

## Kronik.

## Lovlige samarbejder forklædt som karteller. Eller var det omvendt?



PH.D.-STIPENDIAT VED JURIDISK INSTITUT, SDU  
HEIDI LØJMAND

Når det offentlige køber ind, skal konkurrencen være så effektiv som muligt, så ordregiver får mest muligt for skattekrone.

Ordregiver kan derfor vælge at opdele sine udbud i mindre kontrakter for at øge antallet af potentielle tilbudsgivere eller lægge flere opgaver sammen for at opnå stor-driftsfordele. Uanset hvordan ordregiver tilrettelægger sine udbud, er konkurrencen imidlertid kun så effektiv, som leverandørsiden tillader.

Indgår virksomhederne aftaler om, hvem der skal byde på hvilke kontrakter og med hvilke priser, er der forholdsvis bred enighed om, at det er skidt for både konkurrencen og ordregiver. Ordregiver risikerer nemlig ved sådanne "klassiske" tilbudskarteller at betale en for høj pris og/eller at få et produkt af ringere kvalitet.

Der findes dog også tilbudssamarbejder, der er gavnlige for konkurrencen. Det kan være konsortie- eller underleverandøraftaler, hvor virksomheder samarbejder på grund af opgavernes størrelse og kompleksitet, eller fordi de i fællesskab kan tilbyde ordregiver bedre "value for money".

Sådanne konkurrencefremmende samarbejder skal naturligvis tillades.

Mellem konkurrencebegrænsende tilbudskarteller og konkurrencefremmende tilbudssamarbejder eksisterer en gråzone af samarbejder, der måske/måske ikke hverken begrænser eller fremmer konkurrencen. Disse samarbejder kan ved første øjekast ligne tilbudskarteller, fordi de involverer prisudveksling mellem konkurrerende virksomheder. De er dog ikke ulovlige, hvis de ikke kan begrænse konkurrencen, heller ikke selvom konkurrencen ikke fremmes.

#### ET SÅDANT GRÅZONE-SAMARBEJDE

blev for nylig behandlet i byretten. Her blev to virksomheder frikendt for at have udvekslet priser forud for tilbudsafgivelse.

Den ene virksomhed afgav bud på samtlige af et udbuds fem delopgaver med den anden virksom-

hed som underleverandør. Underleverandøren afgav dog også selv bud på én af delopgaverne, og de to virksomheder fremstod derfor som konkurrenter på denne delopgave.

Da deres individuelle bud indeholdt samme priser og slåfejl, opstod der mistanke om ulovlig tilbudskoordinering mellem konkurrenter. Noget, der sædvanligvis anses for at falde under kartelkategorien.

Retten lagde imidlertid vægt på, at parterne ikke "normalt" var konkurrenter, og at underleverandøren næppe "kunne have afgivet et lavere bud". Prisudvekslingen begrænsede derfor ikke konkurrencen.

I EN ANDEN dom fandt byretten heller ikke, at en prisudveksling mellem to konkurrenter begrænsede konkurrencen. To virksomheder havde i forbindelse med tre forskellige udbud udvekslet priser, fordi den ene virksomhed angiveligt ikke kunne nå at udarbejde egne selvstændige bud.

Virksomheden ønskede at byde for at "vise firmaet", men ikke for at vinde opgaverne, og lagde derfor en margin på de priser, som den havde fået oversendt fra den anden virksomhed.

Sådanne aftaler om "lånepriser" anses generelt for uforenelige med konkurrencereglerne, blandt andet fordi de giver ordregiver et falsk billede af den reelle konkurrencesituation. Byretten frifandt imidlertid virksomhederne, fordi prisudvekslingen var sket kort tid før tilbudsfristens udløb, og fordi virksomheden, der havde fået oversendt låneprisen, ikke ville have afgivet bud uden at have modtaget denne.

SIDSTNÆVNTE BYRETSDOM SKAL for landsretten i begyndelsen af december, og mens vi venter i spænding, kan vi spørge os selv, om der pludselig er givet carte blanche til prisudveksling mellem konkurrenter?

Det er der ikke. Der gælder stadig en formodning om, at prisudveksling mellem konkurrenter kan begrænse konkurrencen.

Byretsdommene illustrerer blot, at denne formodning kan afkræftes, hvis de konkrete omstændigheder tilsiger det, for eksempel hvis virksomhederne ikke normalt er konkurrenter, eller hvis ordregivers "value for money" ikke påvirkes negativt af prisudvekslingen.

I den sammenhæng er det dog væsentligt at pointere én ting: Virksomhederne skal selv, før de udveksler priser eller på anden måde samarbejder i forbindelse med tilbudsgivning, vurdere, om deres påtænkte samarbejde er lovligt.

Af gode grunde kender virksomhederne ikke på dette tidspunkt

de efterfølgende omstændigheder, eksempelvis hvor mange bud der indkommer, og hvilke priser de øvrige tilbudsgivere byder med. De kan alene gisne herom.

Det vil derfor gøre det urimeligt svært for virksomhederne at forudsige lovligheden af deres samarbejder, hvis der lægges vægt på sådanne fakta, som virksomhederne ikke kan kende på forhånd.

Alligevel synes det intuitivt tillokkende at lægge vægt på for eksempel antallet af bud. Lad os tage et eksempel:

I sidstnævnte byretsdom er det forholdsvis let at følge rettens logik. Ordregiver endte på grund af prisudvekslingen med 3-4 "seriøse" bud + ét "useriøst". Uden prisudvekslingen havde ordregiver modtaget de samme 3-4 "seriøse" bud, men intet "useriøst".

Da det "useriøse" bud på grund af den tillagte margin ikke var det laveste, var det vindende bud det samme med prisudvekslingen, som det ville have været uden. Prisudvekslingen havde derfor ingen betydning for ordregivers valg

eller "value for money". Havde de to virksomheder været de eneste tilbudsgivere, kunne det "useriøse" bud dog have foranlediget ordregiver til at antage et bud, som uden prisudvekslingen ville have været det eneste. Trods de samme "seriøse" bud, det vil sige ét, havde ordregiver måske i en sådan situation foretrukket at annullere udbuddet, hvis han havde været bekendt med den reelle (manglende) konkurrence.

I modsætning til i den verserede sag, kunne prisudvekslingen altså få betydning for ordregivers valg.

Men bør dette spille en rolle? Ikke hvis virksomhederne skal kunne forudsige lovligheden af deres påtænkte aftaler og adfærd. Og det skal de jo helst, hvis konkurrencereglerne skal virke effektivt.

EN SIDSTE SAG, der skal nævnes, er den såkaldte *vejstribesag*, som bliver behandlet ved Højesteret. Sagen vedrørte et konsortiesamarbejde mellem vejmarkeringsbranchens to angiveligt største virksom-

heder om at afgive ét fælles bud på tre delkontrakter.

Sø- og Handelsretten fandt, at samarbejdet ikke udgjorde en konkurrencebegrænsning, selvom virksomhederne kunne have konkurreret om de enkelte delkontrakter. Det afgørende var, om de individuelt kunne have budt på samtlige tre kontrakter, og da dette ikke fandtes bevist, forelå der ikke et samarbejde, som kunne begrænse konkurrencen.

Dommen illustrerer, ligesom byretsdommene, at den kommercielle virkelighed, som virksomhederne befinder sig i, kan skabe tvivl om, hvorvidt noget der ligner ulovlig tilbudskoordinering reelt set begrænser konkurrencen. Om Højesteret er enig med Sø- og Handelsretten, skal blive spændende at se.

Uanset udfaldene vil dommene fra Højesteret og Østre Landsret gøre os klogere på gråzonen mellem lovlige og ulovlige tilbuds-samarbejder. Spørgsmålet er dog, om de vil skabe flere eller færre grå nuancer.

