmark

[FIGUR 2]

321. Figur 2 viser, at LKF har kontorer i Aalborg, Ringe og Køge (blå markering), at LKF har kontrakter med en entreprisesum på mindst […] kr. med […] kommuner (hvis hovedby er markeret med grøn), og at LKF yderligere har afgivet bud på […] opgaver (hvis hovedby er markeret med rød).

322. Eurostar har kontorer i Køge og Aalborg. Det fremgår af Eurostars hjemmeside, www.eurostar.as, at Eurostar markedsfører sig som landsdækkende:

> *"Derfor har vi opbygget en fleksibel organisation, hvor vi betjener kunder i hele landet."*
>
> [Styrelsens understregning]

323. Af Eurostars kapacitetsberegning (bilag 6), som er lavet forud for Udbuddet, fremgår det, at Eurostars vejmarkeringsopgaver i 2014 geografisk er spredt […]:

> *"Den nuværende ordremængde for 2014 vurderes til maskinholdsproduktion at være på ca. […] ton geografisk spredt […]."*
>
> [Styrelsens understregning]

324. Hertil kommer, at det materiale, som styrelsen har indhentet i sagen, dokumenterer, at Eurostar har vejmarkeringsaktiviteter i hele Danmark. Dette er illustreret i figur 3 nedenfor.

325. Figur 3 viser, at Eurostar har kontorer i Køge og Aalborg (blå markering), at Eurostar har kontrakter med en entreprisesum på mindst […] kr. i […] og i […] (hvis hovedbyer er markeret med grøn), og at Eurostar yderligere har afgivet bud på […] opgaver, som geografisk er spredt […] (hovedbyer er markeret med rød).

326. De to cirkler omkring Eurostars kontorer i Køge og Aalborg angiver en radius af […] km fra de to kontorer, da Eurostar har oplyst, at Eurostars almindelige opgaver udføres indenfor denne radius (Eurostars normalområde). De to cirkler angiver en radius af […] km i fuglefulgt og ikke køredistancen.

327. Det ses af figur 3, at Eurostar i […] tilfælde har afgivet bud på opgaver uden for en radius af […] km i fugleflugt fra Eurostars to kontorer i Køge og Aalborg.

Figur 3 Eurostars vejmarkeringsaktiviteter i Danmark

[FIGUR 3]

328. Udover de to største aktører, LKF og Eurostar, er markedets tredjestørste aktør, Guide-Lines, også landsdækkende.

329. Guide-Lines har to gange tidligere budt på alle fem distrikter i Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver. Guide-Lines vandt begge udbud og udfører derfor vejmarkeringsopgaver for Vejdirektoratet i hele Danmark. Dette er illustreret i figur 4 nedenfor.

330. Figur 4 viser, at Guide-Lines har kontor i Skørping (blå markering), og at Guide-Lines både har afgivet bud og har kontrakter i de 5 distrikter, som Vejdirektoratet opdeler Danmark i (hvis hovedbyer er markeret med henholdsvis rød og grøn).

Figur 4 Guide-Lines' vejmarkeringsaktiviteter for Vejdirektoratet

331. Danmarks fjerdestørste entreprenør indenfor vejmarkering, Lemminkäinen, er også landsdækkende og byder på vejmarkeringsopgaver i hele Danmark.

332. Lemminkäinen har tidligere budt på alle fem distrikter i Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver. Dette er illustreret i figur 5 nedenfor.

333. Figur 5 viser, at Lemminkäinen har kontorer i Køge, Tinglev, Uldum og Viborg (blå markering), og at Lemminkäinen har afgivet bud i de 5 distrikter, som Vejdirektoratet opdeler Danmark i (hovedbyer er markeret med rød). Styrelsen har ikke oplysninger om Lemminkäinens vejmarkeringskontrakter.

Figur 5 Lemminkäinens bud på Vejdirektoratets vejmarkeringsopgaver

334. De fire største entreprenører indenfor vejmarkering i Danmark er således ikke aktive i hver deres del af Danmark, men udfører alle vejmarkeringsaktiviteter i hele landet. Alle de fire største vejmarkeringsentreprenører opererer således på landsplan.

335. For så vidt angår efterspørgselssubstitution kan Vejdirektoratet, kommuner eller private ikke substituere vejmarkering i et geografisk område med vejmarkering i et andet geografisk område.

336. For så vidt angår udbudssubstitution kan virksomheder, der udfører vejmarkering i et geografisk område udføre vejmarkering i et andet geografisk område. Dette underbygges af, at både LKF, Eurostar og Lemminkäinen har kontorer flere steder i Danmark, og at Guide-Lines med kun ét kontor i Skørping (Nordjylland) udfører vejmarkeringsaktiviteter i hele Danmark.

337. Størstedelen af LKF's og Eurostars vejmarkeringsaktiviteter foregår i Danmark. Parterne har oplyst, at en del af begrundelsen for at danne Konsortiet var at holde udenlandske aktører ude af markedet:

> *"Konsortiet er blevet anvendt til at byde på de tre opgaver udbudt af Vejdirektoratet. Eurostar indgik i konsortiet for at kunne imødegå konkurrencen fra danske konkurrenter, fra udenlandske aktører, med stor kapacitet og for at imødegå konkurrence fra eventuelle nye ubekendte aktører, herunder konsortier mellem andre virksomheder inden for vejmarkering og tilstødende brancher.*
>
> [Styrelsens understregning]

338. De folk, som arbejder på det danske vejnet skal dels have stort kørekort for at kunne betjene vejmarkeringsmaskinerne, og dels skal de have gennemført kurset "Vejen som arbejdsplads" (AMU- eller VEJ-EU-kursus). Dette er et obligatorisk krav for vejmarkeringsarbejder på det statslige vejnet. For regioner og kommuner er det op til den enkelte vejbestyrelse om og i hvilket omfang, de vil stille krav om kursusbevis i "Vejen som arbejdsplads".

339. I relation til udenlandske aktører kræves det således, at medarbejderne følger dette kursus, eller at de har fulgt et tilsvarende kursus i hjemlandet. Det er således muligt for udenlandske aktører at byde på Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver. En udenlandsk aktør, Visafo AS, har tidligere budt på Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver.

340. I praksis vil udenlandske virksomheders mulighed for at udføre vejmarkeringsopgaver i Danmark være begrænset af, at transport af maskiner og mandsskab er forbundet med øgede omkostninger.

341. For at afgrænse markedet til Danmark taler, at Kommissionen i en fransk sag fra 2007 har ladet det stå åbent, om markedet skal afgrænses nationalt eller snævrere, at aktørerne på markedet for vejmarkering i langt overvejende grad er danske, at der vil være ekstra omkostninger ved at transportere vejmarkeringsmaskiner over længere afstande, end hvad der kan nås indenfor køre- og hviletidsbestemmelserne, at det er en fordel at have kendskab til Vejdirektoratet eller kommuner, herunder hvilke krav, der er til at udlægge vejmarkering i Danmark. Derudover vil det være en fordel at have en portefølje af vejmarkeringsopgaver i et vist geografisk område, fordi dette giver en vis fleksibilitet i forhold til udnyttelse af maskiner og mandskab.

342. For at afgrænse markedet bredere end Danmark, dog med al sandsynlighed ikke bredere end EØS, taler, at en aktør fra Norge tidligere har budt på Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver, at i hvert fald en af de danske aktører udlægger vejmarkering i bl.a. Sverige, og at Vejdirektoratet tager på messer i andre lande for at gøre udenlandske aktører opmærksomme på Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver.

343. Det er styrelsens vurdering, at det geografiske marked skal afgrænses til Danmark eller bredere, dog ikke bredere end EØS.

344. I denne sag er det ikke nødvendigt at foretage en nærmere afgrænsning af det geografiske marked, end at det geografiske marked i snævrest udstrækning er Danmark. Det skyldes, at vurderingen vil være den samme, idet LKF og Eurostar er indbyrdes konkurrenter, uanset om det geografiske marked afgrænses bredere end Danmark, dog ikke bredere end EØS. På baggrund af karakteren af overtrædelsen (tilbudskoordinering) er det styrelsens vurdering, at der selv ved den bredest mulige markedsafgrænsning foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6. På den baggrund er det ikke nødvendigt med en endelig afgrænsning af det relevante geografiske marked.

4.1.3 Konklusion vedrørende markedsafgrænsning

345. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der kan afgrænses følgende relevante marked, der er berørt af den adfærd, som sagen omhandler:

(i) Markedet for vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS.

346. I denne sag er det ikke nødvendigt at foretage en nærmere afgrænsning af det relevante marked i sagen, fordi vurderingen vil være den samme, uanset om det relevante marked geografisk afgrænses til Danmark eller bredere, dog ikke bredere end EØS. Det skyldes, at styrelsen vurderer, at aftaler om koordinering af priser mellem konkurrenter har en sådan alvorlig konkurrencebegrænsende karakter, at vurderingen af, om konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, er overtrådt, vil være den samme, uanset om det geografiske marked afgrænses til Danmark eller bredere.

4.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

347. Efter forordning nr. 1/2003 skal det undersøges, om en eventuel konkurrencebegrænsende aftale mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Hvis det er tilfældet, er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forpligtet til at anvende TEUF artikel 101.

348. Udtrykket "samhandelen mellem medlemsstater" er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en aftale fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.

349. Ved vurdering af, om en aftale m.v. mærkbart kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater fremgår det af selve ordlyden af TEUF artikel 101 og Kommissionens samhandelsmeddelelse , at der især skal lægges vægt på følgende tre kriterier:

- Handelen mellem medlemsstater
- Kan påvirke
- Mærkbarhed

350. Først og fremmest omfatter "handel" alle former for økonomisk aktivitet. Ifølge fast EU-praksis omfatter begrebet også aftaler m.v., der påvirker konkurrencestrukturerne på markedet. Også i de tilfælde, hvor det relevante geografiske marked er nationalt kan kriteriet være opfyldt. Aftaler, der omfatter hele en medlemsstats område, vil ifølge selve sin natur styrke opdelingen i nationale markeder, hvorved den hæmmer den i traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksning.

351. Kriteriet "kan påvirke" er opfyldt, når aftalen m.v. *"på grund af samtlige objektive, retlige og faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, […] direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på samhandelen mellem medlemsstater."* Internationale transaktioner vil således kunne påvirke handelen mellem medlemsstater.

352. Endelig skal påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater være "mærkbar". Kommissionen har opstillet en gendrivelig negativ formodningsregel for, hvornår en aftale m.v. i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart - den såkaldte NAAT-regel. NAAT-reglen finder anvendelse, når følgende betingelser er opfyldt:

a. Parterne har ikke på nogen af de relevante markeder indenfor EU en samlet markedsandel på over 5 pct., og

b. For horisontale aftalers vedkommende har de deltagende virksomheder ikke en samlet årlig omsætning i EU indenfor de produkter, der er omfattet af aftalen m.v., på over 40 mio. euro, eller

c. For vertikale aftalers vedkommende har leverandøren ikke en årlig omsætning i EU indenfor de produkter, der er omfattet af aftalen m.v., på over 40 mio. euro (knap 300 mio. kr.).

353. Hvis aftaleparterne ikke opfylder kriterierne, medfører det ikke automatisk, at den pågældende aftale kan påvirke samhandelen. Dette må vurderes konkret fra sag til sag.

354. LKF har oplyst, at LKF's entreprenørafdeling i 2013 havde en omsætning på […] mio. kr. Eurostar har oplyst, at Eurostar i 2013 omsatte for ca. […] mio. kr. Sammenlagt har parterne således haft en omsætning på ca. […] mio. kr. i 2013. Dette svarer til ca. […] mio. euro.

355. LKF's moderselskab, Geveko AB, havde i 2013 en samlet omsætning på knap 879 mio. svenske kroner (omregnet 92 mio. euro). Ca. 53 pct. af den samlede omsætning (omregnet 49 mio. euro), vedrører kontraker om anvendelse af vejmarkeringsmaterialer.

356. Eurostars moderselskab, SAFEROAD Gruppen, havde i 2013 en samlet omsætning på 560 mio. euro. Det er uklart, hvor stor en andel af omsætningen, der vedrører salg af vejmarkeringsydelser i EØS.

357. Uanset niveauet af SAFEROAD Gruppens omsætning af vejmarkeringsydelser, vil de to moderselskaber samlet have en omsætning på over 40 mio. euro i 2013 i EØS, da Geveko AB alene har en omsætning på ca. 49 mio. euro og SAFEROAD Gruppens danske datterselskab, Eurostar, har en omsætning på ca. 6 mio. euro (48 mio. kr.) i 2013.

358. Da de koncerner, som LKF og Eurostar er en del af, har en samlet omsætning på over 40 mio. euro, jf. punkt 354-357, vurderer styrelsen, at LKF og Eurostar ikke opfylder den anden betingelse i NAAT-reglen om, at de deltagende virksomheder ikke har en samlet årlig omsætning i EU indenfor de produkter, der er omfattet af aftalen m.v., på over 40 mio. euro.

359. Af samhandelsmeddelelsen fremgår det, at:

> *"Horisontale karteller, der omfatter hele en medlemsstats område, kan normalt påvirke handelen mellem medlemsstater. EU Domstolen har således i flere sager statueret, at aftaler, der omfatter hele en medlemsstats område, ifølge selve deres natur forstærker markedsdelingen på et nationalt grundlag ved at hindre den økonomiske integration, som TEUF tager sigte på at skabe.*
>
> *At sådanne aftaler kan føre til markedsopdeling på det indre marked, beror på, at virksomheder, der deltager i karteller i en enkelt medlemsstat normalt er nødt til at søge at udelukke konkurrenter fra andre medlemsstater. Gør de ikke det, og omfatter aftalen et produkt, der kan handles over grænserne, risikerer kartellet at blive undermineret af konkurrence fra virksomheder fra andre medlemsstater. Sådanne aftaler kan normalt også ifølge selve deres natur påvirke handelen mellem med-*

lemsstater mærkbart i betragtning af, hvor stor en del af markedet, sådanne kartel-ler er nødt til at dække for at virke effektivt."

360. Aftalen mellem LKF og Eurostar er en horisontal aftale, som vedrører størstedelen af Danmark. Derudover har parterne oplyst, at en del af formålet med at indgå Aftalen var, at parterne herigennem kunne byde på samtlige distrikter i Udbuddet og dermed holde udenlandske aktører ude.

361. LKF og Eurostar er desuden begge en del af en nordisk koncern, henholdsvis Geveko AB (Europas største entreprenør indenfor vejmarkering) og SAFEROAD Gruppen (Nordens største virksomhed indenfor vejmarkering, skiltning og trafiksikkerhed).

362. På baggrund af ovenstående, herunder det forhold, at formålet med Aftalen var at holde udenlandske aktører ude, og at Udbuddet dækker en stor del af Danmark, er det styrelsens vurdering, at Aftalen har en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater.

4.3 KONKURRENCELOVENS § 6 OG TEUF ARTIKEL 101

363. Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 forbyder aftaler mellem virksomheder, vedtagelser indenfor sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

364. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 gælder for alle typer aftaler og dermed også konsortieaftaler. Betegnelsen på en aftale (fx en konsortieaftale) er ikke afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af aftalen. Det afgørende er, hvad aftalen reelt omhandler. Den konkurrenceretlige analyseramme er derfor den samme for konsortieaftaler, som for alle andre aftaler.

365. Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 sætter således nogle begrænsninger for, hvornår virksomheder må samarbejde i et konsortium. Det afgørende kriterium er, om de virksomheder, som deltager i konsortiet, hver især kan byde på den opgave, de er gået sammen om at løse. Hvis virksomhederne hver især kan byde på opgaven, er virksomhederne konkurrenter, og konsortiesamarbejdet vil derfor begrænse den konkurrence om opgaven, der ellers ville have været mellem parterne. Et sådant samarbejde vil som udgangspunkt være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Hvis virksomhederne ikke kan byde på opgaven hver især, er virksomhederne ikke konkurrenter, og konsortiesamarbejdet vil derfor ofte være godt for konkurrencen, fordi samarbejdet øger kredsen af mulige tilbudsgivere på opgaven og dermed skaber en øget konkurrence om opgaven.

366. I relation til konsortiesamarbejder er det således nødvendigt indledningsvist at fastslå, om de virksomheder, der deltager i konsortiet, hver især kan byde på opgaven og derfor er konkurrenter. Hvis virksomhederne i konsortiet ikke er konkurrenter, er selve konsortiesamarbejdet normalt i overensstemmelse med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

367. Der er fire betingelser i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, herunder at virksomhederne i konsortiesamarbejdet er konkurrenter, der skal være opfyldt for, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler finder anvendelse. Der skal være tale om (i) virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder, der (ii) indgår en aftale, vedtagelse eller udøver samordnet praksis, som (iii) direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart. Ved vurderingen af, om de fire betingelser er opfyldt, er fællesskabspraksis vejledende.

368. En konkurrencebegrænsende konsortieaftale vil efter omstændighederne kunne fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, hvis effektivitetsfordelene ved konsortieaftalen opvejer aftalens konkurrencebegrænsninger. Dette følger af konkurrencelovens § 8. Det er op til virksomhederne selv at dokumentere, at fritagelsesbetingelserne i konkurrencelovens § 8 er opfyldt. Hvis fritagelsesbetingelserne er opfyldt, vil konsortieaftalen automatisk være lovlig efter konkurrencelovens § 6.

369. En konkurrenceretlig vurdering af, om et konsortium er foreneligt med konkurrencereglerne skal således igennem to trin:

1) Foreligger der en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, dvs. er de fire betingelser i § 6 opfyldt (afsnit 4.3.3-4.3.6), herunder en vurdering af, om virksomhederne i konsortiesamarbejdet er konkurrenter (afsnit 4.3.2)?

2) Kan konsortieaftalen fritages efter konkurrencelovens § 8, fordi konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger (afsnit 4.4)?

370. I afsnit 4.5 sammenfattes styrelsens vurdering.

371. I det følgende gennemgås det først, hvornår konsortiesamarbejder generelt er forenelige med konkurrencereglerne, jf. afsnit 4.3.1.

4.3.1 Konsortiesamarbejder i forhold til den konkurrenceretlige regulering

372. Det kan ud fra et konkurrencemæssigt perspektiv være fornuftigt at danne et konsortium, fordi det kan medføre omkostningsbesparelser, fælles udnyttelse af ressourcer, knowhow m.v. Konsortier, der fører til flere og billigere bud, er godt

for konkurrencen. Omvendt vil konsortier, der fører til enten færre og/eller dyrere bud, ikke være godt for konkurrencen.

373. Et konsortiesamarbejde mellem to virksomheder kan fx skyldes, at to virksomheder ikke individuelt besidder den fornødne knowhow, tekniske kapacitet eller de økonomiske ressourcer, der er nødvendige for at udføre opgaven. Hvis virksomhederne derimod ved at gå sammen i et konsortiesamarbejde, i fællesskab kan udføre opgaven, fordi virksomhederne tilsammen besidder den fornødne knowhow, tekniske kapacitet eller økonomiske ressourcer, vil konsortiesamarbejdet øge kredsen af mulige tilbudsgivere og dermed skabe en øget konkurrence om opgaven. Dette er godt for konkurrencen og i overensstemmelse med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

374. I bemærkningerne til konkurrenceloven fremgår det, at:

> *"Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer)."*
>
> [Styrelsens understregning]

375. Overordnet set er konsortier lovlige i følgende to situationer:

1) konsortiet begrænser ikke konkurrencen, eller

2) konsortiet begrænser konkurrencen, men konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning.

376. Konkret betyder dette, at hvis to virksomheder indgår et konsortiesamarbejde, selvom de hver især kan byde på den konkrete opgave, vil dette udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, medmindre virksomhederne i konsortiesamarbejdet kan bevise, at samarbejdet medfører effektivitetsgevinster, der opvejer de konkurrencebegrænsende elementer ved samarbejdet.

377. I det følgende behandles det først, hvornår konsortier *generelt* begrænser konkurrencen, jf. afsnit 4.3.1.1, og derefter hvornår konsortier, som begrænser konkurrencen, *generelt* kan fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, fordi konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets begrænsninger, jf. afsnit 4.3.1.2. Herefter gennemgås det *konkret*, om der i denne sag foreligger en konkurrencebegrænsende konsortieaftale mellem LKF og Eurostar (afsnit 4.3.2-4.4.2).

4.3.1.1 Hvornår begrænser konsortier konkurrencen?

378. Ved vurderingen af, om et konsortium er lovligt eller ulovligt, er praksis og Kommissionens retningslinjer for horisontale aftaler vejledende.

379. Kommissionen har i de horisontale retningslinjer fastlagt en række principper til brug for en konkurrenceretlig vurdering af aftaler mellem konkurrenter. For så vidt angår markedsføringsaftaler anfører Kommissionen, at disse kan medføre konkurrencebegrænsninger i form af prisfastsættelse, begrænsning af produktion, opdeling af markeder eller kunder, eller dannelse af en ensartet omkostningsstruktur.

380. En markedsføringsaftale vil normalt ikke være konkurrencebegrænsende, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, herunder fx lovlige konsortieaftaler. Dette fremgår af de horisontale retningslinjer, punkt 237:

> *"En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejdet, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer. Et konkret eksempel herpå er konsortieaftaler, der giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre enkeltvis. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1."*
>
> [Styrelsens understregning]

381. Aftaler, der kun omfatter fælles afsætning har generelt til formål at samordne konkurrenters prispolitik, og sådanne aftaler vil sandsynligvis have et konkurrencebegrænsende formål, jf. de horisontale retningslinjer, punkt 234.

382. I de horisontale retningslinjer, punkt 255, slår Kommissionen fast, at en aftale mellem konkurrenter, der udelukkende retter sig mod fordeling af kunder og fastsættelse af priser er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Kommissionen nævner som et eksempel herpå et ikke selvstændigt fungerende salgs joint venture, som skal afsætte to producenters dæk. Hele dækproduktionen skal sælges gennem joint venturet. Selvom parternes markedsandel i eksemplet tilsammen er under 15 pct. på det relevante marked, har aftalen til formål at begrænse konkurrencen, da den indebærer, at joint venturet fordeler kunderne og fastsætter priserne. De effektivitetsgevinster, som parterne i eksemplet hævder, at aftalen medfører, skyldes ikke integrering af økonomiske aktiviteter eller fælles investeringer. Joint venturet vil således kun tjene som formidler ved fordeling af ordrene.

383. Det afgørende kriterium for, om et konsortiesamarbejde er foreneligt med konkurrencereglerne, er, som tidligere nævnt, om de virksomheder, der deltager i konsortiet, hver især kan byde på den opgave, de er gået sammen om at løse. Når det skal vurderes, om en virksomhed selv kan byde på opgaven, skal virksomhedens kapacitet, økonomiske ressourcer samt knowhow tages i betragtning. For så vidt angår fælles bud på udbudsforretninger er det endvidere relevant at se på udbudskriterierne, herunder særligt om det er muligt at afgive delbud.

384. Fra Konkurrencerådets praksis kan henvises til Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, *Skive og Omegns Vognmandsforretnings tilbudskoordinering* ("SOVsagen"), der vedrører Skive kommunes udbud af vintertjenester (snerydning og glatførebekæmpelse). I sagen havde brancheforeningen Skive og Omegns Vognmandsforening afgivet et samlet bud på Skive kommunens udbud af vintertjenester på vegne af foreningens medlemmer.

385. Konkurrencerådet fandt, at de vognmænd, der deltog i aftalen, hver især havde kapacitet til at byde på opgaven, idet udbuddet gav mulighed for at afgive delbud på enkelte ruter. De enkelte vognmænd var derfor aktuelle eller potentielle konkurrenter, og samarbejdet var derfor ulovligt efter konkurrencelovens § 6:

> *"Styrelsen skal hertil bemærke, at vintertjeneste i Skive Kommune udbydes som enkelte ruter, og at en eller to vognmænd således kunne byde på en eller flere ruter, alt afhængig af deres kapacitet. SOV har desuden oplyst, at de enkelte vintertjenesteruter er blevet varetaget af 1-2 vognmænd, jf. pkt. 21. Desuden har flere af SOV's medlemmer mindst to lastvogne, og det vurderes således, at flere af SOV's medlemmer har haft mulighed for at byde på mindst én rute og samtidig have en eller flere vogne til rådighed til andre kørsler. Endelig er der eksempler på, at vognmænd i andre kommuner har budt individuelt på enkeltruter, f.eks. i udbud af vintertjenester i Viborg Kommune 2009-2013. Det vurderes således, at det ikke har været nødvendigt at hele foreningen har budt."*
>
> *"SOV's koordinerede bud har afværget SOV's medlemmer fra at byde selv. Konkret kunne et mindre antal vognmænd være gået sammen om at give bud, hvis det var nødvendigt at være flere vognmænd om at løse opgaven. SOV har oplyst, at de enkelte vintertjenesteruter er blevet varetaget af 1-2 vognmænd, jf. pkt. 21. Dette taler for, at et bud fra maksimalt to vognmænd på en enkelt rute vil være tilstrækkeligt og det har således ikke været proportionalt at hele foreningen har budt."*
>
> [Styrelsens understregning]

386. Fra Konkurrencerådets praksis kan endvidere henvises til to sager vedrørende markedet for ortopædiske sko: Konkurrencestyrelsens afgørelse i sagen *Påbud til leverandører af ortopædiske sko* refereret på Konkurrencerådets møde den 24. november 1999 og Konkurrencestyrelsens afgørelse i sagen *Konkurrencebegrænsnin-*

ger på markedet for ortopædiske sko refereret på Konkurrencerådets møde den 23. februar 2000 (samlet "Sko-sagerne").

387. Der var i sagerne tale om, at flere ortopædiske håndskomagere forud for en række kommunale udbud vedrørende indkøb af ortopædisk fodtøj havde indgået konsortieaftaler, således at virksomhederne i fællesskab afgav bud til kommunerne.

388. Parterne havde i *Sko-sagerne* henvist til, at baggrunden for konsortieaftalerne var et ønske om (i) at sikre bedst mulig geografisk dækning, (ii) at der var så store administrative omkostninger forbundet med at afgive bud, at mindre virksomheder kunne have vanskeligt ved at løfte opgaven, og (iii) at kommunerne havde et kompliceret afregningssystem. Herudover henviste parterne til, at kommunerne ofte i udbudsmaterialet selv nævnte muligheden for konsortiedannelser, og at der derfor havde været en udbredt accept af konsortierne i kommunerne. Ligeledes havde aftalerne været indgået i fuld offentlighed, idet de var blevet tilsendt kommunerne i forbindelse med budafgivelsen.

389. Konkurrencerådet afviste de argumenter, som parterne havde anført til støtte for konsortiedannelserne:

> *"Kommunernes angivelser i udbudsmateriale om, at konsortier accepteres, kan ikke tillægges vægt ved en konkurrenceretlig vurdering af konsortiedannelserne. Kommunernes tilkendegivelser i den retning må formodes at omfatte konsortiedannelser inden for bl.a. konkurrencereglernes rammer. Omvendt kan man dog anføre, at tilkendegivelser i retning af, at konsortier vil blive accepteret, kan have fjernet markedsaktørernes fokus fra eventuelle konkurrenceretlige problemer ved konsortier."*
>
> *"Administrative omkostninger ved budafgivelsen kan ikke tillægges afgørende vægt som argument for at acceptere konsortieaftaler. Virksomhedernes administrative effektivitet bør – såvel som andre omkostningsposter – være konkurrenceparametre på markedet."*
>
> [Styrelsens understregning]

390. Konkurrencerådet fandt i Sko-sagerne, at kriteriet om, at konsortiemedlemmerne ikke enkeltvis kunne løfte opgaven, ikke var opfyldt, og aftalerne var dermed forbudte i medfør af konkurrencelovens § 6:

> *"I tilfælde, hvor virksomheder enkeltvis vil kunne byde på opgaven, må det anses for konkurrencebegrænsende, hvis virksomhederne slutter sig sammen og afgiver bud i konsortier. Sådanne sammenslutninger vil således være i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1. Dette gælder ligeledes, hvis en sammenslutning omfatter flere virksomheder end nødvendigt for at løfte en given opgave."*

[Styrelsens understregning]

391. I Kommissionens beslutning af 24. oktober 1988 i sag 88/568/EØF, *Eurotunnel*, præmis 17, fremgår det ligeledes, at det afgørende kriterium for, om et konsortiesamarbejde er foreneligt med konkurrencereglerne er, om de virksomheder, som deltager i konsortiet, hver især kan byde på den opgave, de er gået sammen om at løse:

> *"The construction contract and maître d'oeuvre contract do not have as their object or effect to restrict competition in the Common Market:*
>
> *(a) The contracts regulate relations between the parties with respect to the completion of the specific project concerned. They do not impose or imply any restriction on the freedom of the member firms of the contractor and maître d'oeuvre as regards their other activities. As stated in the Commission's notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between undertakings [5], agreements having as their sole object the setting up of consortia for the joint execution of orders, where each of them by itself is unable to execute the orders, do not restrict competition. This applies in particular to enterprises belonging to different industries but also to firms in the same industry to the extent that their contribution under the consortium consists only of goods or services which cannot be supplied by the order participating enterprises. But even in the case of consortia formed by enterprises which normally compete which each other there is no restraint of competition if the participating enterprises cannot execute a specific order by themselves;"*
>
> [Styrelsens understregning]

392. I Kommissionens beslutning af 27. juli 1990 i sag 90/446/EOEF, *Konsortium ECR 900*, punkt II, A og Kommissionens beslutning af 15. december 1994 i sag 94/895/EF, *International Private Satellite Partners*, punkt II, A er det gentaget, at det afgørende kriterium for, om et konsortiesamarbejde er foreneligt med konkurrencereglerne er, om de virksomheder, som deltager i konsortiet, hver især kan byde på den opgave, de er gået sammen om at løse.

393. Sammenfattende er retsstillingen for konsortiesamarbejder den, at hvis en virksomhed er i stand til at afgive bud uden at gå sammen med andre i et konsortium, så skal virksomheden selv afgive bud på opgaven. I modsat fald vil et sådant konsortiesamarbejde føre til færre og/eller dyrere bud, hvilket begrænser konkurrencen. Disse konsortiesamarbejder udgør derfor en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

4.3.1.2 Generelt om effektivitetsfordele

394. Selv om de virksomheder, der deltager i konsortiet hver især ville kunne udføre den opgave, de er gået sammen om at løse (og dermed er konkurrenter), og selv om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, fordi de fire betingelser i § 6 er opfyldt, kan konsortieaftalen alligevel være lovlig, hvis konsortieaftalens fordele opvejer aftalens begrænsninger. Dette følger af konkurrencelovens § 8, som indeholder fire betingelser, der skal være opfyldt for, at konsortieaftalen kan fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6.

395. Således vil et konsortium bestående af virksomheder, der er konkurrenter, kunne opfylde betingelserne for fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, hvis virksomhederne gennem samarbejdet opnår effektivitetsfordele, herunder ved:

- at give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville kunne hver for sig, og
- dette kommer forbrugerne til gode, og
- samarbejdet ikke går længere end nødvendigt for at nå dette mål, og
- virksomhederne ikke får mulighed for at udelukke konkurrencen om de pågældende opgaver.

396. De fire betingelser skal alle være opfyldt for, at konsortieaftalen kan fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det er op til virksomhederne i konsortiet at dokumentere, at betingelserne i konkurrencelovens § 8 er opfyldt.

397. I vurderingen af, om en konkurrencebegrænsende konsortieaftale i medfør af konkurrencelovens § 8 kan fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, skal der altid foretages en konkret vurdering af bl.a. forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, antallet af andre bud, samarbejdets art, og det produkt eller den tjenesteydelse, samarbejdet vedrører.

398. Fra Konkurrencerådets praksis kan henvises til Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S* og *T.H. Schultz A/S* ("Catering-sagen"). Sagen vedrører to cateringselskaber, der havde hjemsted henholdsvis på Sjælland og i Jylland. De to selskaber havde aftalt at afgive fælles bud på levering af cateringvarer til kunder, der krævede landsdækkende levering. Det ene selskab skulle levere øst for Storebælt, og det andet selskab skulle levere vest for Storebælt. Formålet med samarbejdsaftalen var at give de to cateringsselskaber mulighed for at deltage i konkurrencen om kontrakterne med landsdækkende kunder. Landsdækkende levering af cateringvarer krævede distribution både på Sjælland og i Jylland.

399. I *Catering-sagen*, punkt 73-75, fremgår det, at:

"Den anmeldte aftale er et horisontalt markedsføringssamarbejde mellem to virksomheder på samme omsætningsniveau.

Sådanne aftaler vil som udgangspunkt være omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis de fx har til formål eller følge at opdele markeder eller samordne virksomhedernes prispolitik eller på anden måde giver mulighed for udveksling af kommercielt følsomme oplysninger om markedsstrategi og prissætning mv.

Derimod vil aftalen falde uden for § 6, stk. 1, hvis den objektivt set er nødvendig for at give en virksomhed mulighed for at komme ind på et marked, som den på grund af omkostninger eller lignende ellers ville være afskåret fra, fx hvis der alene er tale om, at virksomhederne via aftalen får mulighed for at afgive tilbud på en opgave, som de ikke ville kunne løfte hver for sig."

[Styrelsens understregning]

400. Parterne havde i sagen henvist til, at det ville være forbundet med væsentlige omkostninger at etablere lokallagre eller øgede omkostninger til transport, hvis de hver især med kun én distributionsafdeling skulle udvide deres aktionsradius. Ingen af de to selskaber mente derfor, at de havde det nødvendige distributionsnet eller lagre til at kunne efterkomme kundernes krav om tilstrækkelig hyppig leveringsfrekvens til konkurrencedygtige priser på den anden side af Storebælt.

401. Konkurrencerådet vurderede, at aftalen mellem de to cateringselskaber begrænsede konkurrencen, da det var tvivlsomt, om investeringsomkostninger m.v. i sig selv udgjorde en sådan barriere, at samarbejdet objektivt set var nødvendigt, fordi ingen af de to cateringselskaber ellers ville være i stand til at deltage i konkurrencen om landsdækkende levering af cateringvarer.

402. Samarbejdet blev dog fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 på grund af forholdene på markedet, og fordi samarbejdet sikrede en øget valgmulighed for kunderne:

"Forholdene på cateringmarkedet, herunder kundernes krav om hyppig og hurtig levering og service, betyder, at konkurrencen mellem grossisterne fortrinsvis foregår inden for en vis aktionsradius fra grossisternes distributionssted(er), og der findes kun ganske få aktører, der er i stand til at opfylde de landsdækkende kunders krav om at indgå aftale med én leverandør, som hurtigt kan servicere kundens driftssteder, uanset hvor i landet de ligger."

"Styrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at kun ganske få aktører er i stand til at opfylde landsdækkende kunders behov og krav, og at samarbejdet alt andet lige betyder, at der findes en ekstra tilbudsgiver til disse kunders leverancer, hvilket

øger konkurrencen og dermed styrker effektiviteten i distributionen af cateringvarer."

[Styrelsens understregning]

403. I de horisontale retningslinjer, punkt 247-248, fremgår det, at:

> *"Desuden må effektivitetsgevinsterne ikke være besparelser, der kun skyldes afskaffelse af konkurrencerelaterede omkostninger, men skal skyldes integration af økonomiske aktiviteter. En nedbringelse af transportomkostningerne, der kun skyldes en kundefordeling uden integrering af det logistiske system, kan derfor ikke betragtes som en effektivitetsgevinst som omhandlet i artikel 101, stk. 3."*
>
> *"Aftaleparterne skal påvise effektivitetsgevinsterne. Det vil i denne forbindelse være vigtigt, at begge parter bidrager med en betydelig kapital, teknologi eller andre aktiver. Omkostningsbesparelser ved at fjerne dobbeltanvendelse af ressourcer og anlæg kan også accepteres. Hvis den fælles markedsføring derimod kun omfatter et salgsagentur uden investeringer, er det sandsynligt, at der er tale om et skjult kartel, og i så fald er betingelserne i artikel 101, stk. 3, ikke opfyldt."*
>
> [Styrelsens understregning]

404. Sammenfattende er et konsortiesamarbejde i strid med konkurrencereglerne, *hvis* konsortieaftalen udgør en konkurrencebegrænsende aftale i konkurrencelovens § 6's forstand, dvs. at de fire betingelser i § 6 er opfyldt, herunder *hvis* virksomhederne i konsortiet er konkurrenter, og *hvis* konsortieaftalens effektivitetsfordele *ikke* opvejer aftalens konkurrencebegrænsninger, dvs. at de fire betingelser i konkurrencelovens § 8 ikke er opfyldt.

405. I det følgende vurderes det først, om LKF og Eurostar er konkurrenter, jf. afsnit 4.3.2 nedenfor. Herefter analyseres det ved en gennemgang af de fire betingelser i konkurrencelovens § 6 i øvrigt, om der foreligger en konkurrencebegrænsende konsortieaftale mellem LKF og Eurostar, jf. afsnit 4.3.3-4.3.6. Endelig vurderes det, om konsortieaftalen mellem LKF og Eurostar opfylder betingelserne for en individuel fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, jf. afsnit 4.4.2.

4.3.2 Er LKF og Eurostar konkurrenter?

406. Kommissionen har i de horisontale retningslinjer fastlagt en række principper til brug for en konkurrenceretlig vurdering af, hvornår virksomheder er konkurrenter. Udtrykket "konkurrenter" omfatter både faktiske og potentielle konkurrenter. To virksomheder behandles som faktiske konkurrenter, hvis de opererer på det samme relevante marked. En virksomhed behandles som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode vil foretage de nødvendige supplerende investe-

ringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer.

407. I mange tilfælde vil det være helt oplagt, om en virksomhed kan byde på en opgave alene. Helt overordnet skal der ved vurderingen af, om en virksomhed kan byde på en opgave alene, tages hensyn til markedets karakteristika og virksomhedens kapacitet, ressourcer og knowhow.

408. Det har i denne sag betydning for den konkurrenceretlige vurdering af Konsortiet, at Udbuddet giver mulighed for at afgive delbud, idet LKF's og Eurostars kapacitet herefter skal vurderes i forhold til de enkelte distrikter (delbud) i Udbuddet. Det afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af Konsortiet er med andre ord, om parterne hver især kan udføre vejmarkeringsopgaverne i de enkelte distrikter og ikke, om parterne kan udføre den samlede opgave i Udbuddet, dvs. alle tre distrikter samlet. Herudover kan det indgå i vurderingen, om LKF og Eurostar endda har kapacitet til at byde på alle tre distrikter i Udbuddet. Det er således relevant, om LKF og Eurostar kan anses for aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til de enkelte distrikter (delbud) i Udbuddet.

409. Analysen af, om LKF og Eurostar er konkurrenter vil gennemgå (i) vejmarkeringsmarkedets karakteristika (afsnit 4.3.2.1), og (ii) om LKF og Eurostar har den fornødne kapacitet (afsnit 4.3.2.2).

4.3.2.1 Karakteristika ved markedet

410. LKF og Eurostar er entreprenører indenfor vejmarkering og udfører begge vejmarkeringsaktiviteter i Danmark. LKF og Eurostar er desuden begge en del af en nordisk koncern, henholdsvis Geveko AB (Europas største entreprenør indenfor vejmarkering) og SAFEROAD Gruppen (Nordens største virksomhed indenfor vejmarkering, skiltning og trafiksikkerhed). Den primære forskel på de to virksomheder er, at LKF selv producerer den termoplast (stribemasse), som bruges til at udlægge vejmarkering. LKF og Eurostar agerer således i samme omsætningsled.

411. LKF og Eurostar udfører hver især vejmarkeringsopgaver for bl.a. Vejdirektoratet og kommuner. Der henvises til punkt 319-324, hvor LKF's og Eurostars vejmarkeringsaktiviteter i Danmark er beskrevet. Herudover har LKF og Eurostar tidligere budt på Vejdirektoratets udbud af større vejmarkeringsopgaver hver for sig, fx i forbindelse med (i) Vejdirektoratets udbud af nymarkering 2010-2012 i Vejcenter Sjælland, hvor […] vandt udbuddet med en entreprisesum på […] kr. om året, (ii) Vejdirektoratets udbud af gen- og nymarkering i Syddanmark for perioden 2011–2012 (entreprisesum på […] kr. om året), og (iii) Vejdirektoratets udbud af gen- og nymarkering i Midt- og Vestjylland for perioden 2011-2012, hvor […] vandt udbuddet med en entreprisesum på […] kr. om året.

412. I Danmark er det som nævnt hovedsageligt syv virksomheder, der er aktive indenfor vejmarkering, hvoraf der er fire store aktører, som er landsdækkende, og som tilsammen står for ca. [70-90] pct. af omsætningen i Danmark. LKF er landets største entreprenør indenfor vejmarkering, og Eurostar er Danmarks næststørste entreprenør. Konsortiet har derfor potentialet til i betydeligt omfang at begrænse konkurrencen, idet antallet af uafhængige virksomheder begrænses fra 7 til 6 virksomheder.

413. Markedet for vejmarkering er i øvrigt ikke kendetegnet ved særlige kapacitetsbegrænsninger. Der kræves alene adgang til specialmaskiner og medarbejdere, som kan betjene maskinerne. Dog kræves der en vis kapital, da specialmaskinerne (vogntog) koster ca. [3,0]-[3,65] mio. kr. Specialmaskinerne, som er nærmere beskrevet i punkt 65-73, kan købes hos producenter i Danmark, herunder Borum Industri A/S, […]. Borum Industri har oplyst, at leveringstiden for de forskellige maskintyper er 4-7 uger.

414. I det følgende vurderes det, om LKF og Eurostar er potentielle og aktuelle konkurrenter i forhold til Udbuddet, og om Konsortiet begrænser den konkurrence om Udbuddet, der ellers ville have været mellem parterne, fordi LKF og Eurostar hver især har den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet, jf. afsnit 4.3.2.2 nedenfor.

4.3.2.2 Har LKF og Eurostar den fornødne kapacitet?

415. I det følgende belyses om LKF og Eurostar kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet hver for sig.

416. Vurderingen af, om LKF og Eurostar har den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet består af en analyse af (i) betydningen af mulighed for at afgive delbud (afsnit 4.3.2.2.1), (ii) adgang til maskiner og maskinformænd (afsnit 4.3.2.2.2), og (iii) betydningen af nye forventede kunder eller opgaver (afsnit 4.3.2.2.3).

4.3.2.2.1 Betydning af mulighed for at afgive delbud

417. Vejdirektoratet har udformet Udbuddet således, at det var muligt for de bydende kun at byde på et enkelt distrikt (fx Hovedstaden), dvs. at det var muligt at afgive delbud.

418. Tildelingskriteriet i Udbuddet var laveste pris. Vejdirektoratet skulle således ud fra de indkomne bud vælge den kombination af bud, der samlet set gav den laveste pris på Udbuddet. Den laveste pris i Udbuddet findes ved at sammenholde Konsortiets samlede bud på alle tre distrikter med summen af de billigste delbud på de enkelte distrikter. Konkurrencen om delbud er derfor lige så vigtig som konkurrencen om det samlede bud på Udbuddet.

419. I Udbuddet var Konsortiets samlede bud inklusiv en samlerabat på 20 pct. samlet set billigst for Vejdirektoratet.

420. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at Konsortiet var den eneste aktør, som afgav bud på distrikt 3 (Hovedstaden), jf. punkt 30 (tabel 1). Hvis LKF og Eurostar ikke havde budt sammen i Konsortiet, kunne der have været to bud på distrikt 3 (Hovedstaden). Det er derfor afgørende for konkurrencen om Udbuddet, at Konsortiet koordinerer delbud (bud på de enkelte distrikter) og ikke kun det samlede bud på Udbuddet (alle tre distrikter).

421. Det har i denne sag betydning for den konkurrenceretlige vurdering af Konsortiet, at Udbuddet giver mulighed for at afgive delbud, idet LKF's og Eurostars kapacitet herefter skal vurderes i forhold til de enkelte distrikter (delbud) i Udbuddet. Det afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af Konsortiet er således, om parterne hver især kan udføre vejmarkeringsopgaverne i de enkelte distrikter og ikke, om parterne kan udføre den samlede opgave i Udbuddet, dvs. alle tre distrikter samlet. Det indgår som et supplement i vurderingen, om LKF og Eurostar endda har kapacitet til at byde på alle tre distrikter i Udbuddet.

422. LKF har henvist til, at Udbuddet – efter LKF's opfattelse – ikke giver en tilbudsgiver reel mulighed for at blive tildelt enkelte distrikter i Udbuddet, da Vejdirektoratets pris- og rabatmodel medfører, at den effektive pris på et distrikt skal være meget lav:

> *"For det andet fulgte det af udbudsvilkårene, at tildeling skete til den, der afgav det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud, og materialet anførte eksplicit, at tilbudsgivere indarbejdede en rabatmodel afhængig af at få tildelt flere eller alle entrepriser. En tilbudsgiver, der afgav bud på samtlige entrepriser inklusiv en rabat, ville således afgive det bedste tilbud, og dermed blive tildelt alle entrepriser. Udbuddets karakter gjorde dermed, at en tilbudsgiver for realistisk set at komme i betragtning skulle byde på alle entrepriser og ikke blot på en delentreprise."*

423. LKF har endvidere henvist til, at Vejdirektoratet har tildelt de to tidligere landsdækkende udbud af vejmarkeringsopgaver på det statslige vejnet til én aktør baseret på Vejdirektoratets tværgående rabatmodel, og at Vejdirektoratet desuden har opfordret de bydende, herunder LKF, til at byde på den samlede opgave, dvs. alle tre distrikter i Udbuddet og i den forbindelse inkludere en samlerabat ved overdragelse af flere distrikter.

424. LKF mener på den baggrund, at konkurrencen om Udbuddet angår det samlede udbud, dvs. alle tre distrikter i Udbuddet.

425. I samme retning har Eurostar overfor styrelsen oplyst, at Eurostars bevæggrund for at indgå i Konsortiet var at deltage i konkurrencen om den samlede opgave ved Udbuddet. Eurostar har i den forbindelse henvist til, at tildelingskriteriet i

Udbuddet var laveste pris for den samlede opgave. Den samlede opgave i Udbuddet, dvs. vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter, var ifølge Eurostar af en størrelse, som overskred Eurostars kapacitet i form af maskiner.

426. Eurostar henviser endvidere til, at rabatstrukturen sammenholdt med Udbuddets tildelingskriterium gav det indtryk, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave og ikke de enkelte distrikter, idet det reelt ikke var muligt at tage del i konkurrencen på lige fod ved alene at afgive tilbud på enkelte distrikter. Endelig henviser Eurostar til, at de historiske forhold bekræfter, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, idet Vejdirektoratet tidligere har tildelt de landsdækkende udbud af vejmarkeringsopgaver til én aktør.

427. Hertil skal styrelsen bemærke, at Udbuddet var tilrettelagt, så det var muligt for de bydende kun at byde på et enkelt distrikt (fx Hovedstaden), dvs. at det var muligt at afgive delbud. Det er korrekt, at der i udbudsmaterialet var mulighed for, at de bydende kunne tilbyde en samlet rabat, hvis de vandt flere distrikter. Dette fremgår af Vejdirektoratets bestemmelser om udbud og tilbud for Udbuddet ("BUT"), afsnit 3.2:

> *"**Entrepriseform***
> *Arbejdet udbydes i følgende tre entrepriser.*
>
> - *GEN-KA-SD-3*
> - *GEN-KA-OD-4*
> - *GEN-KA-OD-5*
>
> *"Tilbudsgiver 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."*
>
> [Styrelsens understregning]

428. Vejdirektoratet har eksplicit henvist til BUT, afsnit 3.5, for en nærmere beskrivelse af, hvordan entrepriserne i Udbuddet tildeles. Det fremgår heraf, at Vejdirektoratet vælger den kombination af bud, der samlet set giver den laveste pris på Udbuddet:

> *"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."

[Styrelsens understregning]

429. Dette betyder ikke nødvendigvis, at Vejdirektoratet overdrager de tre distrikter i Udbuddet til én aktør, men blot, at tilbudsgiveren bag det isoleret set laveste bud på et enkelt distrikt ikke kan være sikker på at få tildelt dette distrikt. Det er efter styrelsens opfattelse derfor ikke korrekt, at der skulle bydes på hele Udbuddet frem for at byde på enkelte distrikter (delbud). Tværtimod gav Udbuddets udformning netop mulighed for at få tildelt enkelte entrepriser (distrikter), da konkurrencen også udspillede sig om de enkelte distrikter i Udbuddet. Lemminkäinen og Guide-Lines afgav i øvrigt også begge bud på enkelte distrikter i Udbuddet.

430. For så vidt angår den historiske tildeling af Vejdirektoratets to tidligere landsdækkende udbud af vejmarkeringsopgaver bemærkes det, at det er faktuelt forkert, når LKF og Eurostar anfører, at Vejdirektoratet har tildelt de to tidligere landsdækkende udbud af vejmarkeringsopgaver til én aktør på grund af Vejdirektoratets tværgående rabatmodel. Guide-Lines har vundet de to tidligere udbud, fordi Guide-Lines' priser både med og uden rabat var billigst. Guide-Lines ville således have haft den laveste pris på de to tidligere udbud, uanset om Guide-Lines' pris korrigeres for den tilbudte samlerabat eller ej. Hertil kommer, at der i udbudsmaterialet hverken er opstillet krav eller udtrykt ønske om, at Vejdirektoratet helst vil have én aktør, som kan dække hele Udbuddet samlet.

Vejdirektoratet har heller ikke mundtligt opfordret parterne til at byde sammen eller til at benytte rabatmodellen. Tværtimod har Vejdirektoratet oplyst, at der ikke har været nogen form for kontakt mellem Vejdirektoratet og parterne i udbudsfasen, dvs. i perioden fra Udbuddet sendes i udbud, til Konsortiet afgiver bud.

431. Styrelsen bemærker, at det ikke i sig selv er et kriterium for et lovligt konsortiesamarbejde, at samarbejdet medfører øgede vinderchancer, hvis dette sker som følge af, at en konkurrent elimineres.

432. Styrelsen bemærker endvidere, at Konsortiets bud på distrikt 1 (Syddanmark) var knap 1 mio. kr. højere pr. år end Lemminkäinens bud, som var det laveste bud på distriktet. Dermed var konsortiets bud 29 pct. højere end det billigste bud på distrikt Syddanmark. Tilsvarende var Konsortiets bud på distrikt 2 (Sjælland) knap 1 mio. kr. højere pr. år end Guide-Lines' bud, som var det laveste bud på dette distrikt. Hermed var Konsortiets bud 57 pct. højere end det billigste bud på distrikt Sjælland. Konsortiets bud på de to distrikter var altså væsentligt højere end buddene fra de mindre virksomheder Lemminkäinen og Guide-Lines.

433. Sammenfattende er det styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar kunne afgive delbud på de enkelte distrikter i Udbuddet, idet konkurrencen om Udbuddet både udspiller sig om enkelte distrikter og den samlede opgave i Udbuddet. Vurderingen af, om LKF og Eurostar hver især har kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet skal analyseres i forhold til de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud), da dette er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af Konsortiet. Styrelsen har derudover, som et supplement, valgt også at analysere parternes kapacitet i forhold til alle tre distrikter i Udbuddet.

4.3.2.2.2 Adgang til maskiner og maskinformænd

434. I vurderingen af, om LKF og Eurostar hver især har den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, er det afgørende, om virksomhederne har reel mulighed for at klare opgaven alene. Da Udbuddet giver mulighed for at afgive delbud på de enkelte distrikter i Udbuddet, er det afgørende, om LKF og Eurostar har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter.

435. I den forbindelse spiller det ind, om LKF og Eurostar har (i) adgang til tilstrækkelig udstyr (maskiner) og arbejdskraft, (ii) økonomiske ressourcer til at gennemføre de investeringer, der er nødvendige for opgaven, og (iii) den nødvendige knowhow til at klare opgaven.

436. Vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet omfatter både maskinarbejde, dvs. arbejde med en maskinbil (vogntog) og håndarbejde, dvs. arbejde med en håndholdt stribemaskine.

437. LKF og Eurostar har overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at de begge råder over den type vejmarkeringsmaskiner og mandskab til betjening heraf, som vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet kræver. Efter parternes opfattelse består LKF's og Eurostars kapacitetsbegrænsning således i, at LKF og Eurostar ikke råder over det tilstrækkelige antal maskiner og mandskab.

438. I relation til LKF's og Eurostars økonomiske ressourcer bemærker styrelsen, at både LKF og Eurostar er i stand til at opfylde Udbuddets krav til egenkapital mv. Dette er oplyst af parterne på møder med styrelsen.

439. Derudover bemærkes det, at LKF og Eurostar begge har den nødvendige knowhow til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. Både LKF og Eurostar har tidligere udført vejmarkeringsopgaver for Vejdirektoratet og har derfor begge erfaring med denne type opgaver. Der er således ikke tale om, at parterne har specialiseret sig inden for forskellige områder.

440. For så vidt angår LKF's og Eurostars adgang til maskiner og arbejdskraft (maskinformænd) vurderes det i afsnit 4.3.2.2.4.1-4.3.2.2.4.3 nedenfor, om LKF og Eu-

rostar allerede har adgang til de ressourcer i form af maskiner og maskinformænd, som er nødvendige for at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet.

4.3.2.2.3 Betydning af nye forventede kunder eller opgaver

441. I vurderingen af, om LKF og Eurostar hver især har den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, er det nødvendigt at få et overblik over den kapacitet, som de to virksomheder skal bruge på de aftaler, de i forvejen har indgået.

442. Der er så vidt ses ikke praksis, der helt specifikt angiver, om eller i hvilket omfang nye kunder eller nye opgaver, dvs. opgaver, som der endnu ikke er indgået aftaler om, skal indgå i vurderingen af en virksomheds ledige kapacitet.

443. Det afgørende for vurderingen af, om et konsortiesamarbejde er i overensstemmelse med konkurrencelovens § 6, er, om konsortiesamarbejdet er nødvendigt for at kunne være med i konkurrencen om en opgave. Hvis virksomhederne reserverer kapacitet til fremtidige opgaver, som der ikke er indgået aftaler om, har virksomhederne reelt ledig kapacitet på planlægningstidspunktet, og et konsortiesamarbejde vil derfor ikke være nødvendigt.

444. Det er styrelsens vurdering, at der kun i særlige tilfælde kan tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder, fx hvis det kan dokumenteres, at der er tale om forventede opgaver fra kernekunder, som har en sådan fast tilbagevendende karakter, at det er realistisk og dermed retvisende at reservere kapacitet til at udføre disse opgaver. I sådanne særlige tilfælde kan det være relevant at medregne kapacitetsbehovet til disse forventede opgaver, når virksomheden opgør sin ledige kapacitet.

445. Konkret betyder det, at styrelsen i vurderingen af LKF's og Eurostars kapacitet i udgangspunktet kun skal tage hensyn til de vejmarkeringsopgaver, som parterne har indgået aftale om på det tidspunkt, Udbuddet sendes i udbud, og som fortsætter i den periode, vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet skal udføres.

446. I relation til Eurostars opgaveportefølje for 2014 bemærker styrelsen, at Eurostar har fratrukket nye forventede opgaver i den kapacitetsberegning, som [en ansat i Eurostar], har udarbejdet forud for Udbuddet (bilag 6). Dette behandles i afsnit 4.3.2.2.4.3 nedenfor.

447. For så vidt angår LKF's opgaveportefølje for 2014 bemærker styrelsen, at det af den kapacitetsberegning, som LKF's advokat har udarbejdet til styrelsen den 5. december 2014 fremgår, at LKF regnede med, at virksomheden i 2014 skulle udføre […]. Styrelsen konstaterer, at omfanget af […]. Det er styrelsens vurdering, at LKF har indregnet forventede opgaver, som skal udføres i 2014, og som der ikke var indgået aftale om på tidspunktet for Udbuddet. Det bemærkes, at der kun i særlige tilfælde tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder, når virk-

somheden opgør sin ledige kapacitet. LKF har imidlertid ikke dokumenteret, at der er tale om forventede opgaver for kernekunder, som har en sådan fast tilbagevendende karakter, at det var retvisende at medregne de forventede opgaver i LKF's arbejdstimebehov. Styrelsen har derfor trukket de forventede opgaver fra i opgørelsen af LKF's arbejdstimebehov ekskl. Udbuddet.

448. En fuldstændig korrekt opgørelse af timeforbruget i 2014, hvor de forventede, men ikke indgåede aftaler eller opgaver ikke indgår, kan derfor ikke opgøres. Styrelsens beregning overvurderer formentlig, hvor mange timer, der anvendes til […] kunder eller opgaver, og undervurderer derfor LKF's ledige kapacitet.

449. Disse beregninger behandles i afsnit 4.3.2.2.4.1 nedenfor.

450. LKF's og styrelsens opgørelser af LKF's maskinformænds kapacitet er nærmere dokumenteret i bilag 17 og bilag 18.

451. Det er sammenfattende styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, ikke kan reservere kapacitet til forventede nye kunder eller opgaver i deres kapacitetsberegninger. Et eksempel herpå er, hvis LKF eller Eurostar modtager en reklamation over arbejde, de har udført og derfor ved, at de skal afhjælpe dette. Styrelsen har dog ikke modtaget oplysninger, der dokumenterer, at der er tale om nye opgaver i form af afhjælpningsarbejder.

4.3.2.2.4 Har LKF og Eurostar allerede den fornødne kapacitet?

452. LKF og Eurostar har begge oplyst, at de ikke kunne udføre vejmarkringsarbejderne i Udbuddet hver for sig.

453. Ved vurderingen af, om LKF og Eurostar hver især har mulighed for at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet, tages udgangspunkt i de ressourcer, som LKF og Eurostar enten har eller har mulighed for at skaffe på det tidspunkt, vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet skal leveres.

454. I dette afsnit behandles den kapacitet, som LKF og Eurostar allerede har. Spørgsmålet om, hvorvidt LKF og Eurostar har mulighed for at skaffe de ressourcer, der skal bruges i Udbuddet, er behandlet selvstændigt i afsnit 4.3.2.2.5 nedenfor.

455. I det følgende analyseres det først, om LKF og Eurostar allerede har den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet hver for sig. Parternes eksisterende kapacitet vurderes bl.a. ud fra de kapacitetsberegninger, som LKF og Eurostar hver især har udarbejdet forud for Udbuddet. Indledningsvist behandles udarbejdelsen og udvekslingen af LKF's og Eurostars kapacitetsberegninger i afsnit 4.3.2.2.4.1. LKF's eksisterende kapacitet vurderes herefter i afsnit 4.3.2.2.4.2, mens Eurostars eksisterende kapacitet vurderes i afsnit 4.3.2.2.4.3.

456. Endelig sammenfattes de to virksomheders kapacitet i forhold til de enkelte distrikter i Udbuddet og deres kapacitet i forhold til hele Udbuddet, dvs. vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter, samlet i afsnit 4.3.2.2.4.4 nedenfor.

4.3.2.2.4.1 LKF's og Eurostars kapacitetsberegninger forud for Udbuddet

457. For så vidt angår parternes kapacitetsberegninger bemærker styrelsen *for det første*, at hverken LKF's eller Eurostars kapacitetsberegning (bilag 6 og bilag 7) forholder sig til muligheden for at afgive delbud på et eller flere af distrikterne i Udbuddet. Allerede af denne grund er LKF's og Eurostars kapacitetsberegninger ufuldstændige.

458. *For det andet* er LKF's kapacitetsberegning efter styrelsens vurdering ikke udtryk for reelle kapacitetsovervejelser om virksomhedens kapacitet. Styrelsens vurdering er endvidere, at både LKF og Eurostar undervurderer virksomhedernes kapacitet. Hertil kommer, at både LKF's og Eurostars kapacitetsberegninger er ufuldstændige og generelle, idet LKF og Eurostar reelt ikke har foretaget en vurdering af den flerhed af faktorer, som skal indgå i en kapacitetsvurdering, jf. punkt 477-484 (LKF) og punkt 570-597 (Eurostar).

459. Bl.a. indeholder LKF's kapacitetsberegning alene en fortegnelse over de 4 maskinformænd i virksomheden, som har ledig kapacitet (med angivelse i pct.) isoleret og uden, at dette sættes i forhold til det konkrete udbud. For så vidt angår Eurostars kapacitetsberegning har Eurostar bl.a. fejlagtigt fratrukket opgaver, som virksomheden har en forventning om vil tilgå, men som der endnu ikke er indgået aftaler om, og som Eurostar derfor ikke har bundet kapacitet i. Eurostar har heller ikke forholdt sig til muligheden for at skaffe den yderligere kapacitet, som Eurostar i beregningen konkluderer, at virksomheden mangler for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene.

460. Hertil kommer i øvrigt, at LKF's og Eurostars kapacitetsberegninger først er *udarbejdet* tæt på etableringen af Konsortiet, nærmere bestemt henholdsvis 5 og 2 dage før parterne underskrev Aftalen. Eurostars kapacitetsberegning er udarbejdet den 6. marts 2014, mens LKF's kapacitetsberegning først er udarbejdet den 9. marts 2014, som er to dage efter, at parterne mødes og drøfter Aftalen, Fordelingsaftalen og udfyldelse af tilbudslister til Udbuddet.

461. Parterne har sendt konklusionerne på deres kapacitetsberegninger til hinanden den 10. marts 2014, dvs. dagen før, de underskriver Aftalen.

462. Således fremgår det af [en ansat i Eurostar]'s e-mail af 10. marts 2014 til [en ansat i LKF], at Eurostar ikke er i stand til at byde på alle tre distrikter i Udbuddet (bilag 8):

> *"Hej [en ansat i LKF],*

Tak for et godt og konstruktivt møde d.d.

Jeg har nu gennemgået kapacitetsbehovet for den samlede entreprise i forbindelse med Vejdirektoratets udbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017. Eurostar har foretaget en skriftlig vurdering af, om selskabet er i stand til at varetage den samlede entreprise. Eurostar Danmarks beregninger viser, at selskabet ikke med deres nuværende kapacitet vil være i stand til at byde på den samlede entreprise.

Hvorledes ser det ud for LKF Vejmarkering?"

[Styrelsens understregning]

463. Hertil svarer [en ansat i LKF] samme dag (bilag 9), at LKF heller ikke har kapacitet til at byde på alle tre distrikter i Udbuddet:

"Hej [en ansat i Eurostar]

Vi har været omkring de samme tanker med hensyn til om LKF kapacitetsmæssigt kan løfte alle 3 entrepriser i eget regi.

Dels har vi set på den maskinmæssige del og dels på den mandskabsmæssige del.

Maskinmæssigt vil vi ikke kunne løfte den udbudte mængde set i lyset af allerede indgåede aftaler samt forventede yderligere ordreindgang.

Mandskabsmæssigt har vi p.t. […] hvorfor det også her vil knibe.

På baggrund af ovenstående vil LKF ikke være i stand til at byde på den samlede entreprise."

[Styrelsens understregning]

464. Dagen før Konsortiet byder på Udbuddet, dvs. den 20. marts 2014, fremsender [en ansat i LKF] på ny en vurdering af LKF's kapacitet til [en ansat i Eurostar] (bilag 11):

"Hej [en ansat i Eurostar]

I forbindelse med Vejdirektoratets udbud af genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 har LKF Vejmarkering foretaget en skriftlig vurdering af, om selskabet er i stand til at varetage den samlede entreprise. LKF Vejmarkerings beregninger viser, at vi ikke med den nuværende kapacitet vil være i stand til at byde på den samlede entreprise.

Dette er beregnet ud fra vor nuværende ordrebeholdning samt forventede ordreindgang. LKF Vejmarkering har ligeledes p.t. […].

LKF Vejmarkering har inden for de […] samtidig […]."

[Styrelsens understregning]

465. E-mailens indhold er næsten identisk med den e-mail, [en ansat i LKF] har sendt til [en ansat i Eurostar] 10 dage tidligere, dvs. den 10. marts 2014 (bilag 9). Den eneste forskel er, at [en ansat i LKF] den 20. marts 2014 har tilføjet et forhold omkring […], som en del af årsagen til, at LKF ikke er i stand til at varetage den samlede entreprise i Udbuddet.

466. Af e-mailkorrespondancen af 10. marts 2014 (bilag 8 og bilag 9) og e-mailen af 20. marts 2014 (bilag 11) fremgår det, at LKF og Eurostar – ligesom i deres kapacitetsberegninger (bilag 6 og bilag 7) - hverken omtaler eller forholder sig til muligheden for at afgive delbud på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.

467. Styrelsen bemærker, at LKF og Eurostar allerede den 7. marts 2014 afholder et møde om Konsortiet. Eurostar har dog oplyst, at mødet ikke blev afholdt som planlagt, men blev flyttet til den 10. marts 2014. Mødet havde følgende dagsorden:

"Hej [en ansat i LKF],

Jeg tænker at vi kan have det hele på plads på et par timer…

Det er ikke så kompliceret.

- *Konsortieaftale*
- *Fordelingsaftale.*
- *Tilbud*

Så kan vi […].

Jeg er på ferie fra […] Begge dage inkl.

Mvh.
[En ansat i Eurostar]"

[Styrelsens understregning]

468. Det fremgår heraf, at dagsordenen for mødet var at drøfte Aftalen (bilag 4), Fordelingsaftalen (bilag 5) og tilbudslisterne (bilag 10) med henblik på at have dokumenterne klar til underskrift den 12. marts 2014. Mødet blev således afholdt (eller i hvert fald skemalagt), inden LKF havde udarbejdet deres kapacitetsberegning, dvs. at parterne er gået i gang med at etablere Konsortiet, udarbejde Fordelingsaftalen og udfylde tilbudslisterne *inden* parterne ved, om de har kapacitet til at byde hver for sig, eller om det er nødvendigt at gå sammen i et konsortium med en anden entreprenør.

469. Hertil skal styrelsen bemærke, at parterne først sent i forløbet foretager en vurdering af, om de kan byde alene, eller om de skal byde i et konsortium med en anden entreprenør. Det vil efter styrelsens opfattelse være naturligt at foretage denne vurdering, inden parterne mødes/planlægger at mødes for at drøfte Aftalen, Fordelingsaftalen og udfyldelse af tilbudslisterne til Udbuddet. Dette skyldes, at parterne i modsat fald ikke kan vide, om det er nødvendigt at gå sammen og byde i Konsortiet.

470. Den 11. marts 2014, dvs. 4 dage efter at parterne har holdt møde om Konsortiet, underskriver LKF og Eurostar Aftalen om at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet.

471. Styrelsen bemærker sammenfattende, at e-mailen af 11. marts 2014 sammenholdt med mødet mellem parterne den 7. marts 2014 dokumenterer, at LKF og Eurostar har været langt inde i drøftelserne omkring etableringen af Konsortiet, Fordelingsaftalen og tilbudsberegningen, før parterne har foretaget en vurdering af, om de rent faktisk havde kapacitet til at byde på Udbuddet hver for sig.

472. Samlet set er det styrelsens vurdering, at LKF's og Eurostars kapacitetsberegninger ikke forholder sig til muligheden for at afgive delbud på de enkelte distrikter i Udbuddet. Hertil kommer, at LKF's kapacitetsberegning ikke er udtryk for reelle kapacitetsovervejelser om virksomhedens kapacitet, ligesom der heller ikke er nogen form for sandsynliggørelse af, at den ledige kapacitet er som angivet i beregningen. Både LKF's og Eurostars kapacitetsberegninger er i øvrigt ufuldstændige og generelle, idet LKF og Eurostar reelt ikke har foretaget en vurdering af den flerhed af faktorer, som skal indgå i en kapacitetsvurdering. Selv om der ikke foreligger den fornødne dokumentation for, at særligt LKF's kapacitetsberegning er retvisende, har styrelsen alligevel i det følgende undersøgt, om parternes beregninger kan begrunde, at LKF og Eurostar ikke alene havde kapacitet til at byde på Udbuddet.

4.3.2.2.4.2 LKF

473. LKF har overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at virksomheden ikke kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene.

474. Overordnet har LKF henvist til, at LKF mangler vejmarkeringsmaskiner og mandskab til at betjene maskinerne for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet.

475. LKF har ad to omgange lavet en kapacitetsberegning over virksomhedens eksisterende kapacitet, som i begge tilfælde viser, at LKF ikke kunne udføre opgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet alene. Den første gang, LKF udarbejder en kapacitetsberegning, er forud for Udbuddet. Denne kapacitetsberegning er udarbejdet af [en ansat i LKF] og er fremlagt som bilag 7 i sagen. Den anden gang, LKF udarbejder en kapacitetsberegning, er i forbindelse med styrelsens oplysning af sagen, hvor LKF's advokat indsender beregninger, der viser, at LKF ikke var i stand til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene.

476. I dette afsnit vurderes LKF's eksisterende kapacitet i forhold til a) den kapacitetsberegning, [en ansat i LKF] har lavet forud for Udbuddet, b) den kapacitetsberegning, som LKF's advokat har udarbejdet i forbindelse med styrelsens behandling af sagen, c) variationen i den mængde termoplast, LKF udlægger om året og d) en stigning på [20-30] pct. i mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden i forhold til den udbudte mængde.

a) LKF's kapacitetsberegning forud for Udbuddet

477. [En ansat i LKF] har forud for Udbuddet udarbejdet en kapacitetsberegning over virksomhedens eksisterende kapacitet (bilag 7). I LKF's kapacitetsberegning skønnes over, hvor meget ledig kapacitet 4 maskinformænd i LKF havde i 2014, da Udbuddet blev sendt i udbud.

478. Beregningen er ikke dokumenteret, og der er i øvrigt ikke nogen form for sandsynliggørelse af, at den ledige kapacitet er som angivet. Kapacitetsberegningen forholder sig hverken til muligheden for at afgive delbud eller et samlet bud på hele Udbuddet.

479. Selv om der ikke foreligger den fornødne dokumentation for, at denne kapacitetsberegning er retvisende, har styrelsen alligevel i det følgende undersøgt, om beregningen kan begrunde, at LKF ikke alene havde kapacitet til at byde på Udbuddet.

480. For så vidt angår LKF's kapacitetsberegning bemærker styrelsen følgende:

481. LKF's kapacitetsberegning er udarbejdet den 9. marts 2014 (bilag 7). Det fremgår ikke klart af bilag 7, om LKF's kapacitetsberegning vedrører maskin- og/eller mandskabskapacitet. Overskriften på beregningen er *"Notat vedr. maskinkapacitet i forbindelse med tilbudsgivning til 3 genmarkeringsentrepriser VD"*. I forbindelse med styrelsens oplysning af sagen har LKF præciseret, at LKF's kapacitetsberegning både vedrører LKF's maskin- og mandskabskapacitet.

482. Styrelsen har derfor lagt til grund, at beregningen vedrører både maskin- og mandskabskapacitet.

483. Konkret har [en ansat i LKF] lavet et notat over virksomhedens eksisterende kapacitet ved at opliste de maskinformænd i LKF (inklusiv maskiner), som har ledig kapacitet i 2014, og som derfor kan allokeres til maskinarbejdet i Udbuddet (Udbuddet består både af maskinarbejde og håndarbejde). [En ansat i LKF] har ud for de enkelte maskinformænd skønnet deres ledige kapacitet og har angivet denne i procent. LKF's kapacitetsberegning vedrører således LKF's maskinkapacitet i form af maskinformænd (inklusiv maskiner), men siger ikke noget om LKF's kapacitet for så vidt angår medhjælpere eller de håndformænd, som skal bruges til at udføre håndarbejdsdelen i Udbuddet.

484. LKF's notat over virksomhedens eksisterende kapacitet (bilag 7) indeholder ikke nogen konklusion. Notatet beskriver alene, at LKF har i alt 4 maskinformænd (inklusiv maskiner) med ledig kapacitet. Bilag 7 er gengivet i tabel 12 nedenfor (samme som tabel 6 i afsnit 3.4.3.1).

Tabel 12 LKF's oversigt over ledig kapacitet blandt LKF's maskinformænd

Formand	Skønnet ledig kapacitet i 2014
Formand for maskinbil: [Formand 1]	Ca. [10-20] pct.
Formand for maskinbil: [Formand 2]	Maks. [7-17] pct.
Formand for maskinbil: [Formand 3]	Ca. [8-18] pct.
Formand for maskinbil: [Formand 4]	[15-30] pct.

485. For at kunne omregne LKF's angivelse af de 4 maskinformænds ledige kapacitet til timer, har styrelsen anvendt den opgørelse over maskinformændenes faktiske arbejdstid i 2012 og 2013, som LKF har indsendt til styrelsen, og som ifølge LKF er *"retvisende for den normale belastning af LKF"*. Det fremgår af denne opgørelse, at [Formand 1] i 2012 arbejdede […] timer, at [Formand 2] i 2013 arbejdede […] timer, at [Formand 3] i 2013 arbejdede […] timer, og at [Formand 4] i 2012 arbejdede […] timer. [Formand 2] og [Formand 3] arbejdede […] i 2013, end de gjorde i 2012, mens [Formand 1] og [Formand 4] arbejdede […] i 2012, end de gjorde i 2013.

486. De fire maskinformænds arbejdstid (i det af de to år, hvor de arbejdede mest) svarer omregnet til, at [Formand 1's] ledige kapacitet i 2014 udgør […] pct. af […]

timer, dvs. […] timer. Tilsvarende kan [Formand 2's] ledige kapacitet i 2014 opgøres til […] pct. af […] timer, dvs. […] timer, [Formand 3's] ledige kapacitet i 2014 udgør […] pct. af […] timer, dvs. […] timer, og [Formand 4's] ledige kapacitet i 2014 udgør […] pct. af […] timer, dvs. […] timer. I alt svarer det til, at de fire maskinformænd i LKF tilsammen har en ledig kapacitet på […] timer i 2014.

487. LKF har i forbindelse med styrelsens behandling af sagen estimeret, hvor mange maskinarbejdstimer (maskinformandstimer) og håndarbejdstimer (håndformandstimer), de enkelte distrikter i Udbuddet efter LKF's vurdering kræver.145 I tabel 7 i afsnit 3.4.3.1 har styrelsen gengivet LKF's estimat. Det fremgår heraf, at LKF har estimeret, at LKF samlet skal bruge […] maskinarbejdstimer (maskinformandstimer) pr. år på at udføre vejmarkeringsarbejdet i alle tre distrikter i Udbuddet. Fordelt på de enkelte distrikter har LKF vurderet, at der skal bruges […] maskinformandstimer i distrikt Syddanmark, […] maskinformandstimer i distrikt Sjælland, og […] maskinformandstimer i distrikt Hovedstaden.

488. Ifølge LKF's egen opgørelse af arbejdstimebehovet for Udbuddet vil virksomheden således have kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i enten distrikt Sjælland eller distrikt Hovedstaden, da LKF's ledige kapacitet på […] timer overstiger det af LKF angivne arbejdstimebehov for hvert af de to distrikter på henholdsvis […] timer og […] timer.

489. Styrelsen har ligeledes indhentet oplysninger om arbejdstimebehovet fra to af de øvrige aktører, som bød på Udbuddet, Eurostar og [en af de fire største aktører i branchen], og har på den baggrund analyseret, hvor mange maskinformandstimer, vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet kræver, jf. bilag 17.

490. Styrelsens opgørelse af arbejdstimebehovet for maskinformænd er væsentligt lavere end de maskinformandstimer, som LKF har angivet, at maskinarbejdet i Udbuddet kræver. Styrelsens analyse og opgørelse er baseret på LKF's, Eurostars og [en af de fire største aktører i branchen]'s opgørelse af arbejdstimebehovet, oplysninger om LKF's omsætning for maskinarbejde og endelig Udbuddets entreprisesum. Eurostar og [en af de fire største aktører i branchen] har begge angivet et arbejdstimebehov for maskinformænd, som er væsentligt lavere end angivet af LKF.

491. Af bilag 17 fremgår det, at styrelsen vurderer, at LKF skal bruge 1.708 maskinformandstimer på at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet, dvs. […] færre maskinformandstimer, end LKF har angivet. Fordelt på de enkelte distrikter har styrelsen vurderet, at der skal bruges 800 maskinformandstimer i distrikt Syddanmark, 411 maskinformandstimer i distrikt Sjælland og 497 maskinformandstimer i distrikt Hovedstaden.

492. Ved at sammenholde [en ansat i LKF]'s oversigt over ledig maskinkapacitet i 2014 (tabel 12), som omregnet svarer til […] timer, med styrelsens vurdering af,

hvor mange maskinformandstimer, vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet kræver (bilag 17), fremgår det, at LKF mangler […] maskinformandstimer ([…] timer – […] timer) for at kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet.

493. LKF har på den baggrund ledig kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i to vilkårlige distrikter i Udbuddet. LKF kan enten udføre vejmarkeringsarbejderne i (i) distrikt Sjælland, som kræver 411 maskinformandstimer og distrikt Hovedstaden, som kræver 497 maskinformandstimer, dvs. sammenlagt 908 timer ud af de […] maskinformandstimer, som LKF har mulighed for at allokere til maskinarbejdet i Udbuddet, (ii) distrikt Syddanmark, som kræver 800 maskinformandstimer og distrikt Hovedstaden, som kræver 497 maskinformandstimer, dvs. sammenlagt 1.297 timer eller (iii) distrikt Syddanmark, som kræver 800 maskinformandstimer og distrikt Sjælland, som kræver 411 maskinformandstimer, dvs. sammenlagt 1.211 timer ud af de […] maskinformandstimer, som LKF har mulighed for at allokere til maskinarbejdet i Udbuddet.

494. På baggrund af LKF's egen opgørelse over ledig maskinkapacitet (bilag 7), sammenholdt med LKF's maskinformænds faktiske arbejdstid i 2012 og 2013 og styrelsens opgørelse af arbejdstimebehovet ved Udbuddet, er det styrelsens vurdering, at LKF allerede har den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i to vilkårlige distrikter i Udbuddet. For indeværende udfører LKF også selv vejmarkering i to af distrikterne i Udbuddet.

495. Hvorvidt LKF har mulighed for at skaffe yderligere kapacitet behandles i afsnit 4.3.2.2.5.1 nedenfor.

b) LKF's advokats kapacitetsberegning

496. LKF's advokat har i forbindelse med styrelsens oplysning af sagen udarbejdet en kapacitetsberegning over (i) LKF's arbejdstimekapacitet, dvs. det maksimale antal timer, LKF's maskinformænd kan arbejde om året, (ii) arbejdstimebehovet i Udbuddet, dvs. hvor mange ressourcer det kræver at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, og (iii) arbejdstimebehovet for andre opgaver, dvs. det antal timer, som LKF vurderer, at LKF's maskinformænd årligt skal anvende på andre opgaver end Udbuddet, fx på vejmarkeringskontrakter, som LKF har indgået med kommuner.

497. LKF's advokat har overfor styrelsen oplyst, at:

> *"LKF er opmærksom på, at der ikke er naturlige begrænsninger i at indkøbe eller lease maskiner, hvis det er muligt at finansiere og skabe rentabilitet på investeringen af ny maskine. Hertil kommer dog, at det også er nødvendigt at uddanne det nødvendige mandskab, herunder en maskinformand til at lede et maskinteam. Kombinationen af at indkøbe eller lease maskiner, uddanne et maskinteam inklusiv*

> *en maskinformand udgør en væsentlig kapacitetsbegrænsning, og er dermed styrende for, hvilke typer af opgaver LKF kan byde på henholdsvis kun kan byde på, hvis det sker i et konsortium med en anden leverandør, der ligeledes ikke har kapacitet til den udbudte opgave." og*
>
> *"… navnlig antallet af maskiner (og maskinformænd) spiller en afgørende rolle for kapaciteten i en vejmarkeringsvirksomhed."* [Styrelsens understregning]

498. Styrelsen har på den baggrund lagt til grund, at LKF enten allerede har adgang til eller har mulighed for at skaffe de nødvendige medhjælpere og håndformænd, da LKF ikke har oplyst, at denne type medarbejdere udgør en kapacitetsbegrænsning for virksomheden.

Kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet ifølge LKF

499. LKF har vurderet, at virksomhedens maskinformænd ikke har tilstrækkelig kapacitet til at udføre opgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet. I LKF's vurdering har LKF estimeret tre centrale værdier for virksomhedens maskinformænd:

i. Arbejdstimekapaciteten.

ii. Arbejdstimebehovet for Udbuddet.

iii. Arbejdstimebehovet for andre opgaver.

500. LKF har opgjort arbejdstimekapaciteten, arbejdsbehovet for Udbuddet og arbejdstimebehovet for andre opgaver pr. år og pr. sæson. Sæsonperioden er ifølge LKF april–oktober. Arbejdstimekapaciteten pr. sæson udgør således en delmængde af arbejdstimekapaciteten pr. år. Arbejdet i Udbuddet skal i langt overvejende grad udføres i sæsonen, hvilket er årsagen til, at det er nødvendigt at opgøre værdierne både pr. år og pr. sæson.

501. Arbejdstimekapaciteten pr. år angiver det maksimale antal timer, som LKF's maskinformænd kan arbejde om året. Tilsvarende angiver arbejdstimekapaciteten pr. sæson det maksimale antal timer, som LKF's maskinformænd kan arbejde i sæsonen. Med udgangspunkt i antagelser om, hvor mange arbejdsdage LKF's vejmarkeringshold har arbejdet i 2012 og 2013, og en antagelse om en maksimal arbejdstid på under […] timer om dagen, har LKF beregnet arbejdstimekapaciteten ved spidsbelastning til henholdsvis […] timer pr. år og […] timer i sæsonen, jf. tabel 13 nedenfor.

Tabel 13 LKF's opgørelse af maskinformændenes arbejdstimekapacitet fratrukket arbejdstimebehovet for Udbuddet og andre opgaver

Antal timer for maskinformænd – LKF	Årligt	Sæson
Arbejdstimekapacitet, jf. pkt. i.	[...]	[...]
Arbejdstimebehovet for Udbuddet, jf. pkt. ii.	[...]	[...]
Arbejdstimebehovet for andre opgaver end Udbuddet, jf. pkt. iii.	[...]	[...]
Det totale arbejdstimebehov, jf. pkt. ii. og iii.	[...]	[...]
Arbejdstimekapaciteten fratrukket arbejdstimebehovet i alt	[...]	[...]

502. Arbejdstimebehovet pr. år for Udbuddet angiver det antal timer, som LKF vurderer, at LKF's maskinformænd vil skulle arbejde for at udføre samtlige vejmarkeringsarbejder i alle tre distrikter i Udbuddet. Ifølge LKF skal alle arbejderne i Udbuddet udføres i sæsonen. LKF har angivet, at virksomhedens maskinformænd skal arbejde […] timer pr. sæson i Udbuddet og dermed også pr. år for at udføre opgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet, jf. tabel 13 ovenfor.

503. Arbejdstimebehovet pr. år for andre opgaver end Udbuddet angiver det antal timer, som LKF vurderer, at LKF's maskinformænd årligt skal anvende på andre opgaver end Udbuddet. Et eksempel herpå er de kontrakter, som LKF har indgået med kommuner om at udføre vejmarkering, og som fortsætter i 2014. LKF skal derfor anvende en del af virksomhedens arbejdstimekapacitet til at udføre disse opgaver. Ifølge LKF har virksomheden et årligt arbejdstimebehov pr. år for andre opgaver på […] timer, hvoraf […] timer skal udføres i sæsonen, jf. tabel 13 ovenfor.

504. Det totale arbejdstimebehov beregnes ved at summere arbejdstimebehovet for Udbuddet med arbejdstimebehovet for andre opgaver end Udbuddet. Ifølge LKF har virksomhedens maskinformænd et totalt arbejdstimebehov på […] timer pr. år og […] timer i sæsonen.

505. LKF mener på den baggrund, at virksomheden ikke har ledig kapacitet til at udføre arbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet, da maskinformændenes arbejdstimekapacitet er mindre end det totale arbejdstimebehov, jf. tabel 13 ovenfor. Ifølge LKF mangler virksomhedens maskinformænd således […] timer om året og […] timer i sæsonen for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet samtidig med LKF's øvrige opgaver, jf. tabel 13 ovenfor.

506. LKF har til støtte for, at LKF's opgørelse af arbejdstimebehovet ved Udbuddet er retvisende, henvist til, at tilbudsgiverne, dvs. Konsortiet, Lemminkäinen og Guide-Lines, alle har vurderet arbejdstimebehovet relativt ens, idet tilbudsgivernes priser i modsat fald ville have ligget markant forskelligt. Ifølge LKF ligger de indkomne bud meget tæt, når Lemminkäinens og Guide-Lines' bud sammenlignes med Konsortiets nettobud, dvs. Konsortiets bud fratrukket en samlerabat på 20 pct.

507. Hertil skal styrelsen bemærke, at arbejdstimebehovet for Udbuddet ikke er vurderet ens af de aktører, som afgav bud på Udbuddet. Tværtimod er der en forskel på […] timer svarende til, at det næsthøjeste estimat udgør […] pct. af det højeste estimat over arbejdstimebehovet for hele Udbuddet, jf. bilag 17. Hertil kommer, at det heller ikke er korrekt, at de indkomne bud ligger meget tæt. Konsortiets bud fratrukket en samlerabat på 20 pct. er stadigvæk 3 pct. højere end det laveste bud på distrikt Syddanmark og 25 pct. højere end det laveste bud på distrikt Sjælland. I den forbindelse bemærkes det dog, at buddenes indbyrdes afvigelse ikke er afgørende for at vurdere arbejdstimebehovet i Udbuddet.

Kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet ifølge styrelsen

508. Styrelsen bemærker indledningsvist, at det afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af Konsortiet er, om LKF og Eurostar er konkurrenter i forhold til de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud). Det afgørende er således ikke, om LKF og Eurostar hver især har kapacitet til at byde på den samlede opgave i Udbuddet, dvs. alle tre distrikter.

509. Styrelsen har alligevel, som et supplement, analyseret den opgørelse over LKF's maskinformænds kapacitet, som LKF har udarbejdet i forhold til den samlede opgave i Udbuddet. Det er overordnet styrelsens vurdering, at LKF undervurderer virksomhedens arbejdstimekapacitet, og at LKF overvurderer virksomhedens arbejdstimebehov – både for Udbuddet og for virksomhedens øvrige arbejdsopgaver.

510. LKF har bestridt, at styrelsens opgørelse af LKF's mandskabskapacitet (bilag 18) er korrekt. LKF anfører til støtte herfor *for det første*, at styrelsens opgørelse er baseret på LKF's spidsbelastningskapacitet. LKF henviser i den forbindelse til, at det er urealistisk at opgøre mandskabskapaciteten på denne måde, fordi ingen virksomhed planlægger efter deres spidsbelastning. Dette vil være driftsmæssigt uforsvarligt og i strid med arbejdstidsdirektivet.

511. LKF anfører *for det andet*, at LKF's tilgang af nye kunder maksimalt udgør […] pct. af LKF's omsætning, hvilket ikke stemmer overens med en tilgang på knap […] pct., som styrelsen ifølge LKF har lagt til grund.

512. *For det tredje* anfører LKF, at Vejdirektoratets efterspørgsel af genmarkering i 2015 afviger betydeligt fra den udbudte mængde (hævet med [20-30] pct. i distrikt Hovedstaden, som LKF varetager), og at dette viser, at Vejdirektoratet lægger større beslag på LKF's kapacitet, end LKF kunne forvente. LKF er derfor nødt til at tage højde for sådanne kapacitetsoverskridelser i sin kapacitetsberegning.

513. I relation til LKF's første påstand om, at styrelsens opgørelse af LKF's mandskabskapacitet ikke er korrekt, fordi den er baseret på LKF's spidsbelastningskapacitet, bemærker styrelsen følgende. Styrelsens opgørelse i bilag 18 er ikke baseret på LKF's spidsbelastning. Tværtimod har styrelsen i beregningen af LKF's arbejdstimekapacitet taget udgangspunkt i det antal timer, som LKF's maskinformænd faktisk arbejdede i 2012 ([…] timer om året, heraf […] timer i sæsonen, jf. bilag 18). Hvis styrelsen i stedet havde baseret sin opgørelse på det faktiske antal arbejdede timer i 2013 eller gennemsnittet af 2012 og 2013, ville styrelsens konklusion fortsat være, at LKF havde kapacitet til at udføre opgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet, jf. bilag 18, punkt 70.

514. LKF har som nævnt beregnet maskinformændenes arbejdstimekapacitet ud fra en antagelse om, hvor mange arbejdsdage LKF's vejmarkeringshold har arbejdet i 2012 og 2013, og en antagelse om maksimal arbejdstid på under […] timer om dagen. På den baggrund opgør LKF deres maksimale arbejdstimekapacitet til […] timer i sæsonen, jf. tabel 13 ovenfor.

515. LKF's maskinformænd arbejdede faktisk […] timer i sæsonen i 2012 og […] timer i sæsonen i 2013. Dette fremgår af det materiale, LKF har indsendt til styrelsen. Styrelsen skal derfor bemærke, at LKF's maskinformænd faktisk ofte arbejder mere end […] timer om dagen i sæsonen. LKF's antagelse om en arbejdsdag på maksimalt […] timer undervurderer derfor LKF's maskinformænds maksimale arbejdstimekapacitet, idet LKF's maskinformænd faktisk arbejder mere end de […] timer om dagen i sæsonen.

516. Det må være rimeligt at antage, at LKF's […] maskinformænds maksimale arbejdstimekapacitet ikke er mindre end det antal timer, som de […] maskinformænd faktisk arbejdede i 2012, da arbejdstimekapaciteten netop skal måle det maksimale antal timer, som LKF's maskinformænd kan arbejde i løbet af henholdsvis en sæson og et år.

517. Det bemærkes, at det ikke er korrekt, når LKF anfører, at styrelsens analyse betyder, at LKF skal planlægge efter at overtræde arbejdstidsdirektivet.

518. For det første har styrelsen opgjort LKF's kapacitet på baggrund af historiske data om LKF's kapacitet i 2012 og 2013, som LKF har fremsendt i forbindelse med styrelsens oplysning af sagen. LKF har ved fremsendelsen af disse data oplyst, at:

"DVK afgav bud på opgaver for 2012 og for 2014-2017, og det er derfor i relation til disse perioder, at LKF's ledige kapacitet skal måles. Af gode grunde kan der ikke laves en præcis analyse for ledig kapacitet for en fremadrettet periode. Der kan på udbudstidspunktet alene laves et skøn baseret på historiske oplysninger.

I det følgende er der taget afsæt i LKF's kapacitetsforhold i 2012 og 2013, idet disse år er retvisende for den normale belastning af LKF, og derfor også var afsættet for LKF i forbindelse med vurderingen af ledig kapacitet i forhold til de tre nævnte udbud."

[Styrelsens understregning]

519. Styrelsen har således ikke opfundet et "kunstigt højt niveau" i analysen af LKF's kapacitet, men har netop anvendt den arbejdstid, som LKF's maskinformænd faktisk har arbejdet i 2012 ([…] timer, heraf […] timer i sæsonen) og 2013 ([…] timer, heraf […] timer i sæsonen). Det bemærkes, at LKF som minimum må kunne disponere over en arbejdsmængde svarende til den, LKF's maskinformænd tidligere har udført, når antallet af maskinformænd er uændret, og når LKF har oplyst, at 2012 og 2013 er *"retvisende for den normale belastning af LKF"*. Der er således ikke tale om, at 2012 og 2013 har været exceptionelt travle år, og derfor ikke er retvisende for LKF's kapacitet.

520. Styrelsens analyse af LKF's kapacitet afspejler dermed LKF's faktiske kapacitetsudnyttelse i 2012 og 2013 og er derfor udtryk for den faktiske virkelighed, som LKF befinder sig i.

521. For det andet følger det ikke af styrelsens analyse af LKF's kapacitet, at LKF skal planlægge efter at overtræde arbejdstidsdirektivet, men at LKF skal gøre det samme, som de tidligere har gjort. I den forbindelse bemærkes det, at styrelsen ikke har oplysninger om, at LKF har overtrådt arbejdstidsdirektivet.

522. Endelig og for det tredje har LKF mulighed for at skaffe yderligere mandskabskapacitet, hvis LKF ikke mener, at de med deres eksisterende kapacitet har ressourcer til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, herunder uden at overtræde arbejdstidsdirektivet. LKF kan skaffe yderligere kapacitet ved enten at trække på deres aspiranter eller ved at ansætte maskinformænd, som allerede har erfaring fra andre aktører i branchen, jf. afsnit 4.3.2.2.5.1, hvoraf det fremgår, at der sker en udveksling af arbejdskraft i branchen, og at […] senest i […] har ansat […] maskinformænd fra […].

523. Samlet set er det styrelsens vurdering, at LKF's arbejdstimekapacitet kan fastsættes til maskinformændenes samlede antal arbejdstimer i 2012. Dette er forudsat i tabel 14 nedenfor.

524. Det er på den baggrund *for det første* styrelsens vurdering, at LKF undervurderer maskinformændenes arbejdstimekapacitet i sæsonen, idet maskinformændenes faktiske arbejdstid i sæsonen var højere både i 2012 og 2013.

525. *For det andet* er det styrelsens vurdering, at LKF overvurderer arbejdstimebehovet pr. år for Udbuddet. I forbindelse med sagens behandling har styrelsen indhentet oplysninger om, hvor mange timer Eurostar og [en af de fire største aktører i branchen] hver især forventer, at deres maskinformænd årligt ville skulle arbejde for at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet. Eurostars og [en af de fire største aktører i branchen]'s estimat for maskinformændenes arbejdstimebehov for Udbuddet ligger væsentligt lavere, end LKF's estimat over arbejdstimebehovet.

526. Ifølge […] skal virksomhedens maskinformænd bruge 1.708 timer årligt på at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet. De 1.708 timer svarer til […] pct. af de […] timer, som LKF forventer, at virksomhedens maskinformænd skal arbejde årligt for at udføre arbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet.

527. Tilsvarende har […] oplyst, at virksomheden blot skal bruge [600-900] timer årligt på at udføre arbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet. Dette svarer til […] pct. af LKF's estimat.

528. Der er således meget stor forskel på de tre virksomheders estimat over maskinformændenes forventede arbejdstimebehov for Udbuddet.

529. Styrelsens vurdering af, at LKF overvurderer arbejdstimebehovet for Udbuddet er endvidere baseret på, at der er uoverensstemmelse mellem det tidsforbrug for maskinformænd, som LKF har oplyst overfor styrelsen og de tids- og arbejdsplaner, som LKF selv har udarbejdet og indsendt til Vejdirektoratet (bilag 13-14). […].

Tabel 14 Sammenligning af LKF's angivelse af tidsforbruget med LKF's tids- og arbejdsplaner for distrikt Syddanmark

Maskinhold	Antal arbejdsuger	Tidsforbrug for maskinformænd (pr. år)	Tidsforbrug for maskinformænd (pr. uge)	Tidsforbrug for maskinformænd (pr. dag)
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

530. LKF's estimat over arbejdstimebehovet synes derfor at overvurdere behovet, både set i forhold til de to øvrige aktørers estimater for arbejdstimebehovet og i for-

hold til de tids- og arbejdsplaner, som LKF og Eurostar har udarbejdet og indsendt til Vejdirektoratet.

531. Styrelsen har på baggrund af de tre virksomheders oplysninger om arbejdstimebehovet for Udbuddet, tids- og arbejdsplanerne for Udbuddet, oplysninger om LKF's omsætning for maskinarbejde, og endelig Udbuddets entreprisesum, vurderet, at arbejdstimebehovet for Udbuddet kan fastsættes til 1.708 timer. Det svarer til det estimat over arbejdstimebehovet, som […] har angivet, jf. bilag 17. Styrelsen har i den forbindelse særligt lagt vægt på, at LKF og Eurostar har udarbejdet tilbud på Udbuddet sammen i Konsortiet, og at LKF og Eurostar netop af denne grund bør have en nogenlunde ensartet opfattelse af ressourcebehovet ved Udbuddet for at nå frem til den pris, de skulle byde på Udbuddet. Hertil kommer, at […]'s estimat er mere underbygget end LKF's estimat, idet […]'s estimat er opgjort på baggrund af et skøn over […]. LKF har alene angivet et estimat, uden at det er forklaret, hvordan LKF er kommet frem til dette arbejdstimebehov.

532. *For det tredje* er det styrelsens vurdering, at LKF overvurderer arbejdstimebehovet for andre opgaver end Udbuddet - både i og uden for sæsonen.

533. LKF har overfor styrelsen oplyst, at virksomheden modtager vejmarkeringsopgaver på tre måder:

    i. Faste kunder, som løbende anvender LKF som leverandør.

    ii. Løsarbejde i form af uge til uge arbejde, hvor kunden kontakter LKF for at få løst en konkret opgave.

    iii. Ordrer baseret på udbudsforretninger, som skal udføres over en længere periode.

534. I opgørelsen af LKF's arbejdstimebehov for andre opgaver skal der tages hensyn til de vejmarkeringsopgaver, som LKF allerede har indgået aftale om at udføre. Det skyldes, at LKF er bundet af disse aftaler og derfor ikke kan undlade at påtage sig disse opgaver i modsætning til opgaver, der endnu ikke er indgået en aftale om.

535. LKF har opgjort arbejdstimebehovet for andre opgaver end Udbuddet ud fra gennemsnittet af LKF's maskinformænds samlede arbejdstimer i 2012 og 2013, fratrukket det antal arbejdstimer, som maskinformændene udførte for Vejdirektoratet i 2012–2013. Det skyldes, at […].

536. Denne opgørelse er styrelsen ikke enig i, da LKF i 2013 havde flere opgaver, som ikke fortsætter i 2014, og LKF derfor har indregnet forventede opgaver i opgaveporteføljen for 2014, jf. bilag 18. LKF har således ikke bundet kapacitet til at udføre disse opgaver i 2014, hvor vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet skal udføres.

537. Det er således styrelsens vurdering, at LKF's arbejdstimebehov for andre opgaver end Udbuddet skal reduceres yderligere sammenlignet med LKF's opgørelse heraf, jf. bilag 18. Samlet set er det styrelsens vurdering, at LKF's arbejdstimebehov for andre opgaver end Udbuddet udgør […] timer om året, hvoraf […] timer skal udføres i sæsonen.

538. LKF har overfor styrelsen oplyst, at stort set alle deres kunder er faste kunder, der efterspørger en stabil mængde opgaver.

539. Det bemærkes, at der kun i særlige tilfælde tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder, når virksomheden opgør sin ledige kapacitet. I den konkrete sag har LKF oplyst, at virksomheden har et samlet arbejdstimebehov eksklusiv Udbuddet på henholdsvis […] timer årligt og […] timer i sæsonen i 2014.

540. Det er styrelsens vurdering, at LKF, som en del af arbejdstimebehovet eksklusiv Udbuddet, har medregnet forventede opgaver svarende til […] timer over hele året og […] i sæsonen, jf. bilag 18. LKF har imidlertid ikke dokumenteret, at der er tale om forventede opgaver for kernekunder, som har en sådan fast tilbagevendende karakter, at det var retvisende at medregne de forventede opgaver i LKF's arbejdstimebehov. Styrelsen har derfor trukket de forventede opgaver fra i opgørelsen af LKF's arbejdstimebehov ekskl. Udbuddet.

541. For så vidt angår LKF's anden påstand om tilgang af nye kunder, bemærker styrelsen sammenfattende, at LKF hverken har dokumenteret eller sandsynliggjort, at nye kunder maksimalt udgør […] pct. af LKF's omsætning, eller at de faste kunder efterspørger en stabil mængde årligt.

542. Det er herefter muligt at beregne det totale arbejdstimebehov ved at summere arbejdstimebehovet for Udbuddet med arbejdstimebehovet for andre opgaver end Udbuddet. Det er på baggrund af ovenstående styrelsens vurdering, at LKF's totale arbejdstimebehov er […] timer, hvoraf […] timer skal udføres i sæsonen, jf. tabel 15 nedenfor.

Tabel 15 Styrelsens opgørelse af maskinformændenes arbejdstimekapacitet fratrukket arbejdstimebehovet for Udbuddet og andre opgaver

Antal timer for maskinformænd – styrelsen	Årligt	Sæson
Arbejdstimekapacitet (antal arbejdstimer i 2012), jf. pkt. i.	[...]	[...]
Arbejdstimebehovet for Udbuddet, jf. pkt. ii.	[...]	[...]
Arbejdstimebehovet for andre opgaver end Udbuddet, jf. pkt. iii.	[...]	[...]
Det totale arbejdstimebehov, jf. pkt. ii. og iii.	[...]	[...]
Arbejdstimekapaciteten fratrukket arbejdstimebehovet i alt	[...]	[...]

543. Ifølge de forudsætninger, som styrelsen har lagt til grund, er LKF's arbejdstimekapacitet således større end det totale arbejdstimebehov. Dette gælder både i sæsonen, hvor arbejdstimekapaciteten er […] timer større end det totale arbejdstimebehov, og for hele året, hvor arbejdstimekapaciteten er […] timer større end det totale arbejdstimebehov.

544. Styrelsen har i punkt a) og punkt b) ovenfor behandlet LKF's første påstand om spidbelastningskapacitet og LKF's anden påstand om nye kunder. Sammenfattende er det styrelsens vurdering, at LKF har kapacitet til at udføre arbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet med virksomhedens eksisterende kapacitet.

545. LKF's tredje påstand om afvigelser i Vejdirektoratets efterspørgsel af vejmarkering er behandlet nedenfor i punkt d).

c) Årlig variation i den mængde termoplast LKF udlægger

546. En tredje måde at vurdere LKF's eksisterende kapacitet på er at se på den årlige variation i den mængde termoplast, LKF udlægger.

547. LKF har oplyst følgende om den mængde termoplast, LKF har udlagt de seneste år:

> *"Den totale mængde stribemasse har de seneste år ligget mellem […]-[…] tons pr. år".*

548. LKF har således angivet, at den totale mængde udlagte termoplast svinger med op til […] ton om året *"[…]-[…] tons pr. år"*.

549. Udbuddet kræver udlægning af i alt [290-350] ton termoplast, jf. bilag 16, hvilket svarer til […] pct. ([…]*[…]/[…]) af den mængde termoplast, som LKF har udlagt pr. år de seneste år.

550. Styrelsen skal hertil bemærke, at udlægning af [290-350] ton termoplast om året, som er den mængde Udbuddet kræver, er mindre end de udsving, der efter LKF's egne oplysninger kan være i LKF's vejmarkeringsaktiviteter.

551. Dette indikerer efter styrelsens opfattelse, at Udbuddet er af en størrelse, som falder inden for de udsving i arbejdsopgaver, som LKF er vant til.

d) Stigning på [20-30] pct. i mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden i forhold til den udbudte mængde

552. LKF har oplyst, at Vejdirektoratet har hævet mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden med [20-30] pct. i forhold til den mængde, der var angivet i Udbuddet, og som var det grundlag, Konsortiet afgav bud på. LKF mener derfor, at Vejdirektoratet lægger større beslag på LKF's kapacitet, end LKF forventede, og at dette viser, at LKF er nødt til at tage højde for sådanne kapacitetsoverskridelser i sin kapacitetsberegning.

553. En fjerde måde at vurdere LKF's eksisterende kapacitet på er derfor at inddrage det forhold, at Vejdirektoratet i 2015 har hævet mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden med [20-30] pct. i forhold til den udbudte mængde.

554. Hertil skal styrelsen indledningsvis bemærke, at Vejdirektoratet overfor styrelsen har bekræftet, at mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden er hævet med [20-30] pct. i 2015 i forhold til den udbudte mængde. Vejdirektoratet har imidlertid samtidig oplyst, at denne stigning skyldes en ekstrabevilling, som ikke var kendt på udbudstidspunktet. Stigningen i mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden er blevet accepteret af LKF uden at opnå højere enhedspriser for merarbejdet.

555. I forlængelse heraf bemærker styrelsen, at det af udbudsmaterialet (Særlige Betingelser, ad § 14) fremgår, at regulering efter enhedspriser finder sted inden for +/- 15 pct. af kontraktsummen. Vejdirektoratet har oplyst, at det betyder, at der kan ske fx stigninger i mængden på op til 15 pct. af det i udbudsmaterialet specificerede arbejde, uden at det medfører, at enhedspriserne skal ændres. Vejdirektoratet har også oplyst, at der er indgået separate aftaler om, at det ekstraarbejde, der ligger udover de 15 pct., aflønnes med samme enhedspriser. Selvom det ikke har væsentlig betydning for styrelsens vurdering af Konsortiet, vil LKF (i) i tilfælde af, at arbejdsmængden er større end forventet (op til 15 pct.), modtage betaling for det ekstra arbejde, og (ii) hvis LKF først sent i sæsonen får besked om, at arbejdsmængden overskrider den forventede mængde (op til 15 pct.), forlænger Vejdirektoratet fristerne, således at Vejdirektoratets sædvanlige krav om, at 65

pct. af arbejdet med at udlægge vejmarkering skal være afsluttet senest den 31. august det pågældende år, suspenderes.

556. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at LKF skulle planlægge efter det forventede kapacitetsbehov, dvs. den arbejdsmængde, der fremgår af udbudsmaterialet inklusiv den udsvingsmargin, der gælder både i Udbuddet og generelt for vejmarkeringsopgaver. Når dette planlægningsprincip følges, har LKF den fornødne fleksibilitet til at absorbere merarbejde i hvert fald op til 15 pct. LKF har derfor ikke behov for at indgå Aftalen med Eurostar. Styrelsen har som et supplement beregnet LKF's kapacitet, hvis der tages udgangspunkt i, at kapacitetsbehovet i Udbuddet er den forventede mængde + 15 pct. Disse supplerende beregninger ændrer ikke på styrelsens konklusion, jf. fodnote 146.

557. Det er i øvrigt irrelevant for den vurdering af virksomhedens kapacitet, som LKF skal lave forud for Udbuddet (og som skal danne grundlag for, om LKF har kapacitet til at byde på Udbuddet alene), at Vejdirektoratet i 2015 har hævet mængden af vejmarkeringsopgaver i distrikt Hovedstaden med [20-30] pct. Det skyldes, at LKF ikke har været bekendt med dette ekstraarbejde på det tidspunkt, LKF indgik Aftalen. Det grundlag, Konsortiet har afgivet bud på, er derfor det, der fremgår af udbudsmaterialet. LKF har af samme årsag ikke indregnet dette ekstraarbejde i sin kapacitetsvurdering.

558. Det er dog bemærkelsesværdigt, at LKF i 2015 har kapacitet til at påtage sig en stigning i arbejdsmængden på distrikt Hovedstaden på [20-30] pct., når LKF vedvarende har gjort gældende, at *"det ikke kunne udelukkes, at LKF kunne varetage ét distrikt, men […]"*. LKF har til trods herfor ikke haft problemer med at finde kapacitet til en stigning i arbejdsmængden på [20-30] pct. i distrikt Hovedstaden, samtidig med at LKF også varetager vejmarkeringsopgaverne i distrikt Syddanmark, som ifølge LKF står for ca. 53 pct. af det samlede arbejde i hele Udbuddet.158 Styrelsen er ikke bekendt med årsagen til, at LKF i 2015 har kapacitet til at udføre en stigning i arbejdsmængden på [20-30] pct. i distrikt Hovedstaden, og det har heller ikke betydning for styrelsens vurdering af Konsortiet.

559. Samlet er det styrelsens vurdering, at LKF er i stand til at udføre vejmarkeringsopgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet.

560. Sammenfattende viser oplysningerne om LKF, når LKF's egne opgørelser over arbejdstimebehovet ved Udbuddet lægges til grund (bilag 17 og bilag 18), at:

    a. LKF's kapacitetsberegning udarbejdet inden Udbuddet viser, at LKF havde kapacitet til at byde på enten distrikt Sjælland eller distrikt Hovedstaden, og

b. LKF's advokats efterfølgende kapacitetsberegning af mandskabskapacitet viser, at LKF havde kapacitet til at byde på to vilkårlige distrikter i Udbuddet.

561. Når styrelsens opgørelse over arbejdstimebehovet ved Udbuddet lægges til grund (bilag 17 og bilag 18), viser oplysningerne om LKF sammenfattende, at:

a. LKF havde kapacitet til at byde på to vilkårlige distrikter i Udbuddet på baggrund af LKF's kapacitetsberegning udarbejdet inden Udbuddet,

b. LKF's advokats efterfølgende kapacitetsberegning af mandskabskapacitet indikerer, at LKF havde kapacitet til at byde på alle distrikter i Udbuddet,

c. LKF's efterfølgende oplysninger om udlagt stribemasse tyder på, at LKF havde kapacitet til at byde på alle distrikter i Udbuddet, og

d. LKF's accept af at påtage sig en stigning i arbejdsmængden på [20-30] pct. i distrikt Hovedstaden, samtidig med at LKF også varetager vejmarkeringsopgaverne i distrikt Syddanmark, tyder på, at LKF havde kapacitet til at byde på to vilkårlige distrikter i Udbuddet uden at være tæt på deres kapacitetsgrænse.

562. Ifølge Fordelingsaftalen skal LKF udføre arbejdet i distrikt Syddanmark og distrikt Hovedstaden alene. Eurostar bidrager ifølge Fordelingsaftalen ikke til at udføre opgaverne i disse to distrikter. Således viser Fordelingsaftalen i sig selv, at LKF, på tidspunktet for etableringen af Konsortiet, har vurderet, at de havde kapacitet til at varetage to distrikter.

563. Samlet set er det styrelsens vurdering, at LKF har eksisterende kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud) og endda har kapacitet til at udføre arbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet samlet med virksomhedens eksisterende kapacitet. For indeværende udfører LKF også selv vejmarkering i to af distrikterne i Udbuddet.

564. Hvorvidt Eurostar med virksomhedens eksisterende ressourcer, har den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet alene, vurderes i afsnit 4.3.2.2.4.3 nedenfor.

4.3.2.2.4.3 Eurostar

565. Eurostar har overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at virksomheden ikke kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene.

566. Overordnet har Eurostar henvist til, a) at Eurostar mangler maskin- og mandskabskapacitet for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, b) at Eurostar er nødt til at tage højde for kapacitetsoverskridelser i sin planlægning og kapacitetsberegning i forhold til Udbuddet, c) at Eurostars meromkostninger ved at udføre vejmarkeringsopgaver langt væk fra virksomhedens lokationer i Køge og Aalborg betyder, at Eurostar ikke er landsdækkende og d) at Eurostar under alle omstændigheder ikke kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i distrikt […], da […].

567. Det bemærkes indledningsvist, at Eurostars egen vurdering af virksomhedens eksisterende kapacitet er følgende:

> *"Sammenfattende er det vores vurdering, at Eurostars kapacitetsberegning forud for Udbuddet viser, at Eurostar ikke havde kapacitet til at løfte den samlede udbudte opgave, men alene kapacitet til at løfte enten distrikt […] eller distrikt […], og at beregningen er udtryk for reelle kapacitetsovervejelser om virksomhedens kapacitet".*
>
> *"Eurostar kunne med sin eksisterende kapacitet alene løfte delaftalen vedrørende distrikt Sjælland alene."*
>
> [Styrelsens understregning]

568. Eurostar har således erkendt, at Eurostar i hvert fald kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i et af distrikterne i Udbuddet (distrikt […] eller distrikt […]). Eurostar bestrider derfor alene, at virksomheden havde kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i to eller alle tre distrikter i Udbuddet.

569. Hertil kommer, at Eurostar ifølge Fordelingsaftalen skal udføre arbejdet i distrikt […]. LKF bidrager ifølge Fordelingsaftalen ikke til at udføre vejmarkeringsopgaverne i dette distrikt. Således viser Fordelingsaftalen i sig selv, at Eurostar, på tidspunktet for etableringen af Konsortiet, har vurderet, at de havde kapacitet til at varetage et distrikt alene.

a) Eurostar mangler maskin- og mandskabskapacitet (Eurostars kapacitetsberegning)

570. Eurostar har ligesom LKF udarbejdet en kapacitetsberegning over virksomhedens eksisterende maskin- og mandskabskapacitet forud for Udbuddet (bilag 6). Eurostars kapacitetsberegning tager udgangspunkt i den mængde termoplast, som skal udlægges i Udbuddet. Denne mængde sammenholdes med den mængde termoplast, som Eurostar gennemsnitligt har været i stand til at udlægge de tidligere år. Eurostars kapacitetsberegning forholder sig ikke til muligheden for at afgive delbud på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.

571. Kapacitetsberegningen er efterfølgende blevet dokumenteret af Eurostar, som i forbindelse med styrelsens oplysning af sagen har indsendt en mere detaljeret kapacitetsopgørelse på baggrund af Eurostars præcise tal for produktionen i 2014. Denne efterfølgende kapacitetsopgørelse bekræfter, at Eurostar i 2014 udlagde […] ton termoplast, som estimeret af Eurostar forud for Udbuddet.

572. Styrelsen har i det følgende lagt Eurostars kapacitetsberegning til grund og har undersøgt, om beregningen kan begrunde, at Eurostar ikke havde kapacitet til at byde på Udbuddet alene.

573. For så vidt angår Eurostars kapacitetsberegning bemærker styrelsen følgende:

574. Eurostars kapacitetsberegning (bilag 6) er udarbejdet den 6. marts 2014 af [en ansat i Eurostar]. I kapacitetsberegningen sammenholder [en ansat i Eurostar] den mængde termoplast (stribemasse), der efter hans vurdering skal udlægges i Udbuddet, med Eurostars kapacitet. Eurostars kapacitetsberegning vedrører både Eurostars maskin- og mandskabskapacitet.

575. Konkret har Eurostar lavet en oversigt over, hvor meget termoplast, Eurostars […] maskinhold har udlagt på landsplan de seneste 3 år, dvs. i perioden 2011-2013. Denne oversigt har Eurostar sat overfor de opgaver, (i) som Eurostar havde på det tidspunkt, Udbuddet blev sendt i udbud, og (ii) den forventede tilgang af yderligere ordrer i 2014.

576. Eurostars oversigt over mængden af termoplast, som Eurostars […] maskinhold har udlagt i perioden 2011-2013 (bilag 6) er gengivet i tabel 16 nedenfor (samme som tabel 5 i afsnit 3.4.3.1).

Tabel 16 Eurostars gennemsnitskapacitet - udlægning af termoplast i kg pr. maskinhold

Maskinhold	2011	2012	2013
[...]			
Kapacitet i alt	**[...] kg**	**[...] kg**	**[...] kg**

577. På baggrund af denne oversigt vurderer [en ansat i Eurostar], at:

> *"Et maskinhold i Jylland har en gennemsnitskapacitet på […] ton p.a. og et maskinhold på Sjælland en gennemsnitskapacitet på […] ton."*
>
> [Styrelsens understregning]

578. Da Eurostar har […] maskinhold i Jylland og […] maskinhold på Sjælland, svarer det ifølge [en ansat i Eurostar] til, at Eurostars […] maskinhold gennemsnitligt har kapacitet til at udlægge […] ton termoplast ([…]) i 2014. Maskinholdet […] og er derfor ikke medregnet i [en ansat i Eurostar]'s beregning af den mængde termoplast, som Eurostar i 2014 er i stand til at udlægge.

579. Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at maskinholdenes kapacitet er forskellig. Eurostar har i den forbindelse henvist til, at kapaciteten for et maskinhold afhænger af flere forhold, herunder […]. Selvom Eurostars maskinhold derfor betjener sig af samme type arbejdskraft og maskiner, kan et maskinforhold […]. Denne forskel mellem Eurostars sjællandske og jyske maskinholds kapacitet er i det følgende lagt til grund for styrelsens analyse og vurdering af Eurostars kapacitet.

580. Hvad angår Eurostars beregning af maskinholdenes gennemsnitkapacitet bemærker styrelsen dog, at der er flere forhold, der indikerer, at gennemsnitskapaciteten for både de jyske og sjællandske maskinhold er sat for lavt af [en ansat i Eurostar].

581. Styrelsen henviser *for det første* til, at [en ansat i Eurostar] selv har angivet perioden 2011-2013, som den relevante periode at beregne Eurostars gennemsnitskapacitet i 2014 ud fra. Styrelsen henviser *for det andet* til, at [en ansat i Eurostar] har angivet, at de […] jyske maskinhold har den samme gennemsnitskapacitet. Det vil sige, at selvom […] jyske hold har udlagt […] termoplast i perioden 2011-2013 sammenlignet med […] jyske maskinhold, vil det maskinhold, der udlægger mindst også kunne udlægge den mængde, som […] maskinhold udlægger. Sagt m.a.o. er den lave mængde udlagt termoplast for […] jyske maskinhold ikke udtryk for, at maskinholdet ikke har kapacitet til at udlægge mere termoplast, men blot at der ikke har været opgaver nok til […] maskinhold. Tilsvarende har [en ansat i Eurostar] angivet, at […] sjællandske maskinhold har den samme gennemsnitskapacitet.

582. På den baggrund henviser styrelsen *for det tredje* til, at […] af Eurostars […] jyske maskinhold i 2011 var i stand til at udlægge knap […] ton termoplast. Da denne mængde imidlertid adskiller sig markant fra den mængde termoplast, som […] jyske maskinhold har udlagt i 2012 og 2013, vurderer styrelsen, at 2012 er mere retvisende for, hvor meget termoplast […] jyske maskinhold faktisk kan udlægge. I 2012 udlagde […] jyske maskinhold […] ton termoplast, og det er derfor styrelsens vurdering, at Eurostars […] jyske maskinhold har en højere gennemsnitskapacitet end […] ton om året. Styrelsen henviser i den forbindelse til, at de […] ton, som blev udlagt af […] af maskinholdene i 2012 også kan udlægges i 2014, da de […] ton er udtryk for den mængde, som et maskinhold i Jylland faktisk har været i stand til at udlægge […] år tidligere.

583. På samme måde er de […] sjællandske maskinholds gennemsnitskapacitet højere end […] ton om året, da […] Eurostars sjællandske maskinhold i 2012 udlagde […] ton termoplast. Styrelsen har her igen set bort fra de knap […] ton termoplast, som […] de sjællandske hold udlagde i […] ud fra den betragtning, at […]-tallet er meget […] sammenlignet med de andre år, og at […]-tallet derfor formentlig er mere retvisende.

584. Selv om styrelsen således lægger til grund, at der er forskel på kapaciteten mellem Eurostars jyske og sjællandske maskinhold, er styrelsen ikke enig i, at gennemsnitskapaciteten for henholdsvis de jyske og sjællandske maskinhold er opgjort korrekt af [en ansat i Eurostar].

585. Sammenfattende vurderer styrelsen således, at Eurostars […] maskinhold har en gennemsnitskapacitet, der er højere end […] ton termoplast om året. Af forsigtighedshensyn har styrelsen dog valgt at lægge Eurostars beregning på […] ton termoplast til grund for styrelsens analyse og vurdering af Eurostars kapacitet, selvom der som nævnt er flere forhold, der indikerer, at gennemsnitskapaciteten er sat for lavt.

586. Konkret har [en ansat i Eurostar] sat oversigten over mængden af udlagt termoplast i perioden 2011-2013 overfor de opgaver, (i) som Eurostar havde på det tidspunkt, Udbuddet blev sendt i udbud, og (ii) den forventede tilgang af yderligere ordrer i 2014:

> *"Den nuværende ordremængde for 2014 vurderes til maskinholdsproduktion at være på ca. […] ton geografisk spredt […].*
>
> *Der forventes yderligere tilgang af ordre fra kernekunder i størrelsesordenen […] ton.*
>
> *Det efterlader en restkapacitet på […] ton ud fra en gennemsnitsbetragtning."*
>
> [Styrelsens understregning]

587. Det fremgår således, at Eurostars opgaveportefølje for 2014 omfatter udlægning af ca. […] ton termoplast, og at der hertil forventes yderligere ordretilgang efter Udbuddet på ca. […] ton, som derfor er indregnet i kapacitetsberegningen, dvs. at Eurostar samlet set forventer at udlægge i alt ca. […] ton termoplast i 2014.

588. Ved at trække […] ton (Eurostars opgaveportefølje og forventede ordretilgang i 2014) fra […] ton (Eurostars gennemsnitskapacitet) kommer [en ansat i Eurostar] frem til, at Eurostars restkapacitet i 2014 udgør […] ton.

589. Eurostar har anført, at Eurostars forventede opgaver i 2014 ([…] ton) skal indgå i opgørelsen af virksomhedens kapacitet, og at det derfor er berettiget, at Eurostar

har indregnet og taget højde for disse opgaver i kapacitetsberegningen (bilag 6). Eurostar henviser til, at det ud fra et kommercielt perspektiv ville være uansvarligt, hvis ikke Eurostar tog højde for forventede opgaver fra kernekunder på baggrund af resultater fra tidligere år. Ifølge Eurostar er de […] ton reserveret til kernekunder, mens en vis andel er knyttet til rammeaftaler. Eurostar fremhæver i den forbindelse, at de opgaver, som Eurostar udfører for kernekunder, generelt giver et […].

590. Eurostar har i forbindelse med styrelsens oplysning af sagen fremsendt dokumentation for, at Eurostar i 2014 faktisk udlagde […] ton termoplast, som Eurostar først modtog ordrer på efter Udbuddet. Ifølge Eurostar dokumenterer dette, at Eurostars forventning om nye opgaver afspejlede de faktiske forhold, som Eurostar forud for Udbuddet tilrettelagde sin planlægning efter og udarbejdede sin kapacitetsberegning på baggrund af.

591. Styrelsen bemærker, at der i vurderingen af, om konsortier er lovlige, ikke skal tages særlige hensyn til, om det kan betale sig for en af de deltagende virksomheder at reservere kapacitet til særligt lønsomme opgaver, som virksomheden forventer at modtage på et senere tidspunkt. De skadelige virkninger ved en aftale med en konkurrent kan ikke opvejes af, at en part kan få bedre selskabsøkonomi af at indgå aftalen.

592. Der kan kun i særlige tilfælde tages hensyn til forventede opgaver fra kernekunder. I sådanne særlige tilfælde kan det være relevant at medregne kapacitetsbehovet til disse forventede opgaver, når virksomheden opgør sin ledige kapacitet. I den konkrete sag har Eurostar imidlertid ikke fremlagt dokumentation for, at de […] ton termoplast er blevet udlagt for virksomhedens kernekunder, og at opgaverne havde en sådan tilbagevendende karakter, at det var retvisende at fraregne dem i Eurostars ledige kapacitet.

593. På den baggrund bemærkes det, at styrelsen ved vurderingen af, om Eurostar har tilstrækkelig kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet alene tager hensyn til den kapacitet, der skal bruges på de aftaler, Eurostar i *forvejen* har indgået, dvs. udlægning af ca. […] ton termoplast. Omvendt kan der normalt ikke tages hensyn til *forventede nye kunder eller opgaver*. Det betyder, at styrelsen ikke tager hensyn til de […] ton, som Eurostar forventer i yderligere ordretilgang, og at Eurostars restkapacitet derfor rettelig er […] ton termoplast ([…]).

594. Endelig har [en ansat i Eurostar] i kapacitetsberegningen (bilag 6) lavet en vurdering af, hvor meget termoplast, han vurderer, at der skal udlægges i de tre distrikter i Udbuddet:

> *"Vejdirektoratets udbud omhandler maskinudlægning af lige over […] ton, kørt som genmarkeringsarbejder i Sønderjylland, på Fyn, på Sjælland og i hovedstadsområdet."*

[Styrelsens understregning]

595. [En ansat i Eurostar] vurderer således, at Udbuddet kræver udlægning af ca. […] ton termoplast om året og konkluderer på den baggrund, at Eurostar ikke har kapacitet til at varetage hele Udbuddet:

> *"Det vurderes at vi (Eurostar) på baggrund af disse oplysninger ikke har kapacitet til at varetage hele opgaven og maksimalt vil kunne varetage opgaver for ca. […] ton.*
>
> *Ydermere har vi ikke […] og da det vurderes at […], er det vor klare opfattelse at der bør indgås et konsortie med den rette partner."*
>
> [Styrelsens understregning]

596. Det fremgår således af Eurostars kapacitetsberegning, (i) at Eurostars restkapacitet i 2014 udgør […] ton ud fra en gennemsnitsbetragtning, (ii) at Eurostar maksimalt kan varetage opgaver for ca. […] ton i 2014, og (iii) at Udbuddet ifølge Eurostar kræver udlægning af ca. […] ton termoplast. [En ansat i Eurostar] kommer på den baggrund frem til, at Eurostar mangler kapacitet til at udlægge […] ton for at kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i alle tre distrikter i Udbuddet.

597. Sammenfattende bemærker styrelsen, (i) at Eurostars restkapacitet i 2014 rettelig udgør […] ton ([…]) ud fra en gennemsnitsbetragtning, (ii) at Eurostar maksimalt kan varetage opgaver for ca. […] ton ([…]) i 2014, og (iii) at Udbuddet ifølge Eurostar kræver udlægning af ca. […] ton termoplast.

598. Styrelsen kommer på den baggrund frem til, at Eurostar har tilstrækkelig restkapacitet og derfor kan udføre vejmarkeringsopgaverne i de enkelte distrikter i Udbuddet og endda også har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet samlet.

599. Af bilag 17 fremgår det, at […]'s opgørelse af arbejdstimebehovet i Udbuddet estimerer, at distrikt Sjælland kræver udlægning af ca. 68 ton termoplast, og at distrikt Hovedstaden kræver udlægning af ca. 75 ton termoplast. Distrikt Syddanmark er det største distrikt og kræver udlægning af ca. 167 ton termoplast. I alt kræver de tre distrikter i Udbuddet således sammenlagt udlægning af afrundet 310 ton termoplast (68 ton + 75 ton + 167 ton) om året. Dette stemmer også overens med den mængde, som […] har vurderet, at Udbuddet kræver "[…]".

600. I øvrigt bemærkes det, at Eurostars opgaveportefølje for 2014 omfatter udlægning af ca. […] ton termoplast, og at Udbuddet ifølge Eurostar kræver udlægning af yderligere ca. […] ton termoplast, dvs. at Eurostar i alt skal udlægge […] ton termoplast i 2014, hvis Eurostar vinder hele Udbuddet. Eurostar bør have kapacitet

til at udlægge […] ton termoplast i 2014, da Eurostar har udlagt markant mere i […] ([…] ton) og mere i […] ([…] ton). Beregningen er lavet uden at medtage […] og er derfor baseret på Eurostars aktuelle kapacitet.

601. Baseret på Eurostars egne oplysninger, jf. bilag 6, er det styrelsens vurdering, at Eurostar i hvert fald har kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i distrikt Sjælland og distrikt Hovedstaden (delbud), da de to distrikter årligt kræver udlægning af […] ton termoplast, og Eurostar ifølge eget udsagn maksimalt kan belastes med udlægning af yderligere […] ton termoplast i 2014.

602. Baseret på styrelsens opgørelse af Eurostars ledige kapacitet, jf. ovenfor punkt 597-598, er det derudover styrelsens vurdering, at Eurostar har kapacitet til at udføre vejmarkeringsopgaverne i de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud) og endda har kapacitet til at udføre arbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet samlet med virksomhedens eksisterende kapacitet.

b) Eurostar er nødt til at tage højde for kapacitetsoverskridelser i sin planlægning og kapacitetsberegning i forhold til Udbuddet

603. Eurostar har oplyst, at Eurostars erfaringer fra tidligere kontrakter med Vejdirektoratet viser, at der er stor variation, når den udførte mængde vejmarkering sammenlignes med den mængde, Vejdirektoratet har udbudt. Ifølge Eurostar er det snarere hovedreglen end undtagelsen, at det faktiske kapacitetsbehov er større end estimeret i udbudsmaterialet. Dette gør sig også gældende i Udbuddet, idet Vejdirektoratet i 2015 har hævet mængden af vejmarkering i distrikt Sjælland med [35-45] pct. i forhold til den mængde, der var angivet i Udbuddet, og som var det grundlag, Konsortiet afgav bud på. Eurostar mener derfor, at Vejdirektoratet lægger større beslag på Eurostars kapacitet, end Eurostar kunne forvente, og at dette viser, at Eurostar er nødt til at tage højde for sådanne kapacitetsoverskridelser i sin planlægning og kapacitetsberegning.

604. Hertil skal styrelsen indledningsvis bemærke, at Vejdirektoratet overfor styrelsen har bekræftet, at mængden af vejmarkering i distrikt Sjælland er hævet med ca. [35-45] pct. i 2015 i forhold til den udbudte mængde. Vejdirektoratet har imidlertid samtidig oplyst, at denne stigning skyldes en ekstrabevilling, som ikke var kendt på udbudstidspunktet. Stigningen i mængden af vejmarkering i distrikt Sjælland har Eurostar accepteret uden at opnå højere enhedspriser for merarbejdet.

605. I forlængelse heraf bemærker styrelsen, at det af udbudsmaterialet (Særlige Betingelser, ad § 14) fremgår, at regulering efter enhedspriser finder sted inden for +/- 15 pct. af kontraktsummen. Vejdirektoratet har oplyst, at det betyder, at der kan ske fx stigninger i mængden på op til 15 pct. af det i udbudsmaterialet specificerede arbejde, uden at det medfører, at enhedspriserne skal ændres. Vejdirektoratet har også oplyst, at der er indgået separate aftaler om, at det ekstraarbejde,

der ligger udover de 15 pct., aflønnes med samme enhedspriser. Selvom det ikke har væsentlig betydning for styrelsens vurdering af Konsortiet, vil Eurostar (i) i tilfælde af, at arbejdsmængden er større end forventet (op til 15 pct.), modtage betaling for det ekstra arbejde, og (ii) hvis Eurostar først sent i sæsonen får besked om, at arbejdsmængden overskrider den forventede mængde (op til 15 pct.), forlænger Vejdirektoratet fristerne, således at Vejdirektoratets sædvanlige krav om, at 65 pct. af arbejdet med at udlægge vejmarkering skal være afsluttet senest den 31. august det pågældende år, suspenderes.

606. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at Eurostar skulle planlægge efter det forventede kapacitetsbehov, dvs. den arbejdsmængde, der fremgår af udbudsmaterialet inklusiv den udsvingsmargin, der gælder både i Udbuddet og generelt for vejmarkeringsopgaver. Når dette planlægningsprincip følges, har Eurostar den fornødne fleksibilitet til at absorbere merarbejde (i hvert fald op til 15 pct.). Eurostar har derfor ikke behov for at indgå Aftalen med LKF. Styrelsen har som et supplement beregnet Eurostars kapacitet, hvis der tages udgangspunkt i, at kapacitetsbehovet i Udbuddet er den forventede mængde + 15 pct. Disse supplerende beregninger ændrer ikke på styrelsens konklusion, jf. fodnote 164.

607. Det er i øvrigt irrelevant for den vurdering af virksomhedens kapacitet, som Eurostar skal lave forud for Udbuddet (og som skal danne grundlag for, om Eurostar har kapacitet til at byde på Udbuddet alene), at Vejdirektoratet i 2015 har hævet mængden af vejmarkeringsopgaver i distrikt Sjælland med [35-45] pct. Det skyldes, at Eurostar ikke har været bekendt med dette ekstraarbejde på det tidspunkt, Eurostar indgik Aftalen. Det grundlag, Konsortiet har afgivet bud på, er derfor det, der fremgår af udbudsmaterialet. Eurostar har af samme årsag ikke indregnet dette ekstraarbejde i sin kapacitetsvurdering.

608. Det er dog bemærkelsesværdigt, at Eurostar i 2015 har kapacitet til at påtage sig et tilbud om merarbejde på [35-45] pct. i distrikt Sjælland – tilsyneladende uden, at dette har givet anledning til kapacitetsproblemer – når Eurostar har gjort gældende, at virksomheden kun har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejde i et enkelt distrikt. Styrelsen er ikke bekendt med årsagen til, at Eurostar i 2015 har kapacitet til at udføre en stigning i arbejdsmængden på [35-45] pct. i distrikt Sjælland, og det har heller ikke betydning for styrelsens vurdering af Konsortiet.

c) Eurostars meromkostninger ved at udføre vejmarkeringsopgaver udenfor virksomhedens normalområde

609. Eurostar anfører, at en vejmarkeringsvirksomheds mobilitet spiller en afgørende rolle for muligheden for at deltage i konkurrencen om opgaver, som ikke er placeret i nærheden af virksomhedens lokationer. Eurostar har specifikt henvist til, at Eurostars meromkostninger ved at udføre vejmarkeringsopgaver langt fra virksomhedens lokationer i Køge og Aalborg betyder, at Eurostar ikke er lands-

dækkende, og at LKF og Eurostar derfor ikke er konkurrenter i forhold til Udbuddet.

610. Ifølge Eurostar overstiger meromkostningerne til at transportere Eurostars materiale og mandskab virksomhedens gennemsnitlige dækningsbidrag på det, Eurostar kalder *[…]* vejmarkeringsopgaver. Eurostar har i den forbindelse oplyst, at et maskinholds kapacitet ikke kan opdeles og bruges flere forskellige steder, fordi det ikke logistisk er muligt at bruge en eventuel restkapacitet et andet sted, medmindre det geografisk ligger meget tæt på et sted, hvor Eurostar i forvejen udfører vejmarkeringsaktiviteter.

611. Eurostar har opgjort de meromkostninger, der efter Eurostars opfattelse er forbundet med at udføre vejmarkeringsopgaver mere end […] km fra virksomhedens to lokationer i Køge og Aalborg (Eurostars normalområde). Der henvises til bilag 19, hvor Eurostars opgørelse af meromkostninger er beskrevet.

612. Ifølge Eurostar har virksomheden meromkostninger for […] kr. pr. arbejdsuge ved at udføre opgaver udenfor virksomhedens normalområde.

613. Hertil skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for det første bemærke, at Eurostar - inden for en radius af […] kilometer fra virksomhedens lokation i Køge – […] og […]. Derudover kan Eurostar inden for en radius af […] km fra Køge udføre opgaver i […], der indgår i distrikt […] ([…]). Tilsvarende kan Eurostar inden for en radius af […] km fra Aalborg udføre opgaver i […], der ligeledes indgår i distrikt […] ([…]).

614. I Udbuddet er det kun dele af distrikt […] ([…]), som ligger mere end […] km fra enten Køge eller Aalborg, og som Eurostar derfor ikke vil kunne dække inden for Eurostars normalområde.

615. For det andet bemærkes det, at Eurostar både har budt på og udfører vejmarkeringsopgaver i […]. Dette fremgår af det materiale, som styrelsen har indhentet i sagen. Det er efter styrelsens opfattelse herved dokumenteret, at Eurostar har vejmarkeringsaktiviteter i hele Danmark, jf. figur 3 ovenfor, og at Eurostar derfor opererer på landsplan, ligesom LKF, Guide-Lines og Lemminkäinen.

616. Styrelsen har undersøgt, om de meromkostninger, der ifølge Eurostar er forbundet med at udføre vejmarkeringsopgaver udenfor virksomhedens normalområde, betyder, at det ikke er rentabelt for Eurostar at udføre vejmarkeringsopgaver, der ligger mere end […] km fra Køge og Aalborg. Styrelsen har i den forbindelse opgjort de meromkostninger, som Eurostar efter styrelsens opfattelse har ved at udføre vejmarkeringsopgaver mere end […] km fra Køge og Aalborg.

617. Ifølge Eurostar har virksomheden et gennemsnitligt dækningsbidrag på […] kr. pr. dag svarende til […] kr. pr. arbejdsuge på fem dage. Tilsvarende er det Euros-

tars vurdering, at virksomheden har meromkostninger på […] kr. pr. arbejdsuge ved at udføre opgaver uden for virksomhedens normalområde, dvs. mere end […] km væk fra Eurostars to lokationer i Køge og Aalborg. Hermed vil Eurostar altså have […] kr. pr. arbejdsuge til at dække afskrivninger og andre faste omkostninger. Det er styrelsen vurdering, at kapitalomkostninger for maskinel udgør ca. […] kr. pr. arbejdsuge. Det indebærer, at Eurostar fortsat vil have […] kr. pr. arbejdsuge til at dække andre faste omkostninger, hvis virksomheden udfører opgaver uden for virksomhedens normalområde.

618. På baggrund af Eurostars opgørelse af dækningsbidrag og meromkostninger er det styrelsens vurdering, at Eurostar vil kunne opnå et overskud ved at udføre opgaver uden for virksomhedens normalområde. Det bemærkes i den forbindelse, at Eurostars meromkostninger ved at udføre opgaver uden for virksomhedens normalområde, efter styrelsens vurdering, er overvurderet med mindst […] pct., jf. bilag 19.

619. Eurostar har anført, at styrelsens opgørelse af Eurostars meromkostninger ved at være landsdækkende (bilag 19) er sat for lavt og derfor ikke er udtryk for den virkelighed, Eurostar befinder sig i.

620. Hertil bemærkes det, at styrelsen i bilag 19 har foretaget beregninger, som viser, at Eurostars dækningsbidrag er større end virksomhedens meromkostninger ved at udføre arbejde mere end […] km fra virksomhedens lokationer. Dette har Eurostar ikke forholdt sig til i høringssvaret. Eurostar har således fortsat ikke redegjort for, hvorfor det ikke kan betale sig at udføre vejmarkeringsarbejder i hele landet.

621. Hertil kommer, at Eurostar både markedsfører sig som landsdækkende og […]. Der henvises til gennemgangen af Eurostars vejmarkeringsaktiviteter i afsnit 4.1.2 (punkt 322-327).

622. Det er sammenfattende styrelsens vurdering, at Eurostars opgørelse af meromkostninger ved at udføre vejmarkeringsopgaver mere end […] km fra virksomhedens lokationer i Køge og Aalborg overvurderer de meromkostninger, som Eurostar har ved at udføre opgaver uden for virksomhedens normalområde. Der henvises til bilag 19, hvor styrelsen har redegjort for tre forhold, som Eurostar ikke har taget højde for i beregningen af virksomhedens meromkostninger.

623. Samlet set er det styrelsens vurdering, at Eurostar vil kunne opnå et overskud ved at drive forretning udenfor virksomhedens normalområde. Det er endvidere styrelsens vurdering, at Eurostar ikke i tilstrækkelig grad har redegjort for, hvorfor det ikke er økonomisk muligt for virksomheden at drive forretning udenfor normalområdet.

624. Styrelsens opgørelser er nærmere dokumenteret i bilag 19.

d) Eurostar kunne ikke udføre vejmarkeringsarbejderne i distrikt […], da arbejderne i dette distrikt udelukkende er […]

625. Eurostar har ved brev af 16. april 2015 oplyst, at:

> *"Eurostars mandskabskapacitet giver endvidere ikke mulighed for at løfte den samlede opgave i distrikt [...]. Det skyldes, at de udbudte opgaver på distrikt [...] udelukkende er [...]."*

626. Som begrundelse herfor anfører Eurostar, at […].

627. Vejdirektoratet har overfor styrelsen bekræftet, at den udbudte vejmarkeringsopgave i distrikt […] udelukkende er […].

628. Styrelsen bemærker indledningsvist, at Eurostar i samme brev til styrelsen, dvs. brev af 16. april 2015, har oplyst, at:

> *"Sammenfattende er det vores vurdering, at Eurostars kapacitetsberegning forud for Udbuddet viser, at Eurostar ikke havde kapacitet til at løfte den samlede udbudte opgave, men alene kapacitet til at løfte enten distrikt […] eller distrikt […], og at beregningen er udtryk for reelle kapacitetsovervejelser om virksomhedens kapacitet".*
>
> *"I en sådan situation hvor Eurostar alene kan byde på ét af disse to distrikter, vil Eurostar altid vælge at byde på delaftalen vedrørende distrikt […], idet distriktet er bedre placeret i forhold til Eurostars forretning, hvilket betyder, at der er større sandsynlighed for at kunne give et konkurrencedygtigt tilbud og vinde opgaven."*
>
> [Styrelsens understregning]

629. Eurostar har således på den ene side anført, at de ikke kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i […]. På den anden side har Eurostar anført, at virksomheden kunne varetage vejmarkeringsarbejderne enten i distrikt […] eller […]. Endelig har Eurostar også anført, at virksomheden, i et valg mellem de to distrikter, ville vælge distrikt […], fordi distriktet er placeret bedre i forhold til Eurostars forretning. Begrundelsen er således her en anden, end at distrikt […] er forbundet med […].

630. Hertil kommer, at Vejdirektoratet har oplyst, at […] kan variere meget i distrikt […]. Det er derfor teoretisk muligt, at alt arbejdet i distrikt […] skal udføres […]. Eurostar kan derfor ikke, med henvisning til, at arbejdet i distrikt […] er […], påstå, at udførelsen af arbejdet i distrikt […] vil være ødelæggende for Eurostars øvrige forretning, når Eurostar også kan risikere […] i distrikt […], som Eurostar for indeværende varetager.

631. I det følgende sammenfattes LKF's og Eurostars kapacitet i forhold til de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud) og deres kapacitet i forhold til alle tre distrikter i Udbuddet samlet, jf. afsnit 4.3.2.2.4.4 nedenfor.

4.3.2.2.4.4 Konklusion om LKF's og Eurostars eksisterende kapacitet i forhold til at udføre opgaverne i Udbuddet

632. For så vidt angår LKF's eksisterende kapacitet indikerer

a) den kapacitetsberegning, [en ansat i LKF] har lavet forud for Udbuddet, at LKF kan udføre vejmarkeringsarbejderne i to vilkårlige distrikter i Udbuddet, hvis LKF's opgørelse af ledig kapacitet (bilag 7), sammenholdt med LKF's opgørelse af maskinformændenes faktiske arbejdstid i 2012 og 2013 og styrelsens opgørelse arbejdstimebehovet ved Udbuddet lægges til grund,

b) den kapacitetsberegning, som LKF's advokat har udarbejdet i forbindelse med styrelsens behandling af sagen, at LKF kan udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet, hvis styrelsens opgørelse af det samlede arbejdstimebehov og LKF's arbejdstimekapacitet lægges til grund,

c) variationen i den mængde termoplast, LKF udlægger om året, at LKF bør have kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet, idet Udbuddet er af en størrelse, som falder inden for de udsving i arbejdsopgaver, som LKF er vant til, og

d) LKF's accept af at påtage sig en stigning på [20-30] pct. i mængden af vejmarkering i distrikt Hovedstaden uden at opnå højere enhedspriser for merarbejdet, samtidig med at LKF også varetager vejmarkeringsopgaverne i distrikt Syddanmark, at LKF har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i to vilkårlige distrikter i Udbuddet uden at være tæt på deres kapacitetsgrænse.

633. Det er samlet set Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at LKF med virksomhedens eksisterende kapacitet kan udføre vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud) og endda har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter samlet i Udbuddet.

634. For så vidt angår Eurostars eksisterende kapacitet er det allerede på baggrund af Eurostars kapacitetsberegning (bilag 6) samlet set styrelsens vurdering, at Eurostar kan udføre vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud), og at Eurostar endda har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter samlet i Udbuddet.

635. Sammenfattende er det styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar er konkurrenter i forhold til alle tre distrikter i Udbuddet med virksomhedernes eksisterende kapacitet.

4.3.2.2.5 Har LKF og Eurostar adgang til at skaffe den fornødne kapacitet?

636. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at LKF og Eurostar er aktuelle konkurrenter i forhold til Udbuddet, fordi de hver især er i stand til at byde på hvert af de tre distrikter i Udbuddet med deres nuværende kapacitet. Selvom det i sig selv er et tilstrækkeligt bevis, at LKF og Eurostar er aktuelle konkurrenter i forhold til Udbuddet, har styrelsen derudover yderligere undersøgt, om parterne – selv hvis dette ikke var tilfældet – i det mindste ville være at betragte som potentielle konkurrenter ved at se på LKF's og Eurostars adgang til at skaffe maskiner og mandskab.

637. Af de horisontale retningslinjer fremgår det, at to virksomheder behandles som aktuelle konkurrenter, hvis de opererer på det samme relevante marked. En virksomhed behandles som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer. Denne vurdering skal bygge på realistiske forhold, og det er ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for, at virksomheden kommer ind på markedet. Det er uden betydning for den konkurrenceretlige vurdering, om en virksomhed er aktuel eller potentiel konkurrent til en anden virksomhed.

638. Ved vurderingen af, om en virksomhed har kapacitet til at klare en opgave alene, tager styrelsen udgangspunkt i de ressourcer, som virksomheden enten har eller har mulighed for at skaffe på det tidspunkt, den pågældende vare eller tjenesteydelse skal leveres. Adgangen til at skaffe ressourcer har betydning for den konkurrenceretlige vurdering af, om LKF og Eurostar, hvis de i øvrigt ikke allerede var aktuelle konkurrenter, er potentielle konkurrenter. Dette er tilfældet, hvis det er sandsynligt, at parterne uden Aftalen ville udvide deres maskin- og mandskabskapacitet for at kunne deltage i konkurrencen om Udbuddet.

639. LKF har overordnet bestridt, at der kan indarbejdes et vilkår om, at en virksomhed skal udvide sin produktion og kapacitet for at kunne deltage i et udbud. Ifølge LKF vil et sådant vilkår være meget vidtgående og formentlig have en negativ effekt på konkurrencen over tid, da mange virksomheder ville være presset til at øge sin risikoprofil.

640. I den konkrete sag er det styrelsens vurdering, at det er sandsynligt, at LKF uden Aftalen ville udvide sin eksisterende maskinpark fra […] til […] vogntog, dvs. en forøgelse med […] vogntog svarende til […] af LKF's eksisterende maskinpark

for så vidt angår vogntog. Det skyldes, at LKF ville have en økonomisk gevinst ved at udvide sin maskinpark, jf. styrelsens beregninger i afsnit 4.3.2.2.5.2. Det er samtidig sandsynligt, at LKF uden Aftalen ville udvide sin stab af maskinformænd fra […] til […] maskinformænd, dvs. en tilsvarende forøgelse på […] af LKF's mandskabskapacitet i form af maskinformænd. Dette er uddybende behandlet nedenfor i afsnit 4.3.2.2.5.1 (LKF's adgang til arbejdskraft - maskinformænd) og afsnit 4.3.2.2.5.2 (LKF's adgang til maskiner - vogntog).

641. LKF har henvist til, at virksomheden mangler maskinformænd for selv at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. LKF's adgang til kvalificeret arbejdskraft (maskinformænd) belyses i afsnit 4.3.2.2.5.1 nedenfor. Eurostar har først i deres høringssvar af 16. april 2015 gjort gældende, at Eurostar mangler maskinformænd for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene. Dette er behandlet i afsnit 4.3.2.2.5.3 nedenfor.

642. LKF og Eurostar har endvidere begge henvist til, at de mangler vejmarkeringsmaskiner for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet hver for sig. LKF's adgang til at skaffe maskiner til vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet er behandlet nedenfor i afsnit 4.3.2.2.5.2. Eurostars adgang til at skaffe maskiner behandles herefter i afsnit 4.3.2.2.5.4.

643. Endelig sammenfattes de to virksomheders muligheder for at skaffe den fornødne kapacitet i forhold til de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud) og deres kapacitet i forhold til hele Udbuddet, dvs. vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter, samlet i afsnit 4.3.2.2.5.5 nedenfor.

4.3.2.2.5.1 LKF – adgang til at skaffe arbejdskraft

644. Som angivet i afsnit 4.3.2.2.4.1 og 4.3.2.2.4.3 vurderer styrelsen, at både LKF og Eurostar med deres eksisterende kapacitet kan udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet, og at LKF og Eurostar derfor er aktuelle konkurrenter i forhold til Udbuddet.

645. I dette afsnit vurderes det, om LKF og Eurostar er potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet ved at undersøge, om det er sandsynligt, at LKF uden Aftalen med Eurostar ville udvide sin mandskabskapacitet.

646. LKF har overfor styrelsen oplyst, at LKF ikke havde mulighed for at skaffe yderligere mandskabskapacitet, idet der ikke har været egnede kandidater ledige i markedet, som LKF kunne ansætte og dermed allokkere til vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet.

647. Styrelsen henviser *for det første* til, at LKF i de seneste to år har udpeget i alt […] aspiranter, henholdsvis […] aspiranter i […], […] aspiranter i […] og […] aspirant i […]. Da LKF's aspirantperiode efter det oplyste strækker sig over […] år, har LKF sandsynligvis mulighed for at trække på de […] aspiranter, som er udpeget i

[…]. Disse aspiranter vil efter planen være ny udklækkede maskinformænd i 2014 og kan derfor allokeres til vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet allerede fra det første af de fire år, kontrakterne med Vejdirektoratet løber (bilag 2). Tilsvarende vil LKF sandsynligvis have mulighed for at trække på yderligere […] maskinformænd i 2015, da de […] aspiranter fra […] efter planen vil være ny udklækkede maskinformænd i 2015 og derfor kan allokeres til de vejmarkeringsopgaver i Udbuddet, som skal udføres i de tre sidste år af Udbuddet.

648. Styrelsen henviser *for det andet* til, at der sker en udveksling af arbejdskraft mellem virksomhederne i vejmarkeringsbranchen. LKF har derfor mulighed for at ansætte formænd, som allerede har erfaring fra andre aktører i vejmarkeringsbranchen.

649. Således fremgår det for eksempel af Eurostars strategioplæg for 2014, at:

> *"Afdelingen har […] ansat […]."*
>
> [Styrelsens understregning]

650. Ligeledes fremgår det af Eurostars CV for nøglepersonel, at […] ud af Eurostars daværende […] maskinformænd tidligere har været ansat som maskinformænd hos […]. Eurostar har således både ansat maskinformænd fra […] og […]. Dette underbygger, at der sker en udveksling af arbejdskraft i branchen.

651. Endvidere fremgår det af en intern e-mail af 13. september 2013 fra [en ansat i LKF] til [en anden ansat i LKF], at LKF […]:

> "[…]."
>
> [Styrelsens understregning]

652. Hertil kommer, at det af LKF's interne nyhedsbrev "Markeringen" fremgår, at […] har ansat formænd fra […] :

> ***"Nyt personale***
>
> *[…]. Velkommen til […], […], […] og […]. […]."*
>
> [Styrelsens understregning]

653. […], […] og […] har alle tidligere været ansat i […]. Dette fremgår af en intern email af 3. oktober 2013 fra [en ansat i LKF] til LKF's entreprenørafdeling:

> *"Vore […] nye kollegaer fra […]:*

[…] starter i Distrikt […] mandag morgen...

[…] starter i Distrikt […] mandag morgen…

[…] starter i Distrikt […] mandag morgen…"

[Styrelsens understregning]

654. Endelig fremgår det af en e-mail af 7. oktober 2013, hvor [en ansat i LKF] igen skriver ud til LKF's entreprenørafdeling, at:

" […].

[…] er […] år, og er […]

[…] er ligeledes […] år, og er […]

[…] og […] har begge første arbejdsdag i Distrikt […] i dag.

[…] er […] år, og er […].

[…] har første arbejdsdag i dag i Distrikt […].

Tag godt imod dem!

Det er fortsat planen, at […]."

[Styrelsens understregning]

655. Det er efter styrelsens opfattelse herved dokumenteret, at der sker udveksling af arbejdskraft i branchen.

656. Det er samlet set styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar – hvis de i øvrigt ikke allerede var aktuelle konkurrenter – er potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet, idet adgang til kvalificeret arbejdskraft ikke udgør en kapacitetsbegrænsning for LKF, og det derfor er sandsynligt, at LKF uden Aftalen ville udvide sin mandskabskapacitet.

657. LKF har endvidere bestridt, at der overhovedet kan indarbejdes et vilkår om, at en virksomhed skal udvide sin produktion og kapacitet for at kunne deltage i et udbud. LKF henviser til, at et sådant vilkår vil være meget vidtgående og formentlig have en negativ effekt på konkurrencen over tid, da mange virksomheder vil blive presset til at øge deres risikoprofil.

658. Hertil skal styrelsen indledningsvist præcisere, at der ikke er tale om et krav om, at en virksomhed skal udvide sin produktion og kapacitet for at kunne deltage i et udbud, som anført af LKF. Der er alene tale om en helt standardmæssig vurdering af den potentielle konkurrence.

659. I den konkrete sag er der ikke tale om, at en lille virksomhed skal vokse sig stor for at deltage i konkurrencen om Udbuddet. LKF er landets største entreprenør indenfor vejmarkering, og der er således tale om, at en stor virksomhed skal vokse sig større. Konkret skal LKF forøge sin eksisterende stab af maskinformænd fra […] til […] maskinformænd, dvs. en forøgelse med […] maskinformænd svarende til […] af LKF's eksisterende maskinformænd. Der er en række forhold, som begrunder, at det er rimeligt at antage, at LKF kan udvide sin stab af maskinformænd fra […] til […] maskinformænd.

660. *For det første* er det danske arbejdsmarked relativt fleksibelt. En virksomhed, der mister arbejdsopgaver, har således gode muligheder for at reducere antallet af medarbejdere, mens en virksomhed, der vinder markedsandele, har gode muligheder for at ansætte nye medarbejdere, så længe der ikke er mangel på arbejdskraft. I forbindelse med Udbuddet genudbydes tre ud af de fem distrikter, som Vejdirektoratet tidligere udbød og tildelte (til Guide-Lines) i 2012-Udbuddet. Udbuddet fører således ikke til en samlet set stigende efterspørgsel efter maskinformænd. I tilfælde af, at LKF havde vundet Udbuddet alene, er det styrelsens vurdering, at LKF ville have mulighed for at ansætte nye medarbejdere, jf. også punkt 87. I øvrigt er der ikke tale om en vedvarende binding af kapital, når LKF ansætter medarbejdere, idet der er tale om ufaglært arbejdskraft med et kort opsigelsesvarsel.

661. Styrelsen henviser *for det andet* til, at LKF allerede i 2014, hvor vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet starter, sandsynligvis har mulighed for at trække på […]. Disse […] vil efter planen være ny udklækkede maskinformænd i 2014 og kan derfor allokeres til vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. LKF behøver derfor ikke at udvide deres stab af maskinformænd yderligere, end hvad LKF selv har lagt op til.

662. *For det tredje* vil det være rentabelt for LKF at ansætte […] maskinformænd til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, da LKF's indtægter ved Udbuddet mere end dækker omkostningerne ved Udbuddet, herunder omkostningerne til maskinformændenes lønninger mv.

663. *For det fjerde* er der ikke tale om, at LKF's medarbejderstab samlet set skal vokse meget. LKF har overfor styrelsen oplyst, *at "LKF's mandskab består af […] administrative medarbejdere, […] vejmedarbejdere, […] håndformænd og […] maskinformænd"*. Der er således alene tale om, at LKF's samlede medarbejderstab skal forøges med afrundet […] procent eller afrundet […] pct. set i forhold til LKF's eksisterende formandsstab, dvs. hånd- og maskinformænd. Reelt vil en forøgelse af LKF's ma-

skinformænd på isoleret set […] derfor ikke være nævneværdig i det samlede billede af LKF's medarbejderstab, herunder hvis der alene ses på LKF's hånd- og maskinformænd. I den forbindelse bemærkes det, at en forøgelse af mandskabskapaciteten med […] maskinformænd fx ikke betyder, at LKF skal udvide deres kontorfaciliteter, da maskinformændene arbejder ude på vejene, ligesom det heller ikke er relevant for LKF at ansætte yderligere administrativt personale for at håndtere de ekstra administrative opgaver, som følger med ansættelsen af nyt personale.

664. Endelig og for det femte bemærkes det, at der heller ikke foreligger oplysninger om, at LKF har truffet en strategisk virksomhedsbeslutning om ikke at vækste. […] fremgår det af e-mailen af 7. oktober 2013 fra [en ansat i LKF] til LKF's entreprenørafdeling, at LKF […] i 2014, hvor vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet starter:

> *" […].*
>
> *[…] er […] år, og er […]*
>
> *[…] er ligeledes […] år, og er […]*
>
> *[…] og […] har begge første arbejdsdag i Distrikt […] i dag.*
>
> *[…]er […] år, og er […].*
>
> *[…] har første arbejdsdag i dag i Distrikt[…].*
>
> *Tag godt imod dem!*
>
> *Det er fortsat planen, at […]."*
>
> [Styrelsens understregning]

665. Det er på den baggrund sammenfattende styrelsens vurdering, at det uden Aftalen er sandsynligt at antage, at LKF ville udvide sin stab af maskinformænd fra […] til […] maskinformænd. Spørgsmålet om, hvorvidt det tilsvarende er sandsynligt at antage, at LKF ville udvide sin maskinpark af vogntog, er behandlet umiddelbart nedenfor i afsnit 4.3.2.2.5.2.

4.3.2.2.5.2 LKF – adgang til at skaffe maskiner

666. LKF har overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at virksomheden mangler vejmarkeringsmaskiner for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. LKF har endvidere oplyst, at LKF […] at udvide forretningen. En sådan udvidelse kræver ifølge LKF, at der er kapital til at investere i nye maskiner,

og at der er en efterspørgsel efter LKF's ydelser over en lang tidshorisont, før end det er rentabelt for LKF at foretage sådanne investeringer.

667. Endelig har LKF anført, at der ikke kan indarbejdes et vilkår om, at en virksomhed skal udvide sin produktion og kapacitet for at kunne deltage i et udbud.

668. For i første omgang at vurdere LKF's fortjeneste ved at byde på hele Udbuddet, hvis det forudsættes, at LKF skal indkøbe nye vejmarkeringsmaskiner til brug herfor, har styrelsen opstillet en opgørelse på baggrund af oplysninger om LKF's indtægter og omkostninger ved Udbuddet, jf. bilag 16 og afsnit 3.5.1.

669. LKF har anført, at styrelsens opgørelse over LKF's fortjeneste ved at byde på hele Udbuddet (bilag 16, som i uddrag er gengivet i tabel 10 i afsnit 3.5.1) væsentligt overvurderer rentabiliteten i vejmarkeringsbranchen. LKF har til støtte herfor bl.a. indsendt en detaljeret vurdering af virksomhedens kapitalomkostninger ved Udbuddet. Styrelsen har lagt LKF's opgørelse af kapitalomkostningerne til grund og har på den baggrund revideret opgørelsen over LKF's fortjeneste ved at forhøje kapitalomkostningerne.

670. LKF's bemærkninger og præciseringer til styrelsens opgørelse over LKF's fortjeneste ved Udbuddet (bilag 16) kan opdeles i følgende kategorier: (i) termoplastmængden, (ii) glasperlemængden, (iii) tidsforbrug, (iv) forplejning og (v) kapitalomkostninger, herunder til vogntog. LKF's bemærkninger er behandlet og adresseret i bilag 16.

671. Selvom styrelsen har forhøjet LKF's kapitalomkostninger, er det fortsat styrelsens vurdering, at LKF kunne have opnået et overskud ved at udføre vejmarkeringsarbejderne i hele Udbuddet alene og samtidigt investere i nye maskiner. Opgørelsen over LKF's fortjeneste ved at byde på hele Udbuddet, hvis LKF skal købe nye maskiner, er nærmere dokumenteret i bilag 16.

672. Styrelsens opgørelse over LKF's indtægter og omkostninger ved Udbuddet er gengivet i tabel 17 nedenfor (samme som tabel 10 i afsnit 3.5.1):

Tabel 17 Oversigt over LKF's fortjeneste ved at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet med nye maskiner

Mio. kr.	2014		2016	2017	I alt
Indtægter[1)]	8,4		8,4	8,4	33,6
Driftsomkostninger	[4,0-5,0]	[4,5-5,5]	[4,5-5,5]	[5,0-6,0]	[18,0-22,0]
Heraf:					
- Materialer[2)]	[2,0-3,0]		[2,0-3,0]	[2,0-3,0]	[8,0-12,0]
- Lønninger[3)]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[6,0-10,0]
- Vedligehold[4)]	[0,0-0,5]		[0,5-1,5]	[0,5-1,5]	[1,5-4,5]
Dækningsbidrag	[3,5-4,5]	[3,0-4,0]	[2,5-3,5]	[2,0-3,0]	[11,0-15,0]
Kapitalomkostninger[5)]	[1,0-2,0]		[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[4,0-6,0]
Totale omkostninger	[5,0-7,0]	[5,0-7,0]	[5,0-7,0]	[5,0-7,0]	[20,0-28,0]
Overskud	[2,0-3,0]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,0-2,0]	[6,0-10,0]

Noter:

1) Indtægter ved det vindende bud. Kilde: Vejdirektoratet.
2) Udgifter til diesel, termoplast (stribemasse), symboler, felter og glasperler. Kilde: LKF, Eurostar og egne beregninger.
3) Udgifter til lønninger og forplejning. Kilde: LKF og egne beregninger.
4) Udgifter til vedligeholdelse af maskiner, skiltevogne mv. Kilde: LKF.
5) Kapitalomkostninger til [...] vogntog, [...] håndbil, [...] skiltevogne og [...] følgebiler. Kilde: LKF, Eurostar, HOFMANN GmbH, Borum Industri A/S og egne beregninger.

673. Opgørelsen over LKF's indtægter og udgifter ved at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet med nye maskiner (tabel 17) viser, at LKF har et positivt dækningsbidrag på [11,0-14,0] mio. kr. Opgørelsen viser dermed, at de indtægter, der er ved Udbuddet mere end dækker driftsomkostningerne ved Udbuddet.

674. Styrelsen bemærker, at det af afsnit 4.3.2.2.4.1 fremgår, at LKF har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet uden at investere i nye maskiner.

675. Selv hvis det lægges til grund, at LKF ikke har ledig maskinkapacitet, som kan allokeres til vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, og at LKF derfor er nødt til at investere i nye maskiner, kan LKF opnå maskinkapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene på rentabel vis. Dette fremgår af styrelsens opgørelse over LKF's fortjeneste ved Udbuddet i bilag 16, som i uddrag er gengivet i tabel 17 ovenfor.

676. Styrelsen vurderer således, at LKF har adgang til at finansiere og skabe rentabilitet på investeringerne i nye maskiner. Det er derfor også sandsynligt, at LKF

uden Aftalen ville udvide sin maskinkapacitet for at kunne deltage i konkurrencen om Udbuddet.

677. Hertil kommer, at LKF også tidsmæssigt har mulighed for at supplere deres maskinpark, idet leveringstiden på vejmarkeringsmaskinerne er 4-7 uger. Da Konsortiet tildeles Udbuddet den 9. april 2014, og da vejmarkeringsarbejderne i de tre distrikter i Udbuddet påbegyndes henholdsvis den 1. juni 2014, 3. juli 2014 og 4. september 2014, jf. punkt 196-197, ligger leveringstiden således inden for den periode, hvor vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet er kendte for LKF, men endnu ikke igangsat.

678. Sammenfattende er det styrelsens vurdering, at LKF har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene – også selvom det lægges til grund, at LKF skal investere i nye maskiner.

679. For så vidt angår LKF's påstand om, at der ikke kan indarbejdes et vilkår om, at en virksomhed skal udvide sin produktion og kapacitet for at kunne deltage i et udbud, bemærker styrelsen følgende:

680. Der er ikke tale om et *krav* om, at en virksomhed skal udvide sin produktion og kapacitet for at kunne deltage i et udbud, som anført af LKF. Der er alene tale om en helt standardmæssig vurdering af den potentielle konkurrence.

681. I den konkrete sag skal LKF, hvis det lægges til grund, at LKF skal investere i nye maskiner for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, forøge sin eksisterende maskinpark fra […] til […] vogntog, dvs. en forøgelse med […] vogntog svarende til […] af LKF's eksisterende maskinpark for så vidt angår vogntog. I den forbindelse bemærker styrelsen, at der ikke er tale om, at en lille virksomhed skal vokse sig stor for at deltage i konkurrencen om Udbuddet. LKF er landets største entreprenør indenfor vejmarkering, og der er således i den konkrete sag tale om, at landets største vejmarkeringsvirksomhed skal vokse sig større. Der er en række forhold, som begrunder, at det er rimeligt at antage, at LKF kan udvide sin maskinpark af vogntog fra […] til […] vogntog.

682. *For det første* foreligger der ikke oplysninger om, at LKF har truffet en strategisk virksomhedsbeslutning om ikke at vækste, dvs. et ønske om at bevare virksomhedens størrelse. […] fremgår det af materialet i sagen, at LKF […] i 2014, hvor vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet starter - både for så vidt angår mandskab, jf. afsnit 4.3.2.2.5.1 (punkt 647-654), og maskiner, jf. afsnit 3.4.3.2 (punkt 205).

683. Selv hvis der forelå en sådan strategisk beslutning om ikke at vækste, bemærker styrelsen *for det andet*, at det ville være rentabelt for LKF at udvide virksomhedens maskinpark med […] vogntog, idet LKF's indtægter ved Udbuddet mere end dækker omkostningerne ved Udbuddet, herunder omkostningerne til […] nye vogntog. Dette er nærmere dokumenteret i bilag 16. Det er derfor ikke kor-

rekt, at LKF ikke har haft et forretningsmæssigt grundlag for at udvide forretningen, idet investeringen i nye vogntog ville være rentabel allerede efter de 4 år, kontrakterne med Vejdirektoratet løber i. Hertil kommer, at maskinerne har en levetid på [op til 15] år og derfor også kan bruges til andre vejmarkeringsopgaver efter Udbuddet.

684. Endelig og *for det tredje* er det ikke korrekt, at styrelsen i denne sag pålægger LKF at udvide virksomhedens maskinkapacitet. Der er ikke tale om et *krav* om, at en virksomhed skal udvide sin produktion og kapacitet for at kunne deltage i et udbud, som anført af LKF. Der er alene tale om en helt standardmæssig vurdering af den potentielle konkurrence.

685. Det er på den baggrund sammenfattende styrelsens vurdering, at det både er muligt og rimeligt at antage, at LKF kan udvide sin maskinpark fra […] til […] vogntog.

4.3.2.2.5.3 Eurostar – adgang til at skaffe arbejdskraft

686. Som angivet i afsnit 4.3.2.2.4.1 og 4.3.2.2.4.3 er det styrelsens vurdering, at både LKF og Eurostar med deres eksisterende kapacitet kan udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet, og at LKF og Eurostar derfor er aktuelle konkurrenter i forhold til Udbuddet.

687. I dette afsnit vurderes det, om LKF og Eurostar er potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet ved at undersøge, om det er sandsynligt, at Eurostar uden Aftalen med LKF ville udvide sin mandskabskapacitet.

688. Eurostar har overfor styrelsen oplyst, at maskinformændene er helt centrale for en vejmarkeringsvirksomhed, men at denne type medarbejdere er meget svære at få fat på. Eurostar henviser til, at virksomheden ikke kan rekruttere maskinformænd, og at Eurostar […] i løbet af de seneste […] år har været i stand til at ansætte […] med erfaring fra en anden virksomhed. Af den grund kan Eurostar ikke byde på en opgave, som forudsætter […] end dem, Eurostar allerede har eller […], inden opgaven skal påbegyndes.

689. Ifølge Eurostar havde virksomheden ikke *"den nødvendige mandskabsmæssige kapacitet til at løfte den samlede udbudte opgave."*, dvs. alle tre distrikter i Udbuddet.

690. Eurostar har i den forbindelse anført, at virksomheden […] har rekrutteret […] maskinformand med erfaring, og at der alene sker en *"begrænset udveksling"* af arbejdskraft i branchen.

691. Af Eurostars strategioplæg for 2014 fremgår det, at Eurostar senest i […] ansatte […], som kunne gå direkte ind i produktionen som henholdsvis maskin- og håndhold:

"Afdelingen har […] ansat […]."

[Styrelsens understregning]

692. Derudover fremgår det af Eurostars CV for nøglepersonel, at […] ud af Eurostars […] maskinformænd tidligere har været ansat som maskinformænd hos […]. Eurostar har således både ansat maskinformænd fra […] og […]. Dette dokumenterer, at der sker en vis udveksling af arbejdskraft i branchen.

693. Det er på denne baggrund samlet set styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar – hvis de i øvrigt ikke allerede var aktuelle konkurrenter – er potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet, idet adgang til kvalificeret arbejdskraft ikke udgør en kapacitetsbegrænsning for Eurostar, og det derfor er sandsynligt, at Eurostar uden Aftalen ville udvide sin mandskabskapacitet.

694. Spørgsmålet om, hvorvidt det tilsvarende er sandsynligt at antage, at Eurostar uden Aftalen med LKF ville udvide sin maskinpark af vogntog for at deltage i konkurrencen om Udbuddet, er behandlet umiddelbart nedenfor i afsnit 4.3.2.2.5.4.

4.3.2.2.5.4 Eurostar – adgang til at skaffe maskiner

695. Eurostar har overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at virksomheden mangler vejmarkeringsmaskiner for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. […].

696. For at vurdere Eurostars fortjeneste ved at byde på hele Udbuddet, hvis det forudsættes, at Eurostar ikke allerede har den fornødne maskinkapacitet og derfor skal indkøbe nye vejmarkeringsmaskiner til brug for Udbuddet, har styrelsen opstillet en opgørelse af Eurostars fortjeneste ved at udføre vejmarkeringsopgaver i alle tre distrikter med nye maskiner på baggrund af oplysninger om Eurostars indtægter og omkostninger ved Udbuddet, jf. bilag 16 og afsnit 3.5.1.

697. Eurostar har overordnet anført, at styrelsens opgørelse over Eurostars fortjeneste ved at byde på hele Udbuddet overvurderer rentabiliteten i Udbuddet. Eurostar har til støtte herfor henvist til, at styrelsen ikke har medregnet det nødvendige antal vogntog. Ifølge Eurostar skal der anvendes [flere end 2] vogntog til at udføre alle arbejderne i Udbuddet. Styrelsen har på den baggrund lavet en alternativ beregning, hvor antallet af maskiner, der skal medregnes i Udbuddet, er forhøjet til [flere end 2] vogntog, og hvor opgørelsen over Eurostars fortjeneste er revideret i overensstemmelse med dette, jf. bilag 16.

698. Styrelsen har dog fastholdt, at der skal anvendes to og ikke [flere end 2] vogntog til at udføre arbejderne i Udbuddet, hvilket er i overensstemmelse med oplysninger fra Vejdirektoratet og i øvrigt understøttes af tids- og arbejdsplanerne for de tre distrikter (bilag 12-14), hvoraf det fremgår, at parterne på ingen måde er fuld-

tidsbeskæftiget i de enkelte distrikter. Parterne har således mulighed for at tilrettelægge arbejdet således, at vejmarkeringsarbejderne igangsættes samtidigt i to distrikter, og at arbejderne i et af disse distrikter færdiggøres, inden arbejderne i det sidste distrikt sættes i gang. Af parternes tids- og arbejdsplaner for 2014 (bilag 12-14) fremgår det også, at Eurostars vejmarkeringsaktiviteter i distrikt Sjælland alene har et lille tidsmæssigt overlap med LKF's vejmarkeringsaktiviteter i distrikt Hovedstaden, selvom de to tids- og arbejdsplaner for distrikt Sjælland og distrikt Hovedstaden er udarbejdet uafhængigt af hinanden, dvs. uden at LKF og Eurostar har overvejet at tage hensyn til arbejderne i den andens distrikt.

699. Selvom styrelsen har lavet en alternativ beregning, hvor Eurostars omkostninger til maskiner er forhøjet svarende til [flere end 2] vogntog, er det fortsat styrelsens vurdering, at Eurostar kunne have opnået et overskud ved at udføre arbejderne i hele Udbuddet alene og samtidigt investere i nye maskiner. Opgørelsen over Eurostars fortjeneste ved at byde på hele Udbuddet, hvis Eurostar skal købe nye maskiner, er nærmere dokumenteret i bilag 16. Heraf fremgår det, at styrelsen har sandsynliggjort, at niveauet for dækningsbidraget og driftsoverskuddet for Udbuddet tillader investeringer i nyt maskinel.

700. Styrelsens opgørelse over Eurostars indtægter og omkostninger ved Udbuddet er gengivet i tabel 18 nedenfor (samme som tabel 11 i afsnit 3.5.1):

Tabel 18 Oversigt over Eurostars fortjeneste ved at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet med nye maskiner

Mio. kr.	2014	2015	2016	2017	I alt
Indtægter[1]	8,4	8,4	8,4	8,4	33,6
Driftsomkostninger	[4,0-5,0]	[5,0-6,0]	[5,0-6,0]	[5,0-6,0]	[18,0-22,0]
Heraf:					
- **Materialer**[2]	[2,5-3,5]	[2,5-3,5]	[2,5-3,5]	[2,5-3,5]	[10,0-14]
- **Lønninger**[3]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[1,5-2,5]	[6,0-10,0]
- **Vedligehold**[4]	[0,0-0,5]	[0,5-1,0]	[0,5-1,0]	[0,5-1,0]	[1,5-3,5]
Dækningsbidrag	[3,0-4,0]	[2,5-3,5]	[2,5-3,5]	[2,0-3,0]	[11,0-14,0]
Kapitalomkostninger[5]	[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[4,0-8,0]
Totale omkostninger	[5,5-6,5]	[6,5-7,5]	[6,5-7,5]	[6,5-7,5]	[25,0-29,0]
Overskud	[2,5-3,5]	[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[1,0-2,0]	[5,5-9,5]

Noter:

1) Indtægter ved det vindende bud. Kilde: Vejdirektoratet.
2) Udgifter til diesel, termoplast (stribemasse), symboler, felter og glasperler. Kilde: LKF, Eurostar og egne beregninger.
3) Udgifter til lønninger og forplejning. Kilde: LKF og egne beregninger.
4) Udgifter til vedligeholdelse af maskiner, skiltevogne mv. Kilde: LKF.
5) Kapitalomkostninger til [...] vogntog, [...] håndbil, [...] skiltevogne og [...] følgebiler. Kilde: LKF, Eurostar, HOFMANN GmbH, Borum Industri A/S og egne beregninger.

701. Opgørelsen over Eurostars indtægter og udgifter ved at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet med nye maskiner (tabel 18) viser, at Eurostar har et positivt dækningsbidrag på [11,0-14,0] mio. kr. Opgørelsen viser dermed, at indtægterne ved Udbuddet mere end dækker driftsomkostningerne ved Udbuddet.

702. Styrelsen skal hertil bemærke, at det af afsnit 4.3.2.2.4.3 fremgår, at Eurostar har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet uden at investere i nye maskiner.

703. Selv hvis det lægges til grund, at Eurostar er nødt til at investere i nye maskiner for at kunne udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, kan Eurostar opnå maskinkapacitet til at udføre arbejderne i Udbuddet på rentabel vis. Dette fremgår af bilag 16. Det er derfor også sandsynligt, at Eurostar uden Aftalen ville udvide sin maskinkapacitet for at kunne deltage i konkurrencen om Udbuddet.

704. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at Eurostar har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet alene – også selvom det lægges til

grund, at Eurostar skal investere i nye maskiner. Konsortiesamarbejdet med LKF har derfor ikke været nødvendigt.

705. Hertil kommer, at Eurostar også tidsmæssigt har mulighed for at supplere deres maskinpark, idet leveringstiden på vejmarkeringsmaskinerne er 4-7 uger. Det bemærkes i den forbindelse, at leveringstiden ifølge Eurostar er op til […] uger. Styrelsen har imidlertid indhentet oplysninger om leveringstiden fra den danske producent, Borum Industri A/S, […], og ifølge Borum Industri A/S er leveringstiden markant kortere, end oplyst af Eurostar. Styrelsen har lagt producentens oplysninger om leveringstid til grund i sagen, da Borum Industri A/S må antages at være nærmest til at vide, hvad leveringstiden på de omhandlede vejmarkeringsmaskiner er.

706. Da Konsortiet tildeles Udbuddet den 9. april 2014, og da vejmarkeringsarbejderne i de tre distrikter i Udbuddet påbegyndes henholdsvis den 1. juni 2014, 3. juli 2014 og 4. september 2014, jf. punkt 196-197, ligger leveringstiden således inden for den periode, hvor vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet er kendte for Eurostar, men endnu ikke igangsat. Eurostar havde derfor mulighed for at afvente leveringen af en ny vejmarkeringsmaskine i 2014, inden arbejdet skulle igangsættes. I den forbindelse bemærker styrelsen, at Eurostar selv har udarbejdet tids- og arbejdsplanen for distrikt Sjælland, og at Eurostar derfor selv har indflydelse på, hvornår arbejderne i distriktet igangsættes. Hertil kommer, at Vejdirektoratet i Udbuddet, pga. den sene kontraktindgåelse, havde suspenderet Vejdirektoratets sædvanlige krav om, at 65 pct. af arbejdet med at udlægge vejmarkering skulle være afsluttet senest den 31. august 2014, og være helt færdigt den 30. september 2014. Eurostar kunne derfor både starte arbejdet op senere og arbejde i en længere periode end normalt. Endelig kunne Eurostar også have igangsat arbejdet med en af virksomhedens eksisterende vejmarkeringsmaskiner, mens Eurostar i en kortere periode afventede leveringen af en ny maskine.

707. I det følgende sammenfattes LKF's og Eurostars adgang til kapacitet i forhold til de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud) og deres kapacitet i forhold til hele Udbuddet, dvs. vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter samlet, jf. afsnit 4.3.2.2.5.5 nedenfor.

4.3.2.2.5.5 Konklusion om LKF's og Eurostars adgang til at skaffe kapacitet i forhold til at udføre opgaverne i Udbuddet

708. Sammenfattende er det styrelsens vurdering, at LKF og Eurostar hver især er i stand til at udføre vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter i Udbuddet (delbud) og endda har kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejderne i alle tre distrikter i Udbuddet samlet. LKF og Eurostar har allerede kapaciteten til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet hver for sig, og LKF og Eurostar har også hver især mulighed for at skaffe yderligere kapacitet. Konsortiesamarbejdet mellem LKF og Eurostar har således ikke været nødvendigt, idet LKF og Eurostar

– selv hvis de ikke allerede var aktuelle konkurrenter i forhold til Udbuddet – ville være potentielle konkurrenter.

709. Det er herefter relevant at gennemgå de fire betingelser, der skal være opfyldt for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, jf. afsnit 4.3.3-4.3.6.

4.3.3 Virksomhedsbegrebet

710. Den første betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er, at der skal være tale om virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder.

711. Virksomhedsbegrebet fortolkes meget bredt. Det følger direkte af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at lovens forbud gælder for enhver form for erhvervsvirksomhed. Det er desuden præciseret i forarbejderne, at det omfatter *"enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester"*. Det følger ligeledes af Domstolens praksis, at virksomhedsbegrebet *omfatter "enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde"*. Det er uden betydning for anvendelsen af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, hvorvidt virksomheden drives med økonomisk gevinst for øje.

712. LKF og Eurostar er entreprenører indenfor vejmarkering og udfører begge vejmarkeringsaktiviteter i Danmark. LKF producerer desuden selv den termoplast, som bruges til at udlægge vejmarkering.

713. Sagens parter er derfor omfattet af konkurrencelovens og TEUF's virksomhedsbegreb.

4.3.4 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

714. Den anden betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.

715. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb. Det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt fx "gentlemen's agreements". Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Der stilles indenfor konkurrenceretten ikke krav om, at en aftale antager en juridisk bindende form, at der er fastsat sanktioner mellem aftaleparterne, eller at aftalen kan tvangsfuldbyrdes. Det er endvidere ikke afgørende, om virksomhederne har følt sig forpligtet – juridisk, faktisk eller moralsk – til at udvise den aftalte adfærd.

716. Der foreligger en aftale, når to eller flere virksomheder har et samarbejde, hvor de direkte eller indirekte koordinerer deres adfærd på markedet. Det er uden betydning, hvilken form aftalen har.

717. LKF og Eurostar indgik den 11. marts 2014 Aftalen om at samarbejde i Dansk Vejmarkerings Konsortium med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet (bilag 4).

718. Af Aftalens punkt 1 Formål, fremgår det, at:

> *"Formålet med indgåelsen af denne aftale om konsortiedannelse ("Konsortieaftalen") mellem aftalens parter ("Konsortiedeltagerne") er at udarbejde og afgive et tilbud vedrørende:*
>
> *Vejdirektoratets udbud af genmarkering 2014-2017.*
> *…*
> *såvel som at udføre Opgaven i henhold til bestemmelserne i aftalen med Ordregiver ("Kontrakten") og Konsortieaftalen, såfremt Konsortiet tildeles Kontrakten."*
>
> [Styrelsens understregning]

719. Som en del af Aftalen har LKF og Eurostar på forhånd fordelt distrikterne i Udbuddet imellem sig ved at aftale, hvem der skal arbejde i hvilke distrikter. Dette fremgår af Fordelingsaftalen (bilag 5). Af Fordelingsaftalen fremgår det endvidere, at den part, som ikke skal udføre arbejde i et distrikt, kompenseres af den anden part ved at modtage […] pct. af entreprisesummen pr. år for det pågældende distrikt, hvis Konsortiet kun vinder dette ene distrikt i Udbuddet ("Kompensationsaftalen"):

> *"[…]."*
>
> [Styrelsens understregning]

720. Fordelingsaftalen er vedlagt som bilag til Aftalen og er underskrevet af parterne samme dag som Aftalen, dvs. den 11. marts 2014.

721. Der er således indgået en skriftlig aftale mellem LKF og Eurostar om at etablere Konsortiet med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet. Samtidig har LKF og Eurostar i et bilag til Aftalen på forhånd aftalt, hvem der skal arbejde i hvilke distrikter i Udbuddet.

722. Aftalen mellem LKF og Eurostar opfylder således betingelsen om, at der skal være indgået en aftale.

4.3.5 Til formål og/eller til følge at begrænse konkurrencen

723. Den tredje betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er, at aftalen direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

724. Et af grundprincipperne i TEUF's artikel 101, stk. 1, der svarer til konkurrencelovens § 6, stk. 1, og som kommer til udtryk i EU Domstolens praksis, er, *"… at enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, som han vil føre på det fælles marked…"*.

725. Det fremgår af Domstolens praksis, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen. Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder *efter deres art* kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår.

726. Ifølge EU-praksis er det væsentlige kriterium for at afgøre, om en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål, konstateringen af, at en sådan aftale m.v. *"i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen."*

727. Aftaler efter konkurrencelovens § 6, stk. 1 kan fx bestå i aftaler om at fastsætte købs- eller salgspriser og andre forretningsbetingelser eller om at opdele markeder, jf. § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3. Sådanne aftaler, der direkte eller indirekte – mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter – koordinerer priser eller deler markedet imellem sig, betragtes under alle omstændigheder som en alvorlig konkurrencebegrænsning, der i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen.

728. Hvis en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det således unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet.

729. For at vurdere, om en aftale m.v. er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne anses for at have konkurrencebegrænsende formål, skal der ifølge Domstolens faste retspraksis tages hensyn til (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.

730. For at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er det tilstrækkeligt, at aftalen m.v. kan påvirke konkurrencen negativt på det relevante marked – hvorvidt og i hvilket omfang, der rent faktisk indtræder en konkurrencebegrænsende virkning, er således ikke relevant i denne forbindelse.

731. Fx udtalte Domstolen i *T-Mobile-sagen*, at *"for at en samordnet praksis kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er det tilstrækkeligt, at den kan påvirke kon-*

kurrencen negativt. Med andre ord skal den samordnede praksis blot konkret – dvs. under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng – kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Hvorvidt og i hvilket omfang en sådan konkurrencebegrænsende virkning imidlertid rent faktisk indtræder, kan højst være relevant for udmålingen af eventuelle bøder og bedømmelsen af retten til erstatning, herunder med tillæg af renter." [Styrelsens understregning].

732. Selv om parternes hensigt ikke er afgørende for vurderingen af, hvorvidt en aftale m.v. er konkurrencebegrænsende, er der dog intet til hinder for, at parternes eventuelle subjektive hensigt tages i betragtning.

733. I det følgende vurderes det, hvorvidt Aftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.5.1 Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen

734. LKF og Eurostar har begge overordnet bestridt, at Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

735. LKF har henvist til, at styrelsen har anvendt en ukorrekt juridisk test ved vurderingen af, om Konsortiet er lovligt, idet en konsortieaftale ikke skal vurderes med afsæt i en formålsvurdering, som styrelsen har gjort. LKF mener derfor, at styrelsen har forsømt at undersøge de påståede konkurrencebegrænsende virkninger af Konsortiet.

736. LKF mener endvidere, at Aftalen har et konkurrencefremmende formål, fordi Aftalen gjorde det muligt for Konsortiet at byde den laveste pris på Udbuddet i konkurrence med andre aktuelle og potentielle tilbudsgivere.

737. Indledningsvist bemærkes det, at LKF og Eurostar har indgået en aftale om at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, hvis Konsortiet vinder Udbuddet. Aftalen indeholder en aftale om fastsættelse af en fælles pris for hvert af de tre delbud, hvor LKF og Eurostar er aktuelle konkurrenter. Aftalen indeholder derudover en aftale om opdeling af de enkelte distrikter, der hver især er genstand for delbud.

738. Når to konkurrenter indgår aftale om at dele markedet imellem sig og/eller at fastsætte priser for deres produkter/ydelser, er formålet med aftalen netop er at begrænse den konkurrence, der ellers ville have været imellem dem.

739. I konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, og TEUF artikel 101, stk. 1, er det også udtrykkeligt fastsat, at aftaler er konkurrencebegrænsende, når de består i:

- Fastsættelse af salgspriser
- Opdeling af markeder

740. Erfaringen fra praksis og økonomisk teori viser, at aftaler mellem konkurrenter om priser og opdeling af markeder har til formål at begrænse konkurrencen, fordi de udgør overtrædelser, der i sig selv er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen. Dette skyldes bl.a., at sådanne aftaler sætter de normale markedsvilkår ud af kraft.

741. Styrelsen bemærker i den forbindelse, at afholdelse af udbud i sig selv er ensbetydende med, at der åbnes op for, at aktørerne på et givet marked kan konkurrere. I en udbudssituation, som denne, hvor tildelingskriteriet er laveste pris, er en effektiv priskonkurrence mellem tilbudsgiverne essentiel, navnlig da konkurrence på pris bevirker, at priserne presses til det lavest mulige niveau.

742. Hvis to tilbudsgivere, der hver især er i stand til at byde på en opgave, indgår en aftale om at afgive et fælles bud på opgaven, er det den generelle forventning, at der afgives færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen. Dette medfører, at den priskonkurrence, der ellers ville have været mellem de to tilbudsgivere, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes. Dette er udtrykkeligt i strid med formålet med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, navnlig litra a og c, der netop forbyder virksomheder at fordreje den normale prisdannelse på markedet.

743. Eurostar har, som begrundelse for, at Aftalen ikke har til formål at begrænse konkurrencen, henvist til, at styrelsen har anvendt en udvidende fortolkning af begrebet "konkurrencebegrænsende formål". Eurostar har til støtte herfor henvist til, at Domstolen i *Cartes Bancaires* har fastslået, at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" skal fortolkes indskrænkende. Ifølge Domstolen *"kan begrebet "konkurrencebegrænsende formål" kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er tilstrækkelige skadelige for konkurrencen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig."*

744. Indledningsvist bemærkes det, at styrelsens fortolkning af begrebet "konkurrencebegrænsende formål" er i overensstemmelse med *Cartes Bancaires*. I vurderingen af, om Aftalen er tilstrækkeligt skadelig til at have til formål at begrænse konkurrencen er det nødvendigt at inddrage kriterierne i EU-praksis, dansk praksis og de horisontale retningslinjer. Dette ændrer *Cartes Bancaires* ikke på. Styrelsens vurdering af Aftalen forholder sig således til (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.

(i) Aftalens indhold

745. LKF og Eurostar anfægter begge, at Aftalen ud fra sit indhold er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have til formål at begrænse konkurrencen og anfører, at Aftalens indhold ikke er af en karakter, der altid er ulovlig. Lovligheden heraf afhænger af, om parterne har mulighed for at løfte opgaven på egen hånd.

Aftalen kan således ikke sidestilles med aftaler, der i deres natur er skadelige for konkurrencen og som derfor har et konkurrencebegrænsende formål. Eurostar har til støtte herfor henvist til *Cartes Bancaires*, hvor Domstolen fastslog, at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" skal fortolkes indskrænkende.

746. Styrelsen bemærker indledningsvist, at konsortieaftaler ikke skal vurderes anderledes end andre aftaler. Det afgørende for den konkurrenceretlige vurdering er ikke betegnelsen på en aftale (fx en konsortieaftale), men hvad aftalen reelt omhandler. Uanset hvad man kalder en aftale, vil man i forhold til horisontale aftaler skulle se på, om aftalen er indgået mellem aktuelle eller potentielle konkurrenter.

747. For så vidt angår det første kriterium, aftalens indhold, bemærker styrelsen, at LKF og Eurostar den 11. marts 2014 indgik Aftalen om at samarbejde i Konsortiet med henblik på at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet (bilag 4).

748. Af Aftalens punkt 1 Formål fremgår det, at:

> *"Formålet med indgåelsen af denne aftale om konsortiedannelse ("Konsortieaftalen") mellem aftalens parter ("Konsortiedeltagerne") er at udarbejde og afgive et tilbud vedrørende:*
>
> *Vejdirektoratets udbud af genmarkering 2014-2017.*
> *…*
> *såvel som at udføre Opgaven i henhold til bestemmelserne i aftalen med Ordregiver ("Kontrakten") og Konsortieaftalen, såfremt Konsortiet tildeles Kontrakten.*
>
> *For udførelsen af Konsortiedeltagernes andel af Opgaven modtager Konsortiedeltageren en andel af betalingen fra Ordregiver, som vedrører betaling for den del af Opgaven, som Konsortiedeltageren skal udføre i henhold til bilag 1 ("Konsortieandelen").*"
>
> [Styrelsens understregning]

749. Formålet med Aftalen er således, at LKF og Eurostar gennem Konsortiet skal udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet, hvis Konsortiet vinder Udbuddet.

750. Som en del af Aftalen har LKF og Eurostar på forhånd fordelt distrikterne i Udbuddet imellem sig ved at aftale, hvem der skal arbejde i hvilke distrikter. Dette fremgår af Fordelingsaftalen (bilag 5), som er gengivet i tabel 19 nedenfor (samme som tabel 3 i afsnit 3.4.2):

Tabel 19 Fordeling af distrikter mellem LKF og Eurostar

[…]	[…]	[…]			[…]		
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

751. Fordelingsaftalen viser, at LKF og Eurostar i fordelingen har taget højde for alle tænkelige udfald på Udbuddet, dvs. om Konsortiet vinder 1, 2 eller 3 distrikter, og hvordan distrikterne i givet fald skal fordeles mellem parterne. […]

752. Udbuddet var tilrettelagt, så det var muligt for LKF og Eurostar kun at byde på et enkelt distrikt i Udbuddet (delbud). LKF og Eurostar kunne således fx have budt på de distrikter, som de ifølge Fordelingsaftalen får tildelt.

753. Af Fordelingsaftalen fremgår det endvidere, at LKF og Eurostar - udover fordelingen af distrikter - også har aftalt, at:

"[…]"

754. […].

755. Kompensationsaftalen betyder, at […].

Tabel 20 Oversigt over […]

[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

756. Eurostar har oplyst, at Kompensationsaftalen skal ses som en betaling for, at den anden konsortiepart står til rådighed med sine ressourcer, hvis der skulle blive behov for dette, fx som følge af forsinkelse, og at betalingen i Kompensationsaftalen endvidere dækker den økonomiske risiko, der ligger i parternes solidariske hæftelse overfor Vejdirektoratet.

757. Som ovenfor anført deler LKF og Eurostar ikke ressourcer, og parterne har heller ikke haft behov for at bistå hinanden med øget kapacitet.

758. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at Aftalen mellem LKF og Eurostar indeholder en aftale mellem konkurrerende virksomheder om fastsættelse af priser og opdeling af markeder, idet Aftalen både indeholder en aftale om fastsættelse af en fælles pris for hvert af de tre delbud, hvor LKF og Eurostar er aktuelle konkurrenter, og en aftale om at udføre vejmarkeringsarbejderne efter den aftalte opdeling af de enkelte distrikter, der hver især er genstand for delbud.

759. Som det fremgår af punkt 738-740 betragtes aftaler, der direkte eller indirekte – mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter – koordinerer priser eller deler markedet, som en aftale, der i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen.

760. Sådanne aftaler indebærer efter sit indhold et direkte indgreb i de væsentlige konkurrenceparametre på markedet og erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence om et udbud, med et indbyrdes praktisk samarbejde. Dette er i strid med den grundtanke, der ligger bag konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til den politik, virksomheden vil føre på markedet.

761. Eurostar har anført, at det skal tillægges betydning, at Aftalen er indgået i fuld offentlighed, og at Eurostar forud for Aftalen har søgt juridisk rådgivning, som bekræftede, at Aftalen var lovlig.

762. Det forhold, at Vejdirektoratet var bekendt med, at LKF og Eurostar afgav et fælles bud i Konsortiet indebærer ikke, at Aftalen falder uden for konkurrencelovens § 6. Der ligger hverken i konkurrencelovens § 6, TEUF artikel 101 eller Domstolens praksis et krav om, at en aftale skal være hemmelig. Styrelsen henviser til, at det af de horisontale retningslinjer fremgår, at *"Med andre ord betyder de offentlige myndigheders tilskyndelse til en horisontal samarbejdsaftale ikke, at den er tilladt efter artikel 101"*. Det har således ikke betydning for vurderingen af, om der er sket en overtrædelse af konkurrencereglerne, om tilbudskoordineringen sker hemmeligt eller offentligt, og om offentlige myndigheder således har haft kendskab til samarbejdsaftalen, eller ligefrem opfordret til den.

763. For så vidt angår den juridiske rådgivning og vurdering af Konsortiet, som Eurostar har indhentet forud for Udbuddet, bemærkes det, at konklusionen på en advokats juridiske rådgivning ikke kan undskylde en virksomheds tilsidesættelse af konkurrencelovens § 6.

764. Samlet set er det styrelsens vurdering, at Aftalen mellem LKF og Eurostar er en aftale om fastsættelse af priser og opdeling af markeder, idet Aftalen både indeholder en aftale om fastsættelse af en fælles pris for hvert af de tre delbud, hvor

LKF og Eurostar er aktuelle konkurrenter, og en aftale om at udføre vejmarkeringsarbejderne efter den aftalte opdeling af de enkelte distrikter, der hver især er genstand for delbud.

765. Det er derfor styrelsens vurdering, at Aftalen ud fra sit indhold er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have til formål at begrænse konkurrencen.

(ii) De målsætninger, der søges gennemført med aftalen

766. For så vidt angår det andet kriterium, dvs. de målsætninger, der søges gennemført ved aftalen, bemærker styrelsen, at Aftalen fastslår, at LKF og Eurostar gennem Konsortiet skal udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet.

767. Det skal indledningsvist fremhæves, at vurderingen af de målsætninger, der søges gennemført med Aftalen, beror på en objektiv vurdering af Aftalen og er uafhængig af, om LKF og Eurostar har haft til hensigt at begrænse konkurrencen eller ej. Selvom det antages, at det er godtgjort, at parterne i en aftale har handlet uden subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, er sådanne betragtninger ikke relevante ved vurderingen af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

768. LKF og Eurostar har samstemmende oplyst, at formålet med Aftalen var at deltage i konkurrencen om den samlede opgave i Udbuddet, dvs. alle tre distrikter. Det skyldes, at tildelingskriteriet i Udbuddet var laveste pris for den samlede opgave, og at parterne derfor ville have en bedre mulighed for at vinde, hvis de gik sammen i Konsortiet frem for at byde hver for sig på de enkelte distrikter. LKF og Eurostar har i den forbindelse henvist til, at den samlede opgave var af en størrelse, som overskred begge konsortiedeltagernes kapacitet. LKF og Eurostar har endvidere anført, at Aftalens målsætning var, at parterne ved at gå sammen kunne give en mere konkurrencedygtig pris, end de kunne præstere hver for sig. Parterne anfægter således, at Aftalens målsætning er at eliminere konkurrencen om Udbuddet mellem LKF og Eurostar.

769. Hertil bemærker styrelsen *for det første*, at Udbuddet var tilrettelagt, så det var muligt for de bydende kun at byde på et enkelt distrikt (fx Hovedstaden), dvs. at det var muligt at afgive delbud. Dette fremgår af Vejdirektoratets bestemmelser om udbud og tilbud for Udbuddet ("BUT"), afsnit 3.2:

> ***"Entrepriseform***
>
> *Arbejdet udbydes i følgende tre entrepriser.*
> - *GEN-KA-SD-3*
> - *GEN-KA-OD-4*

- *GEN-KA-OD-5*

[Styrelsens understregning]

770. Styrelsen bemærker *for det andet*, at der i udbudsmaterialet hverken er opstillet et krav eller udtrykt ønske om, at Vejdirektoratet helst vil have én aktør, som kan dække hele Udbuddet samlet, dvs. vejmarkeringsopgaverne i alle tre distrikter. Tværtimod var det muligt at afgive delbud.

771. Dette understøttes også af, at de to øvrige aktører, som afgav bud på Udbuddet, begge benyttede muligheden for at afgive delbud. Lemminkäinen afgav delbud på distrikt Syddanmark, mens Guide-Lines afgav to delbud – et på distrikt Syddanmark og et på distrikt Sjælland.

772. Det var muligt for de bydende at tilbyde en samlet rabat til Vejdirektoratet, hvis de vandt flere entrepriser (distrikter). Dette fremgår BUT, afsnit 3.2:

> *"Tilbudsgiver 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."*
>
> [Styrelsens understregning]

773. Det var således op til Vejdirektoratet at vælge den kombination af bud, der samlet set gav den laveste pris på Udbuddet. Af BUT, afsnit 3.5 fremgår det, hvordan Vejdirektoratet når frem til den laveste pris på Udbuddet:

> *"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."*
>
> [Styrelsens understregning]

774. På den baggrund bemærker styrelsen *for det tredje*, at *"den kombination af alle tilbud, der samlet giver den laveste pris for Vejdirektoratet"* ikke nødvendigvis betyder, at Vejdirektoratet overdrager de tre distrikter i Udbuddet til én aktør. Dette afhænger af de indkomne bud, og det er derfor ikke muligt på forhånd at sige, hvordan de tre distrikter i Udbuddet overdrages. Det har således ikke været nødvendigt for LKF og Eurostar at gå sammen i Konsortiet.

775. Styrelsen vurderer derfor, at det, at LKF og Eurostars formål med Aftalen var at byde på det samlede udbud, ikke ændrer på, at de havde mulighed for at byde på de enkelte distrikter i Udbuddet hver for sig.

776. For så vidt angår LKF's og Eurostars oplysning om, at Aftalens målsætning var, at parterne ved at gå sammen kunne give en mere konkurrencedygtig pris, end de kunne præstere hver for sig, bemærker styrelsen, at det efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 ikke har betydning, at parternes subjektive formål med Aftalen var at tilbyde den mest konkurrencedygtige pris, så længe samarbejdet objektivt set er egnet til at begrænse konkurrencen om Udbuddet. Et sådant samarbejde medfører, at den priskonkurrence, der ellers ville have været mellem parterne, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes.

777. Det er styrelsens vurdering, at den objektive målsætning med Aftalen er at eliminere konkurrencen om Udbuddet mellem landets to største entreprenører indenfor vejmarkering: LKF og Eurostar. LKF og Eurostar har således ved at gå sammen i Konsortiet begrænset den usikkerhed, der er ved at byde på et udbud, da der med konsortiedannelsen har været en konkurrent mindre til at byde på Udbuddet.

778. Ved at fjerne denne usikkerhed, er det styrelsens vurdering, at Aftalen mellem LKF og Eurostar objektivt forfulgte en målsætning om at begrænse antallet af bud og dermed begrænse den konkurrence, der var om Udbuddet.

779. Da der var mulighed for priskonkurrence mellem LKF og Eurostar ved budafgivelsen, har konsortiesamarbejdet dermed haft den konsekvens, at antallet af mulige bud på Udbuddet er blevet reduceret. Dette har samtidig betydet, at Vejdirektoratet kan have betalt for meget for vejmarkeringsopgaverne i Udbuddet, som Konsortiet vandt.

780. Som det fremgår af tabel 19, havde både LKF og Eurostar gennem Aftalen mulighed for at udføre vejmarkeringsarbejderne i distrikt Hovedstaden afhængigt af, hvilke to distrikter Konsortiet vandt. Dette er et tydeligt bevis for, at begge virksomheder i hvert fald kunne have budt på distrikt Hovedstaden hver for sig. Konsortiet begrænser dermed som minimum konkurrencen mellem LKF og Eurostar om at udføre vejmarkeringsarbejderne i distrikt Hovedstaden.

781. Det er samlet set styrelsens vurdering, at den objektive målsætning med Aftalen er at eliminere konkurrencen om Udbuddet mellem LKF og Eurostar, og at Aftalen dermed har til formål at begrænse konkurrencen.

(iii) Den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår

782. Til det sidste kriterium vil styrelsen vurdere Aftalen i den økonomiske og retlige sammenhæng, som Aftalen optræder i. I forbindelse med vurderingen af denne sammenhæng tages der også hensyn til, hvilke produkter eller tjenesteydelser der er tale om, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.

783. Som det allerede er belyst ovenfor, er Aftalen mellem LKF og Eurostar en overtrædelse, der udtrykkeligt er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 samt TEUF artikel 101, stk. 1, navnlig litra a og c, da den vedrører en aftale mellem konkurrenter om fastsættelse af priser og opdeling af markeder. I sådanne tilfælde skal der alene tages summarisk hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng.

784. Hvad angår *den økonomiske sammenhæng* er det styrelsens vurdering, at markedet for vejmarkering ikke er kendetegnet ved særlige og væsentlige forhold, herunder særlige kapacitetsbegrænsninger.

785. LKF og Eurostar er begge aktive på markedet for vejmarkering i Danmark. LKF og Eurostar er desuden begge landsdækkende, dvs. at de ikke er aktive i hver deres del af Danmark, men at de begge udfører vejmarkeringsaktiviteter i hele landet. Som det fremgår af afsnit 4.3.2.1-4.3.2.2, er LKF og Eurostar aktuelle og/eller i det mindste potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet. Uden Aftalen ville LKF og Eurostar således have været i stand til at afgive bud på Udbuddet i indbyrdes konkurrence med hinanden.

786. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er særlige karakteristika ved markedet, som kan rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning, og at den økonomiske sammenhæng understøtter, at Aftalens indhold og målsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen.

787. Hvad angår *den retlige sammenhæng*, som Aftalen optræder i, henvises til afsnit 4.3.1.1, hvor styrelsen har foretaget en vurdering heraf.

788. Det er sammenfattende styrelsens vurdering, at den økonomiske og retlige sammenhæng understøtter, at Aftalens indhold og målsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen.

789. Samlet vurderer styrelsen, at Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og at Aftalen har tilstrækkelige skadelige virkninger til, at det ikke er nødvendigt at undersøge Aftalens følger.

4.3.6 Mærkbar konkurrencebegrænsning

790. Den fjerde betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er som nævnt, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar, dvs. at en konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist om-

fang. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar beror dels på en kvantitativ og en kvalitativ vurdering.

791. Det kvantitative mærkbarhedskrav afhænger som udgangspunkt af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af konkurrencelovens § 7, stk. 1. I sager som den foreliggende, hvor Aftalen vurderes mærkbart at kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstater, kan Kommissionens bagatelmeddelelse tillige anvendes som fortolkningsbidrag, og den indeholder i punkt 11 visse bagatelgrænser, som afhænger af virksomhedernes markedsandele.

792. Efter konkurrencelovens § 7 stk. 1, gælder forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. ikke, hvis de deltagende virksomheder har:

- en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct., eller

- en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr.

793. Disse undtagelser gælder dog ikke, hvis der er tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der består i (i) at fastsætte priser, avancer mv., (ii) at begrænse produktion eller salg, (iii) at opdele markeder eller kunder og (iv) at koordinere tilbud i forbindelse med udbud, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 1 og 3, samt bagatelmeddelelsen punkt 11, stk. 1, litra a og c.

794. Aftalen mellem LKF og Eurostar, som er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet, omfatter fastsættelse af priser til tredjemand (Vejdirektoratet) og en fordeling af markeder eller kunder ved, at LKF og Eurostar på forhånd har fordelt arbejdet i de tre distrikter i Udbuddet imellem sig. På den baggrund vurderes det, at Aftalen mellem LKF og Eurostar ikke er undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 i medfør af konkurrencelovens § 7, stk. 1, og bagatelmeddelelsens punkt 11, uanset LKF's og Eurostars omsætning og markedsandele.

795. Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav og betyder, at en aftale skal være egnet til at have en vis påvirkning af konkurrencen på det pågældende marked. Vurderingen skal tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de varer eller tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.

796. Der kan yderligere henvises til Domstolens dom i *Expedia-sagen*, hvor Domstolen i relation til aftaler m.v., der har til formål at begrænse konkurrencen, udtaler følgende: *"Det må således fastslås, at en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem med-*

lemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen."

797. Ovenfor er det vurderet, at Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

798. Når der foreligger en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, gælder der en formodning for, at aftalen i sig selv er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart, og kravet om mærkbarhed ses reelt ikke at være eksisterende.

799. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at Aftalen er egnet til at begrænse konkurrencen mærkbart, og at Aftalen således er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2 nr. 1 og 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c.

4.3.7 Konklusion vedrørende konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101

800. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:

- LKF og Eurostar opfylder virksomhedsbegrebet,
- der foreligger en aftale mellem LKF og Eurostar i form af Aftalen af 11. marts 2014 om at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet,
- Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS,
- Aftalen om at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c.

4.4 FRITAGELSE

801. En aftale kan eventuelt være fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6. Det kan enten skyldes, at aftalen er omfattet af en gruppefritagelse og dermed fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, eller at den er individuelt fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1.

4.4.1 Aftalen er ikke omfattet af en gruppefritagelse

802. Aftalen mellem LKF og Eurostar er en horisontal aftale om fælles afsætning af tjenesteydelser. Aftalen er ikke en aftale om fremstilling af varer eller forberedelse af tjenesteydelser, som under visse betingelser kan være omfattet af gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler. Aftalen vedrører endvidere hverken forskning og udvikling eller overførsel af teknologi. Det er derfor Konkurrence- og Forbru-

gerstyrelsens vurdering, at Aftalen mellem LKF og Eurostar ikke er omfattet af en gruppefritagelse.

803. Det er herefter relevant at vurdere, om Aftalen kan fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 i medfør af den individuelle fritagelsesmulighed i konkurrencelovens § 8, stk. 1. Det bemærkes, at styrelsen ikke har kompetence til at fritage en aftale fra TEUF artikel 101, stk. 1.

4.4.2 Aftalen opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8

804. Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 ikke finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder opfylder fire betingelser.

805. De fire – kumulative – betingelser er, at aftalen m.v.:

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.

806. Et konsortium, der består af virksomheder, som hver især er i stand til at byde på opgaven og derfor er konkurrenter, vil således alligevel være lovlig, hvis konsortieaftalens fordele opvejer de konkurrencebegrænsende elementer ved samarbejdet.

807. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt.

808. Konkurrencelovens § 8, stk. 1 sondrer ikke mellem alvorlige og ikke-alvorlige konkurrencebegrænsninger. I princippet kan alle konkurrencebegrænsende aftaler derfor opnå fritagelse, men det må kræve en særlig underbygget begrundelse, hvis aftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, skal kunne opfylde betingelserne i konkurrencelovens § 8. Det er således ikke sandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne for fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

809. Der vil altid skulle foretages en konkret vurdering af, om de fire betingelser er opfyldt. Her vil blandt andet forholdene på markedet, virksomhedernes markedsandele, antallet af andre bud, samarbejdets art og det produkt eller den tjenesteydelse, samarbejdet vedrører, indgå.

810. Både LKF og Eurostar har anført, at Aftalen medfører synergier. Parterne har således gjort gældende, at de fordele, der er forbundet med Aftalen kommer forbrugerne til gode, at Aftalen er proportionel, og at Aftalen ikke har medført en udelukkelse af konkurrencen på en væsentlig del af det relevante marked.

(i) Kriteriet om effektivitetsgevinster

811. LKF og Eurostar anfører, at de ved at gå sammen i Konsortiet kunne give et konkurrencedygtigt bud på alle tre distrikter i Udbuddet. Konsortiet tilbød en samlet rabat på 5 pct., hvis Konsortiet vandt to distrikter i Udbuddet og en samlet rabat på 20 pct., hvis Konsortiet vandt alle tre distrikter i Udbuddet.

812. Konkret har LKF og Eurostar henvist til, at de ved at gå sammen i Konsortiet kunne byde på alle tre distrikter i Udbuddet og samtidig fortsætte med at servicere eksisterende og nye kunder.

813. Både LKF og Eurostar har anført, at det er en væsentlig effektivitetsgevinst ved Konsortiet, at parterne kan trække på hinandens ressourcer. LKF henviser til, at denne mulighed er afgørende, når arbejdet skal under korte frister og under indflydelse af udefrakommende forhold, fx vejrforandringer.

814. LKF har endvidere anført, at adgangen til større kapacitet betyder, at risikoen for misligholdelse og bod reduceres, og at der således er tale om en risikofordeling mellem parterne, der gør det muligt at byde en lavere pris.

815. Ifølge LKF medfører adgangen til større kapacitet ingen ekstraomkostninger og er derfor en ren synergigevinst, der afspejles i tilbudsprisen.

816. LKF har endelig anført, at der ikke er noget usædvanligt i, at LKF og Eurostar på forhånd har indgået en intern arbejdsfordeling (Fordelingsaftalen), som fordeler opgaverne i mellem parterne, da det er en af Konsortiets synergier, at parterne kan tilrettelægge arbejdet efter, hvor ressourcerne er.

817. Styrelsen skal heroverfor bemærke, at det efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 ikke har betydning, at parternes subjektive formål med Aftalen var at tilbyde den mest konkurrencedygtige pris, så længe samarbejdet objektivt set var egnet til at begrænse konkurrencen om Udbuddet. Et sådant samarbejde medfører, at den priskonkurrence, der ellers ville have været mellem parterne, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes.

818. Hertil kommer, at Udbuddet var tilrettelagt, så det var muligt for de bydende kun at byde på et eller flere distrikter, dvs. at det var muligt at afgive delbud. Det har således ikke været nødvendigt at byde på alle distrikterne for at komme i betragtning til Udbuddet. Yderligere var der i Udbuddet mulighed for at byde på flere distrikter, end tilbudsgiver havde kapacitet til at overtage eller var interesseret i at overtage. I dette tilfælde skulle tilbudsgiveren blot angive den maksimale kontraktsum, som tilbudsgiveren ønskede at indgå kontrakt om.

819. Da Konsortiet vinder hele Udbuddet, fordeles distrikterne mellem parterne efter scenarie 1 i Fordelingsaftalen (bilag 5), dvs. at LKF skal arbejde i to distrikter: distrikt Syddanmark og Hovedstaden, mens Eurostar skal arbejde i distrikt Sjælland.

820. Styrelsen skal hertil bemærke, at Fordelingsaftalen dokumenterer, at LKF og Eurostar på forhånd fordeler distrikterne i Udbuddet imellem sig, og at de derfor ikke "puljer" materiel eller mandskab til at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet.

821. Der er således ikke tale om, at LKF og Eurostar i fællesskab udfører vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter i Udbuddet.

822. I Konsortiet kombinerer LKF og Eurostar således *ikke* deres maskiner og mandskab i forbindelse med udførelsen af opgaverne i distrikterne i Udbuddet. Dannelsen af Konsortiet fører derfor ikke til synergieffekter i hvert distrikt i form af fx omkostningsbesparelser gennem øget stordriftsfordele, en mere effektiv udnyttelse af virksomhedernes ressourcer mv. set i forhold til en situation, hvor LKF og Eurostar bød hver for sig på et eller flere distrikter i Udbuddet.

823. LKF har oplyst, at *"parterne endnu ikke har haft behov for at bistå hinanden med øget kapacitet"*. Tværtimod har både LKF og Eurostar i 2015 vurderet, at de havde kapacitet til at påtage sig en stigning i arbejdsmængden på [20-30] pct. i distrikt Hovedstaden og [35-45] pct. i distrikt Sjælland. Dette er nærmere beskrevet ovenfor i punkt 552-557 (LKF) og punkt 603-607 (Eurostar), hvortil der henvises.

824. For så vidt angår LKF's argument om risikofordeling mellem parterne bemærker styrelsen, at adgangen til at trække på større kapacitet endnu ikke har været aktuel for hverken LKF eller Eurostar. Det kan heller ikke med sandsynlighed forventes, at parterne vil få behov for at trække på hinandens kapacitet, da styrelsens beregninger viser, at både LKF og Eurostar har kapacitet til at udføre arbejderne i Udbuddet hver for sig - både for så vidt angår de enkelte distrikter i Udbuddet og den samlede opgave i Udbuddet.

825. Hvad angår risikoen for bod har Vejdirektoratet desuden oplyst, at der er stor fleksibilitet i tilrettelæggelsen af arbejdet på distrikterne. Det er endvidere parterne selv, der udarbejder og indsender tids- og arbejdsplaner til Vejdirektoratet,

hvorfor LKF har stor indflydelse på tilrettelæggelsen af arbejdet. Hertil kommer, at Vejdirektoratet har oplyst, at vejrlig udover det sædvanlige udløser en forlængelse af tidsfristerne, og at parterne derfor alene skal indregne almindelig vejrlig i deres tids- og arbejdsplaner. Vejrforandringer udover det sædvanlig vil således ikke betyde, at der foreligger misligholdelse, som kan udløse bod. Da parterne således i stort omfang selv tilrettelægger arbejdet i de enkelte distrikter, og da vejmarkeringsopgaverne i de enkelte distrikter ikke har et omfang, der fuldtidsbeskæftiger parterne over en hel sæson, er det vanskeligt at se, at parterne vil få behov for at bistå hinanden med ekstra kapacitet i de enkelte distrikter.

826. Eurostar har gjort gældende, at det er en fordel ved Aftalen, at parterne hæfter solidarisk, idet dette giver en større sikkerhed for Vejdirektoratet.

827. Styrelsen er enig, at parternes solidariske hæftelse giver en større økonomisk sikkerhed for Vejdirektoratet. Styrelsen er imidlertid ikke enig i, at denne sikkerhed kan betegnes som en effektivitetsgevinst, da den hverken bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling.

828. Styrelsen bemærker endelig, at Konsortiets bud eksklusiv samlerabat er 29 pct. højere pr. år end det laveste bud på distrikt Syddanmark og 57 pct. højere pr. år end det laveste bud på distrikt Sjælland. Korrigeres Konsortiets priser for den anvendte samlerabat på 20 pct. er Konsortiets bud stadigvæk 3 pct. højere pr år end laveste bud på distrikt Syddanmark og 25 pct. højere end det laveste bud på distrikt Sjælland.

829. De lavere bud på distrikt Syddanmark og Sjælland blev begge afgivet af selvstændige mindre aktører, der ikke kan forventes at have de samme stordriftsfordele som større virksomheder, som LKF og Eurostar, har. Det er derfor vanskeligt ud fra de indkomne bud at se, at Konsortiets påståede synergigevinster har udmøntet sig i lavere priser på Udbuddet.

830. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at der ikke opnås nogen betydelige gevinster ved, at LKF og Eurostar gennem Konsortiet afgiver fælles bud på Udbuddet, idet der hverken er stordriftsfordele, omkostningsbesparelser, fælles udnyttelse af maskiner og mandskab m.v. forbundet med konsortiesamarbejdet.

831. LKF og Eurostar har ikke dokumenteret, og styrelsen finder det ikke sandsynligt, at Konsortiet har medført øget effektivitet i forhold til Udbuddet.

832. Styrelsen vurderer ikke, at LKF og Eurostars koordinering af priser og opdeling af markeder igennem Konsortiet bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af tjenesteydelserne eller at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Det skyldes, at det ikke har en gavnlig effekt for produktionen eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling, at LKF og Eurostar koordine-

rer priser og foretager en opdeling af det geografiske marked imellem sig, jf. konkurrencelovens § 8 stk. 1, nr. 1.

(ii) Kriteriet om forbrugerfordele

833. Generelt gælder, at jo større markedsandel, konsortiedeltagerne har, jo mindre sandsynligt er det, at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode i form af fx lavere priser.

834. LKF og Eurostar har oplyst, at de ved at gå sammen i Konsortiet kunne give et konkurrencedygtigt bud på alle tre distrikter i Udbuddet.

835. Eurostar har desuden anført, at det ikke er sandsynligt, at der ville være kommet flere bud uden Konsortiet, og at Vejdirektoratet har fået den lavest mulige pris for Udbuddet, hvilket kommer forbrugerne til gode.

836. Styrelsen skal heroverfor bemærke, at når to tilbudsgivere, der hver især er i stand til at byde på en opgave, indgår en aftale om at afgive et fælles bud på opgaven, vil der helt generelt afgives færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen. Dette medfører, at den priskonkurrence, der ellers ville have været mellem de to tilbudsgivere, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes. LKF og Eurostar har ved at gå sammen i Konsortiet begrænset den usikkerhed, der er ved at byde på et udbud, da der med konsortiedannelsen har været en konkurrent mindre til at byde på Udbuddet. Hertil kommer, at Fordelingsaftalen i sig selv dokumenterer, at både LKF og Eurostar kunne udføre arbejdet i distrikt Hovedstaden. Dette dokumenterer efter styrelsens opfattelse, at begge parter i hvert fald kunne have budt på dette distrikt, og at Konsortiet derfor har begrænset parternes indbyrdes konkurrence.

837. Styrelsen bemærker desuden, at ingen af parterne har dokumenteret, at det bud de har afgivet i fællesskab gennem Konsortiet har været lavere end de bud, de ville være i stand til at afgive hver for sig på et eller flere af distrikterne i Udbuddet. Parterne har således ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at Aftalen har medført effektivitetsfordele, som kunne komme forbrugerne til gode. LKF og Eurostar har hverken delt maskiner eller mandskab i løbet af perioden eller i distrikterne. Generelt medfører priskoordinering og markedsdeling en betydelig risiko for, at prisen for ydelsen bliver dyrere, hvilket kommer slutkunden, i dette tilfælde Vejdirektoratet, til skade, jf. konkurrencelovens § 8 stk. 1, nr. 2.

838. Eurostar har endvidere anført, at parternes mulighed for at trække på hinandens ressourcer kommer forbrugerne til gode, idet det mindsker risikoen for misligholdelse og derved er til gavn for trafiksikkerheden.

839. Styrelsen bemærker hertil, at Udbuddet var tilrettelagt, så det var muligt at afgive delbud. Parterne kunne derfor have afgivet bud på enkeltdistrikter, hvis de mente, at risikoen for misligholdelse var for stor ved at påtage sig flere distrikter.

(iii) Kriteriet om proportionalitet

840. LKF og Eurostar har oplyst, at de var nødt til at byde på alle tre distrikter i Udbuddet for at vinde. Parterne vurderede således, at de ikke ville vinde, hvis de hver for sig havde budt på de enkelte distrikter i Udbuddet. I den forbindelse har Eurostar endvidere oplyst, at de *"indgik i konsortiet for at kunne imødegå konkurrencen fra danske konkurrenter, fra udenlandske aktører, med stor kapacitet og for at imødegå konkurrence fra eventuelle nye ubekendte aktører, herunder konsortier mellem andre virksomheder inden for vejmarkering og tilstødende brancher."*

841. Eurostar har anført, at Aftalen er proportional, da de fordele, der er forbundet med Aftalen, ikke kunne være opnået ved at byde hver for sig.

842. Styrelsen skal hertil indledningsvist bemærke, at det var muligt at afgive delbud på de enkelte distrikter i Udbuddet. Det var derfor ikke nødvendigt, at afgive bud på den samlede opgave for at komme i betragtning til Udbuddet.

843. Det er styrelsens vurdering, at konsortiesamarbejdet mellem LKF og Eurostar ikke dokumenterbart har styrket produktionen eller distributionen af LKF og Eurostars ydelser eller fremmet den tekniske eller økonomiske udvikling og under alle omstændigheder ikke dokumenterbart har sikret forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved.

844. Det er ikke dokumenteret, at der er effektivitetsfordele ved Aftalen, som kommer forbrugerne til gode. Selv hvis der var effektivitetsfordele, og disse kom forbrugerne til gode, er det vanskeligt at se, at Konsortiet er nødvendigt for at realisere disse effektivitetsfordele, og at de ikke kunne være realiseret uden Konsortiet. Det er et krav, at der ikke findes nogen anden økonomisk gennemførlig og mindre konkurrencebegrænsende måde at opnå gevinsterne på.

845. Styrelsen vurderer samlet, at Aftalen mellem LKF og Eurostar ikke er proportional, da den pålægger de involverede virksomheder unødvendige begrænsninger ved at begrænse parternes mulighed for at byde på Udbuddet, jf. konkurrencelovens § 8 stk. 1, nr. 3.

(iv) Kriteriet om udelukkelse af konkurrencen

846. Generelt ser styrelsen i forbindelse med dette kriterium bl.a. på, hvor stor markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, og de øvrige mulige tilbudsgivere. Jo lavere markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, jo mindre vil sandsynligheden for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen være.

847. Styrelsen bemærker, at der i Danmark hovedsageligt er syv virksomheder, som er aktive indenfor vejmarkering, hvoraf der er fire store aktører, som er landsdækkende, og som tilsammen står for ca. [70-90] pct. af omsætningen i Danmark. Der er således tale om et forholdsvis koncentreret marked, og koncentrationen stiger yderligere ved, at de to største aktører på markedet går sammen i et konsortium. Ved Vejdirektoratets senest tre udbud har der været fire danske aktører, som afgav bud (LKF og Eurostar i Dansk Vejmarkerings Konsortium, Guide-Lines og Lemminkäinen) og en norsk aktør, der bød på 2012-Udbuddet (Visafo AS). Visafo AS lukkede deres aktiviteter i Danmark ned i 2013, og LKF og Eurostar har derfor, ved at gå sammen i Konsortiet, reduceret antallet af potentielle tilbudsgivere på Udbuddet fra fire til tre.

848. Styrelsen vurderer, at Aftalen har været egnet til at medføre, at LKF og Eurostar ikke har budt på et eller flere distrikter i Udbuddet hver for sig, og at Aftalen dermed har begrænset den konkurrence om Udbuddet, som ellers ville have været mellem parterne.

849. LKF og Eurostar har tidligere budt på Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver hver for sig, og der har således tidligere været konkurrence mellem parterne om tilsvarende opgaver/udbud. Det er denne konkurrence, der som følge af Aftalen udelukkes.

850. Eurostar har anført, at Konsortiet ikke har medført en udelukkelse af konkurrence på en væsentlig del af det relevante marked. Til støtte herfor anfører Eurostar, at det ikke er sandsynligt, at der ville være kommet flere bud på Udbuddet uden Konsortiet.

851. Eurostar henviser i den forbindelse til, (i) at Eurostar ikke havde kapacitet til at byde på distrikt […], og (ii) at Eurostar ikke havde kapacitet til både at byde på distrikt […] og distrikt […], og at Eurostar til enhver tid ville have satset på distrikt […], hvis Eurostar havde budt alene. Styrelsen bemærker heroverfor, at det af Fordelingsaftalen (bilag 5) fremgår, at både LKF og Eurostar kunne komme til at udføre arbejdet i distrikt […], hvis Konsortiet vandt 2 ud af 3 distrikter. Dette dokumenterer efter styrelens opfattelse, at begge parter i hvert fald kunne have budt på dette distrikt, og at Konsortiet derfor har begrænset parternes indbyrdes konkurrence.

852. Styrelsen vurderer desuden, at Aftalen kan have en generel ekskluderende effekt på markedet for vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS, og dermed være egnet til at begrænse konkurrencen. Dette skyldes, at Aftalen begrænser LKF's og Eurostars incitamenter til at byde separat på Vejdirektoratets øvrige udbud af vejmarkeringsopgaver, når parterne har indgået Aftalen om at byde i fællesskab, jf. konkurrencelovens § 8 stk. 1, nr. 4.

Delkonklusion

853. Aftalen kan ikke individuelt fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 8, stk. 1, idet LKF og Eurostar ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort, at de fire kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8 stk. 1 er opfyldt. Det bemærkes, at styrelsen ikke har kompetence til at fritage en aftale fra TEUF artikel 101, stk. 1.

4.5 SAMLET KONKLUSION

854. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:

- Det relevante marked kan afgrænses til markedet for vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS,
- Aftalen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart,
- LKF og Eurostar opfylder virksomhedsbegrebet,
- LKF og Eurostar er aktuelle og/eller potentielle konkurrenter i forhold til Udbuddet,
- Der foreligger en aftale mellem LKF og Eurostar i form af Aftalen af 11. marts 2014 om at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet,
- Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS,
- Aftalen om at udarbejde og afgive fælles bud på Udbuddet såvel som at udføre vejmarkeringsarbejderne i Udbuddet udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, og
- Aftalen ikke opfylder betingelserne for en fritagelse i medfør af en gruppefritagelse og ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

5. AFGØRELSE

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 at 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.

[…]"

Copenhagen Economics rapport af 23. oktober 2015

Eurostar valgte at indbringe Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet. Til brug for sagen i Konkurrenceankenævnet indhentede Eurostar en rapport fra Copenhagen Economics til belysning af, hvor man forventede den afgørende konkurrence udspillede sig, herunder om det var på det samlede projekt eller på delprojekterne, samt opgøre effektivitetsgevinsterne ved konsortiesamarbejdet. Rapporten er fremlagt for retten, men gengives ikke i dommen.

Konkurrenceankenævnets afgørelse

"[…]

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 Østdan-

mark. 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.

Konkurrenceådet skulle have inddraget samtlige kriterier ved vurderingen af de økonomiske og retlige sammenhænge, som konsortieaftalen indgik i. Konkurrenceådet 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.

Konkurrenceådet 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 parters 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 fordelen 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 opdelte 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 C209/07, *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 arbejdshold, 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.

Formalitetsindsigelser
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.

[…]"

Genudbuddet vedrørende genmarkering af kørebaneafmærkning 2016-2017

Eurostar og GVCO bragte aftalerne til ophør i overensstemmelse med Konkurrencerådets afgørelse. Ophøret af aftalerne på området for genmarkering af kørebaneafmærkning for di-

strikterne Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden medførte, at Vejdirektoratet genudbød entrepriserne.

Udbuddet vedrørende Genmarkering af kørebaneafmærkning havde en varighed af to år, idet entrepriserne forløb fra 2016 til og med 2017. Udbuddet omfattede fem entrepriser, nemlig Norddanmark – Nord, Norddanmark Syd, Syddanmark, Østdanmark - Sjælland og Østdanmark – Hovedstaden.

Det er oplyst, at årsagen til, at distrikterne Norddanmark – Nord og Norddanmark - Syd på ny var omfattet af genudbuddet, skyldtes, at Guide-Lines var gået konkurs i 2015.

Det fremgår af udbudsmaterialet, at entrepriserne blev tildelt enkeltvis. Det var ikke muligt at afgive et samlet tilbud med rabat. Tildelingskriteriet for entrepriserne var, i overensstemmelse med tidligere udbud, den for Vejdirektoratet laveste pris.

Straffesagen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen politianmeldte den 26. april 2016 Eurostar og GVCO for forsætligt eller groft uagtsomt at have handlet i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og EUF-traktatens artikel 101, litra a og c.

Den 15. juni 2017 rejste Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet sigtelse mod GVCO og Eurostar for overtrædelse af straffelovens § 299 c, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, eller EUF-traktatens artikel 101, stk. 1.

Det fremgår af sigtelserne, at selskaberne fandtes at have overtrådt ovennævnte bestemmelser ved

> "[…] i perioden primo 2012 til ultimo 2014 forsætligt og under særlig skærpende omstændigheder at have indgået kartelaftale ved at indgå aftaler, samordnet praksis eller

> vedtagelser mellem virksomheder i samme omsætningsled om priser, avancer, el.lign. for salget eller videresalget af tjenesteydelser, opdeling af markeder eller kunder eller koordinering af bud, der direkte eller indirekte har haft til formål at begrænse konkurrencen, idet sigtede […] blandt andet i fællesskab gennem Dansk Vejmarkerings Konsortium afgav bud på Vejdirektoratets udbud i 2012 angående kørebaneafmærkning af statsvejnettet, Vejdirektoratets udbud af 2013 angående vedligeholdelsen af hovedveje og Vejdirektoratets udbud af 2014 angående genmarkering af kørebaneafmærkning."

Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet rejste tillige sigtelse mod Eurostars direktør for overtrædelse af straffelovens § 299 c, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, eller EUF-traktatens artikel 101, stk. 1, jf. straffelovens § 23.

Det er endvidere oplyst, at tre personer fra GVCO tillige blev sigtet.

Sagkyndige erklæringer

I sagkyndig erklæring fra juni 2017 har Dansk Byggeri, der er erhvervs- og arbejdsgiverorganisation for 6.000 virksomheder indenfor byggeri, anlæg og byggeindustri, på grundlag af en række stillede spørgsmål udtalt sig om konsortiedannelser. Organisationen vurderede, baseret på sin erfaring, at konsortiedannelser forekommer indenfor bygge- og anlægsområdet, men at de bliver anvendt i sjældne tilfælde, idet man i større omfang anvender underentrepriser. Konsortiesamarbejder vurderedes primært at være attraktive i større og komplicerede offentlige udbud, hvor opgavens kompleksitet og/eller størrelse gør det risikabelt for de enkelte virksomheder at påtage sig opgaven alene.

Dansk Industri, der er en privat erhvervs- og arbejdsgiverrepræsentation for ca. 10.000 virksomheder, har i en sagkyndig erklæring af 11. oktober 2017 ligeledes udtalt sig om udbredelsen af konsortier. Dansk Industri vurderede, at konsortier er en samarbejdsform, som er udbredt blandt Dansk Industris medlemsvirksomheder både indenfor samme branche og på tværs af brancher. Blandt medlemmerne er der virksomheder, der indgik 300-400 konsortieaftaler årligt. Af erklæringen fremgår yderligere blandt andet:

"[…]

Spørgsmål 2 I hvilke situationer forekommer konsortiesamarbejder (herunder offentlige udbud, tilbud til private, andre situationer)?

Svar på spørgsmål 2
Konsortier anvendes særligt i forbindelse med offentlige udbud og tilbud til private, men der kan også være situationer, hvor konsortiet eksempelvis indgås med henblik på at løfte en fælles udviklingsopgave eller lignende.

Virksomheder, der deltager i et udbud, konkurrerer om at afgive det bedste tilbud til kunden 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. For mange virksomheder er det forretningsmæssigt 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 kunden, 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.

I nogle situationer kan ordregivers krav i udbudsmaterialet også være medvirkende til, at virksomhederne bliver nødt til at indgå i konsortier. I begrænsede offentlige udbud kan der eksempelvis blive stillet krav til ansøgerens omsætning eller referencer i forhold til vurderingen af egnethed, og samtidig lader ordregiveren 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 om-

sætning 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. Udbudsmaterialet kan også indeholde andre krav - som eksempelvis muligheden for at kunne give samlerabat ved tilbud på samtlige delaftaler i et udbud — der kan presse virksomhederne til at afgive fællestilbud i et konsortium.

Det er derudover vigtigt at understrege, at der er høje transaktionsomkostninger forbundet med at afgive tilbud og deltage i udbuddet. Virksomheder ønsker derfor kun at indgå i et konsortium, hvis det forretningsmæssigt og strategisk giver mening at bruge ressourcer på at afgive et fælles et konkurrencedygtigt bud.

Spørgsmål 3 Hvor almindeligt eller udbredt er det, at virksomheder i samme branche går sammen i et konsortium ved afgivelse afbud på en opgave?

Svar på spørgsmål 3
DI har ikke konkrete tal på, hvor mange konsortier der i praksis bliver indgået eller søges indgået mellem virksomheder i samme branche, da dette er et virksomhedsanliggende.

Det er dog DI's indtryk, at det er ofte forekommende, at virksomhederne indenfor samme branche går sammen i et konsortiesamarbejde ved afgivelse af fælles tilbud på en opgave.

Selv om konsortiedeltagerne befinder sig indenfor samme branche, er det imidlertid ikke ensbetydende med, at virksomhederne skal anses for at være konkurrenter i forhold til den pågældende opgave, da virksomhederne på grund af eksempelvis deres kapacitet, know-how eller ønsker om risikospredning ikke kan løfte opgaven selv.

[…]"

Professor Nils-Henrik Mørch von der Fehr har i november 2017 afgivet en sagkyndig erklæring der, på baggrund af økonomisk teori og empiriske undersøgelser, vurderer, hvorvidt den af Eurostar og GVCO indgåede konsortieaftale kan anses for konkurrencebegrænsende.

"

FORORD

Advokatfirmaene Accura og Gorrissen Federspiel har gitt meg i oppdrag utarbeide en sakkyndig erklæring i en sak for Sø- og Handelsretten anlagt av Eurostar og GVCO mot Konkurrencerådet for å få opphevet vedtaket om at Eurostar og GVCO ved å inngå en konsortiumsavtale om tilbud på Vejdirektoratets anbud om veimerking hadde overtrådt konkurranselovens forbud om konkurransebegrensende avtaler. Erklæringen er basert på økonomisk teori og empiriske undersøkelser.

Jeg har også tidligere arbeidet med denne type problemstillinger. Som professor ved Universitetet i Oslo har jeg skrevet en rekke vitenskapelige arbeider innenfor næringsøkonomi generelt og konkurranseøkonomi spesielt. Jeg var i 1997-8 medlem av et ekspertutvalg for det norske Konkurransetilsynet som vurderte konkurranseøkonomiske analysemetoder, og i 2004-2005 ledet jeg et ekspertutvalg for det norske Moderniseringsdepartementet og Konkurransetilsynet som vurderte konkurranse mellom offentlig og privat virksomhet. For tiden er jeg medlem av en arbeidsgruppe for det norske Nærings- og fiskeridepartementet om like konkurransevilkår. Jeg har også hatt en rekke rådgivningsoppdrag i inn- og utland, herunder det norske Konkurransetilsynet, og jeg har opptrådt som ekspertvitne og skjønnsmann i mange retts- og tvistesaker. Disse engasjementene har gitt innsikt i de aktuelle spørsmål, men har ikke vært førende for konklusjonene i denne rapporten.

Under arbeidet med rapporten har mine kontaktpersoner i Accura og Gorrissen Federspiel vært Christina Heiberg-Grevy og Erik Kjær-Hansen. Arbeidet er basert på informasjon fremlagt av oppdragsgiverne, samt de skriftlige kilder opplistet i referanselisten. Jeg har ikke hatt mulighet for en fullstendig verifikasjon av dette materialet, men har måttet legge til grunn at det er nøyaktig og fullstendig. Det har vært avholdt møter med oppdragsgiverne, der saken har vært diskutert. Alle synspunkter står for min regning og deles ikke nødvendigvis av oppdragsgiverne.

Oslo, 5. november 2017

Nils-Henrik M. von der Fehr

[…]

INNLEDNING

Ved avgjørelse av 24. juni 2015 i sak 15/04158 fant Konkurrenceråd at Eurostar Danmark A/S (heretter "Eurostar") og GVCO A/S (tidligere LKF Vejmarkering A/S, heretter "LKF") ved å inngå en konsortiumsavtale om utarbeidelse, avgivelse og utførelse av tilbud på Vejdirektoratets anbud av veimarkering for 2014-2017, handlet i strid med konkurrenceloven § 6 og Treaty of the Functioning of the European Union (TEUF) artikkel 101, og at betingelsene for en fritagelse efter konkurrenceloven § 8 og TEUF artikkel 101, stk. 3, ikke var oppfylt (Konkurrenceråd, 2015). Ved kjennelse av 11. april 2016 i sak KL-2-2015 og sak
KL-3-2015 stadfestet Konkurrenceankenævnet Konkurrenceråds avgjørelse (Konkurrenceankenævnet, 2016).

Deretter anla Eurostar og LKF sak mot Konkurrencerådet ved Sø- og Handelsretten for å få opphevet Konkurrenceankenævnets kjennelse, subsidiært fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Sø- og Handelsretten har tillatt partene å innhente sakkyndige erklæringer om de økonomiske forhold, og på denne bakgrunn er jeg anmodet om å besvare en rekke spørsmål. I spørretemaet heter det spesielt (Accura 2017, s. 2):

> *"Spørgsmålene bedes besvaret efter den sagkyndiges bedste overbevisning med afsæt i anerkendt økonomisk teori og metode og efter den sagkyndiges gennemgang af sagens faktum beskrevet ovenfor og i de fremlagte bilag. Hvor det er muligt, bedes svarene uddybet. Er der spørgsmål, som ikke kan besvares, bedes dette angivet."*

Jeg har etter beste evne forsøkt å besvare spørsmålene i henhold til denne anmodningen. Jeg har besvart spørsmålene i den rekkefølge de er stilt, gruppert etter de ulike spørretemaer, henholdsvis gevinster ved konsortiumssamarbeid, konkurransesituasjonen i anbudet, konsortiumssamarbeidets formål og effektivitetsgevinster.

AD BESVARELSE AV SPØRSMÅL 1-2: GENERELT OM GEVINSTER VED KONSORTIUMSSAMARBEID

Vejdirektoratets anbud "Genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017" omfattet tre distrikter i Danmark, henholdsvis Hovedstaden, Sjælland og Syd-Danmark (Konkurrencerådet, 2015). Det var mulig å by på ett eller flere distrikter. Dersom en tilbyder bød på to eller tre distrikter, kunne vedkommende velge å gi en rabatt på summen av de avgitte delbud. Det var ingen begrensning på rabatten.
Tildelingskriteriet var laveste pris, det vil si den kombinasjon av tilbud som samlet sett ville gi den laveste omkostning for Vejdirektoratet.

Konsortiet bestående av Eurostar og LKF valgte å by på alle tre distrikter og tilbød en rabatt på 20 prosent for den samlede oppgave.

SPØRSMÅL 1

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redgøre for, hvilke gevinster der for tilbudsgivere kan være ved at indgå i et konsortiesamarbejde med henblik på afgivelse af fælles tilbud, og hvordan disse kan komme forbrugere/ordregivere til gode.

Tilbydere kan oppnå flere gevinster ved å inngå i et konsortiumssamarbeid. Man kan gruppere disse i to, som potensielle gevinster som følge av henholdsvis styrkelse av tilbydernes konkurranseposisjon og reduksjon av antallet konkurrenter.

TILBYDERNES KONKURRANSEPOSISJON

Tilbydernes konkurranseposisjon kan styrkes på flere måter. Gjennom å samarbeide, kan tilbyderne utvide sin samlede produksjonskapasitet. Større kapasitet kan for eksempel gjøre det mulig å utføre mer krevende oppgaver eller dekke et mer omfattende geografisk område enn tilbyderne ville være istand til på egenhånd. Større kapasitet gjør det dessuten lettere å håndtere variasjoner i arbeidsmengden; for eksempel kan opphopninger i arbeidsmengden i et bestemt distrikt håndteres ved å trekke på ledig kapasitet i andre distrikter.

Konkurranseposisjonen kan også styrkes ved at tilbyderne samlet leverer et bredere produktspekter. Det kan skje ved at tilbyderne kombinerer sine ulike produkter til en større pakke av forskjellige varianter. Det kan også skje ved at de samarbeidende tilbyderne spesialisere seg på ulike oppgaver eller produkter og derved utvider det samlede tilbudet; det kan for eksempel være at en av tilbyderne går til anskaffelse av spesialutstyr som ville bli dårlig utnyttet dersom tilbyderen opererte alene, men som får en bedre utnyttelse når det brukes i flere tilbyderes arbeidsområder.

Konkurranseposisjonen kan i tillegg styrkes ved å utnytte synergieffekter, i form av stordrifts- eller samdriftsfordeler. Et eksempel er at tilbyderne gjennom samarbeid blir mindre sårbare for driftsforstyrrelser og midlertid mangel på personell eller utstyr; der den ene tilbyderen måtte ha vanskeligheter med å ta unna sin del av arbeidet, kan en annen tre inn og hjelpe til.

I tillegg til de ovennevnte produksjonsøkonomiske gevinster kan et konsortium gi strategiske eller taktiske fordeler i forbindelse med selve anbudet, for eksempel ved å øke sjansen for å vinne frem i konkurransen når man gir et samlet bud snarere enn en rekke delbud; jeg kommer nærmere tilbake til dette poenget under neste spørsmål.

ANTALLET KONKURRENTER

Når to eller flere tilbydere går sammen i et konsortium, kan antallet konkurrenter gå ned. Det vil være tilfellet dersom konsortiumsdeltagerne ellers ville deltatt hver for seg, og konsortiet reduserer – eller ihvertfall ikke øker – deltagelsen av andre tilbydere. Dersom konsortiumsdeltagerne ikke ville deltatt på egenhånd, kan konsortiumsdannelsen i seg selv medføre at antallet konkurrenter går opp.

I det tilfellet at antallet konkurrenter går ned som følge av konsortiumsavtalen, kan det svekke konkurransen. En slik svekkelse kan dels skyldes at det blir færre bud, og dels at de gjenværende tilbyderne velger å by mindre aggressivt når de møter et lavere antall konkurrenter. Den sistnevnte effekt forutsetter at de øvrige tilbydere er klar over at det er etablert et konsortium, og at konsortiet ikke oppfattes som en sterkere konkurrent enn konsortiumsdeltagerne hver for seg; hvis de øvrige tilbyderne oppfatter konsortiet som en sterkere konkurrent, kan de anspores til mer aggressiv budgivning.

Færre konkurrenter er forøvrig ikke ensbetydende med svakere konkurranse. Tvertimot avhenger virkningen på konkurransen av hvor sterke de ulike tilbyderne er i

utgangspunktet. Vi kan illustrere dette med et eksempel. Anta at det er fire tilbydere – A, B, C og D – som kan gi bud på henholdsvis 100, 100, 110 og 110 for et bestemt oppdrag (A er med andre ord villig til å påta seg oppdraget for en betaling på 100, det samme er B, mens C og D krever 110). Hvis C eller D forsvinner, har det åpenbart ingen betydning for konkurransen, fordi den reelt sett står mellom A og B; det er A og B som byr lavest, og det er derfor en av dem som vil vinne. Hvis derimot A eller B skulle forsvinne, blir konkurransen svekket; da kan den gjenstående tilbyderen heve sitt bud og allikevel vinne (sålenge det er lavere enn budene til C og D).

I dette eksemplet vil et konsortium mellom A og C ikke svekke konkurransen, fordi konsortiet må konkurrere mot B. Det samme gjelder et konsortium mellom A og D, og på tilsvarende vis vil et konsortium mellom B og C eller D og mellom C og D ikke svekke konkurransen. Det er bare dersom både A og B inngår en konsortiumsavtale at konkurransen svekkes, fordi de to sterkeste tilbyderne da ikke konkurrerer mot hverandre.

Det er med andre ord ikke mulig å avgjøre om en reduksjon i antallet konkurrenter i seg selv bidrar til å svekke konkurransen uten nærmere kjennskap til hvor sterke de aktuelle tilbyderne er, både dem som inngår i konsortiet, og dem som står utenfor.

ORDREGIVER OG FORBRUKERE

Sett fra ordregiverens – og derved forbrukernes – synspunkt, kan konsortiet ha betydning dels for utvalget av og kvaliteten på de produkter som tilbys, og dels for prisen.

Dersom konsortiet kan tilby bedre kvalitet eller bredere produktspekter, er det en ubetinget fordel for ordregiveren; for eksempel vil en lavere risiko for leveringssvikt komme ordregiveren direkte til gode. Det samme vil være tilfellet dersom konsortiet bidrar til at de ulike delbud passer sammen; spesielt vil konsortiet kunne fjerne ordregiverens risiko for at det ikke avgis bud på alle utbudte oppgaver (distrikter) og ordregiverens behov derved ikke blir oppfylt.

Ordregiveren vil få en ytterligere gevinst dersom prisen blir lavere som følge av konsortiet; omvendt vil gevinsten ved bedre kvalitet og bredere produktspekter helt eller delvis oppveies dersom prisen blir høyere.

Hvorvidt prisen blir lavere med et konsortium enn uten, avhenger av om virkningen av en styrket konkurranseposisjon for konsortiet er større eller mindre enn virkningen av en eventuell reduksjon av antallet konkurrenter. Dersom konsortiet oppnår synergieffekter som resulterer i lavere omkostninger – for eksempel på grunn av bedre kapasitetsutnyttelse eller gjensidig oppdekning av partenes respektive risikoer – kan det tilby en lavere pris enn det de involverte tilbyderne kunne ha gjort om de leverte bud alene; det bidrar til sterkere konkurranse og lavere pris. Et lavere antall tilbydere kan isolert sett trekke i motsatt retning. Hvis synergieffektene er store, vil disse formodentlig

dominere og prisen bli lavere med enn uten konsortiet; dersom synergieffektene er små, kan prisen bli høyere på grunn av konsortiet.

Det er ikke mulig på generelt grunnlag å si hvorvidt prisen vil gå opp eller ned som følge av konsortiet. Det er imidlertid verdt å legge merke til at selv om prisen skulle gå opp, kan ordregiveren – og dermed forbrukerne – allikevel tjene på konsortiet; det vil være tilfellet dersom fordelen ved økt kvalitet og bredere produktspekter er større enn ulempen ved høyere pris. Jeg kommer tilbake til dette poenget blant annet i spørsmål 3 nedenfor.

SPØRSMÅL 2

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om og i givet fald hvordan muligheden for i et udbud at afgive både delbud og samlede bud med rabat ved tildeling af flere delaftaler kan have indflydelse på tilbudsgivernes incitament til at indgå i et konsortiesamarbejde.

Tilbydere kan, ved å inngå i et konsortium, øke sin konkurransekraft og dermed gjøre det mer sannsynlig at de vinner anbudskonkurransen. Det kan være på grunn av produksjonsøkonomiske gevinster, i form av samdrifts- og stordriftsfordeler. Det kan også være på grunn av strategiske gevinster, i form av tilbud som ellers ikke ville vært mulige, in casu bud på den samlede oppgave.

Tabell 1 viser et eksempel. I dette eksemplet er det fem tilbydere – A, B, C, E og L – som avgir bud på ett eller flere av tre distrikter. Tilbyder A byr 95 for distrikt 1, B byr 95 for 2, C byr 115 for 3, E byr 125 for 1, mens L byr 125 for henholdsvis 2 og 3.

Med disse bud vinner A, B og C ett distrikt hver til en samlet budsum på 305 (=95+ 95+115); de vinnende bud er markert med en lysere tone i tabellen.

	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E	125		
Tilbyder L		125	125

Tabell 1: Anbud uten konsortium

Anta så istedenfor at tilbyderne E og L byr som et konsortium for alle tre distrikter, slik som angitt i tabell 2. Budet til konsortiet inneholder en rabatt på 20 prosent for de tre distriktene; i tabellen er samlebudet angitt inklusive rabatt (300 tilsvarer 125+ 125+125 og 20% eller 75 i rabatt). I dette tilfellet vinner konsortiet alle tre distrikter, med en samlet budsum på 300.

Mens de to tilbyderne E og L ikke ville vunnet noen distrikter om de opererte hver for seg, kan de ved å samle sine bud og gi en rabatt, vinne hele anbudskonkurransen.
I dette tilfellet blir også den samlede budsum lavere med konsortiet enn uten.

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E+L	125	125	125
	300		

Tabell 2: Anbud med konsortium

Incitamentet til å inngå et konsortium kan være tilstede selv om samarbeidet ikke medfører reelle produksjonsøkonomiske gevinster. Anta at E og L kan by 100 også uten å inngå samarbeid, slik som angitt i tabell 3 (den er identisk med tabell 1, bortsett fra at budene til E og L er 100 istedenfor 125). I dette tilfellet vil L vinne distrikt 3 (mens A og B fremdeles vinner hhv. 1 og 2). Dersom E og L samarbeider, kan de vinne alle distrikter; det kunne de for eksempel gjøre ved å legge inn delbud på 125 og en samlerabatt på 20 prosent, kfr. tabell 2.

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E	100		
Tilbyder L		100	100

Tabell 3: Anbud uten konsortium – lavere bud

Det er derfor primært muligheten til å by på alle distrikter under ett, som gir incitament til å samarbeide. Muligheten for å gi rabatt, styrker incitamentet, særlig dersom det foreligger reelle produksjonsøkonomiske gevinster ved samarbeidet; isåfall kan disse gevinstene uttrykkes gjennom rabatten og derved et lavere samlet bud.

Dessuten vil et samlet bud være billigere enn summen av delbudene, fordi hvert delbud må være lønnsomt isolert sett. Omkostningene ved å administrere det enkelte bud, er formodentlig nokså uavhengig av hvorvidt budet omfatter ett eller flere distrikter. Hvis det i eksemplet ovenfor koster 10 å administrere et bud, må hvert enkelt delbud inneholde et tillegg på 10 for å ta høyde for disse omkostningene, fordi man på forhånd ikke vet hvilket av dem som kan vinne; et samlet bud på alle tre distrikter kan ligge 20 lavere enn summen av delbudene og allikevel dekke de faste omkostningene om det vinner.

Anbudsformen favoriser imidlertid ikke et samlet bud bare på grunn av synergieffekter og resulterende lavere omkostninger. I eksemplet i tabell 3 ville E og L ikke vinne flere distrikter enn distrikt 3 dersom de la inn et samlebud uten rabatt, kfr. tabell 4. Hvis de istedenfor økte delbudene, men samtidig tilbød en tilsvarende større samlerabatt – slik som i tabell 2 – ville de vinne alle distriktene; ved å øke det enkelte delbud fra 100 til 125, og ved å øke rabatten fra 0 til 75, går konsortiet fra å vinne ett til å vinne alle distrikter.

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E+L	100	100	100
	300		

Tabell 4: Anbud med konsortium – uten rabatt

At anbudsformen favoriserer et samlet bud, tilsier at tilbyderne måtte anse det som sannsynlig at de ville møte konkurrenter som bød på alle distrikter; det gjør det enda vanskeligere å vinne frem kun med delbud. Som det fremgår av tabell 2, der A, B og C møter et samlet bud, vinner de ikke selv om enkelte av delbudene er lavere enn de korresponderende deler av det samlede bud; både A og B byr lavere enn E+L i henholdsvis distrikt 1 og 2, men taper allikevel mot det samlede bud. Dersom A, B og C derimot hadde levert et samlet bud med en rabatt på 2 prosent, ville de vunnet alle distriktene, kfr. tabell 5 (299 tilsvarer 95+95+115 og 2% rabatt).

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
	95	95	115
Tilbyder A+B+C	299 (inkl. rabatt)		
	125	125	125
Tilbyder E+L	300		

Tabell 5: Anbud med multiple konsortier

Anbudet var med andre ord utformet slik at det ga deltagerne incitament til både å samarbeide og å prioritere et samlet bud.

AD BESVARELSE AV SPØRSMÅL 3-7:

KONKURRANSESITUASJONEN I ANBUDET

Det aktuelle anbud var et gjentatt anbud av tidligere kontrakter vedrørende vedlikehold av kjørebaneoppmerking (Konkurrencerådet, 2015). Det opprinnelige anbud ble gjennomført i 2012 og omfattet de fem distriktene Syddanmark, Sjælland, Hovedstaden, Norddanmark og Norddanmarks nordlige del. Anbudet blev vundet av Guide-Lines A/S med et bud på den samlede oppgave. Som følge av Guide-Lines mislighold valgte Vejdirektoratet å oppheve kontrakten for tre av de fem distriktene – Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden – for deretter at legge disse ut i et nytt anbud i februar 2014. Tre aktører ga anbud, Lemminkäinen A/S, Guide-Lines og konsortiet bestående av Eurostar og LKF. Konsortiet var den eneste som bød på den samlede oppgave, og det vant fordi konsortiets priser samlet sett var lavest for de tre distrikter.

2012-anbudet representerte en ny anbudsstrategi for Vejdirektoratet (Accura, 2017). Mens Vejdirektoratet tidligere hadde gjennomført anbud av mindre oppgaver (veistrekninger, områder eller distrikter), var 2012-anbudet det første store landsdekkende anbud hvor Vejdirektoratet samlet sitt innkjøp for flere områder i ett stort anbud med mulighet for å tilby rabatt ved tildeling av flere delavtaler. Endringen av Vejdirektoratets anbudsstrategi hadde til hensikt å skape et volum som kunne tiltrekke særlig utenlandske aktører, skape synergier og dermed få mer konkurransedyktige bud.

Vejdirektoratet anvendte en tilsvarende modell for et anbud av nyoppmerking av kjørebaner i januar 2014, som omfattet alle fem distrikter og ble gjennomført umiddelbart før det aktuelle anbud. Anbudet ble vunnet av Guide-Lines med et bud på den samlede oppgave. I dette anbudet, såvel som i 2012-anbudet, var det en begrensning på 20 prosent på den maksimalt tillatte rabatt som kunne tilbys ved tildeling av den samlede oppgave. I det aktuelle anbudet var det ikke en tilsvarende begrensning på rabatten.

I 2012-anbudet ble det avgitt fire bud på den samlede oppgave med samlerabatt, og ved nyoppmerkingsanbudet i januar 2014 ble de avgitt to slike bud. I begge tilfeller opptrådde Eurostar og LKF som konsortium med bud på den samlede oppgave, og i begge tilfeller ble anbudskonkurransen vundet av et bud på den samlede oppgave (av Guide-Lines).

SPØRSMÅL 3

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om Vejdirektoratet ved at tildele alle tre kontrakter til én tilbudsgiver kunne forventes at opnå gevinster, herunder eksempelvis administrative gevinster ved kun at skulle samarbejde med én tilbudsgiver.

Vejdirektoratet kunne oppnå flere typer av gevinster ved å tildele alle tre kontrakter til én tilbyder.

Disse gevinstene består for det første av administrative omkostninger; det er generelt sett billigere å ha én kontraktsmotpart enn flere. Gevinstene oppnås dels ved inngåelsen av kontrakten og dels ved etterlevelsen og håndhevelsen av den. Det er for eksempel lettere å bygge tillit og håndtere uforutsette hendelser dersom man har hyppig kontakt enn dersom kontakten er mer sporadisk, slik det gjerne vil bli dersom man forholder seg til mange motparter.

Som forklart under forrige spørsmål, vil det være en tilsvarende besparelse på tilbydersiden. Snarere enn at to eller flere tilbydere skal håndtere hver sin kontrakt, med tilhørende administrative omkostninger som må reflekteres i det enkelte delbud, kan tilbyderne ved å samarbeide i et konsortium oppnå administrative stordriftsfordeler. Slike stordriftsfordeler gir igjen grunnlag for en rabatt på det samlede bud, noe som i sin tur medfører at gevinsten helt eller delvis tilfaller Vejdirektoratet.

Konsortiumspartnerne hadde forøvrig gjennom avtalen forpliktet seg til at de "hæfter solidarisk over for Ordregiver" (Eurostar og LKF, 2014). Det innebar en større sikkerhet for Vejdirektoratet for at kontrakten ville bli overholdt.

I tillegg kan det være gevinster knyttet til at konsortiet gjør en bedre jobb enn dersom arbeidet var spredt på flere tilbydere. Spesielt er det grunn til å regne med at konsortiet ville være mindre sårbart for feil eller mangler, i og med at konsortiet har flere og større ressurser, som kan forflyttes mellom distrikter (kfr. diskusjonen under spørsmål 1). Av konsortiumsavtalen fremgår det således at *"hvis Konsortiedeltageren ikke har opfyldt sine forpligtelser ..., og hvis en anden Konsortiedeltager som følge heraf påføres en risiko for tab, har denne deltager ret til at foretage alle rimelige afhjælpningsforanstaltninger med henblik på at bringe misligholdelsen til ophør"* (Eurostar og LKF, 2014, pkt. 8.). Isåfall vil det bli færre brudd på kontrakten og dermed mindre arbeid for Vejdirektoratet med å håndtere og sanksjonere slike brudd.

Som erfaringene med 2012-anbudet viser, er det ikke noen garanti mot kontraktsbrudd at alle kontrakter tildeles én tilbyder. Det gjelder spesielt dersom tilbyderen har strukket seg lenger enn vedkommende har kapasitet til, for å vinne hele anbudet. Denne faren er mindre for et konsortium som samler tilbydere som hver for seg kan dekke ulike deler av anbudet, og som derfor tilsammen har tilstrekkelig kapasitet.

SPØRSMÅL 4

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redgøre for, om og i givet fald hvordan (i) erfaringerne og resultaterne fra 2012-Udbuddet og Nymarkeringsudbuddet og (ii) muligheden for i Udbuddet at tilbyde samlerabat uden en øvre grænse på rabatten (i modsætning til 2012-Udbuddet og Nymarkeringsudbuddet, hvor samlerabatten maksimalt kunne udgøre 20%) kan forventes at have påvirket tilbudsgivernes overvejelser i relation til valget mellem at byde på enkelte distrikter eller på den samlede opgave med rabat.

Basert på forløpet i de foregående anbudene og utformingen av det aktuelle anbud, ville det ikke være unaturlig for en rasjonell tilbyder å forvente at også i det aktuelle anbudet ville det komme et konkurrerende bud på alle distrikter med en rabatt på minst 20 prosent.

Som påpekt ovenfor, omfattet det vinnende budet i både 2012-anbudet og nyoppmerkingsanbudet i januar 2014 alle utbudte distrikter med en rabattsats på 20 prosent (Accura, 2017). Eurostar og LKF bød i begge anbud på den samlede oppgave, men ble i begge tilfeller utkonkurrert av et annet bud med samlerabatt.

Både prinsipielle overveielser (kfr. diskusjonen under spørsmål 2) og praktiske erfaringer kunne derfor tyde på at konkurransen ville stå om den samlede oppgave, og at et bud på denne oppgave derfor hadde størst sjanse for å vinne frem.

Samlerabatten var virkemidlet for å differensiere bud på enkeltdistrikter og et eventuelt bud på den samlede oppgave. Anbudsreglene ga ikke mulighet for å legge inn forskjellige bud for ulike kombinasjoner av distrikter. Det var heller ikke mulig å bare inngi et samlet bud på to eller tre distrikter. Man måtte inngi bud på enkeltdistrikter, men hadde mulighet for å tilby rabatter dersom man ble tildelt flere distrikter. Dersom man for eksempel ville by 300 for alle distrikter og bruke en samlerabatt på 20 prosent, måtte man by 125 (=100+25) for hvert enkelt distrikt (kfr. eksemplene i spørsmål 2 ovenfor).

I prinsippet kunne man tenke seg at tilbyderne først ville regne på hvilke omkostninger de ville ha ved å oppfylle kontrakten for den enkelte deloppgave, noe som ville danne grunnlaget for de forskjellige delbud. Deretter ville de beregne hvor store gevinster de kunne oppnå ved å påta seg den samlede oppgave, og dette ville danne grunnlaget for samlerabatten. Rabattsatsen ville isåfall avspeile de relative gevinster ved å vinne hele anbudet. Dersom man for eksempel har omkostninger på 100 i hvert distrikt, og man vil tjene 5, må man by 105 for hvert distrikt og gi en samlerabatt på 10; hvis man vinner alle tre distrikter, vil man tjene $3\times105-10-3\times100=5$. I 2012-anbudet og i nyoppmerkingsanbudet var rabattsatsen begrenset, slik at dersom de reelle gevinstene var større enn 20 prosent, ville de ikke kunne utrykkes fullt ut i samlerabatten; i det aktuelle anbudet var det ikke noen slik begrensning.

I tillegg kunne rabattsatsen benyttes til å differensiere prisen mellom de enkelte deloppgaver og den samlede oppgave. Spesielt kunne tilbyderne styrke sjansen til det samlede budet ved å heve de ulike delbud og velge en større rabattsats.

Faktisk var tilbyderne i noen grad tvunget til en slik fremgangsmåte, ettersom de ikke utelukkende kunne by på den samlede oppgave. Dersom de ønsket å by på den samlede oppgave og maksimere sjansen for å vinne denne, måtte de unngå å konkurrere mot sine egne delbud; med lave delbud og en liten rabatt ville de risikere å havne i en situasjon der ett eller to av delbudene ble akseptert sammen med noen av konkurrentenes delbud, kfr. eksemplet i tabell 4 ovenfor. Ved istedenfor å heve delbudene og gi en større rabatt,

kunne de redusere denne risikoen og øke sjansen for å vinne den samlede oppgave. Anbudsformen ga således incitament til å tilby en høy samlerabatt og justere delbudene tilsvarende dersom man ønsket å konkurrere om den samlede oppgave.

Hvis man forventet at konkurrentene ville by på den samlede oppgave, spesielt dersom de valgte en strategi med relativt høye delbud og stor rabatt, ville det bli mindre attraktivt å selv by på enkeltdistrikter. Det skyldes at det ville bli færre kombinasjoner av ulike tilbyderes delbud som tilsammen ville gi den laveste pris; særlig ville høye delbud fra tilbydere som gikk etter den samlede oppgave, ha liten sjanse for å inngå i en vinnende kombinasjon.

Vi kan illustrere poenget med eksemplene ovenfor i tabell 3 og tabell 2, for fremstillingens skyld gjengitt som tabell 6 og tabell 7 nedenfor. Dersom tilbyderne E og L byr uavhengig av hverandre, vinner A og B hvert sitt distrikt i kombinasjon med det ene delbudet til L, kfr. tabell 6. Dersom E og L istedenfor byr som et konsortium, hever sine delbud og tilbyr en samlerabatt, vinner A og B ingen distrikter; nå er delbudet til konsortiet for distrikt 3 for høyt til at det sammen med delbudene til A og B for distriktene 1 og 2 kan inngå i en vinnende kombinasjon, kfr. tabell 7.
Anbudsformen gir således incitament til å konkurrere om den samlede oppgave.

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E	100		
Tilbyder L		100	100

Tabell 6: Anbud uten konsortium

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E+L	125	125	125
	300		

Tabell 7: Anbud med konsortium

I praksis vil tilbyderne formodentlig sikte seg inn på det de oppfatter som det mest sannsynlige utfall. Dersom de primært gikk inn for å vinne den samlede oppgave, ville de isåfall regne på hva det ville koste å utføre denne. Det ville danne grunnlag for det samlede bud, inkludert samlerabatten, mens de ulike delbud simpelthen ville bli budene eksklusiv rabatt; tilbyderne ville med andre ord "regne baklengs" når de fastsatte de enkelte delbud. Valget av rabattsats kunne isåfall bli nokså tilfeldig, ihvertfall så lenge den var høy nok; spesielt ville det ikke være unaturlig å anvende den tidligere angitte maksimalsats på 20 prosent.

Med andre ord pekte både erfaringene fra tidligere anbud, utformingen av anbudsreglene og muligheten for å gi enda større samlerabatt i retning av at konkurransen ville stå om den samlede oppgave.

SPØRSMÅL 5

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om det forud for Udbuddet måtte forventes, at den samlet laveste pris for de tre distrikter ville komme fra et samlet bud på alle tre distrikter eller en kombination af individuelle bud på de tre distrikter.

En rasjonell tilbyder måtte anse det som sannsynlig at den samlet sett laveste pris ville komme fra et samlet bud på alle tre distrikter.

Som forklart ovenfor, se spesielt spørsmål 2 og spørsmål 4, vil et samlet bud ha stor sjanse for å vinne, spesielt dersom tilbyderen innretter sine delbud og samlerabatten på en passende måte. Hvis man for eksempel kan by 100 i hvert distrikt, øker det vinnersjansen om man øker hvert delbud (f.eks. til 125) og gir en samlerabatt (f.eks. 20 prosent). Dette kan illustreres ved tabell 2 og tabell 4 ovenfor; dersom konsortiet byr 125 for hvert distrikt med en samlerabatt på 75, vinner samlebudet (kfr. tabell 2), mens hvis det byr 100 for hvert distrikt og ingen rabatt, vinner det ikke (kfr. tabell 4). Hvis det

finnes budgivere som kan by på alle distrikter, må man derfor forvente at de enten vinner alt eller intet.

Et samlet bud kunne komme fra en enkelt tilbyder med tilstrekkelig kapasitet til å dekke arbeidet i alle tre distrikter, eller fra et konsortium av tilbydere som samlet sett hadde tilstrekkelig kapasitet. Dersom man kunne regne med at slike tilbydere fantes, og at de ville være interessert i å delta i anbudsprosessen, ville de formodentlig vinne. Det gjelder spesielt (som forklart i spørsmål 2) fordi et samlebud bare behøver å være lønnsomt for den samlede oppgave, mens delbud må være lønnsomme hver for seg. Isåfall kunne man forvente at den laveste pris for de tre distrikter ville komme fra et samlet bud på alle distriktene snarere enn fra en kombinasjon av individuelle delbud på de tre distrikter.

SPØRSMÅL 6

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om det generelt kan lægges til grund, at deltagelse af færre virksomheder i konkurrencen uden videre vil begrænse konkurrencen, eller om en vurdering heraf kræver, at andre parametre inddrages, herunder oplysninger om aftalens kontekst og markedets karakteristika etc.

Som forklart under spørsmål 1, kan det ikke uten videre legges til grunn at færre virksomheter begrenser konkurransen. Det skyldes at redusert deltagelse dels ikke behøver å ha noen betydning for konkurransen, og dels at redusert deltagelse kan ha flere og tildels motstridende effekter.

For det første avhenger virkningen på konkurransen av hvilke virksomheter som eventuelt ikke deltar. Dersom det er virksomheter som under ingen omstendighet hadde vunnet frem – for eksempel fordi de har så høye omkostninger at de ikke er konkurransedyktige – vil deres fravær være uten betydning. Dersom konkurransedyktige virksomheter forsvinner, vil det derimot kunne ha betydning, dels fordi disse virksomhetene selv kunne vinne, og dels fordi deres deltagelse – hvis den var kjent – kunne medvirke til at de øvrige virksomhetene skjerpet sine tilbud.

For det andre er betydningen av antallet konkurrenter avhengig av markedets karakteristika. I et marked der virksomhetene tilbyr ensartede produkter og konkurransen er basert på pris, spiller antallet virksomheter liten eller ingen rolle, så lenge det er to eller flere; konkurransen vil uansett presse prisene helt ned mot omkostningene. I den foreliggende sak hadde markedet slike karakteristika; tilbyderne konkurrerte om å levere det produktet som Vejdirektoratet hadde definert i anbudet, og pris var avgjørende for hvem som fikk avtale, kfr.
Konkurrenceankenævnet (2016, s. 3):

> *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.
…"

For det tredje avhenger resultatet av hvorfor færre virksomheter deltar i konkurransen. Dersom dette skyldes at noen av virksomhetene samarbeider, og dersom de derigjennom styrker sin konkurransekraft, vil det øke konkurransen; det kan være bedre med få konkurransesterke virksomheter enn mange konkurransesvake. Det er fordi konkurransesterke virksomheter gir bedre tilbud. I tillegg kan samarbeidende virksomheter – dersom de øvrige tilbyderne kjenner til samarbeidet og forstår at det styrker konkurransekraften – tvinge konkurrentene til å forbedre sine bud.

SPØRSMÅL 7

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om det forhold, at Eurostar og LKF gik sammen i et konsortium og bød på den samlede opgave (alle tre distrikter) med rabat, kan have medført en mere effektiv konkurrence og i givet fald hvordan.

Svaret på spørsmålet er ja.

Som forklart i spørsmål 1 og spørsmål 6, avhenger konkurransens effektivitet av hvilke virksomheter som deltar. Spesielt vil konkurransen bli mer effektiv dersom de virksomheter som deltar, er mer konkurransedyktige, fordi de sikrer at budene supplerer hverandre og dekker alle distrikter, fordi de har lavere omkostninger eller fordi de leverer et bedre produkt.

Som forklart nærmere i spørsmål 8 nedenfor, kunne Eurostar og LKF styrke sin konkurranseposisjon ved å sørge for at deres delbud supplerte hverandre, slik at de konkurrerte mer effektivt i alle distrikter. Hvis Eurostar og LKF oppnådde

produksjonsøkonomiske gevinster ved sitt samarbeid, i form av samdrifts- eller stordriftsfordeler, kunne de dessuten levere lavere bud for den samlede oppgave enn det de hver for seg kunne budt for de tre deloppgaver; rabatten for den samlede oppgave ville isåfall innebære en mer aggressiv budgivning fra de to selskapers side, noe som i seg selv ville medført mer effektiv konkurranse. I tillegg kunne en forventning om at Eurostar og LKF opptrådde som et konsortium og dermed ville ha større konkurransekraft, anspore de øvrige konkurrenter til å by mer aggressivt; dette ville ytterligere effektivisere konkurransen.

AD BESVARELSE AV SPØRSMÅL 8-9: KONSORTIUMSAMARBEIDETS FORMÅL

Eurostar og LKF bød sammen som konsortium i både 2012-anbudet, nyoppmerkingsanbudet i januar 2014 og det aktuelle anbudet i februar 2014.

Selskapene inngikk således 11. mars 2014 en konsortiumsavtale om etablering av Dansk Vejmarkerings Konsortium med henblikk på å avgi felles bud i det aktuelle anbudet (Konkurrencerådet, 2015). Avtalen fordelte oppgavene mellom selskapene, hensyn tatt til hvorvidt konsortiet ble tildelt ett, to eller alle tre distrikter.

SPØRSMÅL 8

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om det uden en nærmere og konkret vurdering af konsortiets virkninger kan antages, at hensigten med konsortieaftalen mellem Eurostar og LKF har været at begrænse konkurrencen.

Svaret på spørsmålet er nei.

Det er flere mulige grunner til at Eurostar og LKF inngikk en konsortiumsavtale. Én mulighet er naturligvis at virksomhetene hadde til hensikt å begrense konkurransen.

De kan imidlertid ha hatt andre hensikter. Et konsortium gir deltagerne anledning til å samarbeide om en effektiv løsning, slik at de øker sjansen for at det enkelte bud vinner frem. Det kan for eksempel skje ved at de lar være å by mot hverandre, men istedenfor fordeler sine bud på de ulike oppgaver. Et slikt samarbeid kan svekke konkurransen, men den behøver ikke gjøre det.

Et eksempel på det siste er illustrert i tabell 8 og tabell 9 (den siste tilsvarer tabell 3). I tabell 8 byr både E og L på distrikt 1, mens ingen av dem byr på distrikt 3. I dette tilfellet vinner hverken E eller L noen distrikter; A, B og C vinner hvert sitt. Dersom E og L istedenfor hadde samarbeidet og fordelt budene over de tre distrikter, slik som i tabell 9, ville derimot E+L vunnet frem i distrikt 3. En slik situasjon er særlig aktuell der hver av konsortiumsdeltagerne kun har kapasitet til å håndtere ett eller to distrikter, men ikke tre. Samarbeidet gir gevinst for ordregiveren, som istedenfor å betale 305 i det førstnevnte tilfellet (illustrert i tabell 8), betaler 290 i det sistnevnte (illustrert i tabell 3).

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E	100		
Tilbyder L	100	100	

Tabell 8: Anbud uten samarbeid

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E+L	100	100	100

Tabell 9: Anbud med samarbeid

Et konsortium kan i tillegg gi muligheter for å styrke deltagernes konkurranseposisjon, som forklart under spørsmål 1. Det kan være på grunn av produksjonsøkonomiske gevinster, som følge av samdrifts- og stordriftsfordeler. Det kan også være på grunn av strategiske gevinster, i form av tilbud som ellers ikke ville vært mulige, spesielt bud på den samlede oppgave.

Det er derfor ikke mulig uten en nærmere (økonomisk) analyse av konsortiet å avgjøre om hensikten med avtalen mellom Eurostar og LKF var å begrense konkurransen.

SPØRSMÅL 9

Den sagkyndige bedes baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om det uden en nærmere og konkret vurdering af konsortiets virkninger kan antages, at en konsortieaftale som den, der er indgået mellem Eurostar og LKF, vil skade konkurrencen.

Svaret på spørsmålet er nei.

Som forklart under spørsmål 8, kan det tenkes flere ulike hensikter med, og virkninger av, konsortiumsavtalen mellom Eurostar og LKF. Noen av disse kunne skade konkurransen, mens andre kunne gjøre konkurransen mer effektiv.

Som forklart med eksemplet ovenfor, kan et samarbeid om budgivningen i noen tilfeller styrke konkurransen og lede til lavere pris. I tabell 9, der E og L plasserer sine bud slik at de ikke konkurrerer direkte mot hverandre, er summen av de vinnende bud 290 (=95+95+100), mens i tabell 8, der E og L ikke har sikret at budene passer sammen, er summen 305 (=95+95+115). Samarbeidet øker med andre ord konkurransen i distrikt 3 – der det nå kommer et ekstra bud – men påvirker den ikke i distrikt 1 selv om det der blir et bud mindre; i distrikt 3 leder det ekstra bud til mer effektiv konkurranse og lavere pris, mens i distrikt 1 er fraværet av det ene budet til E og L uten betydning for konkurransen og dermed prisen.

Et konsortium kan også styrke konkurransen om samlebud. Dersom konsortiet forventer at det står overfor en konkurrent som byr på alle tre distrikter med en høy samlerabatt, blir delbudene irrelevante (og spesielt kan ikke situasjonen illustrert i tabell 8, der konsortiet vinner ett distrikt, oppstå). Konsortiet kan medføre en redusert konkurranse mellom delbud (en konkurranse som ikke er relevant for utfallet), men vil styrke konkurransen om den samlede oppgave – den konkurransen som forventes å avgjøre anbudet.

Konkurransen vil bli ytterligere styrket dersom konsortiet medfører produksjonsøkonomiske gevinster som gir grunnlag for lavere bud på den samlede oppgave, kfr. svaret på spørsmål 1.

Det er således ikke på generelt grunnlag mulig å angi virkningen av konsortiumsavtalen på konkurransen; det krever en nærmere og konkret vurdering.

AD BESVARELSE AV SPØRSMÅL 10-12: EFFEKTIVITETSGEVINSTER

Konsortiumsavtalen av 11. mars 2014 mellom Eurostar og LKF inneholdt i tillegg til bestemmelsene om fordeling av oppgaver, bestemmelser om at partene hadde mulighet for å trekke på hverandres ressurser om ble behov for det, utveksling av opplysninger om forhold av betydning for oppgavenes utførelse, rett til å avhjelpe mislighold fra den annen part, og om at partene heftet solidarisk for oppfyllelsen av kontrakten med Vejdirektoratet (Eurostar og LKF, 2014).

SPØRSMÅL 10

Hvis det lægges til grund, at konsortieaftalen mellem Eurostar og LKF gav parterne mulighed for at trække på hinandens ressourcer som led i en opfyldelse af kontrakterne med Vejdirektoratet, bedes den sagkyndige baseret på anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om denne mulighed alene - uanset om behovet måtte vise sig eller ej - kunne medføre gevinster, der gav

Eurostar og LKF mulighed for og/eller incitament til at give et lavere og/eller bedre bud, end hvis de havde budt hver for sig.

Svaret på spørsmålet er ja.

Som forklart under spørsmål 1, er muligheten for å trekke på hverandres ressurser et eksempel på en samdriftsfordel som gir en produksjonsøkonomisk gevinst. Det gjelder spesielt i tilfeller der en av partene har vanskeligheter med å oppfylle sine forpliktelser, enten fordi kapasiteten i perioder er for liten til å håndtere alle oppgaver, eller fordi det oppstår driftsproblemer som følge av feil på utstyr eller mangel på mannskaper. I slike tilfeller slipper man å pådra seg ekstra omkostninger i form av overtid eller innleie (evt. innkjøp) av ekstra utstyr, eller i verste fall mislighold av kontrakten med påfølgende straffebøter, dersom man kan trekke på samarbeidspartnerens ressurser.

Muligheten til å trekke på hverandres ressurser, har verdi selv om det skulle vise seg at den ikke blir benyttet. Muligheten kan sammenlignes med en skadeforsikring; en skadeforsikring har verdi, og man er derfor villig til å betale forsikringspremien, selv om man håper at skaden aldri oppstår. Derfor kan ikke verdien av muligheten til å trekke på hverandres ressurser, vurderes med utgangspunkt i om partene faktisk fikk et slikt behov, like lite som verdien av en skadeforsikring kan måles ved om skaden oppsto.

Når partene i forbindelse med anbudet skal forsøke å anslå gevinsten ved å kunne trekke på hverandres ressurser, må vurderingen baseres på forventninger, dels om sannsynligheten for at det skal oppstå et behov for å trekke på hverandres ressurser, og dels om betydningen eller verdien av å få behovet dekket. Jo mer sannsynlig det er at behovet vil oppstå, og jo større verdien er av å få dekket dette behovet, desto større er den forventede gevinsten.

Den forventede gevinsten ved å kunne trekke på hverandres ressurser, gir – i likhet med enhver annen produksjonsøkonomisk gevinst – et incitament til å inngi et lavere eller bedre bud, spesielt på den samlede oppgave. Incitamentet er sterkere desto større gevinsten er, og desto mer intens konkurransen er; med en forventning om et konkurransepreget anbud ville partene ønske å videreføre mest mulig av gevinsten i tilbudet, for å styrke sin egen konkurranseposisjon og sjansen for å vinne anbudet.

SPØRSMÅL 11

Den sagkyndige bedes med udgangspunkt i anerkendt økonomisk teori og metode og de af LKF og Eurostar ex ante forventede effektivitetsgevinster, herunder som beskrevet i Konkurrencerådets afgørelse, pkt. 4.4.2, redegøre for, om en ex postanalyse af begivenhederne i den faktiske løbetid på 1½ år giver et fuldkomment og korrekt billede af, om de af LKF og Eurostar ex ante forventede effektivitetsgevinster for den forventede 4-årige kontraktperiode var korrekte eller ej.

Svaret på spørsmålet er nei.

Som forklart under spørsmål 10, kan potensielle effektiviseringsgevinster ha en verdi ex ante selv om de ikke realiseres ex post. Det innebærer at man ikke kan få et fullgodt og korrekte bilde av den forventede verdien av effektiviseringsgevinstene på basis av i hvilken grad de faktisk realiseres.

Poenget kan illustreres med et eksempel. Anta at sannsynligheten for at partene i konsortiet får behov for å trekke på hverandres ressurser i løpet av et år, er lik ¼ (hvilket betyr at i gjennomsnitt vil behovet oppstå i ett av fire eller hvert fjerde år). Anta videre at verdien av å trekke på hverandres ressurser er 100. Da blir den ex ante forventede verdien av å kunne trekke på hverandres ressurser i løpet av et år, lik ¼×100 = 25. For en periode på fire år blir verdien lik 4×25 = 100.

Med en sannsynlighet for at behovet oppstår, lik ¼, blir sannsynligheten for at behovet ikke oppstår, lik ¾ (i gjennomsnitt vil altså behovet ikke oppstå i tre av fire år). Sannsynligheten for at behovet ikke oppstår i løpet av de første to år, blir lik ¾×¾ = 0,56, mens sannsynligheten for at behovet ikke oppstår i løpet av en fireårsperiode, blir lik ¾×¾×¾×¾ = 0,32. Det er med andre ord en sannsynlighet større enn en halv for at behovet ikke oppstår i de første to år, og nesten en tredjedels sannsynlighet for at behovet ikke oppstår i løpet av en fireårsperiode.

Selv om sannsynligheten for at det skal oppstå et behov for partene til å trekke på hverandres ressurser, er relativt stor, er det altså en betydelig sannsynlighet for at behovet ikke realiseres. Det medfører at selv om den forventede gevinst kan være betydelig, kan den faktisk gevinst vise seg å bli liten eller ingen.

Man kan derfor ikke utlede noe presist om verdien for partene av å kunne trekke på hverandres ressurser, av hvorvidt behovet rent faktisk oppstår, ihvertfall ikke med utgangspunkt i en relativt kort periode. En *ex post*-analyse gir med andre ord et misvisende bilde av verdien *ex ante*.

SPØRSMÅL 12

Den sagkyndige bedes med udgangspunkt i anerkendt økonomisk teori og metode redegøre for, om det på baggrund af en ex post-analyse af den faktiske løbetid på 1½ år kan konkluderes, at konsortiesamarbejdet ikke medførte effektivitetsgevinster, når den forventede kontraktperiode på tidspunktet for afgivelse af bud var 4 år.

Svaret på spørsmålet er nei.

Som forklart under spørsmål 11, vil visse typer effektivitetsgevinster – slik som å kunne trekke på konsortiumspartnerens ressurser i perioder der man selv ikke har tilstrekkelig kapasitet – bare realiseres med en viss sannsynlighet, og derfor kan en *ex post*-analyse ikke si noe presist om *ex ante*-verdien av slike gevinster.

Det kan også finnes gevinster som opptrer med betydelig grad av sikkerhet, men som det allikevel tar tid å realisere. Dersom samarbeidet reduserer behovet for kapasitet, vil det medføre besparelser i form av lavere omkostninger for å vedlikeholde og erstatte eksisterende kapasitet. Disse besparelsene vil først realiseres når investeringene ellers måtte ha vært foretatt dersom konsortiumspartnerne hadde operert på egenhånd. Det kan med andre ord ta tid før gevinsten ved lavere eller utsatte omkostninger materialiserer seg.

En *ex post*-analyse av de første 1½ år av en kontraktsperiode på 4 år vil fange opp de gevinster som blir realisert i første del av perioden, men ikke de gevinster som realiseres senere i perioden. En slik analyse vil heller ikke gi noe fullgodt bilde av de gevinster som bare realiseres med en viss sannsynlighet; i prinsippet kan slike gevinster vise seg å bli både mindre og større *ex post* enn de var forventet å være *ex ante* – spesielt vil det alltid være en viss sannsynlighet for at gevinstene ikke blir realisert overhodet. En *ex post*-analyse vil derfor ikke være særlig egnet for å avgjøre i hvilket omfang konsortiumssamarbeidet var forventet å medføre effektivitetsgevinster.

[…]"

I notat af 25. januar 2018 har Konkurrence-og Forbrugerstyrelsen fremsat økonomiske bemærkninger til Nils-Henrik Mørch von der Fehrs sagkyndige erklæring af 5. november 2017. Af notatet fremgår det blandt andet:.

"***1. Overordnede bemærkninger***

GVCO og Eurostar har anmodet en sagkyndig om at besvare tolv spørgsmål om konsortier i relation til ankesagen i Sø- og Handelsretten vedr. Dansk Vejmarkerings Konsortium. I nærværende notat redegøres der for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens specifikke bemærkninger til den sagkyndiges erklæring.

I notatet fokuseres der hovedsageligt på styrelsens økonomiske bemærkninger til den sagkyndiges erklæring. Styrelsens har endvidere suppleret med nogle juridiske bemærkninger, hvor det er relevant at inddrage de juridiske vilkår for dermed at præcisere, hvorfor det er styrelsens vurdering, at parternes spørgsmål og den sagkyndiges besvarelse af spørgsmålene i flere tilfælde ikke er relevant for vurderingen af nærværende sag.

Derudover er det styrelsens vurdering, at de opstillede eksempler i den sagkyndiges erklæring bygger på en række udokumenterede og ubegrundede antagelser, der efter styrelsens vurdering ikke afspejler de konkrete forhold på det relevante marked, som beskrevet i afsnit 2 nedenfor. Den sagkyndiges besvarelse foretages generelt uden nærmere henvisning til relevant økonomisk teori og uden kobling til de konkrete omstændigheder i nærværende sag.

Samlet set er det derfor styrelsens vurdering, at den sagkyndiges erklæring ikke indeholder nye faktuelle forhold, der ændrer på styrelsens vurdering af, at Dansk Vejmarkerings Konsortium er i strid med konkurrenceloven.

2. Specifikke bemærkninger

I det følgende redegøres der for styrelsens specifikke bemærkninger til den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 1-12, som GVCO og Eurostar har anmodet den sagkyndige om at besvare.

2.1 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 1

Den sagkyndige angiver, at der overordnet set er to potentielle gevinster for budgivere ved at gå sammen i konsortium: For det første vil det styrke budgivernes konkurrenceposition, jf. pkt. a.) nedenfor, og for det andet vil det reducere antallet af konkurrenter, jf. pkt. b.) nedenfor.

a.) Vedr. styrket konkurrenceposition:

i. **Den sagkyndige** fremhæver, at konsortier kan øge de deltagende virksomheders samlede produktionskapacitet og dermed gøre virksomhederne i stand til at udføre opgaver, som de ikke på egen hånd vil være i stand til at udføre.

Styrelsen bestrider ikke, at konsortier kan øge de i konsortiet deltagende virksomheders samlede produktionskapacitet og dermed gøre virksomhederne i stand til at udføre opgaver, som de ikke på egen hånd vil være i stand til at udføre.

Imidlertid var Eurostar og GVCO aktuelle konkurrenter i Udbuddet allerede fordi de to virksomheder var aktuelle konkurrenter på delbud, og dermed hver især havde kapacitet til at afgive delbud. Derudover er det styrelsen vurdering, at GVCO og Eurostar hver især havde mulighed for at byde på alle opgaverne i Udbuddet, og dermed var aktuelle og/eller i det mindste potentielle konkurrenterne ved hele Udbuddet.

Styrelsen er derfor ikke enig i, at konsortiet i nærværende sag gjorde parterne i stand til at byde på en opgave, som de ellers ikke ville være i stand til at byde på hver for sig.

ii. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at konsortier kan øge produktsortimentet.

Styrelsen bestrider ikke, at konsortier kan øge de deltagende virksomheders produktsortiment. Imidlertid vedrører nærværende sag Vejdirektoratets udbud af et relativ homogent produkt, og parterne havde hver især udstyr og mandskab til at udføre denne type opgave, hvorfor det er vanskeligt at se en positiv effekt i forhold til produktsortiment i den konkrete sag.

iii. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at konsortier kan udnytte synergieffekter i form af stordrifts- og samdriftsfordele.

Styrelsen bestrider ikke, at der kan være synergieffekter i form af stordrifts- og samdriftsfordele ved konsortier. Det er dog styrelsens vurdering, at GVCO og Eurostar ikke på tilstrækkeligvis har godtgjort, at effektivitetsfordelene ved konsortiet opvejer konkurrencebegrænsningerne ved samarbejdet.

b.) Antallet af konkurrenter

iv. ***Den sagkyndige*** fremhæver, dels at færre konkurrenter ikke nødvendigvis er ensbetydende med svagere konkurrence, og dels at det er nødvendigt at have kendskab til, hvor stærke de aktuelle bydere er, for at kunne afgøre om en reduktion i antallet af konkurrenter i sig selv vil svække konkurrencen.

Styrelsen bemærker hertil, at det er væsentligt for at sikre effektiv konkurrence mellem virksomheder, at der for virksomhederne på markedet er ubekendte faktorer, herunder konkurrenternes priser og omkostninger. Når der er usikkerhed om, hvad andre aktører byder, må det alt andet lige forventes, at der bliver budt lavere priser for at øge sandsynligheden for at vinde opgaven end, hvis virksomhederne har fuld information om konkurrenters omkostninger, kapacitet, budstrategi m.v. Usikkerheden på markedet vil derfor medvirke til at sikre, at der tilbydes konkurrencedygtige priser. Konkurrencereglerne har blandt andet til formål at beskytte usikkerheden om, hvordan konkurrenter vil agere.

Når to tilbudsgivere, der hver især potentielt er i stand til at byde på en opgave, indgår en aftale om at afgive et fælles bud på opgaven, vil der helt generelt afgives færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen. Dette medfører, at den konkurrence eller usikkerheden om konkurrencen, der ellers ville have været mellem de to tilbudsgivere, sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes. Dette vil alt andet lige tilskynde højere bud.2 GVCO og Eurostar har ved at gå sammen i konsortiet begrænset den usikkerhed, der er ved at byde på et udbud.

Eurostar og GVCO var aktuelle konkurrenter i Udbuddet allerede, fordi der var mulighed for at afgive delbud. Før dannelsen af konsortiet havde GVCO ikke nogen viden om, hvordan Eurostars strategi ville have været ved Udbuddet, hvis GVCO og Eurostar ikke havde indgået et konsortium. GVCO havde således ingen viden om Eurostars bud på et eller flere distrikter m.v. Tilsvarende havde Eurostar ingen viden om 'sK's strategi ved Udbuddet.

Når GVCO og Eurostar går sammen om at byde, elimineres således den konkurrence og den usikkerhed, der ellers ville have været mellem de to virksomheder. Dermed ændres parternes incitamenter, da de eliminerer den konkurrence, som ellers ville have været mellem dem i Udbuddet.

Det bemærkes endvidere, dels at GVCO og Eurostar var de to største virksomheder på det relevante marked, og dels at der var ganske få konkurrerende tilbudsgivere ved Udbuddet. Dette vil alt andet lige betyde, at effekten af færre bydende vil være mere skadelig for konkurrencen.

Styrelsens samlede konklusion vedr. spørgsmål 1.

Styrelsens bestrider ikke, at der kan være gevinster ved konsortier. Dette er netop årsagen til, at konsortier i visse tilfælde er lovlige efter konkurrenceloven, og at der altid skal foretages en konkret vurdering.

I nærværende sag har styrelsen konkret vurderet, at Dansk Vejmarkerings Konsortium var i strid med konkurrenceloven, jf. rådsafgørelsen.

2.2 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 2

v. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at virksomheder ved at indgå i et konsortium kan øge deres konkurrenceevne og dermed gøre det mere sandsynligt at vinde Udbuddet.

Styrelsen skal indledningsvist bemærke, at dette spørgsmål ikke er relevant for vurderingen af, om Dansk Vejmarkerings Konsortium er lovligt efter konkurrenceloven.

Styrelsen bemærker hertil, dels at det var muligt at byde på enkelte distrikter og på hele udbuddet, og dels at det er styrelsens vurdering, at GVCO og Eurostar var aktuelle og/eller potentielle konkurrenter ved hele Udbuddet. Det er derfor underordnet hvilke økonomiske incitamenter, der ligger til grund for dannelsen af konsortiet, så længe at konsortiet ikke skaber betydelige effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode.

vi. ***Den sagkyndige*** anvender en række eksempler i sin besvarelse af nærværende spørgsmål.

Styrelsen bemærker hertil, at disse eksempler er fiktive, og at der i besvarelsen af spørgsmålet ikke indgår nogen beskrivelse af, hvordan de enkelte bud og rabatsatser i eksemplerne er fastsat.

Efter styrelsen forståelse af eksemplerne bygger tabel 3 og 4 endvidere på en forudsætning om, at parterne i konsortiet har fuldkommen information. Det indebærer bl.a., at konsortiet ved, hvad konkurrenterne byder, og at deltagerne i konsortiet dermed ved, hvad de skal byde på de enkelte distrikter for at vinde det samlede udbud. I nærværende sag har Vejdirektoratet valgt at afholde et udbud, og de bydende virksomheder ved udbuddet bør derfor ikke have nogen viden om konkurrenternes faktiske omkostninger og dermed budstrategi i forbindelse med udbuddet.

Det bemærkes hertil, at det er væsentligt for at sikre effektiv konkurrence mellem virksomheder, at der er ubekendte faktorer på markedet, herunder konkurrenternes priser og omkostninger, for virksomhederne på markedet. Konkurrencereglerne har blandt andet til formål at beskytte usikkerheden om, hvordan andre konkurrenter vil agere.

2.3 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 3

vii. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at Vejdirektoratet kan spare administrative omkostninger ved at tildele alle distrikter til én aktør fremfor at indgå kontrakter med flere bydere.

Styrelsen bestrider ikke, at der kan være gevinster for Vejdirektoratet i form af sparede administrative omkostninger ved at indgå kontrakt med én aktør frem for flere aktører. Det bemærkes dog for det *første*, at det er styrelsens vurdering, at denne gevinst er uafhængig af, om Vejdirektoratet indgår kontrakten med en enkelt virksomhed eller et konsortium.

For det *andet* skal det bemærkes, at den sagkyndige ikke har dokumenteret, at der i nærværende sag er en betydelig gevinst i form af sparede administrative omkostninger for Vejdirektoratet ved at indgå en kontrakt med én aktør frem for flere aktører. Styrelsen formoder, at Vejdirektoratet har vurderet, at de evt. sparede

administrative omkostninger ved at have en samlet kontrakt frem for flere kontrakter ikke er af afgørende betydning for, hvordan de tre distrikter blev udbudt, da Vejdirektoratet således valgte at give tilbudsgiverne mulighed for både at byde på enkelte distrikter og det samlede udbud.

viii. ***Den sagkyndige*** fremhæver endvidere, at der kan være gevinster i form af sparede administrative omkostninger for virksomhederne, der deltager i et konsortium.

Styrelsen bestrider ikke, at der kan være en gevinst i form af sparede administrative omkostninger for virksomheder, der deltager i et konsortium.

Denne effekt vil dog også kunne opnås af én virksomhed, som fx vinder alle tre distrikter i Udbuddet. Det er jo netop muligt for tilbudsgiver at afspejle de omkostningsmæssige fordele ved at vinde flere distrikter ved at give rabat, hvis tilbudsgiveren vinder flere distrikter.

Hertil bemærker styrelsen dog, at det ikke er sikkert, at denne gevinst kommer Vejdirektoratet til gode gennem lavere bud. Det skyldes, at de to virksomheder ifølge styrelsens vurdering var aktuelle konkurrenter, og at konsortiet dermed reducerede konkurrenceintensiteten ved Udbuddet, jf. afsnit 2.1. ovenfor. Derudover er det styrelsens vurdering, at GVCO og Eurostar ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort bl.a., at effektivitetsfordelene ved konsortiet opvejer konkurrencebegrænsningerne ved samarbejdet.

2.4 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 4

ix. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at erfaringerne fra tidligere udbud, udformningen af udbudsmaterialet samt muligheden for at give samlerabat gør det sandsynligt, at konkurrencen ville stå om det samlede udbud.

Styrelsen bemærker hertil, at det forhold, at det er muligt at give en samlerabat ved bud på alle distrikter, ikke er ensbetydende med, at der skal gives rabat, eller at det ikke er muligt at afgive og vinde delbud.

På et normalt konkurrencepræget marked vil en given virksomhed prissætte ud fra virksomhedens omkostninger. Dette kan ske både på delbud og på det samlede udbud uafhængig af muligheden for samlerabat. Det er muligt, at en aktør kan byde en lavere pris på et specifikt delområde, hvis aktøren samtidigt vinder et eller flere andre delområder, set i forhold til en situation, hvor aktøren kun vinder det specifikke delområde.

Hertil er det en nødvendig – men ikke en tilstrækkelig – betingelse, at der er effektivitetsgevinster. Det var den mulighed, som Vejdirektoratet tog højde for ved at give mulighed for samlerabat. Endvidere vil effektivitetsgevinster under alle omstændigheder være individuelle for hver virksomhed. Det kan derfor ikke generelt antages, at fx en virksomheds bud fratrukket effektivitetsgevinster på det samlede udbud vil være lavere end summen af de laveste delbud. Det er derfor en forkert antagelse, at muligheden for en samlerabat i sig selv skulle medvirke til, at konkurrencen kun ville udspille sig om det samlede udbud.

Det fremgår klart af udbudsmaterialet, 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. At Vejdirektoratet åbnede op for en rabat ved bud

på flere distrikter er et naturligt udtryk for, at der kan være stordriftsfordele m.v., som tilbudsgiver hermed fik mulighed for at indkalkulere i tilbuddet og hermed lade ordregiver nyde godt af. Heri ligger ikke noget krav om, at der skal bydes på samtlige delkontrakter, eller at der skal gives rabat.

Det er som tidligere nævnt styrelsens vurdering, at parterne var aktuelle konkurrenter, da de kunne afgive delbud. Derudover er det endvidere styrelsens vurdering, at parterne var aktuelle eller i hvert fald potentielle konkurrenter ved hele Udbuddet.

Erfaringerne fra to tidligere udbud med lignende vilkår, som begge blev vundet af én virksomhed, der havde budt på alle distrikter, ændrer ikke på, at det var muligt at byde på et enkelt distrikt eller flere.

Hvordan de bydende sammensætter deres bud på de forskellige muligheder, er en del af de almindelige konkurrencemæssige parametre. Vejdirektoratet tillod både bud på enkelte distrikter og på kombinationer af distrikter.

Hvad en aktør byder, påvirker sandsynligheden for, hvad aktøren vinder. Hvordan en aktør optimerer denne sandsynlighed, er en selvstændig virksomhedsbeslutning. I optimeringen vil aktøren alt andet lige tage højde for *forventningen* til konkurrenterne og deres bud, men dette er kun en forventning og ikke en information – som de eksempler, som den sagkyndige anvender, antager. Det er netop denne usikkerhed om konkurrenterne og deres bud, som understøtter velfungerende konkurrence.

2.5 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 5

x. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at en rationel aktør vil anse det som sandsynligt, at Udbuddet bliver vundet ved et samlet bud på alle tre distrikter, da et samlet bud øger sandsynligheden for at vinde.

Styrelsen bemærker hertil, at parterne før Udbuddet ikke kendte de øvrige aktørers budstrategi ved Udbuddet. Parterne kunne dermed ikke vide, om det var mere sandsynligt at vinde enten ved at afgive lave delbud eller ved at afgive høje delbud kombineret med et samlet lavt bud gennem en betydelig samlerabat.

Det er præcis denne usikkerhed om, hvordan andre virksomheder vil agere på markedet, som konkurrencereglerne skal beskytte. Virksomhederne skal selvstændigt beslutte hvilken pris og hvilken kombination af bud, de vil byde ind med.

Derudover er det styrelsens vurdering, at parterne var konkurrenter på delbud, og at konsortiet ikke var lovligt efter konkurrenceloven, jf. afsnit 2.1. Det er derfor uden betydning, at parterne var af den opfattelse, at Udbuddet sandsynligvis ville blive vundet af et samlet bud med rabat.

2.6 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 6

xi. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at det ikke vil have nogen betydning for konkurrencen, hvis en virksomhed, der har høje omkostninger, og derfor ikke har nogen chance for at vinde et givet udbud, vælger ikke at deltage ved dette udbud.

Styrelsen er uenig i denne vurdering, da det beror på en antagelse om fuldkommen information. Virksomheder på konkurrenceudsatte markeder har ikke fuld information om konkurrenternes omkostninger, strategi ved udbud m.v. Net-

op denne usikkerhed om konkurrenternes gøren og laden er væsentlig for at sikre effektiv konkurrence mellem virksomhederne på markedet.

Når der er usikkerhed om fx, hvad andre aktører byder, må det alt andet lige forventes, at der bliver budt lavere priser for at øge sandsynligheden for at vinde opgaven end, hvis virksomhederne har fuld information om konkurrenters bud m.v., jf. afsnit 2.1 ovenfor.

Derfor kan det sagtens have betydning for konkurrencen ved et udbud, hvis en virksomhed, trækker sig fra et udbud, også selv om virksomheden har relativt høje omkostninger set i forhold til de øvrige deltagende virksomheder, da virksomhederne ikke kender hinandens omkostninger.

Det er styrelsens vurdering, at flere konkurrenter generelt vil være positivt for konkurrencen. I denne sammenhæng skal det dog bemærkes, at dannelsen af konsortier i særlige tilfælde kan styrke konkurrencen på et marked og samtidig reducere antallet af konkurrenter. Det kan ske ved dannelsen af et konsortium, hvor konsortieaftalen fritages efter konkurrencelovens § 8, fordi konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger til gavn for forbrugerne.

I nærværende sag er det dog styrelsens vurdering, at konsortiet ikke opfylder betingelserne for, hvornår et konsortium er lovligt efter konkurrenceloven. Særligt i nærværende sag, hvor det var et begrænset antal virksomheder, der deltog i Udbuddet, vil det alt andet lige have en negativ effekt på konkurrencen, hvis konkurrencepresset mellem to aktører – og vel at mærke de to største aktører – forsvinder.

xii. ***Den sagkyndige*** anfører med reference til Bertrand-konkurrence, at på et marked hvor virksomheder udbyder ensartede produkter, og hvor konkurrencen er baseret på pris, spiller antallet af virksomheder lille eller ingen rolle, så længe at der er to eller flere virksomheder. Konkurrencen vil presse priserne helt ned mod omkostningerne. Den sagkyndige angiver, at markedet i nærværende sag havde sådanne karakteristika.

Styrelsen er enig i, at ensartede/homogene produkter og priskonkurrence er nødvendige betingelser for, at dette tekstbogsresultat (Bertrand paradoxet) er opfyldt. Uanset om disse betingelser måtte karakterisere markedet i nærværende sag, er de ikke tilstrækkelige. Bertrand paradoxet bygger endvidere på, at virksomhederne har identiske omkostninger, ikke er kapacitetsbegrænset, og har fuldkommen information om konkurrenternes omkostninger.

I den konkrete sag er der intet, der tilsiger, at disse betingelser er opfyldt. Det kan derfor ikke sluttes, at antallet af virksomheder ikke spiller nogen rolle for konkurrencen på nærværende marked, så længe at der er to eller flere virksomheder.

2.7 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 7

xiii. ***Den sagkyndige*** anfører, at hvis parterne gik sammen i et konsortium, er det muligt, at de vil kunne opnå samdrifts- eller stordriftsfordele, hvilket kan have skærpet konkurrencen på markedet. Derudover fremhæver den sagkyndige, at dannel-

sen af et konsortium kan føre til en mere aggressiv budstrategi dels fra konsortiet pga. effektivitetsgevinster m.v. og dels fra de øvrige deltagere på markedet pga. dannelsen af konsortiet.

Styrelsen bestrider som tidligere nævnt ikke, at konsortier kan skærpe konkurrencen på et marked. Det er dog som tidligere nævnt styrelsens vurdering i nærværende sag, at Dansk Vejmarkerings Konsortium ikke var lovligt efter konkurrenceloven, da GVCO og Eurostar ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort, at effektivitetsfordelene ved konsortiet opvejer konkurrencebegrænsningerne ved samarbejdet, jf. afsnit 4.4.2 i rådsafgørelsen.

2.8 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 8

xiv. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at det ikke uden en nærmere og konkret vurdering af konsortiets virkninger kan antages, at hensigten med konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO har været at begrænse konkurrencen.

Styrelsen bestrider ikke, at konsortier ikke nødvendigvis har til formål at begrænse konkurrence på et marked. Imidlertid har styrelsen for nærværende sag konkret vurderet, at Dansk Vejmarkerings Konsortium havde til formål at begrænse konkurrencen. Der henvises til rådsafgørelsens afsnit 4.3.5.

Styrelsen bemærker endvidere, at det følger af fast retspraksis, at visse former for aftaler kan være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen. Om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen skal fastlægges ud fra objektive kriterier.

Det afgørende er aftalens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med den samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. Parternes subjektive hensigt er ikke afgørende, men kan tages i betragtning (Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P, Groupement des cartes bancaires, præmis 54, og den deri nævnte retspraksis).

Selvom det således antages, at det var godtgjort, at GVCO og Eurostar havde handlet uden subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, er sådanne betragtninger ikke relevante ved vurderingen af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 (Jf. Domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, Kommissionen mod Beef Industry m.fl., præmis 21).

Efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 har det derfor ikke betydning, om parternes subjektive formål med konsortiet fx var at tilbyde den mest konkurrencedygtige pris, så længe konsortiesamarbejdet objektivt set var egnet til at begrænse konkurrencen.

2.9 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 9

xv. ***Den sagkyndige*** fremhæver, at det ikke uden en nærmere og konkret vurdering af konsortiets virkninger kan antages, at en konsortieaftale som den mellem Eurostar og GVCO vil skade konkurrencen.

Styrelsen bestrider ikke, at konsortier i visse tilfælde kan styrke konkurrencen på et marked. Imidlertid har styrelsen for nærværende sag efter en konkret vurdering fundet, at parternes aftale om at afgive fælles bud på et udbud, som de

individuelt kunne have budt på, er en aftale om priskoordinering og markedsdeling, der har til formål at begrænse konkurrencen.

2.10 Den sagkyndiges besvarelse af spørgsmål 10, 11 og 12 vedr. effektivitetsgevinster

xvi. ***Den sagkyndige*** angiver, at muligheden for at trække på hinandens ressourcer i konsortiet udgør en samdriftsfordel. Hvis den ene part er udsat for stød, kan der således ifølge den sagkyndige trækkes på den anden parts kapacitet og omvendt.

Styrelsen bemærker, at den sagkyndige ikke tager højde for den omkostning, der er for parterne ved at skulle bistå hinanden. De besparelser, en part har, vil kræve udgifter for den anden (fx at skulle flytte et arbejdshold).

Endvidere tages der ikke højde for, at det ikke umiddelbart er sandsynligt, at den anden part vil have et ledigt arbejdshold, da hver part må antages at søge at arbejde op til kapacitetsgrænsen og ikke reservere et arbejdshold til at stå på standby (der i sig selv vil indebære udgifter).

Der er heller ikke taget stilling til, hvorfor det indebærer en effektivitetsgevinst, at Eurostar og GVCO har kunnet trække på hinandens ressourcer (gensidig forsikring) fremfor at trække på egne øvrige ressourcer (egenforsikring). Det er således ikke gennemgået, hvorfor det skulle være mere optimalt at trække kapacitet fra den anden part end at trække det fra den pågældende part selv.

Effektivitetsgevinster er normalt kendetegnet ved, at den samme opgave kan udføres mere effektivt, fx med færre ressourcer, ikke at det, som her, er den samme opgave, der bliver udført på samme vis og med samme ressourcer. Parterne havde på forhånd indgået en intern arbejdsdeling (Fordelingsaftalen), som fordelte distrikterne i mellem parterne. Der er således ikke tale om, at GVCO og Eurostar i fællesskab udførte vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter i Udbuddet, da de hverken kombinerede deres maskiner eller mandskab i forbindelse med udførelsen af opgaverne i distrikterne, jf. pkt.820-822 i rådsafgørelsen.

xvii. ***Den sagkyndige*** anfører, at effektivitetsgevinster vil give incitament til at indgive lavere bud.

Styrelsen er enig i, at effektivitetsgevinster kan give incitament til at indgive lavere bud. Det skal dog bemærkes, at det ikke er sikkert, at eventuelle effektivitetsgevinster kommer forbrugerne til gode. Hvis der ikke er tilstrækkelig konkurrence på markedet, er det således ikke givet, at eventuelle effektivitetsgevinster vil blive videreført til forbrugerne i form af lavere bud/priser og/eller bedre produkter/kvalitet. For nærværende sag har styrelsen som tidligere nævnt vurderet, at GVCO og Eurostar ikke på tilstrækkeligvis har godtgjort, at effektivitetsfordelene ved konsortiet opvejer konkurrencebegrænsningerne ved samarbejdet."

Nils-Henrik Mørch von der Fehr kommenterede i følgende supplerende erklæring af marts 2018 de af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremsatte bemærkninger.

"[…]

OVERORDNEDE KOMMENTARER

ØKONOMISK ERKLÆRING

Helt overordnet finner jeg at styrelsen flere steder forbigår at jeg er blitt bedt om og har laget en økonomisk erklæring basert på økonomisk teori.

Et eksempel er på side 1, hvor styrelsen til slutt i det innledende avsnitt anfører:

> *"Samlet set er det derfor styrelsens vurdering, at den sagkyndiges erklæring ikke indeholder nye faktuelle forhold, der ændrer på styrelsens vurdering af, at Dansk Vejmarkerings Konsortium er i strid med konkurrenceloven."*

Det er korrekt at min erklæring ikke inneholder nye faktiske forhold. Det har dog aldri ligget i kortene at jeg ville eller skulle fremlegge nytt faktum. Noen av spørsmålene er stilt med utgangspunkt i utelukkende økonomisk teori, mens andre er stilt med utgangspunkt i både økonomisk teori og det konkrete faktum. Jeg har på tilsvarende vis besvart utfra økonomisk teori, og jeg har forholdt meg til sakens faktum når jeg er blitt bedt spesifikt om det.

Jeg påpeker imidlertid at min erklæring viser at styrelsens oppfatning av at Dansk Vejmarkerings Konsortium har et konkurransegrensende formål, ikke kan avledes av økonomisk teori og det faktum som er beskrevet i Konkurrencerådets avgjørelse, alene. Svarene i min erklæring tydeliggjør at avtalen kan ha både konkurransefremmende og konkurransebegrensende effekter, og at det ikke uten en konkret analyse kan avgjøres om avtalen samlet sett er konkurransebegrensende.

I den forbindelse vil jeg særlig fremheve svarene på spørsmålene 1, 7, 8 og 9. Her redegjør jeg på forskjellig vis for at en konsortiumsavtale både kan fremme og hemme konkurransen, og at det ikke uten videre kan legges til grund at avtalen mellom partene har hatt til formål å begrense konkurransen. Med andre ord kan det utfra en økonomisk betraktning ikke uten en konkret analyse legges til grunn at et konsortium "har til formål" å begrense konkurransen; det krever en konkret undersøkelse, blant annet av de faktiske forhold i saken (faktum).

HENVISNINGER TIL ØKONOMISK TEORI

I kritikken gjør styrelsen på side 1 gjeldende at min erklæring ikke inneholder spesifikke henvisninger til relevant økonomisk teori:

> *"Den sagkyndiges besvarelse foretages generelt uden nærmere henvisning til relevant økonomisk teori [..]."*

Det er korrekt at jeg i min erklæring ikke løpende har angitt konkrete referanser til økonomisk teori. Jeg har i forordet påpekt at erklæringen er basert på økonomisk teori og

empiriske undersøkelser. I tillegg har jeg, som også påpekt, i flere sammenhenger arbeidet med næringsøkonomi generelt og konkurranseøkonomi spesielt i mitt virke som professor ved Universitetet i Oslo. Endelig har jeg valgt en bred referanse i min litteraturliste sist i erklæringen, hvor jeg henviser til Jean Tiroles bok *The Theory of Industrial Organization* fra 1988.

Alternativt kunne jeg ha angitt flere referanser i fotnoter og tekst. Det ville ha minsket oversikten uten at det hadde gitt noe ekstra for den faglige substans overfor retten. Faktisk er de faglige resonnementer og resultater jeg baserer meg på, så anerkjente og velkjente at de knapt behøver å underbygges med konkrete henvisninger; de er omhandlet i enhver lærebok i næringsøkonomisk eller konkurranseøkonomisk analyse. Det ville neppe være til stor hjelp for noen å "krydre" teksten med mer detaljerte henvisninger.

Forøvrig kan det bemerkes at de referanser som styrelsen selv henviser til, hverken er spesielt treffende eller de mest relevante for de aktuelle spørsmål.

Skulle det først trekkes frem spesifikke referanser, ville det mest naturlige være en oversikt over eller lærebok i auksjonsteori. En slik tekst – som både inneholder relevant teori og en diskusjon av dens praktiske relevans for den type markeder som her er aktuelle – er OECD's Policy Roundtable fra 2006 om Competition in Bidding Markets. Her finnes blant annet en kort gjennomgang av de mest vanlige teorier om auksjonsmarkeder. Eksempelvis er virkningene av endringer i antallet konkurrenter sammenfattet nederst på side 19.

Det fremgår blant annet av OECD's gjennomgang at effekten på konkurransen av færre konkurrenter i en auksjon generelt er et empirisk spørsmål. Det refereres konkret i sitatet til fusjoner, men andre steder fremgår det at det gjeler for joint bidding også:

> *"The effects of a merger in bidding markets depend on whether the context is private values or common values. In a private values context, a merger among bidders in general leads to less aggressive bidding and lower demand (absent efficiencies), as one would expect from analogy with ordinary markets. In a common values context, these reductions in competition might be countered by a reduction in the winner's curse effect. Whether this effect is sufficient to outweigh the other effects is an empirical matter."*

Det aktuelle anbud hadde i stor grad karakter av en common value-auksjon (se nedenfor).

TEORI OG EKSEMPLER

Styrelsen gir flere steder uttrykk for at mine eksempler er fiktive, og at de dessuten forutsetter at partene har full informasjon (dette gjelder spesielt bemerkningene til spørsmålene 1, 2, 4, 5 og 6).

For det første er enhver teori og ethvert eksempel en fiksjon – en forenkling av den faktiske virkelighets mangfold og kompleksitet. Det er åpenbart ikke noe problem at man ser bort fra elementer som ikke er vesentlige for den problemstilling man er interessert i. Det avgjørende er med andre ord ikke at det er foretatt forenklinger, men om de forenklinger som er gjort, har betydning for den innsikt eller de konklusjoner man kan trekke ut av teorien eller eksemplene. Jeg mener generelt sett at eksemplene ligger tett på den aktuelle virkelighet, og at de fanger opp de elementer som er viktige for resonnementene.

For det andre forutsetter ikke eksemplene full informasjon. De illustrerer mulige konstellasjoner av bud og viser konsekvensene av dem. Hvordan disse budene er fremkommet – og spesielt hvilken informasjon partene eventuelt har hatt om hverandre – er uvesentlig.

Forøvrig ville det ikke nødvendigvis svekket innsikten om eksemplene hadde forutsatt full informasjon. I mange tilfeller – også her – representerer en forutsetning om full informasjon bare en analytisk forenkling, og resultatene fra en analyse basert på denne forutsetningen, holder som regel også i tilfeller med mer realistiske forutsetninger om partenes informasjon. Om partene visste nøyaktig hvem de konkurrerte mot, eller hvilken konkurransestyrke de hadde, er ikke avgjørende; det avgjørende er at de hadde en viss idé om hvem de ville møte og deres styrker og svakheter.

Se forøvrig spesifikke kommentarer nedenfor.

ANTALL KONKURRENTER OG KONKURRANSE

Styrelsen gir i sitt svar flere ganger uttrykk for at partene var konkurrenter bare fordi de hver især var i stand til at by på de enkelte oppgaver, og at flere konkurrenter generelt er positivt for konkurransen. For eksempel skriver styrelsen midt på side 4:

> *"Eurostar og LKF var aktuelle konkurrenter i Udbuddet allerede, fordi der var mulighed for at afgive delbud."*

Det kan også henvises til nederst på side 7:

> *"Det er styrelsens vurdering, at flere konkurrenter generelt vil være positivt for konkurrencen."*

Disse uttalelsene tyder på at styrelsen i avgjørelsen ikke legger en økonomisk definisjon av konkurranse til grunn. Som jeg fremhever i svarene til spørsmålene 1, 8 og 9, kan det med utgangspunkt i økonomisk teori ikke umiddelbart konkluderes med at konsortiumsavtalen hadde til formål å begrense konkurransen bare fordi antallet deltagere i anbudet ble lavere. Ifølge økonomisk teori kan færre deltagere medføre både mere og mindre konkurranse, og en vurdering av konkurranseeffekten kan ikke foretas uten en konkret analyse av de faktiske forhold. Det betyr at styrelsen ikke kan legge til grunn at konsortiumsavtalen hadde til formål å begrense konkurransen bare fordi Eurostar og LKF kunne by på de enkelte distrikter hver for seg.

Dette er forøvrig et poeng som OECD fremhever i ovennevnte Policy Roundtable. På side 29 diskuterer OECD de potensielle konkurranseeffekter av joint bidding, som blant annet omfatter dannelse av konsortier. OECD anfører innledningsvis at deltagernes verdifastsettelse av den solgte vare har betydning i en vurdering av konkurranseeffekten, og det sondres mellom common og private value-auksjoner. En common value-auksjon er en auksjon av en vare som har den samme verdi eller omkostning for budgiverne, men der denne verdi eller omkostning er ukjent for budgiverne på auksjonstidspunktet. En private value-auksjon er derimot en auksjon av en vare som hver enkelt budgiver kjenner sin egen private verdi av eller omkostning ved. Min vurdering er at det relevante anbud i denne sak hadde karakter av en common value-auksjon, ihvertfall langt på vei. Usikkerheten angikk de reelle omkostninger ved at påta seg oppgaven med å male veistriper, som blant annet ville avhenge av trafikk- og værforhold, Vejdirektoratets konkrete innkjøp og tidsplan. Budgiverne hadde nok en forestilling om omkostningene, men den var i et visst mon usikker.

Deretter angir OECD – i tråd med svarene i min erklæring – at joint bidding i en common value-auksjon kan ha flere effekter.

OECD fremhever først at joint bidding i utgangspunktet vil redusere antallet konkurrenter, og at dette i mange år var det primære argument mot joint bidding:

> *"First, joint bidding reduces the number of bids and therefore reduces competition. For years, this was the main argument against joint bidding."*

I den umiddelbare fortsettelse fremhever OECD imidlertid at joint bidding i common value-auksjoner i praksis kan ha andre konkurransefremmende effekter, som samlet sett kan medføre både flere og bedre bud. Konkret skriver OECD om at risikodeling og færre kapitalbegrensninger kan øke antallet konkurrenter, på samme måte som utveksling av erfaring kan få dem til å by mere aggressivt:

> *"But early empirical studies claimed that joint bidding did not, in fact, reduce the number of bids. Indeed, joint bidding was seen as a way to diversify risk, weaken liquidity or capital constraints, and allow the sharing of private information. If bidders share private information about an object of unknown but common value (i.e., a pure common values context), then their estimates are more accurate, the winner's curse effect is diminished and they will bid more aggressively."*

KONKURRENTERS ADFERD OG BUDSTRATEGI

Styrelsen gir flere steder i svaret uttrykk for at konkurransereglene har til formål å beskytte usikkerheten om hvordan andre konkurrenter vil agere. For eksempel skriver styrelsen nederst på side 2 til øverst på side 3:

> *"Styrelsen bemærker hertil, at det er væsentligt for at sikre effektiv konkurrence mellem virksomheder, at der for virksomhederne på markedet er ubekendte faktorer, her-*

> *under konkurrenternes priser og omkostninger. Når der er usikkerhed om, hvad andre aktører byder, må det alt andet lige forventes, at der bliver budt lavere priser for at øge sandsynligheden for at vinde opgaven end, hvis virksomhederne har fuld information om konkurrenters omkostninger, kapacitet, budstrategi m.v. Usikkerheden på markedet vil derfor medvirke til at sikre, at der tilbydes konkurrencedygtige priser. Konkurrencereglerne har blandt andet til formål at beskytte usikkerheden om, hvordan konkurrenter vil agere."*

Det er nytt for meg at konkurranselovgivningen har til formål at beskytte usikkerheten om hvordan konkurrentene vil agere. Dessuten er det ikke i overensstemmelse med økonomisk teori når styrelsen gjør gjeldende at usikkerhet om hva andre byr, generelt sett må forventes å medføre lavere priser enn hvis virksomhetene har informasjon om konkurrentenes omkostninger og budstrategi.

I auksjonsteorien er det generelt anerkjent at virksomheter ofte byr mere aggressivt i auksjoner desto mere informasjon de har og mottar om de øvrige virksomheter og deres bud.

Generelt gjelder det i auksjoner og budprosesser at virksomheters adferd alltid vil være bestemt dels av egne forhold, herunder omkostninger og strategi, og dels av forventninger til konkurrentenes forhold, herunder deres omkostninger og strategi.

Det er klart at en virksomhet vil by mere aggressivt hvis den med sikkerhet vet at alle konkurrentene har lave omkostninger enn hvis den antar at konkurrentene enten kan ha lave eller høye omkostninger. Økt informasjon om konkurrentenes omkostninger vil i en slik situasjon medføre sterkere og ikke svakere konkurranse som styrelsen gjør gjeldende. I det såkalte Bertrand-paradoks (se også nedenfor), er det nettopp den fullstendige informasjon om konkurrentenes omkostninger som leder til knivskarp konkurranse og bud som drives helt ned til omkostningene.

Tilsvarende kan informasjon om konkurrentenes strategi medføre mer aggressive bud. Litt forenklet kan for eksempel deltagerne i et anbud enten by for å maksimere sandsynligheten for å vinne, hvilket krever en lav pris, eller de kan by for å maksimere gevinsten om de er så heldige at de vinner (f.eks. fordi det ikke er andre budgivere i et enkelt distrikt). Hvis alle vet at alle andre byr for å maksimere sannsynligheten for å vinne, vil det gi mere aggressive bud enn hvis det er usikkerhet om de andres strategier.

Auksjonsteorien fremhever at mindre usikkerhet især gavner konkurransen i auksjoner der den utbudte varens sanne verdi (omkostning) er den samme for alle virksomheter, men der virksomhetene er usikre på hva den sanne verdi (omkostning) er, altså det som ovenfor ble omtalt som common value-auksjoner. Dette omtales i auksjonsteorien som "the winner's curse". Dette begrepet referer til at det i en slik situasjon er en tendens til at vinneren vil være den av budgiverne som er mest optimistisk og avgir det høyeste (laveste) bud, altså overvurderer verdien (undervurderer omkostningene). Rasjonelle budgivere vil forutse denne risiko, og deres reaksjon vil være å by mer forsiktig enn deres forventning om den sanne verdi (omkostning) skulle tilsi. Risikoen for the winner's curse

medfører altså at alt annet like byr virksomhetene mere forsiktig i en common value-auksjon.

Problemet med the winner's curse kan reduseres med tiltak som reduserer virksomhetenes usikkerhet om varens felles sanne verdi (eller omkostning). Slik tiltak kan omfatte frigivelse av felles informasjon om varen, som kan hjelpe virksomhetene med å estimere den felles verdi. Dessuten kan det ifølge auksjonsteorien hjelpe med en åpen auksjon i flere runder, der virksomhetene løpende ser og lærer om de andre virksomhetenes bud og strategier, som derved også vil gi bedre priser.

Endelig er det i forbindelse med denne sak interessant at problemet med the winner's curse øker fordelene ved konsortier. Generelt vil virksomheter forutse at jo flere konkurrenter det er i auksjonen, desto mere har man tatt feil hvis man ender med å vinne auksjonen, og desto mer forsiktig vil deres budgivning være. Derfor kan risikoen for the winner's curse i praksis bety at færre konkurrenter gir bedre priser i auksjonen. Den samlede effekt kommer an på om effekten av redusert winner's curse er større eller mindre enn effekten av færre konkurrenter.

Auksjonsteoriens konklusjoner om informasjon og usikkerhet, herunder løsningen på the winner's curse, står i kontrast til styrelsens konklusjon om

> *"at når der er usikkerhed om, hvad andre aktører byder, må det alt andet lige forventes, at der bliver budt lavere priser for at øge sandsynligheden for at vinde opgaven end, hvis virksomhederne har fuld information om konkurrenters omkostninger, kapacitet, budstrategi m.v."*

OECD omtaler i det tidligere nevnte Policy Roundtable the winner's curse på side 22. OECD fremhever at problemet med the winner's curse kan bety at flere konkurrenter gir svakere konkurranse, og at det øker fordelene ved konsortier:

> *"The winner's curse is a phenomenon of common values auctions. For example, in a sealed bid auction, the winning bidder is the one who had formed the highest estimate of the object's value. A naïve bidder, upon winning, learns from that fact that everyone else estimated the value to be lower, and would thus revise downwards his own estimate of the true value. On average, the naïve winner regrets winning because on average he pays more than the true value. A sophisticated bidder will take this phenomenon into account. He therefore submits a lower bid than his naïve bid. This bid shading is the winner's curse effect. The winner's curse effect is stronger when there are more rivals. That is, as there are more bidders, bidders shade their bids more. If the winner's curse effect is large enough, then the price paid decreases with more bidders. That decrease could outweigh the effect of increasing competition, of stimulating more aggressive bidding to have a chance of winning. The winner's curse effect has important policy implications, about such issues as when should joint bidding be allowed, when should participation in auctions be restricted, and when are mergers anticompetitive."*

I denne sak anser jeg som nevnt at det er tale om en common value-auksjon, der det kan være problemer med the winner's curse.

SPESIFIKKE KOMMENTARER

SPØRSMÅLENE 1, 8 OG 9

Disse spørsmål handler alle om de mulige konkurransemessige virkninger av konsortier. I min erklæring redegjør jeg i svarene på spørsmålene 1, 8 og 9 for at det utfra en økonomisk betraktning er to mulige virkninger av konsortier. For det første kan et konsortium styrke de deltagende budgivernes konkurranseposisjon, og for det andet kan det redusere antallet konkurrenter. I svaret på spørsmål 1 forholder jeg mig til dette på et helt generelt plan, mens jeg i svarene på spørsmål 8 og 9 ser på den konkrete situasjon.

Kritikken av min erklæring bygger dels på styrelsens juridiske definisjon av når to virksomheter er konkurrenter. Styrelsen bestrider ikke at konsortier kan gjøre virksomhetene i stand til å utføre oppgaver som de ikke på egenhånd vil være i stand til å utføre og dermed øke konkurransen. Styrelsen legger imidlertid vekt på at Eurostar og LKF var konkurrenter i anbudet bare fordi de to virksomhetene hver især hadde kapasitet til å avgi delbud. Som jeg har redegjort for i erklæringen, er dette utfra en økonomisk betraktning ikke korrekt, idet to virksomheter ikke nødvendigvis er konkurrenter bare fordi de kan løse samme oppgaver. For eksempel vil en virksomhet med meget høye omkostninger ikke være en reell konkurrent til virksomheter med lave omkostninger, idet intet i konkurransen ville endres hvis den dyre virksomheten forlot markedet.

Styrelsens kritikk beror dessuten på at den legger til grunn at partene også hver for seg kunne by på, og dermed var konkurrenter for, den samlede oppgave. Jeg forstår at dette fortsatt er omstridt mellom partene, og at ankenævnet ikke forholdt seg til spørsmålet. Men selv om styrelsens antagelse skulle være korrekt, utelukker det dog ikke at konsortiet kan ha været konkurransefremmende, fordi de to virksomheter til sammen har vært istand til at avgi et mer konkurransedyktig bud enn hvis de bød hver for sig. Hvis for eksempel begge var meget dyre hver for seg, men effektive samlet i konsortiet, kan det i anbudet ha gitt mer konkurranse til annen effektiv virksomhet enn hvis de hadde budt hver for sig.

SPØRSMÅL 2

Spørsmål 2 angår om, og isåfall hvordan, muligheten for i et anbud å avgi både delbud og samlet bud med rabatt ved tildeling av flere delavtaler, kan ha innflytelse på tilbydernes incitament til å inngå i et konsortiumssamarbeid. Jeg redegjør i svaret, blant annet ved hjelp av noen eksempler, for hvordan muligheten for samlerabatt kan fremme dannelse av konsortier.

I sine bemerkninger sier styrelsen først at de økonomiske incitamenter bak avtalen er irrelevante fordi partene kunne by på de enkelte delavtaler og hele anbudet. Ingen av delene er i overensstemmelse med økonomisk teori, hvilket fremgår av mitt svar på spørsmålet.

Når det gjelder partenes mulighet for å by på hele anbudet, er det, som nevnt ovenfor, fortsatt omstridt mellom partene.

I tillegg kritiserer styrelsen mitt svar for at eksemplene i tabellene 3 og 4 er fiktive, og at de forutsetter fullkommen informasjon, hvilket ifølge styrelsen er i strid med konkurranselovens formål om å beskytte usikkerheten om andre konkurrenters opptreden.

Det er korrekt at eksemplene er fiktive, men de viser ikke desto mindre noen potensielle gevinster ved samlede bud. Det har styrelsen ikke bestridt. Eksemplene kunne ha vært laget mere generelle, men det ville bare ha økt kompleksiteten uten å gi ytterligere innsikt.

Det er imidlertid galt – som forklart innledningsvis – at eksemplene forutsetter eller er basert på fullkommen informasjon. Fremstillingen blir enklere med en slik antagelse, men argumentene holder også med ufullkommen informasjon, der partene byr basert på forventninger om konkurrentenes bud. Partene vil også her alltid kunne benytte en samlerabatt til å øke sine sjanser for å vinne alle tre distrikter.

Forøvrig er det som nevnt, uklart for meg at konkurranseloven har til formål å beskytte usikkerheten om andre konkurrenters opptreden. Som jeg har beskrevet ovenfor, kan manglende informasjon om de reelle omkostninger ved å male veistripene, lede til problemer med the winner's curse, som gir sig utslag i mer forsiktige bud og dermed mindre effektiv konkurranse. Bedre informasjon om konkurrentenes opptreden kunne isåfall bidra til sterkere konkurranse.

SPØRSMÅL 3
Dette spørsmål dreier seg om Vejdirektoratet ved å tildele alle tre kontrakter til én tilbyder, kunne forventes å oppnå gevinster, herunder eksempelvis administrative gevinster ved kun å samarbeide med én tilbyder.

Jeg redegjør i mitt svar for en rekke forskjellige gevinster som kunne komme Vejdirektoratet til gode.

Styrelsen bemerker til svaret at jeg ikke har dokumentert at det var slike gevinster. Det er korrekt at jeg ikke har dokumentert gevinstene, men jeg har derimot påvist at styrelsens avvisning av de fremlagte effektivitetsgevinster er i strid med økonomisk teori, hvilket utdypes i svaret til spørsmålene 10, 11 og 12.

Dessuten anfører styrelsen at det ikke var sikkert at gevinstene ville komme Vejdirektoratet til gode i form av lavere bud fordi konsortiet medførte mindre konkurranse.

Hertil har jeg to bemerkninger. Den ene er at i en auksjon med laveste pris som tildelingskriterium vil partenes egne omkostninger alltid påvirke budene. Lavere omkostninger vil dermed alltid i et visst omfang bli sendt videre til Vejdirektoratet.

Den andre bemerkningen er at jeg i avgjørelsen ikke har sett en konkret analyse av de konkurransebegrensende virkninger. Styrelsen legger som tidligere anført, til grunn at konsortiet har som formål at begrense konkurransen, hvilket ikke følger av økonomisk teori.

SPØRSMÅLENE 4 OG 5

Spørsmål 4 og 5 dreier seg begge om forventninger forut for anbudet, gitt historikken og muligheten for å by på både delkontrakter og den samlede oppgave med en samlerabatt uten noen øvre grense.

Jeg svarer og viser med noen eksempler kort fortalt at det i lys av disse forhold var naturlig for en rasjonell tilbyder å anta at det i det konkrete anbud ville komme et bud på den samlede oppgave med en samlerabatt på minst 20 prosent.

Når det gjelder styrelsens bemerkninger angående at eksemplene er fiktive og basert på full informasjon, er det som tidligere nevnt galt: jeg henviser til diskusjonen innledningsvis. Styrelsens bemerkning om at eksemplene er basert på at det foreligger effektivitetsgevinster ved konsortiet, er forøvrig misvisende. Jeg analyserer tilfeller både med og uten effektivitetsgevinster. Dessuten er argumentet om at anbudet inviterte til å by på den samlede oppgave, uavhengig av eventuelle effektivitetsgevinster.

Styrelsen kommer i sine bemerkninger til mitt svar ikke med nye faktabaserte argumenter. Styrelsen legger igjen til grunn at konkurransen ble begrenset av konsortiet bare fordi begge parter kunne by på både deloppgaver og den samlede oppgave hver for seg. Jeg har allerede angitt at denne konklusjonen uansett ikke kan utledes fra økonomisk teori.

I tillegg gjentar styrelsen sin oppfatning om at konkurranseloven har til formål å opprettholde usikkerhet. Jeg har som tidligere nevnt, ikke kjennskap til at dette hensyn ligger bak konkurranselovgivningen. Som jeg har redegjort for ovenfor, er det i økonomisk teori tvertimot belegg for at det i common value-auksjoner blir mer effektiv konkurranse hvis det er mindre usikkerhet på markedet. Dette strider mot styrelsens påstand.

Det later forøvrig til at styrelsen ikke har forstått at utformingen av anbudet i seg selv ga tilbyderne incitament til å by på den samlede oppgave. Styrelsen skriver på side 6:

> *"Hertil er det en nødvendig – men ikke en tilstrækkelig – betingelse, at der er effektivitetsgevinster. ... Det er derfor en forkert antagelse, at muligheden for en samlerabat i sig selv skulle medvirke til, at konkurrencen kun ville udspille sig om det samlede udbud."*

Poenget er – som jeg i min erklæring har diskutert både generelt og ved hjelp av eksempler – at en tilbyder ikke bare kunne styrke sine sjanser ved, men tildels var tvunget til av

anbudets utforming, å inngi høye delbud og et samlebud med tilsvarende høy rabatt. Det gjaldt spesielt dersom tilbyderen forventet at andre skulle by på den samlede oppgave.

SPØRSMÅL 6

Spørsmål 6 dreier seg om det generelt kan legges til grunn at deltagelse av færre virksomheter vil begrense konkurransen, eller om en vurdering av dette spørsmål krever at andre parametere må hensyntas, herunder opplysninger om avtalens kontekst og markedets karakteristika.

Jeg svarer at det ikke uten videre kan legges til grunn at færre virksomheter gir mindre konkurranse. Jeg redegjør for at hvis én virksomhet forlater markedet, så avhenger konkurranseeffekten blant annet av om denne virksomhetens omkostninger var høye eller lave i forhold til konkurrentenes. Dessuten forklarer jeg at varens og konkurransens karakter har betydning for konkurranseeffekten, hvor homogene varer og priskonkurranse kan gi perfekt konkurranse med kun to konkurrenter (det såkaldte Bertrand-paradoks).

Styrelsen bemerker at det er dens oppfatning at flere konkurrenter generelt vil være positivt for konkurransen. Styrelsen gjør også gjeldende at det beror på en antagelse om fullkommen informasjon når jeg sier at færre konkurrenter ikke begrenser konkurransen. Dessuten bemerker styrelsen at når det er usikkerhet om for eksempel hva andre aktører byr, må det alt andet like forventes at der blir budt lavere priser enn hvis tilbyderne har full informasjon om konkurrenters bud og strategi.

Begge deler står i kontrast til økonomisk teori generelt og auksjonsteoriens resultater, som jeg refererte til ovenfor, mer spesielt. I auksjonsteorien fremgår det at joint bidding i en common value-auksjon ikke generelt medfører svakere konkurranse, fordi joint bidding har flere konkurransefremmende effekter, som kan medføre flere konkurrenter eller bedre bud. Dessuten vil hensynet til the winner's curse bety at frigivelse av informasjon vil medføre mer aggressive bud.

Dessuten bemerker styrelsen at jeg i min argumentasjon beskriver en situasjon med såkalt Bertrand-konkurranse, der det ikke bare kreves ensartede eller homogene produkter og priskonkurranse, men også identiske omkostninger, ingen kapasitetsbegrensninger og fullkommen informasjon om konkurrentenes omkostninger.

Det er korrekt at mine poenger er enklest å få frem i dette tilfellet. Men resultatene holder også uten disse forutsetningene. Blant annet er omkostningsforskjeller og usikkerhet om omkostninger ingen hindring for at et marked med få konkurrenter kan være like effektivt som et marked med mange konkurrenter. Det avhenger i høy grad av om alle virksomheter er konkurransedyktige eller ei.

Spørsmål 7

Spørsmål 7 handler om hvorvidt det forhold at Eurostar og LKF gikk sammen i et konsortium og bød på den samlede oppgave (alle tre distrikter) med rabatt, kan ha medført en mer effektiv konkurranse og isåfall hvordan.

Jeg svarer bekreftende (ja), fordi Eurostar og LKF potensielt har kunnet oppnå større konkurransekraft og dermed både selv kunne ha budt lavere og kunne ha fått andre budgivere til å by lavere enn uten konsortiet.

I sine bemerkninger bestrider styrelsen ikke at konsortier kan skjerpe konkurransen på et marked. Styrelsen anfører derimot at det er dens oppfatning at partene ikke på tilstrekkelig vis har godtgjort at effektivitetsfordelene ved konsortiet oppveier konkurransebegrensningene ved samarbeidet, jf. avsnitt 4.4.2 i rådsavgjørelsen.

I den forbindelse kan det være relevant å fremheve to forhold.

For det første er jeg ikke enig i styrelsens avvisning av partenes redegjørelse for avtalens effektivitetsgevinster. Jeg mener grunnlaget ikke kan avledes av økonomisk teori (se nedenfor vedr. spørsmål 10-12).

For det andre kan jeg ikke se at styrelsen har foretatt en faktisk økonomisk analyse av avtalens konkurransebegrensende effekter. Styrelsen legger til grunn at avtalen har til formål å begrense konkurransen bare fordi begge virksomheter kunne by separat på deloppgavene (se f.eks. avsnitt 4.3.5.1).

SPØRSMÅLENE 8 OG 9
Se ovenfor under spørsmål 1.

SPØRSMÅLENE 10, 11 OG 12
Spørsmålene 10, 11 og 12 i min erklæring handler om effektivitetsgevinster.
Jeg redegjør i disse svar for at det forhold at konsortiumsavtalen mellom Eurostar og LKF ga partene mulighet for å trekke på hverandres ressurser som ledd i en oppfyllelse av kontraktene med Vejdirektoratet, utgjør en effektivitetsgevinst som ga partene mulighet for og incitament til å gi et lavere bud enn hvis de hadde budt hver for seg. Dessuten konkluderer jeg med at styrelsens grunnlag for å avvise disse potensielle effektivitetsgevinster ikke er fundert i økonomisk teori.

Styrelsen gjør på side 10 gjeldende at det ikke er godtgjort at det er tale om en effektivitetsgevinst når partene har mulighet for å trekke på hverandres kapasitet. Styrelsen argumenterer for at effektivitetsgevinster normalt kjennetegnes ved at den samme oppgave kan utføres mer effektivt, for eksempel med færre ressurser, ikke at det, som her, er den samme oppgave som blir utført på samme vis og med samme ressurser.

Det er uklart hva styrelsen baserer denne konklusjonen på. Styrelsen angir at det ikke er forklart hvorfor det innebærer en effektivitetsgevinst at Eurostar og LKF har kunnet trekke på hverandres ressurser (gjensidig forsikring) fremfor å trekke på egne øvrige ressurser (egenforsikring).

Her må det først bemerkes at en av gevinstene ved å ha mulighet til å trekke på den andre partens ressurser, er at man får tilgang til flere ressurser. I noen situasjoner vil det være vanskelig å utføre arbeidet med egne ressurser (fordi kapasiteten allerede er fullt utnyttet, eller fordi deler av den ikke er tilgjengelig på grunn av feil eller mangler), mens det kan være ledige ressurser tilgjengelig hos den annen part. Istedenfor å utsette arbeidet (med risiko for bøter), eller å gjennomføre det selv med ekstra innsats og høyere omkostninger (f.eks. til overtid eller utsettelse av nødvendig vedlikehold), kan man trekke på den andre partens ledige ressurser. Når en slik situasjon oppstår, vil det å trekke på den andre partens ressurser innebære lavere omkostninger og således en reell effektivitetsgevinst.

For det andre – og bortsett fra at egenforsikring vel er det samme som ingen forsikring – anser jeg det som en feiloppfatning at effektivitetsgevinster forutsetter lavere omkostninger. Partenes avtale svarer til en alminnelig forsikring. Hvis ikke det var effektivitetsfordeler ved å tegne en forsikring, er det vanskelig å forstå at forsikringsselskapene kan tjene penger på deres forretning. Hvis ikke det var tilfellet, ville egenforsikring (altså ingen forsikring) være langt mere utbredt enn i dag. I den aktuelle sak er en av effektivitetsfordelene ved den gjensidige forsikringen at man reduserer faren for uforutsette omkostninger og bøter, med tilhørende lavere risikotillegg og lavere priser. Det er derfor irrelevant når styrelsen anfører at det ikke tas høyde for den omkostning partene har ved å bistå hverandre (altså at besparelser for en part vil være en omkostning for den andre). Dette synspunkt er blant annet anerkjent i OECD's tidligere omtalte Policy Roundtable, hvor det på side 29 står:

> *"[…] But early empirical studies claimed that joint bidding did not, in fact, reduce the number of bids. Indeed, joint bidding was seen as a way to diversify risk, weaken liquidity or capital constraints, and allow the sharing of private information. […]"*

Styrelsen gjør på side 10 gjeldende at det ikke er godtgjort at effektivitetsgevinster vil gi incitament til å inngi lavere bud, at det således ikke er sikkert at eventuelle effektivitetsgevinster kommer forbrukerne til gode, og at partene ikke på tilstrekkelig vis har godtgjort at effektivitetsfordelene ved konsortiet oppveier konkurransebegrensningene ved samarbeidet.

Jeg vil til dette påpeke at økonomisk teori viser at effektivitetsgevinster som en hovedregel alltid i et visst omfang blir sendt videre til forbrukerne. Det er korrekt at konkurranseformen kan påvirke graden av pass on, men uansett konkurranseform vil effektivitetsgevinster alltid i et visst omfang komme forbrukerne til gode. Det understrekes av at det i den aktuelle sak var tale om en konkurranse der laveste pris vandt, hvilket betyr at lavere omkostninger gir incitament til at by en lavere pris.

Dessuten vil jeg bemerke at partene har fremlagt dokumentasjon for effektivitetsgevinstene. Som det fremgår av mine svar til spørsmålene 11 og 12, anser jeg at styrelsens avvisning av denne dokumentasjonen er beheftet med feil og i strid med økonomisk teori.

Dertil kommer at jeg (som tidligere nevnt) ikke kan se at styrelsen har dokumentert de påståtte konkurransebegrensninger ved samarbeidet.

[…]"

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgav den 23. april 2018 et notat med kommentarer til Nils-Henrik Mørch von der Fehrs supplerende erklæring. Heraf fremgår bl.a. følgende:

"1. Baggrund

Nils-Henrik Mørch Von Der Fehr har udarbejdet en supplerende erklæring vedr. sagen om Dansk Vejmarkerings Konsortium. I nærværende notat redegøres der for styrelsens bemærkninger til den supplerende erklæring. Notatet er struktureret som følger: 1 afsnit 2. redegøres der for styrelsens overordnede kommentarer til den supplerende erklæring. Derudover redegøres der i afsnit 2 for, hvorfor de to erklæringer ikke ændrer ved styrelsens vurdering af, at Dansk Vejmarkerings Konsortium var i strid med konkurrenceloven. I afsnit 3 har styrelsen angivet nogle mere specifikke kommentarer til den supplerende erklæring.

Det bemærkes endvidere, at styrelsen fastholder de bemærkninger, som styrelsen har afgivet til den første erklæring.

2. Styrelsens overordnede bemærkninger

2.1 Overordnede bemærkninger til den supplerende erklæring

Det skal indledningsvist fremhæves, at styrelsen som tidligere nævnt ikke bestrider, at der kan være gevinster ved konsortier. For eksempel kan et konsortium øge konkurrencen om en udbudt opgave, hvis de virksomheder, der danner konsortiet, ikke ville være i stand til at løse den udbudte opgave hver for sig, eller hvis konsortieaftalen kan fritages efter konkurrencelovens § 8, fordi konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger til gavn for forbrugerne. Dette er netop årsagen til, at konsortier i visse tilfælde er lovlige efter konkurrenceloven, og at der altid skal foretages en konkret vurdering.

Det er derfor styrelsens vurdering, at der ikke er modstrid mellem Konkurrencerådets afgørelse om Dansk Vejmarkerings Konsortium og økonomisk teori. Af den økonomiske teori vil der således både kunne udledes eksempler på, at konsortier begrænser konkurrencen på et marked, og at konsortier fremmer konkurrencen på et marked.

Imidlertid har styrelsen for nærværende sag konkret vurderet, at Dansk Vejmarkerings Konsortium ikke var lovligt efter konkurrenceloven, jf. afsnit 4 i rådsafgørelsen. Den konkurrenceretlige analyseramme og styrelsens vurdering er opsummeret i afsnit 2.2 nedenfor.

2.2 Opsummering afstyrelsens konkurrenceretlige vurdering
Den konkurrenceretlige analyseramme er den samme for konsortieaftaler, som for alle andre aftaler. Det afgørende for den konkurrenceretlige vurdering er således ikke betegnelsen på en aftale (fx konsortieaftale), men dens indhold. I den konkrete sag har to konkurrenter aftalt at afgive fælles bud i et udbud, som de begge kunne byde på individuelt. Parterne har derved fastsat priser og opdelt markeder. At parterne benævner dette Dansk Vejmarkerings Konsortium ændrer ikke på, at det skal vurderes som en aftale om fastsættelse af priser og opdeling af markeder.

Af rådsafgørelsens pkt. 14-15 fremgår følgende:
"Efter konkurrenceloven er konsortier lovlige i to situationer:

- *hvis konsortiet ikke begrænser konkurrencen, eller*
- *hvis konsortiet begrænser konkurrencen, men konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer denne begrænsning.*

En konkurrenceretlig vurdering af, om et konsortium er foreneligt med konkurrencereglerne skal således helt overordnet igennem to trin:

1. *Foreligger der en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, dvs. er de fire betingelser i § 6 opfyldt, herunder en vurdering af, om virksomhederne i konsortiesamarbejdet er konkurrenter?*
2. *Kan konsortieaftalen fritages efter konkurrencelovens § 8, fordi konsortiesamarbejdets effektivitetsfordele opvejer samarbejdets konkurrencebegrænsninger?"*

I relation til pkt. 1 bemærker styrelsen, at GVCO og Eurostar var aktuelle konkurrenter i forhold til delbud og dermed også udbuddet. Dette har betydning for den efterfølgende vurdering af, om konsortieaftalen har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Hverken GVCO eller Eurostar har i øvrigt bestridt, at de var aktuelle konkurrenter i forhold til at afgive bud på minimum ét delbud, jf. det sammenfattende processkrift pkt. 7. Derudover er det også styrelsens vurdering, at GVCO og Eurostar var aktuelle og/eller i det mindste potentielle konkurrenter på hele Udbuddet.

Af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 fremgår det, at en aftale kan have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Der er tale om alternative betingelser; hvis en aftale har til formål at begrænse konkurrencen er det ikke nødvendigt at vise, at den også har til følge at begrænse konkurrencen.

Vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen fastlægges ud fra objektive kriterier. Det afgørende er aftalens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med den samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. Parternes subjektive hensigt er ikke afgørende, men kan tages i betragtning.

Det er styrelsens vurdering, at GVCO og Eurostar var konkurrenter i udbuddet, jf. særligt rådsafgørelsens pkt. 415-635. Konsortiet skal derfor vurderes som en aftale mellem konkurrenter. I stedet for hver især at fastlægge deres adfærd ved udbuddet, fx om parterne ønskede at byde på udbuddet, på hvilket eller hvilke delbud i udbuddet, med hvilke pri-

ser og med hvilke rabatter, aftalte parterne at afgive et fælles bud. Med det fælles bud aftalte parterne priser og rabatter for de enkelte delbud og fordelte kontrakterne imellem sig i enhver tænkelig konstellation. GVCO og Eurostar har på denne måde fastsat priser og opdelt markeder og fuldstændig elimineret den konkurrence, der ellers kunne have været imellem dem i udbuddet.

Om den konkrete vurdering af, at en sådan adfærd om priskoordinering og markedsdeling har til formål at begrænse konkurrencen, henvises til afgørelsens pkt. 723-789, hvor der udførligt er redegjort for, hvorfor adfærden efter en konkret vurdering af dens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med den samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår, må anses for så tilstrækkelig konkurrenceskadelig, at den har til formål at begrænse konkurrencen.

En aftale mellem konkurrenter om pris- og markedsdeling er i øvrigt blandt de alvorligste krænkelser og er udtrykkelig nævnt som krænkelser i konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c. Endvidere følger det af fast praksis, at en sådan adfærd har til formål at begrænse konkurrencen. Der henvises til pkt. 740-742 i rådsafgørelsen.

I relation til pkt. 2 bemærker styrelsen, at det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1 at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. I ikke finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder opfylder fire betingelser, jf. pkt. 804-805 i rådsafgørelsen.

De fire — kumulative — betingelser er, at aftalen m.v.:

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.

Samlet set er det styrelsens vurdering, at GVCO og Eurostar ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort, at de fire kumulative betingelser er opfyldt, jf. afsnit 4.4.2 i rådsafgørelsen. Hermed er det styrelsens vurdering, at GVCO og Eurostar ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort, at effektivitetsfordelene ved konsortiet opvejer konkurrencebegrænsningerne ved samarbejdet.

I den supplerende erklæring på side 16 fremhæves følgende:

"Jeg vil til dette påpeke at økonomisk teori viser at effektivitetsgevinster som en hovedregel alltid i et vist omfang blir sendt videre til forbrukerne. Det er korrekt at konkurrenseformen kan påvirke graden av pass on, men uansett konkurrenseform vil effektivitetsgevinster alltid i et visst omfang komme forbrukerne til gode."

Styrelsen bemærker hertil, at de effektivitetsgevinster der gives videre til forbrugerne, som nævnt skal opveje de konkurrenceskadelige effekter ved samarbejdet, jf. pkt. l) — 4) ovenfor. Derudover bemærker styrelsen, at det er parterne, der har bevisbyrden for, at de fire kumulative betingelser er opfyldt.

Det fremgår af rådsafgørelsens pkt. 837, at ingen af parterne har dokumenteret, at det bud de har afgivet i fællesskab gennem Konsortiet er lavere end de bud, de kunne have afgivet hver for sig på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.

Det er ligeledes styrelsens vurdering, at der i de to erklæringer heller ikke er fremlagt dokumentation for, at det bud parterne har afgivet i fællesskab gennem Konsortiet er lavere end de bud parterne ville have afgivet hver for sig på et eller flere af distrikterne i Udbuddet.
Samlet set er det derfor fortsat styrelsens vurdering, at de to virksomheder var konkurrenter, og at der ikke er fremlagt dokumentation for, at eventuelle effektivitetsgevinster opvejede de konkurrencebegrænsende virkninger ved Konsortiet. Hermed er det fortsat styrelsens vurdering, at Dansk Vejmarkerings Konsortium var i strid med konkurrenceloven.

3. Styrelsens specifikke bemærkninger

3.1. Vedr. bidding markets og auktionsteori om common value-auktioner

I den supplerende erklæring fremhæves det:

- at OECD rapporten fra 2006 om bidding markets/auktionsteori støtter, at joint bidding i common value auktioner kan skærpe konkurrencen (pga. mindsket winners curse), og at det omvendt ikke nødvendigvis skærper konkurrencen med flere bydende i common value auktioner.
- at problemet med winner's curse øger fordelene ved konsortier.
- at der i nærværende sag er tale om en såkaldt common value auction. I denne type auktion kan der opstå risiko for winner's curse, jf. side 7 i den supplerende erklæring.

Joint bidding i common value auctions kan generelt have to modsatrettede effekter. For det første mindskes antallet af bydere, hvilket tilskynder mindre aggressive bud og dermed reduceres konkurrencen (konkurrenceeffekten). For det andet mindskes winner's curse ved at byderne deler information om common value, hvilket tilskynder mere aggressive bud (information pooling effekten).

I den supplerende erklæring fremhæves følgende citat fra OECD's Policy Roundtable s. 19 i forhold til effekten på konkurrencen af færre konkurrenter:

"The effects of a merger in "bidding markets" depend on whether the context is "private values " or "common values" In a private values context, a merger among bidders in general leads to less aggressive bidding and lower demand (absent efficiencies), as one would expect from analogy with "ordinary" markets. In a common values context, these reductions in competition might be countered by a reduction in the "winner's curse " effect. Whether this effect is sufficient to outweigh the other effects is an empirical matter."

Det skal indledningsvist bemærkes, at styrelsen i nærværende sag ikke har taget stilling til, hvorvidt der er tale om private value auktion eller common value auktion, da det ikke er afgørende for styrelsens vurdering af nærværende sag, jf. afsnit 2 ovenfor. I den sammenhæng henviser styrelsen endvidere til OECD artiklen, som anfører, at det ofte er svært at sondre mellem, hvorvidt der er tale om private value eller common value.

Af OECD artiklen fremgår det også, at hvis man er i en situation med joint bidding i *private value* auktion, har *joint bidding* generelt en negativ effekt på konkurrencen (som følge af konkurrenceeffekten), da konkurrerende budgivere ikke hver især har information, som vil ændre en given byders forventning til værdien af godet. Dermed eksisterer *winner's curse* ikke, og derfor heller ikke information pooling effekten.

"In general, joint bidding has negative effects on competition in a private values context but can, <u>in theory</u>, have positive effects in a common value context. " [OECD s. 29, styrelsens understregning]

Selv hvis det antages, at der er tale om en *common value auktion*, er det styrelsens vurdering, at den supplerende erklæring ikke inddrager alle de forhold, der nævnes i OECD artiklen, om sammenhængen mellem joint bidding og common value auktioner.

Styrelsen bestrider ikke, at det af aktionsteorien fremgår, at det er muligt, at joint bidding i common value auktioner *kan* have konkurrencefremmende effekter. Men af den litteratur som der henvises til i den supplerende erklæring, fremgår det, at man ikke kan slutte, at joint bidding i common value auktioner *generelt* vil have en konkurrencefremmende effekt — snarere tværtimod. Det kan af OECD artiklen, Klemperer (2005) og den heri refererede litteratur sluttes, at det i common value auktioner kun er under særlige omstændigheder, at joint bidding kan have positiv effekt på konkurrencen, og at den generelle forventning er, at joint bidding vil være skadeligt for konkurrencen.

I den nævnte OECD artikel fremhæves det bl.a. på s. 30:

"Only in specific models is there an analytic answer to whether the winner's curse or the reduction in competition effect is larger. These results rely critically on specific assumptions, and small changes in the assumptions can make it impossible to identify the equilibrium analytically. Klem-

perer cites several simple examples that suggest that net effect of joint bidding is always anticompetitive. (Klemperer 2005, pp. 19-21)" [Styrelsens understregningl

OECD artiklen refererer flere steder til en artikel af Paul Klemperer. Herfra citerer OECD bl.a.:

"In sum, while these issues are still not well understood, the current evidence is that joint bidding is unlikely to be much more benign in common-value auctions than in private-value auctions or in "ordinary" markets. (Klemperer 2005, p. 22)"

I artiklen af Klemperer står der bl.a. følgende to citater:

"It is well understood that the more competitors a bidder faces, the greater is the winner's curse, (ie the worse is the news from winning) and so the more the bidder must adjust his bid to account-for the curse. So if a subset of bidders colludes it faces a lesser curse from winning and therefore, it is argued, it may bid more aggressively and raise bid-taker surplus. So, it is contended, bid-takers gain from bidders' collusion! But although bids are adjusted less for the winners curse, this effect is offset both by the reduced winneHs curse, and by the standard loss-ofcompetition effects; ceteris paribus (absent winners curse effects), bidders with fewer competitors bid less aggressively, and even if they bid equally aggressively, the winning bid among fewer bidders is on average less aggressive. While the details of functional forms are crucial, the simplest examples suggest mergers with common values are as anticompetitive as mergers with private values:" [OECD s. 279-280, styrelsens understregning]

"It is sometimes argued that 'winner's curse' issues reduce competition problems. However, while they may perhaps mitigate the problems of collusion (this is unclear see below), they certainly do not negate them. Indeed, overall, the existence of common values is probably an argument for stronger rather than weaker competition policy." [OECD s. 279]

Styrelsen henviser i øvrigt til s. 29-31 og s. 278-282 i OECD artiklen i sin helhed.

Klemperer fremfører ligeledes, at litteraturen på dette område *"...also seem to have been misinterpreted as suggesting common values mean joint bidding is less damaging than usual:"* [OECD s. 281]

Det følger endvidere i OECD artiklen s. 9 i relation til fusioner:
"Mergers in markets with so-called common value auctions increase competition only in special, implausible circumstances. In a common value auction, bidders do not know the value of what they are bidding for. The basic idea is that, by combining the information different bidders have, this gives them greater confidence in estimating the value and therefore they will bid more aggressively. But competition is increased only in special cases which are not very plausible; in general we would expect such a merger to reduce competition for the usual kinds of reasons." [Styrelsens understregning]

3.2 Effekt på konkurrencen hvis en virksomhed med høje omkostninger vælger ikke at deltage ved et udbud
I den supplerende erklæring fremhæves det, at konkurrencesituationen vil være uændret, hvis en virksomhed med meget høje omkostninger forlader markedet, idet en sådan virksomhed ikke vil være en reel konkurrent til virksomheder med lave omkostninger (side 9 i den supplerende erklæring). Dette bruges som argument for, ud fra en økonomisk betragtning, at to virksomheder ikke nødvendigvis er konkurrenter, bare fordi de kan løse de samme opgaver.

Styrelsen bemærker hertil for det første, at vurderingen af formålsovertrædelser efter konkurrencelovens § 6 udelukkende skal foretages efter kriterierne nævnt i svarskriftets punkt 3.2 og duplikkens punkt 3.1, hvortil der henvises. Vurderingen af, om de to virksomheder i nærværende sag var konkurrenter, skal foretages ud fra en objektiv vurdering af bl.a. markedets karakteristika og virksomhedernes kapacitet, ressourcer og know how, jf. svarskriftet side 5-10 og duplikken side 3-4, og det er ikke relevant, om den ene virksomhed var mere effektiv end den anden virksomhed. Dette henhører ikke under vurderingen efter konkurrencelovens § 6.

Styrelsen bemærker hertil for det andet, at for at det i erklæringen fremførte argument skal holde, skal en virksomhed med meget høj grad af sikkerhed kende sine konkurrenters omkostninger og være helt sikker på, at konkurrenterne ikke kan eller vil tilbyde en lavere pris. Virksomheder på konkurrenceudsatte markeder har netop ikke fuld information om konkurrenternes omkostninger, strategi ved udbud m.v., jf. afsnit 3.3 nedenfor. Virksomhederne kan have en forventning om konkurrenternes omkostninger, men de kender ikke omkostningerne med sikkerhed.

I Baker og Shapiro fremføres, at *"[...] in a bidding market, mergers typically cause price to rise, unless one of the merging firms is <u>generally known</u> to be an ineffective competitor, in the sense that it has no real chance of being the first or second choice of any buyer"* [Styrelsens understregning].

Det vil hermed være op til en konkret vurdering, om en virksomhed kan betragtes som værende *"generally known to be an ineffective competitor"* I relation til nærværende sag bemærker styrelsen, at GVCO og Eurostar var de to største virksomheder inden for vejmarkering i Danmark jf. pkt. 60 i Rådsafgørelsen.

Det er hermed styrelsens vurdering, at det næppe kan forventes, at de to virksomheder er dem med de højeste omkostninger på markedet. Dermed kan det heller ikke argumenteres for, at GVCO og Eurostar var *generally known to be an ineffective competitor*.

3.3 Vedr. udveksling afinformation mellem konkurrenter
I den supplerende erklæring fremhæves det på side 6:

"Det er nytt for meg at konkurrenselovgivningen har tilformål at beskytte usikkerheten om hvordan konkurrenter vil agere"

Styrelsen bemærker hertil, at der ikke er noget nyt i, at konkurrencemyndigheder griber ind over for konkurrenter, der udveksler informationer for dermed at begrænse usikkerheden om konkurrenternes påtænkte adfærd.

Kommissionen og Konkurrencerådet har således udarbejdet flere afgørelser, der bl.a. omhandler udveksling af informationer mellem konkurrenter. For en gennemgang af disse sager henviser styrelsens til side 282 — 299 i 4. udgave af den kommenterede konkurrencelov.

Domstolen har i henholdsvis T-Mobile-sagen og Dole Food Companysagen fastslået, at kommunikation der kan føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarer til de normale markedsbetingelser, og som kan fjerne eller formindske usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd, kan have til formål at begrænse konkurrencen. Domstolen har således udtalt, at:

"Udveksling af oplysninger mellem konkurrenter har et konkurrencebegrænsende formål, når de kan fjerne usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd.

Og:
"[…] Kommissionen med rette kunne konkludere, at kommunikationen forud for prisfastsættelsen, idet den for hver af deltagerne kunne formindske usikkerheden med hensyn til konkurrenternes forventelige adfærd, havde tilformål at føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarede til de normale markedsbetingelser, og således gav anledning til en samordnet praksis, der havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81"

Det vil således være i strid med konkurrencelovens § 6, hvis konkurrerende virksomheder udveksler information, som er egnet til at medføre, at virksomhederne ikke længere tilrettelægger deres egen markedsadfærd uafhængigt af hinanden.

Samlet set er det derfor styrelsens vurdering, at der ikke er noget nyt i, at konkurrencemyndighederne griber ind over for konkurrenter, der udveksler informationer for dermed at begrænse usikkerheden om konkurrenternes påtænkte adfærd.

3.4 Vedr. fuld information
I den supplerende erklæring bemærkes det:

- at eksemplerne medtaget i erklæringen ikke forudsætter fuld information.
- at resultaterne i eksemplerne som regel også holder, hvis der ikke antages fuld information.

Styrelsen bemærker hertil, at eksemplerne i erklæringen viser, hvordan konsortiet skal byde for at vinde Udbuddet, hvilket må forudsætte viden om konkurrenternes bud og strategi. Hvis ikke det antages, at konsortiet kender de andres bud, kan det ikke antages, at konsortiet skal byde som vist i eksemplerne. Man kan ændre værdierne i eksemplerne

> og få et andet resultat for, hvordan parterne skal byde for at vinde. Hvis der er usikkerhed om konkurrenterne strategi og bud, ved konsortiet ikke, hvad de skal byde på de enkelte distrikter for at vinde det samlede udbud.
>
> I nærværende sag har Vejdirektoratet valgt at afholde et udbud, og de bydende virksomheder ved udbuddet bør derfor ikke have nogen viden om konkurrenternes faktiske omkostninger og budstrategi i forbindelse med udbuddet. De kan have en forventning, men de ved ikke præcist, hvordan de skal byde, for at vinde udbuddet."

Der er fremlagt udskrift fra Tenders Electronic Daily (www.ted.europa.eu/TED), hvor der er søgt på bekendtgørelse om indgåede kontrakter i Danmark for perioden 1. januar 2013 til 31. december 2015 indenfor områderne bygge og anlæg, varer og tjenesteydelser. I den pågældende periode blev der indgået i alt 7.045 kontrakter indenfor de tre fagområder.

Indenfor bygge- og anlægsområdet blev der indgået 980 kontrakter, hvoraf 28 kontrakter, ud fra de anførte beskrivelser, vedrørte konsortier, dvs. ca. 2,9 %. Indenfor varekontrakter blev der indgået 2.672 kontrakter, hvoraf 37 af kontrakterne relaterede sig til et konsortium, dvs. 1,4 % af de indgåede kontrakter i perioden. Der blev indgået 3.393 kontrakter vedrørende tjenesteydelser, hvoraf en andel på 118 vedrørte konsortier, dvs. at kontrakter med konsortier udgjorde 3,4 % af kontrakterne i perioden.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af Direktør X, Henrik Ballebye Okholm og Nils-Henrik Mørch von der Fehr.

Direktør X, der er administrerende direktør i Eurostar, har forklaret blandt andet, at han i 1994 blev ansat i asfaltsbranchen, men har arbejdet med vejmarkering siden 2002. Han fik ideen til at stifte Eurostar, da der manglende en serviceminded aktør indenfor vejmarke-

ringsbranchen i Danmark. Han kom i kontakt med Erling Tvete, der ejede Euroskilt i Norge. Det var med hans hjælp, at Eurostar blev stiftet i januar 2014. Han har været administrerende direktør siden selskabets stiftelse.

Da han startede i branchen, var det præget af tilfældighed. Der var 271 kommuner, 14 amter og Vejdirektoratet, der alle administrerede det danske vejnet. I 2007 kom kommunesammenlægningen, hvor amterne blev nedlagt. Det vejnet, der tidligere var administreret af amterne, blev fordelt således, at 20 % af vejnettet efterfølgende administreredes af staten, mens kommunerne administrerede de resterende 80 %.

Der er 98 kommuner og et utal af måder, hvorpå kommunerne udbyder opgaverne. Heller ikke Vejdirektoratet udbyder opgaverne på samme måde hver gang. Ham bekendt har der ikke været to år, hvor opgaverne er udbudt ens.

I begyndelsen havde Eurostar ikke kapacitet til at påtage sig arbejde for Vejdirektoratet. De bød første gang på et projekt for Vejdirektoratet i forbindelse med et udbud om nymarkering vedrørende enkeltstående strækninger.

På et tidspunkt forsøgte Vejdirektoratet at samle udbuddene, således at man udbød både ny- og genmarkering i et distrikt. Vejdirektoratet var efterfølgende i kontakt med konsulentfirmaet McKinsey og på baggrund af deres rapport, blev opgaverne samlet i store puljer, hvilket kulminerede i matrix-udbuddet i 2012.

Matrix-udbuddet var uoverskueligt, idet de stod med et stort kompendium med udbudstekst, nye krav til egnethed og størrelse, ligesom det blev muligt at byde på den samlede opgave med rabat.

Det var hans opfattelse, at formålet med matrix-udbuddet var, at Vejdirektoratet skulle modtage samlede bud. Udbudsmaterialet var for stort og komplekst til, at det kunne deles op, hvorfor konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave.

Han forventede, at udenlandske aktører ville byde på opgaverne, da Vejdirektoratet havde afholdt møder i bl.a. Stockholm og Oslo, hvor de havde præsenteret indholdet af udbuddet. Han havde kendskab til norske og svenske aktører, som han frygtede ville afgive bud. Han forventede derudover, at Guide-Lines ville komme med et bud. Han forventede, at buddene ville angå den samlede opgave.

Eurostar overvejede på intet tidspunkt at afgive bud alene. De opfyldte ikke kravene til egenkapitalen, og selskabet havde derudover ikke kapacitet til at håndtere det pågældende udbud. På dette tidspunkt havde Eurostar kun kapacitet til to distrikter.

Der udfærdiges løbende kapacitetsberegninger i selskabet. Der er en klar forventning til, hvad et hold kan præstere over en sæson. Der er tale om gennemsnitstal, idet der er dage, hvor man intet kan udføre, f.eks. grundet vejrmæssige forhold, og dage, hvor der udføres mere arbejde end beregnet. De løbende kapacitetsberegninger giver en fornemmelse af, hvor meget arbejde selskabet kan påtage sig.

Han valgte at indgå i dialog med LKF om at byde på den samlede opgave, da de umiddelbart var den eneste realistiske aktør, der kunne håndtere et udbud af den pågældende størrelse. Der var andre virksomheder i branchen, men det var ikke realistisk at gå i dialog med dem. Guide-Lines havde et ry og rygte, som han ikke ønskede Eurostar associeret med. Lemminkäinen var dengang alene aktiv i områderne Syd- og Sønderjylland og var en del af en større asfaltkoncern. De havde alene et lille vejmarkeringskontor. Dan-markering havde et stort fagligt niveau, men påtog sig ikke projekter for Vejdirektoratet.

Han rettede henvendelse til moderselskabet, inden han tog kontakt til LKF. Han er underlagt kontraktskomitéen i Norge, men de gav opbakning til, at man bød på den samlede opgave i et konsortium. Han rettede herefter henvendelse til LKF. De havde ikke tidligere afgivet bud sammen.

Han søgte juridisk bistand, forinden de afgav tilbud som konsortium. Han hæftede sig ved, at advokaten anførte, at de gerne måtte indgå i et konsortium. Uden et konsortium ville Eurostar ikke kunne byde, idet de ikke opfyldte kravene til egenkapital. Der blev i vurderingen udtrykt tvivl om LKF's kapacitet. Han sikrede sig, at LKF havde foretaget de nødvendige kapacitetsberegninger, hvilket selskabet havde.

Guide-Lines vandt det samlede udbud i 2012. En udenlandsk aktør bød ligeledes på den samlede opgave. Selskabet Arkil kombinerede tilbud på et distrikt med vejdrift og autoværn, mens Lemminkäinen kombinerede deres bud på distrikterne med asfaltreparation. Der var enkelte virksomheder, der alene afgav delbud, men det ændrede ikke hans vurdering af, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave.

I 2014 kom udbuddet om genmarkering. Arbejdsopgaverne i det andet udbud var mere komplekse end i matrix-udbuddet af 2012. Ideen med at samle udbuddene var, at de kunne få samlede bud med rabat, og at Vejdirektoratet kunne få større aktører at samarbejde med. Det rygtedes i branchen, at Vejdirektoratet ikke ønskede Guide-Lines som samarbejdspartner. Han forventede, at der ville være konkurrence fra udenlandske aktører, der ville byde på den samlede opgave.

Han blev efterfølgende bekendt med, at der ikke var modtaget bud fra nogen udenlandske aktører. Guide-Lines vandt den samlede opgave i 2014. Det var urealistiske lave priser, som

Guide-Lines anførte. Eurostar ville ikke kunne byde i nærheden af den pris, såfremt de havde budt på en delaftale.

Konkurrencestyrelsen har anført, at LKF var den største aktør på markedet, Eurostar den andenstørste aktør og Guide-Lines den tredjestørste. Det er ikke korrekt. Guide-Lines var den største aktør på markedet efter at have vundet Vejdirektoratets udbud i 2014.

I genudbuddet af nymarkeringsudbuddet bød konsortiet for tredje gang på den samlede opgave. Det var 70 % af det oprindelige udbud, der blev udbudt på ny. Det angik tre distrikter, men der var stor forskel på distrikterne. Eurostar havde ikke kapacitet til at påtage sig vejmarkering i alle tre distrikter. Han overvejede på intet tidspunkt, at Eurostar skulle afgive delbud. På baggrund af erfaringerne fra de to tidligere udbud, hvor det var et bud på den samlede opgave med rabat, der vandt, var det formålsløst at afgive delbud. Han forventede, at udenlandske aktør ville byde på udbuddet, idet det var en god mulighed for at komme ind på det danske marked. Han kan ikke forklare, hvorfor ingen udenlandske aktører bød på opgaverne. Han forventede derudover, at Guide-Lines ville byde på den samlede opgaver, selvom de lige havde mistet de tre distrikter grundet misligholdelse af kontrakten med Vejdirektoratet.

Der var intet loft på samlerabatten ved det tredje udbud. Ved de to tidligere udbud var loftet 20 %. Det øgede incitamentet til at afgive et samlet bud med rabat. Den pris, der blev afgivet i konsortiet, var den lavest mulige pris. Såfremt Eurostar kunne og skulle byde alene, ville det have medført en højere pris.

Han søgte juridisk rådgivning, forinden konsortiet afgav bud for tredje gang. Han var overbevist om, at de kunne indgå i konsortiet, men han rådspurgte en advokat for en sikkerheds skyld. Han rettede henvendelse til Horten Advokatpartnerselskab, der udfærdigede en er-

klæring. Det fremgik af erklæringen, at såfremt kapacitetsbetragtningerne angav, at det ikke var muligt at byde alene, var det tilladt at byde som konsortium. De drøftede på intet tidspunkt muligheden for at byde på delaftaler, da konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave.

Han udfærdigede på advokatens opfordring en kapacitetsberegning. Kapacitetsberegningen er efterfølgende blevet tilsidesat af Konkurrencerådet, idet han havde medregnet forventede ordrer fra kernekunder. Det er han uforstående overfor, idet han kan ikke se bort fra kernekunderne. Hans forretning kan ikke balancere, hvis han mister kernekunderne. Det viste sig ved årets udgang, at der alene var 1 % forskel mellem den kapacitetsberegning, han udfærdigede, og de faktisk aflæste tal.

Konkurrencerådet lagde vægt på, at selvom man ikke havde den nødvendige kapacitet, var det muligt at fremskaffe denne i form af øget mandskab og flere maskiner. Det stemmer ikke overens med virkeligheden. Branchen er ufaglært, hvorfor virksomhederne selv oplærer mandskabet. Det er derfor ikke muligt "bare" at skaffe en maskinformand. Det tager 3-4 år at uddanne en maskinformand. Det samme gør sig gældende for tilegnelse af nye maskiner. Det er heller ikke noget man "bare" gør. Han skal indledningsvis i kontakt med moderselskabet og anmode om midlerne til at investere i nye maskiner. Herefter rettes henvendelse til en maskinleverandør, hvorefter man nærmere specificerer den type af maskine, der ønskes. Herefter designer leverandøren maskinen. Processen tager flere måneder. Når maskinen er færdigdesignet, forhandles der pris, hvorefter ordren afgives. Såfremt man er heldig, går der 7-8 uger fra afgivelse af ordren, til man modtager en maskine, men i gennemsnit tager det 16 uger. Det er derfor urealistisk, når Konkurrencerådet anførte, at de kunne have skaffet den nødvendige kapacitet.

Eurostars kernekunder er af meget forskellig karakter. Det drejer sig om alt fra små private kunder, hvor ordren ikke kommer i udbud, til faste asfaltkunder med hvem de har rammeaftaler, til kommuner, som ringer og bestiller sporadisk. Det er latente kunder, som virksomheden skal have kapacitet til at betjene.

Konkurrencestyrelsens regnestykker var ikke retvisende. Der var en del basale, faste omkostninger, som ikke var medtaget i Konkurrencestyrelsens beregninger.

Han forklarede dette til Konkurrencestyrelsen, men de var ikke lydhør overfor argumenterne. Han tilbød Konkurrencestyrelsen, at de kunne besøge virksomheden og se regnskaberne, men det reagerede styrelsen ikke på.

Hvis Horten advokatpartnerselskab havde givet udtryk for, at Eurostar og LKF ikke kunne byde sammen i et konsortium, ville det have medført, at Eurostar ikke afgav et bud. De ville ikke have budt på en delaftale, da man ikke havde en chance for at vinde. Konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave. Hvis han teoretisk skulle afgive et bud, ville det være på distrikt Sjælland. De er fysisk placeret i Køge og kender området. Distrikt Hovedstaden er specielt, idet spærretiderne medfører, at der kun arbejdes i korte tidsrum. Arbejdet udføres primært om natten. Han ville ikke have kompetence til både Sjælland og Hovedstaden, hvorfor han ville have valgt Sjælland. Området Syddanmark er geografisk større, end hvad Eurostar kapacitetsmæssigt kan håndtere, og derudover har de ingen maskinhold i området, hvilket medfører store transportomkostninger.

Det havde stor betydning for prisfastsættelsen i konsortiet, at de kunne trække på hinandens ressourcer. Det mindskede risici ved opgaven.

Fordelingsaftalens udformning er resultatet af forhandlinger mellem Eurostar og GVCO. Bestemmelsen om kompensation på 3 % er baseret på en risikoberegning. Kompensationsbestemmelsen er alene relevant for scenarie tre, hvor der kun vindes et distrikt, hvilket skyldtes, at det er det eneste tilfælde, hvor en virksomhed ikke ville blive tildelt et distrikt.

Fordelingsaftalen og konsortieaftalen blev underskrevet, forinden han modtog udtalelsen fra advokaten. Der havde forinden været mundtlige drøftelser med advokaten, og han foretog sig alene det, han var blevet vejledt om. Eurostar og LKF underskrev aftalen den 11. marts 2014, men buddet blev først afgivet den 21. marts 2014, hvilket var efter at advokaten havde udarbejdet den skriftlige erklæring om konsortiet.

Der gik 1 ½ år fra de vandt udbuddet, til de blev påbudt at ophæve kontrakten. De trak ikke på hinandens ressourcer i den periode. Det har dog ingen betydning for det tilbud, de afgav til Vejdirektoratet, idet beregningerne blev foretaget på det tidspunkt, hvor buddet skulle afgives, ud fra de forventninger virksomheden havde til fremtiden.

Han kunne ikke have handlet anderles. Han har søgt juridisk bistand to gange og trods det, så er det endt i en retssag. Forløbet har haft store konsekvenser for både Eurostar og ham selv personligt.

Henrik Ballebye Okholm, der er partner i Copenhagen Economics, har afgivet forklaring om indholdet af rapporten af 23. oktober 2015.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr, der er professor i økonomi med speciale i markeds- og konkurrenceanalyse fra Oslo Universitet, har forklaret blandt andet, at der for tilbudsgivere kan være flere typer af gevinster ved at indgå i et konsortiesamarbejde. Det er bl.a. lavere omkostninger, muligheden for at gøre brug af hinandens ressourcer, stordrift og/eller sam-

driftsfordele, samt muligheden for at afgive bud på projekter, som virksomheden ikke kan byde på alene.

Han har ikke foretaget en vurdering af, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, men ud fra det for ham oplyste kunne parterne ikke byde på alle tre distrikter hver for sig, men ved at samarbejde kunne de afgive et samlet bud. Det er en fordel for myndighederne – og i sidste ende forbrugeren – at der kommer bud på alle tre distrikter. Den fordel konsortiesamarbejdet medførte for de to virksomheder, afspejler sig i buddet, idet de kunne afgive et bedre og billigere bud, end hvis de skulle have budt på et enkelt distrikt. Dette kommer Vejdirektoratet til gode.

Det anføres ofte, at færre bud resulterer i mindre konkurrence, men det er ikke altid tilfældet. Det er nødvendigt at analysere den konkrete situation, før end det vurderes, om der er sket en svækkelse af konkurrencen. Det afhænger af den konkrete konkurrence og det pågældende marked. Det vil skade konkurrencen, hvis en effektiv konkurrent afstår fra bud grundet et konsortiesamarbejde, men hvis det er en mindre, svag konkurrent, resulterer det ikke i en svækkelse af konkurrencen.

I den konkrete sag ville parterne enten have undladt at byde eller budt på færre distrikter, hvis de ikke havde indgået i konsortiesamarbejdet. Dette udbud, denne auktion, var konstrueret på en sådan måde, at der var åbenbare fordele ved at afgive et samlet bud, idet man ved et samlet bud kunne tilbyde en rabat.

Hvis auktionen var udarbejdet således, at det kun var den samlede opgave, man kunne byde på, er det åbenbart, at de eneste, der kunne deltage i konkurrencen, var de virksomheder, som selv eller sammen med andre havde den tilstrækkelig kapacitet hertil. Hvis der modsat skulle bydes på alle tre distrikter hver for sig, så kunne alle dem, der havde kapacitet til at

byde på blot et distrikt, deltage i konkurrencen. I det konkrete tilfælde falder konkurrencen et sted midt imellem. Man kunne byde enkeltvis på distrikter eller afgive et samlet bud med en rabat. Det var derfor en fordel at byde reaktivt højt på det enkelte distrikt, men med en stor samlerabat, hvilket gjorde buddet på den samlede opgave meget effektivt.

I de tidligere analyser om auktioner, blev der taget udgangspunkt i, at værdien af det man bød på kun afhang af karakteristika ved objektet selv. Det omtales private value. F.eks. et maleri, hvor værdien af objektet afhænger af smag og behag. Det er derfor parternes subjektive værdi ved maleriet, der er afgørende for prisen. Den type auktion er i økonomisk sammenhæng relativ simpel at analysere. Jo flere, der deltager i auktionen, jo stærkere er konkurrencen, og jo højere er prisen. Men i mange tilfælde er det en dårlig beskrivelse af en auktion. Hvis maleriet i stedet ses som en investering, fordi man spekulerer i værdistigning, byder man på et objekt med samme værdi, men afgørende er ikke hvad man synes om maleriet, men markedsværdien heraf, dvs. hvad andre synes. Her er det interessant for budgiver at vide, hvad de andre har af kendskab til objektets markedsværdi. Buddene er helt afhængig af markedet. Det er en common value-auktion. Det typiske er, at auktioner er en blanding af common- og private value.

I en common value situation er vinderen den, der har den mest optimistiske vurdering af, hvad maleriet er værd. Køber risikerer herefter at erfare, at andre budgivere vurderede, at maleriet havde en betydelig mindre værdi. En rationel køber vil derfor tage hensyn til dette, når der afgives bud på en given genstand. Kendskab får derfor stor betydning. Jo mindre man ved, des større er faren for at byde for højt. Når man er i besiddelse af objekter af den pågældende type, udformes auktionen ofte således, at informationen kommer frem under selve auktionen. Det ses i engelske auktioner, hvor auktionarius præsenterer genstanden og folk rækker hånden i vejret for at byde. Dermed kan budgiverne se interessen i objektet og dermed få en bedre ide om objektets markedsværdi og byde mere aggressivt og mere sik-

kert. Det illustrerer, at det at få informationen frem har stor værdi, når man har auktioner med elementer af common value.

I Vejdirektoratets udbud er der elementer af både common- og private value. Private value er det, der er specifikt for den enkelte aktør, f.eks. hvor effektiv den pågældende er. Common value elementer, f.eks. hvor meget man skal arbejde, hvilke forhold man skal arbejde under osv., er ikke kontrolleret af en enkelte aktør. Det er de elementer, der samlet giver kontraktens værdi.

Konkurrencerådet har henvist til, at GVCO og Eurostar har samarbejdet om markedsdeling og pris. Opdeling af et marked forekommer, hvor konkurrenter bliver enige om, at de ikke skal konkurrere i hinandens respektive områder. Det er typisk den situation, hvor to eller flere aktører kunne konkurrere i samme geografiske område, men bliver enige om ikke at konkurrere direkte med hinanden, f.eks. ved at opdele området mellem sig. Dette er ikke tilfældet her, hvor parterne ikke havde kapacitet til at byde på den samlede opgave hver for sig. De to virksomheder valgte at slå kapaciteten sammen, således at de kunne afgive et bud på alle tre distrikter.

Prissamarbejde forekommer hvor man aftaler, at et objekt har en bestemt pris. Det sker med henblik på at presse prisen op. Heller ikke dette er tilfældet her. Parterne er enige om, hvad man skal byde på de respektive distrikter og det samlede bud, men formålet er ikke det, som man generelt ser ved prissamarbejde, idet det var med henblik på at afgive det bedste bud, dvs. tilbyde den laveste pris.

Parterne havde nogle åbenbare fordele ved at samarbejde, idet det muliggjorde, at de kunne afgive et samlet bud med rabat på alle tre distrikter. Grundet udformningen af udbuddet var

der tydelige gevinster ved denne fremgangsmåde. Det er en skærpelse af konkurrence, ikke en svækkelse.

I den sagkyndige erklæring er der flere tabeller med eksempler. De repræsenterer ikke en dyb analyse af problemstillingen, men illustrerer pointer, der er mere generelle på markedet. Eksemplerne er struktureret således, at de ligner det aktuelle marked.

I tabel 1 og 2 er der tre distrikter 1, 2 og 3. Der er fem, der byder på opgaverne, nemlig A, B, C, E og L. De første to tabeller har til formål at illustrere fordelene ved at byde sammen.

I tabel 1 byder A 95 på distrikt 1, B byder 95 på distrikt 2, og C byder 115 på distrikt 3. E byder 125 på distrikt 1, mens L byder 125 på henholdsvis distrikt 2 og 3. I dette scenarie vil A, B og C hver vinde et distrikt. I tabel 2 vælger E og L at byde sammen, således at de byder 125 på de enkelte distrikter og herefter afgiver et samlet bud med 20 % rabat, dvs. 300 for alle tre distrikter. I det nye eksempel vil udbuddet tildeles E og L, idet prisen på det samlede bud er mindre end summen af A, B og C's bud på de enkelte distrikter. Det er derfor en fordel for E og L at byde på den samlede opgave i fællesskab.

I tabel 3 byder A igen 95 på distrikt 1, B byder 95 på distrikt 2 og C byder 115 på distrikt 3. I dette scenarie byder E 100 på distrikt 1, mens L byder 100 på henholdsvis distrikt 2 og 3. Det resulterer i, at A vinder distrikt 1, B distrikt 2 og L vinder distrikt 3. Såfremt E og L vælger at byder sammen som et konsortium uden rabat, dvs. således at de byder 100 på alle tre distrikter, så er resultatet det samme, dvs. at de alene vinder distrikt 3.

Eksemplerne illustrerer det helt generelle, at i det pågældende udbud øgede det virksomhedernes chance for at vinde, såfremt de benyttede rabatmuligheden. Det er naturligvis ikke sikkert at de ville vinde, men det øgede chancen herfor.

I tillæg hertil havde der været forudgående udbud af den pågældende type, hvor netop den aktør, der havde afgivet et samlet bud havde vundet projektet. Det indikerede, at et samlet bud var den mest effektive måde at konkurrere på.

Ved at afgive høje bud på de enkelte distrikter og derefter afgive et samlet bud med en høj rabat, undgik aktørerne ligeledes at konkurrere med sig selv. Der var ikke i den pågældende sag noget loft på rabatten. Der havde tidligere været et loft på 20 %. Pointen er, at ved at anvende rabatmuligheden, styrkede aktørerne deres konkurrencesituation.

De beskrevne mekanismer er gældende, uanset om et konsortium medfører effektivitetsgevinster eller ej. Er der i tillæg hertil effektivitetsgevinster, kan det give anledning til en større rabat, men det har ingen betydning for eksistensens af tidligere nævnte mekanismer. De fremkommer på baggrund af udbuddets udformning.

Det kan for Vejdirektoratet være en fordel, hvis en aktør vinder udbuddet. Årsagen er, at det er nemmere at forholde sig til aktør end til flere. Det har administrative fordele. Derudover indebærer et konsortium en større sikkerhed for Vejdirektoratet for, at arbejde blev udført til tiden, da de har kendskab til, at parterne kan trække på hinandens ressourcer.

For konsortieparterne giver samarbejdet den fordel, at man i tillæg til egne ressourcer kan trække på samarbejdspartnerens. I de situationer, hvor der opstår problemer som maskinnedbrud, sygdom hos personalet eller andre opgaver optager kapaciteten, er det en fordel at have adgang til yderligere ressourcer. Det øger chancen for at færdiggøre projektet til rette tid og dermed skal man ikke betale medarbejdere for overtid, eller alternativt betale bøder, for at arbejdet afleveres for sent. Det er en potentiel gevinst for parterne. Det er ikke sikkert, at man får brug for de yderligere ressourcer, men der ligger en sikkerhed i at vide, at man

har muligheden, såfremt der opstår uforudsete hændelser. Det kan sammenlignes med en forsikring. Det udgør en effektivitetsgevinst for parterne uanset om den materialiserer sig eller ej.

Aktørerne kalkulerer en pris og afgiver herefter et bud på den pågældende opgave. Det er en ex ante vurdering og ikke en ex post vurdering, som parterne foretager. Det betyder, at parterne afgiver buddet ud fra den aktuelle situation og forventningerne til fremtiden.

Det er af Konkurrencerådet angivet, at usikkerhed er godt for konkurrencen. Det er der ikke nogen økonomisk baggrund for at konkludere. Det modsatte kan også gøre sig gældende. Usikkerhed er ikke generelt godt for konkurrencen. Et eksempel herpå er en auktion med common value elementer, idet mindre usikkerhed i den situation netop sikrer en stærkere konkurrence.

Parternes synspunkter

For sagsøger, Eurostar Danmark A/S, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 8. maj 2018, hvoraf fremgår bl.a.:

"[…]

> **3 ANBRINGENDER**
>
> Til støtte for den nedlagte påstand gøres det overordnet gældende, at Konkurrenceankenævnets kendelse er behæftet med fejl og bør ophæves, subsidiært at sagen bør hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet, idet:
>
> - Konkurrenceankenævnet fejlagtigt lægger til grund, at Eurostar og GVCO må anses for aktuelle konkurrenter i relation til Udbud III, allerede fordi Eurostar og GVCO kunne byde på enkelte delaftaler, og at det derfor ikke er nødvendigt at foretage en vurdering af, om parterne aktuelt eller potentiel havde kapacitet til hver især at byde samlet på alle tre distrikter,
> - Konkurrenceankenævnet dels har anvendt en forkert juridisk test i sin vurdering af, om konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, og dels har forsømt at foretage

en reel prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen,

- Konkurrenceankenævnet dels fejlagtigt lægger til grund, at Eurostar og GVCO ikke har fremlagt dokumentation, der sandsynliggør, at de 4 kumulative betingelser for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt, og dels har forsømt at foretage en reel prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse vedrørende dette spørgsmål.

3.1 Overordnede bemærkninger vedrørende Sø- og Handelsrettens kompetence

Konkurrencerådet anfører, at Konkurrenceankenævnets vurderinger er baseret på en række skønsmæssige vurderinger, der ligger inden for et område, hvor konkurrencemyndighederne på grund af deres særlige sammensætning og indsigt i komplicerede økonomiske og konkurrenceretlige forhold må have et vidt skøn, og at der skal foreligge et sikkert grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets skønsmæssige vurderinger, jf. U.2014.2663H, *Konkurrencerådet mod Nykredit A/S* […].

Det gøres gældende, at Konkurrenceankenævnets vurderinger og afgørelser er underlagt fuld domstolsprøvelse. Dette gælder også i forhold til det skøn, som konkurrencemyndighederne har udøvet. Højesteret foretog også i den refererede U.2014.2663H en prøvelse af konkurrencemyndighedernes skøn, men fandt i modsætning til Sø- og Handelsretten, at der i den konkrete sag ikke forelå det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skøn.

I Sø- og Handelsrettens sag U-4-11, *Hellers Yachtværft ApS mod Konkurrencerådet* […], der vedrørte et spørgsmål om, hvorvidt Tårnby Kommune havde ydet ulovlig støtte til Hellers Yachtværft ved at have udlejet en ejendom til en lavere leje end markedslejen, gjorde Konkurrencerådet gældende, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skønsmæssige vurdering af størrelsen af den ulovlige støtte, som Hellers Yachtværft var blevet pålagt at tilbagebetale, idet konkurrencemyndighederne ifølge Konkurrencerådet ved komplicerede økonomiske vurderinger såsom fastsættelse af markedsleje, er overladt et betydeligt skøn, der ikke kan tilsidesættes af domstolene, når de skønsmæssige vurderinger er baseret på saglige og objektive overvejelser om, hvad der giver et retvisende resultat.

Selvom Sø- og Handelsretten i sin afgørelse ikke adresserede dette spørgsmål direkte, udtalte retten dog […], at rådets afgørelse baserede sig på en vurderingsrapport, der efter rettens vurdering ikke var tilstrækkeligt funderet. Retten fandt endvidere på baggrund af dels en skønserklæring indhentet i forbindelse med sagens behandling ved retten, de afgivne forklaringer og rettens egen vurdering af samtlige faktorer af betydning for lejefastsættelsen, at den aftalte leje lå indenfor den økonomiske ramme, som en fornuftig privat udlejer ville indgå på daværende tidspunkt, hvorfor Hellers Yachtværft ikke havde modtaget ulovlig støtte. Retten foretog således i denne sag en fuld prøvelse af konkurrencemyndighedernes afgørelse, herunder af det udøvede skøn i relation til fastsættelsen af markedslejen.

I Sø- og Handelsrettens sag U-1-01, *DONG Energy A/S mod Konkurrencerådet* […], der vedrørte et spørgsmål om, hvorvidt DONG Energy i en nærmere angivet periode havde misbrugt sin dominerende stilling på det vestdanske marked for engrossalg af fysisk el, adresserede Sø- og Handelsretten dog direkte spørgsmålet om, i hvilket omfang retten kan prøve konkurrencemyndighedernes afgørelser.

Af dommen fremgår således, at retten kan *"… foretage en fuldstændig efterprøvelse af Konkurrence-ankenævnets og Konkurrencerådets retsanvendelse, idet der ikke kan gives Konkurrencerådet medhold i, at konkurrencemyndighederne skulle være i besiddelse af en særlig konkurrenceretlig ekspertise, som afskærer domstolene fra en fuldstændig prøvelse af myndighedernes retsanvendelse. Retten kan endvidere foretage en fuldstændig prøvelse af sagens faktiske omstændigheder, hvorved bemærkes at spørgsmålet om konkurrencemyndighedernes konkrete anvendelse af økonomisk teori i overensstemmelse med Højesterets kendelse i denne sag om syn og skøn (kendelse af 13. oktober 2011 i sag 13/2011) må henregnes til sådanne faktiske omstændigheder, Sø- og Handelsretten kan prøve fuldt ud."*

Det gøres på den baggrund gældende, at Konkurrenceankenævnets afgørelse er underlagt fuld domstolsprøvelse, herunder det af rådet og ankenævnet udøvede skøn. Det gøres endvidere gældende, at såvel rådets som ankenævnets afgørelse er udtryk for en forkert anvendelse af konkurrenceretten, jf. pkt. 3.2-3.4 nedenfor, og at der derfor er det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndigheders skøn og den trufne afgørelse.

3.2 Var Eurostar og GVCO konkurrenter?

Et centralt spørgsmål i nærværende sag er som anført, om konkurrencen som følge af rabatstrukturen i Udbud III og erfaringerne fra Udbud I og II reelt udspillede sig om den samlede udbudte opgave med det resultat, at Konkurrenceankenævnets kendelse allerede af den grund bør ophæves, subsidiært at sagen bør hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrenceankenævnet lægger til grund, at allerede fordi Eurostar og GVCO kunne byde på delaftaler, var de aktuelle konkurrenter, hvorfor samarbejdet ikke var objektivt nødvendigt. Det forhold, at en virksomheds chance for at vinde eventuelt er større, hvis den byder på alle 3 distrikter, end hvis den kun byder på ét distrikt, er ifølge ankenævnets afgørelse – ligesom pris generelt – en del af de almindelige konkurrenceretlige parametre og ændrer ikke på, at det var muligt at afgive bud på kun ét distrikt.

Erfaringerne fra tidligere udbud ændrer heller ikke ifølge ankenævnet på dette forhold. Henset til fordelingen af opgaverne mellem Eurostar og GVCO (Fordelingsaftalen) finder ankenævnet det godtgjort, at Eurostar og GVCO hver især var i stand til at byde på enkelte distrikter og dermed var konkurrenter.

Eurostar gør gældende, at rabatstrukturen i udbud III, der favoriserede bud på den samlede opgave, sammenholdt med erfaringerne fra Udbud I og II indebar, at konkurrencen de facto udspillede sig om den samlede opgave, hvorfor Eurostar og GVCO hverken var aktuelle eller potentielle konkurrenter i relation til udbuddet, og at det derfor er uden betydning, at Eurostar og GVCO hver især kunne have budt på delaftaler.

3.2.1 Betydningen af samlerabatten og erfaringer fra Udbud I og II

Spørgsmålet om, hvorvidt Eurostar og GVCO var konkurrenter i forhold til Udbud III er ikke blot et spørgsmål om, hvorvidt udbudsmaterialet gav mulighed for at byde på delaftaler, og om Eurostar og GVCO i så fald havde kapacitet til hver især at byde på enkelte delaftaler. En sådan tilgang er for unuanceret og forenklet. Man er således nødt til at kigge mere nuanceret på spørgsmålet og inddrage de øvrige relevante omstændigheder, som gjorde sig gældende på tidspunktet for afgivelsen af tilbud på den udbudte opgave, herunder i særdeleshed rabatstrukturen og de tidligere erfaringer.

Rabatstrukturen indebærer, at prisen på det enkelte distrikt skal være meget lav for at kunne konkurrere med et bud på samtlige distrikter med en samlerabat. Dette understøttes af det faktum, at selv hvis Eurostar havde budt ind på distrikt Sjælland, som var det eneste distrikt, Eurostar realistisk set havde budt på, hvis Eurostar overhovedet ville have budt alene, jf. bl.a. pkt. 625-628 i rådets afgørelse […], ville Eurostar end ikke med en rabat på 20% svarende til den tilbudte samlerabat (målt i forhold til Konsortiets bud på distrikt Sjælland uden rabat) have vundet dette distrikt. For at vinde over Guide-Lines havde det krævet en rabat på mere end 35%, hvilket understreger betydningen af muligheden for at byde på den samlede opgave med rabat.

Erfaringerne fra Udbud I og II, hvor samtlige kontrakter blev tildelt Guide-Lines, der begge gange bød på den samlede opgave med en samlerabat, understøtter endvidere Konsortiets berettigede forventning om, at konkurrencen reelt udspillede sig om den samlede opgave, og at de derfor var nødt til at byde sammen på den samlede opgave med en samlerabat, hvis de overhovedet skulle have en chance for at vinde. At Guide-Lines, som Konkurrencerådet har fremhævet, også ville have vundet Udbud I og II uden en samlerabat ændrer ikke på, at det var Guide-Lines tilbud på den samlede opgave med samlerabat, de øvrige tilbudsgivere konkurrerede mod i begge de foregående udbud.

Samlerabatten og erfaringerne fra de foregående udbud har således haft stor indflydelse på, hvor den reelle konkurrence udspillede sig. Parterne havde ingen anledning til at forvente, at konkurrencen ikke også ville udspille sig om den samlede opgave i udbud III. Vejdirektoratet fjernede tilmed i Udbud III den begrænsning, der i de to foregående udbud havde været på størrelsen af den samlerabat, der kunne tilbydes ved tildeling af den samlede opgave, idet der i Udbud III ikke var nogen begrænsning på rabattens størrelse. Udbud III favoriserede således i endnu højere grad end Udbud I og II bud på den samlede opgave.

Parterne kunne ikke med rimelighed forudse, at ingen øvrige tilbudsgivere udover Konsortiet - i modsætning til de to foregående udbud - ville byde på den samlede opgave. Parterne havde således al mulig grund til at forvente, at i hvert fald Guide-Lines ville byde på den samlede opgave med en samlerabat som i de foregående to udbud.

Det forhold, at Guide-Lines mod forventning og i modsætning til de to tidligere udbud valgte ikke at byde på den samlede opgave, betyder ikke, at parternes forventning om, hvor konkurrencen reelt udspillede sig, var forkert. Det er blot med til at understrege, at antagelsen var rigtig, og det illustrerer dermed problematikken omkring irrelevansen af delbud, når rabatstrukturen favoriserer bud på den samlede opgave. Til trods for, at både Lemminkäinen og Guide-Lines gav delbud på distrikt Syddanmark og distrikt Sjælland, der var lavere end Konsortiets enkeltstående bud på disse distrikter, var det samlet set Konsortiets bud på den samlede opgave med samlerabat, der vandt.

Vejdirektoratet var formentlig også selv af den opfattelse, at den reelle konkurrence udspillede sig om den samlede opgave, idet Vejdirektoratet i forbindelse med gennemførelsen af Udbud II mundtligt overfor Eurostar opfordrede Eurostar og GVCO til at byde sammen igen som på Udbud I for at kunne konkurrere med Guide-Lines. Vejdirektoratet var tilsyneladende nervøs over udsigten til, at Guide-Lines – trods de misligholdte kontrakter på Udbud I – ville byde på den samlede opgave med en samlerabat, hvilket Guide-Lines gjorde med det resultat, at Guide-Lines vandt den samlede opgave.

At en virksomhed som anført af Konkurrencerådet kunne vælge at byde så lavt på en delaftale, at den ville vinde ét af de tre distrikter, er således mere en teoretisk mulighed end en kommerciel realistisk mulighed, idet der for langt de fleste virksomheder er en grænse for, hvor meget virksomheden er villig til at tabe på en kontrakt for at vinde den. Rabateffekten bevirker, at virksomheder, der alene byder på enkelte distrikter, skal tilbyde en uforholdsmæssig stor rabat for at have en chance for at vinde. Rabatstrukturen er således helt afgørende for spørgsmålet om, hvor den reelle konkurrence udspillede sig.

Konkurrencerådets udgangspunkt om, at alle virksomheder, der havde kapacitet eller kunne opnå kapacitet til at byde på blot ét distrikt, var konkurrenter, er derfor for unuanceret og løsrevet fra dels den kommercielle virkelighed og dels den økonomiske teori, jf. pkt. 3.2.2 og pkt. 3.2.3 nedenfor. Såvel rådet som ankenævnet ignorerer den strategiske og økonomiske baggrund for at give samlerabat, nemlig at sikre at man vinder hele opgaven, fordi delbud skal overvinde samlerabatten og dermed er irrelevante.

At konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave understøttes at den juridiske vurdering, som Eurostar indhentede forud for afgivelse af det fælles bud […], som bekræftede parterne i, at konkurrencen – trods muligheden for at byde på delaftaler – stod om den samlede opgave. Vurderingen indeholdte således ingen forbehold i relation til muligheden for at afgive delbud, og det må således også for den eksterne advokat have fremstået klart, at rabatstrukturen favoriserede bud på den samlede opgave med samlerabat i en sådan grad, at det var her, konkurrencen reelt udspillede sig, hvilket jo også viste sig at være tilfældet.

3.2.2 Copenhagen Economics rapport af 23. oktober 2015

At konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave og ikke delopgaverne understøttes af Copenhagen Economics rapport af 23. oktober 2015, jf. bilag 12 […].

Copenhagen Economics konkluderer således følgende i sin rapport […]:

> *"At afgive et delbud er som at lægge et puslespil og håbe på, at andre kommer med den sidste brik.*
>
> *Den afgørende konkurrence på Vejdirektoratets udbud af Genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 stod om det samlede projekt frem for om hver af de tre enkeltdistrikter, som udbuddet bestod af. Det var en konsekvens af Vejdirektoratets opbygning af tilbudsprocessen, som favoriserede samlede bud, og det var afspejlet i konsortiets tilbudsstrategi, der var lagt an på at vinde med et konkurrencedygtigt samlet bud. Det var også i overensstemmelse med den historiske udvikling med stadigt stigende fokus på større projekter og færre leverandører. Tilsammen betød disse forhold, at det var en rimelig forventning for konsortiet, at konkurrencen ville stå om det samlede projekt."*

Copenhagen Economics fremhæver, at det ikke var muligt at byde på den samlede opgave uden også at byde på hvert enkelt distrikt enkeltvist, og at en tilbudsgiver dermed ikke kunne afgive bud, der på samme tid maksimerede sandsynligheden for at vinde et enkelt distrikt og den samlede opgave. Tilbudsgiverne var således nødt til at vælge, om de ville satse mest på at vinde det samlede udbud eller enkeltdistrikter.

Eurostar og GVCO valgte at satse på at vinde den samlede opgave. Ifølge Copenhagen Economics var Konsortiets valg af udbudsstrategi pro-kompetitiv og ikke konkurrencebegrænsende. Copenhagen Economics anfører således følgende […]:

> *"**Konsortiet valgte at satse på et samlet tilbud***
> *Konsortiets tilbudsstrategi var lagt an på at vinde det samlede projekt. Det skyldtes strukturen af Vejdirektoratets udbud, der på en række måder favoriserede samlede tilbud:*
>
> - ***Uforudsigelighed***
> *Delbud vinder kun, hvis de passer sammen med andre delbud fra andre tilbudsgivere. Med andre ord: at vinde med et delbud kræver ikke blot, at man afgiver det bedste bud, dvs. den bedste pris, kvalitet og projektplan, men også, at man er "heldig" nok til, at delbud fra andre bydere udgør en vindende kombination sammen med ens eget delbud.*
>
> *Dermed mister byderen kontrollen, hvis der satses på delbud. Det er ikke længere nok at være billigst, man skal også være heldig. Det skaber øget usikkerhed at*

satse på at vinde via delbud. Usikkerheden er langt mindre ved et tilbud på det samlede projekt, hvor man ikke er afhængig af et match med delbud fra andre bydere. Det er muligt at nogle bydere vil indregne denne usikkerhed som en ekstra omkostning, en risk premium, når prisen sættes på et delbud.

….

- ***Free-riding***
  Der er risiko for, at delbud fra andre bydere kan have karakter af såkaldt free-riding, hvor prisen på et delbud sættes meget højt. Det vil sikre byderen en stor gevinst, hvis øvrige bydere har afgivet delbud, der er prissat så lavt, at de tilsammen udgør en vindende kombination. I et sådant tilfælde vil byderen med det højt prissatte delbud free-ride på byderne med de lavt prissatte. Incitamentet til at prissætte delbud højt kan være stort for bydere, der besidder lokal markedsmagt eller samtidig afgiver samlede bud.

  Konsekvenser er, at en byder, der satser på at vinde med et delbud, kan være nødt til at prissætte sit delbud ekstra lavt for at tage højde for free-riding fra andre bydere. Det vil gøre det mindre attraktivt at afgive delbud og i nogle tilfælde helt afholde bydere fra at afgive delbud.

- ***Synergier***
  Der vil være en naturlig tendens til, at samlede bud er mere attraktive, hvis der for en tilbudsgiver med tilstrækkelig kapacitet er synergier/omkostningsfordele ved at påtage sig det samlede projekt frem for et eller to delprojekter. Årsagen er, at enhedsomkostningerne bliver lavere, så det samlede tilbud kan gøres ekstra konkurrencedygtigt.

  …

- ***Rabateffekten***
  Muligheden for fri prissætning af samlede bud, der kan prissættes betydeligt under delbud, er et stærkt værktøj for bydere, der vælger at satse på at vinde hele projektet. Muligheden for at give samlerabat kan let gøre delbud irrelevante. Eksempelvis vil entreprenør A, der byder på alle tre distrikter, og tilbyder en rabat på 20 pct. ved tildeling af alle tre distrikter, gøre det vanskeligt for entreprenør B, som kun byder på et enkelt distrikt, at vinde. Årsagen er, at ordregiveren i praksis først får rabatten fra entreprenør A, når entreprenør A går fra at blive tildelt to distrikter til at blive tildelt alle tre distrikter. Dermed bliver hele rabatten samlet på det tredje og sidste distrikt, som ordregiveren kun betaler 40 pct. af "listeprisen" for (rabatten er 20 pct. på tre distrikter, hvilket, afhængig af distrikternes indbyrdes størrelse, svarer til ca. 60 pct. på ét distrikt). Det betyder, at entreprenør B er nødt til at tilbyde en pris på under halvdelen af entreprenør A's pris før rabat for at vinde.

Konsekvensen er, at strukturen i Vejdirektoratets udbud betyder, at bydere, der har kapacitet til at påtage sig den samlede opgave, ved at benytte friheden i prissætningen på en strategisk måde, kan gøre det meget vanskeligt for øvrige bydere at vinde med en kombination af delbud. Det gælder særligt, hvis der samtidig forekommer free-riding blandt byderne, der afgiver delbud. Udfordringen for bydere, der kunne tænkes at afgive delbud, vil være, at de vil være nødt til at prissætte meget lavt, muligvis under deres omkostninger, for at have en chance for at vinde. Det vil afholde mange bydere fra at afgive delbud.

Her er det vigtigt at understrege, at Vejdirektoratet i forbindelse med udbuddet af Genmarkering af kørebaneafmærkning 2014-2017 ikke lagde begrænsninger på prissætningen af samlede tilbud. Det havde ellers været tilfældet ved tidligere udbud. Dermed var der ikke grænser for 'rabateffekten,' som dermed let kunne gøre delbud irrelevante.

Som konsekvens af ovenstående valgte konsortiet at afgive et samlet tilbud, som konsortiet prissatte så konkurrencedygtigt som muligt. Hensigten var at vinde samlet. Givet Vejdirektoratets valg af struktur for udbuddet, som favoriserede samlede tilbud, var konsortiets adfærd pro-kompetitiv, fordi konsortiet netop prissatte sit samlede tilbud så konkurrencedygtigt som muligt."

Copenhagen Economics konkluderer endvidere, at de strategiske forhold, der gik forud for Konsortiets valg af budstrategi, og som førte til en forventning om, at konkurrencen stod om den samlede opgave, ligger fuldstændig i forlængelse af det, man indenfor økonomien betegner som spilteori, jf. Boks 1 […]. En spilteoretisk analyse viser således ifølge Copenhagen Economics, at det var den bedste strategi at satse på at vinde med et samlet bud, og at det gælder, uanset om konkurrenterne satsede på samlede bud eller blot på delbud. Dermed havde Eurostar og GVCO også ud fra et spilteoretisk perspektiv grund til at forvente, at konkurrencen kom til at stå om det samlede udbud

Konsortiets tilbudsstrategi om at byde på den samlede opgave stemte ifølge Copenhagen Economics endvidere overens med de forventninger, som Konsortiet med rimelighed kunne have til Vejdirektoratets udbud, hvilket for det første skyldtes, at den historiske udvikling forud for udbuddet gik i retning af større og større udbud med deraf følgende færre vindende leverandører, og for det andet at udbuddet var lagt an på, at konkurrencen skulle stå om den samlede opgave, jf. rapportens afsnit 1.2 og 1.3 […].

3.2.3 Den sagkyndige erklæring udarbejdet af Nils-Henrik Mørch von der Fehr

At konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, understøttes – foruden af Copenhagen Economics rapport – også af den sagkyndige erklæring (inkl. supplerende erklæring), der er udarbejdet af Nils-Henrik Mørch von der Fehr, professor i økonomi ved Oslo Universitet, jf. Eurostars bilag 14 og 15 (GVCO's bilag 10 og 15) […].

Erklæringen er indhentet af Eurostar og GVCO med rettens accept på baggrund af den procesaftale, der er indgået mellem Eurostar, GVCO og Konkurrencerådet om muligheden for ensidig indhentelse af sagkyndige erklæringer efter de nye regler herom i retsplejeloven. Erklæringen tager udgangspunkt i de samme spørgsmål, som indgik i det udkast til spørgetema, som var medsendt Eurostars og GVCO's anmodning om syn og skøn til retten, inden førnævnte procesaftale blev indgået. Nils-Henrik Mørch von der Fehr, som har udarbejdet erklæringen, var blandt de skønsmænd, Eurostar og GVCO bragte i forslag som uvildig skønsmand i anmodningen om syn og skøn.

Det fremgår af erklæringens forord, at samtlige synspunkter i erklæringen står for Nils-Henrik Mørch von der Fehrs egen regning, og som ikke nødvendigvis deles af opdragsgiverne. Samtlige spørgsmål i erklæringen er besvaret efter Nils-Henrik Mørch von der Fehrs bedste overbevisning med afsæt i anerkendt økonomisk teori og metode og efter en gennemgang af sagens faktum og bilag, jf. erklæringens indledning […].

I relation til udbudsformens indflydelse på tilbudsgivernes incitament til at indgå i et konsortiesamarbejde, bekræfter Nils-Henrik Mørch von der Fehr (svar på spørgsmål 2), at muligheden for at byde på alle distrikter samlet gav tilbudsgiverne incitament til at gå sammen, og at dette incitament blev styrket af muligheden for at give rabat […]. Det forhold, at udbudsformen favoriserede et samlet bud, tilsiger endvidere ifølge Nils-Henrik Mørch von der Fehr, at tilbudsgiverne måtte anse det for sandsynligt, at de ville møde konkurrenter, som bød på den samlede opgave.

Opsummerende skriver Nils-Henrik Mørch von der Fehr således følgende som svar på spørgsmål 2 […]:

> *"Anbudet var med andre ord udformet slik at det ga deltagerne incitament til både å samarbeide og å prioritere et samlet bud"*

Som svar på spørgsmål 4 om, hvordan erfaringerne fra de foregående udbud og muligheden for at tilbyde samlerabat uden en øvre grænse kan forventes at have påvirket tilbudsgivernes overvejelser, bekræfter Nils-Henrik Mørch von der Fehr endvidere, at det - netop henset til forløbet af de foregående udbud og udbuddets udformning – ikke ville være unaturligt for en rationel tilbudsgiver at forvente, at der også i dette udbud ville komme et konkurrerende bud på den samlede opgave med en rabat på mindst 20% […].

Opsummerende skriver Nils-Henrik Mørch von der Fehr følgende som svar på spørgsmål 4 […]:

> *"Med andre ord pekte både erfaringene fra tidligere anbud, utformingen av anbudsreglene og muligheten for å gi enda større samlerabatt i retning av at konkurransen ville stå om den samlede oppgave."*

Endelig fremgår det af Nils-Henrik Mørch von der Fehrs svar på spørgsmål 5 […] at den samlet laveste pris måtte forventes at komme fra et samlet bud på de 3 distrikter:

"En rasjonell tilbyder måtte anse det som sannsynlig at den samlet sett laveste pris ville komme fra et samlet bud på alle tre distrikter."

Nils-Henrik Mørch von der Fehrs erklæring understøtter således Eurostars og GVCO's klare opfattelse af, at konkurrencen reelt udspillede sig om den samlede opgave og ikke de enkelte distrikter.

Konkurrencerådet har kritiseret Nils-Henrik Mørch von der Fehrs erklæring for at være på et generelt og overordnet plan uden nærmere henvisning til relevant økonomisk teori. Nils-Henrik Mørch har tilbagevist denne kritik, idet Nils-Henrik i sin supplerende erklæring præciserer som følger […]:

"Det er korrekt at jeg i min erklæring ikke løpende har angitt konkrete referanser til økonomisk teori. Jeg har i forordet påpekt at erklæringen er basert på økonomisk teori og empiriske undersøkelser. I tillegg har jeg, som også påpekt, i flere sammenhenger arbeidet med nærings-økonomi generelt og konkurranseøkonomi spesielt i mitt virke som professor ved Universitetet i Oslo. Endelig har jeg valgt en bred referanse i min litteraturliste sist i erklæringen, hvor jeg henviser til Jean Tiroles bok The Theory of Industrial Organization fra 1988.

Alternativt kunne jeg ha angitt flere referanser i fotnoter og tekst. Det ville ha minsket oversikten uten at det hadde gitt noe ekstra for den faglige substans overfor retten. Faktisk er de faglige resonnementer og resultater jeg baserer meg på, så anerkjente og velkjente at de knapt behøver å underbygges med konkrete henvisninger; de er omhandlet i enhver lærebok i næringsøkonomisk eller konkurranseøkonomisk analyse. Det ville neppe være til stor hjelp for noen å "krydre" teksten med mer detaljerte henvisninger.

Forøvrig kan det bemerkes at de referanser som styrelsen selv henviser til, hverken er spesielt treffende eller de mest relevante for de aktuelle spørsmål."

Konkurrencerådet kritiserer endvidere eksemplerne anvendt i den sagkyndige erklæring for at være fiktive eksempler, der bygger på en forudsætning om, at parterne har fuld information. Eksemplerne anvendt i erklæringen er i sagens natur fiktive, hvilket Nils-Henrik Mørch von der Fehr også bekræfter i sin supplerende erklæring, jf. bilag 17 (GVCO's bilag 15) […]. Selvom eksemplerne er udtryk for en forenkling af virkelighedens mangfoldighed og kompleksitet, ligger de ifølge den sagkyndige fortsat tæt på virkeligheden og opfanger de elementer, der er vigtige for ræsonnementerne bag eksemplerne. Dertil kommer, at eksemplerne ikke forudsætter fuld information, selvom dette ifølge den sagkyndige ikke har nogen reel betydning […].

Konkurrencerådet har i sin kritik af den sagkyndige erklæring endvidere afvist, at det har nogen relevans, hvad en – set med tilbudsgivernes øje – optimal budstrategi i forhold til mulighederne for at vinde udbuddet måtte være. At bud på delaftaler er irrelevante og

chanceløse er dermed efter Konkurrencerådets opfattelse uden betydning for vurderingen af, om parterne var konkurrenter i forhold til det konkrete udbud og dermed spørgsmålet om, hvor den reelle konkurrence udspillede sig. Det eneste afgørende er ifølge Konkurrencerådet, om parterne kunne byde på delaftaler. Usikkerheden om, hvad andre aktører byder i en udbudsrunde, må ifølge Konkurrencerådet alt andet lige forventes at føre til lavere priser for at øge sandsynligheden for at vinde, og det er denne usikkerhed, konkurrencereglerne skal beskytte.

At Eurostar og GVCO skulle være konkurrenter, blot fordi de begge havde kapacitet til at byde på delaftaler, afvises af Nils-Henrik Mørch von der Fehr i den supplerende erklæring […]. Ud fra en økonomisk betragtning er dette ifølge Nils-Henrik Mørch von der Fehr ikke korrekt, idet to virksomheder ikke nødvendigvis er konkurrenter, blot fordi de kan løse samme opgaver. En virksomhed med meget høje omkostninger vil eksempelvis ikke være en reel konkurrent til virksomheder med lave omkostninger, idet konkurrencen ikke påvirkes, hvis virksomheden med de høje omkostninger forlader markedet/undlader at byde.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr afviser endvidere i sin supplerende erklæring, at det følger af økonomisk teori, at de økonomiske incitamenter bag aftalen er irrelevante, fordi parterne kunne byde på delaftaler. Det er også nyt for Nils-Henrik von der Fehr, at konkurrencereglerne skulle have til formål at beskytte usikkerheden om, hvordan andre konkurrenter agerer […]. Det er ifølge Nils-Henrik Mørch von der Fehr generelt anerkendt i den økonomiske auktionsteori, at virksomheder byder mere aggressivt, desto mere information de har. Usikkerhed i en budsituation kan derimod føre til mere forsigtige bud og dermed mindre effektiv konkurrence.

Sammenfattende fastholdes det således, at konkurrencen i Udbud III udspillede sig om den samlede opgave, hvilket understøttes af såvel Copenhagen Economics rapport samt Nils-Henrik Mørch von der Fehrs sagkyndige erklæring, hvorfor Eurostar og GVCO var hverken aktuelle eller potentielle konkurrenter i relation til udbuddet.

3.3 Konkurrenceankenævnets juridiske test og efterprøvelse

Hvis retten måtte finde, at konkurrencen ikke kun udspillede sig om den samlede opgave, men også om de enkelte delaftaler, er et andet centralt spørgsmål i sagen som anført, om Konkurrenceankenævnet fejlagtigt har lagt til grund, at der er tale om en overtrædelse, der har *til formål* at begrænse konkurrencen med det resultat, at Konkurrenceankenævnets kendelse af denne grund bør ophæves, subsidiært at sagen bør hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Eurostar gør i relation til dette spørgsmål gældende, at Konkurrenceankenævnet har anvendt en forkert juridisk test i sin vurdering af, om Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, idet Konkurrenceankenævnet har lagt til grund, at Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, fordi aftalen ifølge sin natur *"var egnet"* til at skade konkurrencen. Det gøres

endvidere gældende, at Konkurrencerådet har forsømt at foretage en reel prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Det afgørende spørgsmål er således, om Konsortieaftalen havde *til formål* at begrænse konkurrencen. Det er fast antaget i praksis, at det i sådanne tilfælde ikke er nødvendigt at undersøge en aftales virkninger på konkurrencen – og dermed om en aftale har *til følge* at begrænse konkurrencen. Det antages således, at sådanne aftaler reelt *per se* er skadelige for konkurrencen og dermed ulovlige.

3.3.1 Det relevante juridiske kriterium

For at falde ind under forbuddet i konkurrencelovens § 6/TEUF artikel 101, skal en aftale have *"til formål eller til følge"* at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

Det fremgår af EU-Domstolens praksis, at visse former for aftaler er tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen. Det væsentligste juridiske kriterium for at afgøre, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen bunder således i en konstatering af, at den omhandlede aftale *"i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen"*.

Dette er fastslået af EU-Domstolen bl.a. i sag C-67/13 af 11. september 2014, *Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissione* ("**Cartes Bancaires**"), der omhandlede et nyt banksystem (GCB), der blev oprettet i Frankrig i 1984. Systemet muliggjorde, at ejere at betalingskort kunne bruge pengeautomater hos andre deltagere i GCB. I 2002 indførte GCB en gebyrformel til at måle de deltagende medlemmers tilslutningsaktiviteter i forhold til udstedelsen af nye betalingskort. Formålet med den nye formel var at tilskynde deltagerne til at udvide antallet af pengeautomater samt pålægge deltagerne at tage del i de økonomiske omkostninger, pengeautomaterne pådrog. Kommissionen havde i sin afgørelse fast slået, at formlen havde til formål at begrænse konkurrencen og derfor ikke krævede påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger.

Domstolen udtalte følgende vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt adfærden havde til formål at begrænse konkurrencen […]:

> *"51 Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er ufornødent at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet (jf. i denne retning bl.a. dom Clair, 123/83, EU:C:1985:33, præmis 22). Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne.*

52 *Hvis en analyse af indholdet af den samordnede praksis mellem virksomheder imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet (dom Allianz Hungária Biztosító Mørchfl., EU:C:2013:160, præmis 34 og den deri nævnte rets-praksis).*

53 *Ifølge Domstolens praksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er **tilstrækkelig skadelig** til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelsen med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. i denne retning dom Allianz Hungária Biztosító Mørchfl., EU:C:2013:160, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).*

54 *Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning (jf. dom Allianz Hungária Biztosító Mørchfl., EU:C:2013:160, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).*

…

58 *Henset til denne retspraksis var det for det andet med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 124, og herefter samme doms præmis 146, fastslog, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« ikke skal fortolkes »indskrænkende«. Idet det ellers risikeres, at Kommissionen fritages for sin pligt til at bevise den konkrete virkning for markedet af aftaler, med hensyn til hvilke det slet ikke er godtgjort, at de **efter deres art** kan være skadelige for de normale konkurrencevilkår, kan begrebet »konkurrencebegrænsende formål« kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er tilstrækkelige skadelige for konkurrencen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig. Det forhold, at de former for aftaler, der er omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler, er i denne forbindelse uden relevans."*

Cartes Bancaires afgørelsen fastslog således, som også fastslået af EU-Domstolen i tidligere sager, at til formåls kategorien er forbeholdt de "rigtig slemme aftaler", som man ved er

skadelige for konkurrencen, jf. tillige bl.a. Domstolens afgørelser i C-209/07, *Beef Industry* […], C-8/08, *T-Mobile* […], C-226/11, *Expedia* […] og C-32/11, *Allianz Hungária* […].

EU-Domstolen understregede endvidere med denne afgørelse, at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" ikke skal fortolkes indskrænkende.

Domstolen har efterfølgende i sag C-345/14 af 26. november 2015, *SIA "Maxima Latvija" mod Konkurrences padome* ("**Maxima Latvija**")[…], i lighed med Cartes Bancaires fastslået, at det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, således er, om aftalen i sig selv *er "tilstrækkelig skadelig for konkurrencen"*, jf. præmis 18 og 20 […]. Sagen vedrørte et spørgsmål om, hvorvidt en erhvervs-lejekontrakt vedrørende leje af et stort supermarked, der var beliggende i et indkøbscenter, og som indeholdte en bestemmelse, der gav lejeren (Maxima) ret til at modsætte sig, at udlejeren i dette center udlejede erhvervslokaler til andre lejere, havde til formål at begrænse konkurrencen. Det lettiske konkurrenceråd havde lagt til grund, at bestemmelsen havde til formål at begrænse konkurrencen. Under et annullationssøgsmål anlagt af Maxima fastslog Domstolen, at aftalen ikke efter sin art kunne betragtes som skadelig for konkurrencen og derfor ikke havde et konkurrencebegrænsende formål.

I denne sag fastslog Domstolen endvidere, at det for at anse en aftale for at have et konkurrencebegrænsende formål ikke er tilstrækkeligt, at aftalen blot rummer et potentiale af konkurrenceskadelige virkninger og dermed er egnet til at skade konkurrencen, idet Domstolen i denne sag udtalte følgende […]:

> *"22 Selv om den i hovedsagen omhandlede bestemmelse potentielt kan begrænse Maxima Latvijas konkurrenters adgang til visse af de indkøbscentre, hvori dette selskab driver et stort supermarked, indebærer en sådan omstændighed, hvis den godtgøres, ikke klart, at de kontrakter, der indeholder denne bestemmelse, efter sin art hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen på referencemarkedet, dvs. det lokale marked for detailhandel med dagligvarer.*
>
> *23 På baggrund af den økonomiske kontekst, inden for hvilken aftaler som de i hovedsagen omhandlede skal anvendes, gør analysen af indholdet af disse aftaler, henset til de af den forelæggende ret fremlagte oplysninger, det således ikke muligt klart at fastslå, at disse aftaler er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til at de må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk.1, TEUF."*

Mens det væsentligste juridiske kriterium for at anse en aftale for at have til formål at begrænse konkurrencen ifølge Domstolen bunder i en konstatering af, at aftalen i sig selv skal være *"tilstrækkelig skadelig for konkurrencen"*, anvender Konkurrenceankenævnet et andet kriterium i sin vurdering af, om Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, idet ankenævnet udtalte følgende i sin afgørelse […]:

> *"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 sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant* ***potentiale af konkurrenceskadelige virkninger****, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger."*

Ankenævnet anfører endvidere følgende som begrundelse for konsortieaftalens konkurrencebegrænsende formål:

> *"Da Eurostar og GVCO 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 GVCO 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 markedsdeling – 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 GVCO 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."*

Når Konkurrenceankenævnet anfører, at der skal *være "fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger"*, er det ikke det samme juridiske kriterium som, at aftalen i sig selv er *"tilstrækkelig skadelig for konkurrencen"* som forudsat af EU-Domstolen.

Det forhold, at Konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO potentielt rummer konkurrenceskadelige virkninger, er således ikke ensbetydende med, at Konsortieaftalen i sagens natur er tilstrækkelig skadelig til, at den må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Konkurrenceankenævnet har således anvendt et forkert juridisk kriterium, der ikke stiller lige så høje krav som EU-Domstolens kriterium, hvorfor ankenævnets kendelse allerede af denne grund bør ophæves. Subsidiært bør sagen hjemvises til Konkurrencerådet til fornyet behandling.

3.3.2 Konkurrenceankenævnets efterprøvelse

Udover at Konkurrenceankenævnet har anvendt et forkert juridisk kriterium, har Konkurrenceankenævnet endvidere forsømt at foretage en reel efterprøvelse af Konkurrence-

rådets afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, og ankenævnet har derved forsømt at løfte bevisbyrden for, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål medfører vidtrækkende og indgribende konsekvenser for de berørte virksomheder. En sådan aftale er forbudt uden krav om påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger, og praksis viser, at det er usandsynligt, at en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, kan opfylde betingelserne for en individuel fritagelse, jf. punkt 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3) […] samt afsnit 1 i Kommissionens staff working document […]. Adfærden er endvidere forbundet med alvorlige sanktioner i form af bøder på op til 10% af virksomhedernes koncernomsætning samt risiko for bøde- og fængselsstraffe for enkeltpersoner.

Der bør derfor udvises stor forsigtighed ved anvendelsen af begrebet, der som anført af EU-Domstolen i *Cartes Bancaires* skal fortolkes indskrænkende. Baggrunden for den forsigtige tilgang til begrebet er nærmere uddybet i pkt. 54-58 i generaladvokat N. Wahls forslag til afgørelse i *Cartes Bancaires* […], hvor generaladvokaten udtalte følgende:

> *"54. For det første er påvisningen af et »konkurrencebegrænsende formål« baseret på en formalistisk tilgang, der risikerer at gå ud over beskyttelsen af de almene interesser, der forfølges med traktatens konkurrencebestemmelser. Når det er fastslået, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det forbud, der følger heraf meget generelt, dvs. det kan nedlægges præventivt og således sætte en stopper for fremtidige kontakter (31), idet dette er uafhængigt af evalueringen af de konkrete virkninger.*
>
> *55. Denne formalistiske tilgang kan således kun anvendes, når der er tale om adfærd, der indebærer en iboende risiko for en særligt alvorlig skadelig virkning, eller adfærd, i forbindelse med hvilken det kan konkluderes, at de skadelige virkninger på konkurrencen er større end de konkurrencefremmende virkninger. En anden afgørelse ville svare til at nægte, at nogle af de økonomiske aktørers handlinger potentielt kan have positive virkninger på konkurrencen. Efter min mening er det kun i de tilfælde, hvor erfaringen viser, at en begrænsning i henhold til den økonomiske analyse altid er forbudt, at det er rimeligt at sanktionere den direkte af procesøkonomiske hensyn (32).*
>
> *56. Kun adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen og den økonomiske videnskab foreligger og er let at påvise, bør således anses for at have et konkurrencebegrænsende formål og ikke aftaler, som, henset til den sammenhæng de indgår i, har tvetydige virkninger på markedet, eller som indebærer accessoriske begrænsende virkninger, der er nødvendige for, at et ikke konkurrencebegrænsende hovedformål kan forfølges.*

> *57. Dernæst fritager denne kvalifikation den forfølgende myndighed fra at skulle bevise de konkurrencebegrænsende virkninger af den aftale eller praksis, som den skal påkende. En ukontrolleret udvidelse af adfærd, der henhører under konkurrencebegrænsende formål, er farlig i lyset af de principper, der generelt skal ligge til grund for bevisførelsen og bevisbyrden i forbindelse med konkurrencebegrænsende adfærd.*
>
> *58. Af disse årsager bør kvalifikationen af en praksis med konkurrencebegrænsende formål derfor nødvendigvis afgrænses og i sidste ende kun omfatte de aftaler, der i det væsentlige frembyder en vis iboende skadelighed. Dette begreb bør kun omfatte aftaler, der i det væsentlige, dvs. uden, at der er grund til at evaluere de reelle eller potentielle virkninger, har en alvorlig eller skadelig karakter, således at der er stor sandsynlighed for, at de vil have negative virkninger på konkurrencen. Til trods for, at listen over former for adfærd, der vil kunne betragtes som konkurrencebegrænsende på grund af deres formål, er åben, foreslås det, at der fortsat indtages en ret forsigtig holdning i forbindelse med konstateringen af et konkurrence-begrænsende formål."*

Generaladvokaten understreger således, at der skal udvises stor forsigtighed ved anvendelsen af begrebet som følge af de meget vidtrækkende og indgribende konsekvenser, som anvendelsen af dette begreb har for de berørte virksomheder, hvorfor begrebet alene kan anvendes, når erfaringerne og den økonomiske videnskab tilsiger dette, hvilket understøttes af Domstolens afgørelse i sagen, jf. dommens præmis […]. Udtalelsen understreger endvidere, at der ved vurderingen af en aftale ikke kun skal foretages en vurdering af de konkurrenceskadelige virkninger, men også af de konkurrencefremmende virkninger.

For at vurdere, om Konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, skulle Konkurrenceankenævnet i sin vurdering ifølge Domstolens faste praksis have taget hensyn til (i) Konsortieaftalens indhold, (ii) de målsætninger, Eurostar og GVCO søgte gennemført ved Konsortieaftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori Konsortieaftalen indgik. Selvom parternes hensigt ikke er afgørende for vurderingen af, om Konsortieaftalen var konkurrencebegrænsende, var der ifølge Domstolens praksis intet til hinder for, at ankenævnet kunne have taget parternes subjektive hensigt i betragtning.

3.3.2.1 Konsortieaftalens indhold

I vurderingen af, om Konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen og dermed har til formål at begrænse konkurrencen, er det ifølge Domstolens praksis nødvendigt at forholde sig til indholdet af Konsortieaftalen.

Konkurrenceankenævnet har imidlertid ikke som forudsat forholdt sig til indholdet af Konsortieaftalen og foretaget en reel efterprøvelse af Konkurrencerådets vurdering.

Dermed har ankenævnet heller ikke bevist, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

I vurderingen af Konsortieaftalens indhold vurderede Konkurrencerådet, at GVCO og Eurostar som led i aftalen på forhånd havde aftalt en fælles pris for hvert af de 3 delbud og fordelt distrikterne mellem sig i tilfælde af tildeling. Derudover indgik det i rådets vurdering, at parterne havde indgået en kompensationsaftale i tilfælde af, at Konsortiet kun vandt én ud af tre delaftaler. Rådet vurderede på denne baggrund, at Konsortieaftalen er en aftale mellem konkurrerende virksomheder om fastsættelse af priser og opdeling af markeder på linje med en klassisk kartelaftale om fastsættelse af priser og opdeling af markedet i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, og TEUF artikel 101, stk. 1. Konsortieaftalen indebærer efter sit indhold et direkte indgreb i de væsentlige konkurrenceparametre på markedet og erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence om et udbud, med et indbyrdes praktisk samarbejde, jf. afgørelsens pkt. 734-765 […]. At Konsortieaftalen er indgået i fuld offentlighed, og at Eurostar havde indhentet juridisk rådgivning forud for indgåelsen af aftalen, var efter rådets vurdering uden betydning for indholdet af Konsortieaftalen.

Ankenævnet forholder sig reelt ikke til Konsortieaftalens indhold, men konstaterer alene, at Konsortieaftalen – selvom den ikke kan betegnes som en klassisk kartelaftale - ifølge sin natur var egnet til at skade konkurrencen og derfor havde til formål at begrænse konkurrencen […]. For så vidt angår det juridiske kriterium henvises der til bemærkningerne ovenfor under pkt. 3.3.1. Ankenævnet lagde i sin vurdering vægt på, at Eurostar og GVCO var konkurrenter og begge kunne have budt på delaftaler, hvorved den forretningsmæssige risiko, der uden Konsortiet ville have været forbundet med en konkurrence mellem Eurostar og GVCO, blev elimineret. Det forhold, at Konsortiet bød den laveste pris, dokumenterer ifølge ankenævnet ikke, at Vejdirektoratet ikke ville kunne have fået en lavere pris, såfremt der havde været konkurrence mellem Eurostar og GVCO.

Særligt i relation til spørgsmålet om, hvorvidt Konsortieaftalen måtte sidestilles med en klassisk kartelaftale om priskoordinering og markedsopdeling, må det konstateres, at rådet og ankenævnet tilsyneladende ikke er af samme opfattelse.

Det gøres gældende, at Konsortieaftalens indhold – og dermed også aftalens formål - var at deltage i konkurrencen om den samlede opgave. Parterne var - på grund af dels rabatstrukturen i udbuddet dels erfaringerne fra Udbud I og II – af den klare opfattelse, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, og da ingen af parterne havde mulighed for at byde på den samlede opgave alene, valgte man at gå sammen. Formålet med og indholdet af aftalen var således at sikre parterne mulighed for at kunne afgive et konkurrencedygtigt tilbud og fordele de udbudte opgaver mellem sig i tilfælde af tildeling.

Konsortieaftalen kan ikke sidestilles med en aftale om priskoordinering og markedsopdeling

Det gøres endvidere gældende, at Konsortieaftalens indhold ikke kan sidestilles med en klassisk prisaftale mellem konkurrenter. Der er derimod tale om afgivelse af et fælles bud på en udbudt opgave, som begge parter hæftede solidarisk for i relation til opfyldelsen af delaftalerne, uanset hvordan opgaverne var fordelt mellem parterne, og parterne havde efter aftalens indhold mulighed for at trække på hinandens ressourcer, hvis det måtte blive nødvendigt. Afgivelsen af et fælles bud forudsætter i sagens natur afgivelse af en fælles pris, og situationen kan derfor ikke sammenlignes med en klassisk prisaftale mellem konkurrenter, der ikke forudsætter nogen form for samarbejde, mulighed for at trække på hinandens ressourcer eller solidarisk hæftelse.

Aftalen kan af samme grund heller ikke sidestilles med en klassisk markedsdelingsaftale. Parternes fordeling af opgaverne er helt naturlig og sædvanlig i forbindelse med indgåelse af konsortier. At fordelingen er sket med udgangspunkt i udbuddets opdeling i distrikter og ud fra en vurdering af hvilke distrikter, der passede bedst ind i parternes eksisterende forretning og kapacitetsforhold, er endvidere helt naturlig og praktisk begrundet.

Kompensationsaftalen skal i den sammenhæng ses på baggrund af parternes solidariske hæftelse for opfyldelsen af kontrakterne med Vejdirektoratet. Der var således tale om en betaling for, at den anden part stod til rådighed med sine ressourcer, hvis der skulle blive behov herfor, ligesom betalingen også dækkede den økonomiske risiko, der lå i den solidariske hæftelse, herunder risikoen for bod ved manglende overholdelse af fristerne fastsat i udbuddet.

En konsortieaftale som den mellem Eurostar og GVCO forudsætter således i sagens natur, at parterne er nødt til at fastsætte en fælles tilbudspris og fordele opgaverne mellem sig i tilfælde af tildeling. Det betyder dog ikke, at der dermed automatisk er tale om en aftale på niveau med en klassisk kartelaftale om priskoordinering og markedsdeling, hvor det ikke kræver nærmere undersøgelser for at fastslå, at aftalen skader konkurrencen. Fastsættelsen af den fælles tilbudspris og opgavefordelingen var således nødvendig for og direkte knyttet til gennemførelsen af aftalens hovedformål, jf. tillige pkt. 56 i generaladvokat N. Wahls forslag til afgørelse i *Cartes Bancaires* […], nemlig afgivelse af et konkurrencedygtigt bud på den udbudte opgave henset til udbuddets rabatstruktur og erfaringerne fra de tidligere udbud med tilsvarende rabatstruktur.

Konsortieaftalens indhold er ikke af en karakter, der ifølge sin natur er ulovlig. Kun de groveste overtrædelser som hemmelige karteller vedrørende priser og markedsdeling har i sig selv til formål at begrænse konkurrencen, jf. *Cartes Bancaires* og i *Maxima Latvija*. En til formål overtrædelse forudsætter, at der er tale om et forhold, der, hvis det materialiserer sig, i selve sin natur er skadeligt for konkurrencen. Selvom gruppen af formålsovertrædelser ikke er afgrænset udtømmende, skal der som fastslået af Domstolen udvises stor forsigtighed ved udvidelse af gruppen af overtrædelser på grund af de meget vidtrækkende og indgribende konsekvenser, det har. Formålsovertrædelser omfatter som nævnt kun aftaler, hvor der ikke er grund til at vurdere de reelle eller potentielle virknin-

ger, fordi der er en stor sandsynlighed for, at de vil have negative virkninger på konkurrencen, jf. pkt. 58 i generaladvokat N. Wahls forslag til afgørelse i *Cartes Bancaires* […].

Det faktum alene, at Konsortieaftalen indeholder bestemmelser om prisfastsættelse og fordeling af opgaver, indebærer således ikke, at det umiddelbart kan lægges til grund, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

Dette understøttes af den svenske dom afsagt af Patent- och marknadsöverdomstolen af 29. november 2017 i sag PMT 7498-16, *Konkurrensverket mod Alfa Quality Moving Aktiebolag m.fl.* […]. Sagen omhandlede konkurrenceklausuler, som Alfa Quality Moving som køber i to transaktioner havde pålagt sælgerne. Klausulerne forbød sælgerne at konkurrere med Alfa Quality Moving i 5 år. Konkurrensverket gjorde gældende, at aftalerne havde til formål at begrænse konkurrencen, da de oversteg den 2-årige periode, der anses for nødvendig og accessorisk i forbindelse med transaktioner, når der alene overføres goodwill.

Den svenske domstol udtalte […], at selvom det er åbenbart, at en aftale mellem virksomheder om ikke at konkurrere med hinanden på udpegede markeder i en periode på fx 5 år, som ikke er indgået i forbindelse med en transaktion, har til formål at begrænse konkurrencen. En sådan konkurrenceklausul kan dog være nødvendig i forbindelse med transaktioner. Ifølge domstolen, som understregede, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes snævert, findes der dog ikke videnskabelig støtte for, at konkurrenceklausuler i sådanne sammenhænge, som strækker sig over længere tid end 2 år (henholdsvis 3 år hvis der også overføres knowhow), uvilkårligt skulle være skadelige for konkurrencen. Grænsen for, hvornår en sådan konkurrenceklausul går fra at være accessorisk til at være konkurrencebegrænsende må afgøres ud fra en vurdering af klausulens virkninger. Domstolen fandt på den baggrund ikke, at konkurrenceklausulerne havde til formål at begrænse konkurrencen.

Dommen understøtter argumentet om, at det ikke blot er muligt at lægge til grund, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, blot fordi den indeholder elementer, der i andre sammenhænge anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Man er således nødt til at forholde sig til alle relevante omstændigheder i vurderingen af, om den konkrete aftale har et konkurrencebegrænsende formål.

For så vidt angår afgørelsen truffet af den norske Højesteret i Ski Taxi-sagen (E-3/16) […], hvor den norske Højesteret fandt, at det omhandlede tilbudssamarbejde havde til formål at begrænse konkurrencen, bemærkes det, at der er væsentlige forskelle mellem den norske sag og nærværende sag. Der var således en række omstændigheder i den norske sag, der gjorde, at domstolen i den konkrete situation vurderede, at samarbejdet havde til formål at begrænse konkurrencen, herunder særligt det forhold, at der var tale om et vedvarende konsortiesamarbejde om afgivelse af fælles bud gennem et fælles selskab etableret til formålet, og at det ved oprettelsen af samarbejdet fremgik klart af selskabets ejeraftale, at samarbejdet *"indicates that there will be less competition between them in the market than previously"*.

Omstændighederne i den norske sag adskiller sig markant fra omstændighederne i nærværende sag, hvorfor den norske afgørelse ikke kan tages som udtryk for, at Konsortieaftalen ligeledes har til formål at begrænse konkurrencen.

Den norske sag ændrer heller ikke på, at hverken erfaringer eller økonomisk teori med tilstrækkelig klarhed har påvist, at konsortieaftaler mellem konkurrenter i deres natur har skadelige virkninger på konkurrencen, hvorfor der nødvendigvis i den konkrete situation må skulle foretages en vurdering af en konsortieaftales sandsynlige virkninger på konkurrencen for at kunne vurdere, om den er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. En sådan vurdering må i sagens natur også omfatte en vurdering af de konkurrencefremmende virkninger af konsortiet.

Det afvises derfor, at en vurdering af de konkurrencefremmende virkninger af en aftale alene skal ske i forbindelse med en vurdering af, om betingelserne for en fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

Ved alene at vurdere de konkurrenceskadelige virkninger af konsortiet mellem Eurostar og GVCO har Konkurrenceankenævnet forsømt at foretage en tilstrækkelig vurdering af, om de skadelige virkninger på konkurrencen som følge af Konsortiet var større end de konkurrencefremmende virkninger, hvilket er en forudsætning for at kunne lægge til grund, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Da en konsortieaftale mellem konkurrenter kan være både konkurrencefremmende og konkurrencefremmende, må en vurdering af, om en konkret aftale er enten det ene eller det andet, derfor nødvendigvis forudsætte en vis vurdering af, om de skadelige virkninger på konkurrencen er større end de konkurrencefremmende virkninger.

Da konsortieaftaler således – i modsætning til klassiske kartelaftaler om priskoordinering og markedsopdeling – har tvetydige virkninger på markedet, er der derfor ikke tale om adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringer og økonomiske teori foreligger og let lader sig påvise, jf. pkt. 56 i generaladvokat N. Wahls forslag til afgørelse i *Cartes Bancaires* […]. Det er således ikke åbenlyst, at Konsortieaftalen i sin natur begrænsede konkurrencen.

Selvom det ikke er afgørende, hvorledes en aftale betegnes, idet det er dens indhold, der er afgørende, er realiteten dog, at hverken erfaring eller økonomisk teori viser, at aftaler som Konsortieaftalen har tilstrækkelige skadelige virkninger på konkurrencen på samme måde som klassiske karteller om priskoordinering og/eller markedsdeling, hvorfor det ikke giver mening – blot fordi parterne aftaler en fælles pris og en fordeling af opgaver i tilfælde af tildeling – at sammenligne aftalen med en kartelaftale om priskoordinering og markedsopdeling.

Ved alene at vurdere de konkurrenceskadelige virkninger af Konsortieaftalen har Konkurrenceankenævnet forsømt at foretage en tilstrækkelig vurdering af, om de skadelige virkninger på konkurrencen som følge af Konsortiet var større end de konkurrencefrem-

mende virkninger, hvilket er en forudsætning for at kunne lægge til grund, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Selvom parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt at inddrage i vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er der heller ikke noget til hinder, at hverken konkurrencemyndighederne eller domstolene tager denne hensigt i betragtning.

Konsortieaftalen er indgået i fuld offentlighed og ansporet af den rabatstruktur, der var i udbuddet og de foregående to udbud. Det forhold, at Konsortieaftalen er indgået i fuld offentlighed, og parterne således ikke så nogen grund til at forsøge at skjule deres samarbejde, viser med al tydelighed, at formålet med samarbejdet var at afgive et bedre tilbud, end parterne kunne give hver for sig, og at parterne var af den opfattelse, at dette var i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

Dertil kommer, at Eurostar forud for indgåelsen af aftalen søgte kvalificeret juridisk rådgivning […] og fik bekræftet, at Konsortiet var lovligt, forudsat at parternes kapacitetsberegninger var korrekte. Selvom dette ikke fritager parterne for et eventuelt ansvar for overtrædelse af konkurrencereglerne, så vidner det om, at der ikke er tale om et forhold, hvor det er åbenbart, at aftalen i selve sin natur er skadelig for konkurrencen på samme måde som et klassisk pris- eller markedsdelingskartel. Eurostar har søgt kvalificeret juridisk bistand vedrørende lovligheden af samarbejdet med GVCO i relation til Udbud I og Udbud III, og i ingen af tilfældene har de adspurgte advokater stillet spørgsmål ved muligheden for afgivelse af delbud, hvilket understreger den usikkerhed, der er forbundet med at lægge til grund, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Når det ikke er åbenbart for Eurostars juridiske rådgiver, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, må det være så meget desto mindre åbenbart for parterne, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål.

Betydningen af, om det er åbenbart for parter, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål, tydeliggøres i artiklen *"Cartes Bancaires; A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?"* af James Killick og Jeremie Jourdan, Competition Policy International […], hvor følgende udtales:

> *"By referring to "experience" in Cartes Bancaires (§51), the Court seems to indicate that some past practice or experience is necessary. In short, a by object characterization must not come out of the blue.*
>
> *Linked to this is the question of obviousness. In Fordham last year, DG A. Italianer said that "restrictions by object are serious – but not necessarily obvious." The question of obviousness is two-sided: obviousness to the enforcer and to the parties. A cartel dressed up as a legitimate agreement is still a cartel. It might not be obvious to the enforcer - indeed one would expect cartel members to disguise their practice into something else to avoid been caught – but this should not affect the legal characteri-*

zation: the latter depends on the economic reality of the practice, not its appearance. What really matters is obviousness to the parties. A company engaging into a restriction by object must know that what it is doing will almost inevitably restrict competition. Indeed, it is supposed to be its very purpose. A restriction by object is judged on an ex ante basis: it is illegal no matter that it has no impact or effect. Indeed, given the difficulty of invoking Article 101(3), a by object infringement is close to per se illegality. Companies must be in a position to know that what they are doing is quasi-criminal on the day they sign an agreement. In short, if it ain't obvious (to the parties), it ain't by object. But if a serious infringement is not obvious to the enforcer because it has been disguised, it can still be an infringement by object.

[…]

One final, important point: a sound competition policy must avoid false positives. Because actual effects are not considered, the risk of false positives is higher – comparatively – when the enforcer condemns practices by object. It is crucially important that an agreement or a concerted practice is not condemned by object if, at the time it is entered into, its potential effects are ambivalent – i.e. it can have negative effects, but also be neutral to competition or even enhance competition depending on future events."

Vurderingen af, om et konsortium er lovligt, kan i praksis være lidt af en balancegang, og kan – hvilket denne sag også viser – afhænge af komplicerede kapacitetsberegninger, herunder muligheden for at kunne investere sig ud af kapacitetsbegrænsninger. At tale om, at sådanne aftaler har til formål at begrænse konkurrencen, giver ikke mening. Når en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, må der ikke være nogen tvivl om, at dette er tilfældet. Hvis en aftale kan have både konkurrenceskadelige og -fremmende virkninger, hører den ikke til i kategorien af til formåls-overtrædelser.

At Konsortieaftalen skulle have til formål at begrænse konkurrencen er således udtryk for en udvidende fortolkning af begrebet "konkurrencebegrænsende formål" i strid med Domstolens praksis, der siger, at begrebet skal fortolkes indskrænkende, hvilket understøttes af, at der Eurostar bekendt ikke foreligger EU-praksis, der kategoriserer en konsortieaftale som en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Færre bud er ikke ensbetydende med en begrænsning af konkurrencen

I sin vurdering af de konkurrenceskadelige virkninger bemærker Konkurrenceankenævnet, at den forretningsmæssige risiko, der uden Konsortieaftalen ville have været forbundet med en konkurrence mellem Eurostar og GVCO i budfasen, blev elimineret. Ankenævnet forudsætter således, ligesom Konkurrencerådet, at samarbejdet mellem Eurostar og GVCO var ensbetydende med færre bud, og at færre bud er skadende for konkurrencen.

Som tidligere redegjort for var det parternes klare opfattelse, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, og at det derfor ikke gav mening at afgive bud på delaftaler. Derfor kan det heller ikke uden videre lægges til grund, at Konsortiet har ført til færre bud. Hvis Eurostar og GVCO ikke var gået sammen om at byde på den samlede opgave, havde det været et realistisk kontrafaktisk scenarie, at parterne havde valgt ikke at byde overhovedet, fordi de vurderede, at det ville være formålsløst, idet det ikke gav forretningsmæssig mening. Og i så fald ville der ikke uden konsortiet være kommet flere, men færre bud.

Dertil kommer, at præmissen om, at færre bud er skadelig for konkurrencen, ikke er rigtig. Konkurrencen i et udbud afhænger ikke kun af, hvor mange bud der afgives, men i højere grad af hvor gode bud der afgives. Flere bud er ikke nødvendigvis ensbetydende med bedre bud og mere konkurrence, og det er derfor bedre med få gode bud end mange dårlige. At Eurostar og GVCO kunne byde hver for sig på et enkelt distrikt er derfor ikke ensbetydende med, at det havde været til gavn for konkurrencen, at de havde gjort det. Tværtimod er der meget, der taler for, at et bud på den samlede opgave gavnede konkurrencen.

Dette bekræftes af Nils-Henrik Mørch von der Fehr, der i sin sagkyndige erklæring […] på spørgsmålet om generelle gevinster ved konsortiesamarbejder med henblik på afgivelse af fælles bud (spørgsmål 1) skriver, at færre konkurrenter ikke er ensbetydende med mindre konkurrence, og at det ikke er muligt uden nærmere kendskab til, hvor stærke de aktuelle bydere er, at afgøre, om en reduktion i antallet af bydere begrænser konkurrencen. Det kan således meget vel være, at færre bud slet ingen skadelig indflydelse har på konkurrencen eller rent faktisk fremmer konkurrencen.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr udbyder endvidere i sin erklæring […], hvorfor det ikke generelt kan lægges til grund, at færre bud uden videre vil begrænse konkurrencen. Virkningen af færre bud på konkurrencen afhænger ifølge Nils-Henrik Mørch von der Fehr for det første af, hvilke virksomheder der ikke deltager i konkurrencen. Hvis det er virksomheder, der alligevel ikke ville have vundet, lider konkurrencen ingen skade, hvorimod konkurrencen vil kunne lide skade konkurrencen, hvis det modsatte er tilfældet.

For det andet afhænger betydningen af antallet af bud/konkurrenter af markedets karakteristika. På et marked, hvor virksomhederne tilbyder ensartede produkter, og der konkurreres på pris, spiller antallet af virksomheden ifølge Nils-Henrik Mørch von der Fehr kun en lille eller ingen rolle, da konkurrencen uanset antallet vil presse priserne helt ned mod omkostningerne. Markedet har i denne sag tilsvarende karakteristika.

For det tredje afhænger virkningerne på konkurrencen af, hvorfor færre virksomheder deltager i konkurrencen. Hvis det skyldes, at nogle af virksomhederne samarbejder, og de derved styrker deres konkurrencekraft, vil dette øge konkurrencen. Det er således ifølge Nils-Henrik Mørch von der Fehr bedre med få konkurrencestærke virksomheder end mange konkurrencesvage, fordi konkurrencestærke virksomheder giver bedre bud.

Den sagkyndige påpeger endvidere i sin supplerende erklæring, at der ikke i økonomisk teori er belæg for Konkurrencerådets forudsætning om, at flere deltagere i en budproces medfører mere konkurrence, og færre deltagere mindre konkurrence, idet færre deltagere ifølge økonomisk teori kan medføre både mere eller mindre konkurrence […].

I relation til de konkurrencefremmende virkninger, som hverken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet har forholdt sig til i sin vurdering af, om Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, erklærer Nils-Henrik Mørch von der Fehr i sin erklæring endvidere (spørgsmål 7), at det kan have medført en mere effektiv konkurrence, at Eurostar og GVCO gik sammen i et konsortium og bød på den samlede opgave med rabat […], idet han udtaler følgende:

> *"Som forklart i spørgsmål 1 og spørgsmål 6, avhenger konkurransens effektivitet av hvilke virksomheter som deltar. Spesielt vil konkurransen bli mer effektiv dersom de virksomheter som deltar, er mer konkurransedyktige, fordi de sikrer at budene supplerer hverandre og dek-ker alle distrikter, fordi de har lavere omkostninger eller fordi de leverer et bedre produkt.*
>
> *Som forklart nærmere i spørgsmål 8 nedenfor, kunne Eurostar og GVCO styrke sin konkurranseposisjon ved å sørge for at deres delbud supplerte hverandre, slik at de konkurrerte mer effektivt i alle distrikter. Hvis Eurostar og GVCO oppnådde produksjonsøkonomiske gevinster ved sitt samarbeid, i form av samdrifts- eller stordriftsfordeler, kunne de dessuten levere lavere bud for den samlede oppgave enn det de hver for seg kunne budt for de tre deloppgaver; ra-batten for den samlede oppgave ville isåfall innebære en mer aggressiv budgivning fra de to selskapers side, noe som i seg selv ville medført mer effektiv konkurranse. I tillegg kunne en forventning om at Eurostar og GVCO opptrådde som et konsortium og dermed ville ha større konkurransekraft, anspore de øvrige konkurrenter til å by mer aggressivt; dette ville ytterligere effektivisere konkurransen."*

Det er således åbenbart, at Konsortiet kan have haft konkurrencefremmende virkninger, og at det også kan have ansporet de øvrige tilbudsgivere til at byde mere aggressivt, fordi der blandt disse har været en forventning om, at Eurostar og GVCO som ved de foregående to udbud ville byde som et konsortium på grund af rabatstrukturen og favoriseringen af bud på den samlede opgave. En vurdering af disse konkurrencefremmende virkninger burde have indgået i såvel Konkurrencerådets som Konkurrenceankenævnets vurdering af, om Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Endelig bemærkes det i relation til spørgsmålet om, hvorvidt konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, at det ifølge Nils-Henrik Mørch von der Fehrs erklæring fremgår, at det ikke uden en nærmere konkret vurdering af Konsortiets virkninger kan antages, at hensigten med Konsortieaftalen har været at begrænse konkurrencen, eller at aftalen ville skade konkurrencen (svar på spørgsmål 8 og 9 […]).

Nils-Henrik Mørch von der Fehr understreger endvidere i sin supplerende erklæring, at det ikke kan udledes af økonomisk teori, at Konsortiet mellem Eurostar og GVCO havde til formål at begrænse konkurrencen […]:

> *"Jeg påpeker imidlertid at min erklæring viser at styrelsens oppfatning av at Dansk Vejmarke-rings Konsortium har et konkurransegrensende formål, ikke kan avledes av økonomisk teori og det faktum som er beskrevet i Konkurrencerådets avgjørelse, alene. Svarene i min erklæring tydeliggjør at avtalen kan ha både konkurransefremmende og konkurransebegrensende effekter, og at det ikke uten en konkret analyse kan avgjøres om avtalen samlet sett er konkurran-sebegrensende.*
>
> *I den forbindelse vil jeg særlig fremheve svarene på spørsmålene 1, 7, 8 og 9. Her redegjør jeg på forskjellig vis for at en konsortiumsavtale både kan fremme og hemme konkurransen, og at det ikke uten videre kan legges til grund at avtalen mellom partene har hatt til formål å begrense konkurransen. Med andre ord kan det utfra en økonomisk betraktning ikke uten en konkret analyse legges til grunn at et konsortium "har til formål" å begrense konkurransen; det krever en konkret undersøkelse, blant annet av de faktiske forhold i saken (faktum)."*

Konkurrencerådet har kritiseret erklæringen for på en række punkter at sammenblande vurderingen efter konkurrencelovens § 6/TEUF artikel 101, stk. 1, med vurderingen efter konkurrencelovens § 8/TEUF artikel 101, stk. 3. Den sagkyndige forholder sig dog til de stillede spørgsmål med afsæt i økonomisk teori og metode, hvilket er relevant i forhold til Konkurrenceankenævnets vurdering af, om Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

Hverken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet har på nogen måde foretaget en nærmere konkret vurdering af Konsortiets virkninger, hverken de konkurrenceskadelige eller de konkurrence-fremmende virkninger, og de har dermed ikke – i mangel på erfaringer om konsortiers skadelige virkninger - løftet bevisbyrden for, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrenceankenævnet har som nævnt alene konstateret, at Konsortieaftalen rummede et *"potentiale af konkurrenceskadelige virkninger"* og var *"egnet til at skade konkurrencen"*, fordi Eurostar og GVCO kunne have budt på delaftaler, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at klassificere aftalen som havende et konkurrencebegrænsende formål. Konkurrenceankenævnet har dermed forsømt at foretage en reel efterprøvelse af Konkurrencerådets vurdering af Konsortieaftalens indhold og dermed af spørgsmålet om, hvorvidt Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

3.3.2.2 Konsortieaftalens målsætninger

Som anført er det i forhold til vurderingen af, om Konsortieaftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, nødvendigt også at forholde sig til de målsætninger, der søges gennemført ved aftalen.

Ligesom med Konsortieaftalens indhold har Konkurrenceankenævnet heller ikke i sin afgørelse reelt forholdt sig til de målsætninger, som søges gennemført ved Konsortieaftalen, og ankenævnet har også af den grund forsømt at foretage en reel efterprøvelse af Konkurrencerådets vurdering. Dermed har ankenævnet heller ikke bevist, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Af Konkurrencerådets afgørelse fremgår det, jf. afgørelsens pkt. 766-781 […], at det er Konsortieaftalens objektive målsætning at eliminere konkurrencen om udbuddet mellem landets to største entreprenører indenfor vejmarkering. Ved at gå sammen har parterne begrænset den usikkerhed, der er ved at byde på et udbud, da der som følge af aftalen har været en konkurrent mindre til at byde på udbuddet. Aftalen forfulgte dermed ifølge rådet en målsætning om at begrænse antallet af bud og dermed den konkurrence, der var om udbuddet, og som kan have betydet, at Vejdirektoratet kan have betalt for meget for vejmarketingsopgaverne i udbuddet.

Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for at udlede, at aftalens objektive målsætning var at eliminere konkurrencen mellem Eurostar og GVCO. I *Cartes Bancaires* fandt Domstolen, at der af den omstridte aftale højst kunne udledes, at den indførte gebyrformel havde til formål at pålægge medlemmer, der fik fordel af den indsats, andre medlemmer havde skabt, at betale et økonomisk bidrag, og at et sådant formål ikke efter sin art kunne anses for at være skadelig for de normale konkurrencevilkår, jf. dommens præmis 75 […].

På tilsvarende vis gøres det gældende, at der objektivt set ikke kan 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 i sig selv legitimt og kan ikke i sig selv anses for at være konkurrencebegrænsende. Hvis parterne havde vurderet, at de reelt havde mulighed for at byde hver især, og de samtidig vurderede, at de - rabatstrukturen og erfaringerne taget i betragtning - havde en reel chance for at vinde, var der kommercielt set ikke nogen grund til at byde sammen.

Det bemærkes endvidere, at der ikke er noget, der tyder på, at Vejdirektoratet har betalt for meget for vejmarkeringsopgaverne som følge af aftalen. Konsortiets bud var samlet set det laveste bud, der blev givet.

For så vidt angår distrikt Syddanmark var Eurostar ikke i stand til at byde på dette distrikt, og der var derfor ikke kommet et ekstra bud ind på distrikt Syddanmark uden Konsortiet. På tidspunktet for udbuddets gennemførelse udførte Eurostar alene opgaver for Odense Kommune i distrikt Syddanmark, og Eurostar havde derfor ikke et maskinhold i dette distrikt. Eurostars kapacitet i området kunne derfor kun klare små ad-hoc opgaver. Størstedelen af Eurostars kapacitet i såvel Norddanmark som Østdanmark var

endvidere bundet af eksisterende opgaver på tidspunktet for udbuddet, hvilket gjorde det vanskeligt at flytte overskydende kapacitet til Syddanmark. Dertil kommer, at det er vanskeligt at udnytte en overskudskapacitet udenfor de områder, hvor maskinholdene arbejder. Hvis en maskine og et maskinhold allerede er tilknyttet en opgave ét sted, er det ikke praktisk/logistisk muligt at bruge en eventuel overskudskapacitet et andet sted, medmindre det geografisk ligger meget tæt på det sted, hvor maskinholdet arbejder. Det ville derfor ikke være rentabelt for Eurostar at byde på distrikt Syddanmark.

Der er heller ikke noget, der indikerer, at GVCO ville have budt lavere end Lemminkäinen på distrikt Syddanmark, hvilket havde forudsat, at GVCO skulle give mere end 20% i rabat for at vinde dette distrikt.

For så vidt angår distrikt Sjælland er det endvidere ikke realistisk, at der uden Konsortiet var kommet flere bud ind, der var lavere end Guide-Lines bud. At Guide-Lines bud var urealistisk lavt understøttes af det faktum, at Guide-Lines gik konkurs i slutningen af oktober 2015. Guide-Lines har med sine meget lave priser ikke formået at drive en rentabel forretning. Eurostars virksomhed balancerede kun lige akkurat (Eurostars driftsresultat for årene 2012-2014 udgjorde henholdsvis 31.000 kr., 100.000 kr. og 1 mio. kr.), og Eurostars forretning ville ikke kunne holde til at byde så lavt, som Guide-Lines gjorde. Det samme må antages at gøre sig gældende i forhold til GVCO, som i årene op til Udbud III kørte med underskud på vejmarkeringsforretningen.

Derudover havde Eurostar ikke kapacitet til at byde på både distrikt Sjælland og distrikt Hovedstaden samtidig. Eurostars kapacitet for distrikt Sjælland og distrikt Hovedstaden var samlet. Ca. 80% af kapaciteten for de to områder var bundet af eksisterende opgaver på tidspunktet for udbuddets gennemførelse. Udførelsen af opgaverne i distrikt Sjælland krævede ca. 13% af den samlede kapacitet, og opgaverne i distrikt Hovedstaden krævede ca. 16% af den samlede kapacitet. Da det ikke var realistisk at flytte kapacitet fra Eurostars enhed i Norddanmark til Østdanmark, havde Eurostar ikke tilstrækkelig kapacitet til at byde ind på begge distrikter.

Eurostars mandskabskapacitet gav endvidere ikke reel mulighed for at løfte den samlede opgave i distrikt Hovedstaden. Det skyldes, at de udbudte opgaver på distrikt Hovedstaden udelukkende var aften- og natarbejde. Over 80% af Eurostars arbejde var på daværende tidspunkt dagarbejde. Hvis Eurostars mandskab havde arbejdet om aftenen/natten, kunne mandskabet på grund af gældende arbejdstidsregler ikke udføre dagsarbejde den efterfølgende dag. Derved mistede Eurostar en dag med dagsarbejde for hver dag med aften/natarbejde.

I en situation, hvor Eurostar alene kunne byde på ét af disse to distrikter, ville Eurostar derfor – såfremt Eurostar overhovedet havde valgt at byde alene - have budt på delaftalen vedrørende distrikt Sjælland, idet distriktet dels var bedre placeret i forhold til Eurostars daværende forretning, og dels passede bedre ind i Eurostars øvrige forretning på dette tidspunkt.

Hvis Eurostar skulle have budt på ét af distrikterne, havde Eurostar derfor valgt at satse på distrikt Sjælland, hvorfor der derfor heller ikke ville være kommet flere bud på distrikt Hovedstaden uden Konsortiet.

Realiteten er således, at det ikke er sandsynligt, at der ville være kommet flere bud ind uden Konsortiet. Vejdirektoratet har således fået den lavest mulige pris, og der er derfor ikke risiko for, at Vejdirektoratet har betalt for meget for de omhandlede opgaver. Vejdirektoratet har heller ikke på nogen måde givet udtryk for, at de er af denne opfattelse. Tværtimod har Vejdirektoratet i forbindelse med aftalernes ophør som følge af Konkurrencerådets afgørelse fraskrevet sig muligheden for at rette økonomiske krav mod parterne som følge af aftalernes ophør. Hvis Vejdirektoratet var af den opfattelse, at der kunne være en risiko for, at de kan have betalt for meget, havde de næppe fraskrevet sig en ret til at rette et økonomisk krav mod GVCO og Eurostar.

Dertil kommer, at det slet ikke var en reel overvejelse for Eurostar at byde på delaftaler som følge af rabatstrukturen og erfaringerne fra de foregående udbud. Det gav således ikke kommerciel mening at byde på delaftaler, fordi det i den konkrete situation var åbenbart formålsløst. Hvis Eurostar og GVCO ikke var gået sammen om at byde på den samlede opgave, havde det mest realistiske kontrafaktiske scenarie derfor været, at Eurostar havde valgt ikke at byde overhovedet, fordi det i den konkrete situation fremstod formålsløst. Og i så fald ville der ikke uden Konsortiet være kommet flere, men færre bud, hvilket understøtter, at Konsortiet var konkurrencefremmende.

At et konsortiebud i en situation, hvor det forretningsmæssigt ikke giver mening at byde hver for sig, kan være konkurrencefremmende, understøttes af en tysk højesteretsafgørelse fra 13. december 1983, *Bauvorhaben Schramberg* (KRB 3/83) […], hvor den tyske højesteret fandt, at det ikke var konkurrencebegrænsende, at tre virksomheder, der alle kunne havde afgivet bud hver for sig på en opgave, valgte at afgive et fælles konsortiebud, idet de ellers ikke ville have afgivet bud hver for sig, fordi det ikke gav forretningsmæssig mening. Højesteret gav i sin afgørelse udtryk for, at konsortiesamarbejdet således havde medført, at der var blevet afgivet et bud mere, end hvad der havde været tilfældet uden konsortiet, og at konsortiet dermed havde fremmet konkurrencen.

Hverken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet foretager en reel vurdering af det realistiske kontrafaktiske scenarie henset til omstændighederne i sagen, men lægger helt uden nærmere undersøgelse til grund, at Konsortiet har ført til færre bud, og at færre bud er ensbetydende med mindre konkurrence, hvilket er en fejl.

3.3.2.3 Den økonomiske og retlige sammenhæng Konsortieaftalen indgår i

I forhold til vurderingen af, om Konsortieaftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, er det endeligt nødvendigt også at forholde sig til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.

Også på dette punkt gøres det gældende, at Konkurrenceankenævnet ikke har forholdt sig tilstrækkeligt til den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgår i, og at ankenævnet også af denne grund har forsømt at foretage en reel efterprøvelse af Konkurrencerådets afgørelse og vurdering.

Ankenævnet forholder sig alene til, at Eurostar og GVCO kunne have budt på delaftaler og som følge heraf eliminerede konkurrencen mellem sig ved at indgå Konsortieaftalen, og at det ikke er dokumenteret, at Vejdirektoratet ikke ville kunne have fået en lavere pris på udbuddet samlet uden Konsortiet.

Ifølge Konkurrencerådets afgørelse skal der alene tages summarisk hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, når der er tale om en aftale mellem konkurrenter om fastsættelse af priser og opdeling af markeder, jf. afgørelsens pkt. 783 […].

Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for alene at forholde sig summarisk til den økonomiske og retlige sammenhæng, som Konsortieaftalen indgår i. Dels fordi der ikke er tale om en pris- eller markedsdelingsaftale, men en konsortieaftale. Dels fordi det forudsættes, at til formåls vurderingen skal foretages på baggrund den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår, idet rent teoretiske og abstrakte overvejelser ikke kan forsvares, jf. pkt. 41 i Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i *Cartes Bancaires* […].

Hvis ankenævnet ikke inddrager samtlige forhold i sin vurdering af, om Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, risikerer ankenævnet – ligesom Konkurrencerådet - at nå til et forkert resultat, da det i sidste ende er en helhedsbedømmelse af samtlige faktorer, der skal ligge til grund for vurderingen.

Konkurrenceankenævnet burde derfor have inddraget samtlige faktorer i sin vurdering af, om Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, herunder de særlige økonomiske og retlige omstændigheder, aftalen indgår i.

Det gælder både i forhold til den særlige rabatstruktur, der gjorde sig gældende, og omstændighederne omkring de foregående to udbud samt det forhold, at parterne ikke forud for indgåelsen af aftalen kunne vide, hvor mange der ville afgive bud og hvordan. Det gælder også i forhold til de økonomiske forhold, herunder det forhold at Eurostar kun lige akkurat har formået at skabe overskud, at GVCO frem til udbuddets gennemførelse kørte med underskud på sin vejmarkeringsdrift, at Guide-Lines kørte med underskud og var i misligholdelse på opfyldelse af sine kontrakter med Vejdirektoratet og efterfølgende er gået konkurs, hvilket indikerer, at Guide-Lines ikke var i stand til at drive en rentabel forretning med sine meget lave priser, og det gælder i forhold til vurderingen af, om der realistisk set var kommet flere bud ind uden Konsortiet, og hvad det mest realistiske kontrafaktiske scenarie havde været.

Alle disse forhold påvirker vurderingen af, om det havde været realistisk, at Vejdirektoratet kunne have fået en lavere pris på hele udbuddet samlet uden Konsortiet, og om Konsortiet reelt var skadelig for konkurrencen – eller det modsatte.

Aftalen er ikke i sin natur skadelig for konkurrencen, og ankenævnet har ikke godtgjort, at kriterierne for at kunne konkludere, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, er opfyldt.

I relation til den manglende undersøgelse af aftalens virkninger bemærkes det, at det er nærliggende at antage, at årsagen til, at Konkurrencerådet ikke har foretaget en sådan helhedsvurdering, skyldes, at rådet var klar over, at det ikke kunne godtgøres, at Vejdirektoratet ville have fået en billigere eller bedre løsning uden Konsortiet.

Sandsynligheden taler således for, at parterne havde afgivet mindre konkurrencedygtige bud uden Konsortiet, hvis de overhovedet havde budt hver for sig uden Konsortiet, idet begge parter havde en klar forventning om, at konkurrencen de facto udspillede sig om den samlede konkurrence, hvilket de fik ret i. Dernæst ville parternes individuelle bud, hvis det havde budt, ikke give Vejdirektoratet samme grad af leveringssikkerhed, idet parterne ikke ville kunne trække på hinandens ressourcer og heller ikke ville hæfte solidarisk.

Til støtte for, at ankenævnet ikke har inddraget den økonomiske og retlige sammenhæng, som Konsortieaftalen indgik i, og at aftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen, henvises til en svensk dom truffet af Patent- och marknadsöverdomstolen den 13. februar 2018 i sag PMT 761-17, *Telia Sverige AB mod Konkurrensverket* […]. Sagen vedrørte informationsudveksling mellem to potentielle tilbudsgivere/konkurrenter, Telia Sverige og GothNet, i forbindelse med et udbud, hvor Telia havde meddelt GothNet, at Telia ikke agtede at afgive tilbud, fordi Telia af tekniske og kommercielle årsager ikke kunne levere de udbudte ydelser.

Domstolen vurderede […], at selvom informationsudvekslingen ved første øjekast var egnet til at begrænse konkurrencen, havde den ikke til formål at begrænse konkurrencen. Domstolen lagde vægt på, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes snævert, og at udformningen af udbudsbetingelserne gjorde det vanskeligt for Telia at konkurrere om de udbudte ydelser, og at ordregiver dermed i væsentlig grad havde forstyrret forudsætningerne for en effektiv konkurrence, hvilket var en del af den økonomiske og retlige sammenhæng, som informationsudvekslingen indgik i, og som skulle indgå i vurderingen af, om informationsudvekslingen havde til formål at begrænse konkurrencen. I denne vurdering kunne Telias information til GothNet, henset til den indskrænkende fortolkning af begrebet, ikke anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Dommen understreger vigtigheden af at inddrage samtlige relevante omstændigheder i vurderingen af, om Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Hverken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet kan således se bort fra ovennævnte om-

stændigheder, som burde indgå i vurderingen, men som både rådet og ankenævnet har undladt at inddrage i fornødent omfang. Rådet og ankenævnet fokuseret fuldstændig ensidigt på, at det var muligt at afgive bud på delaftaler, uden at inddrage betydningen af rabatstrukturen, erfaringerne fra de tidligere udbud, de konkurrencefremmende virkninger af konsortier, det realistiske kontrafaktiske scenarie mv.

Såvel rådet som ankenævnet begår den fejl, at de uden belæg herfor i hverken erfaringer eller økonomisk teori og uden hensyntagen til den økonomiske og retlige sammenhæng, som Konsortieaftalen indgår i, udvider gruppen af formålsovertrædelser til at inkludere konsortieaftaler mellem konkurrenter.

Hverken rådet eller ankenævnet har foretaget en tilstrækkelig vurdering af Konsortiet, herunder henset til Konsortieaftalens indhold og målsætninger og den økonomiske og retlige sammenhæng, som Konsortieaftalen indgår i, men alene foretaget en overfladisk konstatering af, at Konsortiet har ført til færre bud, og at færre bud har skadelige virkninger på konkurrencen.

Ankenævnet har dermed ikke løftet bevisbyrden for, at Konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, idet det bemærkes, at enhver tvivl bør komme Eurostar og GVCO til gode i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 2 […], jf. tillige præmis 62 i EFTA-Domstolens dom i den norske Ski Taxi sag […].

3.3.3 En stadfæstelse af ankenævnets kendelse vil have vidtrækkende konsekvenser

Konsekvensen af en stadfæstelse af Konkurrenceankenævnets kendelse vil være, at en konsortieaftale mellem konkurrenter de facto vil have til formål at begrænse konkurrencen uden krav om påvisning af konkurrencebegrænsende virkninger overhovedet, og at det er usandsynligt, at betingelserne for en fritagelse vil være opfyldt, jf. punkt 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3 […] samt afsnit 1 i Kommissionens staff working document […].

Henset til de vidtrækkende og indgribende konsekvenser og risici, som det har for de berørte virksomheder, i form af bøder på op til 10% af virksomhedernes koncernomsætning samt risiko for bøde- og fængselsstraffe for enkeltpersoner, er det åbenbart, at en stadfæstelse af ankenævnets kendelse vil afholde mange virksomheder fra at indgå i konkurrencefremmende konsortiesamarbejder med konkurrenter, og at dette selvsagt vil kunne have en negativ indvirkning på konkurrencen.

For nærmere at få belyst udbredelsen af konsortier i forbindelse med deltagelse i udbud – og dermed de risici som en stadfæstelse af Konkurrenceankenævnets kendelse vil indebære – har Eurostar og GVCO med udgangspunkt i den procesaftale, der er indgået mellem henholdsvis Eurostar, GVCO og Konkurrencerådet omkring muligheden for indhentelse af ensidige sagkyndige erklæringer, indhentet erklæringer om udbredelsen af konsortier fra henholdsvis Dansk Industri ("**DI**") og Dansk Byggeri.

Af erklæringen fra DI, jf. GVCO's bilag 11 (Eurostars bilag 15) […] fremgår det, at konsortier er en samarbejdsform, som er udbredt blandt DI's ca. 10.000 medlemsvirksomheder både indenfor samme branche og på tværs af brancher (svar på spørgsmål 1). Selvom DI ikke har konkrete tal på, hvor mange konsortier, der i praksis bliver indgået, er DI bekendt med, at nogle medlemsvirksomheder indgår 3-400 konsortieaftaler om året.

Det fremgår endvidere, at DI er bekendt med, at flere medlemsvirksomheder afstår fra at indgå i konsortier, fordi den nuværende konkurrenceretlige praksis på området desværre har skabt en retlig usikkerhed og bekymring blandt virksomhederne.

I relation til de situationer, hvor konsortiesamarbejder forekommer, oplyser DI følgende (svar på spørgsmål 2):

> *"Konsortier anvendes særligt i forbindelse med offentlige udbud og tilbud til private, men der kan også være situationer, hvor konsortiet eksempelvis indgås med henblik på at løfte en fælles udviklingsopgave eller lignende.*
>
> *Virksomheder, der deltager i et udbud, konkurrerer om at afgive det bedste tilbud til kunden 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.*
>
> *For mange virksomheder er det forretningsmæssigt 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 kunden, 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

I nogle situationer kan ordregivers krav i udbudsmaterialet også være medvirkende til, at virksomhederne bliver nødt til at indgå i konsortier. I begrænsede offentlige udbud kan der eksempelvis blive stillet krav til ansøgerens omsætning eller referencer i forhold til vurderingen af egnethed, og samtidig lader ordregiveren omsætningskrav og referencer indgå som udvælgelseskriteriuMørch 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 konsortiuMørch Udbudsmaterialet kan også indeholde andre krav - som eksempelvis muligheden for at kunne give samlerabat ved tilbud på samtlige delaftaler i et udbud – der kan presse virksomhederne til at afgive fællestilbud i et konsortiuMørch

Det er derudover vigtigt at understrege, at der er høje transaktionsomkostninger forbundet med at afgive tilbud og deltage i udbuddet. Virksomheder ønsker derfor kun at indgå i et konsortium, hvis det forretningsmæssigt og strategisk giver mening at bruge ressourcer på at afgive et fælles et konkurrencedygtigt bud.

DI's svar bekræfter Eurostars opfattelse af, at indgåelse af konsortier mellem konkurrenter er meget udbredte i Danmark, at der kan være mange saglige begrundelser for at indgå i et konsortium med en konkurrent, og at virksomhederne generelt ikke indgår i konsortier, medmindre der er en god grund hertil.

Erklæringen fra DI bekræfter den generelle tilbageholdenhed omkring konkurrencefremmende konsortiedannelser blandt konkurrenter, der har spredt sig blandt virksomheder på tværs af alle brancher som en følge af den usikkerhed, Konkurrencerådets afgørelse samt Konkurrenceankenævnets stadfæstelse har skabt. Tilbageholdenheden skyldes den væsentlige risiko, herunder risikoen for fængselsstraf, der er forbundet med at indgå konkurrencefremmende konsortier med konkurrenter, da meget få virksomheder – og ledende medarbejdere for den sags skyld - er villige til at løbe den risiko, der er forbundet med den svære og meget udfordrende opgave, det vil være at skulle godtgøre, at fritagelsesbetingelserne er opfyldt, hvis fx en forbigået tilbudsgiver indgiver en klage til konkurrencemyndighederne.

Tilbageholdenheden skyldes også den usikkerhed, der er forbundet med vurderingen af, hvornår man er konkurrenter. Det gælder særligt i forhold til vurderingen af, om virksomhederne har den fornødne kapacitet til at løfte en opgave alene, herunder hvor realistisk det er, om virksomhederne som forudsat af Konkurrencerådet kan overkomme eventuelle kapacitetsbegrænsninger ved at investere sig ud af disse ved fx at ansætte flere

folk, hvis det ellers er muligt, købe flere maskiner mv. En del af usikkerheden går endvidere på spørgsmålet om, hvordan ens eksisterende kapacitet udregnes, og hvordan virksomhederne skal forholde sig til Konkurrencerådets forudsætning om, at virksomhederne ikke i deres kapacitetsberegninger må indregne forventede opgaver fra kernekunder, som der ikke er indgået skriftlige aftaler om.

Faktum er, at sagen har skabt så stor usikkerhed, at det afholder mange virksomheder fra helt at byde på opgaver, som de ellers ville byde på, hvis de havde mulighed for at byde sammen med andre, hvad enten dette er begrundet i et ønske eller krav om risikospredning eller i en erkendelse af, at virksomheden på grund af udbuddets udformning ikke har en realistisk chance for at vinde alene og derfor ikke ønsker at påtage sig de ofte væsentlige transaktionsomkostninger, der er forbundet med at deltage i en udbudsproces.

Samtidig må det konstateres, at den prøvelsesintensitet, afgørelserne er udtryk for, stiller ualmindelige store krav til de vurderinger og kapacitetsberegninger, virksomhederne skal nå at foretage indenfor en ofte meget kort tidshorisont.

Dansk Byggeri giver i sin erklæring, jf. GVCO's bilag 12 (Eurostars bilag 16) […] udtryk for, at Dansk Byggeri ikke er i besiddelse af eller har kendskab til statistisk materiale omkring udbredelsen af konsortier på bygge- og anlægsområdet. Konsortiedannelser er ifølge Dansk Byggeri ikke så udbredte indenfor bygge- og anlægsbranchen, idet underentreprise er den mest udbredte samarbejdsform indenfor denne branche.

Konsortiedannelser mellem konkurrenter anvendes ifølge Dansk Byggeri primært i større og komplicerede offentlige udbud efter udbudsloven, hvor opgavernes kompleksitet og størrelse gør det for risikabelt for enkelte virksomheder at påtage sig opgaven alene. Til forskel for underentreprise-modellen giver konsortium-modellen større tryghed for bygherren, fordi samtlige involverede virksomheder i konsortiet hæfter overfor bygherren. Ifølge Dansk Byggeri anvendes konsortier også i et vist omfang mellem mindre håndværksmestre for at komme i betragtning til mindre kommunale opgaver, som udbydes i hovedentreprise.

Selvom underentreprise er den mest udbredte samarbejdsform indenfor bygge- og anlægsbranchen viser erklæringen, at konsortiedannelserne også anvendes i denne branche og særligt i de større udbud, hvor virksomhederne har behov for at kunne sprede risikoen. Dette er et hensyn, som ikke uden videre anerkendes af konkurrencemyndighederne, og der vil i sådanne situationer skulle foretages en individuel vurdering af, om betingelserne for en fritagelse er opfyldt. Som tidligere anført viser praksis, at det er usandsynligt, at betingelserne vil være opfyldt, hvis der er tale om en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen. Og hvis aftalen er indgået mellem konkurrenter, må det på baggrund af Konkurrenceankenævnets kendelse lægges til grund, at aftalen – uanset dens virkninger – har til formål at begrænse konkurrencen. En stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelse vil derfor få alvorlige konsekvenser særligt indenfor de store bygge- og anlægsopgaver, hvor konsortiedannelser ofte forekommer.

For så vidt angår underentreprise bemærkes det endvidere, at det reelt ikke gør nogen forskel, om der er tale om underentreprise eller konsortier. Hvis samarbejdet er mellem konkurrenter, vil samarbejdet blive vurderet på samme måde, uanset om det er en underleverandøraftale eller en konsortieaftale, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra 2014 om konsortiesamarbejde i forhold til […]. En stadfæstelse af Konkurrenceankenævnets kendelse vil derfor – uanset samarbejdsformen - få vidtrækkende betydning for bygge- og anlægsbranchen og virksomhedernes muligheder for at indgå konkurrencefremmende samarbejder.

Konkurrencerådet har givet udtryk for, at erklæringerne fra DI og Dansk Byggeri indikerer, at konsortier typisk etableres, hvor der ikke er tale om konkurrerende virksomheder, eller hvor der må forventes effektiviseringsgevinster af så væsentlig betydning, at betingelserne for en individuel fritagelse må antages at være opfyldt.

Eurostar er ikke enig i, at erklæringerne indikerer, at konsortier typisk etableres mellem virksomheder, der ikke er konkurrenter. Særligt DI's erklæring bekræfter, at indgåelse af konsortier mellem konkurrenter er meget udbredte i Danmark, og at der kan være mange saglige begrundelser for at indgå i et konsortium med en konkurrent. Erklæringen bekræfter endvidere den generelle tilbageholdenhed omkring konkurrencefremmende konsortiedannelser blandt konkurrenter, der har spredt sig blandt virksomheder på tværs af alle brancher som en følge af den usikkerhed, Konkurrencerådets afgørelse samt Konkurrenceankenævnets stadfæstelse har skabt.

Mange virksomheder og deres ledende medarbejdere er forståeligt nok ikke villige til at løbe de væsentlige risici, der er forbundet med den svære og meget udfordrende opgave, det vil være at skulle godtgøre, at fritagelsesbetingelserne er opfyldt.

Nærværende sag viser, at denne risiko er væsentlig. Konkurrencerådet anmeldte Eurostar og GVCO til SØIK i forlængelse af Konkurrenceankenævnets stadfæstelse af rådets afgørelse for forsætligt eller groft uagtsomt at have overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1/TEUF artikel 101, stk. 1, ved at have fastsat priser og opdelt markeder i forbindelse med afgivelse af fælles bud på genudbuddet af genmarkering i 2014, jf. Eurostars bilag 3 […].

SØIK har efterfølgende rejst sigtelse mod både Eurostar og Eurostars direktør, Direktør X, for overtrædelse af straffelovens § 299 c, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, eller TEUF artikel 101, stk. 1, jf. Eurostars bilag 18 […] og bilag 19 […].

Som det fremgår af sigtelserne, omfatter disse også overtrædelser i relation til Udbud I og II, selvom disse forhold ikke er omfattet af Konkurrencerådets afgørelse. Dernæst er Eurostar og selskabets direktør sigtet for forsætlig og under skærpende omstændigheder at have indgået/medvirket til indgåelse kartelaftaler med en strafferamme på fængsel indtil 6 år.

Sigtelserne vidner om de alvorlige konsekvenser, der følger af Konkurrencerådets udvidelse af gruppen af formålsovertrædelser til at omfatte konsortieaftaler uden en nærmere

undersøgelse og analyse af konsortieaftalens virkninger på konkurrencen, selvom hverken erfaringer eller økonomisk videnskab tilsiger, at sådanne aftaler i deres natur er tilstrækkelig skadelige for konkurrencen.

Det afvises på den baggrund, at det som anført af Konkurrencerådet er uden betydning for afgørelsen af nærværende sag, om den måtte kunne få betydning for andre konsortier. En stadfæstelse af Konkurrenceankenævnets kendelse – og dermed Konkurrenceankenævnets juridiske test - vil betyde, at også konkurrencefremmende konsortiesamarbejder mellem aktuelle og potentielle konkurrenter vil blive begrænset til skade for konkurrencen, fordi de færreste virksomheder og ledende medarbejdere vil være villige til at løbe den risiko, der er forbundet hermed.

Det bemærkes, at den seneste ændring af konkurrenceloven, herunder ændringen af bagatelreglerne, samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opdaterede vejledning om konsortier […] ikke vil få nogen nævneværdig betydning i forhold til den usikkerhed, der er skabt omkring konsortier, idet de ændrede bagatelregler ikke gælder for formålsovertrædelser.

3.4 Konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3

Hvis retten måtte finde, at konsortieaftalen har *til formål* at skade konkurrencen og derfor er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, er et tredje centralt spørgsmål i sagen, om Eurostar og GVCO har sandsynliggjort, at Konsortiet opfyldte betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, med det resultat, at Konkurrenceankenævnets kendelse af denne grund bør ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Eurostar gør i relation til dette spørgsmål gældende, at Eurostar på tilstrækkelig vis har sandsynliggjort, at Konsortieaftalen opfyldte betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, og at Konkurrenceankenævnet dermed fejlagtigt har lagt til grund, Eurostar og GVCO ikke har fremlagt dokumentation herfor og dermed ikke løftet bevisbyrden for, at Konsortieaftalen kan fritages, hvorfor Konkurrenceankenævnets kendelse bør ophæves, subsidiært bør sagen hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Det gøres endvidere gældende, at Konkurrenceankenævnet har forsømt at foretage en reel prøvelse af Konkurrencerådets vurdering af, om betingelserne for en individuel fritagelse er opfyldt, og at Konkurrenceankenævnets kendelse også af denne grund bør ophæves, subsidiært at sagen bør hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

I relation til parternes bevisbyrde har Konkurrencerådet anført, at beviskravet skal ses i lyset af, at det udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning, at de to største aktører på markedet har aftalt ikke at konkurrere med hinanden, hvorfor der må kræves en meget klar dokumentation for, at betingelserne for en fritagelse er opfyldt.

Det afvises, at parterne har aftalt ikke at konkurrere med hinanden. Som redegjort for under pkt. 3.2 indebar rabatstrukturen og erfaringerne fra de foregående udbud, at konkurrencen reelt udspillede sig om den samlede opgave, hvilken rapporten fra Copenhagen Economics samt den sagkyndige erklæring fra Nils-Henrik Mørch von der Fehr understøtter, jf. pkt. 3.2.2 og pkt. 3.2.3 ovenfor.

Der er derfor tale om, at parterne ikke havde mulighed for at byde alene på den samlede opgave, men ved at gå sammen fik mulighed herfor. Med undtagelse af det omhandlede udbud og de foregående to udbud, hvor Eurostar og GVCO også bød sammen på grund af samme rabatstruktur, der favoriserede bud på den samlede opgave, har Eurostar og GVCO uden undtagelse altid budt hver for sig og mod hinanden både før og efter det omhandlede udbud.

I relation til Konkurrencerådets bemærkning om, at Eurostar og GVCO var de to største aktører på markedet, henvises der til pkt. 2.2, hvoraf det fremgår, at Konkurrencerådets angivelse af Eurostar og GVCO som markedets største aktør og Guide-Lines som den tredjestørste aktør er baseret på omsætningstal estimeret af Eurostar for 2013, jf. underbilag 3 til Konkurrencerådets afgørelse […]. Som det også fremgår af dette bilag, estimerede Eurostar, at Eurostar og Guide-Lines målt på produktion var næsten lige store i 2013.

Guide-Lines vandt som bekendt Udbud II i 2014 og var derfor på tidspunktet for gennemførelsen af det omhandlede Udbud III en væsentlig større aktør end angivet i Konkurrencerådets afgørelse og muligvis den største aktør. Dette forhold gjorde Eurostar Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opmærksom på flere gange, uden at dette dog førte til, at styrelsen foretog nærmere undersøgelser af de reelle markedsforhold i den omhandlede periode. Det er derfor ikke nødvendigvis korrekt, når Konkurrencerådet lægger til grund, at Konsortieaftalen var indgået mellem de to største aktører på markedet.

3.4.1 Kriteriet om effektivitetsgevinster

Konkurrenceankenævnet går ikke nærmere ind i en vurdering af, om den første fritagelsesbetingelse er opfyldt. Ankenævnet forholder sig dermed ikke til spørgsmålet om, hvorvidt Konsortieaftalen bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling.

Af Konkurrencerådets afgørelse fremgår, at der efter rådets vurdering ikke opnås nogen betydelige gevinster ved, at GVCO og Eurostar gik sammen om at byde på den samlede opgave, idet der ifølge rådet hverken var stordriftsfordele, omkostningsbesparelser eller fælles udnyttelse af maskiner og mandskab forbundet med samarbejdet.

Det gøres gældende, at Konsortieaftalen medførte såvel driftsøkonomiske som samfundsmæssige effektivitetsgevinster, der – såfremt det mod forventning måtte blive lagt til grund, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen - opvejede den konkurrencebegrænsende virkning heraf.

Et væsentligt element i aftalen var parternes mulighed for at kunne trække på hinandens ressourcer og deres solidariske hæftelse.

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 kunne fordele den økonomiske risiko, der var for bod som følge af fristoverskridelser, og som følge heraf kunne afsætte et mindre beløb til afdækning af denne risiko, end hvis parterne havde budt hver for sig.

Derudover gav muligheden for at kunne trække på hinandens ressourcer også parterne mulighed for at kunne tilrettelægge en mere effektiv og dermed besparende udnyttelse af ressourcerne, hvis eksisterende opgaver skulle indebære, at det bedre kunne svare sig at trække på den anden parts kapacitet frem for at skulle flytte egen kapacitet. De fordele og besparelser, der lå heri var effektivitetsgevinster, der gav parterne mulighed for at kunne give et billigere og bedre bud, end hvis de bød hver for sig.

Fordelene ved at kunne trække på hinandens ressourcer understøttes af erfaringerne fra Udbud I. Genudbuddet af genmarkeringen i de tre distrikter i 2014 (Udbud III) skyldtes, at Guide-Lines ikke var i stand til at løse opgaverne indenfor de fastsatte tidsfrister og ikke havde mulighed for at trække på andres ressourcer, hvilket i sidste ende førte til, at Vejdirektoratet så sig nødsaget til at ophæve aftalerne og iværksætte et nyt udbud med deraf følgende omkostninger til følge.

Størrelsen af Vejdirektoratets udbud øgede risikoen for misligholdelser og bod, hvilket erfaringerne også viste. Ved at gå sammen i Konsortiet begrænsede Eurostar og GVCO denne risiko væsentligt. 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 fordele, der var forbundet hermed.

Styrelsen anlægger således en *ex post* vurdering, som ikke er relevant, idet effektivitetsgevinsterne skal vurderes fra et *ex ante* perspektiv. Det afgørende er således, at muligheden for træk på hinandens ressourcer var der, hvilket alt andet lige indebar synergieffekter og effektivitetsgevinster, der gjorde det muligt for parterne at give et bedre og billigere bud.

Det afvises således, at det er en forudsætning for opfyldelsen af fritagelsesbetingelsen, at de forventede effektivitetsgevinster materialiser sig i kontraktperioden fx i form af et behov for at kunne trække på hinandens ressourcer.

Tilbudsgivere, der overvejer at byde på en opgave i et konsortium, er nødt til forud for afgivelse af tilbud at foretage en vurdering af, om konsortiet er lovligt, herunder eventuelt ved opfyldelse af betingelserne for en fritagelse, selvom dette i forvejen er meget van-

skeligt at godtgøre, hvis konsortier mellem konkurrenter må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Hvis det forhold, at forventede og beregnede effektivitetsgevinster efterfølgende måtte vise sig at være mindre end forventet og beregnet, skulle indebære en risiko for, at konsortier i kontraktperioden kan gå fra indledningsvist at være vurderet som lovlige til efterfølgende at måtte vurderes som ulovlige på grund af manglende materialisering af effektivitetsgevinster, vil konsekvenserne af konsortiedannelser blive endnu mere uoverskuelige, end de er i forvejen som følge af ankenævnets stadfæstelse af rådets afgørelse. Det savner derfor mening, når Konkurrencerådet i sin vurdering af, om Eurostar opfylder betingelserne for en fritagelse, tager udgangspunkt i en *ex post* vurdering, hvilket også imødegås af både Copenhagen Economics og Nils-Henrik Mørch von der Fehr, jf. pkt. 3.4.1.1 og pkt. 3.4.1.2 nedenfor.

Der lå endvidere en stor sikkerhed for Vejdirektoratet i, at GVCO og Eurostar kunne trække på hinandens ressourcer og hæftede solidarisk, hvorfor Konsortiet også har givet parterne mulighed for at afgive et bedre og billigere bud, end hvis de havde budt hver for sig. Vejdirektoratet havde en klar interesse i en så høj grad af leveringssikkerhed som muligt, og dette gav Konsortiet.

3.4.1.1 Copenhagen Economics rapport af 23. oktober 2015

At konsortieaftalen medførte effektivitetsgevinster, understøttes af Copenhagen Economics rapport, jf. Eurostars bilag 12 […].

Copenhagen Economics konkluderer således følgende i sin rapport […]:

> *"Konsortieaftalen er som en forsikring – en god ide, også selvom der ikke blev brug for den.*
>
> *Det førte til væsentlige effektivitetsgevinster, at GVCO og Eurostar indgik en konsortieaftale forud for afgivelsen af tilbuddet til Vejdirektoratet i udbuddet om Genmarkering 2014- 2017. Det skyldes, at konsortieaftalen gav konsortieparterne en begrundet forventning om en mere stabil og forudsigelig kapacitetsudnyttelse under arbejdet for Vejdirektoratet, fordi konsortiet i vidt omfang ville kunne absorbere de stød, som et projekt af et sådant betydeligt omfang ville medføre. Hertil kommer, at Konkurrencerådets afvisning af effektivitetsgevinster var baseret på en fejlagtig ex post-vurdering, at Vejdirektoratet anerkender eksistensen af effektivitetsgevinster, og at den samme type af effektivitetsgevinster er beskrevet i økonomisk teori."*

Baseret på historiske informationer omkring typen og frekvensen af stød til Eurostars kapacitet i form af nedbrud af maskiner, opsigelser, arbejdsulykker og sygdom har Copenhagen Economics kvantificeret de effektivitetsgevinster, der var forbundet med at indgå i konsortiet. Vurderingen er, at der ved indgåelsen af konsortieaftalen *ex ante* var en for-

ventet effektivitetsgevinst i form af lavere forventede omkostninger ved stød i kapaciteten, fordi konsortiet langt bedre kunne absorbere sådanne stød end hver for sig.

Følgende fremgår således af Copenhagen Economics rapport […]:

> ***"Kvantificering af effektivitetsgevinster***
> *Ved indgåelsen af konsortiet var der ex ante en forventet effektivitetsgevinst i form af lavere forventede omkostninger ved stød til kapaciteten. Årsagen er, at konsortiet kan absorbere sådanne stød langt bedre end konsortiedeltagerne hver for sig. Størrelsen af denne effekt afhænger dels af hyppigheden af kapacitetsstød og dels af de forventede gevinster ved at være en del af konsortiet, såfremt et givet stød indtræffer.*
>
> *Ved et stød til kapaciteten, vil der være en række forventede omkostninger:*
> - ***Omkostninger til standset maskinhold***
>   *For det første, vil der være et forventet tab i form af udgifter til faste omkostninger og lønninger til den del af kapaciteten, som er ramt af stødet. F.eks. vil der i forbindelse med et nedbrud af en maskine, stadig være dels faste omkostninger og dels omkostninger til lønninger til et maskinhold, som ikke længere genererer den forventede omsætning.*
>
> - ***Omkostninger til flytning og øget pres på resterende maskinhold***
>   *For det andet, vil der være et forventet tab, fordi man, for at undgå væsentlige forsinkelser og den deraf følgende risiko for misligholdelse og bod, om muligt, vil flytte rundt på den resterende kapacitet og presse den yderligere. Dette vil medføre ekstra omkostninger, typisk i form af højere lønudgifter og/eller omkostninger til omlægning af kapacitet på tværs af opgaver.[11]*
>
> - ***Omkostninger ved at give afkald på gode ordrer, der kommer med kort varsel***
>   *For det tredje, vil man ved stød til kapaciteten ikke i samme grad kunne acceptere nye, mindre ordrer med kort varsel, som typisk genererer en højere profitandel end opgaverne for Vejdirektoratet. Profitten i en periode med stød til kapaciteten vil dermed også være mindre.[12]*
>
> *Baseret på historiske data fra Eurostar er hyppigheden af alvorlige stød til den interne kapacitet estimeret til 1,6 stød om året af ca. 4 ugers varighed, hvor et arbejdshold er ude af drift, jf. afsnittet ovenfor.[13] Vi benævner disse stød som basisstød.*
>
> *Det er højest sandsynligt, at en opgave, som den for Vejdirektoratet, med den ekstra belastning af kapaciteten det medfører, vil føre til en større hyppighed af stød, end det historisk har været tilfældet, såfremt Eurostar skulle have forsøgt at påtage sig den alene. Der er større risiko for uheld og nedbrud, når man presser kapaciteten yderligere.*

Vi lægger til grund, at opgaven for Vejdirektoratet, såfremt Eurostar havde haft kapaciteten og skulle have forsøgt at påtage sig den alene, ville have forøget antallet af basisstød med 50-100 pct., svarende til 0,8-1,6 ekstra stød, dvs. at der i alt ville have været 2,4-3,2 stød om året i gennemsnit.

Herudover kommer den type af stød, som opstår når afvigelser fra det i udbuddet specificerede arbejde fører til stigninger i kapacitetsbehovet. Når sådanne stød indtræffer vil der ligeledes være en række forventede omkostninger. Disse omkostninger vil være sammenlignelige med de to sidstnævnte omkostningstyper ovenfor, dvs. omkostninger forbundet med øget pres på kapaciteten samt omkostninger forbundet med at man må give afkald på gode ordrer.

Baseret på de tre tidligere opgaver for Vejdirektoratet, som er opsummeret i Tabel 3 ovenfor, fås en gennemsnitlig afvigelse på ca. 75% af opgavens volumen.[14] Når det antages at arbejdet for Vejdirektoratet fordeles på 3 arbejdshold, svarer dette således til en forventning om at hvert af disse arbejdshold er ramt af stød i form af ekstra kapacitetsbehov i ca. 20 ud af sæsonens 27 uger, dvs. ca. 60 uger i alt.

På denne baggrund opgør vi, at den forventede gevinst ved at indgå i konsortiet udgjorde ca. 6-11 pct. af den samlede årlige kontraktsum for udbuddet, se Boks 3.

---

[11] Eksempelvis vil der hver gang det er nødvendigt at flytte et hold fra en opgave til en anden være ca. 2 timers nedlukning og ca. 2 timers opstart. I forbindelse med ekstraordinære flytninger for at kompensere for stød vil denne tid kunne betragtes som spild eller øgede omkostninger.

[12] Eurostar har kortlagt alle opgaver, der i 2014 blev udført af Eurostars Afdeling Øst til umiddelbar udførelse, dvs. hvor arbejdet blev igangsat straks efter indgåelse af kontrakten. I 2014 drejede det sig om i alt 92 entrepriser, som Eurostars Afdeling Øst påtog sig til umiddelbar udførelse. Der var i de fleste tilfælde tale om relativt små entrepriser, idet kontraktsummen i gennemsnit lå på knap 22.000 kr., og blot tre af de 92 entrepriser havde en kontraktsum på over 100.000 kr. I gennemsnit lå dækningsbidraget på 92 entrepriser til umiddelbar udførelse knap 20 procentpoint højere end gennemsnittet for alle Eurostars opgaver i 2014. Dermed var der tale om entrepriser, som ganske vist skulle håndteres med kort varsel, men samtidig var langt mere profitable for Eurostar end de gennemsnitlige entrepriser. Faktisk genererede de 92 entrepriser mellem det dobbelte og tre gange så meget profit for Eurostar, målt i forhold til kontraktsummen, end det var tilfældet med gennemsnittet for alle Eurostars entrepriser i 2014.

[13] Her indregnes ikke de mindre nedbrud af maskinel, der efter Eurostars vurdering forekommer 2-4 gange per år.

[14] I opgørelsen har vi ikke indregnet overskridelser af den faktiske arbejdsmængde, der lå inden for tolerancen på 15 pct., som var angivet i kontrakten med Vejdirektoratet."

Copenhagen Economics har således opgjort effektivitetsgevinsterne til 6-11% af kontraktsummen med Vejdirektoratet.

Copenhagen Economics vurderer endvidere, at Konkurrencerådet foretager en fejlagtigt *ex post* vurdering af effektivitetsgevinsterne, idet Konkurrencerådet lægger vægt på, at parterne – henset til erfaringerne fra de første 1½ år af Konsortiets kontrakt med Vejdirektoratet – ikke puljer deres maskiner eller mandskab. Ved vurderingen af effektivitetsgevinster skal der imidlertid ifølge Copenhagen Economics foretages en *ex ante* vurdering af de forventede effektivitetsgevinster.

Det fremgår således følgende af Copenhagen Economics rapport […]:

> ***"2.2 Konkurrencerådet tager fejl med ex post-vurderinger***
> *I afgørelsen fra juni 2015 bemærker Konkurrencerådet, at GVCO og Eurostar 'ikke puljer materiel eller og mandskab,' og dette indgår i Konkurrencerådets vurdering af, at konsortieparterne ikke har dokumenteret effektivitetsfordele i forbindelse med konsortiet, se Figur 7.*
>
> *…*
>
> *Dermed foretager Konkurrencerådet en såkaldt ex post-vurdering, idet man i juni 2015 ser tilbage på de faktiske hændelser i det første halvandet år af konsortiets kontrakt med Vejdirektoratet. Imidlertid var det en ex ante-vurdering, der i foråret 2014 lå til grund for prisen i konsortiets tilbud, hvor konsortiet var nødt til at se på de forventede forhold og omkostninger ved at udføre arbejdet for Vejdirektoratet.*
>
> *Når et tilbud skal afgives, indregnes alle forventede omkostninger ved arbejdet. Efterfølgende kan de faktiske omkostninger ligge under eller over dette niveau, men det har ikke betydning for prisen i tilbuddet. Konkurrencerådets ex post-vurdering er derfor irrelevant, når det kommer til at vurdere, hvorvidt dannelsen af konsortiet fører til et mere konkurrencedygtigt tilbud."*

Det er således ikke korrekt, når det i Konkurrencerådets afgørelse i relation til vurderingen af effektivitetsgevinster anføres, at betingelserne for en individuel fritagelse skal være til stede under hele perioden for en løbende aftale, og at det derfor også er relevant at inddrage efterfølgende forhold.

Eurostar og GVCO kunne ved indgåelsen af Konsortieaftalen alene vurdere de forventede gevinster og deres indvirkning på den pris, som de bød ind med. Konsortiet reducerede risikoen for stød til kapaciteten og indebar, at parterne kunne indregne en lavere risikopræmie i tilbuddet, og samtidig fik parterne bedre mulighed for at påtage sig andre opgaver som følge af den sikkerhed for stabil kapacitetsudnyttelse, som Konsortiet gav.

Dermed gav Konsortiet parterne mulighed for at give en bedre pris, end hvis de skulle byde hver for sig. Det er således irrelevant for vurderingen af effektivitetsgevinsterne, om parterne rent faktisk kom til at trække på hinandens ressourcer. Konsortiet fungerede som en slags forsikring, som gav parterne mulighed for at give en bedre pris sammen, end hvis de havde budt hver for sig, hvis de havde gjort dette, hvilket som nævnt ikke gav forretningsmæssig mening.

Endelig konkluderer Copenhagen Economics i sin rapport, at den økonomiske teori understøtter de effektivitetsgevinster, som Eurostar forventede ved dannelsen af Konsortiet […]:

"2.3 Vejdirektoratet og økonomisk teori understøtter effektivitetsgevinster
…

Den type af effektivitetsgevinster, som Eurostar og GVCO forventede at realisere ved at danne Konsortiet, er ligeledes veldokumenterede inden for økonomisk teori. Såkaldt real option theory kan bruges til at forklare effektivitetsgevinsterne, se Boks 4.

Boks 4 Real option theory

Real option theory beskriver virksomhedens almindelige budgetterings- og investeringsbeslutninger med begreber fra den finansielle verden, hvor muligheden for at disponere internt i en virksomhed – en såkaldt real option – sidestilles med en finansiel option, hvis værdi kan opgøres.

En real option i sig selv, er muligheden - men ikke forpligtelsen - til at foretage visse forretningsinitiativer, såsom at foretage en investering eller påtage sig en opgave. Muligheden kan for eksempel bestå i at have tilstrækkelig kapacitet til at påtage sig en profitabel opgave med kort varsel.

I real option theory benyttes værdiansættelsesteknikker fra den finansielle verden til at prissætte eller opgøre værdien af sådanne real options.

Kilde: Se fx Copeland, Thomas E.; Vladimir Antikarov (2001). Real Options: A Practitioner's Guide, Brach, Marion A. (2003). Real Options in Practice eller Smit, T.J.; Trigeorgis, Lenos (2004). Strategic In-vest-ment: Real Options and Games.

I relation til Konsortiet og Eurostar er situationen, at Eurostar ved at indgå i konsortiet fik en real option, som har en reel værdi, til at påtage sig andre opgaver på grund af den sikkerhed for stabil kapacitetsudnyttelse, som konsortiet var med til at sikre. Det vil blandt inkludere muligheden for at påtage særligt profitable opgaver, der typisk kommer med kort varsel og dermed kræver umiddelbart tilgængelig kapacitet.[16]

Dermed understøtter økonomisk teori, at effektivitetsgevinster, som dem Eurostar forventede gennem dannelsen af Konsortiet, er faktiske og kan opgøres.

---

[16] *Se tidligere beskrivelse af opgaver med kort varsel, hvor Eurostar har opgjort, at dækningsbidraget for sådanne opgaver i gennemsnit var knap 20 procentpoint højere end for Eurostars samlede mængde af opgaver."*

Det gøres på denne baggrund gældende, at Eurostar på tilstrækkelig vis har sandsynliggjort, at Konsortiet medførte effektivitetsgevinster.

3.4.1.2 Den sagkyndige erklæring udarbejdet af Nils-Henrik Mørch von der Fehr

I tillæg til Copenhagen Economics rapport bekræfter Nils-Henrik Mørch von der Fehr i sin sagkyndige rapport, at vurderingen at effektivitetsgevinster skal foretages ex ante. Nils-Henrik Mørch von der Fehr bekræfter således, at effektiviseringsgevinster i form af muligheden for at kunne trække på hinandens ressourcer kan have en værdi ex ante, selvom de ikke realiseres ex post, idet han udtaler følgende (svar på spørgsmål 10) […]

> *"Som forklart under spørsmål 1, er muligheten for å trekke på hverandres ressurser et eksempel på en samdriftsfordel som gir en produksjonsøkonomisk gevinst. Det gjelder spesielt i tilfeller der en av partene har vanskeligheter med å oppfylle sine forpliktelser, enten fordi kapasiteten i perioder er for liten til å håndtere alle oppgaver,7 eller fordi det oppstår driftsproblemer som følge av feil på utstyr eller mangel på mannskaper. I slike tilfeller slipper man å pådra seg ekstra omkostninger i form av overtid eller innleie (evt. innkjøp) av ekstra utstyr, eller i verste fall mislighold av kontrakten med påfølgende straffebøter, dersom man kan trekke på samarbeidspartnerens ressurser.*
>
> *Muligheten til å trekke på hverandres ressurser, har verdi selv om det skulle vise seg at den ikke blir benyttet. Muligheten kan sammenlignes med en skadeforsikring; en skadeforsikring har verdi, og man er derfor villig til å betale forsikringspremien, selv om man håper at skaden aldri oppstår. Derfor kan ikke verdien av muligheten til å trekke på hverandres ressurser, vurderes med utgangspunkt i om partene faktisk fikk et slikt behov, like lite som verdien av en skadeforsikring kan måles ved om skaden oppsto.*
>
> *Når partene i forbindelse med anbudet skal forsøke å anslå gevinsten ved å kunne trekke på hverandres ressurser, må vurderingen baseres på forventninger, dels om sannsynligheten for at det skal oppstå et behov for å trekke på hverandres ressurser, og dels om betydningen eller verdien av å få behovet dekket. Jo mer sannsynlig det er at behovet vil oppstå, og jo større verdien er av å få dekket dette behovet, desto større er den forventede gevinsten.*
>
> *Den forventede gevinsten ved å kunne trekke på hverandres ressurser, gir – i likhet med enhver annen produksjonsøkonomisk gevinst – et incitament til å inngi et lavere eller bedre bud, spesielt på den samlede oppgave. Incitamentet er sterkere desto større gevinsten er, og desto mer intens konkurransen er; med en forventning om et konkurransepreget anbud ville partene ønske å videreføre mest mulig av gevinsten i tilbudet, for å styrke sin egen konkurranseposisjon og sjansen for å vinne anbudet."*

Nils-Henrik Mørch von der Fehr giver endvidere i sin erklæring udtryk for, at en ex-post analyse af begivenhederne i den faktiske løbetid af kontrakterne med Vejdirektoratet på 1½ år ikke giver et fuldkomment og korrekt billede af, om de af Eurostar og GVCO ex ante forventede effektivitetsgevinster for den forventede 4-årige kontraktperiode var korrekte eller ej (svar på spørgsmål 11) […]

> *"Selv om sannsynligheten for at det skal oppstå et behov for partene til å trekke på hverandres ressurser, er relativt stor, er det altså en betydelig sannsynlighet for at behovet ikke realiseres. Det medfører at selv om den forventede gevinst kan være betydelig, kan den faktisk gevinst vise seg å bli liten eller ingen.*
>
> *Man kan derfor ikke utlede noe presist om verdien for partene av å kunne trekke på hverandres ressurser, av hvorvidt behovet rent faktisk oppstår, ihvertfall ikke med utgangspunkt i en relativt kort periode. En ex post-analyse gir med andre ord et misvisende bilde av verdien ex ante."*

Endelig afviser Nils-Henrik Mørch von der Fehr i sin erklæring, at det på baggrund af en ex post-analyse af den faktiske løbetid på 1½ år kan konkluderes, at konsortiesamarbejdet ikke medførte effektivitetsgevinster, når den forventede kontraktperiode var 4 år (svar på spørgsmål 12) […]. Derudover tilføjer Nils-Henrik M. von der Fehr følgende:

> *"En ex post-analyse av de første 1½ år av en kontraktsperiode på 4 år vil fange opp de gevinster som blir realisert i første del av perioden, men ikke de gevinster som realiseres senere i perioden. En slik analyse vil heller ikke gi noe fullgodt bilde av de gevinster som bare realiseres med en viss sannsynlighet; i prinsippet kan slike gevinster vise seg å bli både mindre og større ex post enn de var forventet å være ex ante – spesielt vil det alltid være en viss sannsynlighet for at gevinstene ikke blir realisert overhodet. En ex post-analyse vil derfor ikke være særlig egnet for å avgjøre i hvilket omfang konsortiumssamarbeidet var forventet å medføre effektivitetsgevinster."*

Det fastholdes på denne baggrund, at muligheden for at kunne trække på hinandens ressourcer, hvis der skulle blive behov for dette, indebar effektivitetsgevinster, idet muligheden herfor mindskede risikoen for misligholdelse og bod, hvilket gjorde det muligt for Eurostar og GVCO at give et bedre og billigere bud, jf. tillige Nils-Henrik Mørch von der Fehrs besvarelse af spørgsmål 1. Dernæst gav parternes mulighed for at kunne trække på hinandens ressourcer og solidariske hæftelse Vejdirektoratet en høj grad af leveringssikkerhed.

Særligt i relation til spørgsmålet om effektivitetsgevinster har Konkurrencerådet/Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som reaktion på den sagkyndige erklæring bemærket, at den sagkyndige ikke tager højde for den omkostning, der for parterne ville være ved at skulle bistå hinanden (altså at de besparelser, en part har, vil kræve udgifter for den anden), og at den sagkyndige heller ikke tager stilling til, hvorfor det indebærer en effektivitetsgevinst, at parterne har kunnet trække på hinandens ressourcer (gensidig forsikring) fremfor at kunne trække på egen forsikring (egenforsikring). Rådet/styrelsen har endvidere bemærket, at selvom effektivitetsgevinster vil give incitament til at afgive lavere bud, er det ikke sikkert, at eventuelle effektivitetsgevinster kommer forbrugerne til gode.

Den sagkyndige har i sin supplerende erklæring […] uddybet, at det er en forkert opfattelse, at effektivitetsgevinster forudsætter lavere omkostninger. Effektivitetsgevinsterne ved en gensidig forsikring består i en reducering af risikoen for uforudsete omkostninger og bod med deraf følgende lavere risikotillæg og lavere priser, hvorfor det ifølge den sagkyndige er irrelevant, når rådet/styrelsen anfører, at der ikke tages højde for den omkostning, parterne har ved at bistå hinanden.

Endelig fastholder den sagkyndige, at Konkurrencerådets afvisning af parternes dokumentation for effektivitetsgevinsterne er behæftet med fejl og i strid med økonomisk teori.

3.4.2 Kriteriet om forbrugerfordele

Som tilfældet er det med den første fritagelsesbetingelse, går Konkurrenceankenævnet heller ikke ind i en nærmere vurdering af, om den anden fritagelsesbetingelse er opfyldt.

Konkurrencerådet vurderede, at ingen af parterne havde dokumenteret, at samarbejdet havde medført effektivitetsfordele, som kunne komme forbrugerne til gode.

Som redegjort for ovenfor medfører Konsortiet effektivitetsgevinster særligt i kraft af parternes mulighed for at kunne trække på hinandens ressourcer og den solidariske hæftelse, hvilket gav parterne mulighed for at kunne give et bedre og billigere bud. Herved mindskedes risikoen for misligholdelse af kontrakterne med Vejdirektoratet, herunder risikoen for at skulle ud i et nyt ressourcekrævende udbud, hvilket var til gavn for forbrugerne. Dernæst var der et trafiksikkerhedsmæssige aspekt. Slidte vejmarkeringer udgør en trafiksikkerhedsmæssig risiko og set ud fra et trafiksikkerhedsmæssigt og samfundsøkonomisk perspektiv kom en høj grad af leveringssikkerhed derfor også forbrugerne til gode.

Konkurrencerådet synes at tillægge antallet af aktører/bud afgørende vægt i sin vurdering, idet rådet i afgørelsen antager, at konkurrencen alt andet lige er blevet begrænset som følge af Konsortiet. Konsortiet gjort det muligt for Eurostar og GVCO at give et bedre og billigere tilbud, end hvis de havde budt hver for sig, hvis de ellers havde valgt at gøre dette. Udfaldet af udbuddet viser, at Vejdirektoratet fik den laveste pris og den højeste grad af leveringssikkerhed, idet parterne kunne trække på hinandens ressourcer og hæftede solidarisk. Der er intet, der indikerer, at der ville være kommet flere eller bedre bud uden Konsortiet. Snarere tværtimod.

3.4.3 Kriteriet om proportionalitet

Konkurrenceankenævnet har heller ikke forholdt sig til den tredje fritagelsesbetingelse.

Af Konkurrencerådets afgørelse fremgår, at Konsortieaftalen ikke er proportional.

Konsortiets bud var imidlertid det billigste bud, der blev givet, og det bud, der gav den højeste grad af leveringssikkerhed. Eurostar havde ikke kapacitet til at byde på den samlede opgave og ville ikke på egen hånd kunne tilbyde samme grad af leveringssikkerhed. De fordele, der var forbundet med Konsortiet i form af en lav pris og høj 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. Aftalen var derfor proportional.

3.4.4 Kriteriet om udelukkelse af konkurrencen

Konkurrenceankenævnet har heller ikke forholdt sig til den fjerde fritagelsesbetingelse.

Af Konkurrencerådets afgørelse fremgår, at Konsortieaftalen kan have en generel ekskluderende effekt på markedet for vejmarkering, idet parterne ved at byde sammen har udelukket den konkurrence, der ellers ville have været, hvis de havde budt hver for sig.

Der er imidlertid intet, der indikerer, at der ville være kommet flere eller lavere bud ind uden Konsortiet. Snarere tværtimod.

Eurostar var således ikke i stand til at byde på distrikt Syddanmark, og der var derfor ikke kommet et ekstra bud ind på distrikt Syddanmark uden Konsortiet, og der er heller ikke noget, der indikerer, at GVCO ville have budt lavere end Lemminkäinen på distrikt Syddanmark, hvilket havde forudsat, at GVCO skulle give mere end 20% i rabat for at vinde dette distrikt.

Dernæst er det heller ikke realistisk, at der uden Konsortiet var kommet flere bud ind på distrikt Sjælland, der var lavere end Guide-Lines bud, der var urealistisk lavt, hvilket understøttes af Guide-Lines konkurs i slutningen af oktober 2015. Guide-Lines formåede med sine meget lave priser ikke at drive en rentabel forretning. Eurostars forretning ville ikke kunne holde til at byde så lavt, som Guide-Lines gjorde, og det samme må antages at gøre sig gældende i forhold til GVCO.

Eurostar havde heller ikke kapacitet til at byde på både distrikt Sjælland og distrikt Hovedstaden, og Eurostar havde derfor valgt at satse på distrikt Sjælland, hvis Eurostar overhovedet havde budt alene, hvilket som nævnt ikke gav forretningsmæsig mening, hvorfor der derfor heller ikke ville være kommet flere bud på distrikt Hovedstaden uden Konsortiet.

Der er derfor ikke som følge af Konsortieaftalen sket en udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af det relevante marked for vejmarkering, der ifølge Konkurrencerådets egen markedsafgrænsning omfatter opgaver for såvel Vejdirektoratet, kommuner, asfaltentreprenører og private virksomheder, jf. afgørelsens afsnit 4.1.1 […]. Udbuddet berørte således kun en mindre del af det samlede marked, og aftalen gav derfor under ingen omstændigheder parterne mulighed for at udelukke konkurrencen fra en væsentlig del af det relevante marked.

Eurostar har således sandsynliggjort, at betingelserne for en individuel fritagelse var opfyldt, såfremt det lægges til grund, at Konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, og Konkurrenceankenævnets afgørelse bør derfor ophæves, subsidiært bør sagen hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Såfremt det må lægges til grund, at betingelserne for en individuel fritagelse mod forventning ikke kan anses for opfyldt, understreger dette, hvor vanskeligt det i praksis er at godtgøre, at betingelserne for en fritagelse er opfyldt, når der er tale om formålsovertrædelser, og det vil i praksis få den konsekvens, at ingen virksomheder tør forlade sig på, at konsortier mellem aktuelle eller potentielle konkurrenter, uanset hvor positive virkninger de ellers måtte have, vil kunne opfylde betingelserne for en fritagelse.

[…]

5 SAGSOMKOSTNINGER

Retten bør ved fastsættelse af sagsomkostninger tage hensyn til, at der for de involverede virksomheder har været tale om en omfattende sag med deraf følgende omfattende omkostninger, herunder omkostninger til indhentelse af sagkyndig erklæring.
Der bør endvidere tages hensyn til, at

Såfremt retten måtte stadfæste Konkurrenceankenævnets kendelse, bør retten i sin omkostningsfastsættelse i henhold til retsplejelovens § 312, stk. 3 […] tage hensyn til, at der er tale om en principiel sag mellem to private virksomheder og en offentlig myndighed vedrørende fortolkningen af konkurrencereglerne, som i forhold til vurderingen af konsortier er uklar. Der henvises i den forbindelse til U.2007.943 […], hvor Højesteret med henvisning til, at der i den konkrete sag var tale om en sag mellem en borger og en offentlig myndighed om blandt andet et tvivlsomt fortolkningsspørgsmål, fandt, at ingen af parterne burde betale sagsomkostninger for byret og landsret til den anden part.

…"

For sagsøger, GVCO A/S, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 8. maj 2018, hvoraf fremgår bl.a.:

"[…]

C Anbringender

1 Sø- og Handelsretten kan foretage en fuldstændig prøvelse af konkurrencemyndighedernes retsanvendelse og sagens faktiske omstændigheder

Konkurrencerådet har gjort gældende, at konkurrencemyndighederne på grund af deres særlige sammensætning og indsigt i komplicerede økonomiske og konkurrenceretlige forhold må have et vidt skøn, og at domstolene ikke skal sætte deres eget skøn i stedet for Konkurrenceankenævnets skøn.

Hertil bemærkes, at Sø- og Handelsretten er kompetent til at foretage en fuldstændig prøvelse af Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets retsanvendelse og sagens faktiske omstændigheder, jf. f.eks. Sø- og Handelsrettens udtalelse herom på side 213 i Karnovs version af dom af 30. august 2016 i sag U-1-08, DONG Energy A/S mod Konkurrencerådet […]:

> *"Ved prøvelsen kan Sø- og Handelsretten, som ved retsplejelovens § 225, stk. 2, nr. 5, er tillagt særlig kompetence til at behandle civile sager, hvor anvendelse af konkurrenceloven har væsentlig betydning, foretage en fuldstændig efterprøvelse af Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets retsanvendelse, idet der ikke kan gives Konkurrencerådet medhold i, at konkurrencemyndighederne skulle være i besiddelse af en særlig konkurrenceretlig ekspertise, som afskærer domstolene fra en fuldstændig prøvelse af myndighedernes retsanvendelse. Retten kan endvidere foretage en fuldstændig prøvelse af sagens faktiske omstændigheder […]"*

2 GVCO og Eurostar var ikke konkurrenter i forhold til udbuddet

Det følger af § 6 i konkurrenceloven […] og artikel 101, stk. 1, TEUF […], at en aftale, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, er ulovlig, medmindre betingelserne om fritagelse i konkurrencelovens § 8 […] eller artikel 101, stk. 3, TEUF […], er opfyldt.

Af Europa-Kommissionens Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 237, fremgår […]:

> *"En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejdet, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer. Et konkret eksempel herpå er konsortieaftaler, der giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre enkeltvis. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1." (understregning foretaget her)*

Det citerede afsnit indeholder en såkaldt "safe harbour", som det ofte kendes i konkurrenceretten: Konsortiet i denne sag er i hvert fald lovligt, hvis det kan konstateres, at GVCO A/S ("GVCO", tidligere LKF Vejmarkering A/S) og Eurostar Danmark A/S ("Eurostar") ikke var konkurrenter i forbindelse med gennemførelse af Vejdirektoratets udbud

"Genudbud af kørebaneafmærkning – GEN-KA" i 2014, fordi de ikke ville have kunnet gennemføre vejmarkeringsopgaverne hver især.

GVCO gør gældende, at GVCO og Eurostar hverken var aktuelle eller potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet, hvilket Konkurrencerådet heller ikke med den fornødne klarhed har dokumenteret. Det skyldes, at konkurrencen om udbuddet alene udspillede sig om det samlede udbud, og at hverken GVCO eller Eurostar havde kapacitet til at byde på hele udbuddet.

2.1 Konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud

Både GVCO og Eurostar var – med rette – af den klare overbevisning, at konkurrencen om udbuddet de facto udspillede sig om hele udbuddet samlet og ikke om dele af udbuddet, uanset at udbudsmaterialet principielt tillod bud på delaftaler. Parterne var derfor overbeviste om, at det var nødvendigt at afgive et bud på hele udbuddet samlet og tilbyde en betydelig samlerabat, hvis de skulle være med i konkurrencen om ordren.

GVCO og Eurostars overbevisning om, at konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud, var begrundet i de faktiske forhold op til udbuddet.

Historisk har Vejdirektoratet gennemført mange enkeltudbud, men i 2012 skiftede Vejdirektoratet strategi ved at samle alle sine deludbud i store totalentrepriser omfattende hele landet. Vejdirektoratet har siden gennemført tre af disse totaludbud i henholdsvis 2012, 2013 og 2014. Kapacitetsefterspørgslen i disse tre totaludbud var markant højere end tidligere set.

GVCO's virksomhed var ikke gearet til Vejdirektoratets nye udbudsform. GVCO havde ikke kapacitet til alene at levere til nogen af de tre totaludbud. For at byde på hele opgaven under ét og for at komme i betragtning til udbuddene var det nødvendigt at byde i konsortium med en anden aktør. GVCO indgik derfor en konsortieaftale med Eurostar i forbindelse med hvert af de tre udbud. Denne sag vedrører udelukkende udbuddet i 2014 og dermed den tredje etablering af et konkret konsortium til brug for et konkret udbud inden for en kort årrække.

Baggrunden for, at Vejdirektoratet i 2012 skiftede strategi og valgte at gennemføre totaludbud frem for deludbud, var, at konsulentfirmaet McKinsey & Company havde identificeret en en-leverandør strategi som en model, der kunne medføre besparelser som følge af stordriftsfordele og synergier, der ville resultere i lavere omkostninger og dermed lavere priser, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens telefonnotat af 18. december 2014, som ses i bilag 1, underbilag 20, underbilag 4 […], samt bilag 2, 3 og 4 […]. Vejdirektoratet ønskede at tildele de samlede opgaver ved hvert udbud til én entreprenør, som kunne tilbyde samlerabat i kraft af stordriftsfordele og synergier. Vejdirektoratets forudgående udbud, hvor Vejdirektoratet i begge tilfælde tildelte hele ordren til én byder, bekræfter dette.

Dertil kommer, at det forhold, at en tilbudsgiver isoleret set havde afgivet den laveste pris på én delaftale, ikke var ensbetydende med, at denne tilbudsgiver ville vinde delaftalen. Bud på delaftaler ville alene vinde, hvis delbuddet passede sammen med delbud fra andre tilbudsgivere og samlet set gav Vejdirektoratet den laveste pris. Det krævede således også held at vinde ved afgivelse af delbud. I forbindelse med udbuddet i 2014, som nærværende sag handler om, var der desuden ikke noget loft for, hvor stor samlerabatten måtte være. Det var i modsætning til de to tidligere totaludbud, hvor der gjaldt et loft på 20 pct. for samlerabat. Det gjorde også, at GVCO og Eurostar (igen) vurderede, at konkurrencen ville udspille sig om den samlede opgave frem for de enkelte delaftaler.

Eurostars advokat, som godkendte konsortiedannelsen forud for udbuddet i 2014, vurderede også, at konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud, jf. bilag 14 […].

De sagkyndige erklæringer fra Nils-Henrik Mørch von der Fehr, professor i økonomi ved Universitetet i Oslo (bilag 10 og bilag 15) […], bestyrker også, at konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud.

Af bilag 10, side 5-9 (besvarelsen af spørgsmål 2) […], fremgår, at det primært er muligheden for at byde på alle distrikter under ét, som gav incitament til at indgå et konsortiesamarbejde, hvilket incitament styrkedes af muligheden for at give rabat ved bud på flere distrikter. Det forhold, at udbudsformen favoriserede et samlet bud på alle tre distrikter, tilsagde desuden, at tilbudsgiverne måtte anse det for sandsynligt, at de ville møde konkurrenter, som bød på alle tre distrikter samlet, og at det var vanskeligere at vinde, hvis man alene afgav delbud. På denne baggrund konkluderer von der Fehr på side 9 i bilag 10 […], at udbuddet var udformet sådan, at det gav deltagerne incitament til både at samarbejde og prioritere et samlet bud, det vil sige et bud på alle tre distrikter.

Af bilag 15, side 10 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 2) […], fremgår, at von der Fehr fastholder, at muligheden for at afgive samlerabat ifølge økonomisk teori kan fremme dannelsen af konsortier, og at de økonomiske incitamenter bag aftalen er relevante. Det fremgår også, at det er forkert, når Konkurrencerådet – med henvisning til bilag A […] – antager, at eksemplerne under besvarelsen af spørgsmål 2 i von der Fehrs oprindelige sagkyndige erklæring (bilag 10) […] forudsætter eller er baseret på, at parterne har fuldkommen information om de øvrige parter. Det fremgår også af bilag 15, side 3-4 (kommentarer om teori og eksempler) […], hvor det om alle eksemplerne i besvarelsen af spørgsmål 1, 2, 4, 5 og 6 i bilag 10 fastslås, at de ikke forudsætter fuld information. Ifølge von der Fehr ligger eksemplerne generelt tæt på virkeligheden og fanger de elementer, som er vigtige for ræsonnementerne. Alle eksemplerne i bilag 10 og de deraf afledte konklusioner fastholdes således.

Videre fremgår det af bilag 10, side 12-15 (besvarelsen af spørgsmål 4) […], at det ifølge von der Fehr ikke ville være unaturligt for en rationel tilbudsgiver at forvente, at der også ved udbuddet i 2014 ville blive afgivet et konkurrerende bud på alle tre distrikter med en samlerabat på mindst 20 pct. Det fremgår også, at udbudsformen gav incitament til at konkurrere om den samlede opgave. von der Fehr konkluderer, at både principielle

overvejelser, erfaringerne fra tidligere udbud, udformningen af udbudsbetingelserne og muligheden for at tilbyde en større samlerabat ved afgivelse af bud på flere distrikter pegede i retning af, at konkurrencen ville stå om den samlede opgave, det vil sige alle tre distrikter.

von der Fehr konkluderer også i bilag 10, side 15-16 (besvarelsen af spørgsmål 5 […], at en rationel tilbudsgiver måtte anse det for sandsynligt, at den samlet set laveste pris ville komme fra et samlet bud på alle tre distrikter, og at man måtte forvente, at tilbudsgivere, som måtte kunne byde på alle tre distrikter, ville vinde enten alt eller intet. Det fremgår også, at man kunne forvente, at den laveste pris for de tre distrikter ville komme fra et samlet bud på alle distrikterne snarere end fra en kombination af individuelle delbud på de tre distrikter, hvilket blandt andet skyldes, at samlebud kun skal være lønsomme for den samlede opgave, mens del-bud skal være lønsomme hver for sig.

I bilag 15, side 11-12 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 4 og 5 […], fastholder von der Fehr blandt andet, at det var naturligt for en rationel tilbudsgiver at antage, at der i det konkrete udbud ville komme et bud på den samlede opgave med en samlerabat på mindst 20 pct., og at selve udformningen af udbuddet i sig selv gav tilbudsgiverne incitament til at byde på den samlede opgave (alle tre distrikter). Udbuddets udformning bevirkede, at tilbudsgiverne ikke blot kunne styrke deres chancer ved – men til dels var nødsaget til – at indgive høje delbud og et samlebud med tilsvarende høj rabat.

Der henvises også til bilag 15, side 9 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 1, 8 og 9) […], hvor von der Fehr bemærker, at det ud fra en økonomisk betragtning er forkert, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i bilag A […] anfører, at Eurostar og GVCO var konkurrenter i udbuddet, blot fordi de hver især kunne have afgivet bud på enkelte distrikter. Det skyldes, at to virksomheder ikke nødvendigvis er konkurrenter, bare fordi de kan løse samme opgaver, idet en virksomhed med meget høje omkostninger eksempelvis ikke vil være en reel konkurrent til virksomheder med lave omkostninger, eftersom intet i konkurrencen ville ændres, såfremt den dyre virksomhed forlod markedet.

2.2 Det var irrelevant, at udbudsmaterialet tillod tilbud på delaftaler

Vurderingen af, om parterne var konkurrenter i forbindelse med udbuddet, beror på, om der i betragtning af markedsstrukturen og faktiske oplysninger om den økonomiske og retlige ramme for markedets funktion var reelle og konkrete muligheder for, at parterne konkurrerede om opgaven indbyrdes. Det er ikke tilstrækkeligt, at der i teorien ikke var nogen hindring for, at parterne kunne afgive delbud hver især, da det i praksis var ganske urealistisk, at parterne ville have afgivet delbud hver især.

Da konkurrencen udspillede sig om hele udbuddet samlet, var det ikke et reelt og konkret alternativ at afgive bud på en delaftale, eftersom et sådant bud ikke kunne forventes at komme i betragtning.

Af samme årsag ville hverken GVCO eller Eurostar have afgivet bud på dele af udbuddet. Som dokumentation herfor henvises til den juridiske vurdering af konsortiets lovlig-

hed udarbejdet af advokaten forud for indgåelsen af konsortieaftalen (bilag 14) […], hvor det ses, at hverken parterne eller advokaten overvejede muligheden for, at parterne kunne afgive individuelle tilbud på delaftaler, netop fordi det ifølge parterne var irrelevant at byde på delaftaler. Der henvises også til Konkurrencerådets afgørelse (bilag 1), side 31-33, 36-38 og 78-79 […]. Her ses, at parterne alene vurderede det relevant at undersøge forud for indgåelse af konsortieaftalen, om de hver især havde kapacitet til at byde på hele udbuddet. Ingen af parternes kapacitetsvurdering forholdt sig til muligheden for at byde på delaftaler, fordi det ifølge parterne var irrelevant at byde på delaftaler. Parterne indgik en konsortieaftale, da ingen af dem vurderede, at de kunne byde på det samlede udbud. Det illustrerer også, at parterne ikke ville have afgivet bud på delaftaler, hvis de ikke havde indgået en konsortieaftale.

Da konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud, og inden af parterne ville have afgivet bud på delaftaler, var det irrelevant, at udbudsmaterialet tillod tilbud på delaftaler, det vil sige enkelte distrikter. Muligheden for at byde på delaftaler indebar ikke, at parterne var konkurrenter i relation til udbuddet. I den forbindelse henvises også til den juridiske vurdering af konsortiets lovlighed udarbejdet af en advokat med ekspertise i konkurrenceret forud for indgåelsen af konsortieaftalen (bilag 14) […]. Heraf fremgår, at advokaten – der var bekendt med muligheden for at byde på delaftaler – også vurderede, at et tilbud med en rabat på den samlede opgave var et selvstændigt konkurrenceparameter ved udbuddet, og at konsortiet lovligt kunne indgås, idet ingen af parterne havde kapacitet til at byde på det samlede udbud hver især og således ikke var konkurrenter i relation til udbuddet.

Konkurrencerådet gør gældende, at udgangspunktet for vurderingen af, om GVCO og Eurostar var konkurrenter, er udbudsmaterialet, og at konkurrencesituationen mellem GVCO og Eurostar skulle vurderes i lyset af de udbudte opgaver, som konsortieaftalen angår. Det bestrides, at det alene på baggrund af teksten i udbudsmaterialet kunne konkluderes, om GVCO og Eurostar var konkurrenter i relation til den udbudte opgave. Afgørende for, om parterne var konkurrenter i relation til den udbudte opgave, er, hvordan markedet reelt fungerede, og hvad markedsaktørerne – blandt andet på baggrund af udbudsmaterialet – opfattede som de relevante konkurrenceparametre og agerede ud fra – ikke om det var et decideret krav i udbudsmaterialet, at parterne bød på hele opgaven samlet. Markedsaktørernes og de potentielle tilbudsgiveres opfattelse af konkurrencesituationen influerer på hvilke og hvor mange indkomne tilbud, der af ordregiver vil skulle holdes op imod hinanden og således ender med at konkurrere mod hinanden. Som tidligere nævnt var både GVCO og Eurostar af den opfattelse, at konkurrencen reelt alene udspillede sig om det samlede bud. Ingen af parterne ville derfor have budt på delaftaler hver især.

2.3 GVCO og Eurostar havde ikke kapacitet til at byde på hele udbuddet og konkurrere om ordren hver for sig

Både GVCO og Eurostar vurderede hver for sig, at de ikke havde kapacitet til at byde på det samlede udbud alene. GVCO's vurdering heraf var blandt andet baseret på, at man ikke ville kunne byde på hele opgaven uden at tilsidesætte øvrige kunder. Vurderingen

var udtryk for en forretningsmæssig disposition, hvor omsætning, indtjening, risiko, kapacitet, sæsonudsving, spærretider, udnyttelse af maskiner og udstyr samt vind og vejr indgik. Kapacitet skal vurderes på baggrund af virksomhedernes normalkapacitet, og normalkapaciteten skal fastsættes blandt andet ud fra 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 fastholdes, at GVCO's kapacitetsvurdering, hvorefter GVCO ikke havde tilstrækkelig kapacitet til at byde på det samlede udbud, er korrekt, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egen "skrivebordsvurdering" af GVCO's kapacitet, som Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har lagt til grund, er forkert, alt for lav og ikke kan lægges til grund i sagen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kapacitetsvurdering er mekanisk og tager ikke højde for de konkrete faktiske omstændigheder. I den forbindelse henvises der til stævningens afsnit 3.1.2 […], replikkens afsnit 3 […] og processkrift 1, punkt 9-12 […]. Det fastholdes også, at Konkurrencerådets vurdering af, at GVCO kunne udvide sin kapacitet i en sådan grad, at det var muligt at byde på det samlede udbud alene, ikke kan lægges til grund. Der henvises i den forbindelse til stævningens afsnit 3.1.3 […] samt replikkens afsnit 3 […].

Desuden henvises til Europa-Kommissionens beslutning af 27. juli 1990 i sag IV/32.688 — Konsortium ECR 900, s. 3-4 […], hvor Kommissionen anerkendte, at nogle aftaleparter hver for sig ikke ville have "været i stand til at afgive noget relevant bud" (understregning foretaget her), blandt andet fordi aftaleparterne af objektive, økonomiske grunde ikke kunne forventes at bære den finansielle risiko alene. Parternes samarbejdsaftale havde derfor hverken til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Da hverken GVCO eller Eurostar havde kapacitet til hver især at byde på det samlede udbud, indgik de konsortieaftalen for at afgive et relevant bud og deltage i konkurrencen om den udbudte opgave. Konsortieaftalen mellem parterne indebar, at der blev afgivet ét yderligere bud, end hvad der ville have været tilfældet uden konsortieaftalen, hvor ingen af parterne ville have afgivet bud.

3 Konsortiesamarbejdet var et sædvanligt konsortiesamarbejde, der ikke havde til formål at begrænse konkurrencen

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

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har ikke undersøgt eller vurderet konsortieaftalens virkninger på markedet. Det er således ikke undersøgt eller vurderet, om konsortieaftalen havde til følge at begrænse konkurrencen. Det skyldes, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet mener, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

GVCO er ikke enig i, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, eller at konkurrencemyndighederne kunne nøjes med at vurdere, om konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Det uddybes i det følgende.

3.1 Rammen for, hvornår en aftale kan have til formål at begrænse konkurrencen

Rammen for, hvornår en aftale kan antages at have til formål at begrænse konkurrencen, er behandlet af EU-Domstolens dom i sag C-32/11, Allianz Hungária, hvor det i præmis 35-36 udtaltes […]:

> *"35. Sondringen mellem »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål« og »overtrædelser med konkurrencebegrænsende virkning« skyldes den omstændighed, at visse former for hemmelige aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (jf. dom af 20.11.2008, sag C-209/07, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, Sml. I, s. 8637, præmis 17, dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl., præmis 29, og dom af 13.12.2012, sag C-226/11, Expedia, præmis 36).*
>
> *36. For at vurdere, om en aftale indebærer en konkurrencebegrænsning »ved sit formål«, er det nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår (jf. dommen i sagen GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., præmis 58, dommen i sagen Football Association Premier League m.fl., præmis 136, og dommen i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, præmis 35). I forbindelsen med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. Expedia-dommen, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis)." (understregning foretaget her)*

I sag C-32/11, Allianz Hungária, indebar vurderingen af aftalens retlige og økonomiske kontekst en vurdering af national lovgivning på området, funktionsdueligheden for markedet, markedsstrukturen, tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke.

EU-Domstolen har også for nylig behandlet rammen i dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires […]. Generaladvokat Wahl udtalte først følgende om til formål-vurderingen i betragtning nr. 54-59 samt 148 i sit forslag til afgørelse i sagen […]:

> *"54. For det første er påvisningen af et »konkurrencebegrænsende formål« baseret på en formalistisk tilgang, der risikerer at gå ud over beskyttelsen af de almene interesser, der forfølges med traktatens konkurrencebestemmelser. Når det er fastslået, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det forbud, der følger heraf meget generelt, dvs. det kan nedlægges præventivt og således sætte en stopper for fremtidige kontakter, idet dette er uafhængigt af evalueringen af de konkrete virkninger.*

55. Denne formalistiske tilgang kan således kun anvendes, når der er tale om adfærd, der indebærer en iboende risiko for en særligt alvorlig skadelig virkning, eller adfærd, i forbindelse med hvilken det kan konkluderes, at de skadelige virkninger på konkurrencen er større end de konkurrencefremmende virkninger. En anden afgørelse ville svare til at nægte, at nogle af de økonomiske aktørers handlinger potentielt kan have positive virkninger på konkurrencen. Efter min mening er det kun i de tilfælde, hvor erfaringen viser, at en begrænsning i henhold til den økonomiske analyse altid er forbudt, at det er rimeligt at sanktionere den direkte af procesøkonomiske hensyn.

56. Kun adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen og den økonomiske videnskab foreligger og er let at påvise, bør således anses for at have et konkurrencebegrænsende formål og ikke aftaler, som, henset til den sammenhæng de indgår i, har tvetydige virkninger på markedet, eller som indebærer accessoriske begrænsende virkninger, der er nødvendige for, at et ikke konkurrencebegrænsende hovedformål kan forfølges.

57. Dernæst fritager denne kvalifikation den forfølgende myndighed fra at skulle bevise de konkurrencebegrænsende virkninger af den aftale eller praksis, som den skal påkende. En ukontrolleret udvidelse af adfærd, der henhører under konkurrencebegrænsende formål, er farlig i lyset af de principper, der generelt skal ligge til grund for bevisførelsen og bevisbyrden i forbindelse med konkurrencebegrænsende adfærd.

58. Af disse årsager bør kvalifikationen af en praksis med konkurrencebegrænsende formål derfor nødvendigvis afgrænses og i sidste ende kun omfatte de aftaler, der i det væsentlige frembyder en vis iboende skadelighed. Dette begreb bør kun omfatte aftaler, der i det væsentlige, dvs. uden, at der er grund til at evaluere de reelle eller potentielle virkninger, har en alvorlig eller skadelig karakter, således at der er stor sandsynlighed for, at de vil have negative virkninger på konkurrencen. Til trods for, at listen over former for adfærd, der vil kunne betragtes som konkurrencebegrænsende på grund af deres formål, er åben, foreslås det, at der fortsat indtages en ret forsigtig holdning i forbindelse med konstateringen af et konkurrencebegrænsende formål.

59. En sådan forsigtighed er endnu vigtigere, fordi den analyseramme, som Domstolen fastlægger, vil gælde for såvel Kommissionen som de nationale konkurrencemyndigheder, hvis modtagelighed og ekspertiseniveau er baseret på forskellige parametre.

[…]

148. Her skal jeg understrege, at Kommissionen ikke, når den skal fastslå, om der findes et konkurrencebegrænsende formål, navnlig når der er tale om en begrænsning, som ikke er åbenlys, kan begrænse sig til at gennemføre en abstrakt undersøgelse." (understregning foretaget her)

Som det ses af understregningen i betragtning nr. 55-56 i citatet ovenfor, skal man se på, om de konkurrencebegrænsende virkninger overstiger de konkurrencefremmende virkninger. Hvis en aftale har tvetydige virkninger på markedet, har aftalen ikke til formål at begrænse konkurrencen. Det skal således være klart og entydigt, at aftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

Af citatet som helhed ses, at myndighederne nødvendigvis må være tilbageholdende med at konkludere, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, og at kun adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen og den økonomiske videnskab foreligger og er let at påvise, kan have til formål at begrænse konkurrencen. Det er ikke tilfældet, hvis aftalen – henset til den sammenhæng den indgår i – har tvetydige virkninger på markedet.

EU-Domstolens dom i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires […], fulgte generaladvokat Wahls forslag til afgørelse. EU-Domstolen fandt også, at der kun kan være tale om en til formål-overtrædelse, hvis det med tilstrækkelig klarhed fremgår, at adfærden i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til, at Kommissionen kan fritages fra sin pligt til at bevise den konkrete virkning for konkurrencen. EU-Domstolen fastslog også, at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" skal fortolkes indskrænkende, jf. præmis 49-58 […]. Præmis 51-53 og 57-58 lyder […]:

> *"51. Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF [nu artikel 101, stk. 1, TEUF] er ufornødent at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet (jf. i denne retning bl.a. dom Clair, 123/83, EU:C:1985:33, præmis 22). Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne.*
>
> *52. Hvis en analyse af indholdet af den samordnede praksis mellem virksomheder imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet (dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).*
>
> *53. Ifølge Domstolens praksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelsen med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er*

tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. i denne retning dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

[…]

57. Retten undlod […] at tage hensyn til, at det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en samordning mellem virksomheder indebærer et sådant »konkurrencebegrænsende formål«, bunder i den konstatering, at en sådan samordning i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen.

58. Henset til denne retspraksis var det for det andet med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 124, og herefter samme doms præmis 146, fastslog, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« ikke skal fortolkes »indskrænkende«. Idet det ellers risikeres, at Kommissionen fritages for sin pligt til at bevise den konkrete virkning for markedet af aftaler, med hensyn til hvilke det slet ikke er godtgjort, at de efter deres art kan være skadelige for de normale konkurrencevilkår, kan begrebet »konkurrencebegrænsende formål« kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er tilstrækkelige skadelige for konkurrencen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig. Det forhold, at de former for aftaler, der er omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler, er i denne forbindelse uden relevans." (understregning foretaget her)

EU-Domstolen har i en anden nylig dom gentaget, at begrebet til formål-overtrædelser skal fortolkes indskrænkende. Det skete i dommen i sagen C-345/14, SIA Maxima Latvija […], der angik erhvervslejekontrakter vedrørende leje af et stort supermarked, der var beliggende i et indkøbscenter. Kontrakten indeholdt en bestemmelse, der gav lejeren ret til at modsætte sig, at udlejeren i centeret udlejede erhvervslokaler til andre lejere. Domstolen udtalte følgende i præmis 17-23 […]:

"17. Når det fastslås, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det således ikke nødvendigt at undersøge dens virkninger på konkurrencen. Hvis en analyse af indholdet af aftalen imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart begrænset eller fordrejet (dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 34; jf. i denne retning domme CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 52, og Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 116).

18. Hvad angår begrebet »konkurrencebegrænsende formål« har Domstolen fastslået, at det skal fortolkes indskrænkende og kun kan anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til at

det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig (jf. i denne retning CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 58). Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (dom CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

19. Det står herved fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF er ufornødent at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet (jf. i denne retning bl.a. dom Clair, 123/83, EU:C:1985:33, præmis 22). Erfaringen viser således, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne (dom CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 51).

20. På baggrund af ovennævnte retspraksis bunder det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en aftale indebærer et »konkurrencebegrænsende formål«, således i den konstatering, at en sådan aftale i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, til at det kan fastslås, at det ikke er nødvendigt at undersøge virkningerne heraf (jf. i denne retning dom CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 57).

21. I den foreliggende sag fremgår det af sagsakterne for Domstolen, at Maxima Latvija ikke konkurrerer med de indkøbscentre, med hvilke det har indgået de i hovedsagen omhandlede kontrakter. Selv om Domstolen allerede har fastslået, at en omstændighed af denne art på ingen måde er til hinder for, at en aftale kan have et »konkurrencebegrænsende formål« (jf. i denne retning dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis), må det imidlertid konstateres, at de i hovedsagen omhandlede aftaler ikke er blandt de aftaler, med hensyn til hvilke det står fast, at de efter deres art kan betragtes som skadelige for en velfungerende konkurrence.

22. Selv om den i hovedsagen omhandlede bestemmelse potentielt kan begrænse Maxima Latvijas konkurrenters adgang til visse af de indkøbscentre, hvori dette selskab driver et stort supermarked, indebærer en sådan omstændighed, hvis den godtgøres, ikke klart, at de kontrakter, der indeholder denne bestemmelse, efter sin art hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen på referencemarkedet, dvs. det lokale marked for detailhandel med dagligvarer.

23. På baggrund af den økonomiske kontekst, inden for hvilken aftaler som de i hovedsagen omhandlede skal anvendes, gør analysen af indholdet af disse aftaler, henset til de af den forelæggende ret fremlagte oplysninger, det således ikke muligt klart at fastslå, at disse aftaler er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til at de må

anses for at have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk.1, TEUF." (understregning foretaget her)

Det følger således af fast praksis fra EU-Domstolen, at en aftale m.v. alene kan have til formål at begrænse konkurrencen (og være en såkaldt til formål-overtrædelse), hvis en analyse af aftalen med den nødvendige klarhed viser, at aftalen vil være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Analysen skal omfatte indholdet af aftalebestemmelserne, de formål, aftalen tilsigter at opfylde, samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, herunder arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, jf. ligeledes C-373/14 P, Toshiba Corporation mod Kommissionen, præmis 26 og 27 […], C-286/13 P, Dole Food, præmis 113-117 […], og C-172/14, ING Pensii, præmis 30-33 […].

Analysen skal være individuel og detaljeret og har blandt andet til formål at forstå aftalens økonomiske funktion og faktiske betydning, således at det kan undersøges, om det er sandsynligt, at der ligger en anden forklaring end ønsket om at forfølge et konkurrencebegrænsende formål til grund for aftalen, jf. betragtning nr. 148 i Generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i sag C-179/16, Hoffmann-La Roche […].

Kravet om, at aftalen skal være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, indebærer, at det ikke er tilstrækkeligt blot at konstatere, at konsortieaftalen var egnet til at begrænse konkurrencen, jf. ligeledes EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, præmis 64 […], og EU-Domstolens dom i sagen C-345/14, SIA Maxima Latvija, præmis 22-23 […].

Dette krav er alene opfyldt, hvis aftalens skadelige virkninger er lette at identificere og påvise, og hvis det er klart og entydigt, at de konkurrencebegrænsende virkninger overstiger de konkurrencefremmende virkninger, jf. EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, præmis 61 og 66 […], og generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 55-56 […].

I tilfælde af tvivl herom, har aftalen ikke til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor aftalens følger må vurderes, førend det kan konkluderes, om aftalen er lovlig. Det skyldes, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes indskrænkende, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, præmis 52 og 58 […], samt i sag C-345/14, SIA Maxima Latvija, præmis 17 og 18 […].

Det indebærer, at såfremt det er sandsynligt, at en aftale enten fremmer konkurrencen, ikke begrænser konkurrencen eller medfører effektivitetsgevinster, vil det ikke fremgå med tilstrækkelig klarhed, at aftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne have til formål at begrænse konkurrencen. Da må konkurrencemyndighederne foretage en analyse af aftalens følger, før det kan konstateres, om aftalen er ulovlig.

Ved vurderingen af, om det er tilstrækkelig klart, at en aftale er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have til formål at begrænse konkurrencen, er man nødt til at se på, hvad alternativet til aftalen ville have været, jf. ligeledes C-209/07, Beef Industry, præmis

35 […], og Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 41 […]. Der henvises også til Tysklands Højesterets vurdering i dommen KRB 3/83 (Bauvorhaben Schramberg) fra 13. december 1983 […], hvor retten fandt, at det ikke var konkurrencebegrænsende eller ulovligt for tre virksomheder at indgå en konsortieaftale og afgive ét samlet bud, uanset at de objektivt set kunne have afgivet bud hver især. Det skyldtes, at konkurrencen ikke ville blive påvirket negativt af, at virksomhederne dannede et konsortium, og dermed ikke var egnet til at begrænse konkurrencen mærkbart. Virksomhederne ville nemlig ikke have budt hver for sig, da det savnede forretningsmæssig mening. Der lagdes i høj grad vægt på virksomhedernes egen vurdering af, at individuelle bud ikke ville have været økonomisk og forretningsmæssigt fornuftige. Den tyske Højesteret fremhævede også, at samarbejdet faktisk medførte, at der blev indgivet et bud yderligere i forhold til, hvad der ville have været tilfældet uden konsortiet.

Til formål-vurderingen skal foretages på baggrund af den konkrete økonomiske og retlige kontekst, som aftaleparterne gik ud fra, mens rent teoretiske og abstrakte overvejelser er uden betydning, jf. ligeledes Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 41, hvor det anføres […]:

> *"Domstolen præciserede i denne forbindelse meget tidligt, at vurderingen af, om en kontrakt har et konkurrencebegrænsende formål, bør ses i den økonomiske og juridiske sammenhæng, som aftaleparterne er gået ud fra. Den har sidenhen i sin faste retspraksis understreget, at bestemmelserne i de pågældende aftaler rent faktisk skulle vurderes på denne baggrund, idet den tanke, der ligger til grund, er, at rent teoretiske og abstrakte overvejelser om en adfærds forenelighed med traktatens bestemmelser om karteller ikke kan forsvares". (understregning foretaget her).*

Konkurrencerådet har gjort gældende, at der ikke er belæg i retspraksis for, at der ved vurderingen af aftalens lovlighed må lægges vægt på parternes opfattelse af aftalens retlige og økonomiske kontekst ved aftaleindgåelsen. Konkurrencerådet henviser i den forbindelse til, at den engelske og franske udgave af Generaladvokat Wahls udtalelse i betragtning nr. 41 i forslag til afgørelse i sag C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires […], er en anelse anderledes end den danske udgave. GVCO er uenig i, at de forskellige sproglige versioner af udtalelsen fører til forskellige resultater. I alle tre sproglige versioner af udtalelsen kræves, at vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, nødvendigvis må foretages ud fra den økonomiske og retlige sammenhæng, som parterne gik ud fra, da de indgik aftalen. Der henvises desuden til artiklen *Cartes Bancaires*: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten? af James Killick og Jeremie Jourdan, udgivet i Competition Policy International, som også anfører, at afgørende for til formål-vurderingen er aftaleparternes opfattelse af aftalen og dens kontekst […]:

> *"By referring to "experience" in Cartes Bancaires (§51), the Court seems to indicate that some past practice or experience is necessary. In short, a by object characterization must not come out of the blue.*

Linked to this is the question of obviousness. In Fordham last year, DG A. Italianer said that "restrictions by object are serious – but not necessarily obvious." The question of obviousness is two-sided: obviousness to the enforcer and to the parties. A cartel dressed up as a legitimate agreement is still a cartel. It might not be obvious to the enforcer – indeed one would expect cartel members to disguise their practice into something else to avoid been caught – but this should not affect the legal characterization: the latter depends on the economic reality of the practice, not its appearance. What really matters is obviousness to the parties. A company engaging into a restriction by object must know that what it is doing will almost inevitably restrict competition. In-deed, it is supposed to be its very purpose. A restriction by object is judged on an ex ante basis: it is illegal no matter that it has no impact or effect. Indeed, given the difficulty of invoking Article 101(3), a by object infringement is close to per se illegality. Companies must be in a position to know that what they are doing is quasi-criminal on the day they sign an agreement. In short, if it ain't obvious (to the parties), it ain't by object. But if a serious infringement is not obvious to the enforcer because it has been disguised, it can still be an infringement by object.

[…]

One final, important point: a sound competition policy must avoid false positives. Because actual effects are not considered, the risk of false positives is higher – comparatively – when the enforcer condemns practices by object. It is crucially important that an agreement or a concerted practice is not condemned by object if, at the time it is entered into, its potential effects are ambivalent – i.e. it can have negative effects, but also be neutral to competition or even enhance competition depending on future events." (understregning foretaget her)

Der findes ingen dom fra EU-Domstolen, der konstaterer, at konsortieaftaler har til formål at begrænse konkurrencen. EU-Domstolen har i nylig praksis udtalt flere gange, at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" skal fortolkes indskrænkende. Dansk ret bør derfor ikke udvide området for, hvornår der kan være tale om til formål-overtrædelser.

Det er fortsat tilfældet efter EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16 […], at der ikke foreligger nogen EU-praksis (eller EØS-praksis), som fastslår, at konsortieaftaler er til formål-overtrædelser. EFTA-Domstolen fandt, at det var op til den forelæggende ret at vurdere, om det var tilfældet i den konkrete sag. EFTA-Domstolen udtalte i præmis 101-102 følgende om testen af, hvorvidt det konkrete samarbejde i den norske sag kunne udgøre en til formål-overtrædelse […]:

"101. Therefore, the answer to the third question is that, in order to determine whether the sub-mission of joint bids through a joint management company reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a restriction of competition by object, regard must be had to the sub-stance of the cooperation, its objectives and the

> *economic and legal context of which it forms part. The parties' intention may also be taken into account, although this is not a necessary factor.*
>
> *102. Moreover, since the submission of joint bids involves price-fixing, which is expressly prohibited by Article 53(1) EEA, consideration of the economic and legal context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object. However, such an assessment needs to take into account, albeit in an abridged manner, whether the parties to an agreement are actual or potential competitors and whether the joint setting of the price offered to the contracting authority constitutes an ancillary restraint."*

EFTA-Domstolen udtalte også følgende om betydningen af offentligheden omkring et konsortiesamarbejde […]:

> *"108. Therefore, the answer to the second question is that, while the disclosure of the joint nature of the bids to the contracting authority may be an indication that the parties did not intend to in-fringe the prohibition on agreements between undertakings, that, in itself, is not a prerequisite for determining whether an agreement may be considered a restriction of competition by object."*

Som det fremgår mere udførligt i afsnit 3.3 nedenfor, er GVCO uenig i EFTA-Domstolens udtalelse om, at det er muligt at nøjes med at foretage en summarisk analyse af aftalens retlige og økonomiske kontekst, blot fordi en konsortieaftale nødvendigvis indeholder en fælles pris, sådan som Konkurrencerådet har gjort i denne sag, jf. Konkurrencerådets afgørelse (bilag 1), punkt 783 […]. Selv en summarisk analyse af konsortieaftalens økonomiske og retlige kontekst burde dog have gjort det klart, at der er tale om en helt anden aftale end en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsdeling, og at det ikke er let at identificere, at konsortiesamarbejdet begrænsede konkurrencen.

I forlængelse af EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16 […] fandt Norges Højesteret, at konsortieaftalen i den konkrete sag havde til formål at begrænse konkurrencen. Det indebærer imidlertid ikke, at det samme gør sig gældende i nærværende sag, som adskiller sig fra den norske taxi-sag på flere punkter. Eksempelvis var der i den norske taxi-sag tale om et vedvarende samarbejde mellem konsortieparterne om løbende at afgive fælles bud på opgaver. Parterne havde også oprettet et fællesejet driftsselskab for at varetage administrative fællesfunktioner, hvilket selskab blandt andet afgav fælles bud og blev tildelt kontrakter, i hvilken forbindelse konsortiedeltagerne fungerede som underleverandører. Ifølge EFTA-Domstolens dom, præmis 8, fremgik følgende af ejeraftalen for det fællesejede selskab […]: *"the position of the parties in relation to the functions assigned to the company indicates that there will be less competition between them in the market than previously. This applies to both pric[ing] policy in tenders and other strategic measures in relation to the market. Should this changed situation require permits from public authorities, such permits must be obtained"*. Det er i modsætning til konsortiesamarbejdet mellem GVCO og Eurostar. Konsortiet mellem GVCO og Eurostar var ikke oprettet med henblik på at begrænse konkurrencen. Tværtimod. Konsortiet begrænsede rent faktisk heller ikke konkurrencen. Kon-

sortieaftalen mellem GVCO og Eurostar gjaldt også kun for det konkrete udbud, hvor parterne forinden konkret havde vurderet, om de havde kapacitet til at byde hver især, og havde fundet, at det ikke var tilfældet. Vejdirektoratet havde også muliggjort bud på flere distrikter samlet med en rabat uden maksimumbeløb for at opnå synergifordele, jf. ligeledes stævningens punkt 11-25 […]. Det adskilte sig fra den norske sag, hvor myndigheden i "Tender Procedure 2" havde delt udbuddet op i flere distrikter, jf. præmis 15 i EFTA-Domstolens dom […]. I den norske sag var der også indgivet klage over, at konsortiesamarbejdet medførte høje priser. Det er i modsætning til vores sag, hvor konsortiet tilbød den laveste pris, hvilket den forbigåede tilbudsgiver Guide-Lines havde klaget over.

Det er også anerkendt i juridisk litteratur, at lovligheden af aftaler om fælles bud må vurderes på grundlag af aftalernes potentielle konkurrencebegrænsende virkninger, og at der selv i tilfælde, hvor begge aftaleparter kunne have afgivet bud individuelt, ikke foreligger en til formål-overtrædelse.

Der henvises også til den svenske dom afsagt den 13. februar 2018 af Sveriges Patent- och marknadsöverdomstolen i sag PMT 761-17, Telia Sverige AB mod Konkurrensverket […]. Sagen angik informationsudveksling mellem to potentielle tilbudsgivere, GothNet og Telia, forud for et udbud, som virksomheden GothNet vandt, og hvor Telia blev underleverandør til GothNet. Inden tilbudsfristens udløb informerede Telia GothNet om, at Telia ikke ville selv ville afgive tilbud. Årsagen var ifølge Telia, at virksomheden af tekniske og kommercielle årsager ikke kunne levere de efterspurgte tjenester, som ikke fandtes i Telias standardudbud.

Patent- och marknadsöverdomstolen fandt, at Telia og GothNet var konkurrenter. Domstolen fandt også, at Konkurrensverket ikke havde bevist, at der fandtes en aftale eller samordnet praksis mellem parterne om en rollefordeling mellem dem i relation til udbuddet. Herefter vurderede domstolen, om informationsudvekslingen fra Telia til GothNet om, at Telia ikke ville afgive bud, havde til formål at begrænse konkurrence. Domstolen udtalte, at det vigtigste kriterium i den henseende var, om det kunne fastslås, at samordningen i sig selv viste en tilstrækkelig grad af skade for konkurrencen. Domstolen fandt, at informationsudvekslingen ved første øjekast var egnet til at begrænse konkurrencen. Imidlertid havde informationsudvekslingen ikke til formål at begrænse konkurrencen. Det skyldtes, at begrebet til formål-overtrædelser skal fortolkes snævert, og at den effektive konkurrence i høj grad var begrænset af vilkårene i udbuddet, som gjorde det svært for Telia at vinde udbuddet. Domstolen udtalte, at de forudsætninger for en effektiv konkurrence, som gjaldt i praksis, udgjorde en del af de faktiske vilkår på markedet og dermed den retlige og økonomiske kontekst, som samordningen indgik i, og som skulle tages i betragtning ved vurderingen af, om samordningen havde til formål at begrænse konkurrencen. Henset til denne kontekst havde informationsudvekslingen ikke til formål at begrænse konkurrencen.

Herefter var det nødvendigt at undersøge, om informationsudvekslingen havde til følge at begrænse konkurrencen for at vurdere, om informationsudvekslingen var ulovlig.

Domstolen fandt, at Konkurrensverket ikke havde bevist, at det var tilfældet. Konkurrensverket havde alene henvist til, at udveksling af aktuelle informationer generelt er konkurrencebegrænsende. Den tilbudte pris var lavere end i et tidligere udbud, og selvom det var muligt, at prisen kunne have været endnu lavere ved en effektiv konkurrence, var det ren spekulation. På denne baggrund var informationsudvekslingen ikke ulovlig.

Den svenske dom illustrerer vigtigheden af at tage hensyn til de konkrete faktiske omstændigheder, herunder konkurrencesituationen i praksis i forbindelse med udbuddet, ved vurderingen af, om en aftale eller samordnet adfærd har til formål at begrænse konkurrencen. Som den svenske Patent- och marknadsöverdomstolen også udtalte, skal de forudsætninger for en effektiv konkurrence, som gælder i praksis, tages i betragtning ved vurderingen af, om der er tale om en til formål-overtrædelse. Dommen bekræfter således, at det har betydning for til formål-vurderingen i nærværende sag, at GVCO og Eurostar – på grund af blandt andet udbudshistorikken og den måde, udbuddet var udformet – var af den faste overbevisning, at det ikke gav mening at byde på delaftaler og således ikke ville havde budt på delaftaler – på samme måde som det havde betydning for til formål-vurderingen i den svenske sag, at Telia ikke bød på det svenske udbud, fordi udbuddet var udformet sådan, at det ikke gav mening for Telia at byde.

Den svenske dom illustrerer også, at man ikke kan lægge til grund, at der er tale om en til formål-overtrædelse, hvis virksomheder udveksler information om ikke at ville afgive bud og herefter indgår et samarbejde om udbuddet. Det gælder, uanset at det i EU-praksis måtte være fastslået, at enhver virksomhed normalt uafhængigt skal tage stilling til den politik, virksomheden vil føre på markedet, og at der er eksempler i retspraksis på, at informationsudveksling mellem konkurrenter kan have til formål at begrænse konkurrencen.

Selv horisontale aftaler om priser og markedsdeling vil ikke altid udgøre til formål-overtrædelser. Hvis man antager, at GVCO og Eurostar var konkurrenter, kan man således ikke konkludere, at der er tale om en til formål-overtrædelse, blot fordi konsortieaftalen indebar fastsættelse af en tilbudspris eller en fordeling af opgaver mellem konsortiedeltagerne for konsortiets arbejde […]:

> *"The three classical "by object" restrictions in agreements between competitors are price fixing, output limitation and market sharing (sharing of geographical or product markets or customers). <u>However, restrictions of that kind may not constitute restrictions "by object" where they are part of a wider cooperation agreement between two competitors in the context of which the parties combine complementary skills or assets. For example</u>, in the context of production agreements, it is not considered a "by object" restriction where the parties agree on the output directly concerned by the production agreement (for example, the capacity and production volume of a joint venture or the agreed amount of outsourced products), provided that other parameters of competition are not eliminated. Another example is a production agreement that also provides for the joint distribution of the jointly manufactured products and envisages the joint setting of the sales prices for those products, and only*

> *those products, provided that the restriction is necessary for producing jointly, meaning that the parties would not otherwise have an incentive to enter into the production agreement in the first place. In those scenarios the agreement on output or prices will not be assessed separately, but will be assessed in the light of the overall effects of the entire production agreement on the market."*

Man er således nødt til at foretage en nærmere vurdering af aftalen og dens kontekst, før man kan konkludere, om selv aftaler indeholdende alvorlige konkurrencebegrænsninger kan have til formål at begrænse konkurrencen. Ligesom eksemplerne i Kommissionens citat havde konsortieaftalen ikke som overordnet formål at aftale priser og markedsdeling.

I den forbindelse henvises der atter til Generaladvokat Wahls betragtning nr. 56 i hans forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires […]:

> *"56. Kun adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen og den økonomiske videnskab foreligger og er let at påvise, bør således anses for at have et konkurrencebegrænsende formål og ikke aftaler, som, henset til den sammenhæng de indgår i, har tvetydige virkninger på markedet, eller som indebærer accessoriske begrænsende virkninger, der er nødvendige for, at et ikke konkurrencebegrænsende hovedformål kan forfølges." (understregning foretaget her)*

Ligeledes henvises der til EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, præmis 99, som […]:

> *"Third, on the question whether the submission of joint bids may be regarded as an ancillary restraint, the Court notes that an anticompetitive restriction may escape the prohibition laid down in Article 53(1) EEA [svarende til artikel 101, stk. 1, TEUF] because it is ancillary to a main operation that is not anticompetitive in nature. It is necessary to enquire whether that operation would be impossible to carry out in the absence of the restriction in question and whether that restriction is proportionate to the underlying objectives of the operation. The fact that that operation is simply more difficult to implement or even less profitable without the restriction concerned cannot be deemed to give that restriction the "objective necessity" required for it to be classified as ancillary. This would undermine the effectiveness of the prohibition laid down in Article 53(1) EEA (compare the judgment in MasterCard and Others v Commission, cited above, paragraphs 91 and 107)."*

Heraf følger, at aftaler, der indebærer accessoriske begrænsninger, som er nødvendige for, at et ikke konkurrencebegrænsende hovedformål kan forfølges, ikke udgør til formål-overtrædelser.

Desuden udgør en markedsdelingsaftale kun en til formål-overtrædelse, hvis den tager afsæt i en egentlig kartelaftale, hvor det eneste formål er at dele markedet. Det er ikke tilfældet i nærværende sag.

Ifølge Europa-Kommissionen vil en til formål-overtrædelse normalt ikke opfylde betingelserne for, at aftalen kan fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af artikel 101, stk. 3, TEUF. Med konsortieaftaler er reglen imidlertid, at konsortier ofte vil kunne opfylde betingelserne om fritagelse, fordi konsortieaftaler kan have positive virkninger for konkurrencen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anfører da også i sin vejledning "Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven" fra 2014 […], at konsortier ikke vil være konkurrencebegrænsende, hvis de opfylder kriterierne i konkurrencelovens § 8, som svarer til artikel 101, stk. 3, TEUF. Tilsvarende fremgår af styrelsens reviderede konsortievejledning fra april 2018 […]. Det understreger, at konsortieaftaler ikke udgør til formål-overtrædelser, fordi det ikke med tilstrækkelig klarhed fremgår, at konsortieaftaler er tilstrækkelig skadelige for konkurrencen. Fritagelsesmuligheden nævnt i styrelsens vejledninger ville i praksis være illusorisk, hvis konsortieaftaler mellem aktuelle eller potentielle konkurrenter pr. definition anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

3.2 Konkurrencemyndighedernes vurdering af konsortieaftalen

Konkurrencerådets begrundelse for, at konsortieaftalen havde et konkurrencebegrænsende formål, var navnlig, at der var tale om en aftale mellem konkurrenter om fastsættelse af priser og opdeling af markeder, jf. Konkurrencerådets afgørelse (bilag 1), punkt 764-765 samt punkt […]. Det fremgår her, at overtrædelsen ifølge Konkurrencerådet bestod i, at GVCO og Eurostar havde fastsat priser og opdelt markeder i forbindelse med udarbejdelse, afgivelse og udførelse af tilbud på udbuddet i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og artikel 101, stk. 1, litra a og c, TEUF. Konkurrencerådet synes således at have anset konsortieaftalen for en "klassisk" kartelaftale om priskoordinering og markedsdeling eller i det mindste at have sat konsortieaftalen i samme kategori som klassiske kartelaftaler, jf. også Konkurrencerådets udtalelse i afgørelsens pkt. 783 […], om, at rådet kunne nøjes med at tage summarisk hensyn til aftalens økonomiske og retlige sammenhæng, fordi der var tale om en aftale mellem konkurrenter om fastsættelse af priser og opdeling af markeder. Derudover fandt Konkurrencerådet, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, fordi det objektive formål med konsortieaftalen ifølge Konkurrencerådet måtte have været at eliminere konkurrencen mellem GVCO og Eurostar, jf. afgørelsens punkt 781 […], og at den økonomiske og retlige sammenhæng understøttede, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. afgørelsens punkt 789 […].

Konkurrenceankenævnet fandt i stedet, at der var tale om en til formål-overtrædelse, fordi konsortieaftalen ifølge sin natur var *egnet* til at skade konkurrencen, selvom aftalen ikke kunne betegnes som en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsopdeling, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse (bilag 5), side 17-18 […]. Det skyldtes ifølge Konkurrenceankenævnet, at Eurostar og GVCO som konkurrenter hver især kunne have budt på dele af udbuddet, hvorfor den forretningsmæssige risiko, der uden konsortieaftalen ville have været forbundet med en konkurrence mellem Eurostar og GVCO i budfasen, blev elimineret. Konkurrenceankenævnet udtalte også, at det forhold, at parterne bød den laveste pris på hele udbuddet, ikke dokumenterer, 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. Konkurrenceankenævnets konklusion om, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, synes således alene at være funderet på, at konsortieaftalen indebar, at Eurostar og GVCO ikke konkurrerede mod hinanden i budfasen, hvilket de ifølge Konkurrenceankenævnet kunne have gjort. Konkurrenceankenævnet synes altså at have fraveget Konkurrencerådets begrundelse for, hvorfor der var tale om en til formål-overtrædelse. Det ses særligt, derved at Konkurrenceankenævnet fastslog, at der ikke var tale om en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsdeling, som Konkurrencerådets vurdering i høj grad syntes at være baseret på. Forskellen mellem Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets vurdering illustrerer en usikkerhed hos myndighederne om retsanvendelsen i nærværende sag.

3.3 Det er ikke godtgjort, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har ikke løftet bevisbyrden for, at der er tale om en (til formål-)overtrædelse af konkurrencelovens § 6 […] og artikel 101, stk. 1, TEUF […].

- *For det første* er det ikke tilstrækkeligt at konstatere, at konsortieaftalen var egnet til at skade konkurrencen, som Konkurrenceankenævnet konstaterede. Det uddybes i afsnit 3.3.1 nedenfor.

- *For det andet* adskiller konsortieaftalen sig fra en kartelaftale mellem konkurrenter om priskoordinering og markedsopdeling. Det uddybes i afsnit 3.3.2 nedenfor.

- *For det tredje* fremgik det ikke med tilstrækkelig klarhed, at konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, således at den kunne have til formål at begrænse konkurrencen. Det uddybes i afsnit 3.3.3 nedenfor.

- *For det fjerde* var konsortieaftalens fastsættelse af en fælles tilbudspris og en fordeling af opgaver mellem konsortieparterne i tilfælde af, at konsortiet vandt opgaven, nødvendige accessoriske begrænsninger til den lovlige konsortieaftale. Det uddybes i afsnit 3.3.4 nedenfor.

3.3.1 Det var ikke tilstrækkeligt at konstatere, at konsortieaftalen var egnet til at skade konkurrencen

Det er Konkurrenceankenævnets kendelse og vurdering, der er til prøvelse i nærværende sag. Konkurrenceankenævnets begrundelse for, at der er tale om en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, er ganske kortfattet og er som nævnt alene baseret på, at GVCO og Eurostar kunne have budt på enkelte distrikter hver især og således i teorien kunne have konkurreret mod hinanden, hvilket konsortiesamarbejdet mellem parterne hindrede. På baggrund heraf fandt Konkurrenceankenævnet, at konsortieaftalen var *egnet* til at skade konkurrencen.

Dette er en forkert juridisk test for, om der er tale om en til formål-overtrædelse. Det er i den forbindelse ikke tilstrækkeligt at konstatere, at en aftale er egnet til at skade konkurrencen. Konsortieaftalen kunne kun have til formål at begrænse konkurrencen, hvis det fremgik med *tilstrækkelig* klarhed, at konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, jf. bl.a. EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, præmis 64 […], og EU-Domstolens dom i sagen C-345/14, SIA Maxima Latvija, præmis 22-23 […]. Det er ikke bevist og fremgår heller ikke af Konkurrenceankenævnets kendelse i sagen (bilag 5) […], at det var tilfældet.

Det bemærkes også, at Konkurrenceankenævnet udtalte i kendelsen (bilag 5), side 18 […], at konsortieaftalen var egnet til at skade konkurrencen og dermed havde til formål at begrænse konkurrencen, blandt andet fordi det forhold, at konsortiet bød den laveste pris på hele udbuddet, ikke dokumenterer, at Vejdirektoratet ikke ville kunne have fået en lavere pris på hele udbuddet samlet, såfremt der i budfasen havde været konkurrence mellem GVCO og Eurostar indbyrdes og med de øvrige budgivere vedrørende de enkelte distrikter. Hertil bemærkes, at det ikke er parterne, der har bevisbyrden for, at Vejdirektoratet ville have opnået en lavere pris uden konsortiet. Konkurrencemyndighederne har bevisbyrden for, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, jf. artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 […]. Jf. ligeledes præmis 62 i EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16 […], hvor det også fremgår, at enhver tvivl bør komme virksomhederne til gode i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 2 […]. Konkurrencemyndighederne har ikke løftet denne bevisbyrde i nærværende sag. Desuden er det ren spekulation, at en lavere pris potentielt kunne være opnået, jf. ligeledes Sveriges Patent- och marknardöverdomstolens lignende udtalelse i den svenske dom afsagt den 13. februar 2018 i sag PMT 761-17, Telia Sverige AB mod Konkurrensverket […].

3.3.2 Konsortieaftalen adskiller sig fra en kartelaftale

Konkurrencerådets vurdering af, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, og rådets anbringender for Sø- og Handelsretten herom adskiller sig fra Konkurrenceankenævnets vurdering. Konkurrencerådets afgørelse synes at være baseret på, at konsortieaftalen er i samme kategori som klassiske kartelaftaler mellem konkurrenter om priskoordinering og markedsopdeling, fordi konsortieaftalen indeholdt en fælles tilbudspris og en fordeling af opgaver mellem konsortieparterne i tilfælde af, at konsortiet vandt opgaven. Konkurrencerådet fastholder denne argumentation for Sø- og Handelsretten til trods for Konkurrenceankenævnets udtalelse om, at konsortieaftalen ikke kan betegnes som en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsopdeling.

GVCO gør gældende, at det af Konkurrencerådet anførte heller ikke indebærer, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Kategorisering som til formål-overtrædelser har normalt været forbeholdt hemmelige kartelaftaler, hvor virksomheder koordinerer deres priser, opdeler markeder eller forde-

ler kunder mellem sig. Det konkurrencebegrænsende element i den slags aftaler kan umiddelbart identificeres. En virksomhed, der er på vej ind i denne type aftale, behøver ikke foretage grundige undersøgelser for at konstatere problemet og har heller ikke brug for detaljeret viden om forholdene hos de andre aftaleparter.

Der er intet i den foreliggende sag, der bringer GVCO og Eurostar ind under de karakteristika, der gælder for pris- og markedsdelingsaftaler eller øvrige til formål-overtrædelser. Konsortiet var etableret, for at GVCO og Eurostar kunne deltage i konkurrencen om den udbudte opgave og tilbyde den laveste pris og det bedste tilbud til Vejdirektoratet. Dette formål anerkendes i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiedannelse. Kun ved at gå sammen vurderede parterne, at det var muligt at give et konkurrencedygtigt tilbud. Konsortiet fulgte således Vejdirektoratets egen opfordring om at gå sammen for at løse opgaven bedre og billigere og for derved at øge konkurrencen om tildelingen af udbuddet. Aftalen var ikke hemmelig, og som i enhver konsortieaftale var det på forhånd aftalt, hvem der skulle løse hvilke opgaver, men således at parterne uden ugrundet ophold skulle give hinanden besked om forhold af betydning for opgavens udførelse, herunder i tilfælde af forsinkelse eller andre komplikationer, f.eks. hvis der var problemer med at levere til den aftalte tid eller kapacitetsproblemer. Parterne havde også mulighed for at afhjælpe den anden parts misligholdelse af kontrakten med Vejdirektoratet. Det lå således i aftalen, at GVCO og Eurostar kunne trække på hinandens ressourcer i for eksempel spidsbelastningsperioder. GVCO og Eurostar hæftede også solidarisk over for Vejdirektoratet.

Konsortieaftaler adskiller sig desuden fra markedsdelingsaftaler og kundedelingsaftaler, idet en konsortieaftale hverken deler et marked eller en eller flere kunder. Konsortieaftalen i nærværende sag omhandler ét konkret udbud for én konkret kunde. GVCO udførte en række andre opgaver på egen hånd i markedet. Ligeledes udførte GVCO en række andre opgaver for Vejdirektoratet på egen hånd. Knap tre uger efter, at konsortiet blev tildelt de tre distrikter i udbuddet, tildeltes Eurostar en anden vejmarkeringsopgave for Vejdirektoratet. Både GVCO og Eurostar havde hver for sig budt på denne opgave, jf. bilag 1, pkt. 192 […].

Elementerne af prisfastsættelse eller fordeling af opgaver, som nødvendigvis må indgå i en konsortieaftale om konsortiedeltagernes fælles udførelse af opgaven, kan ikke isoleres fra den kontekst, hvori de indgår. Konsortieaftaler som den i nærværende sag passer derfor ikke ind i nogen af de kategorier af til formål-overtrædelser, der tidligere er fastslået af EU-Domstolen, og som Konkurrencerådet henviser til.

Konkurrencerådet henviser blandt andet til, at det for en række aftalevilkår umiddelbart kan lægges til grund, at de har til formål at begrænse konkurrencen, uden at det er nødvendigt med nærmere undersøgelser eller analyser af den retlige og økonomiske kontekst. Det drejer sig ifølge Konkurrencerådet eksempelvis om pris- og markedsdelingsaftaler. Pris- og markedsdelingsaftaler mellem konkurrenter er klassiske kartelaftaler, som næppe har andet formål end at begrænse konkurrencen mellem aftaleparterne. Som der er redegjort for, kan konsortieaftalen i nærværende sag ikke sidestilles med en kartelafta-

le. Af samme årsag udtalte Konkurrenceankenævnet i nærværende sag, at konsortieaftalen ikke kunne betegnes som en "klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsopdeling" […]. Henvisningen til, at det for så vidt angår kartelaftaler om pris og markedsdeling er unødvendigt med nærmere undersøgelser eller analyser af den retlige og økonomiske kontekst for at konkludere, at der er tale om til formål-overtrædelser, er således ikke relevant i nærværende sag. Det samme gælder Konkurrencerådets henvisninger til praksis og litteratur vedrørende kartelaftaler om pris og markedsdeling.

Desuden vil selv horisontale aftaler om priser og markedsdeling ikke altid udgøre til formål-overtrædelser, jf. s. 4 og 7 i Europa-Kommissionens arbejdspapir om til formal-overtrædelser […] samt afsnit 3.3.4 nedenfor.

Det følger af ovenstående, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har taget afsæt i en forkert retsopfattelse i forhold til den konkurrenceretlige vurdering af konsortieaftalen.

I bilag A med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens økonomiske bemærkninger til von der Fehrs første erklæring, side 9 […], anføres, at styrelsen ikke bestrider, at konsortier ikke nødvendigvis har til formål at begrænse konkurrencen på et marked. Eftersom alle konsortieaftaler om fælles afgivelse af tilbud nødvendigvis må indeholde en pris, og at konsortieparter nødvendigvis også må aftale, hvem af dem der udfører hvilket arbejde i henhold til den udbudte kontrakt, hvis de vinder, er det svært at se, hvordan styrelsens argumenter vedrørende konsortieaftalen i nærværende sag – som endda var indgået mellem konkurrenter, der ikke selv ville have afgivet tilbud – skal kunne tillade rum til at komme frem til en konklusion om, at andre konsortieaftaler ikke udgør til formål-overtrædelser.

3.3.3 Det fremgik ikke med tilstrækkelig klarhed, at konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, således at den kunne have til formål at begrænse konkurrencen

Som nævnt kan en aftale kun have til formål at begrænse konkurrencen, hvis det fremgår med tilstrækkelig klarhed af aftalens indhold og de formål, den tilsigter at opfylde, samt dens retlige og økonomiske kontekst, herunder arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, at aftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, jf. bl.a. C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, præmis 52-53 […], C-345/14, SIA Maxima Latvija, præmis 17 […], C-32/11, Allianz Hungária, præmis 36 […], C-373/14 P, Toshiba Corporation mod Kommissi-onen, præmis 26 og 27 […], C-286/13 P, Dole Food, præmis 113-117 […], og C-172/14, ING Pensii, præmis 30-33 […].

Analysen af, om det fremgår med tilstrækkelig klarhed, at aftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, skal være individuel og detaljeret og har blandt andet til formål at forstå aftalens økonomiske funktion og faktiske betydning, således at det kan undersøges, om det er sandsynligt, at der ligger en anden forklaring end ønsket om at forfølge et

konkurrencebegrænsende formål til grund for aftalen, jf. betragtning nr. 148 i Generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i sag C-179/16, Hoffmann-La Roche […].

Aftalens skadelige virkninger skal være lette at identificere og påvise, og det skal være klart og entydigt, at de konkurrencebegrænsende virkninger overstiger de konkurrencefremmende virkninger, jf. EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, præmis 61 og 66 […], og Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 55-56 […].

I tilfælde af tvivl herom har aftalen ikke til formål at begrænse konkurrencen, da begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes indskrænkende, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, præmis 52 og 58 […], samt i sag C-345/14, SIA Maxima Latvija, præmis 17 og 18 […].

Man er nødt til at se på, hvad alternativet til aftalen ville have været, jf. ligeledes C-209/07, Beef Industry, præmis 35 […], og Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 41 […]. Der henvises også til Tysklands Højesterets vurdering i dommen KRB 3/83 (Bauvorhaben Schramberg) fra 13. december 1983 […].

Til formål-vurderingen skal foretages på baggrund af den konkrete økonomiske og retlige kontekst, som aftaleparterne gik ud fra, mens rent teoretiske og abstrakte overvejelser er uden betydning, jf. ligeledes Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 41 […].

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har ikke godtgjort, at ovenstående krav er opfyldt. Dette uddybes i det følgende.

3.3.3.1 Konsortieaftalens indhold

Intet i konsortieaftalens indhold tilsiger, at konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

Tværtimod indebar konsortieaftalen, at parterne kunne give et mere attraktivt tilbud til en lavere pris. Konsortieaftalens bestemmelser om blandt andet solidarisk hæftelse over for Vejdirektoratet (aftalens pkt. 9) […] og konsortiedeltagernes forpligtelser til uden ugrundet ophold at give den anden konsortiedeltager besked om eksempelvis problemer med levering til den aftalte tid eller kapacitetsproblemer (aftalens pkt. 6) […] gav konsortiedeltagerne incitament til at trække på hinandens ressourcer i eksempelvis spidsbelastningsperioder. Parternes mulighed for at trække på hinandens ressourcer minimerede parternes risiko og muliggjorde dermed, at parterne via konsortiesamarbejdet kunne give et mere attraktivt tilbud til en lavere pris, jf. ligeledes von der Fehr i bilag 15, side 15-16 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 10, 11 og 12) […] og afsnit 4 nedenfor. Det er i den forbindelse uden betydning, at det ikke fremgik specifikt af konsortieaftalen, at parterne skulle udføre opgaver i fællesskab eller "pulje" deres ressourcer.

Som nævnt i afsnit 3.3.2 ovenfor adskiller konsortieaftalen sig fra en kartelaftale, og konsortieaftalens elementer af prisfastsættelse og fordeling af opgaver, som nødvendigvis måtte indgå i en konsortieaftale om konsortiedeltagernes fælles udførelse af opgaven, kan ikke isoleres fra den kontekst, hvori de indgår. Disse elementer indebærer således ikke, at aftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Desuden udgjorde disse elementer nødvendige accessoriske begrænsninger til den lovlige konsortieaftale, jf. ligeledes afsnit 3.3.4 nedenfor.

3.3.3.2 De formål, konsortieaftalen tilsigtede at opfylde

Der er heller intet i konsortieaftalen eller dennes kontekst, der underbygger, at GVCO og Eurostar har haft til formål at indgå en aftale om kundedeling eller en prisaftale eller i øvrigt begrænse konkurrencen. Aftalen og aftalens kontekst kan ikke udlægges på anden vis, end at parterne har indgået konsortieaftalen for at kunne afgive det bedste og laveste tilbud i forbindelse med det offentlige udbud.

Blandt andet erfaringerne fra tidligere udbud, udformningen af udbudsbetingelserne og muligheden for at tilbyde en større samlerabat ved afgivelse af bud på flere distrikter indebar, at parterne var af den faste overbevisning, at det var nødvendigt at afgive tilbud på hele udbuddet, dvs. alle tre distrikter, for at komme i betragtning. Aktøren GuideLines havde i de forudgående totaludbud i 2012 og 2013 afgivet bud med en lavere pris og dermed vundet ordren foran konsortiet. Konsortiet var derfor nødsaget til at afgive et endnu bedre tilbud med en endnu lavere pris for at skabe en bedre mulighed for at vinde udbuddet i 2014. Det var med afsæt heri, at parterne indgik konsortieaftalen for at kunne afgive det bedste og laveste tilbud, som ville komme Vejdirektoratet og samfundet til gode.

Parterne indgik ikke konsortieaftalen for at begrænse antallet af bud. Tværtimod. GVCO og Eurostar ville ikke have afgivet bud på nogen del af udbuddet hver især, da parterne mente, at det var irrelevant at afgive delbud, og da ingen af parterne havde tilstrækkelig kapacitet til at afgive bud på hele udbuddet hver især. Konsortieaftalen indebar således, at antallet af bud øgedes.

Der henvises desuden til bilag 10, side 19-20 (besvarelsen af spørgsmål 8) […]. Heraf fremgår, at von der Fehr på baggrund af anerkendt økonomisk teori og metode vurderer, at det *ikke* uden en nærmere og konkret vurdering af konsortiets virkninger kan antages, at hensigten med konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO har været at begrænse konkurrencen. Der kan være flere mulige grunde til, at Eurostar og GVCO indgik en konsortieaftale. Selv i tilfælde af konsortiesamarbejde, som indebærer, at konsortiedeltagerne undlader at byde mod hinanden og aftaler at fordele deres bud på forskellige opgaver, er det ikke sikkert, at konsortiesamarbejdet svækker konkurrencen. Dette illustreres ved et eksempel i tabel 8 og 9 i bilag 10 […], som viser, at et sådant konsortiesamarbejde kan give gevinst for ordregiver, som betaler en lavere pris. Dertil kommer, at et konsortium kan medføre produktionsøkonomiske gevinster som følge af samdriftsfordele og stordriftsfordele samt strategiske gevinster i form af bud, som ikke ville have været mulige uden konsortiet, især bud på den samlede opgave.

3.3.3.3 Den retlige og økonomiske kontekst, konsortieaftalen indgik i

Der er heller intet i den retlige og økonomiske kontekst, hvori konsortieaftalen indgik, der tilsiger, at konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

Der er ingen dokumentation for eller sandsynliggørelse af, at udbuddet ikke har været effektivt, eller at Vejdirektoratet har betalt for meget. Tværtimod fremstår det klart, at udbuddet har været effektivt og konkurrencepræget. Vejdirektoratet indgik den aftale, der gav Vejdirektoratet den laveste pris.

Ved vurderingen af, om konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, må man se på, hvad alternativet til aftalen ville have været, jf. ligeledes C-209/07, Beef Industry, præmis 35 […], og Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 41 […]. Der henvises også til Tysklands Højesterets vurdering i dommen KRB 3/83 (Bauvorhaben Schramberg) fra 13. december 1983 […].

Uden konsortieaftalen havde Vejdirektoratet være nødsaget til at betale en højere pris. Det skyldes for det første, at konsortiesamarbejdet indebar effektivitetsgevinster, som medførte, at konsortiet kunne tilbyde den laveste pris, jf. ligeledes afsnit 4 nedenfor. Sådanne effektivitetsgevinster blev opnået i kraft af konsortiet og kunne derfor ikke have været opnået af virksomhederne hver for sig. Selv i et hypotetisk scenarium, hvor parterne ville have budt på delaftaler hver især, ville parternes individuelle bud på delaftaler derfor have ført til højere priser. For det andet måtte prisen for bud på delaftaler formodes at være højere, fordi det også krævede held at vinde ved afgivelse af delbud. Det forhold, at en tilbudsgiver isoleret set havde afgivet den laveste pris på én delaftale, var ikke ensbetydende med, at denne tilbudsgiver vandt delaftalen. Bud på delaftaler ville alene vinde, hvis delbuddet passede sammen med delbud fra andre tilbudsgivere og samlet set gav Vejdirektoratet den laveste pris. Denne usikkerhed måtte forventes at blive indregnet som en ekstra omkostning i forbindelse med prissætningen på delbud.

Uden konsortiesamarbejdet ville Vejdirektoratet også have modtaget færre bud.

Som det også fremgår af bilag 10, side 12-15 (besvarelsen af spørgsmål 4) […], pegede både principielle overvejelser, erfaringerne fra tidligere udbud, udformningen af udbudsbetingelserne og muligheden for at tilbyde en større samlerabat ved afgivelse af bud på flere distrikter i retning af, at konkurrencen ville stå om den samlede opgave, det vil sige alle tre distrikter. Af samme årsag var både Eurostar og GVCO af den faste overbevisning, at konkurrencen reelt alene udspillede sig om det samlede udbud, det vil sige alle tre distrikter samlet. Det var derfor ikke realistisk i parternes øjne, at de ville have vundet, hvis de afgav delbud, og derfor ville de ikke have afgivet delbud selv uden konsortieaftalen, da det ikke gav forretningsmæssig mening, jf. ligeledes bilag 14 og bilag 1, side 31-33, 36-38 og 78-79. Bilag 14 […] er den juridiske vurdering af konsortiets lovlighed udarbejdet af advokaten forud for indgåelsen af konsortieaftalen. Heraf ses, at hverken parterne eller advokaten overvejede muligheden for, at parterne kunne afgive individuelle

tilbud på delaftaler. Af bilag 1, side 31-33, 36-38 og 78-79 […], ses, at parterne alene vurderede det relevant at undersøge forud for indgåelse af konsortieaftalen, om de hver især havde kapacitet til at byde på hele udbuddet, det vil sige alle tre distrikter samlet. Ingen af parternes kapacitetsvurdering forholdt sig til muligheden for at byde på delaftaler, fordi de var af den klare overbevisning, at det var irrelevant at byde på delaftaler.

Begge parter havde vurderet, at de ikke havde kapacitet til hver især at afgive bud på det samlede udbud.

Både GVCO og Eurostar havde således hver for sig selvstændigt besluttet, at de ikke ville byde på udbuddet hver for sig, idet de ikke havde kapacitet til at byde på det samlede udbud, og idet det ifølge begge parters faste overbevisning ikke gav mening for dem at byde på enkelte distrikter. Derfor indledte parterne en dialog om konsortieaftalen og et fælles bud på det samlede udbud.

Det indebærer, at konsortieaftalen ikke eliminerede nogen usikkerhed om de centrale konkurrenceparametre eller noget konkurrencepres i tilbudsfasen. Desuden indebar konsortieaftalen mellem parterne, at der blev afgivet ét yderligere bud, end hvad der ville have været tilfældet uden konsortieaftalen, hvor ingen af parterne ville have afgivet bud.

Det var således ikke klart for GVCO og Eurostar, at konsortiesamarbejdet kunne være konkurrencebegrænsende. Tværtimod mente parterne, at de øgede konkurrencen ved at afgive et fælles bud, således at der blev afgivet et yderligere bud, end hvad der havde været tilfældet uden konsortiet, hvor ingen af parterne havde afgivet bud på nogen del af udbuddet, hvilket bud også var lavest.

Dertil kommer, at selv hvis Eurostar og/eller GVCO hver især havde afgivet bud (hvilket de som nævnt ikke ville have gjort), ville det ikke have været på alle tre distrikter, da ingen af parterne havde kapacitet til at byde på alle tre distrikter. Det er således langt fra sikkert, at der ville have været bud på alle tre distrikter, selv hvis begge parter havde afgivet bud hver især.

Konsortieaftalen øgede således antallet af bud og fremmede dermed konkurrencen om den udbudte opgave. Konsortiets bud medførte desuden den laveste pris for Vejdirektoratet.

Den økonomiske kontekst, som konsortieaftalen indgik i og måtte vurderes ud fra, pegede således ikke på, at det var sandsynligt, at konsortieaftalen begrænsede konkurrencen.

De sagkyndige erklæringer fra økonomiprofessor Nils-Henrik Mørch von der Fehr (bilag 10 og 15) […] understøtter dette synspunkt og viser, at konsortieaftalens skadelige karakter ikke forelå eller var let at påvise i henhold til den økonomiske videnskab.

I bilag 10, side 3-5 (besvarelsen af spørgsmål 1) […], påpeger von der Fehr, at antallet af konkurrenter kan gå ned, når to eller flere parter går sammen i et konsortium, men at det

ikke nødvendigvis er tilfældet. Hvis konsortiedeltagerne ville have budt hver for sig, og konsortiet reducerer eller i hvert fald ikke øger deltagelsen af andre tilbudsgivere, vil antallet af konkurrenter reduceres som følge af konsortiet. Omvendt vil konsortiets bud i sig selv medføre, at antallet af konkurrenter stiger, hvis konsortiedeltagerne – som i nærværende sag – ikke ville have deltaget selv. Nils-Henrik Mørch von der Fehr vurderer, at selv i tilfælde, hvor dannelsen af et konsortium reducerer antallet af tilbudsgivere, er færre konkurrenter *ikke* ensbetydende med en svækket konkurrence. Dette illustreres med et eksempel: Hvis der er fire tilbudsgivere A, B, C og D, som ville byde henholdsvis 100, 100, 110 og 110 kr. på et bestemt udbud, og C eller D forsvinder fra konkurrencen, er det åbenbart, at det ingen betydning har for konkurrencen, eftersom denne reelt ville stå mellem A og B, som ville afgive de laveste bud, således at én af disse tilbudsgivere ville vinde udbuddet. Et konsortium mellem A og C vil således ikke svække konkurrencen, fordi konsortiet må konkurrere mod B. Det samme gælder et konsortium mellem A og D. Ligeledes vil et konsortium mellem B og C eller D og mellem C og D ikke svække konkurrencen. Konkurrencen vil kun være svækket, hvis A og B indgår en konsortieaftale, idet de to stærkeste tilbudsgivere i givet fald ikke vil konkurrere mod hinanden. Det er således ikke på abstrakt plan muligt at vurdere, om en reduktion af antallet af konkurrenter i sig selv bidrager til at svække konkurrencen. En vurdering af, om konkurrencen er svækket, kræver nærmere kendskab til, hvor stærke de aktuelle tilbudsgivere både i konsortiet og uden for konsortiet er.

Videre fremgår det af bilag 10, side 16-18 (besvarelsen af spørgsmål 6) […], at det ikke uden videre kan lægges til grund, at deltagelse af færre virksomheder under et udbud begrænser konkurrencen. Det skyldes, at et færre antal deltagere dels ikke behøver at have nogen betydning for konkurrencen, dels at det kan have flere og til dels modsatrettede effekter. *For det første* afhænger virkningen på konkurrencen af, hvilke virksomheder der ikke deltager. Hvis der er tale om virksomheder, som ikke ville have vundet – for eksempel fordi de har så høje omkostninger, at de ikke er konkurrencedygtige – vil deres fravær i konkurrencen være uden betydning for konkurrencen. Omvendt vil fraværet af konkurrencedygtige virksomheder kunne have betydning. *For det andet* er betydningen af antallet af konkurrenter afhængigt af markedets karakteristika. I et marked hvor virksomhederne tilbyder ensartede produkter, og konkurrencen er baseret på pris, spiller antallet af konkurrenter en lille eller slet ingen rolle, så længe der er to eller flere konkurrenter, idet konkurrencen uanset hvad vil presse priserne ned mod omkostningerne. Nils-Henrik Mørch von der Fehr vurderer, at der er tale om et sådant marked i nærværende sag. *For det tredje* afhænger resultatet af, hvorfor færre virksomheder deltager i konkurrencen. Såfremt det skyldes, at nogen af virksomhederne samarbejder og derigennem styrker deres konkurrencekraft, vil det øge konkurrencen. Det kan være bedre med få konkurrencestærke virksomheder end mange konkurrencesvage virksomheder.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr vurderer således, at det ikke kan lægges til grund, at deltagelse af færre virksomheder i konkurrencen uden videre vil begrænse konkurrencen, og at en vurdering heraf kræver, at andre parametre, herunder aftalens kontekst, markedets karakteristika og det relevante alternative scenarium etc., inddrages. Konkurrencemyndighederne har ikke inddraget sådanne andre parametre i vurderingen af kon-

sortiet mellem GVCO og Eurostar. Det understøtter, at myndighederne ikke har bevist, at det fremgik med tilstrækkelig klarhed, at konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til, at den kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.

På side 18 i bilag 10 (besvarelsen af spørgsmål 7) […] vurderer von der Fehr på baggrund af anerkendt økonomisk teori og metode, at det forhold, at Eurostar og GVCO gik sammen i et konsortium og bød på den samlede opgave (alle tre distrikter) med rabat, kan have medført en mere effektiv konkurrence.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr vurderer også på baggrund af anerkendt økonomisk teori og metode, at det *ikke* uden en nærmere og konkret vurdering af konsortiets virkninger kan antages, at en konsortieaftale som den, Eurostar og GVCO indgik, vil skade konkurrencen, jf. bilag 10, side 20-21 (besvarelsen af spørgsmål 9) […]. Der er flere forskellige mulige hensigter med og virkninger af konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO. Mens nogle af disse kunne skade konkurrencen, kunne andre gøre konkurrencen mere effektiv, f.eks. ved at styrke konkurrencen og medføre en lavere pris for ordregiver. Et sådant tilfælde er illustreret i tabel 8 og 9 på side 20 i bilag 10 […]. Tabel 8 […] viser situationen uden konsortiesamarbejde mellem tilbudsgiver E og L, og her er prisen for ordregiver i alt 305 (95 + 95 + 115) kr. for alle tre distrikter:

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E	100		
Tilbyder L	100	100	

Tabell 8: Anbud uten samarbeid

Tabel 9 […] viser situationen med et konsortiesamarbejde mellem E og L, der har placeret deres bud sådan, at de ikke konkurrerer mod hinanden, og hvor prisen for ordregiver er i alt 295 (95 + 95 + 100) kr. for alle tre distrikter:

Tilbydere	Distrikt 1	Distrikt 2	Distrikt 3
Tilbyder A	95		
Tilbyder B		95	
Tilbyder C			115
Tilbyder E+L	100	100	100

Tabell 9: Anbud med samarbeid

Konsortiesamarbejdet øger konkurrencen i distrikt 3, hvor der kommer et yderligere bud som følge af konsortiet, hvilket medfører en mere effektiv konkurrence og en lavere pris for ordregiver. Konsortiesamarbejdet påvirker ikke konkurrencen i distrikt 1. Det gælder, selvom der er et mindre antal bud i distrikt 1. Det skyldes, at det manglende bud ikke har nogen betydning for konkurrencen og prisen, eftersom tilbudsgiver A har tilbudt den laveste pris i dette distrikt.

Derudover kan et konsortium styrke konkurrencen om samlebud. Hvis et konsortium forventer, at det står over for en konkurrent, som byder på alle tre distrikter med en høj samlerabat, bliver delbuddene irrelevante. Selvom konsortiet kan medføre en reduceret konkurrence om delbud, er denne konkurrence ikke relevant for udfaldet, og konsortiet vil omvendt styrke konkurrencen om den samlede opgave, som er den konkurrence, som forventes at afgøre udbuddet. Konkurrencen vil blive yderligere styrket, hvis konsortiet medfører produktionsøkonomiske gevinster, som giver grundlag for et lavere bud på den samlede opgave. De forhold, som von der Fehr her beskriver, gjorde sig gældende for konsortiet mellem Eurostar og GVCO.

Konkurrencemyndighederne har ikke foretaget en nærmere og konkret vurdering af konsortiets virkninger, sådan som det ifølge von der Fehr er påkrævet. Det kunne derfor ikke konkluderes, at konsortieaftalen havde til hensigt at skade konkurrencen, eller at aftalen ville skade konkurrencen.

Konkurrencerådet har i processkrift A, side 2 […], anført, at von der Fehrs sagkyndige erklæring (bilag 10) […] på en række punkter sammenblander vurderingen efter konkurrencelovens § 6/artikel 101, stk. 1, TEUF med vurderingen efter konkurrencelovens § 8/artikel 101, stk. 3, TEUF, hvilket ifølge Konkurrencerådet begrænser erklæringens anvendelighed og relevans. Dette er GVCO uenig i. Der er ikke tale om en retlig vurdering, men en økonomisk sagkyndig erklæring, som er afgivet på grundlag af anerkendt økonomisk teori og metode. I den forbindelse henvises også til bilag 15, side 1-3 (kommentarer om økonomisk erklæring og henvisninger til økonomisk teori) […]. Her fremgår det blandt andet, at von der Fehr fastholder i sin supplerende sagkyndige erklæring, at konkurrencemyndighedernes vurdering af, at konsortiet havde til formål at begrænse konkurrencen, ikke kan udledes af økonomisk teori og det faktum, som er beskrevet i Konkurrencerådets afgørelse. Det skyldes, at konsortieaftalen kan have både konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger, og at det ikke uden en yderligere, konkret analyse af blandt andet de faktiske forhold i sagen kan afgøres, om afgørelsen samlet set er konkurrencebegrænsende.

Også af den supplerende sagkyndige erklæring (bilag 15) […] fremgår, at man ikke med udgangspunkt i økonomisk teori umiddelbart kan konkludere, at en konsortieaftale har til formål at begrænse konkurrencen, blot fordi antallet af deltagere i konkurrencen om udbuddet er lavere, jf. bilag 15, side 4-6 (kommentarer vedrørende antal konkurrenter og konkurrence) […]. Det skyldes, at færre deltagere ifølge økonomisk teori kan medføre både mere og mindre konkurrence, og at en vurdering af effekten på konkurrencen ikke kan foretages uden en konkret analyse af de faktiske forhold. Herefter konkluderer von

der Fehr på side 5 i bilag 15 […], at det ikke kunne lægge til grund, at konsortieaftalen mellem GVCO og Eurostar havde til formål at begrænse konkurrencen, blot fordi parterne kunne byde på enkelte distrikter hver for sig.

Der henvises også til side 11 og 12 i bilag 15 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 3 samt 4 og 5) […], hvor von der Fehr angiver, at Konkurrenceådets og Konkurrenceankenævnets konklusion om, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, blot fordi begge konsortieparter i teorien havde mulighed for at byde på delaftaler hver især, ikke er i overensstemmelse med økonomisk teori.

Desuden henvises til bilag 15, side 13-14 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 6) […], hvor det også fastholdes, at det ikke blot kan lægges til grund uden videre, at deltagelse af færre virksomheder i et udbud vil begrænse konkurrencen. Her fremgår, at det er forkert, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i bilag A […] bl.a. antager, at den oprindelige besvarelse af spørgsmål 6 i bilag 10 […] forudsætter, at parterne har fuldkommen information om andre tilbudsgivere. Tilsvarende fremgår af bilag 15, side 3-4 (kommentarer om teori og eksempler) [...], hvor det om alle eksemplerne i besvarelsen af spørgsmål 1, 2, 4, 5 og 6 i bilag 10 fastslås, at de ikke forudsætter fuld information, og at det er korrekt, at eksemplerne er fiktive, men at det ikke gør dem mindre illustrative eller korrekte. Ifølge von der Fehr ligger eksemplerne generelt tæt på virkeligheden og fanger de elementer, som er vigtige for ræsonnementerne. Alle eksemplerne i bilag 10 […] og de deraf afledte konklusioner fastholdes således.

Der henvises også til bilag 15, side 9 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 1, 8 og 9) […], hvor von der Fehr blandt andet bemærker, at konkurrencesituationen vil være uændret, hvis en virksomhed med meget høje omkostninger forlader markedet. En sådan virksomhed vil ikke være en reel konkurrent til virksomheder med lave omkostninger.

På side 3 og 4 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens økonomiske bemærkninger til den sagkyndige vurdering (bilag A) […], anfører Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at konkurrencereglerne blandt andet har til formål at beskytte usikkerheden om, hvordan konkurrenter agerer. Herom henvises til von der Fehrs udtalelser på side 6 i bilag 15 […]. Endvidere bemærkes, at konkurrencelovens formål ikke er konkurrence som sådan, men en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, f.eks. i form af opnåelse af den lavest mulige pris, jf. de specielle bemærkninger til den foreslåede § 1 i forslag nr. 172 af 20. februar 1997 til konkurrencelov (FT 1996-97, Tillæg A, s. 3651, h. sp., til s. 3653, v. sp.) […] samt Konkurrenceloven med kommentarer af Kirsten Levinsen m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2018, side 64, 67 og 69 […]. Af side 69 […] fremgår specifikt, at der kan være tilfælde, hvor den størst mulige effektivitet opnås gennem begrænset konkurrence, idet virksom konkurrence ikke er et mål i sig selv.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr anfører desuden på side 6 i bilag 15 (kommentarer om konkurrenters adfærd og budstrategi) […], at det ikke er i overensstemmelse med økonomisk teori, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i bilag A […] gør gældende, at usikkerheden om, hvad andre byder, generelt må forventes at medføre lavere priser, end

hvis virksomhederne havde information om konkurrenternes omkostninger og budstrategi. Det skyldes, at det i auktionsteorien generelt er anerkendt, at virksomheder ofte byder mere aggressivt i auktioner og dermed øger konkurrencen i stedet for at svække den, desto mere information de har om de øvrige virksomheder og deres bud og strategi. Det gælder særligt i såkaldte common value-aktioner, som der ifølge den sagkyndige erklæring er tale om i denne sag. Det øger fordelene ved konsortier, eftersom færre konkurrenter i praksis kan give bedre priser. Der henvises til side 6-8 i bilag 15 (kommentarer om konkurrenters adfærd og budstrategi) […], hvor von der Fehr uddyber dette med henvisning til økonomisk teori.

Den sagkyndige erklæring fra DI (bilag 11) […] bestyrker også, at det ikke fremgik med tilstrækkelig klarhed af konsortieaftalens kontekst, at aftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Af bilag 11, side 1-2 (besvarelse af spørgsmål 1) […], fremgår, at konsortier efter DI's vurdering er en samarbejdsform, som er udbredt blandt DI's medlemsvirksomheder både inden for samme branche og på tværs af brancher. Det fremgår også, at der både indgås permanente, længerevarende, kortvarige, nationale og internationale konsortier. DI har ikke konkrete tal på, hvor mange konsortier der i praksis bliver indgået eller søges indgået på årsbasis, men DI er bekendt med, at nogle medlemsvirksomheder indgår 300-400 konsortieaftaler om året. Ligeledes fremgår det, at *"DI er bekendt med, at flere medlemsvirksomheder afstår fra at indgå i konsortier, fordi den nuværende konkurrenceretlige praksis på området desværre har skabt en retlig usikkerhed og bekymring blandt virksomhederne"* […].

Af bilag 11, side 2-3 (besvarelse af spørgsmål 2) […], fremgår, at konsortier særligt anvendes i forbindelse med offentlige udbud og tilbud til private, men at der også kan være situationer, hvor et konsortium eksempelvis indgås med henblik på at løfte en fælles udviklingsopgave eller lignende. Videre fremgår det […]:

> *"Virksomheder, der deltager i et udbud, konkurrerer om at afgive det bedste tilbud til kunden 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 omkostnings-besparelser, 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. For mange virksomheder er det forretningsmæssigt 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 virk-*

somheden 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 kunden, 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

I nogle situationer kan ordregivers krav i udbudsmaterialet også være medvirkende til, at virksomhederne bliver nødt til at indgå i konsortier. I begrænsede offentlige udbud kan der eksempelvis blive stillet krav til ansøgerens omsætning eller referencer i forhold til vurderingen af egnethed, og samtidig lader ordregiveren 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. Udbudsmaterialet kan også indeholde andre krav - som eksempelvis muligheden for at kunne give samlerabat ved tilbud på samtlige delaftaler i et udbud - der kan presse virksomhederne til at afgive fællestilbud i et konsortium.

Det er derudover vigtigt at understrege, at der er høje transaktionsomkostninger forbundet med at afgive tilbud og deltage i udbuddet. Virksomheder ønsker derfor kun at indgå i et konsortium, hvis det forretningsmæssigt og strategisk giver mening at bruge ressourcer på at afgive et fælles et konkurrencedygtigt bud."

DI vurderer altså også, at konsortiesamarbejde kan være nødvendigt af hensyn til bl.a. forretningsmæssige og strategiske overvejelser, herunder risikospredning, og udbudsmaterialet, f.eks. hvis dette giver mulighed for at tilbyde samlerabat ved tilbud på samtlige delaftaler. DI finder, at konsortiesamarbejde er gavnligt for både konkurrencen og kunden.

Det fremgår af bilag 11, side 3 (besvarelsen af spørgsmål 3) […], at DI ikke har konkrete tal på, hvor mange konsortier der i praksis bliver indgået eller søges indgået mellem virksomheder i samme branche, men at det er DI's indtryk, at det ofte forekommer, at virksomheder inden for samme branche går sammen i et konsortiesamarbejde ved afgivelse af fælles tilbud på en opgave. Ifølge DI er det imidlertid ikke ensbetydende med, at virksomhederne skal anses for at være konkurrenter i relation til den pågældende opgave, idet virksomhederne på grund af kapacitet, know-how eller ønsker om risikospredning ikke kan løfte opgaven selv.

DI har heller ikke konkrete tal på, hvilke former for konsortier der typisk er tale om, når virksomheder inden for samme branche indgår i konsortier. I forhold til konkrete offentlige udbud vil der dog ifølge DI oftest være tale om ad hoc-samarbejder.

Det fremgår af den sagkyndige erklæring fra Dansk Byggeri (bilag 12), side 2 (besvarelsen af spørgsmål 2) […], at konsortiesamarbejde primært anvendes i større og komplicerede offentlige udbud efter udbudsloven, hvor opgavens kompleksitet og størrelse gør det for risikabelt for enkeltvirksomheder at påtage sig opgaven alene. Det fremgår også, at konsortiesamarbejder – til forskel fra underentrepriser – giver bygherren større tryghed, fordi samtlige involverede virksomheder i konsortiet hæfter over for bygherren. Derudover anvendes konsortier ifølge Dansk Byggeri også i et vist omfang mellem mindre håndværksmestre for at komme i betragtning til mindre kommunale opgaver, som udbydes i hovedentreprise. Dansk Byggeri er således enig med DI i, at konsortier forekommer ud fra virksomhedernes risikobetragtninger, og at konsortier giver større tryghed for kunden.

Ifølge Dansk Byggeri oprettes de fleste konsortier af virksomheder med forskellige spidskompetencer. Såfremt "branche" defineres bredt som eksempelvis "anlægsbranchen", er konsortiesamarbejde ganske udbredt inden for branchen, jf. bilag 12, side 2-3 (besvarelsen af spørgsmål 3) […].

Bilag 13 […] er en oversigt over bekendtgørelser om indgåede kontrakter i Danmark i perioden 1. januar 2013 til 31. december 2015 offentliggjort på Tenders Electronic Daily, hvoraf det fremgår, at en kontrakt er tildelt det, der ser ud til at være et konsortium. Af oversigten ses, at det samlede antal bekendtgørelser om indgåede kontrakter i Danmark i perioden, hvoraf det fremgår, at en kontrakt er tildelt det, der ser ud til at være et konsortium, udgør 183 bekendtgørelser ud af i alt 7.045 bekendtgørelser, som fremkom ved søgningen.

På de tre undersøgte år er der i alt 156 uger. Antallet af bekendtgørelser om indgåede kontrakter med oplysninger om tildeling af en kontrakt til det, der ser ud til at være et konsortium, på 183 svarer således til, at der i hvert fald er offentliggjort en bekendtgørelse om indgåede kontrakter til det, der ser ud til at være et konsortium, én gang om ugen.

I perioden er der i alt 222 ud af de 7.045 bekendtgørelser, hvor der ikke fremgår oplysninger om tildeling af kontrakter – i nogle tilfælde i hvert fald ikke om alle kontrakter/delkontrakter nævnt i bekendtgørelserne. Hvis vi trækker disse bekendtgørelser fra det samlede antal bekendtgørelser (ud fra en antagelse om, at andelen af kontrakter tildelt konsortier her svarer til andelen af kontrakter tildelt konsortier i de bekendtgørelser, der indeholder oplysninger om tildeling af (alle) kontrakter), udgør det samlede antal af kontrakter, der ser ud til at være tildelt konsortier, 2,7 % (183/(7.045-222)*100). Fordelt på de enkelte kategorier af kontrakter er procentdelen i så fald 3 % for bygge- og anlægskontrakter, 1,4 % for varekontrakter og 3,6 % for tjenesteydelseskontrakter.

Bilag 13 viser således, at konsortier er hyppigt forekommende i Danmark, og at der findes mange forskellige konsortier.

I forhold til den retlige kontekst, som konsortieaftalen indgik i, bemærkes igen, at konsortieaftaler som den i nærværende sag ikke passer ind i nogen af de kategorier af til formål-overtrædelser, der tidligere er fastslået af EU-Domstolen. Desuden var der i forbindelse med konsortiesamarbejdet indhentet ekstern juridisk rådgivning. Den eksterne juridiske vurdering var, at konsortiesamarbejdet var lovligt, hvis begge konsortiedeltagere ikke på egen hånd kunne byde på den samlede opgave, jf. bilag 14 […]. Dette illustrerer, at det heller ikke fremgik klart af hverken lovgivningen eller praksis, at et konsortiesamarbejde som i nærværende sag var ulovligt. Dette ses også i høringsnotat af 22. september 2017 vedrørende lovforslag om ændring af konkurrenceloven, side 1-6 […], hvor det fremgår, at lovforslaget først og fremmest har til formål at medvirke til at gøre det nemmere for virksomhederne at vurdere, om et potentielt konsortiesamarbejde vil være lovligt. Det fremgår også, at der er usikkerhed om retsstillingen, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udarbejdet udkast til en ny vejledning om konsortiesamarbejder i forlængelse af konkurrencemyndighedernes afgørelser i nærværende sag, hvilken vejledning har været i høring. Dette er udtryk for, at det er for svært for virksomhederne at vurdere, om et konsortiesamarbejde vil være lovligt, jf. ligeledes angivelsen herom i DI's sagkyndige erklæring (bilag 11, s. 2) […].

Til trods for, at der eksisterer mange konsortier, jf. ligeledes bilag 11, 12 og 13 […], er der ingen domme fra EU-Domstolen, hvorefter konsortiesamarbejde kan udgøre en til formål-overtrædelse. Sammen med den øvrige fokus på konsortiesamarbejder siden Konkurrencerådets afgørelse i nærværende sag viser ovenstående, at konkurrencemyndighedernes afgørelser i sagen er udtryk for en skærpelse af den hidtidige retsstilling. Det viser også, at konsortieaftalens skadelige virkning ikke forelå eller var let at påvise i henhold til erfaringen, sådan som det er påkrævet, jf. Generaladvokat Wahls udtalelse i betragtning nr. 56 i forslaget til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires […].

I den forbindelse henvises også til Europa-Kommissionens beslutning af 27. juli 1990 i sag IV/32.688 — Konsortium ECR 900, s. 3-4 […], hvor Kommissionen anerkendte, at nogle aftaleparter hver for sig ikke ville have "været i stand til at afgive noget relevant bud" (understregning foretaget her), blandt andet fordi aftaleparterne af objektive, økonomiske grunde ikke kunne forventes at bære den finansielle risiko alene. Parternes samarbejdsaftale havde derfor hverken til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Det er den økonomiske og retlige kontekst, som GVCO og Eurostar gik ud fra, og som konsortieaftalen burde have været vurderet ud fra ved vurderingen af, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Som nævnt fremgår det af EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, præmis 61 og 66 […], og generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 55-56 […], at kun adfærd, hvis skadelige virkninger i henhold til erfaring og den økonomiske videnskab foreligger og er let at identificere og påvise, kan have til formål at begrænse konkurrencen, og at det skal være klart og entydigt, at de konkurrencebegrænsende virkninger overstiger de konkur-

rencefremmende virkninger. Som det ses af ovenstående, er det ikke tilfældet for så vidt angår den økonomiske videnskab eller den retlige praksis. Erfaring tilsiger således heller ikke, at konsortieaftalen udgjorde en til formål-overtrædelse. Det indebærer, at konsortieaftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.

GVCO er enig i, at der ikke skal foretages en fuldstændig analyse af aftalens følger ved vurderingen af, om aftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Det er dog forkert at antage, at vurderingen skal foretages helt uden at bedømme aftalens sandsynlige virkninger på konkurrencen, herunder sandsynlige effektivitetsgevinster. Selv om konsortieaftalens positive indvirkning på konkurrencen også indgår ved vurderingen af, om konsortieaftalen er fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af konkurrencelovens § 8 og/eller artikel 101, stk. 3, TEUF, indebærer den positive indvirkning tillige, at det ikke med tilstrækkelig klarhed fremgik af aftalen og dens retlige og økonomiske sammenhæng, at aftalen var *tilstrækkelig* skadelig for konkurrencen.

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har ikke godtgjort, at det fremgik tilstrækkelig klart af konsortieaftalens retlige og økonomiske kontekst, herunder markedsforholdene og det konkrete udbud, at aftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

Konkurrenceankenævnet har ikke specifikt udtalt sig om konsortieaftalens retlige og økonomiske kontekst. Konkurrenceankenævnets vurdering af, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, er som nævnt baseret på, at Eurostar og GVCO som konkurrenter hver især i teorien kunne have budt på dele af udbuddet, hvorfor den forretningsmæssige risiko, der uden konsortieaftalen ville have været forbundet med en konkurrence mellem Eurostar og GVCO i budfasen, i teorien blev elimineret.

Det kunne imidlertid ikke konstateres, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, blot ud fra en teoretisk og abstrakt tankegang om, at konsortiedeltagerne i teorien kunne have budt på delaftaler og således kunne have konkurreret med hinanden i forbindelse med udbuddet, når det *i praksis* ikke ville være sket. I den forbindelse henvises igen til Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 41 […], hvor det fremgår, at rent teoretiske og abstrakte overvejelser er uden betydning for vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen. Ligeledes henvises der til C-209/07, Beef Industry, præmis 35 […], og Tysklands Højesterets vurdering i dommen KRB 3/83 (Bauvorhaben Schramberg) fra 13. december 1983 […], hvor retten fandt, at det ikke var konkurrencebegrænsende eller ulovligt for tre virksomheder at indgå en konsortieaftale og afgive ét samlet bud, uanset at de objektivt set kunne have afgivet bud hver især, da virksomhederne ikke ville have budt hver for sig. Desuden er formålet med konkurrenceloven at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere, jf. konkurrencelovens § 1 […]. Det anerkendes, at der kan være tilfælde, hvor størst mulig effektivitet opnås gennem begrænset konkurrence. Det understøtter, at Konkurrenceankenævnet ikke med rette kunne konkludere, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, alene ud fra en betragtning om, at der i *teorien* kunne have været en konkurrence om delbud mellem GVCO og Eurostar, når det i

praksis ikke ville have været tilfældet, og konsortieaftalen rent faktisk medførte en lavere pris for Vejdirektoratet.

Der henvises også til den svenske dom afsagt den 13. februar 2018 af Sveriges Patent- och marknadsöverdomstolen i sag PMT 761-17, Telia Sverige AB mod Konkurrensverket […]. Som nævnt i afsnit 3.1 ovenfor illustrerer dommen vigtigheden af at tage hensyn til de konkrete faktiske omstændigheder, herunder konkurrencesituationen i praksis i forbindelse med udbuddet, ved vurderingen af, om en aftale eller samordnet adfærd har til formål at begrænse konkurrencen. Som den svenske Patent- och marknadsöverdomstolen også udtalte, skal de forudsætninger for en effektiv konkurrence, som gælder i praksis, tages i betragtning ved vurderingen af, om der er tale om en til formål-overtrædelse. Dommen bekræfter således, at det har betydning for til formål-vurderingen i nærværende sag, at GVCO og Eurostar – på grund af blandt andet udbudshistorikken og den måde, udbuddet var udformet – var af den faste overbevisning, at det ikke gav mening at byde på delaftaler og således ikke ville havde budt på delaftaler – på samme måde som det havde betydning for til formål-vurderingen i den svenske sag, at Telia ikke bød på det svenske udbud, fordi udbuddet var udformet sådan, at det ikke gav mening for Telia at byde.

Konkurrencerådets vurdering heraf er ganske kort og fastslår blot, at markedet for vejmarkering efter styrelsens vurdering ikke er kendetegnet ved særlige karakteristika, som kan rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning, og at den økonomiske og retlige sammenhæng understøtter, at aftalens indhold og modsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen, jf. bilag 1, pkt. 782-788 […]. Dette svarer ikke til den tilgang, der er påkrævet efter EU-Domstolens praksis.

Konkurrencerådet har i sin afgørelse alene foretaget en summarisk analyse af konsortieaftalens retlige og økonomiske kontekst med henvisning til, at konsortieaftalen var en aftale mellem konkurrenter om fastsættelse af priser og fordeling af markeder, jf. bilag 1, punkt 783 […]. GVCO er uenig i, at konkurrencemyndighederne kunne nøjes med at foretage en summarisk analyse af konsortieaftalens retlige og økonomiske kontekst, blot fordi konsortieaftalen indeholdt en fælles tilbudspris og en fordeling af opgaver mellem konsortieparterne. Som nævnt i afsnit 3.3.2 kan konsortieaftaler ikke automatisk sidestilles med klassiske kartelaftaler om priskoordinering og markedsopdeling, og elementerne af prisfastsættelse eller fordeling af opgaver, som nødvendigvis må indgå i en konsortieaftale om konsortiedeltagernes fælles udførelse af opgaven, kan ikke isoleres fra den kontekst, hvori de indgår. Konkurrenceankenævnets udtalelse i sagen om, at der ikke var tale om en klassisk kartelaftale om priskoordinering og markedsdeling, peger i overensstemmelse hermed på, at man ikke kan nøjes med en summarisk analyse af aftalens retlige og økonomiske kontekst. Der henvises i den forbindelse til generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, betragtning nr. 148 […], hvor generaladvokaten understreger, at konkurrencemyndighederne ikke kan begrænse sig til at gennemføre en abstrakt undersøgelse for at fastslå, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen. Det gælder ifølge generaladvokaten navnlig, når der er tale om en begrænsning, som ikke er åbenlys. Det er tilfældet for konsortieaftalen.

Selv en summarisk analyse af konsortieaftalens økonomiske og retlige kontekst burde dog have gjort det klart, at der er tale om en helt anden aftale end en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsdeling, og at det ikke er let at identificere, at konsortiesamarbejdet var tilstrækkelig skadeligt for konkurrencen.

Konkurrencerådets vurdering af konsortieaftalens retlige kontekst (bilag 1, afsnit 4.3.1.1) […] er baseret på henvisninger til de horisontale retningslinjer […], to tidligere afgørelser fra Konkurrencerådet og nogle Kommissionsbeslutninger. Disse henvisninger er misvisende.

I relation til de horisontale retningslinjer har Konkurrencerådet lagt vægt på pkt. 237 og 255 […]. Det er væsentligt at bemærke, at pkt. 237 […], som er citeret i pkt. 10 ovenfor, omtaler en "safe harbour" og ikke en betingelse for, hvornår et konsortium er lovligt. Der kan ikke sluttes modsætningsvist ved at konkludere, at konsortier pr. definition er konkurrencebegrænsende, hvis hver part kan levere selv. Det kan derfor ikke konkluderes, at konsortier mellem konkurrenter kun er mulige, hvis det er nødvendigt for konsortieparterne at gå sammen. Det samme gælder i relation til de Kommissionsbeslutninger, Konkurrencerådet har henvist til ved vurderingen af konsortieaftalens retlige kontekst. Disse fastslår også blot, at konsortieaftaler er lovlige, idet parterne ikke kunne have budt hver for sig. Det kan ikke konkluderes herudfra, at konsortier mellem konkurrenter er ulovlige, hvis blot parterne kunne have budt hver for sig.

Dette følger også af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning "Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven" fra 2014, side 9 […], hvor styrelsen fremhæver, at et konsortium er foreneligt med konkurrencereglerne, hvis konsortiet kan afgive et bedre og/eller billigere bud sammen – selvom konsortieparterne måtte være i stand til at byde hver for sig – ligesom styrelsen peger på muligheden for, at et konsortium kan medføre effektivitetsgevinster, der overstiger de konkurrencemæssige ulemper, som et samarbejde måtte have.

I relation til de horisontale retningslinjers pkt. 255 […] fastslår de, at en aftale mellem konkurrenter, der udelukkende retter sig mod fordeling af kunder og fastsættelse af priser, er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Konsortieaftalen var imidlertid ikke en aftale, som udelukkende rettede sig mod fordeling af kunder eller fastsættelse af priser, hvorfor denne henvisning også er misvisende og irrelevant, jf. ligeledes afsnit 3.3.2 og 3.3.4.

Ved vurderingen af den retlige ramme for konsortieaftalen har Konkurrencerådet også henvist til navnlig to sager; sagen om ortopædiske sko fra 1999 […] og sagen om Skive og Omegns Vognmandsforretning fra 2014 […]. Disse to sager er ikke sammenlignelige med den forelæggende sag. Sagen om de ortopædiske sko vedrørte fire prækvalificerede skoleverandører, der indgik en aftale om, at alle fire leverandører skulle afgive ét tilbud sammen. Tilsvarende vedrørte sagen om Skive og Omegns Vognmandsforretning en aftale om, at alle vognmænd skulle byde under ét. Begge de to sager er således sager, hvor

det oplagte formål netop var at begrænse konkurrencen, fordi aftalerne udelukkede konkurrencen, ved at der kun skulle afgives ét bud. Dette scenarium er ikke tilfældet i den foreliggende sag, hvor der de facto har været en effektiv udbudsproces i både 2012, 2013 og 2014. Dansk Vejmarkerings Konsortium har i alle tre udbud de facto konkurreret mod andre aktører, og konkurrencen var så skarp, at konsortiet ikke var i stand til at vinde de to første totaludbud. Konkurrencen har dermed ikke været udelukket, og der er heller ikke indikationer af, at den har været begrænset. Evalueringen af udbuddet i 2014 viser også, at konsortiet vandt udbuddet, fordi konsortiet tilbød den laveste pris. Konkurrencen i udbuddet var således effektiv og levede op til Vejdirektoratets forventninger. Vejdirektoratet har ikke haft indsigelser til udbuddet og har gennemgående udvist tilfredshed med udbuds- og tildelingsprocesserne.

Hverken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet har set konsortieaftalen mellem GVCO og Eurostar i den økonomiske og retlige sammenhæng, som parterne gik ud fra. Myndighederne har heller ikke set på det reelle alternative scenarium. Hvis de havde gjort det, ville det have været åbenbart, at konsortieaftalen ikke har indebåret nogen tabt konkurrence eller risiko for konkurrencebegrænsning.

3.3.3.4 Afrunding

Af ovenstående ses, at det ikke fremgik med tilstrækkelig klarhed af konsortieaftalens indhold, formål og retlige og økonomiske kontekst, at aftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Tværtimod øgede konsortieaftalen antallet af bud og fremmede dermed konkurrencen om den udbudte opgave. Konsortiets bud medførte desuden den laveste pris for Vejdirektoratet.

Det er således i høj grad sandsynligt, at der ligger en anden forklaring end ønsket om at forfølge et konkurrencebegrænsende formål til grund for konsortieaftalen. Det indebærer, at aftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. betragtning nr. 148 i Generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i sag C-179/16, Hoffmann-La Roche […].

Om ikke andet indebar konsortieaftalen i hvert fald tvetydige virkninger på markedet, således at det ikke fremgik med tilstrækkelig klarhed, at konsortieaftalen var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne have til formål at begrænse konkurrencen, jf. ligeledes betragtning nr. 55-56 i Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires […], EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, præmis 61 og 66 […], samt EU-Domstolens dom i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, præmis 52 og 58 […], og i sag C-345/14, SIA Maxima Latvija, præmis 17 og 18 […].

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har således ikke bevist, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Konklusionen om, at konsortieaftalen er ulovlig, forudsætter således en vurdering af, om aftalen havde til følge at begrænse konkurrencen. Denne analyse er ikke foretaget. Afgørelsen er således også derfor truffet ud fra en forkert, forsimplet og "mekanisk" juridisk test, hvorfor afgørelsen skal ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Hvis Konkurrencerådet får medhold i denne sag, vil det have store implikationer for en lang række andre virksomheder, f.eks. banker, som har ydet syndikerede lån ud fra ønsker om at begrænse bankens kreditrisiko, hvor bankerne i princippet måske kunne have ydet lånet hver for sig, men ikke ville have gjort det. Ligesom i nærværende sag, hvor der ikke var nogen tabt konkurrence som følge af konsortiet, fordi Eurostar og GVCO ikke ville have budt hver for sig, er der ikke tabt nogen konkurrence, når banker, som ikke ville have ydet lån hver for sig, går sammen om syndikerede lån. Derfor er det ikke tilstrækkelig klart, at konsortierne er tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til at kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.

Det kan ikke antages, at en stor del af de konsortier, der findes i Danmark, som måtte indgås mellem aktuelle eller potentielle konkurrenter, f.eks. ud fra virksomhedernes ønske om at afdække hinandens risici og undgå en for stor risikoeksponering, falder under til formål-kategorien og dermed er ulovlige, medmindre de (undtagelsesvis) lykkes med at godtgøre, at aftalen er individuelt fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets mekaniske test, som er anvendt i nærværende sag, bør derfor underkendes, så den ikke medfører, at langt flere konsortier end dem, der rent faktisk måtte begrænse konkurrencen, ulovliggøres eller – som DI har pointeret – ikke oprettes, fordi retsstillingen er uigennemsigtig og har skabt en retlig usikkerhed og bekymring blandt virksomhederne.

Konkurrencerådet anmeldte konsortiesamarbejdet til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet ("SØIK") i forlængelse af Konkurrenceankenævnets kendelse i sagen […]. I sommeren 2017 sigtede SØIK GVCO og flere personer med (til dels tidligere) tilknytning til selskabet, herunder Erik Rasmussen, tidligere distriktschef i GVCO, for overtrædelse af straffelovens § 299 c, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, eller artikel 101, stk. 1, TEUF. Sigtelsen af GVCO er fremlagt som bilag 16 […].

Sigtelserne angår ikke kun konsortieaftalen i forbindelse med Vejdirektoratets udbud i 2014, som nærværende retssag angår, men også de to tidligere konsortieaftaler mellem GVCO og Eurostar i forbindelse med Vejdirektoratets to tidligere udbud i 2012 og 2013, hvor parterne også afgav bud i fællesskab uden at vinde. Disse to tidligere konsortieaftaler har konkurrencemyndighederne ikke undersøgt eller truffet afgørelse om.

Sigtelserne vedrører ikke blot groft uagtsom eller forsætlig overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, men en forsætlig overtrædelse af forbuddet mod kartelaftaler under særligt skærpende omstændigheder, som kan medføre ikke blot bøde, men også fængselsstraf indtil 6 år – til trods for at Konkurrenceankenævnet udtalte, at GVCO og Eurostar ikke havde indgået en "klassisk kartelaftale".

Straffesagerne er baseret på konkurrencemyndighedernes afgørelse om, at konkurrencereglerne er overtrådt. Det illustrerer betydningen af, at konkurrencemyndighedernes afgørelser er korrekte og ikke træffes efter en forsimplet mekanisk test ud fra en teoretisk og abstrakt tankegang om, at parterne i teorien kunne have budt på delaftaler hver især,

uanset at det i praksis aldrig ville være sket og således ikke var det relevante alternative scenarium at sammenligne med, sådan som det er tilfældet med Konkurrenceankenævnets kendelse.

3.3.4 Konsortieaftalens fastsættelse af en fælles tilbudspris og en fordeling af opgaver mellem konsortieparterne var nødvendige accessoriske begrænsninger til den lovlige konsortieaftale

Konkurrenceankenævnet (og Konkurrencerådet) har ikke vurderet, om konsortieaftalens fastsættelse af pris for konsortiets tilbud og fordelingen af opgaverne mellem parterne var nødvendige og accessoriske begrænsninger, sådan som præmis 99 og 102 i EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, kræver […].

GVCO gør gældende, at konsortiesamarbejdet mellem GVCO og Eurostar om fælles afgivelse af bud og udførelse af vejmarkeringsarbejdet udgjorde et bredere samarbejde, som havde det ikke-konkurrencebegrænsende hovedformål at afgive et konkurrencedygtigt tilbud og udføre vejmarkeringsarbejdet i fællesskab. Parterne kombinerede deres mandskab og maskiner og muliggjorde således, at konsortiet kunne udføre arbejdet i alle tre distrikter, hvilket parterne ikke ville have kunnet gøre hver især, til den laveste pris for Vejdirektoratet. Konsortiet indebar desuden, at parterne rent faktisk bød på opgaven, hvilket ikke ville være sket uden konsortiet. Konsortiet medførte således ét yderligere bud og dermed mere konkurrence i forhold til det alternative scenarium.

Den fælles pris i konsortiets bud og fordelingen af opgaverne mellem parterne var nødvendige og accessoriske begrænsninger, som konsortiedeltagerne – som alle andre konsortiedeltagere – nødvendigvis måtte tage stilling til for at kunne afgive et fælles bud. Konsortieaftalens bestemmelser om fastsættelse af tilbudspris og fordeling af opgaver mellem parterne er således objektivt set direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af den overordnede, ikke-konkurrencebegrænsende konsortieaftale. Dermed er bestemmelserne også lovlige accessoriske begrænsninger.

Konsortieaftalen indebar desuden ikke en begrænsning af konkurrencen i øvrigt. Konsortieaftalen vedrørte alene ét konkret udbud. Der var og er fortsat en række opgaver for både offentlige og private kunder, der ikke indgik under konsortieaftalen, og hvor konsortieparterne derfor konkurrerede indbyrdes og med andre aktører i markedet. Eksempelvis bød både GVCO og Eurostar hver for sig og med helt forskellige priser på en anden opgave knap tre uger efter, at konsortiet var blevet tildelt kontrakten af Vejdirektoratet, jf. bilag 1, punkt 192 […]. GVCO og Eurostar havde også tidligere budt hver for sig, jf. bilag 1, punkt 125-126 […]. Konsortiesamarbejdet var derfor ikke normerende for konkurrencen eller prissætningen generelt. Desuden vedrørte konsortieaftalen mindre end 5 pct. af totalomsætningen i markedet.

Konkurrencerådet har gjort gældende, at konkurrencebegrænsende elementer i konsortieaftalen ikke kan være nødvendige og accessoriske begrænsninger til en i øvrigt ulovlig aftale, idet det alene kan være tilfældet for en anden type af aftaler, hvor det overordnede formål med aftalen netop ikke er at aftale priser og markedsdeling. Det overordnede

formål med konsortieaftalen var imidlertid *ikke* at aftale priser og markedsdeling, men at deltage i konkurrencen om den udbudte opgave.

Ovenstående burde have indgået i vurderingen af, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, og burde have medvirket til en konklusion om, at det ikke var tilfældet, jf. ligeledes Europa-Kommissionens arbejdspapir om til formål-overtrædelser, side 5 […], Generaladvokat Wahls betragtning nr. 56 i hans forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires […], og EFTA-Domstolens dom i den norske taxi-sag, sag E-3/16, præmis 99 […].

Af ovenstående følger, at konsortiesamarbejdet mellem GVCO og Eurostar var et sædvanligt konsortiesamarbejde, der ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.

4 Konsortiesamarbejdet er i alle tilfælde fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

I henhold til konkurrencelovens § 8 […] er en aftale, der måtte være omfattet af lovens § 6, forenelig med konkurrenceloven, hvis aftalen (1) medfører effektivitetsgevinster, (2) der sikrer forbrugerne en rimelig fordel, (3) er proportional og (4) ikke udelukker konkurrencen for en væsentlig del af markedet. Tilsvarende gælder i medfør af artikel 101, stk. 3, TEUF […].

GVCO har forud for Konkurrencerådets afgørelse redegjort fyldestgørende for, at hvis konsortieaftalen falder ind under konkurrencelovens § 6/artikel 101, stk. 1, TEUF, er betingelserne i konkurrencelovens § 8/artikel 101, stk. 3, TEUF opfyldt. GVCO 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 skønnede, at det ikke var dokumenteret, at betingelserne i konkurrencelovens § 8/artikel 101, stk. 3, TEUF ikke var opfyldt, hvilket Konkurrenceankenævnet også lagde til grund.

Konkurrencerådet gør gældende, at der må kræves en meget klar dokumentation for, at betingelserne for fritagelse efter konkurrencelovens § 8/artikel 101, stk. 3, TEUF, er opfyldt, fordi konsortieaftalen udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning. Dette bestrides. Konsortieaftalen adskiller sig fra andre aftaler om priser og kundedeling og havde ikke klare negative virkninger for konkurrencen. Konsortieaftalen udgjorde ikke en alvorlig konkurrencebegrænsning.

Hvis Konkurrencerådets antagelse af, at Eurostar og GVCO ikke har dokumenteret tilstrækkeligt, at konsortieaftalen er individuelt undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler efter konkurrencelovens § 8 og artikel 101, stk. 3, TEUF, tages til følge – hvilket GVCO bestrider, at den skal – illustrerer det, hvor svært det i praksis er for virksomheder at dokumentere, at en aftale er individuelt undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det bestyrker, at det er forkert at behandle konsortieaftalen som en til formål-overtrædelse. Det skyldes, at til formål-overtrædelser er forbe-

holdt de mest alvorlige overtrædelser, som sjældent kan undtages individuelt efter konkurrencelovens § 8 eller artikel 101, stk. 3, TEUF. Da konsortieaftaler ofte kan have positive virkninger for konkurrencen, bør de ikke klassificeres som til formål-overtrædelser, der i praksis er nærmest umulige at få individuelt undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det ville indebære, at konsortieaftaler mellem aktuelle eller potentielle konkurrenter i praksis aldrig ville være tilladt.

I det følgende redegøres der for, at betingelserne i konkurrencelovens § 8/artikel 101, stk. 3, TEUF er opfyldt.

4.1 Konsortiet medførte effektivitetsgevinster

Konkurrencelovens § 8/artikel 101, stk. 3, TEUF regulerer ikke omfanget af effektivitetsgevinster. Det er tilstrækkeligt, at aftalen medfører effektivitetsgevinster, der kommer forbrugeren til gode, er proportional, og at konkurrencen ikke helt udelukkes.

I forbindelse med GVCO's overvejelser om konsortiesamarbejdet i relation til det konkrete udbud vurderede GVCO, at konsortiesamarbejdet ville medføre effektivitetsgevinster, der ikke kunne have været opnået uden konsortiet. Vurderingen byggede blandt andet på tilgængelig kapacitet, kravene til arbejdets udførelse og risikoen for at skulle betale bøder for forsinkelse på grund af udefrakommende forstyrrelser af arbejdets udførelse så som vejr, temperatur og ændrede spærretider på grund af trafikafvikling. GVCO vurderede, at konsortiesamarbejdet medførte, at konsortiedeltagerne kunne trække på hinandens ressourcer, og at opgaven kunne løses ved fælles hjælp eksempelvis i tilfælde af udefrakommende forstyrrelser af arbejdets udførelse, således at det eksempelvis ikke var nødvendigt at igangsætte tørring, hvis temperaturen var lav, eller hvis vejene var fugtige. Blandt andet denne mulighed for bedre effektivitetsudnyttelse og parternes indbyrdes risikoafdækning medførte en lavere pris.

GVCO har over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kvantificeret disse effektivitetsgevinster så godt, som det kunne lade sig gøre. Det er væsentligt at understrege, at vurderingen af effektivitetsgevinsterne skal ske på baggrund af forventede gevinster. Vurderingen af konsortiets forenelighed med konkurrencereglerne er således en ex ante-vurdering, om end faktuelle oplysninger opstået i den periode, konsortiet var i drift, selvsagt kan indgå i vurderingen nu til at underbygge gevinsterne. Konsortiet var i drift i 2014 og i 2015 indtil udgangen af juni, hvor Konkurrencerådet påbød konsortiet ophævet. I 2014 var konsortiet ikke underlagt en række af Vejdirektoratets betingelser, idet konsortiet overtog opgaven midt i sæsonen. I 2015 leverede konsortiet alene ydelser til Vejdirektoratet i første tredjedel af sæsonen. De stordriftsfordele, der kunne sandsynliggøres forud for indgåelse af konsortieaftalen, er derfor kun i begrænset omfang realiseret i den effektive kontraktperiode. På baggrund af Konkurrencerådets påbud om ophævelse af konsortiet blev stordriftsfordelene således ikke realiseret fuldt ud.

GVCO's redegørelse for effektivitetsgevinsterne er ikke modbevist af Konkurrencerådet, der i stedet blot har skønnet, at det ikke finder effektivitetsgevinsterne tilstrækkelig bevist, hvilket skøn Konkurrenceankenævnet har lagt til grund. Konkurrencerådet eller sty-

relsen har ikke vejledt eller oplyst om, hvad rådet forventer i relation til dokumentation for effektivitetsgevinster. Som det mindre i det mere har det fremsendte i hvert fald sandsynliggjort eksistensen af effektivitetsgevinster i en grad, der gjorde det påkrævet for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at foretage yderligere undersøgelser. Det følger også af officialprincippet, at styrelsen skal foretage yderligere undersøgelser, hvis der kan rejses berettiget tvivl om styrelsens konklusion. Det er i den sammenhæng væsentligt, at styrelsen ikke har efterspurgt yderligere dokumentation for de anførte effektivitetsgevinster.

Konkurrencerådet har truffet afgørelse i en række andre sager om effektivitetsgevinster, og baseret på disse ses det, at Konkurrencerådet flere gange har accepteret, at effektivitetsgevinster blot skal sandsynliggøres. Der er således flere eksempler på, at det ikke er nødvendigt at dokumentere de konkrete gevinster. I denne sag, hvor GVCO har konkretiseret en række effektivitets-gevinster, har GVCO til fulde levet op til den standard for dokumentation af effektivitetsgevinster, som Konkurrencerådet i andre sager har krævet.

Det fremgår desuden af den sagkyndige erklæring fremlagt som bilag 15, side 15-16 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 10, 11 og 12) […], at GVCO og Eurostar har fremlagt dokumentation for effektivitetsgevinster, og at von der Fehr vurderer, at Konkurrencerådets afvisning af denne dokumentation er behæftet med fejl og i strid med økonomisk teori. Tilsvarende anføres også i bilag 15, side 11 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 3) […] og side 14 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 7) […], hvortil der også henvises. Nils-Henrik Mørch von der Fehr afviser også i bilag 15, side 15-16 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 10, 11 og 12) […], Konkurrencerådets anbringende om, at det ikke er godtgjort, at effektivitetsgevinster vil give incitament til at indgive et lavere bud, og at parterne ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort, at effektivitetsfordelene ved konsortiet opvejer de antagne konkurrencebegrænsninger ved samarbejdet.

Vejdirektoratet har også over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen angivet, at der kan være synergifordele forbundet med udførelse af vejmarkeringsarbejde i flere distrikter, og at dette var årsagen til, at det i udbuddet var muligt at tilbyde en samlerabat, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens telefonnotat af 18. december 2014, som ses i bilag 1, underbilag 20, underbilag 4 […].

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har henvist til, at konsortieaftalen ikke indeholdt aftalebestemmelser om stordriftsfordele. Dette er ikke usædvanligt. Stordriftsfordelene udspringer af konsortieaftalen og skal følgelig ikke aftales. I sagens natur løses alle opgaver under konsortieaftalen af konsortiet. Den faktiske udførelse skal af gode grunde aftales, således at kun én af konsortiets deltagere løser en given opgave. Havde parterne ikke aftalt en fælles opgavefordeling, ville det ikke have været muligt at realisere stordriftsfordele. Eksempelvis mødte kun én af aktørerne frem i forbindelse med byggemøder. Dette er et resultat af stordriftsfordele.

Det fremgår af bilag 10, side 2-5 (besvarelsen af spørgsmål 1) […], at von der Fehr generelt vurderer, at der kan være en række gevinster for tilbudsgivere ved at indgå i et konsortiesamarbejde med henblik på afgivelse af fælles tilbud. *For det første* kan tilbudsgivere udvide deres samlede produktionskapacitet ved at byde sammen, hvilket for eksempel kan gøre det muligt at udføre mere krævende opgaver eller dække et mere omfattende geografisk område, end tilbudsgiverne ville være i stand til på egen hånd. Større kapacitet gør det desuden lettere at håndtere variationer i arbejdsmængden. Eksempelvis kan ophobninger i arbejdsmængden i et bestemt distrikt håndteres ved at trække på ledig kapacitet i andre distrikter. *For det andet* kan konsortier levere et bredere produktspektrum. Det kan eksempelvis ske ved, at konsortiedeltagerne kombinerer deres forskellige produkter til en større pakke af forskellige varianter. *For det tredje* kan der opstå synergieffekter i form af stordriftsfordele eller samdriftsfordele, f.eks. hvis konsortiedeltagerne via samarbejdet bliver mindre sårbare over for driftsforstyrrelser og midlertidig mangel på personale eller udstyr, fordi den anden part kan hjælpe til, hvis den ene part måtte have vanskeligheder med at udføre sin del af arbejdet. Disse produktionsøkonomiske gevinster kan naturligvis også styrke konsortiets konkurrenceposition og give konsortiet strategiske og taktiske fordele i forbindelse med udbuddet, eksempelvis ved at øge konsortiets sandsynlighed for at vinde konkurrencen ved at tilbyde ét samlet bud snarere end en række delbud.

Effektivitetsgevinsterne som følge af konsortieaftalen er sammenfattet nedenfor. De kan inddeles i tre hovedgrupper i form af (i) ledelsesmæssige gevinster, (ii) operationelle gevinster og (iii) finansielle gevinster.

4.1.1 Ledelsesmæssige gevinster

Udbuddet forudsatte udførelsen af en række ledelsesmæssige opgaver, som det tilkom konsortiet at varetage. Af konsortieaftalens pkt. 2 (bilag 1, underbilag 4, side 4-5) […] fremgår, at GVCO og Eurostar havde fordelt de ledelsesmæssige opgaver, således at konsortiet fremstod som én enhed med GVCO som den projektansvarlige aktør i konsortiet. Uden denne arbejdsfordeling skulle både GVCO og Eurostar have afsat en ressource til projektledelse. Konsortieaftalen medførte derfor effektivitetsgevinster i form af ledelsesmæssige gevinster.

Projektledelsesopgaverne var omfattende og vedrørte navnlig:

- Løbende opfølgning og dialog med Vejdirektoratet,
- Koordinering af leveringer i udbuddet,
- Håndtering af eventuelle forsinkelser,
- Håndtering af ændringer i udbuddet og
- Løbende information om udførelsen af arbejdet i udbuddet.

De ledelsesmæssige dele af arbejdet udgjorde en vigtig del af det samlede arbejde i udbuddet, idet en sikker professionel styring havde stor betydning for den samlede gennemførelse af udbuddet. Eftersom de ledelsesmæssige opgaver var de samme for alle delopgaverne under udbuddet, uanset hvor i landet markeringsopgaven fandt sted, var det en fordel, at konsortiet og Vejdirektoratet kunne håndtere hele den ledelsesmæssige

del under ét. Havde udbuddet været fordelt mellem flere virksomheder, kunne denne effektivitetsgevinst ikke realiseres. Vejdirektoratet havde været nødsaget til at mødes med minimum to virksomheder, hvor begge disse virksomheder skulle afsætte projektledelsesressourcer. Dette ville have betydet større transportomkostninger i forbindelse med øget mødeaktivitet. At kun én af konsortiedeltagerne havde projektansvaret gjorde det muligt for parterne at halvere omkostninger til projektledelse. Desuden var ressourcetrækket på Vejdirektoratet langt mindre, ligesom både konsortiet og Vejdirektoratet havde stor fordel af, at projektstyringen kunne ske efter samme ramme over hele landet.

Ud fra en ex ante-analyse kunne konsortiet konstatere en forventet besparelse på ca. DKK 180.000. Beregningen af besparelsen beror på den omkostning, som konsortiet måtte forventes at have i forhold til projektansvaret i forbindelse med hele udbuddet. Havde opgaven været delt mellem to eller flere virksomheder, ville alle aktørerne have haft omkostninger til projektledelse, ligesom alle gevinsterne ved en "one-stop-shop"-løsning ikke havde været realiseret. Projektstyringen fra Vejdirektoratets side ville derfor også have indebåret en omkostningsstigning sammenholdt med de effektivitetsgevinster, der ville udspringe direkte af konsortieaftalen.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr vurderer også, at Vejdirektoratet i det konkrete udbud blandt andet kunne opnå administrative gevinster ved at tildele alle tre delaftaler til én tilbudsgiver, jf. bilag 10, side 11-12 (besvarelsen af spørgsmål 3) […].

4.1.2 Operationelle gevinster

De operationelle gevinster opstod, ved at konsortiet kombinerede og optimerede ressourcerne henimod udførelsen af arbejdet i det samlede udbud frem for at fokusere ensidigt på enkelte delområder.

For det første gav konsortiet anledning til videndeling. Det sikrede, at kvaliteten var høj, og at udførelsen skete effektivt. Der var således en operationel gevinst i, at arbejdet udførtes ensartet med samme kvalitetsmål fordelt over hele landet. Denne produktionssikkerhed ville ikke kunne sikres på samme måde, hvis opgaven var fordelt over flere aktører.

En yderligere produktionsmæssig gevinst af konsortiet var fordele i relation til indkøb af materialer. Omkostninger til vareindkøb udgjorde mere end DKK 10 millioner. I vejmarkeringsbranchen er det en betydelig omkostning. I kraft af mængderabatter ved indkøb muliggjorde konsortiet, at konsortiet kunne opnå kvantumsrabatter på køb af materialer. Sådanne rabatter kunne tilbudsgivere, der alene havde vundet en eller to delaftaler, ikke have opnået hver for sig.

Som den tredje operationelle gevinst opnåede konsortiet adgang til en væsentlig større kapacitet i form af både mandskab og materiel. Dette øgede konsortiets effektivitet, fordi konsortiet havde betydelig mere fleksibilitet til at håndtere opgaverne i udbuddet, herunder til at planlægge opgaveløsningen på en måde, så det samlet set var mest effektivt. Muligheden for at planlægge opgaveløsningen i forhold til det samlede udbud førte til en

mere effektiv opgaveløsning, end hvis hvert delområde skulle have været planlagt hver for sig. For eksempel kunne konsortiet have sikret, at konsortieparternes mandskabsteam løste opgaver tæt på hinanden for at minimere potentielle omkostninger ved at flytte mandskab rundt fra opgave til opgave.

I kraft af bredere adgang til mandskab og materiel og den deraf følgende fleksibilitet i opgaveløsningen havde deltagerne i konsortiet mulighed for at bistå hinanden ved løsningen af opgaver i udbuddet. Hvis den ene af konsortiedeltagerne kom bagud med løsningen af de opgaver, der var fordelt til denne – eksempelvis på grund af sygdom, maskinnedbrud eller vejrforhold – kunne den anden konsortiedeltager træde til og supplere med yderligere kapacitet for at afdække en truende bod, der udløstes ved forsinkelse. Konsortieaftalens bestemmelser om blandt andet solidarisk hæftelse over for Vejdirektoratet og konsortiedeltagernes forpligtelser til uden ugrundet ophold at give den anden konsortiedeltager besked om eksempelvis problemer med levering til den aftalte tid eller kapacitetsproblemer gav konsortiedeltagerne incitament til at trække på hinandens ressourcer i eksempelvis spidsbelastningsperioder.

Det var en betydelig effektivitetsgevinst, at konsortiet kunne flytte ressourcer tæt på, hvor opgaven skulle løses. Som eksempel kan peges på, at hvis GVCO blev forsinket med opgaverne i Købehavn, da skulle GVCO hente yderligere ressourcer fra sine mandskaber i Jylland eller på Fyn. I kraft af konsortiet kunne GVCO i stedet trække på Eurostars mandskab på Sjælland. Dette udgjorde en mærkbar besparelse allerede i kraft af, at GVCO ikke skulle afholde omkostninger til at flytte et mandskabsteam fra en del af landet til en anden del, herunder afholde omkostninger til kost og logi. Et Eurostar-mandskabsteam ville kunne løse opgaven ud fra sin eksisterende base, mens et GVCO-mandskabsteam skulle bruge den dobbelte tid blot i form af at transportere sig til København og retur. Skulle GVCO eksempelvis flytte en maskinformand og to medhjælpere fra Nordjylland til Sjælland i en uge, ville dette medføre ekstraomkostninger på ca. DKK 45.000-50.000, når transporten frem og tilbage, forplejningen, overnatninger samt overarbejdsbetaling medregnes. Dertil ville GVCO kunne komme i forsinkelse i andre områder, hvis det var nødvendigt at flytte rundt på mandskaberne.

I forlængelse heraf bemærkes, at det ikke var usandsynligt, at denne slags uforudsete situationer kunne opstå. Det er almindelig kendt i branchen, at forsinkelser opstår navnlig som følge af vejrforhold, men også ved sygdom eller indgreb fra Vejdirektoratet. GVCO har tidligere måttet acceptere en bod som følge af forsinkelse over for Vejdirektoratet. Ligeledes har konkurrenten Guide-Lines antageligt måttet acceptere bod for forsinkelse. For Guide-Lines endte det med, at tre delområder helt blev frataget på grund af manglende levering. Ved udarbejdelsen af tilbuddet kunne konsortiet derfor hensætte et mindre beløb til afdækning af risikoen for forsinkelser i forhold til virksomheder, som havde budt alene. Eksemplet ovenfor indikerer en besparelse på DKK 45.000-50.000 for hver gang, en konsortiepartner skulle trække på ressourcer fra konsortiet for at undgå forsinkelse.

Ved tilbudsafgivelsen kunne konsortiet derfor tage afsæt i færre omkostninger til afdækning af risikoen for at flytte kapacitet og betaling af bod. Omkostningsbesparelsen var større, jo flere delområder konsortiet blev tildelt, og af samme grund steg den rabat, konsortiet tilbød Vejdirektoratet, hvis konsortiet blev tildelt alle delområder i udbuddet. Konsortieaftalen gav således konsortiedeltagerne en forsikring mod forsinkelse, ressourcemangel og betaling af bod, hvilket medførte effektivitetsgevinster.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr vurderer også, at Vejdirektoratet som følge af konsortieaftalen kunne opnå effektivitetsgevinster i form af blandt andet større sikkerhed for, at kontrakten ville blive overholdt, da parterne hæftede solidarisk over for Vejdirektoratet. Vejdirektoratet kunne ifølge von der Fehr også opnå effektivitetsgevinster i form af, at konsortiet ville opfylde kontrakten bedre, herunder begå færre brud på kontrakten, end hvis arbejdet var spredt på flere tilbudsgivere, idet konsortiet ville være mindre sårbart for fejl og mangler, da konsortiet havde større ressourcer, som kunne rykkes rundt mellem forskellige distrikter, jf. bilag 10, side 11-12 (besvarelsen af spørgsmål 3) […].

Konkurrencerådet antager, at konsortieaftalen ikke medførte effektivitetsgevinster, blandt andet fordi den ene konsortiedeltager skulle flytte et hold og bruge penge, hvis den anden konsortiedeltager ikke skulle flytte et hold og bruge penge. Denne antagelse er forkert. Adgangen via konsortieaftalen til mere mandskab og flere maskiner medførte effektivitetsgevinster. Hvis GVCO blev forsinket med opgaverne i København, ville GVCO uden konsortieaftalen være nødsaget til at hente yderligere ressourcer fra sit mandskab i Jylland eller på Fyn. I kraft af konsortiet kunne GVCO i stedet trække på Eurostars mandskab på Sjælland. Dette udgjorde en mærkbar besparelse allerede i kraft af, at GVCO ikke skulle afholde omkostninger til at flytte et mandskabsteam fra en del af landet til en anden del, herunder afholde omkostninger til kost og logi. Et Eurostar-mandskabsteam ville kunne løse opgaven ud fra sin eksisterende base, mens et GVCO-mandskabsteam skulle bruge den dobbelte tid blot i form af at transportere sig til København og retur. Det ville således være langt billigere at lade et Eurostar-mandskabsteam løse opgaven fra sin eksisterende base frem for at flytte et GVCO-mandskabsteam fra en anden del af landet. Dette var muligt i kraft af konsortieaftalen. Effektivitetsgevinsterne herved forudsatte ikke, at konsortiedeltagerne reserverede et mandskabsteam til at stå "stand by". Det bredere mandskab og større antal af maskiner, som konsortieaftalen medførte, gjorde, at det var lettere at omstrukturere og allokere ressourcerne.

Der henvises også til bilag 15, side 15-16 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 10, 11 og 12) […]. Her fastholdes det, at det udgjorde en effektivitetsgevinst, at konsortieaftalen mellem GVCO og Eurostar gav parterne mulighed for at trække på hinandens ressourcer som led i opfyldelsen af aftalen med Vejdirektoratet, og at dette gav parterne mulighed for og incitament til at afgive et lavere bud, end hvis de havde budt hver for sig. Det fremgår også, at Konkurrencerådets antagelse om, at effektivitetsgevinster forudsætter lavere omkostninger, er forkert, og at parternes aftale svarede til en almindelig forsikring. En af effektivitetsgevinsterne ved den gensidige forsikring i den konkrete sag er ifølge von der Fehr, at man reducerede risikoen for uforudsete omkostninger og bøder med tilhørende lavere risikotillæg og lavere priser. Derfor er det ifølge von der Fehr irrelevant,

når styrelsen anfører, at der ikke tages højde for den omkostning, parterne har ved at bistå hinanden (altså at besparelser for én part vil være en omkostning for den anden part).

Det er ikke afgørende, at konsortieaftalen fordelte distrikterne mellem konsortiedeltagerne og ikke indeholdt udtrykkelige bestemmelser om at "pulje" mandskab og maskineri. Konsortieaftalens bestemmelser om blandt andet solidarisk hæftelse over for Vejdirektoratet og konsortiedeltagernes forpligtelser til uden ugrundet ophold at give den anden konsortiedeltager besked om eksempelvis problemer med levering til den aftalte tid eller kapacitetsproblemer konsortiedeltagerne incitament til at trække på hinandens ressourcer i eksempelvis spidsbelastningsperioder. Dette havde ikke været muligt uden konsortiet.

Konkurrencerådet har afvist, at der var effektivitetsgevinster, med henvisning til, at konsortiedeltagerne på tidspunktet for rådets afgørelse ikke havde haft behov for at bistå hinanden med øget kapacitet. Konkurrencerådet anlagde her en ex post-vurdering, idet de så tilbage på de faktiske hændelser i det første halve år af konsortiets kontrakt med Vejdirektoratet. Dette var forkert. Den ex ante-vurdering, GVCO og Eurostar anlagde i foråret 2014 ud fra de forventede forhold, risici og omkostninger forbundet med at udføre arbejdet for Vejdirektoratet, og som lå til grund for prisen i konsortiets tilbud, var mere korrekt. Det skyldes, at der i forbindelse med tilbudsafgivelse indregnes alle forventede forhold, risici og omkostninger ved arbejdet. Når prisen ligger fast ud fra disse forventede forhold, risici og omkostninger, har det ikke betydning for prisen, at forventningerne ikke indfries, eksempelvis fordi de faktiske omkostninger viser sig at være lavere end forventet. Det er således irrelevant, når Konkurrencerådet ved vurderingen af, om dannelsen af konsortiet førte til et konkurrencedygtigt tilbud, anlagde en ex post-vurdering.

Dette bestyrkes af von der Fehrs sagkyndige erklæring fremlagt som bilag 10. Af bilag 10, side 22-23 (besvarelsen af spørgsmål 10) […], fremgår, at von der Fehr mener, at såfremt det lægges til grund, at konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO gav parterne mulighed for at trække på hinandens ressourcer som led i opfyldelse af kontrakterne med Vejdirektoratet, kunne denne mulighed alene – uanset om behovet måtte vise sig eller ej – medføre gevinster, der gav Eurostar og GVCO mulighed for og/eller incitament til at give et lavere og/eller bedre bud. Nils-Henrik Mørch von der Fehr angiver bl.a., at muligheden for at trække på hinandens ressourcer skal betragtes som en skadesforsikring. En sådan forsikring har værdi, hvorfor man er villig til at betale forsikringspræmien, selvom skaden aldrig måtte opstå. Derfor kan værdien af muligheden for at trække på hinandens ressourcer ifølge von der Fehr ikke vurderes med udgangspunkt i, om parterne rent faktisk fik et behov for at trække på hinandens ressourcer. Det indebærer også, at når parterne i forbindelse med et udbud skal forsøge at anslå gevinsten ved at kunne trække på hinandens ressourcer, må vurderingen baseres på forventninger, dels om sandsynligheden for, at der vil opstå et behov for at trække på hinandens ressourcer, og dels om betydningen eller værdien af at få behovet dækket. von der Fehr mener også, at den forventede gevinst ved at kunne trække på hinandens ressourcer giver incitament til at indgive et lavere eller bedre bud, specielt på den samlede opgave.

Videre følger det af bilag 10, side 23-24 (besvarelsen af spørgsmål 11) […], at von der Fehr – med udgangspunkt i anerkendt økonomisk teori og metode – vurderer, at en ex post-analyse af begivenhederne i den faktiske løbetid på 1½ år ikke giver et fuldkomment og korrekt billede af, om de af GVCO og Eurostar ex ante forventede effektivitetsgevinster for den forventede 4-årige kontraktperiode var korrekte. Selvom sandsynligheden for, at der skal opstå et behov for parterne til at trække på hinandens ressourcer, er relativt stor, er der en betydelig sandsynlighed for, at behovet ikke realiseres, så selv om den forventede gevinst kan være betydelig, kan den faktiske gevinst vise sig at blive lille eller ikke-bestående. Derfor kan man ikke udlede noget præcist om værdien for parterne af at kunne trække på hinandens ressourcer af, hvorvidt behovet rent faktisk opstår, i hvert fald ikke med udgangspunkt i en relativt kort periode. Derfor giver en ex post-analyse et misvisende billede af værdien ex ante.

I bilag 10, side 25 (besvarelsen af spørgsmål 12) […], ses, at von der Fehr – med udgangspunkt i anerkendt økonomisk teori og metode – vurderer, at det ikke på baggrund af en ex post-analyse af den faktiske løbetid på 1½ år kan konkluderes, at konsortiesamarbejdet ikke medførte effektivitetsgevinster, når den forventede kontraktperiode på tidspunktet for afgivelse af bud var 4 år. Visse typer af effektivitetsgevinster – så som muligheden for at kunne trække på hinandens ressourcer i tilfælde af manglende kapacitet – realiseres blot med en vis sandsynlighed, hvorfor en ex post-analyse ikke siger noget præcist om ex ante-værdien af sådanne gevinster. Derudover kan der findes gevinster, som optræder med en betydelig grad af sikkerhed, men hvor det alligevel tager tid at realisere gevinsterne. Som eksempel nævnes effektivitetsgevinster, som opstår som følge af besparelser i form af lavere omkostninger til vedligeholdelse og erstatning af eksisterende kapacitet, når konsortiesamarbejdet reducerer behovet for kapacitet. Disse besparelser vil først realiseres, når investeringerne ellers skulle have været foretaget, hvis konsortiedeltagerne havde deltaget på egen hånd. Det kan således tage tid, før effektivitetsgevinster ved lavere eller udsatte omkostninger materialiserer sig. Det afgørende er således de af parterne ex ante forventede effektivitetsgevinster.

4.1.3 Finansielle gevinster

Som det er anført ovenfor, er der væsentlige økonomiske risici knyttet til forsinkelse ved levering af opgaver. Det skyldes, at der skal betales en bod ved forsinkelse, samt at der i relation til vejmarkering er mange uforudsete risici forbundet med levering af vejmarkering. Vejret spiller en stor rolle, hvor både nedbør, kulde og vind kan begrænse muligheden for at markere veje. Der kan også være tidspunkter, hvor vejmarkeringsvirksomhederne ikke må arbejde ud fra trafikale hensyn, eller fordi andre vejteams er bagud med deres opgaveløsning, således at vejmarkeringsvirksomhederne nødsages til at afvente, at markeringen kan igangsættes. Dette nødvendiggør, at en vejmarkeringsvirksomhed skal binde kapital til at afholde omkostninger ved forsinkelse – både til bod, overarbejde og flytning af materiel.

I kraft af konsortiet reduceredes dette kapitalkrav væsentligt. Det medførte finansielle gevinster. Ved at hensætte mindre kapital til afdækning af de økonomiske risici reducerede konsortiet sine omkostninger, hvilket gjorde konsortiet i stand til at tilbyde en lavere

pris på det samlede udbud. Jo flere opgaver under samme udbud, desto større var besparelsen. Derfor var rabatten også afhængig af, hvor mange af delaftalerne, konsortiet kunne vinde.

I tilbuddet til Vejdirektoratet tog konsortiet afsæt i en mark-up på omkostningerne på ca. 9,5 pct., der afspejlede, at konsortiet indregnede gevinsten ved risikospredning. Tilbudsgivere, der bød alene på delaftaler, ville have haft en højere mark-up, eftersom risikoen havde været højere. Antages det, at mark-up'en var 12,5 pct. i stedet for 9,5 pct., ville tilbuddet stige med ca. DKK 1 million. Denne effektivitetsgevinst udsprang således direkte af konsortieaftalen.

På denne baggrund gøres det gældende, at stiftelsen af konsortiet medførte en række effektivitetsgevinster i form af ledelsesmæssige gevinster, operationelle gevinster og finansielle gevinster. Gevinsterne opstod som en direkte følge af, at GVCO og Eurostar afgav tilbud på udbuddet via konsortiet.

4.2 Forbrugerne fik en fordel af effektivitetsgevinsterne

Som følge af effektivitetsgevinsterne var konsortiet i stand til at tilbyde en rabat. Effektivitetsgevinsterne var størst, hvis konsortiet vandt det samlede udbud. Derfor var konsortiets rabat på det samlede udbud også større end rabatten ved tildeling af delaftaler i udbuddet. Rabatten indebar, at konsortiet tilbød den laveste pris og vandt opgaven. Prisen havde været højere, hvis konsortiedeltagerne ikke havde videreført gevinsterne ved konsortieaftalen. I den situation ville konsortiets bud ikke havde været godt nok til at vinde ordren. Effektivitetsgevinsterne afspejlede sig således i en lavere pris, der kom Vejdirektoratet, samfundet som helhed og dermed også forbrugerne til gode.

Konkurrencerådet har anført, at GVCO ikke har godtgjort, at konsortiet afgav et lavere bud, end parterne hver især kunne have gjort uden konsortieaftalen, og at det er nødvendigt at sammenligne den situation, hvor konsortiet ikke vandt det fulde udbud, men kun et eller to distrikter, med den situation, hvor parterne ikke havde indgået konsortieaftalen. Det bestrides, at det er relevant at sammenligne situationen uden konsortieaftalen med den situation, hvor konsortiet ville have vundet et eller to distrikter. Det følger af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101, stk. 3, TEUF, pkt. 44 […], at konkurrencebegrænsende aftaler i relation til artikel 101, stk. 3, TEUF, vurderes "inden for rammerne af den faktiske sammenhæng, hvori de indgår og ud fra de omstændigheder, der foreligger på et givet tidspunkt." Den relevante sammenligning er således mellem situationen uden konsortiet og den faktiske situation, hvor konsortiet vandt det samlede udbud. Uden konsortiet ville hverken GVCO eller Eurostar have budt på nogen del af udbuddet, hvorfor der ville have været færre bud uden konsortieaftalen, herunder ingen bud i distrikt Hovedstaden. Uden konsortieaftalen havde Vejdirektoratet derfor ikke fået en endnu lavere pris som følge af konkurrence mellem GVCO og Eurostar, eftersom en sådan konkurrence ikke ville have eksisteret. Tværtimod havde Vejdirektoratet været nødsaget til at betale en højere pris uden konsortieaftalen.

Konsortieaftalen indebar desuden en bedre kvalitet og svartid i forhold til vejmarkering samt billigere processtyring i Vejdirektoratet, hvilket også kom det danske samfund og dermed forbrugerne til gode.

Det fremgår af bilag 10, side 2-5 (besvarelsen af spørgsmål 1) […], at von der Fehr vurderer, at gevinster i form af bedre kvalitet eller et bredere produktspektrum vil være en ubetinget fordel for ordregiver. For eksempel vil en lavere risiko for leveringssvigt komme ordregiver direkte til gode. Det samme gælder, hvis konsortiet bidrager til, at de forskellige delbud passer sammen. Konsortier vil især kunne fjerne ordregivers risiko for, at der ikke afgives bud på alle udbudte delopgaver/distrikter.

Videre følger det af erklæringen, at ordregiver vil få en yderligere gevinst, hvis prisen bliver lavere som følge af konsortiet.

Nils-Henrik Mørch von der Fehr påpeger også i bilag 15, side 15-16 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 10, 11 og 12) […], at økonomisk teori viser, at effektivitetsgevinster altid i et vist omfang bliver sendt videre til forbrugerne og kommer dem til gode. Det gælder uanset konkurrenceformen. I nærværende sag bestyrkedes det ifølge von der Fehr af, at tildelingskriteriet var laveste pris, da det betød, at lavere omkostninger gav incitament til at byde en lavere pris.

Der henvises desuden til von der Fehrs supplerende bemærkninger i bilag 15, side 11 (kommentarer til besvarelsen af spørgsmål 3) […], hvor det blandt andet fremgår, at i en auktion med laveste pris som tildelingskriterium vil parternes egne omkostninger altid påvirke buddene, hvorfor lavere omkostninger altid i et vist omfang ville blive sendt videre til Vejdirektoratet.

4.3 Aftalen er proportional

Konsortieaftalen vedrører udelukkende det konkrete udbud og er således et ad hoc-samarbejde, der alene er foranlediget af, at Vejdirektoratet havde samlet en række delaftaler i ét og samme udbud. Med undtagelse af de to tidligere ad hoc-konsortier til brug for Vejdirektoratets udbud i henholdsvis 2012 og 2013, hvor parterne ikke vandt, har konsortieparterne ikke indgået andre aftaler om fælles bud på udbud eller opgaver. Knap tre uger efter, at konsortiet blev tildelt de tre distrikter i udbuddet, tildeltes Eurostar en anden vejmarkeringsopgave for Vejdirektoratet. Både GVCO og Eurostar havde hver for sig budt på denne opgave med vidt forskellige priser, jf. bilag 1, pkt. 192 […].

Konkurrencerådet gør gældende, at det ikke forekommer oplagt, at det ikke ville være mindre konkurrencebegrænsende at lave en underleveranceaftale, der muliggjorde leje af mandskab, samarbejde med mindre aktører eller andre former for samarbejde og risikoafdækning i stedet for konsortieaftalen. Dette bestrides. Proportionalitetstesten efter konkurrencelovens § 8 og artikel 101, stk. 3, TEUF, er, om konsortieaftalen gjorde det muligt at udøve aktiviteten mere effektivt, end det sandsynligvis ville have været muligt uden aftalen, jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101, stk. 3, TEUF, pkt. 74 […]. Uden konsortiet havde det ikke været muligt at opnå de samme effektivitetsge-

vinster, som konsortieaftalen medførte. Eksempelvis ville en underleveranceaftale ikke indebære, at GVCO's finansielle risiko blev mindsket. En underleveranceaftale ville have medført større omkostninger til projektledelse, styring og kvalitetssikring end konsortiet, hvor begge konsortiedeltagere var økonomisk ansvarlige og i højere grad afstemte disse omkostninger. Et samarbejde med mindre aktører ville heller ikke have medført lige så mange effektivitetsgevinster som konsortiet. Desuden følger det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra 2014 om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, side 5 […], at selve formen for samarbejdet normalt ikke vil være afgørende for den konkurrenceretlige vurdering, og at de principper, der kommer til udtryk i vejledningen, i vidt omfang også vil gælde for andre former for samarbejder mellem virksomheder i forbindelse med udbud, f.eks. underleveranceaftaler.

Det var desuden helt sædvanligt og proportionalt, at konsortiets tilbud indeholdt en tilbudspris, og at parterne havde fordelt arbejdet mellem sig, i tilfælde af at de vandt udbuddet.

Konsortieaftalen medførte dermed ikke konkurrencebegrænsninger, som ikke var nødvendige for at opnå de med aftalen forbundne effektivitetsgevinster. Konsortieaftalen opfylder således betingelsen om proportionalitet.

4.4 Aftalen udelukker ikke konkurrencen i markedet

Da konsortieaftalen alene vedrørte et konkret udbud, udelukker konsortieaftalen ikke konkurrencen i markedet. Der var og er fortsat en række opgaver for både offentlige og private kunder, der ikke indgik under konsortieaftalen, og hvor konsortieparterne derfor konkurrerede indbyrdes og med andre aktører i markedet. Desuden vedrørte konsortieaftalen mindre end 5 pct. af totalomsætningen i markedet.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at konsortieaftalen samlet set medførte en række effektivitetsgevinster, der kom forbrugerne til gavn. Konsortieaftalen gik ikke videre end nødvendigt, og den udelukkede ikke konkurrencen i markedet for vejmarkering i Danmark. Konsortieaftalen opfyldte således under alle omstændigheder kriterierne for at være undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. § 8 i konkurrenceloven og/eller artikel 101, stk. 3, TEUF, hvilket er dokumenteret i det materiale, GVCO oprindeligt fremsendte til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

En korrekt konkurrenceretlig analyse underbygger på det foreliggende grundlag, at konsortiet var foreneligt med konkurrencereglerne. På den baggrund bør Konkurrenceankenævnets kendelse ophæves i sin helhed. Subsidiært bør kendelsen hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

D Omkostninger

GVCO har afholdt følgende udgifter, som efter GVCO's mening bør dækkes som sagsomkostninger:

Afholdte udgifter	*Beløb i DKK (ej momspligtige)*
Retsafgift	2.000
Berammelsesafgift	2.000
Sagkyndige erklæringer	93.500
I alt	97.500

Ved omkostningsfastsættelsen bør det efter GVCO's opfattelse indgå, 1) at sagen rejser principielle spørgsmål om fortolkning af uklare regler, som har stor betydning også for andre parter, og som har nødvendiggjort omfattende skriftudveksling samt adskillige retsmøder, 2) at sagen er omfattende og hovedforhandles over tre dage, og 3) at der er indhentet sagkyndige erklæringer efter de nye regler herom (i stedet for syn og skøn på baggrund af den udarbejdede begæring om syn og skøn samt det udarbejdede skønstema, som følge af Sø- og Handelsrettens opfordring om i stedet at anvende de nye regler om sagkyndige erklæringer).

I tilfælde af, at Konkurrencerådet frifindes, bør GVCO ikke pålægges at betale sagsomkostninger til Konkurrencerådet, idet sagen 1) føres mod en offentlig myndighed, 2) vedrører tvivlsomme fortolkningsspørgsmål og 3) har principiel karakter og videregående betydning, jf. retsplejelovens § 312, stk. 3 […], og U 2007.943H […].

[…]"

For sagsøgte, Konkurrencerådet, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 8. maj 2018, hvoraf fremgår bl.a.:

"[…]

ANBRINGENDER

1. OVERORDNEDE BEMÆRKNINGER

Til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand gøres det overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016, hvorved Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse om, at Eurostar og GVCO har overtrådt forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler indeholdt i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

Ankenævnet har herved navnlig lagt vægt på,

- at Eurostar og GVCO i forbindelse med udarbejdelse, afgivelse og udførelse af tilbud på udbuddet var konkurrenter,

- at aftalen mellem Eurostar og GVCO om at afgive fælles bud på udbuddet og derved fastsætte priser og opdele markeder har 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, og

- at betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, eller TEUF artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt.

Disse vurderinger er baseret på en række skønsmæssige vurderinger, der ligger inden for et område, hvor konkurrencemyndighederne på grund af deres særlige sammensætning og indsigt i komplicerede økonomiske og konkurrenceretlige forhold må have et vidt skøn.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at Konkurrenceankenævnet har en særlig erfaring, kompetence og indsigt i at foretage skønsmæssige bevisvurderinger i konkurrencesager, jf. herved konkurrencelovens § 21, stk. 1 og 2.

Lovgiver har endda lagt en sådan særlig vægt på Konkurrenceankenævnets indsigt og kompetencer, at der efter konkurrencelovens § 20 er krav om udnyttelse af rekursen, inden konkurrencesager kan komme for domstolene.

Der skal derfor foreligge et sikkert grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets skønsmæssige vurderinger, jf. herved Højesterets dom trykt i UfR 2014, side 2663 H (Nykredit-sagen). Domstolene skal således ikke sætte deres eget skøn i stedet for Konkurrenceankenævnets. Det er Eurostar og GVCO, der har bevisbyrden for, at der foreligger et sådant grundlag, og denne bevisbyrde har Eurostar og GVCO ikke løftet.

2. EUROSTAR OG GVCO VAR KONKURRENTER

2.1 Introduktion

Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 6, Kommissionens retningslinjer for horisontale aftaler og fast praksis, at konsortieaftalen ikke kan anses for konkurrencebegrænsende, såfremt Eurostar og GVCO ikke hver især har været i stand til at byde på udbuddet, idet de i så fald ikke har været konkurrenter i relation til udbuddet.

Hvis Eurostar og GVCO anses for konkurrenter i relation til udbuddet, vil det have betydning for den efterfølgende vurdering af, om konsortieaftalen har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

2.2 Eurostar og GVCO var konkurrenter i forbindelse med udarbejdelse, afgivelse og udførelse af tilbud på udbuddet

Vurderingen af, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, skal foretages ud fra en objektiv vurdering af bl.a. markedets karakteristika og virksomhedernes kapacitet, ressourcer og know how.

Eurostar og GVCO var begge - som de to største aktører i Danmark - aktive inden for vejmarkering i hele landet. Udbuddet vedrørte en del af det relevante marked, som er afgrænset til vejmarkering i Danmark eller geografisk bredere. Eurostar og GVCO har ikke bestridt markedsafgrænsningen.

Eurostar og GVCO var derfor konkurrenter, medmindre det objektivt set er usandsynligt, at Eurostar og GVCO hver især kunne have budt individuelt på opgaver omfattet af det konkrete udbud.

Udgangspunktet for vurderingen af, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, er udbudsmaterialet, idet udbudsmaterialet afgrænser de opgaver, som blev konkurrenceudsat, og de vilkår som var gældende for at varetage opgaverne. Den relevante konkurrencesituation mellem Eurostar og GVCO skal således vurderes i lyset af de udbudte opgaver, som konsortieaftalen angår.

Der kan herved henvises til forarbejderne til konkurrencelovens § 6 og til erhvervsministerens svar på spørgsmål 54 og 106 fra Erhvervsudvalget, punkt 237 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 TEUF på horisontale samarbejdsaftaler samt punkt 18.1 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu 101, stk. 3, TEUF).

Det fremgår af udbudsmaterialet, at det var muligt at afgive bud på vejmarkering på et eller flere, herunder alle, distrikter, jf. punkt 119 i rådets afgørelse. Alle virksomheder, der havde kapacitet eller kunne opnå kapacitet til at byde på blot ét distrikt, var derfor konkurrenter i forhold til udbuddet.

Eurostar og GVCO havde ubestridt hver især kapacitet til at byde på enkelte distrikter. Dette understøttes af indholdet af konsortieaftalen af 11. marts 2014 og bilag 1 hertil, herunder det indeholdte om den praktiske udførelse af arbejdet mellem Eurostar og GVCO samt i øvrigt det i rådets afgørelse punkt 415-635 indeholdte. Eurostar og GVCO var således utvivlsomt aktuelle konkurrenter i relation til udbuddet.

Hverken Eurostar og GVCO's subjektive opfattelse af, at konkurrencen reelt alene udspillede sig om det samlede udbud, og at vinderchancerne var større ved bud på den samlede opgave, eller erklæringerne fra Nils-Henrik Mørch von der Fehr ændrer på, at Eurostar og GVCO havde kapacitet til at afgive bud på enkelte distrikter i udbuddet, og at de derfor også var aktuelle konkurrenter i forhold til udbuddet.

Vejdirektoratet havde ikke - hvilket i øvrigt ville have været i strid med den udtrykkelige mulighed for at afgive delbud, der fremgik af udbudsmaterialet - de facto stillet krav om, at der skulle afgives et samlet bud (se punkt 415-433 i rådets afgørelse).

Tildelingskriteriet i udbudsmaterialet betød, at den kombination af alle tilbud, der samlet gav den laveste pris for Vejdirektoratet, ville vinde (se punkt 121 i rådets afgørelse). Dette udelukker ikke, at den billigste kombination kunne være delbud fra forskellige aktører.

Det forhold, at en virksomheds chance for at vinde eventuelt var større, hvis den bød på alle tre distrikter, end hvis den kun bød 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 enkelt distrikt, hvilket da også flere bydende rent faktisk valgte at gøre.

Fastlæggelse af den optimale budstrategi for at vinde udbuddet er således en del af den almindelige konkurrenceproces, som konkurrencelovens § 6/artikel 101, stk. 1, beskytter. Det skal fremhæves, at det har væsentlig betydning for den effektive konkurrence, at virksomhederne på markedet ikke har kendskab til konkurrenternes centrale konkurrenceparametre og markedsadfærd. Usikkerheden på markedet vil medvirke til at sikre, at der tilbydes konkurrencedygtige priser.

Konkurrencereglerne hviler derfor på et grundprincip om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-8/08, T-Mobile, præmis 32-33.

Eurostar og GVCO 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 præcis denne usikkerhed, som konkurrencereglerne skal beskytte, jf. bl.a. sag C-7/95, *Deere*, EU:C:1998:256, præmis 88-90 og C-8/08, *T-Mobile Netherlands m.fl.*, EU:C:2009:343, præmis 41og 43.

Det er rigtigt, sat der kan være stordriftsfordele ved at afgive bud på flere distrikter, og - afhængig af de øvrige forhold - vil sådanne stordriftsfordele også kunne give sig udslag i tilbudsprisen. Det er denne mulighed, som Vejdirektoratet tog højde for ved at åbne mulighed for samlerabat. At Vejdirektoratet åbnede op for en rabat ved bud på flere distrikter, er således et naturligt udtryk for, at der kan være stordriftsfordele, som tilbudsgiver hermed fik mulighed for at indkalkulere i tilbuddet og lade ordregiver nyde godt af. Heri ligger imidlertid ikke noget krav om, at der skal bydes på samtlige distrikter eller at der skal gives rabat. En mulighed kan ikke vendes til et krav.

Det kan i den forbindelse ikke generelt antages, at en virksomheds bud fratrukket effektivitetsgevinster på det samlede udbud vil være lavere end summen af delbud for andre ved udbuddet deltagende virksomheder.

Det er således en forkert antagelse, at muligheden for en samlerabat i sig selv skulle styrke konkurrencesituationen. Under alle omstændigheder har vurderingen af eventuelle effektivitetsgevinster ikke betydning for, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, men hører hjemme under en analyse efter § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3.

Det er derfor også forkert, at konkurrencen på grund af udbuddets struktur alene udspillede sig om den samlede opgave, og derfor er det også forkert, at det er uden betydning, hvorvidt parterne var konkurrenter i forhold til delbud.

Det modsatte ville også føre til en ulogisk retstilstand. Guide-lines og Lemminkäinen afgav kun delbud. Hvis konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave, og virksomheder ikke kan være konkurrenter, medmindre de byder på det samlede udbud, skulle

man enten finde, at Guide-lines og Lemminkäinen ikke var konkurrenter indbyrdes eller ikke var konkurrenter til parterne - desuagtet alle fire virksomheder deltog i det samme udbud.

De faktiske forhold i forbindelse med budgivningen understøtter heller ikke, at konkurrencen var begrænset til det samlede udbud, idet 2 af de i alt 3 virksomheder, der bød på udbuddet, valgte alene at byde på enkelte distrikter og ikke på samtlige distrikter (se bl.a. punkt 30, tabel 1 i rådets afgørelse), hvortil kommer, at konsortiet selv bød på hver enkelt af distrikterne.

At de bud, der blev indgivet fra konsortiet på de enkelte distrikter, ikke havde været tilstrækkelige til at vinde distrikt Syddanmark eller distrikt Sjælland isoleret, er heller ikke afgørende.

I modsat fald ville vurderingen af, om to virksomheder var konkurrenter i et udbud, forudsætte, at det vindende bud var kendt. Vurderingen må naturligvis foretages ud fra, at det ikke er kendt, hvem der byder og med hvilke bud, således at en virksomhed, der har kapaciteten m.v. til at byde, er en konkurrent. Det afgørende, som det også fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, er, om virksomhederne *"ikke uden at samarbejde om den konkrete opgave ville kunne møde de krav til kapacitet, know-how, finansiel styrke etc., der er forbundet med løsning af opgaven inden for den givne frist"*. Både Eurostar og LKF kunne byde på minimum ét distrikt. I distrikt Hovedstaden ville én af parterne også have vundet.

Prisforskellen mellem en kombination af de indkomne bud på de enkelte distrikter og konsortiets vinderbud med samlerabat var endvidere begrænset til kr. 178.395 (tabel 2 på side 10 i afgørelsen). Herved bemærkes, at Eurostar og GVCO var eneste bydende i distrikt Hovedstaden. Dette understøtter således heller ikke Eurostar og GVCO's subjektive opfattelse af, at konkurrencen reelt udelukkende angik det samlede udbud.

Endvidere viser Konkurrencerådets beregninger i sagen, at både Eurostar og GVCO ville opnå en fortjeneste, hvorved det havde været muligt at indgive et desto lavere bud. Konsortiets bud var da også betragteligt højere end de bud, parterne indgav på de selvsamme distrikter i 2012 (se tabel 9 til punkt 58 i underbilag 16 til rådets afgørelse). Det er ikke dokumenteret, at Eurostar og GVCO ikke ville opnå en sådan fortjeneste.

Det forhold, at to tidligere udbud med lignende vilkår blev vundet af en virksomhed, Guidelines, der havde budt på alle distrikter, kan heller ikke ændre på, at det konkret var muligt at byde på et enkelt distrikt eller flere. Guide-lines tilbød samlerabat i de pågældende udbud, men ville også have vundet uden en samlerabat. Der henvises til pkt. 430 i rådets afgørelse.

Erklæringerne med tilhørende eksempler fra Niels-Henrik Mørch von der Fehr ændrer ikke på det ovenfor anførte. Der henvises til bemærkningerne herom i processkrift A og B samt til Konkurrencerådets bilag A og B. Tilsvarende gælder rapporten fra Copenhagen Economics, jf. det på side 9 i svarskriftet anførte.

2.3 Om Eurostar og GVCO var konkurrenter i forhold til hele udbuddet

Som anført af ankenævnet er det ikke nødvendigt at foretage en vurdering af, om Eurostar og GVCO aktuelt eller potentielt havde kapacitet til hver især at byde samlet på alle tre distrikter, hvilket dog synes at være tilfældet.

Om Eurostar og GVCO aktuelt eller potentielt havde kapacitet til hver især at byde på alle tre distrikter samlet henvises ex tuto især til punkt 415-635 i rådets afgørelse (aktuelle konkurrenter) og punkt 636-708 (potentielle konkurrenter). Det bestrides, at Konkurrencerådets kapacitetsberegninger i disse punkter er forkerte.

Styrelsen modtog, som anført af GVCO i pkt. 15 i replikken, under sagens behandling et supplerende høringssvar fra GVCO umiddelbart før det møde, hvor Konkurrencerådet skulle træffe afgørelse, med oplysninger om, at GVCO ved udgangen af 2015 forventede at fakturere Vejdirektoratet for det, der omregnet svarer til 3.407 maskinformandstimer. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke fundet, at disse oplysninger gav anledning til at ændre vurderingen eller at foretage yderligere undersøgelser, end der allerede var foretaget.

3. AFTALEN HAVDE TIL FORMÅL AT BEGRÆNSE KONKURRENCEN

3.1 Regelgrundlaget

Efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 er det forbudt for virksomheder at indgå aftaler, som har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Det følger af fast retspraksis, at vurderingen af en aftales evt. konkurrencebegrænsende karakter navnlig skal forholde sig til rækkevidden af aftalens indhold, til de formål aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår.

En aftale siges at have til formål at begrænse konkurrencen, hvis en analyse efter ovennævnte principper med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, jf. eksempelvis Domstolens domme i sag C-32/11, Allianz Hungaria, sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, sag C-172/14, ING Pensii, sag C-345/14, SIA Maxima Latvija og sag C-373/14 P, Toshiba.

Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den konkurrencebegrænsende karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne i at tage denne hensigt i betragtning, jf. præmis 54 i sag C- 67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, med henvisninger til yderligere praksis, hvilket da også sker i vidt omfang, jf. Faull&Nikpay, The EU Law of Competition, 3. udgave, 2014, side 236.

Det forhold, at den omtvistede aftale angiveligt også måtte forfølge andre (lovlige) formål, er i den forbindelse uden betydning for, om aftalen kan siges at have til formål at begrænse konkurrencen, jf. sag C-68/12, Slovenska Sporitel, præmis 21.

Hvis det kan fastslås, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål, er det ikke nødvendigt at undersøge aftalens sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (omfanget af skaden på konkurrencen). Dette skyldes den omstændighed, at visse former for aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at der derfor normalt uundgåeligt også vil foreligge konkurrenceskadelige følger, hvis aftalen føres ud i livet.

Som anført af ankenævnet, skal der således - for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning som formål - være den fornødne 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.

Det er derfor efter rådets opfattelse oplagt, at ankenævnets bemærkninger i kendelsen er helt på linje med EU-Domstolens praksis, herunder EU-Domstolens domme i C-32/11, Allianz Hungaria, C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires og C-345/14, SIA Maxima Latvija.

Hvad angår kriteriet om den retlige og økonomiske kontekst, skal der i henhold til den ovenfor gengivne retspraksis tages hensyn til ethvert relevant forhold, navnlig arten af de pågældende varer eller tjenesteydelser, og hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.

Der er imidlertid ikke krav om en mere dybtgående eller fuldstændig analyse af markedsforholdene, herunder af de angivelige konkurrencefremmende virkninger af aftalen, som indgår i vurderingen efter artikel 101, stk. 3, jf. herved jf. Faull&Nikpay, The EU Law of Competition, 3. udgave, 2014, side 235ff, samt eksempelvis EU-Domstolens domme i sag C-226/11, Expedia, præmis 35ff, sag C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires, præmis 48ff og 78ff, sag C-373/14 P, Toshiba, præmis 28ff og EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge, præmis 58, 63 og 66.

For sådanne aftaler kan undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng derfor begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. f.eks. sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, præmis 28ff, og Faull&Nikpay, The EU Law of Competition, 3. udgave, 2014, side 236ff, med yderligere henvisninger til praksis.

For en række aftalevilkår, herunder eksempelvis pris- og markedsdelingsaftaler, kan det umiddelbart lægges til grund, at de har til formål at begrænse konkurrencen, uden at det er nødvendigt med nærmere undersøgelser og analyser af den retlige og økonomiske kontekst, jf. Faull&Nikpay, The EU Law of Competition, 3. udgave, 2014, side 236ff.

Det bestrides ikke, at denne - kortfattede - vurdering af den retlige og økonomiske sammenhæng skal foretages ud fra de konkrete forhold og ikke ud fra rene teoretiske og abstrakte overvejelser om aftalens virkning.

EFTA-domstolens dom i sag E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge og Norges Højesterets dom af 22. juni 2017 er på linje hermed.

Hvis det på baggrund af en undersøgelse af de ovennævnte forhold kan fastslås, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge aftalens sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (dvs. det er uden betydning om en skade på konkurrencen faktisk indtræder, herunder omfanget af skaden). Dette skyldes den omstændighed, at sådanne aftaler mellem virksomheder efter deres art i sig selv kan betragtes som så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at der derfor normalt uundgåeligt også vil foreligge konkurrenceskadelige følger.

3.2 Om konsortieaftaler og konkurrencereglerne

Konsortieaftaler er ikke i konkurrenceretlig henseende anderledes end andre aftaler. Konsortieaftaler skal vurderes ud fra nøjagtigt de samme generelle principper som andre aftaler. At noget betegnes et konsortium påvirker ikke den juridiske analyse. Parternes forsøg på at opstille en generel analyseramme, hvorefter konsortieaftaler adskiller sig fra andre aftaler og skal bedømmes anderledes end andre aftaler, er derfor ikke korrekt.

Det afgørende er således ikke, hvorledes en aftale betegnes, men dens indhold. Uanset aftalens betegnelse, skal der foretages en konkret vurdering af aftalen baseret på de generelle principper, der fremgår af punkt 3.1 ovenfor, jf. herved EFTA-domstolens dom i sag E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge og Norges Højesterets dom af 22. juni 2017. Der henvises til punkt 3.3 i svarskriftet, punkt 3.2 i duplikken og punkt 3.3 i processkrift A.

3.3 Den konkrete konsortieaftale havde til formål at begrænse konkurrencen

Det gøres gældende, at konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO havde til formål at begrænse konkurrencen.

Vurderingen heraf skal tage udgangspunkt i, at Eurostar og GVCO var konkurrenter i relation til udbuddet, jf. punkt 2.3 ovenfor, som er det første led i den konkurrenceretlige analyse, der skal foretages.

Det afgørende er herefter, hvorvidt aftalen om ikke at byde individuelt, men at afgive et fælles bud, under disse omstændigheder har til formål at begrænse konkurrencen. Dette er det andet led i analysen.

Konsortieaftalen skal vurderes i lyset af, at konkurrencereglerne hviler på et grundprincip om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet, jf. eksempelvis sag C-8/08, T-Mobile, præmis 32.

En aftale mellem konkurrenter om pris- og markedsdeling er derfor blandt de alvorligste konkurrenceretlige krænkelser og er udtrykkelig nævnt som krænkelser i konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c ligesom de ikke kan undtages i medfør af konkurrencelovens § 7, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, 3 og 4, uafhængig af parternes størrelse og markedsandele. En sådan adfærd har efter fast praksis til formål at begrænse konkurrencen (se hertil punkt 740-742 i rådets afgørelse).

Uden aftalen skulle parterne hver især konkret have besluttet, om de ville byde, hvilke distrikter de ville byde på samt hvilke vilkår, herunder pris og rabatstruktur, som de ville tilbyde. Den usikkerhed om de helt centrale konkurrenceparametre og det konkurrencepres, der ville have været forbundet med en konkurrence mellem Eurostar og GVCO i tilbudsfasen, blev elimineret ved parternes aftale.

Realiteten i parternes aftale er, at de som konkurrenter har aftalt fælles priser og rabatter samt fordelt markedet/distrikterne mellem sig. Konsortiet havde således reelt samme indhold som en pris- og markedsdelingsaftale og skal vurderes som en sådan, jf. også E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge, præmis 92.

Konsortieaftalen var dermed af en art, hvor det umiddelbart kan lægges til grund, at den havde til formål at begrænse konkurrencen, uden at det er nødvendigt med nærmere undersøgelser og analyser af den retlige og økonomiske kontekst, idet konsortieaftalen indeholdt en pris- og markedsdelingsaftale, jf. herved Kommissionens bemærkninger gengivet i punkt 86 og 88ff i høringsrapporten i sag E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge og E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge, præmis 102.

Markedet for vejmarkering er ikke kendetegnet ved sådanne særlige og væsentlige økonomiske eller retlige forhold, at dette klare udgangspunkt skal fraviges. Bemærkningerne i rapporten fra Copenhagen Economics (bilag 12) om, at markedet er risikofyldt, udgør ikke dokumentation for sådanne særlige og væsentlige forhold.

At parterne bød den samlet set laveste pris på hele udbuddet er endvidere netop udtryk for situationen *uden* konkurrence mellem parterne og dokumenterer ikke, at Vejdirektoratet ikke ville kunne have fået en lavere pris på hele udbuddet, såfremt der i tilbudsfasen havde været konkurrence mellem parterne. Parterne ville uden aftalen operere i et stort usikkerhedsrum og være nødsaget til at træffe et valg om, hvilken kombination af bud og vilkår, herunder priser og rabatter, som medførte de største vinderchancer. Det kunne have medført lavere priser. Det er netop derfor, at pris- og markedsdelingsaftaler normalt anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, idet de sætter konkurrencen ud af kraft ved at eliminere usikkerhed om de helt centrale konkurrenceparametre og det konkurrencepres, der ville have været forbundet hermed. Dette gælder navnlig i den konkrete situation, hvor det var markedets to største aktører, som gik sammen.

Konsortieaftalen indeholdt således objektivt bedømt i sin markedsmæssige sammenhæng konkurrenceskadelige virkninger.

Da konsortieaftalen ifølge sin natur var egnet til at skade konkurrencen på alvorlig tilstrækkelig vis, havde den i konkurrencereglernes forstand til formål at begrænse konkurrencen. I forhold til vurderingen efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, har det ingen betydning, om en aftale kan betegnes som en klassisk kartelaftale.

Der er ikke belæg for at mene, at ankenævnet ikke har foretaget en tilstrækkelig analyse i relation til, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, herunder, at Konkurrenceankenævnet ikke har foretaget den fornødne undersøgelse af den retlige og økonomiske kontekst, som aftalen indgik i.

Eurostar og GVCO henviser til, at konsortieaftalen på grund af parternes mulighed for at trække på hinandens ressourcer minimerede parternes risiko mv., hvorfor aftalen ikke kan siges at have til formål at begrænse konkurrencen. Dette har imidlertid intet at gøre med vurderingen af, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, men henhører under vurderingen af, om betingelserne for fritagelse i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt, jf. nærmere nedenfor.

At der er indhentet juridisk rådgivning forud for indgåelsen af aftalen har endelig ingen betydning for, om der objektivt foreligger en konkurrenceretlig overtrædelse (Eurostars bilag 10 og GVCO's bilag 14).

Dertil kommer, at den indhentede rådgivning var med forbehold og i øvrigt ikke forholdt sig til sagens kerne, nemlig selskabernes mulighed for at byde på enkelte distrikter i udbuddet. Det fremgår således af vurderingen, at denne er baseret på en skriftlig erklæring fra Eurostar, hvoraf det fremgår, at Eurostar på baggrund af kapacitetsberegninger vurderer, at virksomheden ikke med den eksisterende kapacitet kunne byde på den samlede opgave. Eurostar har tilsvarende oplyst advokaten om, at GVCO (tidligere LKF Vejmarkering A/S) har foretaget en tilsvarende beregning, som også viser, at virksomheden ikke kunne byde på den samlede opgave.

Det fremgår endvidere af vurderingen, at advokaten ikke har haft forudsætningerne og markedsindsigten til at vurdere, om kapacitetsberegningerne er korrekte, hvorfor Eurostars oplysninger blot lægges til grund for vurderingen.

Endeligt fremgår det, at advokaten ikke har gennemgået den konkrete konsortieaftale eller tilbuddet på den konkrete opgave i forbindelse med vurderingen. Det understreges herefter, at afgørende for advokatens vurdering er, at Eurostars kapacitetsberegninger er korrekte.

Konkurrencerådet skal i øvrigt henlede opmærksomheden på, at fremgår af advokatens vurdering, at konsortieaftalen kan være en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, hvis konkurrencemyndighederne når frem til, at parterne hver især kunne byde på udbuddet. Dette underbygger rådets analyse af, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Det bestrides, at de konkurrencebegrænsende elementer i konsortieaftalen kun var en nødvendig og accessorisk begrænsning til en i øvrigt lovlig aftale.

Der er ikke tale om accessoriske begrænsninger omfattet af bemærkningerne i Kommissionens arbejdspapir om, hvilke konkurrencebegrænsninger som har til formål at begrænse konkurrencen. De heri omtalte accessoriske begrænsninger angår en helt anden type af aftaler, hvor det overordnede formål med aftalen netop ikke er at aftale priser og markedsdeling. EFTA-domstolens dom i E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge, præmis 99, ændrer ikke herpå.

GVCO's bemærkninger om, at Konkurrenceankenævnet angiveligt har fraveget Konkurrencerådets begrundelse for, at konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og at dette viser, at retstilstanden er usikker, har ikke støtte i rådets og ankenævnets afgørelser. Der henvises i øvrigt til det ovenfor anførte om den konkrete til formåls-vurdering af konsortieaftalen.

Det bemærkes særskilt, at Eurostar og GVCO's udokumenterede anbringende om, at de angiveligt ikke havde afgivet tilbud på det samlede udbud, hvis de ikke kunne byde sammen, ikke kan tillægges vægt i denne forbindelse, jf. eksempelvis Norges Højesterets dom af 22. juni 2017, præmis 44. Bemærkningerne forudsætter i øvrigt, at konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud, hvilket ikke kan lægges til grund. Afgørende er, at Eurostar og GVCO hver især kunne have budt på i hvert fald de enkelte delaftaler.

Erklæringerne fra Nils-Henrik Mørch von der Fehr har ikke tilført noget nyt til vurderingen af, om konsortieaftalen konkret havde til formål at begrænse konkurrencen. Der henvises til bemærkningerne i processkrift A og B samt bilag A og B. Tilsvarende har erklæringerne fra Dansk Industri og Dansk Byggeri ikke betydning for konstateringen af, at konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. nærmere punkt 3.4 i duplikken.

3.4 EUROSTAR OG GVCO HAR IKKE DOKUMENTERET, AT KONSORTIEAFTALEN ER UNDTAGET FRA FORBUDDET EFTER HENHOLDSVIS KONKURRENCELOVENS § 8 OG TEUF ARTIKEL 101, STK. 3

Efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, finder forbuddet i § 6, stk. 1 hhv. TEUF artikel 101, stk. 1, ikke anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder

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.

Bevisbyrden for, at samtlige de kumulative betingelser efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt, påhviler Eurostar og GVCO. Dette er det tredje led i analysen.

Beviskravet skal i den konkrete sag endvidere ses i lyset af, at det udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning, at de to største aktører på det relevante marked i Danmark har aftalt ikke at konkurrere med hinanden, hvorfor der må kræves en meget klar dokumentation for, at de kumulative betingelser i § 8/TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt, jf. punkt 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3).

Denne bevisbyrde har Eurostar og GVCO, som anført i punkt 840-853 i rådets afgørelse, ikke løftet.

Herom bemærkes for det *første*, at Eurostar og GVCO ikke har dokumenteret, at konsortieaftalen medførte effektivitetsgevinster.

Fremlæggelse af dokumentation for effektivitetsgevinster skal være i en form, hvorved konkurrencemyndighederne har mulighed for at efterprøve sandsynligheden for og størrelsen af hver af de påståede effektivitetsgevinster og forbindelsen mellem aftalen og effektivitetsgevinsterne, samt hvordan og hvornår hver af de påståede effektivitetsgevinster opnås, jf. herved nærmere punkt 48-72 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3).

I lyset af, at udgangspunktet for vurderingen af aftalen er, at den udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning, må det kræves, at det i den forbindelse godtgøres, at aftalen har sådanne positive virkninger for konkurrencen, at det opvejer de klare negative virkninger for konkurrencen, således at aftalens konkurrencemæssige nettovirkninger mindst er neutrale for forbrugerne, jf. navnlig punkt 85 og 91-92 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3).

Konkurrencerådet har foretaget omfattende partshøring af GVCO (og Eurostar), hvorved GVCO er blevet gjort opmærksom på kravene og rådets vurdering af de foreliggende oplysninger.

Selv om det principielt er uden betydning for vurderingen, kan det supplerende nævnes, at Eurostar og GVCO indhentede juridisk bistand inden indgåelsen af konsortieaftalen, hvorfor det må lægges til grund, at Eurostar og GVCO stedse har været fuldt ud bekendt med kravene til dokumentationen for de angivelige effektivitetsgevinster. Og navnlig i lyset af advarslen fra advokaten måtte det stå parterne klart, at muligheden for at dokumentere de angivelige effektivitetsgevinster ville være af afgørende betydning.

Eurostar og GVCO har på trods heraf ikke fremlagt fornøden dokumentation for de påståede effektivitetsgevinster, herunder for indholdet af de overvejelser herom, som Eurostar og GVCO angiveligt gjorde sig inden indgåelsen af konsortieaftalen. De påståede effektivitetsgevinster er tværtimod i al væsentlighed udokumenterede.

Eurostar og GVCO henviser mere konkret til, at konsortieaftalen medførte adgang til mere mandskab og flere maskiner, og at GVCO derfor f.eks. kunne trække på et Eurostarmandskab, hvis Eurostar eller GVCO blev forsinket med en opgave og den anden konsortiedeltager havde mandskab tættere på. Hverken Eurostar eller GVCO har dog dokumenteret, at sådanne fordele var til stede eller kunne forventes på aftaletidspunktet, ligesom evt. fordele ikke er kvantificeret.

Effektivitetsgevinster er desuden normalt kendetegnet ved, at den samme opgave kan udføres mere effektivt og med færre ressourcer. Eurostar og GVCO tager imidlertid ikke højde for, at besparelser for den ene indebærer udgifter for den anden. Hvis Eurostar ikke skulle flytte et hold og derved spare udgifterne, skulle GVCO skulle flytte et hold og afholde udgifterne derved. Der tages heller ikke højde for, at det umiddelbart er usandsynligt, at den anden part har ledigt arbejdshold, da hver part må antages at søge at arbejde op til kapacitetsgrænsen og ikke reservere et arbejdshold til at stå stand-by.

Da parternes aftale endvidere ikke indeholder oplysninger om kompensation eller lignende i sådanne tilfælde, er det desuden uklart, hvordan disse situationer reguleres, herunder hvilke omkostninger der er forbundet med det.

Af fordelingsaftalen fremgår derudover, at GVCO og Eurostar på forhånd havde fordelt distrikterne i udbuddet imellem sig, og at de derfor ikke "puljer" materiale eller mandskab til at udføre vejmarkeringsarbejdet. Konsortiet kombinerer således ikke selskabernes maskiner og mandskab i forbindelse med udførelsen af opgaver i distrikterne i udbuddet.

Dannelsen af konsortiet førte derfor ikke til synergieffekter i hvert distrikt i form af eksempelvis omkostningsbesparelser gennem øget stordriftsfordele, en mere effektiv udnyttelse af virksomhedernes ressourcer mv. set i forhold til en situation, hvor Eurostar og GVCO havde budt hver for sig. Der er således ikke tale om, at Eurostar og GVCO i fællesskab udfører vejmarkeringsarbejderne i de enkelte distrikter i udbuddet.

Hverken Eurostar eller GVCO har dermed dokumenteret, at sådanne fordele var til stede eller kunne forventes på aftaletidspunktet.

Konsortieaftalens bestemmelser om solidarisk hæftelse og informationsforpligtelse i forhold til medkontrahenten mv. kan ikke ændre herpå, jf. pkt. 824ff i rådets afgørelse.

Selv om effektivitetsgevinster i udgangspunktet skal vurderes ex ante og ikke ex post for en aftale med en fast, kortere varighed, kan det for fuldstændighedens skyld tilføjes, at det fremgår af sagen (bl.a. i rådets afgørelse, underbilag 20, side 14), at Eurostar og GVCO rent faktisk ikke har haft behov for at bistå hinanden med øget kapacitet i den pe-

riode, aftalen løb med Vejdirektoratet. Tværtimod har både GVCO og Eurostar vurderet at have kapacitet til at udvide kapaciteten i de distrikter, hvor de hver især udførte arbejde, ved at påtage sig en stigning i arbejdsmængden på 25 % i distrikt Hovedstaden og 40 % i distrikt Sjælland, jf. afgørelsens punkt 603-607 (Eurostar) og 552-557 (GVCO).

Selv om der er tale om efterfølgende forhold, kan de pågældende oplysninger imidlertid underbygge rigtigheden af ex ante-analysen. Efter en ex ante-vurdering er der således ikke belæg for, at konsortieaftalen var egnet til at medføre effektivitetsgevinster, og denne vurdering af manglende egnethed er så efterfølgende verificeret ved, at de påberåbte, men udokumenterede, effektivitetsgevinster rent faktisk heller ikke har manifesteret sig.

Konkurrencerådet skal i øvrigt henvise til punkt 44 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3), hvorefter undtagelsesbestemmelsen i artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), gælder, så længe de fire betingelser er opfyldt, og ophører med at gælde, når det ikke længere er tilfældet. Dette er også i overensstemmelse med, at forbuddet mod TEUF artikel 101, stk. 1, kun gælder så længe aftalen har et konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende virkning. Det kan derfor være relevant at inddrage de efterfølgende forhold i vurderingen.

Det gøres for det *andet* gældende, at Eurostar og GVCO ikke har dokumenteret, at konsortiet afgav et lavere bud end parterne kunne have gjort individuelt, og at de påberåbte effektivitetsgevinster således kommer forbrugerne (i dette tilfælde Vejdirektoratet) til gode og stiller dem mindst lige så godt som uden aftalen.

Effektivitetsforsvaret forudsætter, at parterne vandt det fulde udbud, men det er også nødvendigt at vurdere den situation, at konsortiet ikke vandt det samlede udbud, idet parterne ikke havde sikkerhed for at vinde det samlede udbud (i sidste ende var det også kun en marginal, der gjorde, at konsortiet vandt det samlede udbud - og dette ud fra en prissætning, der ikke var foregået uafhængigt).

Hvis konsortiet vandt to distrikter, tilbød det en rabat på 5 %. Parterne har ikke godtgjort eventuelle effektivitetsfordele ved at vinde to distrikter, og hvorfor de 5 % - uafhængigt af kombinationen af distrikter - ville stille Vejdirektoratet ligeså godt som uden konsortiet.

I tilfælde af, at konsortiet alene vandt et distrikt, tilbød konsortiet ikke nogen rabat til Vejdirektoratet. I den situation var der således ikke nødvendigvis nogen effektivitetsgevinster for forbrugerne ved, at Eurostar og GVCO gik sammen i konsortiet.

Konsortiet bød altså på et udbud, hvor det alene var i nogle af udfaldene, at Vejdirektoratet fik del i de angivelige effektivitetsfordele, medens konsortieaftalen i andre udfald kan have haft en negativ effekt.

For en ordens skyld bemærkes det, at vurderingen ikke, som anført af GVCO, skal tage udgangspunkt i en sammenligning mellem situationen uden konsortiet og situationen, hvor konsortiet vandt det samlede udbud. Sammenligningen skal ske mellem konkurrencesituationen ved afgivelsen af tilbud med og uden konsortieaftalen. Det er oplagt, at det ved denne vurdering er relevant at inddrage muligheden for at afgive og vinde enkelte delaftaler og ikke kun vinde det samlede bud.

For det *tredje* gøres det gældende, at det ikke er dokumenteret, at det var nødvendigt, at markedets to største aktører gik sammen i et konsortium og dermed fordoblede antallet af arbejdshold. Det forekommer f.eks. ikke oplagt, at det ikke ville være mindre konkurrence begrænsende at lave en underleveranceaftale, der muliggjorde leje af mandskab, samarbejde med mindre aktører eller andre former for samarbejde og risikoafdækning.

Endelig, for det *fjerde*, har Eurostar og GVCO ikke dokumenteret, at Konsortieaftalen ikke gav Eurostar og GVCO mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af markedet.

Det bemærkes i den forbindelse, at der alene var et begrænset antal aktører, der indgav bud. I forhold til det konkrete udbud var der således samarbejde mellem 2 af 4 virksomheder i forhold til distrikt Syddanmark, 2 af 3 virksomheder i forhold til distrikt Sjælland, 2 af 2 virksomheder på distrikt Hovedstaden og 2 af 2 virksomheder på det samlede udbud.

Som anført kan det ikke lægges til grund, at Vejdirektoratet ikke ville kunne have fået en lavere pris på hele udbuddet, såfremt der i tilbudsfasen havde været konkurrence mellem parterne. Parterne ville uden aftalen operere i et stort usikkerhedsrum og være nødsaget til at træffe et valg om, hvilken kombination af bud og vilkår, herunder priser og rabatter, som medførte de største vinderchancer. Det kunne have medført lavere priser.

Konkurrencerådet gør derfor sammenfattende gældende, at Eurostar og GVCO ikke har dokumenteret, at Konsortieaftalen er undtaget efter henholdsvis konkurrencelovens § 8, stk. 1 og artikel 101, stk. 3. Det skal herved fremhæves, at de fire betingelser for en individuel fritagelse er kumulative. Hvis blot én ikke er opfyldt, kan aftalen ikke fritages. Hertil kommer, at konkurrencemyndighederne ved vurderingen af, om betingelserne for en fritagelse er opfyldt, har et vidt skøn, og der er ikke frembragt et grundlag for at tilsidesætte det udøvede skøn.

Rapporten fra Copenhagen Economics (Eurostars bilag 12) udgør ikke den fornødne dokumentation for, at betingelserne i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt, jf. nærmere punkt 4 i svarskriftet og punkt 4 i duplikken.

Erklæringerne fra Nils-Henrik Mørch von der Fehr kan tilsvarende ikke føre til en anden vurdering. Erklæringernes bemærkninger om effektiviseringsfordele er ikke baseret på overvejelser om den konkrete konsortieaftale, men forudsætter uden nærmere dokumentation, at der kan være tale om effektivitetsgevinster. Erklæringerne indeholder ikke nye

faktuelle oplysninger, der dokumenterer, at betingelserne i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Der henvises til bemærkningerne herom i processkrift A og B samt til Konkurrencerådets bilag A og B, herunder navnlig bilag A, punkt 2.10.

[…]

SAGSOMKOSTNINGER
Konkurrencerådet har ikke haft positive udgifter i forbindelse med sagens førelse for Sø- og Handelsretten. Ved fastsættelse af sagsomkostningerne bør retten lægges vægt på den forholdsvise omfattende skriftveksling og hovedforhandlingens varighed.

[…]"

Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat

I november 2010 udarbejdede konsulentfirmaet McKinsey til brug for et møde for Regeringens Vækstforum 2009-2011 en rapport, der havde til formål at optimere myndighedernes udbytte af at sende opgaver i udbud. Heraf fremgår i tiltag otte, at der bør ske en samling af indkøb på færre leverandører, målrettet tiltrækning af udenlandske virksomheder samt anvendelse af udbudsformer og krav, der tilskynder til effektiv drift.

Som reaktion herpå ændrede Vejdirektoratet sin udbudspraksis og forsøgte også gennem besøg i såvel Norge som Sverige aktivt at tiltrække udenlandske budgivere på Vejdirektoratets opgaver. Det i sagen omhandlede udbud blev opbygget, så det reflekterede McKinseys anbefalinger derved, at det muliggjorde såvel bud på enkelte distrikter som samlet udbud på alle distrikter. Et samlet bud på alle distrikter indebar dog, at man skulle indgive et bud på hvert enkelt distrikt, men man kunne samtidig tilbyde en rabat – i dette tilfælde uden loft – såfremt man bød på flere eller samtlige distrikter. Det er derfor rettens opfattelse, at udbudsmodellen i sig selv tilskyndede til samlede bud i overensstemmelse med McKinseys anbefalinger, og at det fremstod som en realistisk mulighed, at der kunne forventes bud på den samlede opgave fra udenlandske bydende.

I den konkrete sag fremkom der både bud på delopgaverne, som var begrænset hertil, og et samlet bud fra sagsøgerne i disse sager, og det viste sig senere, at dette samlede bud var det eneste samlede bud. Det samlede bud indeholdt en rabat på 20 %, såfremt budgiver vandt samtlige distrikter.

Den omstændighed, at et firma, som ønsker at byde på den i sagen omhandlede vejmarkering, ikke har kapacitet til selv at byde på den samlede opgave, men nok på enkeltdistrikter, kan efter rettens opfattelse ikke afskære et sådant firma fra at indgå i et konsortium med henblik på at give et samlet bud på alle distrikter, idet en sådan begrænsning ikke nødvendigvis ville skærpe konkurrencen. Det kan i den forbindelse ikke gøre nogen forskel, at der kun fremkom ét samlet bud, idet dette er udtryk for en ex post vurdering.

Afgørende for, om konsortiumaftalen herefter kan antages at indebære en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, er, om de to bydende firmaer reelt var ude af stand til hver for sig at afgive et samlet bud. Sagsøgerne har selv foretaget kapacitetsberegninger, som viser, at dette var tilfældet, og har heri inddraget såvel personalemæssige forhold som maskinkapacitet.

Det påhviler konkurrencemyndighederne at godtgøre, at sagsøgernes egne kapacitetsberegninger ikke er retvisende. Konkurrencemyndighederne har efter rettens opfattelse ikke løftet denne bevisbyrde. Antagelsen om, at hvert af de sagsøgende firmaer kunne have løftet opgaven alene, bygger på hypotetiske antagelser om muligheden for at antage yderlige mandskab og tilkøbe yderligere maskiner, og der er ingen dokumentation for, at dette kunne lade sig gøre eller var forretningsmæssigt forsvarligt.

Hertil kommer, at konkurrencemyndighederne har bestridt, at de sagsøgende firmaer i deres kapacitetsberegninger har været berettiget til at afsætte kapacitet til eksisterende kernekunder uden at kunne fremlægge skriftlige aftaler om arbejdsopgaver. Retten finder ikke et sådant krav berettiget, idet 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.

Retten har endvidere bemærket sig, at Konkurrenceankenævnet anlægger en anden vurdering af konsortieaftalens karakter end Konkurrencerådet. Det kan imidlertid ikke af Konkurrenceankenævnets afgørelse udledes, at der er foretaget den nødvendige konkrete bedømmelse af aftalens formål og karakter med henblik på at fastslå, om den med tilstrækkelig klarhed havde til formål tilstrækkeligt at skade konkurrencen til at indebære en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

Af disse grunde ophæver retten Konkurrencerådets afgørelse 24. juni 2015 som stadfæstet ved nævnets afgørelse den 11. april 2016.

Det findes herefter ikke fornødent for retten at forholde sig til, om betingelserne for dispensationsadgangen i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3 er opfyldt.

Konkurrencerådet skal efter sagens udfald godtgøre sagsøgerne sagens omkostninger med hver i sær 300.000 kr., idet der heri er taget hensyn til, at sagsøgeren har indhentet en erklæring fra professor Nils-Henrik Mørch von der Fehr, der tillige har afgivet forklaring i retten.

Thi kendes for ret:

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, som er stadfæstet ved Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016, ophæves.

Konkurrencerådet skal inden 14 dage betale 300.000 kr. i sagsomkostninger til hver af sagsøgerne. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Claus Forum Petersen Henrik Rothe Mads Bundgaard Larsen

Gitte Forsberg Henrik Gundelach