

Konkurranseloven og reglene for prosjektsamarbeid



Seminar i regi av NHO 1. februar 2018

Konkurransedirektør Lars Sørگرد



Bakgrunn og formål

- Debatt, særlig innen bygg og anlegg, om når et prosjektsamarbeid er lovlig
 - Prosjektsamarbeid: Samarbeid mellom foretak om enkeltstående prosjekter
- Konkurransetilsynet fikk i juni 2017 medhold i Høyesterett for sin praksis
- Næringslivet opptatt av å få klarhet i hva den dommen innebærer for dem
- Vi ønsker med dette å forklare dagens regel, og dermed gi større forutsigbarhet



Dagens tema

- Presentasjon av konkurranseloven § 10
- Når er prosjektsamarbeid ulovlig?
- Noen utvalgte tema
- Konkurransetilsynets praksis
- Avsluttende merknader

Hvorfor konkurranse er ønskelig

- Uavhengige og selvstendige bedrifter gir potensial for konkurranse om kundene
 - Usikkerhet om hva konkurrentene gjør; senker de prisen, øker de kvaliteten,?
 - Fristende med lave priser/høy kvalitet for å kapre kunder
- Kundene får mulighet for billigere/bedre produkter
- Konkurranse mellom foretak gir bedre ressursbruk og er til gagn for forbrukerne
 - Skaper større 'kake' for samfunnet som helhet

Behovet for å lukke noen dører

- Men foretakene kan oppnå profitt på uheldige måter for samfunnet
 - **Avtale priser, markedsdeling etc. med konkurrentene (§ 10)**
 - Stenge ute brysomme potensielle konkurrenter (§ 11)
 - Kjøpe opp konkurrenter (§ 16)
- Kjøreregler leder konkurransen inn på rett spor
 - Mer fokus på lavere kostnader og nye produkter
- Våre konkurranseregler de samme som i EU
 - Vi følger EUs rettspraksis

Eksempler på tilgjengelig veiledning relevant for prosjektsamarbeid

- Konkurransetilsynets veileder for prosjektsamarbeid:
http://www.konkurransetilsynet.no/globalassets/vedtak-og-uttalelser/veiledninger/2014/prosjektveileder_-2014.pdf
- EU-kommisjonens retningslinje for horisontalt samarbeid:
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)
- Konkurrensverkets veileder (Sverige):
<http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/om-konkurrensreglerna/samarbete-som-begransar-konkurrensen/vagledning-for-samarbeten/vagledning--samarbete-i-upphandlingar/>
- Konkurrence- og Forbrukerstyrelsens veileder (DK): Under arbeid
- Advokater og bransjeorganisasjoner, eksempelvis NHOs veileder «Konkurranseloven og prosjektsamarbeid»:
<https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/samarbeid13.pdf>



Konkurranseloven § 10:

– Hva er ulovlig samarbeid?

- Samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen
- *Formålsovertredelser* (mest alvorlig overtredelse):
 - Markedsdeling – områder og kunder
 - Prissamarbeid
 - Utveksling av konkurransesensitiv informasjon
 - Begrensning av produksjon eller salg
- Beviskravet for å ilegge gebyr for brudd på § 10 er «klar sannsynlighetsovervekt»
- Vi følger EUs rettspraksis

Ikke alt samarbeid er ulovlig

- Hvis ikke formålsovertredelse, må det foretas en *virkningsanalyse*
- Eksempler på samarbeid som *kan* være lov:
 - Forskning og utvikling
 - Produksjonssamarbeid
 - Innkjøpssamarbeid
 - Salgssamarbeid
 - Standardiseringsavtaler
- Det sentrale spørsmålet som må besvares:
 - *Vil samarbeidet komme kundene til gode?*
- Se EUs retningslinje for horisontalt samarbeid

Prioritering

- Konkurransetilsynet må prioritere mellom ulike saker
- Av relevans for den enkelte bedrift å vite hva vi vil prioritere å forfølge
- Hva vi vil prioritere:
 - En sak der samarbeidet typisk er klart egnet til å skade konkurransen og kundene
- Hva vi typisk ikke vil prioritere:
 - En sak hvor det er gode grunner til å tro at samarbeidet kommer kundene til gode



Veiledning av Konkurransetilsynet

- Konkurranseloven er basert på et forbudsprinsipp
 - Opp til foretakene selv å sørge for lovlydig adferd
- Konkurransetilsynet veileder om regelverket
 - Skriftlige uttalelser
 - Møter
 - Telefonsamtaler
 - Foredragsvirksomhet
 - Informasjon på tilsynets hjemmeside
- Konkurransetilsynet gir ikke forhåndsgodkjenning
 - Selskapet gjør selv den vurderingen

Dagens tema

- Presentasjon av konkurranseloven § 10
- **Når er prosjektsamarbeid ulovlig?**
- Noen utvalgte tema
- Konkurransetilsynets praksis
- Avsluttende merknader

Hva er et prosjektsamarbeid?

- Prosjektsamarbeid en form for anbudssamarbeid
- Prosjektsamarbeid:
 - Et horisontalt eller vertikalt samarbeid mellom uavhengige foretak hvor det inngis felles tilbud på hele eller deler av et prosjekt
- Kan virke konkurransebegrensende:
 - Kan redusere antallet faktiske eller potensielle tilbydere
 - Konkurransepresset fjernes
 - Vurderes etter konkurranseloven § 10 første ledd
- Effektivitetsgevinster:
 - Et prosjektsamarbeid kan generere effektivitetsgevinster som overstiger de negative virkningene (kundene tjener på det)
 - Vurderes konkret etter § 10, 3. ledd
 - Høy terskel

Prosjektsamarbeid forts.

- Partenes subjektive formål – deres hensikt – ikke avgjørende
 - I stedet fokus på objektive fakta
- Eksempel: Leverer tilbud?
 - Det sentrale er om du *kunne* levert tilbud, ikke om du faktisk sier at du ville/ikke ville gjort det
 - Følgelig ikke avgjørende om du sier at uten samarbeid ville du ikke levert tilbud
 - Vil betrakte din mulighet til å levere tilbud (se senere)
- Åpenhet ikke av betydning for konkurranseskaden
 - Kan være en alvorlig overtredelse (formålsovertredelse) selv om prosjektsamarbeidet skjer åpent

Prosjektsamarbeid ved anbud

- Anbud benyttes når kjøperen ønsker konkurranse
 - Kjøpere ønsker at selgerne skal konkurrere, på blant annet pris, og derfor utlyser de en anbudskonkurranse
- Hvis selgere samarbeider om pris ved anbud, vil det undergrave grunnideen med anbud
 - Et prosjektsamarbeid eliminerer usikkerheten om konkurrentens valg
 - Samarbeider om sentralt konkurranseparameter
- God grunn ut fra en økonomisk vurdering å forby konkurrenter å samarbeide om pris ved anbud
 - Ikke nødvendig å vurdere virkning
 - En *formålsovertredelse*

Vanskelig regel om prosjektsamarbeid?

- Hvis en skal ha en *enkel* regel, kun to muligheter (ytterpunktene):

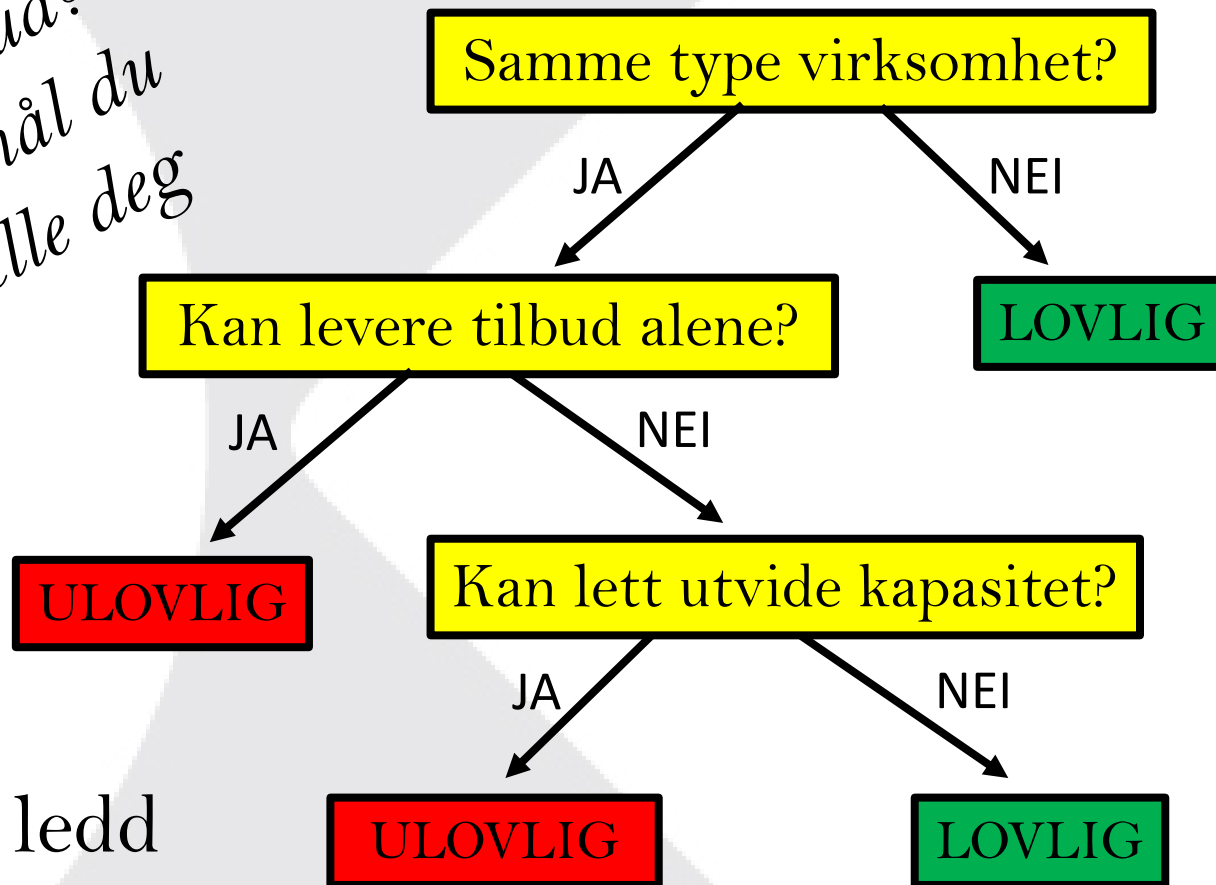


Gitt at vi ønsker en mellomløsning, vanskelig å tenke seg noe enklere enn dagens regel:

- *Hvis to selskaper hver for seg kan by på en kontrakt, kan de i utgangspunktet ikke samarbeide om pris i et anbud*

Ulovlig i utgangspunktet?

*Kan vi levere felles tilbud?
- Spørsmål du bør stille deg*



§ 10, 1. ledd

Effektivitetsforsvar:

Snu det fra ulovlig til lovlig?

- Selv om forbudt i utgangspunktet (§ 10, 1. ledd), kan det allikevel være lovlig (§ 10, 3. ledd)
- Det kalles et *effektivitetsforsvar*
 - Konkret vurdering
 - Høy terskel for å snu et **formålsvedtak**
- Tenk særlig på følgende når du gjør din vurdering:
 - *Vil dette samarbeidet komme kundene til gode?*

Mer om effektivitetsforsvaret

- Partene må vurdere effektivitetsgevinster *før* samarbeidet inngås
 - Situasjonen på det tidspunktet avgjør om det er ulovlig eller ikke
- Effektivitetsgevinster må dokumenteres
 - Sørg for å ha nedtegnet dine vurderinger på tidspunktet du inngår samarbeidet
- *Foretakene* må bevise at eventuelle effektivitetsgevinster oppveier for *skaden* (§ 10, 3.ledd)

Vurdering av evt. gevinst

Fire vilkår som alle må oppfylles:

1. Er det en gevinst ved å samarbeide?
 - Hva er problemet du skal løse?
 - Redusert risiko er sjeldent nok (se senere)
2. Kommer gevinsten kunden til gode?
3. Samarbeidet kan ikke gjøres mindre konkurranseskadelig?
 - Samarbeide med en som ligner mindre på deg selv?
 - Bruk så få bedrifter som mulig
4. Forventer du at det er få andre leverandører?

Hva dersom tettere samarbeid?

- Opprettelse av *fellesforetak* kan bety at en vurderer samarbeid under fusjonskontrollen
 - På varig grunnlag ivaretar *alle funksjoner* som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet
- Hvis ikke under fusjonskontrollen, en vurdering opp mot § 10
- Ulike enheter i et konsern kan fritt samarbeide
 - Konkurranseloven kommer ikke til anvendelse innenfor et konsern

Merkbarhet

- Juridisk begrep:
 - *Hvis samarbeid lite merkbart, kan det bety at det er lov*
- Har det noe å si at det er samarbeid mellom små eller få bedrifter?
 - Nei, merkbarhetskravet normalt oppfylt ved formålsovertredelser
 - Bagatellmeddelelsen gjelder ikke
- Har det noe å si at det er mange foretak som kan tenkes å gi tilbud på oppdraget?
 - Ikke i utgangspunktet (§10, 1. ledd), da antall aktører vil typisk høre til en virkningsvurdering
 - Men relevant for vurderingen av effektivitetsgevinsten

Dagens tema

- Presentasjon av konkurranseloven § 10
- Når er prosjektsamarbeid ulovlig?
- **Noen utvalgte tema**
- Konkurransetilsynets praksis
- Avsluttende merknader

Er dere konkurrenter?

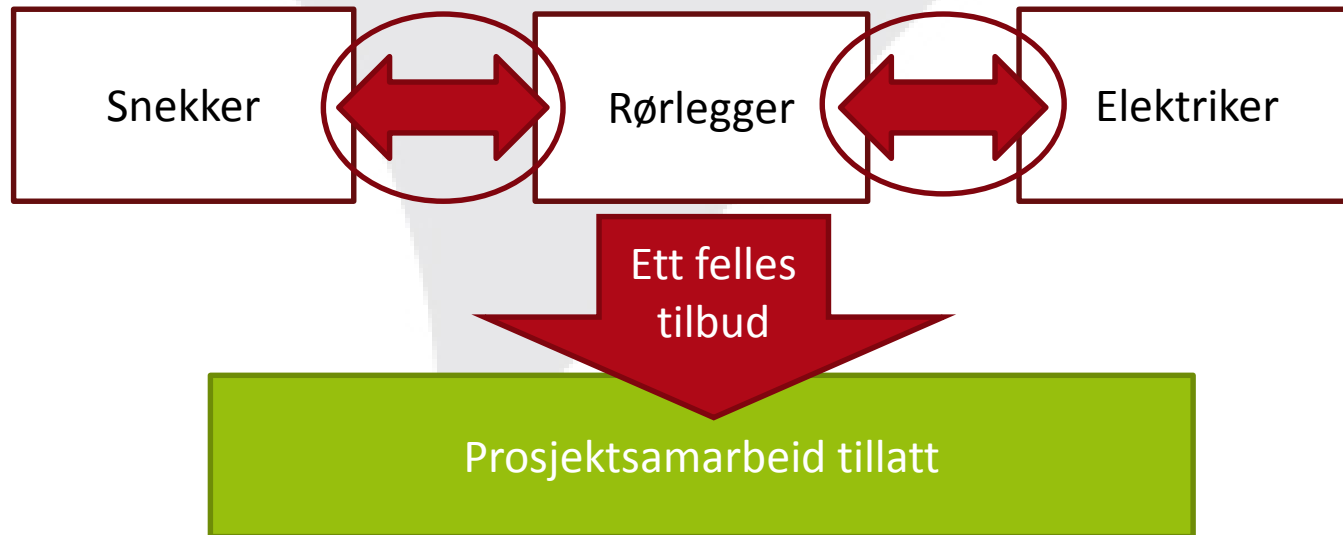
- *Faktiske* konkurrenter:
 - Begge kan alene by på samme kontrakten
 - Eks.: To uavhengige foretak som begge er aktive i det samme markedet (to rørleggere i kommune A)
- *Potensielle* konkurrenter:
 - Dere kan ikke i dag alene by på samme kontrakt, men kan enkelt utvide kapasiteten slik at dere kan by
 - Må være mer enn en teoretisk mulighet
 - Det er objektiv evne, ikke vilje, som er avgjørende
- Begrepet konkurrenter innbefatter faktiske og potensielle konkurrenter

Momenter ved vurderingen av om faktisk eller potensiell konkurrent

Vår veileder avsnitt 39:

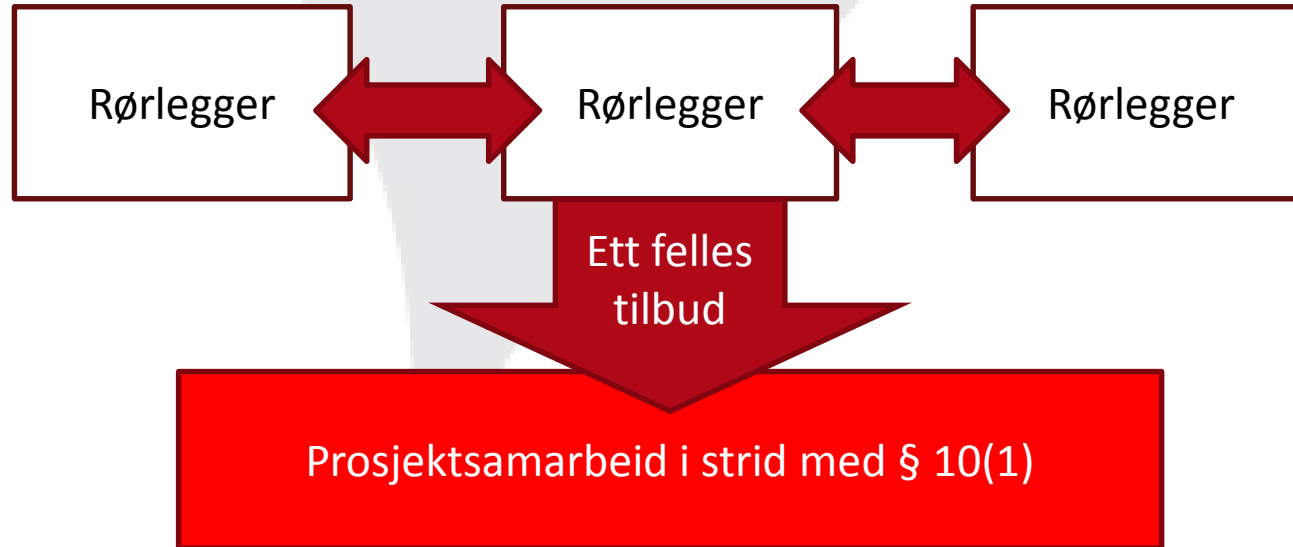
- Foretakenes ressurser, sett opp mot prosjektets karakter og størrelse
 - Eksisterende personell
 - Teknisk utstyr
 - Teknologi
 - Geografisk tilstedeværelse
 - Mulighet til å tilegne seg manglende kapasitet og kompetanse
 - Regulatoriske forhold som kan hindre

Lovlig prosjektsamarbeid: Ikke konkurrenter



- Dere er ikke konkurrenter
 - Er ikke i det samme marked
- Dere utfyller hverandre, i stedet for å overlappe
 - Se vår veileder avsnitt 36 og NHOs veileder avsnitt 7.2

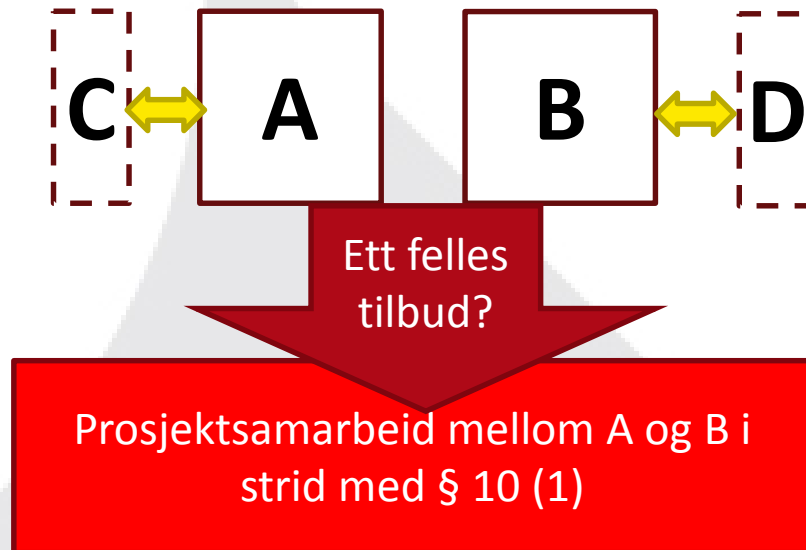
Ulovlig prosjektsamarbeid: Faktiske konkurrenter



- Antar at dere er konkurrenter (kan levere alene)
 - jf. vår veileder avsnitt 36 og NHOs veileder avsnitt 9
- Dere kan i stor grad tilby det samme (stor grad av overlapp)

Ulovlig prosjektsamarbeid: Potensielle konkurrenter

- Hverken A eller B kan levere alene
- Men kan levere tilbud med en begrenset utvidelse av kapasitet eller innleie



C og D er ikke konkurrenter, men tilbyr en nødvendig innsatsfaktor for at A og/eller B skal kunne levere tilbud.

Kapasitetsvurdering

- Se hva som kreves i konkurransegrunnlaget
 - Stilles det her for eksempel krav til økonomiske ressurser, maskiner, medarbeidere eller teknologi?
- *Reell kapasitet* er det som er avgjørende
 - Alltid konkret vurdering
 - Kapasitet som er bundet opp i allerede inngåtte avtaler trekkes fra
 - Forventning/ønske om andre oppgaver i fremtiden er ikke kapasitet som er bundet opp
 - I helt særlige tilfeller kan faste tilbakevendende oppdrag i fremtiden trekkes fra

Kapasitetsvurdering forts.

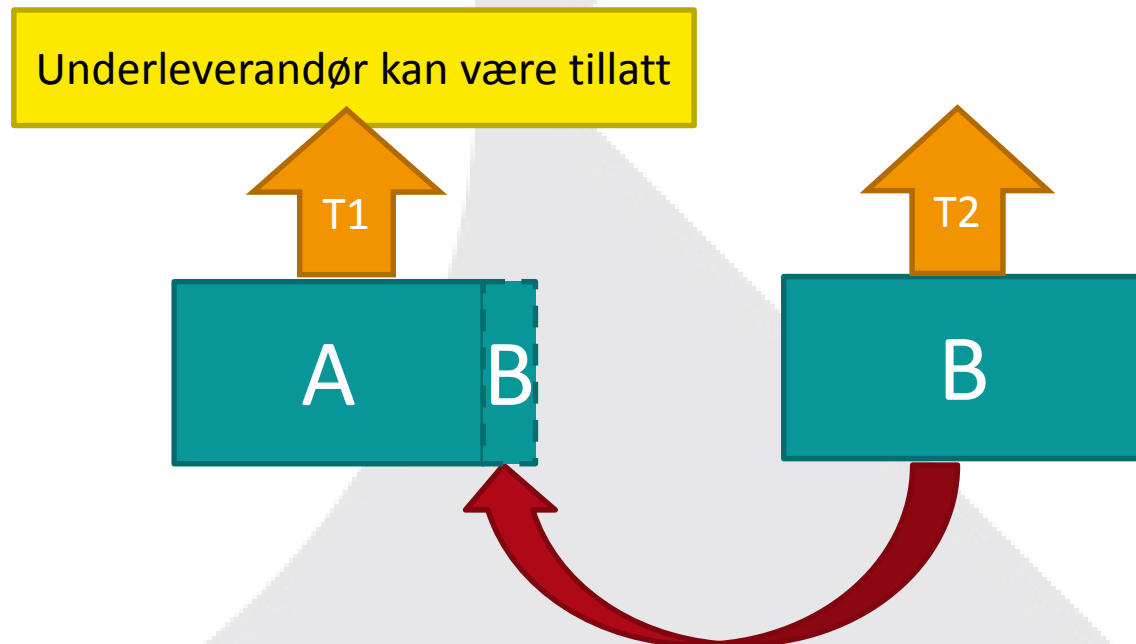
- Er det enkelt å utvide kapasiteten eller å leie inn?
 - Hvis ja, kan en levere tilbud alene
- Foretaket må være forberedt på å kunne dokumentere evt. ressursbegrensninger
 - Fornuftig å ha skriftlig dokumentasjon av reell kapasitet på tidspunkt for anbud
- Kan være relevant å dra veksler på ressurser i andre deler av konsernets virksomhet
 - Kapasitet i andre deler av samme konsern, eller i foretak som aktørene kontrollerer
 - En konkret vurdering av hvor lett det er å ta i bruk denne kapasiteten i denne kontrakten

Bruk av underleverandører

- Kan være helt OK
 - Eks.: Underleveranse betyr at du får kapasitet til å levere eget tilbud
- Men kan bli ulovlig dersom du går for langt i omfanget
 - To foretak kan levere alene, men inngår gjensidig avtale om underleveranser
 - Kan redusere ønsket om å tilby lav pris, da selv ved eget tap får en betydelig del av kontrakten
- En konkret vurdering

En begrenset underleveranse

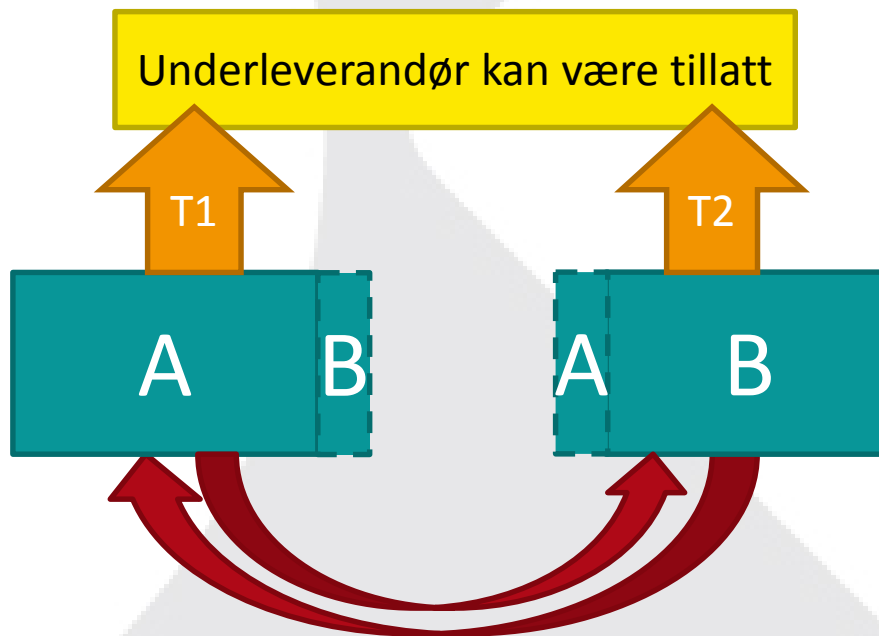
- Må ikke innebære prisfastsettelse, produksjonsbegrensning eller fordeling av markeder eller kunder
 - Jf. EU horisontale retningslinjer avsnitt 160
- Må være oppmerksom på mulig ulovlig informasjonsutveksling ved avklaring av underleverandørforhold
 - Jf. vår veileder avsnitt 56 flg.



A er potensiell konkurrent, da de kan kjøpe enkelttjenester de selv mangler av B (som kan levere selvstendig)

Underleverandørforhold i form av flere tilbud

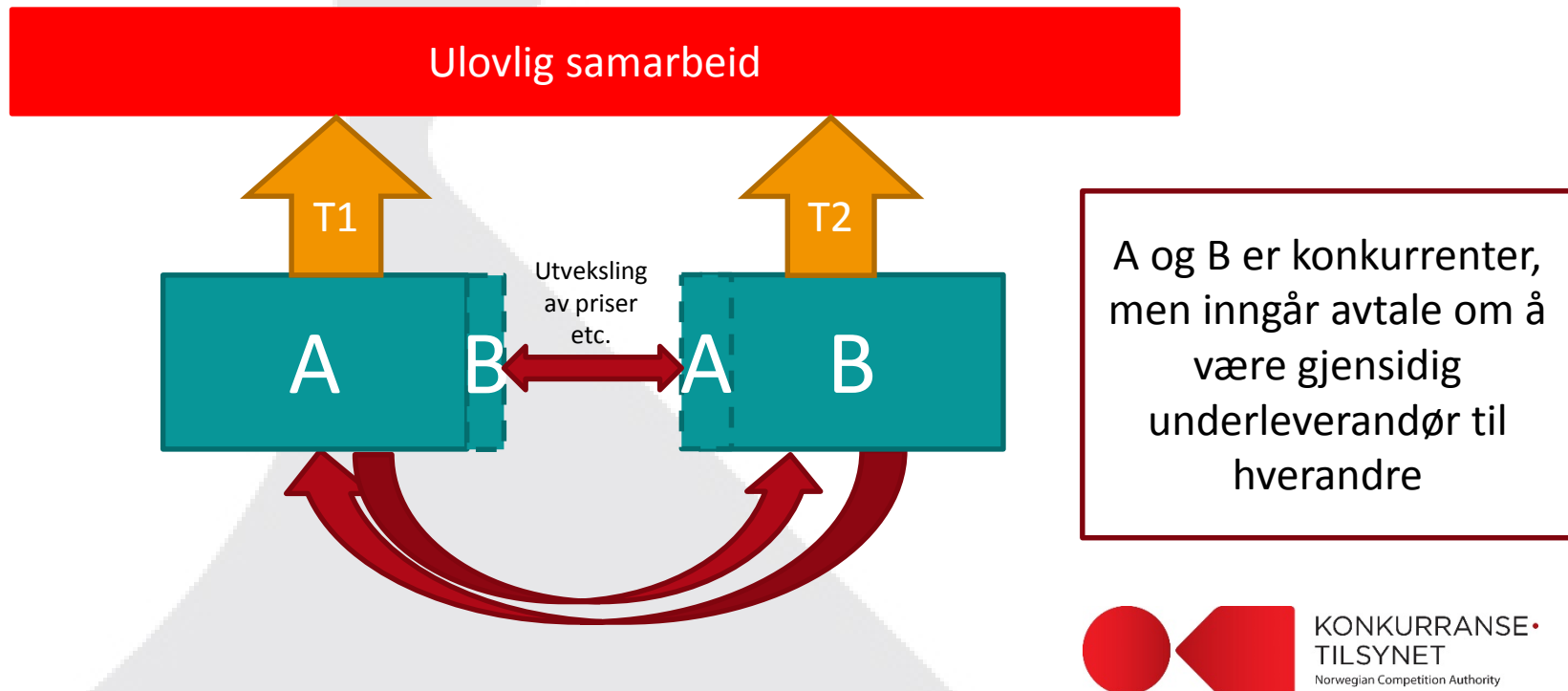
- Må ikke innebære prisfastsettelse, produksjonsbegrensning eller fordeling av markeder eller kunder
 - Jf. EU horisontale retningslinjer avsnitt 160
- Må være oppmerksom på mulig ulovlig informasjonsutveksling ved avklaring av underleverandørforhold
 - Jf. vår veileder avsnitt 56 flg



A og B er potensielle konkurrenter, men inngår avtale om å være gjensidig underleverandør til hverandre

Samarbeid under dekke av underleverandørforhold

- Hvis for eksempel fiktive bud etter forutgående kontakt vil det være i strid med loven, jf. vår veileder avsnitt 59 flg.
- Se Gran Ekran-saken, hvor det ble gitt fiktive bud som skapte inntrykk av konkurranse



Samarbeid for å spre risiko

- En aktør har flere tilbud ute, og er i tvil om de skal levere enda et tilbud
 - Kan stå i fare for å overbooke
 - Men ønsker å spre risiko (ikke «alle eggene i en kurv»)
- Utgangspunktet er at risiko er en del av det enkelte foretaks egen vurdering
 - Selvstendig ansvar og del av konkurransen å velge sin risikoprofil
 - Risikospredning følgelig ikke et argument for å inngå samarbeid som ellers er ulovlig
- Reduksjon av risiko kan imidlertid være en del av effektivitetsforsvaret
 - *Spørsmål: Kommer det kundene til gode?*

Eks. på risikovurdering

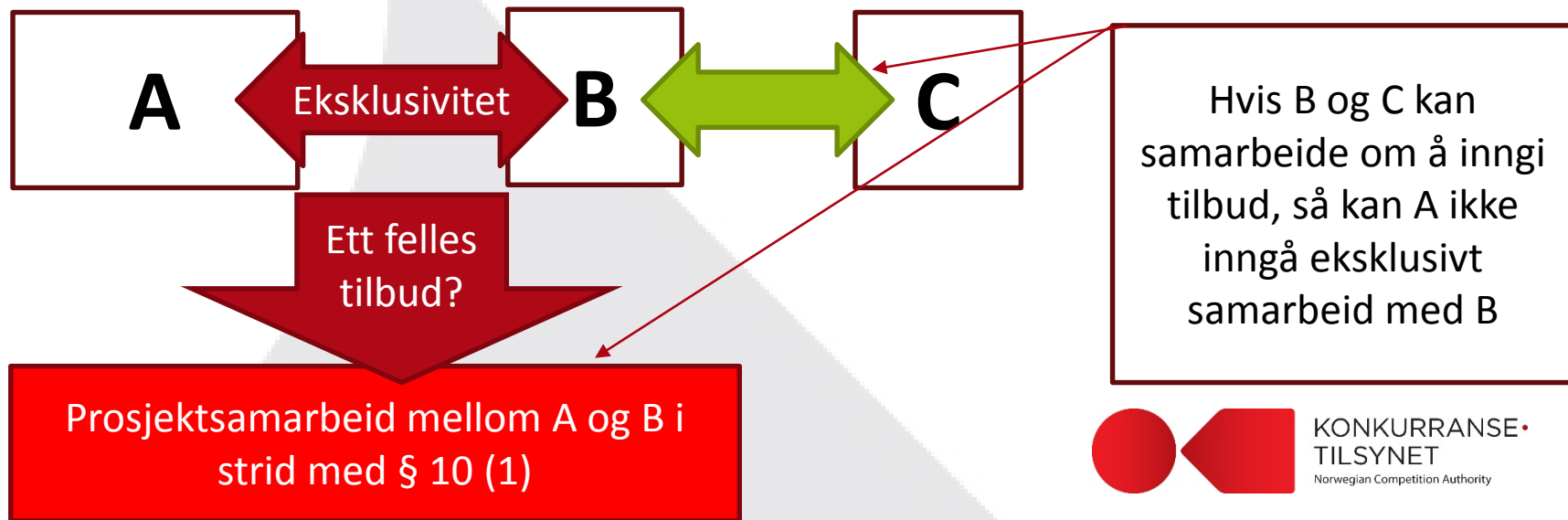
- Sak IV/32.688 - *Konsortium ECR 900*: Lov å samarbeide
 - En sak med stor risiko
 - Partene kunne ikke løfte prosjektet individuelt/ ikke var å anse som konkurrenter
 - Samarbeid om GSM-system
 - Felles utvikling, fremstilling og salg som dekket hele Europa
 - Kort tidsfrist, meget store utviklingskostnader over kort tidsrom
 - Objektivt sett kunne ingen av partene båret den finansielle risikoen
- Dansk Vejmarkerings Konsortium: Ikke lov å samarbeide
 - Risiko for å ikke vinne hvis en byr alene kan ikke begrunne at to eller flere foretak samarbeider

Samarbeide med hvem?

- Hvis du kan utføre alene, kan du samarbeide med en som ikke kan utføre alene
 - Men det finnes noen viktige unntak, hvilket betyr at det må foretas en konkret vurdering
- Det kan være ulovlig hvis
 - Du blokkerer for en annen konstellasjon som kunne sammen gitt tilbud (se neste slide)
 - Dette samarbeidet skjer regelmessig, og det betyr at det andre foretaket ikke utvikler sine aktiviteter
 - Se NHOs veileder avsnitt 7.4

Et eks.: Blokkerer for annet tilbud

- Et marked med kun tre entreprenører
 - Jf. vår veileder avsnitt 43 flg.
- Kun A kan utføre alene, B og C ikke kapasitet
- Kan A inngå eksklusivt samarbeid med B?

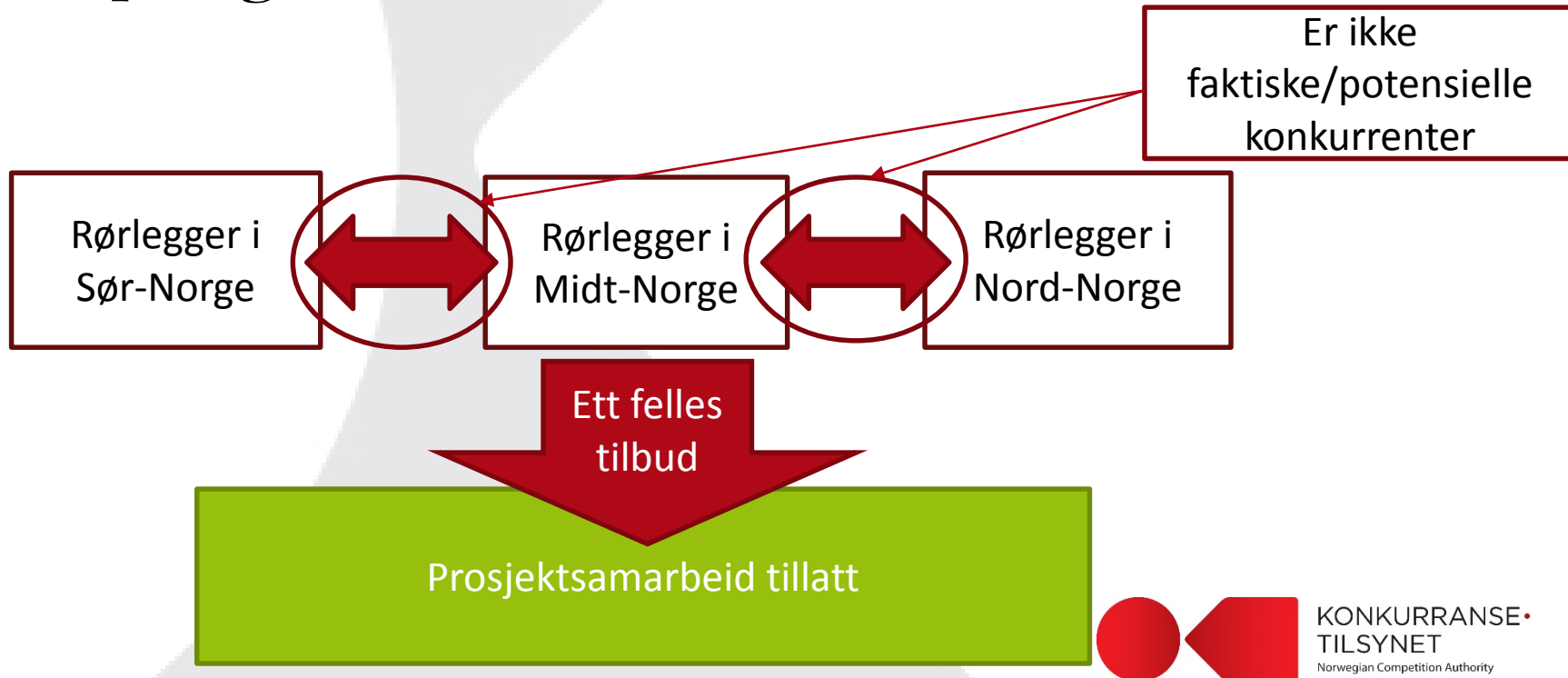


Deloppdrag vs totaloppdrag

- Hvis kun totaloppdrag (eks.: nasjonalt oppdrag) og to foretak ikke kan levere, lovlig å samarbeide
 - Dette vil gjelde selv om de er konkurrenter i et lokalt marked
- Men hvis oppdraget splittes opp og hver av dem kan gi tilbud på deloppdrag:
 - Kan ikke samarbeide på deloppdrag
 - Kan da heller ikke samarbeide på totaloppdrag
- Oppdragsgiver viktig rolle i utforming av anbud
 - Benytte deloppdrag?

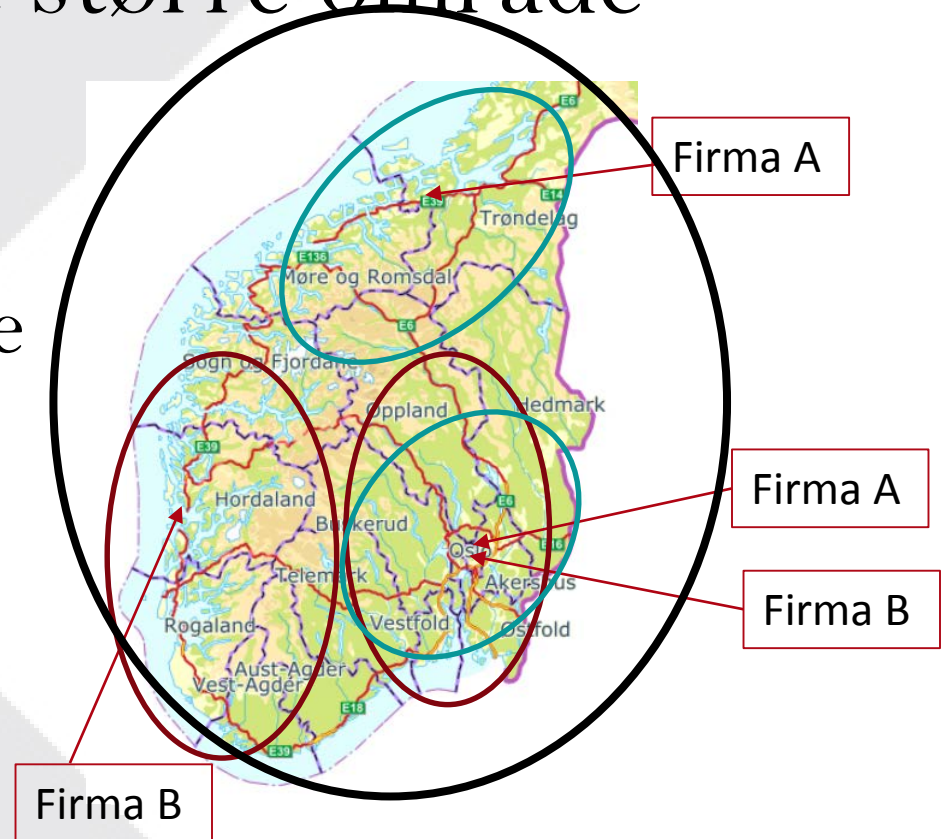
Eks.: Kun totaloppdrag

En landsdekkende avtale ingen av aktørene kan løfte på egen hånd

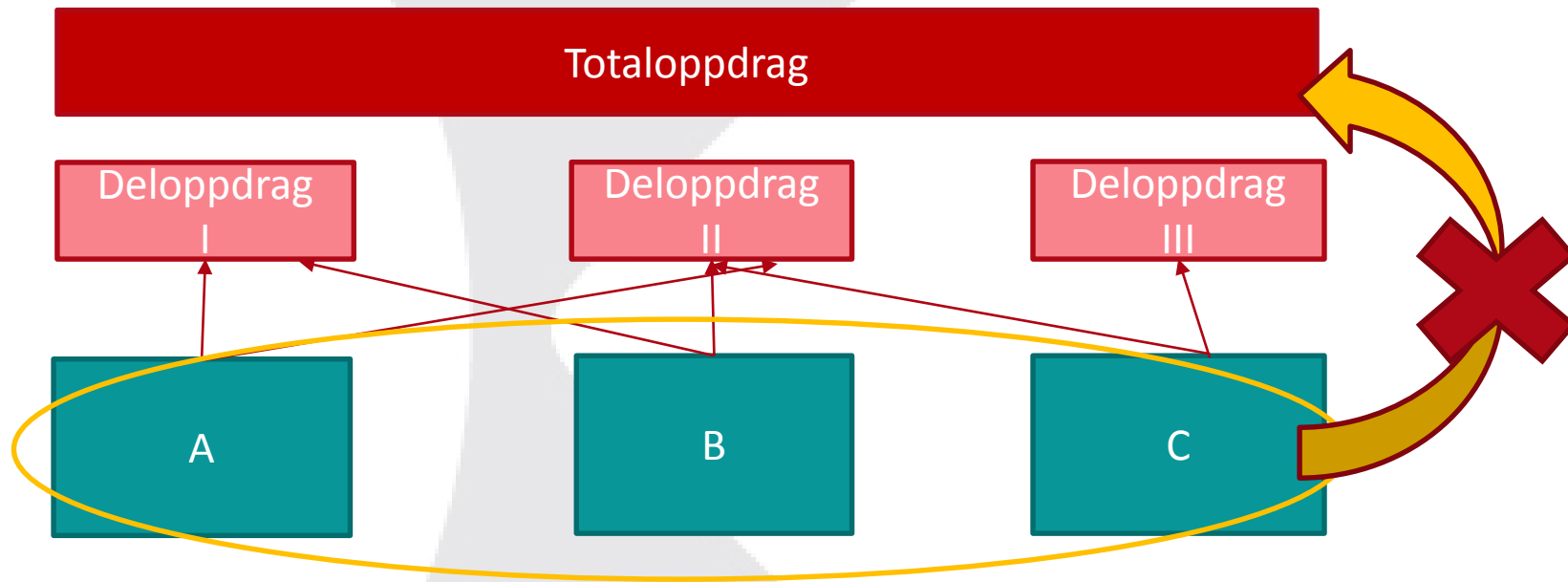


Konkurrenter lokalt, men kan ikke levere til et større område

Aktører som er konkurrenter på lokale kontrakter kan inngå prosjektsamarbeid på et totaloppdrag for Sør-Norge



Prosjektsamarbeid når man kan inngi tilbud på enten total- eller deloppdrag



Hvis aktørene har kapasitet til å inngi tilbud på deloppdrag, så..

..kan de ikke inngi felles tilbud på totaloppdrag

Dagens tema

- Presentasjon av konkurranseloven § 10
- Når er prosjektsamarbeid ulovlig?
- Noen utvalgte tema
- **Konkurransetilsynets praksis**
- Avsluttende merknader

Konkurransetilsynets praksis

- De fire mest relevante vedtakene:
 - El Proffen (V-2017-21)*
 - Ski Taxi (V2011-12 og HR-2017-1229-A)
 - Slam (V-2016-7)*
 - Gran Ekran (V-2009-17 og HR-2012-01942-A)
- Partene hevdet det er lovlig prosjektsamarbeid
- Konkurransetilsynet vurderte at partene kunne inngi selvstendige tilbud:
 - Ulovlig anbudssamarbeid mellom konkurrenter;
prissamarbeid og informasjonsutveksling
 - Effektivitetsgevinster **ikke** oppfylt

*Ikke rettskraftige

El Proffen-saken

- Våren 2014 lyste Undervisningsbygg i Oslo ut 4-6 parallelle rammeavtaler
- El Proffen/EP Contracting initierte og organiserte samarbeidet mellom de fem konkurrerende medlemsbedriftene
- Fem konkurrenter leverte identiske priser i konkurransen
 - To av dem leverte også egne tilbud med lavere priser
- De var åpne om samarbeidet overfor oppdragsgiver
 - Undervisningsbygg reagerte på samarbeidet, og avviste tilbudene og varslet Konkurransetilsynet
- Konkurransetilsynet fant at partene kunne levere selvstendig
 - Leie inn, omrokkere/tilpasse, kompetanse, kapasitet, takke nei til oppdrag i rammeavtalen etc

Ski Taxi-saken

- To taxiselskap (Ski Taxi og Follo Taxi) leverte felles tilbud
- To anbudskonkurranser utlyst av Oslo Universitetssykehus
 - Pasientreiser i Follo-området i 2011
- Ingen krav fra oppdragsgiver mht kapasitet
 - Begge kunne levert egne tilbud
- Konkurransetilsynet fattet vedtak om ulovlig samarbeid
- Opprettholdt av Høyesterett i 2017

Slam-saken

- Anbudskonkurranse utlyst av Bergen Vann KF i juni 2014
 - Utkjøring, behandling og slutthåndtering av slam fra fire kloakkrenseanlegg i Bergen kommune
- Konkurransetilsynet fant at de to partene kunne ha levert individuelle bud
 - De var derfor konkurrenter i anbudskonkurransen
- Partene var de eneste aktørene som var prekvalifiserte til å inngi tilbud i anbudskonkurransen
- Partene kunne derfor fastsette prisen uten nevneverdig risiko for å tape anbudskonkurransen

Gran Ekran-saken

- Samarbeidet om anbudskonkurranse for rehabilitering av fem broer i Nord-Trøndelag i 2007
- Grunnarbeid AS og Gran & Ekran AS utvekslet priser og annen informasjon før de innga hvert sitt tilbud
- Gjensidige underleverandører
 - Felles forståelse om hvem som skulle ha det beste tilbudet

Høyesterett uttalte at: *«...de to selskapenes samordning fullstendig undergravde det sentrale formål ved tradisjonell anbudsutlysning; mest mulig effektiv konkurranse»*

Dagens tema

- Presentasjon av konkurranseloven § 10
- Når er prosjektsamarbeid ulovlig?
- Noen utvalgte tema
- Konkurransetilsynets praksis
- **Avsluttende merknader**

Kort fortalt om regelen

- Ski Taxi-dommen har gitt viktige avklaringer
 - Riktig resultat både rettslig og økonomisk sett
 - I tråd med rettspraksis i EU
- Regelen er klar – en formålsovertredelse
 - I utgangspunktet er det forbudt for konkurrenter å samarbeide om pris i et anbud
- Foretaket har mulighet for et effektivitetsforsvar
 - Må selv dokumentere gevinstene ved samarbeid
 - Høy terskel for å snu det til lovlig samarbeid

Så – hva kan jeg gjøre?

Sjekk ut om du kan levere alene

- Hvis du **ikke kan** levere alene, kan du samarbeide med en annen som ikke kan levere alene
- Hvis du **kan** levere alene, kan du likevel samarbeide
 - Med en som ikke kan levere selv, og dersom det ikke blokkerer et annet alternativ
 - Med en som kan levere selv, gitt at dere kan vise til gevinster som kommer kundene til gode