



Vejmarkeringssagen – om konsortier

Dansk Forening for Konkurrenceeret | 23 Oktober 2018

Vejmarkeringssagen – Overblik

Sagen handler om lovligheden af et konsortium mellem to vejmarkeringsfirmaer:
Eurostar og GVCO (tidl. LKF)

Forløb i hovedtræk:

- Mar. 2014: Eurostar og GVCO indgår konsortieaftale om tilbud ved Vejdirektoratets udbud af vejmarkeringsopgaver
- Apr. 2014: Eurostar og GVCO vinder udbuddet
- Aug. 2014: KFST på dawnraid hos Eurostar og GVCO
- Jun. 2015: Konkurrencerådet træffer afgørelse – konsortiet var i strid med KL § 6/TEUF art. 101
- Apr. 2016: Konkurrenceankenævnet stadfæster afgørelsen
- Aug. 2018: S&H-retten ophæver myndighedernes afgørelser
- Sep. 2018: Konkurrencerådet anker dommen til Højesteret

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)

Udbuddet

- Vejmarkeringsudbuddet omfattede tre distrikter: Hovedstaden, Sjælland og Syddanmark
- Tilbudsgivere kunne byde på 1, 2 eller 3 distrikter
- Det var muligt at tilbyde samlerabatter ved bud på flere distrikter
- Vejdirektoratet ville antage den kombination af tilbud, der samlet gav den laveste pris
- Eurostar og GVCO havde hver for sig kapacitet til at byde på enkelt-distrikter men vurderede ikke at have kapacitet til individuelt at byde på alle tre distrikter
- Konsortiet bød på alle tre distrikter og tilbød samlerabat
- Vejdirektoratet tildelte alle tre distrikter til konsortiet



Stod konkurrencen om delaftaler eller det samlede udbud?

Baseret bl.a. på en McKinsey-rapport og resultatet af tidligere udbud vurderede Eurostar og GVCO, at konkurrencen stod om det samlede udbud

Konkurrencerådet: Tilstrækkeligt at parterne kunne byde på delaftaler. Endvidere havde de kapacitet til individuelt at byde på hele udbuddet

Konkurrenceankenævnet udtalte:

- *”Erfaringerne fra to tidligere udbud med lignende vilkår, som blev vundet af en virksomhed, der havde budt på alle distrikter, ændrer [...] ikke på, at det var muligt at byde på et enkelt distrikt eller flere.”*
- *”Eurostar og LKF [var] hver især [...] i stand til at byde på enkelte dele af Vejdirektoratets udbud [...]. Samarbejdet i konsortiet var således ikke objektivt set nødvendigt, og [nævnet] anser på denne baggrund Eurostar og LKF for aktuelle konkurrenter.”*

Stod konkurrencen om delaftaler eller det samlede udbud? (2)

Sø- og Handelsrettens dom:

- *”Det er [...] 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.”*
- *”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.”*

Bedømmelse af kapacitet

- Eurostar og GVCO vurderede hver især, at de ikke havde kapacitet til at byde på alle tre distrikter. De vurderede ikke kapaciteten i forhold til de enkelte distrikter
- Konkurrencerådet vurderede, at hver af parterne havde kapacitet til at byde på alle tre distrikter
- Kapacitet ”afsat” til andre kunder kunne ifølge Rådet kun medregnes, hvis der var indgået en bindende aftale med kunden
- I Rådets afgørelse blev spørgsmålet dog ikke afgørende – der blev lagt på, at hver part kunne byde på delaftaler
- Ankenævnet lagde ligeledes vægt på muligheden for at byde på delaftaler:
”Det er [...] ikke nødvendigt at foretage en vurdering af, om parterne aktuelt eller potentielt havde kapacitet til hver især at byde samlet på alle tre distrikter.”

Bedømmelse af kapacitet (2)

Sø- og Handelsrettens dom:

- *Afgørende om ”de to bydende firmaer reelt var ude af stand til hver for sig at afgive et samlet bud”*
- *Parterne ”har selv foretaget kapacitetsberegninger, som viser, at dette var tilfældet, og har heri inddraget såvel personalemæssige forhold som maskinkapacitet”*
- *Konkurrencemyndighederne skal godtgøre, at kapacitetsberegninger ikke er retvisende*
- *Bevisbyrden er ikke løftet, idet myndighederne har baseret sig 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”*
- *Ved kapacitetsopgørelsen må det være ”tilladeligt [...] 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.”*

Retlig test ved konsortieaftaler mellem konkurrenter

Hvis parterne anses for konkurrenter i forhold til udbuddet, efter hvilken test skal det så bedømmes, om konsortieaftalen er konkurrencebegrænsende?

Ankenævnet: *”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”*

Sø- og Handelsretten: *”Det kan [...] 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”*

Sø- og Handelsrettens præmisser synes at svare til bl.a. præmis 51 i *Cartes Bancaires*-sagen (C-67/13 P, 11. september 2014): For at anvende ”til formål”-testen skal konkurrencemyndighederne foretage en analyse af aftalen, der med ”tilstrækkelig klarhed” viser, at konkurrencen vil lide skade