

PROSJEKTSAMARBEID

Advokat Siri Teigum

1. september 2016

ULIKE SAMARBEIDSFORMER VED INNGIVNING AV TILBUD

Avgrensning til prosjektsamarbeid

ANBUDDSAMARBEID OG PROSJEKTSAMARBEID

- ▶ Anbudssamarbeid er i utgangspunktet forbudt
- ▶ Prosjektsamarbeid kan være lovlig



- ▶ Hva mener vi med begrepene?
 - ▶ Hvordan gjøres den rettslige vurderingen?
- ▶ Realiteten i samarbeidet – ikke begrepsbruk eller valg av avtalemodell - er avgjørende for den rettslige vurderingen

ANBUDSSAMARBEID KAN TA ULIKE FORMER

Unnlatelse av å gi anbud

Anbudsrotasjon

Markedsdeling

Fiktive anbud/rent prissamarbeid

RETTSVESENETS HOLDNING TIL ANBUDSSAMARBEID

► Høyesterett

- ▷ "Ulovlig anbudssamarbeid er generelt **meget uheldig** og kan ha betydelige og vidtrekkende skadevirkninger. Konkret medførte samarbeidet fare for at Steinkjer kommune ble forledet til å betale en vesentlig høyere pris for arbeidet." (Rt. 2012 s. 1556)

► Konkurransetilsynet

- ▷ "Anbudssamarbeid er **blant de alvorligste former for økonomisk kriminalitet**. Anbudssamarbeid innebærer at konkurrenter samarbeider om priser og vilkår før anbud leveres til oppdragsgiver, eller de blir enige om at en eller flere av dem ikke gir anbud."
- ▷ "Internasjonale undersøkelser viser at **prisene kan øke med 10-50 prosent** når konkurrenter inngår ulovlig anbudssamarbeid."

ANBUDSSAMARBEID ER SOM HOVEDREGEL FORBUDT

- ▶ Anbudssamarbeid mellom "faktiske eller potensielle konkurrenter [vil] vanligvis ha et konkurransbegrensende formål."
 - ▷ Vedtak V2009-17 Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS
- ▶ "Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen er forbudt i seg selv, og det er ikke nødvendig å påvise noen faktisk eller potensiell virkning i markedet."
- ▶ "[...] vil normalt ikke oppfylle unntaksvilkårene i § 10 tredje ledd".
 - ▷ Veiledning om prosjektsamarbeid av 24.02.2014

HVA SKILLER PROSJEKTSAMARBEID FRA ANBUDSSAMARBEID FORØVRIG?

► Konkurransetilsynets veiledning av 24.02.2014

- ▷ "[...] to eller flere uavhengige foretak samarbeider om gjennomføring av enkeltprosjekter, i form av levering av varer eller tjenester til offentlige eller private oppdragsgivere innenfor en avgrenset tidsperiode."

AVGRENSNING MOT LØPENDE SAMARBEID

▶ Konkurransetilsynets veiledning av 24.02.2014

- ▷ "[...] to eller flere uavhengige foretak samarbeider om gjennomføring av **enkeltprosjekter**, i form av levering av varer eller tjenester til offentlige eller private oppdragsgivere innenfor en avgrenset tidsperiode."

▶ Avgrensning mot:

- ▷ Mer varige og omfattende samarbeider, for eksempel jevnlig samarbeid om enkeltprosjekter, der helheten må vurderes i forhold til konkurranseloven § 10 (forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid)
- ▷ Samarbeider som organiseres i en uavhengig og varig struktur vil eventuelt måtte vurderes i forhold til reglene om fusjonskontroll

REGELVERKET

REGELVERKET: KONKURRANSELOVEN § 10 OG EØS ARTIKKEL 53

"Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til **formål eller virkning** å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt [...]"

UNNTAKET I KONKURRANSELOVEN § 10 (3) OG EØS ART 53 (3)

► Konkurransbegrensende samarbeid er unntaksvis lovlige hvis de:

1. Bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene, eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen, og

2. Gir forbrukerne en rimelig andel av de oppnådde fordelene, og

3. Kun innebærer restriksjoner som er absolutt nødvendige for å nå disse formål, og

4. Ikke utelukker konkurranse for en vesentlig del av markedet

REGELVERKET: VEILEDERE

Konkurransetilsynets
brev til EBA
03.02.2005

Konkurransetilsynets
veiledning om
anbuds- og
prosjektsamarbeid
fra 15.08.2008

Ny veileder fra
Konkurransetilsynet
24.02.2014

KONKURRANSEØKONOMISK UTGANGSPUNKT

- ▶ Alle prosjektsamarbeid som fører til at antallet faktiske og/eller potensielle konkurrenter **reduseres** vil ha et potensial til å virke konkurransedempende.
- ▶ Selv om prosjektsamarbeid fører til en reduksjon i antall faktiske konkurrenter i et anbud, kan prosjektsamarbeid føre til sterkere konkurranse/økt effektivitet.
- ▶ Prosjektsamarbeid som **øker** antallet bud i en anbudskonkurranse har et potensiale til å forsterke konkurransen i utgangpunktet.
- ▶ Selv samarbeider som øker antallet tilbud i en konkurranse kan også virke konkurransedempende
 - ▷ Fiktive bud
 - ▷ Selve konstruksjonen av prosjektsamarbeider kan gir incentiver til å øke prisene

I PRAKSIS HAR DET BLITT REAGERT MOT BEGGE TYPER SAMARBEID

- ▶ Prosjektsamarbeid i form av **ett felles** tilbud
 - ▷ Taxi Midt Norge, vedtak V2009-7
 - ▷ Ski Taxi, Follo Taxisentral og Ski Follo Taxidrift, vedtak 2011-12, nå i HR

- ▶ Prosjektsamarbeid som genererer **flere** tilbud
 - ▷ Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS, vedtak 2009-17 (HR 11. oktober 2012)
 - ▷ Håkonrune Rør og Oslo VVS Service, vedtak 2008-18

DE PRAKTISKE SPØRSMÅLENE: HVEM KAN SAMARBEIDE?

RETTLIG UTGANGSPUNKT

- ▶ Hovedspørsmål: hvordan ville konkurransen om dette prosjektet artet seg i mangel av samarbeidet?
 - ▷ Ville deltakerne gitt separate bud? Kan de anses som konkurrenter om oppdraget?
 - ▷ Ville man fått andre budkonstellasjoner?

- ▶ Tilleggsspørsmål: hva blir virkningen på konkurransen i markedet for øvrig?



SAMARBEID ER LOV DERSOM FORETAKENE IKKE KAN GJENNOMFØRE PROSJEKTET ALENE

- ▶ "Konkurransen begrenses vanligvis ikke ved felles tilbud inngitt av foretak i **ulike bransjer** [...]"
 - ▷ Tilsynets veiledning av 24. februar 2014

- ▶ "Der foretakene tilhører **samme bransje** må det foretas en konkret vurdering av om foretakene har en reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt og på de vilkår og betingelser som er angitt i tilbudsinvitasjonen."
 - ▷ Tilsynets veiledning av 24. februar 2014

PROSJEKTSAMARBEID MELLOM KONKURRENTER - TOMMELFINGERREGLER

Konkurransetilsynets veileder:

1. Ingen av partene vil ikke være i stand til å gjennomføre prosjektet alene
– OK

2. Partene kan hver for seg gjennomføre prosjektet alene – normalt ulovlig

3. Flere enn to parter samarbeider, hvor det er tilstrekkelig at bare to av partene samarbeider – normalt ulovlig

4. Kun en av partene kan gjennomføre prosjektet alene – kan være konkurransebegrensende, men virkning må vurderes konkret

5. Samarbeid utover det aktuelle prosjektet øker risikoen

MOMENTER I VURDERINGEN AV MULIGHETEN TIL Å GJENNOMFØRE PROSJEKTET ALENE

- ▶ Har foretakene reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt og på de vilkår og betingelser som er angitt i konkurransegrunnlaget uten samarbeidet? Veileder (36)

- ▶ Utgangspunkt:
 - ▷ Prosjektets størrelse og karakter - en **tolkning av konkurransegrunnlaget**
 - > Hvordan beskrives tjenesten/produktet som etterspørres?
 - > I hvilket geografisk område etterspørres det?
 - > Kan leverandøren besvare bare deler av forespørselen (deltilbud)?
 - > Kan leverandøren benytte underleverandører?
 - ▷ Foretakenes ressurser

MOMENTER I VURDERINGEN AV MULIGHETEN TIL Å GJENNOMFØRE PROSJEKTET ALENE

- ▶ Konkurransetilsynets praksis viser en streng tilnærming:
 - ▷ Vedtak V2008-18, Håkonrune Rør AS og Oslo VVS Service AS
 - ▷ Vedtak V2009-7, Taxi Midt-Norge AS
 - ▷ Vedtak V2009-17, Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS
 - ▷ Vedtak V2011-12, Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS
 - ▷ Vedtak V2011-11, IcopalTak AS - Fløysand Tak AS
 - ▷ Vedtak V2013-3, Veidekke ASA / Veidekke Industri AS og NCC AB / NCC Roads AS

- ▶ Konkurransetilsynets veileder gir nærmere anvisning på vurderingstema

MOMENTER I VURDERINGEN AV MULIGHETEN TIL Å GJENNOMFØRE PROSJEKTET ALENE

- ▶ Foretakets **eksisterende** personell, teknisk utstyr, teknologi og geografisk tilstedeværelse
 - ▷ I samme konsern, eller foretak som aktørene kontrollerer (Veilederen avsnitt 40)
 - ▷ Regulatoriske forhold kan hindre foretak i å utføre prosjektet (Veilederen avsnitt 39)
 - ▷ Ressurser som er bundet opp i andre oppdrag kan hindre foretak i å utføre flere prosjekter
- ▶ Hva med **innleie**?
 - ▷ "[...] bero på en konkret og objektiv vurdering, hvor foretakenes faktiske og potensielle ressurser på ytelsestidspunktet vil være avgjørende". (Veilederen avsnitt 38)
 - ▷ "Videre vil tilsynet vurdere foretakenes muligheter til å tilegne seg manglende kapasitet og kompetanse". (Veilederen avsnitt 39)

MOMENTER I VURDERINGEN AV MULIGHETEN TIL Å GI TILBUD ALENE

- ▶ Mangler partene evne til å påta seg den økonomiske risikoen for prosjektet?
- ▶ Mangler partene de tekniske eller kompetansemessige forutsetninger for å tilby tjenesten på egenhånd?
- ▶ Er ressursbegrensningene dokumenterbare?

VURDERINGSTEMA – REELL MULIGHET TIL Å GJENNOMFØRE PROSJEKTET?

Hvor går terskelen?

Overoppfylle ytelse/kvalifikasjoner utover sikkerhetsmargin/nødvendig bemanning for å bedre muligheten for å vinne konkurransen.

Sikkerhetsmargin ift kravene til ytelse. Nødvendig og forsvarlig bemanning. Endringer og opsjoner.

Oppfylle krav til ytelsen i konkurransen.

Kvalifikasjonskriteriene i konkurransen.

SAMARBEID OM FELLES ANBUD DER KUN ETT AV FORETAKENE KAN TA PROSJEKTET ALENE

► Tilsynets veileder avsnitt 42:

Må vurderes nærmere

Kan utelukke andre samarbeidskonstellasjoner

Særlig ved konsentrerte markeder eller eksklusivitetsforpliktelser

ER SAMARBEIDET UTELUKKET DERSOM PARTENE KAN KONKURRERE OM OPPDRAGET?

- ▶ Er samarbeid mellom konkurrenter om fellestilbud alltid en formålsovertredelse - som anses ulovlig uten vurdering av virkninger på konkurransen og knappest kan dekkes av unntaksregelen?
 - ▷ Konkurransetilsynets utgangspunkt
 - ▷ Lagmannsrettens avgjørelse i Ski Follo Taxi-saken (pending)
 - ▷ EU-Kommisjonens veiledning om formålsovertredelser (Commission Staff Working document 2014):
 - > "Bid-rigging occurs when two or more companies agree that, in response to a call for bids or tenders, one or more of them will not submit a bid, withdraw a bid or submit a bid at artificially high prices arrived at by agreement. This form of collusion is generally considered to restrict competition by object. It is a form of price fixing and market allocation which may, for example, take place in the case of public procurement contracts."
 - ▷ Hjelmeng/Gabrielsen utredning 2011:
 - > "Selv om partene skulle være i stand til å løfte prosjektet individuelt, vil samarbeid om et felles bud imidlertid vanskelig kunne anses for å ha et konkurransebegrensende formål, fordi samarbeidet omfatter noe mer enn en koordinering av partenes opptreden i markedet."

KONKURRENT SOM UNDERLEVERANDØR

Utgangspunktet

- Enkeltstående tilfeller av kjøp og salg mellom konkurrenter er tillatt

Forutsetninger

- Begrenset til enkeltstående tilfeller
- Ikke ytterligere forpliktelser
- Ikke del av bredere forretningsforhold

Avtalt i *forkant* av anbudskonkurranse

- Vurdering som ved prosjektsamarbeid
- Potensielt samme virkning som ved felles anbud
- Kunne underleverandør levert konkurrerende bud?

Avtalt *etter* tildelt kontrakt

- Normalt tillatt

DE PRAKTISKE SPØRSMÅLENE: HVORDAN SAMARBEIDE KAN GJENNOMFØRES?

GJENNOMFØRINGEN AV SAMARBEIDET

- ▶ Konkurransetilsynets veileder: "Hvis samarbeidet kunne ha vært utført på en annen og mindre begrensende måte, vil [KT] legge til grunn at samarbeidet enten har som formål eller virkning å begrense konkurransen [...]". Veileder (57)
 - ▷ Samarbeidet bør derfor utformes på en måte som i minst mulig grad begrenser konkurransen
 - ▷ Informasjonsutveksling må begrenses til det som er nødvendig for å utarbeide tilbud og gjennomføre felleleveransen
 - ▷ Compliance retningslinjer bør etableres

INFORMASJONSUTVEKSLING MELLOM KONKURRENTER

- ▶ Utveksling av konkurransesensitiv informasjon kan anses som en selvstendig lovovertrødelse
 - ▷ Fremtidige priser og mengder
 - ▷ Hva med andre opplysninger?

- ▶ KT: utveksling av opplysninger mellom konkurrenter har et konkurransebegrensende formål når informasjonsutvekslingen kan fjerne usikkerhetsmomenter mht de involverte foretakenes fremtidige adferd.
 - ▷ Eksempel: prisinformasjon i forbindelse med tilbudsgivning

ER ENSIDIG INFORMASJONSUTVEKSLING FORBUDT?

- ▶ Utgjør **ensidig** informasjonsutlevering et **samarbeid** i forbudsbestemmelsens forstand?
- ▶ IcopalTAK – Fløysand Tak – én e-post tilstrekkelig
 - ▷ “[...] kravet til samordnet opptreden i konkurranseloven § 10 kan være oppfylt selv om bare ett foretak røper strategisk markedsinformasjon til sine konkurrenter.”
 - ▷ Men mottakeren må ha bedt om, eller akseptert, informasjonen
 - ▷ Mottaker anses å ha akseptert å få informasjonen hvis han ikke protesterer og gir klart uttrykk for at det ikke er ønskelig å motta dette

KRAV TIL VIRKNING PÅ KONKURRANSEN?

- ▶ EU-domstolen: det er presumsjon for at mottakeren har tatt hensyn til informasjonen ved fastsetting av egen markedsopptreden
- ▶ Konkurransetilsynet i Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS:
 - ▷ "Når tilbud inngis etter kontakt mellom konkurrenter reduseres usikkerheten om utfallet, ettersom tilbyderne har kunnskap om hvordan de andre kommer til å opptre i anbudskonkurransen. Det foreligger således en **presumsjon for at kontakten har påvirket anbudskonkurransen.**"
 - ▷ Det er ikke avgjørende om partene faktisk har lyktes i å koordinere sin adferd
 - > Selv begrenset kontakt, ved én anledning, kan være tilstrekkelig for overtredelse av loven (IcopalTak – Fløysand Tak)

INFORMASJONSUTVEKSLING I ULIKE FASER I SAMARBEIDET

- ▶ Informasjonsutveksling som ledd i en innledende undersøkelse av **om det er grunnlag** for samarbeid
 - ▷ Normalt tillatt der samarbeid er nødvendig for å gjøre partene i stand til å inngi tilbud (55)
 - ▷ Diskusjoner om kapasitet og kompetanse (mulighet til å ta oppdraget alene?) vil være ok, ikke diskusjoner om prisnivå, prioriteringer av oppdrag mm
- ▶ Informasjonsutveksling ved den nærmere **utformingen og gjennomføringen** av samarbeidet
 - ▷ Informasjonsutveksling mellom konkurrenter som går lengre enn nødvendig for gjennomføring av underleveransen, innebærer en samordning med et konkurransebegrensende formål.

INFORMASJONSUTVEKSLING VED UTFORMING AV TILBUDET

- ▶ Informasjonsutveksling med samarbeidspartneren om **priser og produksjonskvanta i det aktuelle** prosjektet kan bli nødvendig og lovlig
- ▶ Avstå fra utveksling av informasjon som gir mulighet for koordinering eller ensidig tilpasning av *markedsopptreden* mht pris, produksjonsmengder, sortiment, kvalitet, innovasjon eller annet **i andre prosjekter/samarbeid** med mindre også disse er vurdert som lovlige prosjektsamarbeid
- ▶ Utarbeid et compliance program som er konkret tilpasset din virksomhet og ikke bare gjengir konkurransereglene – bruk compliance programmet når det gjennomføres prosjektsamarbeid

OPPLYSNING OM SAMARBEIDET TIL OPPDRAGSGIVER

- ▶ Loven krever ikke at oppdragsgiver opplyses om prosjektsamarbeid på forhånd, men dette regnes som god praksis også etter den nye konkurranseloven
- ▶ Oppdragsgiver kan stille krav om dette i konkurransegrunnlaget
- ▶ Åpenhet er i praksis vektlagt som moment ved vurderingen av om samarbeidet er en formålsovertredelse
 - ▷ Ski Follo Taxi (pending), jf. tingretts dom 8. februar 2013: “[...] tilsynet har ikke kunnet legge fram et eneste eksempel fra praksis på at et helt åpent anbudssamarbeid har vært regnet som en formålsovertredelse.”

ETTER SAMARBEIDET – HVORDAN UNNGÅ KONKURRANSEBEGRENSENDE TILPASNING I MARKEDET?



Avslutning av sak/tilbud – makulering av materiale

“Karenstid” for involverte prosjektledere?

Påminnelse om taushetsplikt