



ARNTZEN
DE BESCHE



EBA
ENTREPRENØRFORENINGEN
BYGG OG ANLEGG

**Tør du samarbeide med en konkurrent?
- Grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid**

*Siw Linderud
Advokat
Entreprenørforeningen bygg og anlegg
(EBA)*

*Thea Susanne Skaug
Advokat
Arntzen de Besche*

Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett (NFBE)
15. februar 2018

AGENDA

- *Rettslig plassering av temaet*
- *Konsekvenser ved brudd*
- *Grensene for lovlig og ulovlig samarbeid*
- *Praktiske problemstillinger for bransjen*
- *Hvordan forebygge brudd*

Terminologi – type samarbeid

Anbudssamarbeid

- **Alvorlige overtredelser:**
 - Unnlatelse av å gi bud
 - Anbudsrotasjon
 - Markedsdeling
 - Fiktive anbud / rent prissamarbeid
 - Ofte skjult
- Formål:
 - Erstatte konkurranse med samarbeid (dele kartellprofitt)

Prosjektsamarbeid

- Samarbeid om *gjennomføringen* av et enkelt prosjekt
- Omfatter ofte *felles produksjon*
- Omfatter mange ulike samarbeidsformer:
 - JointVentures, konsortium, underleverandøravtaler
 - «Arbeidsfellesskap»
- Avgrense mot et mer varig og omfattende samarbeid

Merk: Terminologien har ingen rettslig betydning

Konkurranseloven § 10 (EØS-avtalen artikkel 53)

- Forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak
- **§ 10 første ledd (forbud):**
 - «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, [...]»
- **§ 10 tredje ledd (unntak) (kumulative vilkår)**
 - (i) Bidrar til å bedre produksjon/fremme teknisk økonomisk utvikling
 - (ii) Forbrukerne får en rimelig andel
 - (iii) Restriksjonene må være absolutt nødvendig
 - (iv) Ikke utelukke konkurransen for en vesentlig del av markedet

Anbudssamarbeid er som regel alltid forbudt

- «Ulovlig anbudssamarbeid er generelt meget uheldig og kan ha betydelig og vidtrekkende skadevirkninger. Konkret medførte samarbeidet fare for at Steinkjer kommune ble forledet til å betale en vesentlig for høy pris for arbeidet.» (Rt. 2012 s. 1556)
- Konkurransetilsynet har funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Veidekke og NCC i perioden 2005 til 2008 gjennom sitt samarbeid har drevet markedsdeling, anbudssamarbeid og utveksling av pris og annen strategisk informasjon (KTs vedtak 2013-3/ LB-2014-76039)

Prosjektsamarbeid må vurderes konkret

- Grensene for lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid kan være utfordrende både i forhold til **jus og faktum**
- Konkurransetilsynet har inntatt en streng tilnærming:
 - Dersom hver av partene kunne inngitt tilbud hver for seg er samarbeidet som hovedregel forbudt uten en nærmere virkningsanalyse og selv om samarbeidet fører til et bedre bud (kvalitativt og/eller kvantitativt)
- Men, **juridisk** uenighet:
 - Strekker Konkurransetilsynet HR dom i Ski Follo-Taxi for langt?
- Sml. EUs retningslinjer og EFTA domstolens uttalelse i TAXI-saken:
 - Produksjonssamarbeid vurderes etter virkning – ikke formål:
 - Vurdere virkninger i markedet – markedsandeler (konsentrasjonsgrad), samarbeidets varighet og omfang osv.
 - Større mulighet for unntak etter § 10 tredje ledd
 - Bedt Konkurransetilsynet om en avklaring her

Prosjektsamarbeid må vurderes konkret forts.

- Krevende **faktiske** vurderinger særlig i forhold til:
 - Når man er i stand til å inngi bud alene (kapasitet, risiko osv)
 - Unntaksvurderingen – effektivitetsgevinster
 -
- Det er bedriften selv som må bære risikoen for de rettslige og faktiske vurderinger som er gjort



Illustrasjonsfoto: Sindre Sverdrup Strand

Veidekke og AF Gruppen vil bygge E18-prosjekt i arbeidsfellesskap

AF Gruppen og Veidekke Entreprenør inngår arbeidsfellesskap og ønsker å levere felles tilbud på jobben E18 Rugtvedt-Dørdal for Nye Veier AS.

Norsk-italiensk arbeidsfellesskap lavest på Tjernfjelltunnelen

Et arbeidsfellesskap mellom norske Kolbjørn Nilsskog og italienske Toto har levert det laveste tilbudet på riksvei 77 Tjernfjelltunnelen i Nordland.

Italienere og spanjoler fikk TBM-kontrakten på Follobanen

En sammenslutning (joint venture) av selskapene Acciona Infraestructuras S.A. og Ghella S.p.A. er innstilt av Jernbaneverket til å få kontrakten for tunnelarbeid med tunnelboremaskiner (TBM).

Konsekvenser ved brudd på konkurranseloven

- Hvordan oppdages brudd?
 - Tips fra oppdragiver/konkurrenter
 - Lemping
- Overtredelsesgebyr inntil 10 % av konsernomsetning
- Straff
- Erstatningskrav
- Ugyldighet
- Oppdragsgiver *kan* avvise leverandør – med mindre det er uforholdsmessig «*når oppdragsgiver har klare holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen*» (FOA § 24-2 (3))
 - Inntil tre år etter at forholdet opphørte
 - «Self-cleaning»
- Svekket omdømme



Gebyr i asfaltsaken hevet til 150 millioner

Konkurransetilsynet vant ankesaken om ulovlig samarbeid i asfaltbransjen, og entreprenørselskapet NCC må nå betale et gebyr på 150 millioner kroner.



NCC må betale et gebyr på 150 millioner kroner – 10 millioner mer enn det opprinnelige gebyret fra Konkurransetilsynet.
FOTO: JENNY GAULITZ / NCC



Oddvin Aune
Journalist

• MER OM NORGE

• MER OM PRISSAMARBEID I
ASFALTBRANSJEN

🕒 Oppdatert 01.07.2015, kl. 13:00



🔍 LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S har ifølge Konkurrencerådet begrænset konkurransen om vejmarkering ved at aftale priser og opdele markeder. Arkivfoto: Kim Ebbesen.

Ulovlig aftale mellem LKF Vejmarkering og Eurostar Danmark

ENTREPRENØR | 26.06.15 | 12:31 - [Kim Ebbesen](#)

Ifølge Konkurrencerådet har de to firmaer aftalt priser og opdelt markeder.

Taxisamarbeid i Follo og Ski førte til millionbot

Et samarbeid mellom Ski Taxi og Follo Taxi om å inngi anbud for pasienttransport fra Oslo universitetssykehus endte med en bot på 1,3 millioner kroner.

JUS

Bente Bjørndal
Oslo

Det var i 2010 at Ski Taxi og Follo Taxi gjennom sitt felles selskap Ski Follo Taxidrift ved to anledninger la inn felles anbud på rammeavtaler.

Anbudskonkurransene var utlært av Oslo universitetssykehus

kunne ha inngitt separate tilbud ettersom sykehuset ikke stilte krav til tilbydernes størrelse eller kapasitet.

«Skrivebordsøvelse»

Advokat Stephan L. Jervell i advokatfirmaet Wiersholm representerte taxtselskapene. Han skriver i en kommentar at klientene er svært skuffet over dommen.

– De oppfatter denne som en skrivebordsøvelse uten forankring i de økonomiske realiteter. Videre går dommen på tvers av strømninngene i Europa hvor man blant annet i Sverige så sent som i april kom til det motsatte resultat i en lignende sak, skriver Jervell.

Han mener at realitetene som følge av dommen er at små aktører forhindres fra å samarbeide om store anbud hvis det er en minste sjanse for at de muligens kunne levert et anbud alene.

– Dette vil særlig de store aktø-



Ski Taxi og Follo Taxi må betale henholdsvis 100.000 kroner og 200.000 kroner.
Foto: Gorm Kallestad/
NTB Scanpix

Instans/dato	Parter	Type overtredelse	Åpent/Skjult	Gebyr
KT 04.09.17*	El Proffen AS/EP Contracting AS, mfl.	Felles tilbud, samarbeid om separate bud	Åpent	Fra NOK 1,29 til 4,5 millioner
HR 22.06.17 EFTA domstolen 22.12.16 LR 17.03.15 TR 08.02.13 KT V2011-12	Ski Taxi SA, Follo Taxi SA, Ski Follo Taxidrift AS	Felles tilbud	Åpent	NOK 100 000, 200 000 og 1 million
KT V2016-7	Johny Birkeland Transport AS/Norva 24 AS, Lindum AS	Felles tilbud (deltilbud, de to eneste som var prekvalifisert)	Åpent	NOK 2,6 millioner og NOK 3,9 millioner
KT V2013-3 TR 19.02.14 LR 29.06.15	Veidekke ASA/Veidekke Industri AS, NCC AB/NCC Roads AS	Løpende anbudssamarbeid (2005-2008) – markedsdeling	Skjult	Veidekke NOK 220 millioner (innvilget full lemping) NCC NOK 150 millioner
KT V2009-17 TR 02.06.10 LR 08.12.11 HR 11.10.12	Gran & Ekran AS	To selvstendige tilbud (Gjensidig underleveranse) informasjonsutveksling	Delvis skjult	Gran & Ekran AS NOK 2 millioner Grunnarbeid NOK 5 millioner (konkurs)
KT V2011-11	IcopalTak AA, Fløysand Tak AS	To selvstendige tilbud – informasjonsutveksling	Skjult	NOK 1,2 millioner og NOK 350 000
KT V2008-18	Håkonrune Rør AS, Oslo VVS Service	To selvstendige tilbud – informasjonsutveksling	Skjult	NOK 250 000 og NOK 500 000
KT V2009-7	Taxi Midt-Norge AS	Felles tilbud	Åpent	NOK 300 000

Veiledninger

- Veiledning om prosjektsamarbeid, Konkurransetilsynet 24. februar 2014
- Konkurransetilsynets presentasjon for NHO 1. februar 2018
- EUs retningslinjer for horisontalt samarbeid
- Veiledere fra danske og svenske konkurransemyndigheter
- Enkelte bransjeorganisasjoner har utarbeidet egne retningslinjer



Utgangspunkter for vurderingen

*Ingen av partene kan inngi tilbud
alene*

*Kun én av partene kan inngi
tilbud alene*

*Begge parter kan inngi tilbud hver
for seg*

Kjernespørsmål:

- Ville foretakene uten samarbeidet hatt en reell mulighet til å inngi separate bud?
- Mao; Er foretakene **potensielle eller aktuelle konkurrenter** i forbindelse med det konkrete prosjektet?

Betydning av klassifiseringen som formålsovertredelse

- Merkbarhetskravet normalt oppfylt
 - Bagatellmeddelelsen gjelder ikke (dvs. dersom partene har lave markedsandeler)
 - «For så vidt gjelder formålsovertredelser tilsier overtredelsens art og skadepotensiale at merkbarhetskravet normalt vil være oppfylt, uten at det må foretas noen nærmere vurdering av faktiske eller potensielle skadevirkninger.» (KTs veileder)
- Unntaksadgangen i § 10 (3) snevres inn
 - Konkurransetilsynet retningslinjer (66): «Prosjektsamarbeid som har konkurransebegrensende formål, vil normalt ikke oppfylle unntaksvilkårene i § 10 tredje ledd.»

Når er man konkurrenter?

- Faktisk konkurrent: Begge kan by på den samme kontrakten
- Potensiell konkurrent: Kan ikke by i dag, men kan enkelt utvide kapasiteten slik at man kan by
- Konkurranses grunnlaget som utgangspunkt
 - Nødvendig for kvalifikasjon
 - Nødvendig for levering av tilbud i henhold til kravspesifikasjonen
- «Har foretakene reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt og på de vilkår og betingelser som er angitt i konkurranses grunnlaget uten å samarbeide?» (KTs veileder)
- Realistisk vurdering ut i fra nåværende størrelse
- El-proffen: *«I det tilfellet at Arkel likevel skulle ha begrenset kapasitet, er tilsynets vurdering av foretaket hadde muligheter til å gjøre enkelte tilpasninger eller omdisponeringer slik at det kunne håndtert en av de parallelle rammeavtalene.»*
- Ex-ante vurdering: *«At det i ettertid kan konstateres at den ene trolig ville valgt ikke å inngi tilbud alene, har i denne sammenheng liten betydning.»* (KT Ski Follo Taxi)

Momenter i vurderingen

- Foretakets ressurser sett opp mot prosjektets karakter og størrelse
- Eksisterende personell
- Teknisk utstyr
- Teknologi
- Geografisk tilstedeværelse
- Mulighet til å tilegne seg manglende kapasitet og kompetanse
- Regulatoriske forhold
- Foretaket må kunne dokumentere eventuelle begrensninger

Særlig om vurdering av kapasitet

- **Kapasitet som er bundet opp i allerede inngåtte kontrakter trekkes fra**
- **Ønske om å reservere kapasitet til senere prosjekter/reserve?**
 - Forventninger/ønske om andre oppgaver i fremtiden er iflg. KT ikke kapasitet som er bundet opp
 - Helt i særlige tilfeller kan faste tilbakevennende oppdrag trekkes fra
- **Innhente kapasitet hos underleverandører (som alternativ til prosjektsamarbeidet)?**
 - KT: Er det enkelt å innhente? Hvis ja, kan en levere tilbud alene
- **Stedlig kapasitet, eller i hele konsernet?**
 - KT: Konkret vurdering av hvor lett det er å ta i bruk denne kapasiteten i denne kontrakten
- **Hvordan skal vurderingen dokumenteres, og hvem har bevisbyrden?**
 - KT: Partene må kunne dokumentere ressursbegrensninger
- **Teoretisk eller faktisk/kommersiell vurdering**
 - KT: Objektiv evne, ikke vilje, som er avgjørende

Samarbeid for å spre risiko

- Hvor stor risiko må man ta?
- Er det legitimt å begrense/fordele risiko?
 - (Ikke legge alle eggene i en kurv)
 - KT: Selvstendig ansvar og del av konkurransen å velge sin risikoprofil.
 - Risikospredning følgelig ikke et argument for å inngå samarbeid som ellers er ulovlig
- Kan interne regler for risiko vektlegges?
 - KT: Nei
- Kan det tenkes regler for risiko sett i forhold mellom omsetning og kontraktstørrelse?

Betydningen av at samarbeidet skjer åpent

- Tidligere en forutsetning for lovlighet av prosjektsamarbeid (1993-konkurranseloven § 3-5)
- I dag – ingen betydning ved vurderingen av lovlighet
 - En konkurrent ble eliminert – i den rettslige og økonomiske sammenhengen jeg har redegjort for. Etter min mening fratar derfor ikke åpenheten dette anbudssamarbeidets karakter av, objektivt sett, å ha et konkurransebegrensende formål.» (49) (HR Ski Follo Taxi)
- Både LR og KT la til grunn at åpenhet var en formildende omstendighet ved bøteutmålingen
- Ulovlig selv oppdragsgiver ønsker samarbeid

Vurderingen hvor det åpnes opp for deltilbud

- **Muligheten til å inngi deltilbud hindrer samarbeid om hele kontrakten**
 - «I fravær av samarbeidet ville partene ikke hatt kunnskap om hvilke deloppdrag det andre foretaket ville ha bydd på, hvilken kapasitet det andre foretaket hadde tilgjengelig og hvilken pris den andre ville ha tilbudt Bergen Vann.» (KT V2016-7 (Bergen Vann og Slam))
- **At det gis bedre score ved totalanbud eller mulighet for å tilby samlerabatt er ikke relevant**
 - At en tilbyder ved å tilby forventet totalbehov får fullt poengscore, er ikke ensbetydende med at man er utelukket fra konkurransen ved lavere kapasitet. Det fremgikk av bevismaterialet at det kunne blitt inngått parallelle rammeavtaler. (LR i Ski Follo Taxi)

Vurderingen hvor det åpnes opp for deltilbud forts.

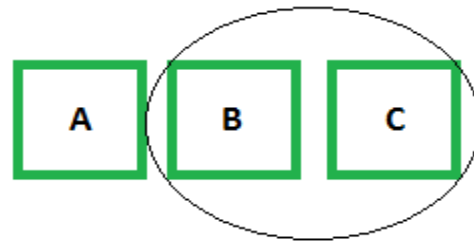
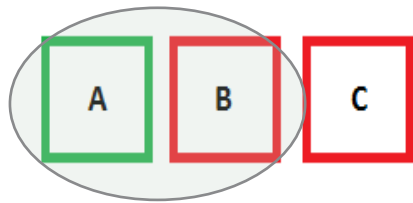
- **Forholdet til anskaffelsesregelverket**
 - FOA § 19-4 (del III)
 - (1) Oppdragsgiveren kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter.
Oppdragsgiveren bestemmer selv størrelsen på og innholdet i delkontraktene
 - (2) Dersom oppdragsgiveren ikke deler opp anskaffelsen i delkontrakter, skal han gi en kort begrunnelse for dette i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen. Begrunnelsen kan ikke overprøves
- **Effektive samarbeidskonstellasjoner utelukkes**
 - Gjelder selv om byggherren gir uttrykk for at han foretrekker et felles tilbud
 - Rammer SMB
 - Utsiktet virkning?
 - Konkurransetilsynet oppfordrer oppdragsgivere å ta dette med i vurderingen

Konkurrent som underleverandør

- Avtalt i forkant av en konkurranse:
 - I utgangspunktet vurdert som et prosjektsamarbeid, men Konkurransetilsynet synes å være noe mindre restriktive i forhold til slike samarbeid ettersom det ikke gjelder et samarbeid om *pris*
- Avtalt i etterkant av en konkurranse:
 - Normalt tillatt

Kun ett av foretakene kan inngi alene

- «Et samarbeid om et felles anbud mellom to foretak der kun ett av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene må vurderes nærmere» (KTs veileder)
- Vurderingstemaet er ikke her koordinering, men om samarbeidet fører til *utestengelse* av andre samarbeidskonstellasjoner
- Særlig aktuelt i markeder med få aktører og eksklusivitetsforpliktelser



Kan konkurrenter aldri samarbeid om felles tilbud?

- KT's veileder:
 - «Det kan imidlertid ikke utelukkes at et prosjektsamarbeid som i utgangspunktet virker konkurransebegrensende vil kunne lede til at partene i fellesskap blir en mer effektiv konkurrent til andre tilbydere»
 - «vil normalt ikke oppfylle unntaksvilkårene i § 10 tredje ledd» (66)
- HR i Ski Follo Taxi:
 - «Etter min mening må imidlertid slike [økt fleksibilitet i bilparken] og eventuelle andre effektivitetsgevinster som et samarbeid måtte lede til, bedømmes etter konkurranseloven § 10 tredje ledd, slik også Konkurransetilsynet gjorde.»
- KT 2018: vil ikke prioritere å forfølge en sak der det er «gode grunner til å tro at samarbeidet kommer kunden til gode»
- Vurderingen etter konkurranseloven § 10 (3) er kompliserte vurderinger basert på økonomiske analyser

Momenter etter § 10 tredje ledd

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

- **Kvantitative** effektivitetsgevinster
 - Stordriftsfordeler, risikospredning
- **Kvalitative** effektiviseringsgevinster
 - Innovasjon, utnytte spesialområder, bedre kvalitet

2) Gir forbrukerne en rimelig andel av de oppnådde fordelene

- Dersom mange tilbydere i konkurransen – større incentiv til å sette lavere pris
- LR i Ski Follo Taxi: «det er ikke sannsynliggjort at incentivet til å sette lavere pris som følge av effektivitetsgevinster var sterkere enn incentivet til å sette høyere pris som følge av økt markedsrett som en følge av samarbeidet»

3) Kun restriksjoner som er absolutt nødvendige for å nå disse formål

- Begrense til enkeltstående samarbeid, informasjonsutveksling
- Nødvendig å avtale eksklusivitet?

4) Gir ikke anledning til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av varene

- Jo lavere markedsandel, jo mindre sannsynlig at samarbeidet utelukker all konkurranse

Informasjonsutveksling ved samarbeid

- Informasjonsutveksling for å avklare om det er grunnlag for samarbeid
- Særlig aktsom dersom en parallelt vurderer flere ulike samarbeidskonstellasjoner enten ved felles bud eller UL
- **Ved gjennomføringen av et prosjektsamarbeid**
 - Begrenses til det som er nødvendig (Eks: Gran & Ekran/Grunnarbeid)
 - Konfidensialitetsavtaler/«chinese walls»
 - «Spill-over effects»
- **Ved anbud generelt**
 - Ikke utveksle informasjon om hverandres tilbud
 - Også ensidig informasjon kan rammes
 - Eks: Icopal/Fløysand: Oversendte informasjon til konkurrent om egne priser ifb med separate innleveringer av tilbud som UL

Compliance – hvordan unngå overtredelser

- **Generelle retningslinjer for konkurrentkontakt**
- **Særlige prosedyrer** for forhåndssamtykke fra ledelsen/jur. avd. *før* samarbeid om felles bud/UL-avtale med en konkurrent
- Forsikre seg om at **den andre parten** gjør det samme
- Ikke utveksle mer informasjon enn nødvendig
- **Betydningen av interne dokumenter**
 - Ski Follo Taxi: «At formålet med selskapenes anbudssamarbeid objektivt sett var å begrense konkurransen, underbygges av de dokumentene som etablerer samarbeidet.»
- Advokatprivilegiet
- Gi en begrunnelse til *tilbudet* hvorfor samarbeid anses nødvendig

Takk for oss!



Thea Susanne Skaug
Advokat
Arntzen de Besche
Mobil: 98 89 45 45
E-post: tss@adeb.no



Siw Linderud
Advokat – EBA
Mobil: 92 01 13 12
E-post: sl@eba.no