

NOTAT

Dato: 26. marts 2018

Sag: 18/04916

Sagsbehandler: /JMH

Rådssag om ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

ERHVERVSMINISTERIET

Indstilling	Det <u>indstilles</u> , at projekt om ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning afsluttes og nedenstående erfaringer formidles i styrelsen.
Erfaringer (punktform)	<ul style="list-style-type: none">• Man bør være påpasselig med for tidligt at lægge sig fast på en bestemt vinkel i en sag, da det kan medføre, at man bliver forudindtaget ift., hvordan sagen skal tilskæres. Man skal samtidig løbende være åben for nye tilskæringer af sagen.
Resumé af rådssagen	<p>Sagen handler om, at en brancheforening, ØFP, har koordineret sine medlemmers tilbudsgivning inden for persontransport i Region Midtjylland.</p> <p>ØFP's vedtagelse består af, at</p> <ol style="list-style-type: none">1) medlemmerne i regi af ØFP løbende har drøftet, dels hvilke udbud, ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP. <p>Konkurrencerådet fastslog, at ØFP's vedtagelse er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, fordi vedtagelsen giver medlemmerne en viden, som er med til at mindske den usikkerhed, der ellers ville have været mellem ØFP's medlemmer ved tilbudsgivning og dermed den konkurrence, som et udbud normalt ville medføre.</p> <p>Rådet tog derfor ikke stilling til, hvorvidt ØFP's tilbud på konkrete udbud kunne anses som værende ulovlig tilbudskoordinering.</p> <p>Rådet har truffet afgørelse om, at sagen skal anmeldelse til SØIK. Anmeldelsen vil afvente en evt. ankesag.</p>

Væsentligste problemer

Tilskæring af sagen

Med det materiale case teamet havde i sagen, kunne sagen skæres til på forskellige måder:

- Case teamet havde mulighed for at foretage en vurdering af, om et eller flere af de tilbud, som ØFP havde afgivet på vegne af medlemmerne, kunne betragtes som ulovlig tilbudskoordinerings.
- Case teamet havde også ØFP's vedtægter, som bestemte, at ØFP's medlemmer ikke måtte afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
- Og så havde case teamet også mulighed for at se samlet på den mere generelle adfærd, som foregik i ØFP, som både bestod af ØFP's løbende drøftelser og ØFP's vedtægter.

Sagen startede oprindeligt med en henvendelse fra en ordregiver – Midttrafik – om et specifikt udbud og om ØFP's vedtægter. Case teamet havde i en lang periode fokus på ØFP's tilbudskoordinerings i det pågældende udbud. Case teamet var samtidig ikke i tvivl om, at ØFP's vedtægtsbestemmelse skulle inddrages i en konkurrence-retlig vurdering.

Det var dog vanskeligt at udarbejde en overskuelig klagepunktsmeddelelse, som både skulle indeholde ØFP's tilbudskoordinerings på et konkret udbud og ØFP's vedtægter. Begge forhold vedrørte ØFP's tilbudskoordinerings, men der skulle samtidig foretages en selvstændig konkurrence-retlig vurdering af begge forhold.

Det gav en del udfordringer i forhold til, om der i praksis skulle laves to separate klagepunktsmeddelelser, eller om nogle af afsnittene kunne skrives sammen. Og hvis afsnit kunne skrives sammen, hvordan de så skulle udformes, så det sikrede læsevenligheden og forståelsen af sagen.

Herudover havde case teamet en del overvejelser ift., om vi burde inddrage flere af de konkrete udbud, som ØFP havde afgivet tilbud på, i sagen. Ved at inddrage flere udbud ville det give sagen større effekt. Til gengæld kunne det betyde, at sagen blev endnu mere uoverskuelig, hvis der i praksis skulle laves en separat klagepunktsmeddelelse eller vurdering for hvert tilbud, ØFP havde afgivet.

Efter en gennemlæsning af materialet med nye øjne i forbindelse med peer review processen, blev det klart, at der foregik et bredere samarbejde i ØFP end blot ØFP's tilbudskoordinerings ift. konkrete udbud.

Dette bredere samarbejde i ØFP bestod både af medlemmernes generelle drøftelser i ØFP om tilbudsgivning og af ØFP's vedtægtsbestemmelse, og tilsammen viste de to forhold, at ØFP generelt koordinerede sine medlemmers tilbudsgivning.

Da der dermed var én samlet overtrædelse, blev det nemmere at skrive en mere skarp og overskuelig sag, der samtidig indeholdt alle dele af ØFP's konkurrencebegrænsende adfærd og ikke blot ØFP's tilbudskoordinerings ift. et eller flere konkrete udbud.

**Succes-
kriterier og
leverancer**

I projektbeskrivelsen er der opstillet følgende succeskriterier:

- 1) Case teamet leverer projektet i overensstemmelse med den direktionsgodkendte projektbeskrivelse og milepælsplan.
- 2) Det estimerede ressourceforbrug i den direktionsgodkendte projektbeskrivelse overholdes.
- 3) Konkurrencerådet følger styrelsens indstilling til afgørelse.

I projektbeskrivelsen er der opstillet følgende leverancer:

- 1) Meddelelse om betænkeligheder sendes til parten i januar 2017.
- 2) Håndtere knaster om henholdsvis underleverance-/konsortieaftale, muligheden for KU og fritagelse efter § 8.
- 3) KPM i ekstern høring senest 16. juni 2017.
- 4) Udkast til afgørelse godkendes af Konkurrencerådet i fjerde kvartal 2017.

På baggrund af et møde med ØFP den 5. januar 2017, der skabte usikkerhed om, hvorvidt case teamet ville kunne påvise en overtrædelse, blev meddelelse om betænkeligheder først udsendt til ØFP i marts 2017.

Da case teamet brugte en del tid på at justere tilskæringen af sagen, som beskrevet under "Væsentlige problemer", og da direktionen besluttede at udskyde 1. peer review med 5 uger, godkendte styregruppen, at klagepunktsmed-

delelsen først blev sendt i høring i oktober 2017.

Det rykkede også tidsplanen for, hvornår Konkurrencerådet skulle træffe afgørelse fra 4. kvartal 2017 til 1. kvartal 2018. Konkurrencerådet traf afgørelse i sagen i februar 2018 i overensstemmelse med styrelsens indstilling, hvilket var hurtigere end den tidsplan, der var sat for afgørelsesfasen.

Case teamet har forelagt et knastenotat vedr. underleverance-/konsortieaftale, som beskrevet i projektbeskrivelsen, for styregruppen. Case teamet gjorde sig ved opstarten af sagen overvejelser om muligheden for at gå på KU og om fritagelse efter § 8. KU blev vendt mundtligt og bilateralt med EKA. Overvejelserne omkring fritagelse efter § 8 blev foretaget på baggrund af praksis i fx SOV-sagen og sparring med KJUR.

Case teamet har derudover forelagt to andre knastenotater for styregruppen vedr. Transportforordningen, som potentielt kunne have undtaget ØFP's samarbejde fra konkurrencereglerne samt vedr. tilskæringen af sagen.

Fremdrift

Der har været en konstant fremdrift i sagen.

Fremdriften har i perioder været udfordret af udskiftninger i case teamet og længere sygemeldinger. Det har betydet, at der i perioder er blevet lagt mange ekstratimer for at sikre fremdriften.

Fremdriften i sagen blev sat lidt tilbage på grund af justeringen af tilskæringen af sagen, jf. afsnittet "Væsentligste problemer". Til gengæld blev sagen skarpere efter justeringen.

Ressourcer

Der blev oprindeligt godkendt et ressourceforbrug på 1.000 timer, hvilket inkluderede 150 timer til KJUR.

Der er løbende justeret i antal timer, og senest blev der den 7. februar 2018 godkendt et samlet ressourceforbrug på 1.750 timer.

Der er anvendt omkring 1.800 timer på sagen.

Det øgede ressourceforbrug skyldes en justering af tilskæringen af sagen, som medførte en del uforudset arbejde og

	<p>ekstra sparring med KJUR, samt en løbende udskiftning i case teamet.</p>
<p>Erfaringer til udbredelse i styrelsen</p>	<p>Selv om sagen virkede simpel og lige ud ad landvejen på baggrund af henvendelsen fra Midttrafik, viste det sig i forbindelse med peer reviewet, at sagen kunne skæres til på en anden måde, som gjorde den mere skarp, jf. afsnittet om "Væsentligste problemer".</p> <p>Case teamet kunne med fordel have haft fokus på dette på et tidligere tidspunkt forud for sagens peer review.</p> <p>Ansvarlig for denne formidling er JMH.</p>
<p>Opfølgingsplan</p>	<p>Styrelsen har modtaget dokumentation fra ØFP om opfyldelse af pkt. 14 i afgørelsen, hvor ØFP blev påbudt at informere sine medlemmer om rådets afgørelse.</p> <p>Det vides endnu ikke, om ØFP vil anke sagen. Ankefristen udløber den 3. april 2018. Det fremgår af ØFP's orienteringsbrev til medlemmerne, at bestyrelsen overvejer, om ØFP skal anke sagen.</p>