



IcopalTak AS
Postboks 55
1477 FJELLHAMAR

Deres ref.:

Vår ref.: 2010/158
MAB ANMA 432.0

Dato: 30.06.2011

Vedtak V2011-11 - IcopalTak AS - Fløysand Tak AS - konkurranseloven § 29 jf. § 10 – vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr

1 Innledning

- (1) Det vises til Konkurransetilsynets varsel om vedtak 22. februar 2011 (heretter "varselet"), samt øvrig korrespondanse i anledning saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at IcopalTak AS (heretter "IcopalTak") og Fløysand Tak AS (heretter "Fløysand Tak") sin opptreden forut for inngivelse av tilbud i anbudskonkurransen om taktekkning på prosjektet Sjef Kysteskadren ("SJKE") på Håkonsvern (heretter kalt "Håkonsvern SJKE") sommeren 2008, utgjorde en samordnet opptreden i strid med konkurranseloven¹ § 10.
- (3) Samordningen bestod i at Fløysand Tak, to dager før tilbudsfristen, oversendte en e-post til konkurrenten IcopalTak inneholdende et vedlegg med en prisoppstilling over enhetspriser og totalpris for arbeid på Håkonsvern SJKE. E-posten ble skrevet ut av IcopalTak, og er gjenfunnet i deres prosjektmappe for samme oppdrag. Da IcopalTak innga sitt tilbud var foretaket således kjent med konkurrentens prisvurderinger gjort to dager før anbudsfristen. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at overtredelsen er å anse som en formålsrestriksjon i henhold til konkurranseloven § 10.
- (4) Basert på ovennevnte har Konkurransetilsynet i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 10 besluttet å ilegge Fløysand Tak et overtredelsesgebyr på 350 000 kroner, og IcopalTak et overtredelsesgebyr på 1 200 000 kroner. Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 31, jf. §§ 29 og 10, samt forskrift om overtredelsesgebyr² § 4, besluttet å innvilge hel lempning av overtredelsesgebyret overfor IcopalTak.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om partene

2.1.1 Icopal Tak AS

- (5) IcopalTak³ er en landsdekkende taktekkingsentreprenør, med avdelinger som dekker Østlandet, Vestlandet, Sørlandet og Trøndelag. Selskapet hadde i 2008 en omsetning på 434 millioner kroner og i 2009 på 321 millioner kroner.⁴ Kjetil Eggen er daglig leder i IcopalTak og Lars Næss er styreformann i selskapet.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

² Forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

³ Organisasjonsnummer 984834683, forretningsadresse Fjellhamarveien 52, 1472 Fjellhamar.

⁴ Jf. tall innhentet fra IcopalTaks årsregnskap for 2008 og 2009 fra Brønnøysundregistrene.

- (6) IcopalTak hadde tidligere et avdelingskontor i Bergen, men dette ble avviklet sommeren 2010. Omsetningen for Bergensavdelingen var på ca. 44 millioner kroner i 2008 og ca. 28 millioner kroner i 2009.⁵ Avdelingen leverte taktekkings tjenester hovedsakelig i Bergensområdet. Ved avdelingskontoret var det 33 ansatte.
- (7) IcopalTak eies av Icopal Holding AS, som igjen eies av Icopal Norge AS⁶ (heretter "Icopal Norge"). Icopal Norge utvikler, produserer og markedsfører byggevarer som tak, takrenner, piper, grunnplater med mer for boliger, bygg og anlegg. Lars Næss er konserndirektør i Icopal Norge og Miguel Kohlmann er styreleder.
- (8) Icopal Norge eies av det danske konsernet Icopal Danmark A/S, som har hovedkontor i København. Konsernet har ifølge konsernets hjemmesider en totalomsetning på ca. 1 milliard euro. Konsernet har mer enn 90 kontorer i Europa, Nord-Amerika og Asia og har omtrent 3800 ansatte.

2.1.2 Fløysand Tak AS

- (9) Fløysand Tak⁷ ble stiftet i 2008⁸. Selskapet driver med tak- og membrantekking, og hadde i 2008 og 2009 en omsetning på henholdsvis 14,3 millioner kroner og 27,6 millioner kroner.⁹ Hovedaksjonær, styreleder og daglig leder er Gudmund Fløysand.
- (10) Gudmund Fløysand eier 55 prosent av aksjene i selskapet, Knut Olai Ekerhovd eier 20 prosent, og de resterende 15 prosentene eies av Jan Tore Grindheim.

2.2 Konkurransetilsynets saksbehandling

2.2.1 Lempnings søknaden

- (11) På forespørsel fra IcopalTak ble det avholdt et møte mellom IcopalTak og Konkurransetilsynet 19. februar 2010. Tilstede var konserndirektør i Icopal Norge AS og styreformann i IcopalTak, Lars Næss, sammen med advokatene Beret Sundet og Catharina Bartnes fra Advokatfirmaet Bugge Arentz-Hansen & Rasmussen (heretter "BA-HR"). På vegne av IcopalTak ble det fremsatt anmodning om lempning av overtredelsesgebyr med hjemmel i konkurranseloven § 31 og forskrift om overtredelsesgebyr § 4, jf. § 8.
- (12) Vedlagt lempnings søknaden fulgte flere dokumenter, hovedsakelig e-postkorrespondanse mellom IcopalTak og Fløysand Tak med forretningsmessig innhold. De nevnte e-postene var utvekslet mellom Geir Ole Norvald Skogvang, som på det aktuelle tidspunktet var ansatt som avdelingsleder i IcopalTak, og Gudmund Fløysand i Fløysand Tak.
- (13) IcopalTak ble i brev 19. mars 2010 underrettet om at hel lempning ville bli gitt under forutsetning av at IcopalTak og øvrige foretak i samme konsern, opptrådte i overensstemmelse med de krav som forskrift om overtredelsesgebyr § 4 annet ledd, bokstav a til c oppstiller.

2.2.2 Konkurransetilsynets videre saksbehandling

- (14) Med bakgrunn i lempnings søknaden fremsatte Konkurransetilsynet 4. mars 2010 begjæring for Bergen tingrett om adgang til å foreta bevissikring etter konkurranseloven § 25. Ved Bergen tingretts beslutning samme dag fikk Konkurransetilsynet tillatelse til å gjennomføre slik bevissikring hos foretakene IcopalTak, Fløysand Tak, Fløysand Blikk AS, Fløysand Consulting AS (heretter "Fløysand Consulting") og Protan Tak AS (heretter "Protan Tak"), samt Gudmund Fløysands private bolig.
- (15) Det ble gjennomført bevissikring hos Fløysand Tak, Fløysand Consulting, IcopalTak, Protan Tak og Gudmund Fløysands bolig 22. mars 2010. Under bevissikringen ble det tatt beslag i dokumenter og elektronisk lagret materiale. I forbindelse med bevissikringen hos IcopalTak ble det for øvrig gjennomført forklaringsopptak av avdelingsleder Simon Ravn, serviceansvarlig Espen Torsand og tidligere ansatt i IcopalTak, Kristian Bårdtvedt. Hos Fløysand Tak ble det gjennomført forklaringsopptak av daglig leder Gudmund Fløysand og selger Geir Skogvang i

⁵ Omsetningstallene er hentet fra lempnings søknad fra IcopalTak AS 19. februar 2010.

⁶ Organisasjonsnummer 991315217, forretningsadresse Fjellhamarveien 52, 1477 Fjellhamar.

⁷ Organisasjonsnummer 892289522, forretningsadresse Industriveien 63, 5200 Os.

⁸ Fløysand Tak ble kjøpt opp av IcopalTak i 2000, og i 2008 stiftet Gudmund Fløysand et nytt selskap med samme navn.

⁹ Jf. Fløysand Taks årsregnskap for 2008 og 2009, innhentet fra Brønnøysundregistrene.

Fløysand Consulting. Det ble i tillegg gjennomført forklaringsopptak av Simon Ravn 25. mars 2010 og Kristian Bårdtvedt 14. april 2010.

- (16) Det ble videre gjennomført ytterligere forklaringsopptak av Geir Skogvang og Gudmund Fløysand 15. september 2010. I tillegg ble det 1. oktober 2010 foretatt forklaringsopptak av Arne Vallestad i Protan Tak.
- (17) Konkurransetilsynet har for øvrig under saksbehandlingen innhentet ytterligere informasjon fra IcopalTak, samt kunder innenfor taktekkingsbransjen, herunder Veidekke AS (heretter "Veidekke") og Skanska AS (heretter "Skanska"). Tilsynet har også innhentet informasjon fra tredjeparter, herunder selskapet Rambøll.
- (18) Saksforholdet omfattet opprinnelig også Protan Tak, men denne delen av saken ble senere besluttet avsluttet.¹⁰
- (19) I henhold til forvaltningsloven¹¹ § 16 ble det 22. februar 2011 sendt varsel til partene om at tilsynet vurderer å treffe vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr i saken. Frist for merknader fra partene ble satt til 5. april 2011. Fristen ble senere forlenget frem til 22. april for IcopalTak og 29. april 2011 for Fløysand Tak.
- (20) Konkurransetilsynet har innen fristen mottatt merknader fra Fløysand Tak ved advokatfullmektig Øystein Sellevold i Wikborg, Rein & Co Advokatfirma. Merknadene, som forøvrig ble gjennomgått og utdypet i møte med tilsynet 14. juni 2011, vil bli nærmere redegjort for under punkt 3.
- (21) Det er ikke innkommet merknader fra IcopalTak.

2.3 Nærmere om sakens faktiske side

2.3.1 Innledning

- (22) Gudmund Fløysand og Geir Skogvang har tidligere vært kollegaer i Fløysand Tak. Fra 2000, da "tidligere" Fløysand Tak ble kjøpt opp av IcopalTak, arbeidet de begge i IcopalTak. I 2008 sluttet Fløysand i IcopalTak for å starte "nye" Fløysand Tak. Meningen var at også Skogvang skulle begynne i det nye selskapet, men han fikk tilbud om annen stilling i IcopalTak og ble værende der frem til han sluttet i desember 2009. Skogvang arbeider i dag som daglig leder i selskapet Fløysand Consulting.
- (23) Det har under beslagsgjennomgangen fremkommet at Fløysand og Skogvang i årene 2008 og 2009 ved flere anledninger har utvekslet e-postkorrespondanse av forretningsmessig karakter. E-postene omfatter blant annet herværende sak knyttet til Forsvarets byggeprosjekt, Håkonsvern SJKE.

2.3.2 Anbudsprosessen for prosjektet Håkonsvern SJKE

- (24) Forsvarsbygg gjennomførte sommeren 2008 en anbudskonkurranse vedrørende Forsvarets nye administrasjonsbygg, Håkonsvern SJKE. I anbudsgrunnlaget oppga Forsvarsbygg nødvendige mengder for de fleste enkeltpostene, hvilket innebar at tilbyderne selv ikke trengte å foreta egne kalkulasjoner av mengde for de aktuelle postene.
- (25) Hovedentreprenører som var interessert i å utføre oppdraget, herunder Veidekke, innhentet priser på deler av totalentreprisen fra aktuelle underleverandører. Veidekke sendte prisforespørsel på taktekking til mulige underleverandører 30. juni 2008, med tilbudsfrist 4. juli 2008, jf. eksempelvis vedlegg 1 og 2.

Vedlegg 1 E-post 30. juni 2008 fra Veidekke til IcopalTak med prisforespørsel

Vedlegg 2 E-post 30. juni 2008 fra Veidekke til Fløysand Tak med prisforespørsel

- (26) Veidekke mottok tilbud på taktekking fra IcopalTak, Fløysand Tak, Protan Tak og AS Takarbeid, jf. vedlegg 3-6.

Vedlegg 3 E-post 4. juli 2008 fra IcopalTak til Veidekke med tilbud

Vedlegg 4 E-post 4. juli fra Fløysand Tak til Veidekke med tilbud

¹⁰ Jf. brev 22. februar 2011 fra Konkurransetilsynet til Protan Tak.

¹¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Vedlegg 5 Brev 30. juni 2008 fra AS Takarbeid til Veidekke med tilbud

Vedlegg 6 Tilbud 5. august 2008 fra Protan Tak til Veidekke

- (27) I Veidekkes tilbud på hovedentreprisen til Forsvarsbygg var prisen på takteking basert på enhetsprisene mottatt fra ovennevnte takentreprenører, jf. e-post 8. november 2010 fra Veidekke til Konkurransetilsynet.

Vedlegg 7 E-post 8. november 2010 fra Veidekke til Konkurransetilsynet

- (28) Veidekke fikk oppdraget som hovedentreprenør for prosjektet, og det ble inngått kontrakt mellom Forsvarsbygg og Veidekke 23. januar 2009.

- (29) Den 10. februar 2009 inviterte Veidekke underentreprenørene (IcopalTak, Fløysand Tak og Protan Tak) til å inngi reviderte tilbud. Dette skyldtes ifølge Veidekke at flere av tilbudene selskapet hadde mottatt sommeren 2008 var av tidsbegrenset varighet. I tillegg var samtlige tilbud inngitt i en periode med høy aktivitet i byggebransjen, noe som hadde betydning for prisnivået. Ifølge Veidekke førte finanskrisen til en generell pris- og aktivitetsnedgang i byggebransjen, jf. e-post 8. november 2010 fra Veidekke til Konkurransetilsynet, vedlegg 7. Fløysand Tak og Protan Tak innga reviderte tilbud, mens IcopalTak opprettholdt sitt første tilbud.

Vedlegg 8 E-post 18. februar 2009 fra Protan Tak til Veidekke med revidert tilbud

Vedlegg 9 E-postkorrespondanse 10. februar 2009 mellom Veidekke og Fløysand Tak med revidert pris

- (30) Veidekke ba også om tilbud på takteking fra andre takentreprenører, herunder Tore Vågenes AS.

Vedlegg 10 Brev 10. februar 2009 fra Tore Vågenes AS til Veidekke med tilbud

- (31) Veidekke vurderte tilbudet fra AS Takarbeid som useriøst og forkastet dette i den videre prosessen, jf. e-post 24. juni 2010 fra Veidekke til Konkurransetilsynet.

Vedlegg 11 E-post 24. juni 2010 fra Veidekke til Konkurransetilsynet.

- (32) Tabellen under viser hvilke pristilbud Veidekke mottok henholdsvis sommeren 2008 og vinteren 2009.

Håkonsvern SJKE	IcopalTak	Fløysand Tak	Protan Tak	Takarbeid	Vågenes
Pris sommer 2008	348 814,-	369 577,50	378 325,-	313 517,-	
Pris vinter 2009	348 814,-	331 579,-	307 409,-		346 514,-

- (33) Veidekke inngikk til slutt kontrakt med Protan Tak. De reviderte tilbudene hadde ingen betydning for kontraktsforholdet mellom Veidekke og Forsvarsbygg ettersom det på tidspunktet for inngivelse av de reviderte tilbudene allerede forelå kontrakt mellom disse.

2.3.3 Nærmere beskrivelse av partenes samarbeid om prosjektet Håkonsvern SJKE

- (34) Det vil i det følgende redegjøres nærmere for kontakten mellom IcopalTak og Fløysand Tak i anbudskonkurransen om takteking som Veidekke gjennomførte sommeren 2008. Redegjørelsen er basert på lempnings søknaden, materialet beslaglagt under bevissikringer hos IcopalTak og Fløysand Tak, forklaringsopptak av Geir Skogvang og Gudmund Fløysand, samt informasjon innhentet fra Veidekke.

- (35) To dager før Veidekkes tilbudsfrist utløp, 2. juli 2008, sendte Fløysand en e-post til Skogvang. I e-posten var det ikke skrevet noe i emnefeltet og meldingsfeltet inneholdt kun Gudmund Fløysands signatur. E-posten inneholdt imidlertid et vedlegg som het "*kalkyle håkonsvern.pdf*". Vedlegget bestod av en prisoppstilling med mengder, enhetspriser og en totalpris på kroner 350 034,50 ekskl. mva.

Vedlegg 12 E-post 2. juli 2008 fra Fløysand til Skogvang med "*kalkyle håkonsvern.pdf*" som vedlegg

- (36) Prisoppstillingen Fløysand sendte til Skogvang og prisoppstillingen i Fløysand Tak sitt tilbud til Veidekke inneholder identiske postnumre, postkoder, produktbeskrivelser, angivelse av måleenheter og mengder, sml. e-post 2. juli 2008 fra Fløysand til Skogvang, vedlegg 12, og e-

post 4. juli fra Fløysand Tak til Veidekke, vedlegg 4.

- (37) I forklaringsopptak 22. mars 2010 ble Fløysand forelagt e-post 2. juli 2008 med vedlagte prisoppstilling, uten at det da fremgikk direkte at prisoppstillingen gjaldt Håkonsvern SJKE.

Vedlegg 13 Protokoll fra forklaringsopptak med Fløysand 22. mars 2010

- (38) I protokoll fra forklaringsopptaket med Fløysand 22. mars 2010 fremkommer følgende uttalelse om temaet, jf. vedlegg 13 pkt. 31 flg.:

"Fløysand sier at dette er en pris som Fløysand har gitt på ett eller annet prosjekt. Fløysand ble spurt hvorfor han sender denne e-posten over til Skogvang. Fløysand svarer at det vet han faktisk ikke – han vet ikke hvilket prosjekt det gjelder engang. Det kan se ut som om Skogvang har sagt til Fløysand at Fløysand er altfor billig, men når Fløysand nå ser på prisene, så ser han jo at han egentlig er veldig dyr. Fløysand ble spurt om hvorfor Skogvang skulle ha sagt at Fløysand var for billig. [...] Fløysand har ikke diskutert anbud med Skogvang. Fløysand tror at han ville vise Skogvang at han ikke var billig; slik at Skogvang skulle slutte å mase om det."

- (39) I forklaringsopptak 15. september 2010 ble Fløysand på ny forelagt e-posten av 2. juli 2008 med vedlagte prisoppstilling, men denne gangen fremgikk det at prisoppstillingen gjaldt prosjektet Håkonsvern SJKE.

Vedlegg 14 Protokoll fra forklaringsopptak med Fløysand 15. september 2010

- (40) Av protokoll fra forklaringsopptaket fremgår følgende, jf. vedlegg 14 pkt. 19:

"[Fløysand] kan ikke forklare hva dette er. Han vet ikke hvorfor han har sendt dette til Skogvang."

- (41) I forklaringsopptak 15. september 2010 ble Skogvang forelagt ovennevnte e-post 2. juli 2008 med vedlagt prisoppstilling.

Vedlegg 15 Protokoll fra forklaringsopptak med Skogvang 15. september 2010

- (42) Av protokoll fra forklaringsopptaket fremgår følgende, jf. vedlegg 15 pkt. 15:

"Skogvang kan ikke huske denne e-posten. Skogvang vet ikke hvorfor Fløysand skulle sende en slik e-post til han. Skogvang husker ikke mer om prosjektet når han ser prisene. Kalkylen ligner Icopals kalkyler siden Fløysand er i Tak Team¹² og de bruker samme kalkyleprogram som Icopal."

- (43) I brev 1. oktober 2010 til Konkurransetilsynet opplyser imidlertid IcopalTak at medlemmer av Tak Team ikke har tilgang til et felles kalkyleprogram.

Vedlegg 16 Brev 1. oktober 2010 fra BA-HR til Konkurransetilsynet

- (44) Under bevissikringen beslagla tilsynet IcopalTaks prosjektmappe for Håkonsvern SJKE. I denne fant tilsynet dokumenter vedrørende prosjektet Håkonsvern SJKE, herunder IcopalTaks kalkyler og tilbudsbrev.

Vedlegg 17 Kopi av forside IcopalTaks prosjektmappe Håkonsvern SJKE (beslag A-1-8)

- (45) Skogvang ble forelagt IcopalTaks prosjektmappe for Håkonsvern SJKE i forklaringsopptak 15. september 2010. Av protokoll fra forklaringsopptaket med Skogvang 15. september 2010 fremgår følgende, vedlegg 15 pkt. 9:

"Skogvang kjenner igjen beslaget som Icopals prosjektmappe til Håkonsvern SJKE. Han sier det er hans håndskrift på prosjektmappen, og sier at han sannsynligvis har regnet på den. Alle har hatt tilgang til mappen. Den stod på en felles vogn. Skogvang regnet på prosjekter alene, men snakket med Kristian [Bårdtvedt] og av og til Helge [Nedregård]¹³ om jobber han regnet på. Hvis det var en jobb for Veidekke tror Skogvang at han sannsynligvis regnet på den."

- (46) I IcopalTaks prosjektmappe for Håkonsvern SJKE fant Konkurransetilsynet også en utskrift av prisoppstillingen som ble sendt per e-post fra Fløysand til Skogvang 2. juli 2008.

¹² Tak Team ble opprettet av Icopal AS i 2001 og oppgis av Icopal å være en distribusjonskanal for Icopalprodukter til IcopalTak og medlemmene, som er uavhengige takentreprenører. Medlemmene forplikter seg til å bruke Icopals produkter i taktekking og får rabatter på innsatsfaktorer de kjøper gjennom Tak Team.

¹³ Regionsjef i IcopalTak.

Vedlegg 18 Utskrift av Fløysand Taks prisoppstilling funnet i prosjektmappen for Håkonsvern SJKE hos IcopalTak

- (47) Icopals prosjektmappe inneholdt for øvrig IcopalTaks egen kalkyle for prosjektet Håkonsvern SJKE. Av beslutningen fremkommer at kalkylen er opprettet av Geir Skogvang 3. juli 2008, dvs. dagen etter at han mottok Fløysand Taks prisoppstilling i e-post 2. juli 2008, med "*kalkyle håkonsvern.pdf*" som vedlegg, vedlegg 12.

Vedlegg 19 IcopalTaks kalkyle for Håkonsvern SJKE

- (48) Det bemerkes at prisoppstillingen som ble oversendt fra Fløysand til Skogvang 2. juli 2008, hadde en totalsum på kroner 350 034,50. Fløysand Taks tilbud til Veidekke var på kroner 369 577,50. Fløysand forhøyet således flere av enhetsprisene i forhold til prisoppstillingen som ble oversendt til Skogvang. IcopalTaks tilbud til Veidekke var på kroner 348 814, noe som er kroner 1220,50 lavere enn totalsummen i den prisoppstilling som ble oversendt IcopalTak.

3 Fløysand Tak sine merknader til varselet

- (49) Fløysand Tak har bestridt at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10. I det følgende gis en kort redegjørelse for Fløysand Tak sine hovedanførsler til varselet (heretter "tilsvaret"). For øvrig behandles flere av anførslene løpende i vedtaket.
- (50) Det anføres at tilsynets bygger saken på en uriktig forståelse av sakens faktiske side. Veidekkes tilbudsinnhentning er ikke å anse som en anbudskonkurranse i egentlig forstand, slik tilsynet legger til grunn. Selv om ulovlig samarbeid også kan skje ved enklere former for tilbudsinnhentning, kan ikke utveksling av informasjon i situasjoner som den foreliggende, uten videre bedømmes likt som ved anbudskonkurranser i egentlig forstand.
- (51) Oversendelsen av kalkylen er å anse som en ensidig handling som ikke rammes av konkurranseloven § 10. Partene har ikke oppnådd noen felles forståelse eller uttrykt noen hensikt eller intensjon om å samordne sine handlinger på markedet. Partenes etterfølgende handlinger viser for øvrig at kalkylen verken var egnet til eller førte til en koordinering av partenes opptreden ved Veidekkes tilbudsinnhentning. Kalkylen var dessuten ikke egnet til å redusere usikkerheten i markedet.
- (52) For det tilfellet at tilsynet skulle komme til at oversendelsen av kalkylen førte til en felles forståelse, foreligger det ingen årsakssammenheng mellom denne og handlingen som utløser endring i markedsforholdene. Presumsjonen for at det foreligger årsakssammenheng kommer ikke til anvendelse i herværende sak. Konkurransetilsynet har følgelig bevisbyrden for at det foreligger årsakssammenheng. Tilsynet har verken ført tilstrekkelig bevis for at oversendelsen av kalkylen i seg selv var i stand til å etablere en felles forståelse, eller at en slik felles forståelse har hatt betydning for markedsforholdene.
- (53) Dersom Konkurransetilsynet vurderer at samarbeidskriteriet er oppfylt, anføres det at oversendelsen av prisoppstillingen verken har hatt til formål eller virkning å begrense konkurransen i henhold til konkurranseloven § 10. Oversendelsen av kalkylen er ikke informasjonsutveksling om fremtidig prising, og den presumsjon for formålsovertredelse som tilsynet bygger sitt varsel på kommer ikke til anvendelse. Uten presumsjon må det foretas en konkret helhetsvurdering. Tilsynet har ikke foretatt en slik vurdering. Veidekkes innhentning av tilbud er ikke å anse som en anbudskonkurranse, og det foreligger følgelig ingen formålsovertredelse. Tilsynet skulle derfor ha foretatt en virkningsanalyse og markedsavgrensning. Det faktum at verken Fløysand Tak eller IcopalTak fikk tilslaget på Veidekkes oppdrag, viser under enhver omstendighet at det heller ikke kan påvises noe konkurransebegrensende virkning.
- (54) Dersom Konkurransetilsynet likevel skulle komme til at oversendelsen har hatt til formål eller virkning å begrense konkurransen, anfører Fløysand Tak at merkbarhetskriteriet i konkurranseloven § 10 uansett ikke er oppfylt. Det må foretas en konkret vurdering av om oversendelsen av prisoppstillingen fra Fløysand Tak til IcopalTak medførte en merkbar begrensning av konkurransen, og som ledd i vurderingen må det foretas en markedsavgrensning. For det tilfellet at det foreligger en formålsovertredelse, er det ikke bagatellkunngjøringen som sådan som ikke kommer til anvendelse, men artiklene 7-9, jf. bagatellkunngjøringen artikkel 11 første ledd. For formålsovertredelser må det derfor også foretas en vurdering av hvorvidt

oversendelsen medførte en merkbar begrensning av konkurransen.

- (55) For det tilfellet at Konkurransetilsynet legger til grunn at de materielle vilkårene i konkurranseloven § 10 er oppfylt, anfører Fløysand Tak at verken beviskravet eller skyldkravet i konkurranseloven § 29 er oppfylt. Det foreligger intet i bevisene som gir grunnlag for at partene med viten og vilje har inngått et konkurransebegrensende samarbeid, og tilsynet har ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor det konkret hevdes at skyldkravet er oppfylt. Videre anføres at tilsynet operer med et beviskrav om alminnelig sannsynlighetsovervekt som ikke samsvarer med gjeldende rett. Tilsynets henvisning til at et skjerpet beviskrav "*under enhver omstendighet*" må anses oppfylt, er for øvrig ikke tilstrekkelig for å oppfylle beviskravet.
- (56) Endelig anføres at det under enhver omstendighet ikke er grunnlag for et gebyr i den størrelsesorden som er varslet. Det vises til at overtredelsen befinner seg i nedre sjikt av aktsomhetsnormen og de momenter som oppstilles i forskriften, samt bøtenivået i tidligere lignende saker, tilsier at gebyret må settes langt lavere enn det som er varslet.

4 Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven

4.1 Rettslig grunnlag

- (57) Etter konkurranselovens § 29 kan et foretak eller en sammenslutning av foretak ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt har overtrådt forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10.

4.2 Beviskrav

- (58) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29.
- (59) I lovens forarbeider er det imidlertid lagt til grunn at det anses tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for illeggelse av overtredelsesgebyr, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) side 41.
- (60) Fløysand Tak har anført at det for illeggelse av overtredelsesgebyr må gjelde et skjerpet beviskrav. Det er i den sammenheng vist til følgende uttalelse i Borgarting lagmannsretts avgjørelse i Tine-saken, LB-2009-89085:
- "Det innebærer at det etter lagmannsrettens oppfatning må fremskaffes en samling "tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis" for at en overtredelse har funnet sted. Bevisene undergis deretter en vurdering i tråd med de prinsippene som er skissert i Kolstad mfl. Norsk Konkurranserett, bind II (2006) side 156. Et slikt beviskrav vil være noe skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt."*

- (61) Ovennevnte er kommentert av Høyesterett ved behandling av anke over lagmannsrettens dom (HR-2011-01251-A), avsagt 22. juni 2011, hvor Høyesterett uttaler følgende:

"På bakgrunn av at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, la lagmannsretten ved bevisbedømmelsen til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det må fremskaffes en samling "tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis". Jeg oppfatter dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Dette er i samsvar med det krav til bevis som Høyesteretts flertall i storkammerdommen i Rt. 2008 side 1409 stilte for å illegge ordinær tilleggsatt, som også er en sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Jeg kan ikke se at det for overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er grunn til å stille et høyere beviskrav. Høyesterett kan derfor, ved avgjørelsen av saken, bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist."

- (62) Konkurransetilsynet har i foreliggende sak ikke funnet det nødvendig å ta endelig stilling til hvilket beviskrav som *generelt* gjelder i overtredelsessaker etter konkurranseloven, i det tilsynet er av den oppfatning at det skjerpede beviskravet, som Fløysand Tak mener skal legges til grunn, uansett vil være oppfylt i foreliggende sak.

4.3 Videre disposisjon

- (63) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a oppstiller både objektive og subjektive vilkår for

ileggelse av overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet vil under i punkt 5 vurdere hvorvidt det objektivt sett foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10. Dernest vil tilsynet i punkt 6 behandle skyldkravet, under punkt 7 ta stilling til utmåling av overtredelsesgebyr og avslutningsvis under punkt 8 vurdere om det er grunnlag for lempning etter konkurranseloven § 31.

5 Konkurranseloven § 10

5.1 Nærmere om det rettslige grunnlaget

- (64) Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

"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, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- e) å gjøre inngåelse av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelse som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjensstanden.*

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd."

- (65) Konkurranseloven § 10 er harmonisert med EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (heretter "TFEU").
- (66) Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at EU/EØS-praksis knyttet til nevnte bestemmelser vil veie tungt ved fortolkningen og den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven § 10.¹⁴ Ved vurderingen av om avtalen innebærer en ulovlig konkurransebegrensning, henter Konkurransetilsynet blant annet veiledning fra Europakommisjonens retningslinjer for anvendelsen av Artikkel 101 TFEU på avtaler om horisontalt samarbeid (de horisontale retningslinjer).¹⁵
- (67) Konkurranseloven oppstiller nærmere vilkår som må være oppfylt for at forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd skal være overtrådt. For det første må samarbeidet skje mellom uavhengige foretak (*foretakskriteriet*), jf. punkt 5.3.1 nedenfor. For det andre må en markedsatferd være resultat av en "avtale" eller "samordnet opptreden" (*samarbeidskriteriet*), jf. punkt 5.3.2 nedenfor. For det tredje må samarbeidet ha "til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen" (*konkurransebegrensningskriteriet*), jf. punkt 5.3.3 nedenfor.

¹⁴ Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 224.

¹⁵ OJ [2011] C11/1.

For det fjerde må konkurransen begrenses merkbart (*merkbarhetskriteriet*), jf. punkt 5.3.4 nedenfor. Merkbarhetskravet fremkommer ikke direkte av lovteksten, men det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det må oppstilles et merkbarhetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS retten.¹⁶ Ved vurdering av merkbarhetsvilkåret kan det hentes veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans bagatellkunngjøring.¹⁷

- (68) Forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd gjelder både konkurransebegrensninger mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og konkurransebegrensninger mellom foretak på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid).
- (69) På nærmere bestemte vilkår vil et konkurransebegrensende samarbeid likevel kunne være tillatt, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd. Dette forutsetter at samarbeidet leder til samfunnsøkonomiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, samtidig som konkurransen ikke utelukkes for en vesentlig del av det relevante markedet. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig. Anvendelsen av unntaksbestemmelsen i denne konkrete saken behandles nærmere under punkt 5.5 nedenfor.

5.2 Forholdet til EØS-reglene

- (70) Konkurransetilsynet har i henhold til EØS-konkurranseloven § 6, jf. § 7 første ledd både kompetanse og plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 der samhandelen mellom Norge og andre EØS-land er påvirket. Sett hen til at saken kun gjelder en enkeltstående anbudskonkurranse av begrenset verdi i et lokalt marked, legges det til grunn at samhandelen ikke er merkbart påvirket. EØS-avtalen artikkel 53 kommer således ikke til anvendelse.

5.3 Nærmere om vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd

5.3.1 Samarbeid mellom uavhengige foretak

- (71) Det er et vilkår for at konkurranseloven § 10 skal komme til anvendelse at samarbeidet foreligger mellom uavhengige foretak.
- (72) Det er på det rene at IcopalTak og Fløysand Tak er å anse som "*foretak*" i konkurranselovens forstand, jf. konkurranseloven § 2. Det foreligger ikke eierinteresser mellom selskapene, og ingen av aksjonærene har eierinteresser i begge selskaper. Konkurransetilsynet legger således til grunn at foretakene er uavhengige av hverandre. Dette er for øvrig ikke bestridt av partene.

5.3.2 Samarbeidskriteriet

- (73) For at konkurranseloven § 10 første ledd skal komme til anvendelse må det foreligge et samarbeid mellom foretakene. Samarbeidet kan i henhold til § 10 skje gjennom "*avtale*", "*samordnet opptreden*" eller "*beslutning truffet av [en] sammenslutning[...]* av foretak". I herværende sak er det "*samordnet opptreden*" som er det aktuelle alternativet.
- (74) Med "*samordnet opptreden*" menes en form for koordinering mellom virksomheter, hvor disse ikke går så langt som til å inngå en avtale, men likevel erstatter konkurranserisikoen med et innbyrdes praktisk samarbeid.¹⁸
- (75) Det er en grunnleggende forutsetning at ethvert foretak fastsetter sin markedsadferd på selvstendig grunnlag. I *Anic* beskriver EU-domstolen kravet til selvstendighet slik:

"[...]although that requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market, where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question, regard being had to the nature of the products or services offered, the

¹⁶ Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 225.

¹⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 (bagatellkunngjøringen), EF-tidende C67/20, 20.3.2003 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 15/11, 20.3.2003.

¹⁸ Se blant annet forente saker 40/73 m.fl. *Suiker Unie*, Samling 1975 side 1663, premiss 26 og sak C-49/92 P *Anic*, Samling 1999 side I-4125, premiss 115.

size and number of the undertakings and the volume of the said market."¹⁹

- (76) Konkurransereglene forbyr således ikke foretak ensidig å tilpasse seg konkurrentenes eksisterende eller forventede markedsatferd. Reglene er imidlertid til hinder for enhver form for direkte eller indirekte kontakt mellom konkurrenter som har til formål eller virkning å begrense konkurransen.
- (77) Ovennevnte innebærer at informasjonsutveksling vil kunne utgjøre samordnet opptreden hvis den er egnet til å redusere usikkerheten i markedet.²⁰ EU-domstolen uttrykker dette slik i sak C-8/08 *T-Mobile*:

*"It follows that the exchange of information between competitors is liable to be incompatible with the competition rules if it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted[...]."*²¹

- (78) I henhold til praksis fra EU vil således utveksling av strategisk markedsinformasjon mellom konkurrenter være å anse som samordnet opptreden i konkurranserettslig forstand. Tilsvarende er også lagt til grunn i de horisontale retningslinjer.²²
- (79) Fløysand Tak har i tilsvaret gjort gjeldende at det må foreligge en "*felles forståelse*" mellom partene, og at ensidige handlinger følgelig ikke rammes av konkurranseloven § 10. Til dette bemerkes at kravet til samordnet opptreden i konkurranseloven § 10 kan være oppfylt selv om bare ett foretak røper strategisk markedsinformasjon til sine konkurrenter. Dette gjelder tilfeller hvor mottakeren har bedt om den aktuelle informasjonen eller har akseptert den. Dette fremkommer blant annet fra Førsteinstansrettens sak T-25/95 *Cimenteries*:

*"In that connection, the Court points out that the concept of concerted practice does in fact imply the existence of reciprocal contacts (Opinion of Advocate General Darmon in Woodpulp II, cited at paragraph 697 above, points 170 to 175). That condition is met where one competitor discloses its future intentions or conduct on the market to another when the latter requests it or, at the very least, accepts it."*²³

I *Cimenteries* var informasjonen utvekslet i et møte og mottakeren av informasjonen hadde bedt om møtet. Det fremgikk for øvrig ikke av møtereferatet at vedkommende på noen måte hadde tatt avstand fra den aktuelle informasjonen.

- (80) Kommisjonen har i de horisontale retningslinjene lagt til grunn at det foreligger en aksept fra den som mottar informasjonen, dersom mottakeren ikke protesterer og gir klart uttrykk for at det ikke er ønskelig å motta slik informasjon. Fra de horisontale retningslinjene hitsettes:
- (81) *"When a company receives strategic data from a competitor (be it in a meeting, by mail or electronically), it will be presumed to have accepted the information and adapted its market conduct accordingly unless it responds with a clear statement that it does not wish to receive such data."*²⁴
- (82) Fløysand Tak har anført at dette ikke gjelder for ensidig oversendelse av informasjon per post eller e-post. Det vises blant annet til at en slik regel verken fremkommer i norsk eller europeisk praksis. Fløysand hevder på dette grunnlag at det må skilles mellom informasjon utvekslet i møter og informasjon utvekslet per post eller e-post. Det er blant annet pekt på at det i møter er en rekke omstendigheter, som i tillegg til opplysningene, gir aktørene kunnskap om i hvilken grad den utvekslende informasjonen er reell og i hvilken grad de ulike aktørene synes å legge informasjonen til grunn.
- (83) Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at det kan utledes en slik begrensning som anført av Fløysand Tak verken fra rettspraksis eller Kommisjonens retningslinjer.
- (84) I tillegg kommer at de samme hensyn seg gjeldende for informasjon utvekslet per post og e-post som for informasjon utvekslet i møter. Informasjonsutveksling per post og e-post kan være like

¹⁹ Se sak C-49/92 P *Anic*, Samling 1999 side I-4125, premiss 117.

²⁰ Se blant annet forente saker 40/73 m.fl. *Suiker Unie*, Samling 1975 side 1663, premiss 173 flg.

²¹ Se EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Samling 2000 side I-4529, premiss 35.

²² De horisontale retningslinjer punktene 60-63, OJ [2011] C11/1.

²³ Sak T-25/95 *Cimenteries m.fl.* Samling 2000 side II-491, premiss 1849.

²⁴ De horisontale retningslinjer punkt 62, OJ [2011] C11/1.

konkurranseskadelig og er en minst like effektiv måte å begrense konkurransen på, som utveksling av opplysninger i møter. Dette tilsier at informasjonsutvekslingens medium ikke kan være avgjørende for om det foreligger en samordnet opptreden i § 10s forstand.

- (85) Det er i herværende sak på det rene at partene har hatt kontakt ved at Fløysand oversendte en e-post 2. juli 2008 til Skogvang, med vedlegget "kalkyle håkonsvern.pdf", jf. vedlegg 12. Det nevnte vedlegget bestod av en prisoppstilling som blant annet viste enhetspriser og totalpris. Dette er nærmere redegjort for under punkt 2.3.3.
- (86) Prisoppstillingen som er oversendt fra Fløysand til Skogvang viser både hvilke enhetspriser som tenkes benyttet og hvilken totalpris Fløysand Tak har vurdert i forhold til prosjektet Håkonsvern SJKE, jf. e-post 2. juli 2008 fra Fløysand til Skogvang med "kalkyle håkonsvern.pdf" som vedlegg, vedlegg 12.
- (87) Konkurransetilsynet kan ikke se at det foreligger dokumentasjon på at Skogvang på noen måte tok avstand fra eller protesterte på den informasjonen han mottok fra Fløysand. Skogvang har tvert imot skrevet ut den oversendte prisoppstillingen, og den er gjenfunnet i IcopalTaks prosjektmappe for det aktuelle prosjektet, jf. utskrift av Fløysand Taks kalkyle funnet i prosjektmappen for Håkonsvern SJKE hos IcopalTak, vedlegg 18. Dette er nærmere behandlet under avsnitt 44 flg. og viser etter tilsynets oppfatning at IcopalTak må anses å ha akseptert informasjonen selskapet mottok i e-posten fra Fløysand. Dette viser for øvrig at handlingen ikke kan karakteriseres som en forsøkshandling, slik Fløysand Tak har anført.
- (88) I tilsvaret har Fløysand Tak videre anført at samarbeidskriteriet ikke er oppfylt fordi den oversendte prisoppstillingen ikke gav IcopalTak noe grunnlag for å vurdere hva et eventuelt endelig tilbud fra Fløysand Tak ville gå ut på og at informasjonen følgelig ikke var godt egnet til samordning.
- (89) Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan det ikke oppstilles et krav om at usikkerheten fjernes som følge av den oversendte informasjonen.²⁵ Det er tilstrekkelig å påvise at den aktuelle informasjonen er egnet til å redusere usikkerheten, jf. EU-domstolens sak *T-Mobile*.²⁶ Den oversendte informasjonen bestod av en detaljert prisoppstilling, og omhandlet således et helt sentralt konkurranseparameter. Prisoppstillingen ga klart uttrykk for Fløysand Taks prisvurderinger på oversendelsestidspunktet, og det ble, som redegjort for i punkt 2.3.3, kun foretatt mindre justeringer i oppstillingen etter at denne ble oversendt IcopalTak. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det ikke avgjørende for informasjonens egnethet til å redusere usikkerheten at denne ble oversendt uten noen nærmere skriftlig forklaring, eller at det kun ble oversendt informasjon ved én anledning, jf. EU-domstolens sak *T-Mobile*.²⁷ Prisoppstillingen var selvforklarende og var etter tilsynets oppfatning i seg selv godt egnet til å redusere usikkerheten i anbudskonkurransen og danne grunnlag for samordning. Uten at det har betydning for den rettslige vurderingen, bemerker imidlertid Konkurransetilsynet at den kontakt som generelt er avdekket å ha vært mellom Fløysand og Skogvang om forretningsmessige forhold, jf. redegjørelsen under punkt 2.3.1, tilsier at det har formodningen mot seg at det ikke også har vært annen kontakt mellom partene i forbindelse med prisoppstillingen for Håkonsvern SJKE.
- (90) Fløysand Tak har i tilsvaret videre fremholdt at det ikke er sannsynliggjort at Fløysand Tak har oversendt kalkylen til IcopalTak som en bevisst handling med hensikt om å samordne foretakenes handlinger på markedet. Til dette bemerker Konkurransetilsynet at det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt den aktuelle kontakten er egnet til å redusere usikkerheten, jf. redegjørelsen ovenfor. Det er i rettspraksis ikke oppstilt krav til at det foreligger hensikt hos foretakene. Det kan i denne forbindelse blant annet vises til EU-domstolens avgjørelse i *Suiker Unie* hvor det fremkommer at:

"The concept of a "concerted practice " refers to a form of coordination between undertakings, which, without having been taken to the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes for the risk of competition, practical cooperation between them, which leads to conditions of competition which do not correspond to the normal condition of the market, having regard to the nature of the products, the importance and number of undertakings

²⁵ Se eksempelvis Førsteinstansrettens sak T-36/91, *ICI*, Samling 1995 side II-1847, premiss 76.

²⁶ Se EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Samling 2000 side I-4529, premiss 35.

²⁷ Se EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Samling 2000 side I-4529, premiss 35.

as well as the size and nature of the said market.”²⁸

- (91) Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn funnet at den utvekslede informasjonen var godt egnet til å redusere usikkerheten i den aktuelle anbudskonkurransen.
- (92) Det følger videre av begrepet samordnet opptreden at det må foreligge årsakssammenheng mellom samordningen og den aktuelle opptreden på markedet. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser slått fast, som en generell rettssetning, at det foreligger en presumsjon for at en aktør som mottar strategisk markedsinformasjon og fortsatt er aktiv på det relevante markedet har tatt hensyn til informasjonen ved fastsetting av egen markedsopptreden. Fra EU-domstolens avgjørelse i sak C-199/92P *Hüls* hitsettes:

*“However, subject to proof to the contrary, which the economic operators concerned must adduce, the presumption must be that the undertakings taking part in the concerted action and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors for the purposes of determining their conduct on that market. That is all the more true where the undertakings concert together on a regular basis over a long period, as was the case here, according to the findings of the Court of First Instance.”*²⁹

- (93) Det er i slike tilfeller ikke nødvendig å dokumentere årsakssammenheng mellom samordningen og partenes senere markedsopptreden. Det kan i denne sammenheng vises til *T-Mobile*, hvor EU-domstolen la til grunn følgende:

*”Where it can be established that such undertakings successfully concerted with one another and remained active on the market, they may justifiably be called upon to adduce evidence that that concerted action did not have any effect on their conduct on the market in question.”*³⁰

- (94) Det er videre uten betydning hvorvidt partene lykkes i å koordinere sin adferd. Dette ble lagt til grunn av EU-domstolen i *Hüls AG*. Domstolen uttalte her at:

*“Secondly, contrary to Hüls's argument, a concerted practice as defined above is caught by Article 81(1) EC, even in the absence of anti-competitive effects on the market.”*³¹

- (95) Fløysand Tak har gjort gjeldende at rettspraksis viser at presumsjonen for årsakssammenheng gjør seg sterkere gjeldende når selskapene er i kontakt over lengre tid. Det påpekes i denne forbindelse at det i herværende sak kun er tale om ett tilfelle av kontakt og at presumsjonen dermed ikke kan få anvendelse. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at et slikt syn har støtte i rettspraksis og viser til at det foreligger eksempler der presumsjonen nettopp også er anvendt i saker der partene har hatt begrenset kontakt. Det vises i denne forbindelse til premiss 58 og 59 i *T-Mobile*:

“It is evident from paragraph 162 of Hüls and paragraph 121 of Commission v Anic Partecipazioni that the Court found that that presumption applied only where there was concerted action and where the undertaking concerned remained active on the market. The addition of the words ‘particularly when they concert together on a regular basis over a long period’, far from supporting the argument that there is a presumption of a causal connection only if the undertakings meet regularly, must necessarily be interpreted as meaning that that presumption is more compelling where undertakings have concerted their actions on a regular basis over a long period.

*Any other interpretation would be tantamount to a claim that an isolated exchange of information between competitors could not in any case lead to concerted action that is in breach of the competition rules laid down in the Treaty. Depending on the structure of the market, the possibility cannot be ruled out that a meeting on a single occasion between competitors, such as that in question in the main proceedings, may, in principle, constitute a sufficient basis for the participating undertakings to concert their market conduct and thus successfully substitute practical cooperation between them for competition and the risks that that entails.”*³²

- (96) I herværende sak er det tale om informasjonsutveksling i forbindelse med en

²⁸ Forenede saker 40 til 48, 50, 54 til 56, 111, 113 og 114/73, *Suiker Unie*, Samling 1975 side 1663, premiss 26.

²⁹ Sak 199/92P, *Hüls AG*, Samling 1999 side I-4287, premiss 162.

³⁰ Se EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Samling 2000 side I-4529, premissene 61 og 62.

³¹ Sak C-199/92P *Hüls AG*, Samling 1999 side I-4287 premiss 163.

³² Se EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Samling 2000 side I-4529 premissene 58 og 59.

anbudskonkurranse/anbudslignende prosess. Det ligger i anbudsprosessens natur at det vil kunne være tilstrekkelig med kontakt én gang for å redusere usikkerheten.

- (97) Slik Konkurransetilsynet ser det tilsier ovennevnte forhold at presumsjonen kommer til anvendelse i foreliggende sak. Presumsjonen kan tilbakevises av partene. Det er foretakene selv som har bevisbyrden for dette.³³ Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at det har fremkommet opplysninger verken i tilsvaret eller under saksbehandlingen for øvrig som gir grunnlag for å tilbakevise presumsjonen.
- (98) IcopalTak innga et eget tilbud i den aktuelle anbudskonkurransen to dager etter å ha mottatt prisoppstillingen fra Fløysand Tak, jf. e-post 4. juli 2008 fra IcopalTak til Veidekke med tilbud, vedlegg 3. IcopalTak var således fremdeles aktiv i markedet. Dette viser at kravet til årsakssammenheng er oppfylt i herværende sak i tråd med den presumsjon som er presentert over.
- (99) På bakgrunn av ovennevnte er det Konkurransetilsynets vurdering at samarbeidskriteriet er oppfylt.

5.3.3 Konkurransbegrensningskriteriet

- (100) Konkurranseloven § 10 første ledd omfatter samarbeid med konkurransebegrensende formål eller virkning. Vilkårene er alternative.³⁴ Samarbeid som har til "formål" å begrense konkurransen er forbudt i seg selv, og det er ikke nødvendig å påvise virkning i det relevante markedet.³⁵ Det er derfor heller ikke nødvendig å foreta en markedsavgrensning. Det er tilstrekkelig å foreta en viss markedsanalyse – typisk for å vise at merkbarhetskriteriet er oppfylt. Tilsvarende er blant annet lagt til grunn i teorien av Evensen og Sæveraas side 133, hvor det heter at:

[...] Partenes markedsstyrke, i praksis ofte representert ved deres markedsandeler, vil derfor måtte vurderes, noe som gjør det nødvendig å foreta en viss markedsanalyse"
[Konkurransetilsynets understrekning].

- (101) Det bemerkes at "formål" etter konkurranseloven § 10 er et objektivt begrep. Partenes subjektive hensikt er således ikke avgjørende for om det foreligger en overtredelse.
- (102) I de horisontale retningslinjer, punkt 25, skal følgende momenter vektlegges i vurderingen av hvorvidt det foreligger en formålsovertredelse:

*"According to the settled case-law of the Court of Justice of the European Union, in order to assess whether an agreement has an anti-competitive object, regard must be had to the content of the agreement, the objectives it seeks to attain, and the economic and legal context of which it forms part. In addition, although the parties' intention is not a necessary factor in determining whether an agreement has an anti-competitive object, the Commission may nevertheless take this aspect into account in its analysis."*³⁶

- (103) Anbudssamarbeid og samarbeid i tilknytning til anbudslignende prosesser innebærer at to eller flere foretak samarbeider i forbindelse med inngivelsen av tilbud i en anbudsprosess, herunder offentlige anbudskonkurranser og offentlige/private anbudslignende prosesser.
- (104) Formålet med anbudskonkurranser og anbudslignende prosesser er å skape konkurranse mellom tilbyderne slik at anbudsinnbyder kan velge et så kostnadseffektivt tilbud som mulig. Anbudsinnbyder forventer å få svar fra en rekke frittstående tilbydere uten at det har foreligget noen form for kontakt mellom dem i forkant, jf. EU-domstolens dom i *European Sugar Industry*.³⁷ Tilsvarende fremkommer også av Sør-Trøndelag tingretts dom 2. juni 2010 hvor retten uttalte at:

"Dersom tilbyderne samordner sine priser og øvrige vilkår, vil oppdragsgiver kunne forledes til å anta at pris ikke er et resultat av uavhengige, og selvstendige økonomiske vurderinger fra tilbyderens side, og derved også forledes til å tro at prisen er resultat av en reell konkurranse"

³³ Jf. Sak C-199/92 P *Hüls AG*, Samling 1999 side I-4287 premiss 162 og sak C-49/92 *Anic*, Samling 1999 side I-4125, premiss 121.

³⁴ Se eksempelvis EU-domstolens sak 56/65 *Société Technique Minière*, Samling 1966 side 235, på side 249.

³⁵ Se for eksempel sak T-62/98 *Volkswagen AG*, Samling 2000 side II-2707, premiss 178.

³⁶ Jf. de horisontale retningslinjer punkt 25, OJ [2011] C11/1.

³⁷ Jf. *European Sugar Industry*, OJ [1973] L140/17.

mellom tilbyderne.”

- (105) Når tilbud inngis etter kontakt mellom konkurrenter, reduseres usikkerheten om utfallet, ettersom tilbyderne har kunnskap om hvordan de andre kan komme til å opptre i anbudskonkurransen.³⁸ Det foreligger således en presumsjon for at kontakten har påvirket anbudskonkurransen.³⁹
- (106) I henhold til praksis fra EU-domstolen vil anbudssamarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter derfor vanligvis ha et konkurransebegrensende formål.⁴⁰
- (107) Fløysand Tak har gjort gjeldende at det i herværende sak var tale om tilbudsinnhenting og ikke en anbudskonkurranse i egentlig forstand, og at dette må få betydning for den rettslige vurderingen av samarbeidet. Konkurransetilsynet er ikke enig i dette og mener at det avgjørende i forhold til om det foreligger en formålsrestriksjon må være en vurdering av de reelle forhold. I herværende sak var det tale om en prosess hvor tilbudsutlyser hadde sendt invitasjon til potensielle tilbydere, satt en frist for tilbakemelding og deretter foretatt en vurdering av de innkomne tilbudene. Det ble i tillegg foretatt en justeringsrunde og de innkomne tilbudene var videre bindende for tilbudsinn giver. Det var følgelig tale om en prosess som innehar de vesentligste kjennetegn som er vanlig for en anbudskonkurranse og må følgelig bli å bedømme på samme måte.
- (108) Under enhver omstendighet mener tilsynet at det vil være uten betydning for den rettslige vurderingen hvorvidt prosessen betegnes som en anbudskonkurranse eller en anbudslignende prosess. Avgjørende må etter tilsynets oppfatning være at det var tale om oversendelse av en prisoppstilling i forbindelse med inngivelse av tilbud, hvor tilbudsutlyser forventer å få svar fra en rekke frittstående tilbydere uten at det har foreligget noen form for kontakt mellom dem i forkant. De hensyn som er pekt på over gjør seg følgelig i like stor grad gjeldende både for anbudskonkurranser og anbudslignende prosesser.
- (109) Oversendelse fra Fløysand Tak til IcopalTak omfattet som nevnt over en prisoppstilling med enhetspriser og totalpris direkte relatert til anbudskonkurransen vedrørende taktekkning Håkonsvern SJKE, se redegjørelsen ovenfor i avsnitt 35 flg. Oversendelsen fant sted forut for tilbudsfristen og omfattet et helt sentralt konkurranseparameter. Informasjonen var således godt egnet til å redusere usikkerheten i den aktuelle anbudskonkurransen, jf. redegjørelsen ovenfor. Som det fremgår ovenfor har IcopalTak videre skrevet ut den aktuelle informasjonen og lagt den i prosjektmappen, jf. avsnitt 44 flg. En slik informasjonsutveksling reduserer foretakenes usikkerhet om utfallet av anbudskonkurransen og taler klart for at samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål.
- (110) Utveksling av informasjon om priser vil generelt virke særlig konkurransebegrensende i forbindelse med anbudskonkurranser og anbudslignende prosesser all den tid pris utgjør et svært viktig beslutningsgrunnlag for tilbudsutlyser.
- (111) Basert på ovennevnte forhold legger Konkurransetilsynet til grunn at det aktuelle samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål. Det er derfor ikke nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkninger i det relevante markedet. Det bemerkes avslutningsvis at det er uten betydning for vurderingen at verken Fløysand Tak eller IcopalTak fikk tilslag i anbudskonkurransen, ettersom det som nevnt over og i henhold til rettspraksis ikke er nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkninger av samordningen, jf. eksempelvis *Hüls AG* referert ovenfor.⁴¹
- (112) På bakgrunn av ovennevnte finner Konkurransetilsynet at konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt.
- 5.3.4 Merkbar begrensning av konkurransen**
- (113) Merkbarhetskriteriet fremkommer ikke direkte av ordlyden i § 10, men det fremgår av konkurranselovens forarbeider at det må oppstilles et merkbarhetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS-retten, jf. Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 225.

³⁸ Se f. eks. Forenede saker 40/73 etc. *Suiker Unie*, Samling 1975 side 1663 premiss 175.

³⁹ Jf. Sak C-199/92 P *Hüls AG*, Samling 1999 side I-4287 premiss 162.

⁴⁰ Se som eksempel forenede saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services m.fl.*, Samling 1998 side II-3141 premiss 136.

⁴¹ Se eksempelvis sak C-199/92P *Hüls AG*, Samling 1999 side I-4287 premiss 163.

- (114) Hvorvidt merkbarhetskriteriet er oppfylt beror på en helhetsvurdering der blant annet den aktuelle konkurransebegrensningens karakter, aktørenes størrelse og markedsforholdene er sentrale momenter.⁴²
- (115) Når det gjelder overtredelser med et konkurransebegrensende formål skal det svært lite til for at merkbarhetskriteriet er oppfylt. Bakgrunnen for dette er at denne type samarbeid som regel virker negativt på konkurransen.
- (116) Markedsandelsgrensene i EFTAs overvåkingsorgans kunngjøring om avtaler av mindre betydning, som blant annet omfatter enkelte former for samarbeid mellom konkurrerende foretak med en samlet markedsandel på under 10 prosent, kommer ikke til anvendelse på alvorlige konkurransebegrensninger, herunder avtaler som har til formål *"å fastsette priser med henblikk på salg av produktene til tredjemenn"*, jf. artikkel 11 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 7.
- (117) Fløysand Tak har i tilsvaret pekt på at det vil være nødvendig å foreta en markedsavgrensning for å kunne ta stilling til hvorvidt merkbarhetskriteriet er oppfylt. Som redegjort for over vil det ved formålsrestriksjoner ikke være nødvendig å foreta en full markedsavgrensning – det er tilstrekkelig å foreta en viss markedsanalyse. I herværende sak har samarbeidet funnet sted i tilknytning til en anbudskonkurranse, og dette danner grunnlaget for vurderingen av merkbarhetskriteriet.
- (118) I henhold til praksis fra EU og juridisk teori vil prissamarbeid, markedsdeling, begrensning av produksjon eller salg og utveksling av prisinformasjon vanligvis ha et konkurransebegrensende formål. Anbudssamarbeid inneholder normalt elementer av både prissamarbeid og markedsdeling, og vurderes derfor strengt. Anbudskonkurranser er en type konkurranse hvor man konkurrerer om et anbudsobjekt. Dersom aktører ikke inngir anbud, utveksler informasjon eller dersom det inngis anbud til en omforent pris, blir det reelt sett en tilbyder mindre i konkurransen. Redusert antall tilbydere vil vanligvis medføre at prisen anbudsutlyser betaler blir høyere.⁴³
- (119) Det er således en lav terskel for at merkbarhetskravet skal være oppfylt.⁴⁴ Det kan i denne forbindelse blant annet vises til *European Sugar Industry*, hvor Europakommisjonen la følgende til grunn:
- "[...] in a system of tendering, competition is of essence. If the tenders submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but of knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted."*⁴⁵
- (120) Fløysand Tak har i tilsvaret gjort gjeldende at *European Sugar Industry* omhandlet et marked som er av en annen karakter enn et mulig taktekkermarked. Til dette bemerkes at den refererte premissen gir uttrykk for et generelt prinsipp, som også vil gjøre seg gjeldende i andre markeder. Prinsippet ble eksempelvis lagt til grunn i Sør-Trøndelag tingretts dom 2. juni 2010, hvor retten fant at merkbarhetskravet klart var oppfylt idet partene hadde utvekslet helt sentrale konkurranseparametre, og deretter inngitt tilbud som baserte seg på den utvekslede informasjonen. Retten uttalte i den forbindelse at merkbarhetskravet *"generelt gjennomgående vil være oppfylt når det dreier seg om anbudssamarbeid"*.
- (121) Fløysand Tak har videre gjort gjeldende at IcopalTak ikke mottok kunnskap om Fløysand Tak sine priser på en måte som gjorde at selskapet kunne avstå fra å foreta egne individuelle beregninger. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til hovedformålet med konkurranseloven § 10 er at enhver næringsdrivende på selvstendig grunnlag skal fastsette sin markedsstrategi. I herværende sak mottok IcopalTak Fløysand Taks prisoppstilling forut tilbudsfristen i den aktuelle anbudskonkurransen. Det er, som redegjort for ovenfor, en presumsjon for at en aktør som mottar strategisk markedsinformasjon og fortsatt er aktiv på det relevante markedet har tatt hensyn til denne informasjonen ved fastsetting av egen markedsopptreden. IcopalTaks beregninger har derfor ikke vært av individuell karakter som

⁴² Jf. *Beguelin mot S.A.G.L. Import Export*, sak 22/71, Samling 1971 side 949 premiss 18, Evensen og Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009, side 156, Norsk konkurranserett side 289 flg.

⁴³ Office of Fair Trading, *Markets with bidding processes*, side 144, mai 2007.

⁴⁴ Se for eksempel Jones and Sufrin, *EC Competition LAW – text, cases and materials*, 2. utg. side 802 og Richard Whish *Competition Law*, 5. utg. side 484.

⁴⁵ Jf. *European Sugar Industry*, OJ [1973] L140/17.

forutsatt i *European Sugar Industry*.

- (122) Slik Konkurransetilsynet ser det vil enhver samordning mellom markedsaktørene i denne aktuelle anbudskonkurransen være egnet til å kunne begrense konkurransen merkbart. Dette vil særlig være tilfelle når det som i foreliggende tilfelle dreier seg om en anbudsprosess med få deltakere.⁴⁶
- (123) På bakgrunn av det ovennevnte er det Konkurransetilsynets oppfatning at merkbarkhetskravet er oppfylt.

5.4 Konklusjon – konkurranseloven § 10 første ledd

- (124) Ovennevnte gjennomgang viser at samtlige vilkår for overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt. Tilsynet vil dernest vurdere hvorvidt det foreligger grunnlag for individuelt fritak etter § 10 tredje ledd.

5.5 Unntaksbestemmelsene i konkurranseloven § 10 tredje ledd

- (125) Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd kan et konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet i første ledd, likevel anses som lovlig dersom fire kumulative vilkår er oppfylt.
- (126) Ved vurderingen av innholdet i konkurranseloven § 10 tredje ledd vil Konkurransetilsynet hente veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53(3).⁴⁷
- (127) Det er et vilkår for fritak at det aktuelle samarbeidet må bidra til å *”bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”* samtidig som forbrukerne sikres *”en rimelig andel”* av de fordelene som oppnås. Fordeler som kun kommer avtalepartene til gode regnes ikke som økonomiske fordeler. For at unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd skal komme til anvendelse, kreves det videre at foretakene ikke får mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de produkter det gjelder, jf. bestemmelsens bokstav b. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig jf. bokstav a.
- (128) Det er de parter som ønsker å påberope seg unntaket i § 10 tredje ledd, som må godtgjøre at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.
- (129) Det er ikke fremkommet opplysninger i denne saken som tilsier at unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd kommer til anvendelse og dette er for øvrig heller ikke anført av partene.

5.6 Konklusjon – konkurranseloven § 10

- (130) Konkurransetilsynets har etter dette kommet til at utveksling av den aktuelle prisoppstillingen representerer en samordnet opptreden etter konkurranseloven § 10.
- (131) Samordningen hadde et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd, og merkbarkhetskriteriet er oppfylt. Vilråene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd er ikke tilstede. Det foreligger med dette objektivt sett en overtredelse av konkurranseloven § 10.

6 Skyldkravet

- (132) Det fremgår av konkurranseloven § 29 at overtredelsen må ha vært forsettlig eller uaktsom for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Konkurransetilsynet legger til grunn at skylden må dekke det objektive gjerningsinnholdet, slik dette er beskrevet i konkurranseloven § 10.
- (133) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at partene forsettlig har overtrådt konkurranselovens § 10. I den forbindelse viser tilsynet til at begge parter var klar over at det ble oversendt informasjon mellom uavhengige foretak og at denne informasjonen omfattet opplysninger av konkurransesensitiv karakter.
- (134) Under enhver omstendighet må IcopalTak og Fløysand Tak eller noen som har handlet på foretakenes vegne ha opptrådt uaktsomt. Det vises til at partene uansett må være å bebreide for å ha oversendt og gjort seg kjent med opplysninger av konkurransesensitiv karakter.
- (135) Etter dette legger Konkurransetilsynets til grunn at både de subjektive og de objektive vilkår for å

⁴⁶ Office of Fair Trading, Markets with bidding processes, side 144, mai 2007.

⁴⁷ EFTAs overvåkningsorgan retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3).

ilegge overtredelsesgebyr er til stede.

7 Utmåling av overtredelsesgebyr

7.1.1 Utgangspunkt

- (136) Etter konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse særlig legges vekt på foretakets omsetning og på overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning. Angivelsen av momentene er ikke uttømmende og også andre momenter kan være av betydning ved utmåling av overtredelsesgebyret.
- (137) Forskrift om overtredelsesgebyr gir nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyr. Det fremgår av merknadene til forskriftens § 2 at bestemmelsene legger til rette for at det kan ilegges overtredelsesgebyr på et nivå som gjenspeiler målet i forarbeidene om en harmonisering i forhold til bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS.
- (138) I henhold til forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd skal det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig tas hensyn til overtredelsens art, dens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, foretakets gevinst, utvist skyld, og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen. Av forskrift om overtredelsesgebyr § 2 annet ledd bokstav a følger videre at et foretak maksimalt kan ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning for forsettlig eller uaktsom overtredelse av konkurranseloven § 10. Med omsetning menes foretakets samlede salgssinntekt for siste regnskapsår, jf. § 2 tredje ledd.

7.1.2 Konkret vurdering

- (139) Av tall innhentet fra siste tilgjengelige årsregnskap fra Brønnøysundregistrene fremgår det at IcopalTak hadde en driftsinntekt på 321 millioner kroner i 2009. Fløysand Tak hadde en driftsinntekt på 27,6 millioner kroner i 2009.
- (140) Anbudssamarbeid er blant de mest alvorligste overtredelsene av konkurranseloven § 10, og samarbeid av denne typen er svært vanskelig å avdekke. Som det fremgår over er tilsynet av den oppfatning at de personer som har handlet på vegne av foretakene i denne saken har utvist forsett. Disse forhold taler i utgangspunktet for et betydelig overtredelsesgebyr.
- (141) Anbudsobjektets verdi er imidlertid relativt lav, og foretakene har heller ikke hatt noen konkret gevinst av overtredelsen. Konkurransetilsynet har vektlagt disse forhold i formildende retning ved utmålingen.
- (142) Konkurransetilsynet har også vektlagt i formildende retning at saken kun omfatter en enkeltstående overtredelse i forbindelse med én anbudskonkurranse.
- (143) Fløysand Tak har anført at det må vektlegges i formildende retning, at overtredelsen ikke har hatt virkning på markedet eller på andre aktører. Til dette bemerker Konkurransetilsynet at det i herværende tilfelle er tale om en formålsovertredelse som rammes av forbudet i § 10, og at det presumeres at det foreligger årsakssammenheng mellom samordningen og den aktuelle opptreden i markedet. Konkurransetilsynet kan ikke se at det har fremkommet opplysninger i tilsvaret som gir grunnlag for å tilbakevise presumsjonen, jf. redegjørelsen ovenfor i punkt 5.3.2.
- (144) Etter tilsynets oppfatning har Fløysand Tak opptreden heller ikke vært av en slik passiv karakter at det kan vektlegges i formildende retning, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav f.
- (145) Fløysand Tak har anført at bøtenivået i herværende sak er vesentlig høyere relativt sett enn det som tidligere er gitt i lignende saker. Konkurransetilsynet er imidlertid gjennom forskrift om overtredelsesgebyr gitt en betydelig skjønnsmargin ved utmåling av overtredelsesgebyr og gebyret er utmålt i tråd med de prinsipper som er oppstilt i forskriften.
- (146) Basert på ovennevnte momenter har tilsynet kommet til at overtredelsesgebyrene i denne saken bør ligge vesentlig under maksimalgrensen på 10 prosent av foretakenes omsetning, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 2 annet ledd bokstav a. Konkurransetilsynet har ut fra en helhetsvurdering kommet til at Fløysand Tak skal ilegges et overtredelsesgebyr på 350 000 kroner og IcopalTak ilegges et overtredelsesgebyr på 1 200 000 kroner.

8 Lempning

8.1.1 Utgangspunkt

(147) Ved utmåling av gebyr etter konkurranseloven § 29 for overtredelse av § 10, skal det tas hensyn til om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaring av egen eller andres overtredelse, jf. konkurranseloven § 31. Formålet med lempningsadgangen er å gi deltakere i ulovlige samarbeid insentiver til å bryte ut av samarbeidet, og bidra til Konkurransetilsynets arbeid med å avsløre alvorlige brudd på konkurranseloven.⁴⁸ Forskrift om overtredelsesgebyr gir nærmere regler om lempning.

(148) Forskrift om overtredelsesgebyr § 4 regulerer når hel lempning skal gis, og lyder som følger:

”Hel lempning skal gis dersom foretaket av eget tiltak er det første til å fremlegge bevis, som beskrevet i § 5, som er tilstrekkelig til å:

- a) få beslutning om bevissikring etter konkurranseloven § 25 i forbindelse med en antatt overtredelse av konkurranseloven § 10, og Konkurransetilsynet på det tidspunkt opplysningene ble fremlagt, ikke var i besittelse av tilstrekkelige bevis til å kunne kreve slik beslutning, eller*
- b) bevise overtredelse av konkurranseloven § 10, og Konkurransetilsynet på det tidspunkt opplysningene ble fremlagt, ikke var i besittelse av tilstrekkelig bevis til å bevise slik overtredelse.*

Hel lempning gis likevel ikke dersom foretaket:

- a) ikke samarbeider fullt ut under hele Konkurransetilsynets saksbehandling, herunder opplyser om alle bevis som det kjenner til og besvarer enhver henvendelse fra Konkurransetilsynet i forbindelse med overtredelsen,*
- b) ikke opphører med deltakelsen i overtredelsen senest på det tidspunkt det fremlegger bevis etter første ledd bokstav a eller b, med mindre Konkurransetilsynet har anmodet om noe annet og*
- c) har søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen.*

Kun ett foretak kan gis hel lempning ved samme overtredelse.”

8.1.2 Konkret vurdering

(149) Anmodning om lempning av overtredelsesgebyr i henhold til konkurranseloven § 31 og forskrift om overtredelsesgebyr § 4, jf. § 8 ble inngitt fra IcopalTak i forbindelse med møte hos Konkurransetilsynet 19. februar 2010. Foretaket fremla bevis som var tilstrekkelig til å få beslutning om bevissikring etter konkurranseloven § 25 i forbindelse med antatt overtredelse av konkurranseloven § 10.

(150) Konkurransetilsynet var ikke i besittelse av tilstrekkelig bevis til å kunne kreve slik beslutning fra retten før 19. februar 2010. Følgelig er vilkårene i forskrift om overtredelsesgebyr § 4 første ledd, bokstav a oppfylt. IcopalTak ble ved brev 19. mars 2010 underrettet om at hel lempning vil bli gitt under forutsetning av at IcopalTak og øvrige foretak i samme konsern, opptrådte i overensstemmelse med de krav som forskriften § 4 annet ledd, bokstav a til c oppstiller.

(151) Det er Konkurransetilsynets oppfatning at IcopalTak har samarbeidet fullt ut under Konkurransetilsynets saksbehandling. Foretaket har bistått aktivt ved fremskaffelse av informasjon i forbindelse med Konkurransetilsynets kontroller og har stilt foretakets ansatte og ledelse tilgjengelig for forklaringsopptak. IcopalTak har også raskt besvart enhver henvendelse fra Konkurransetilsynet. De krav til samarbeid som kan utledes av forskrift om overtredelsesgebyr § 4 annet ledd, bokstav a, er dermed overholdt fra IcopalTak sin side fra tidspunktet for innlevering av lempningssøknaden og frem til i dag.

(152) IcopalTak har opphørt med deltakelse i overtredelsen i henhold til de krav forskrift om overtredelsesgebyr § 4 annet ledd, bokstav b stiller, og foretaket har heller ikke søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 4 annet ledd, bokstav c.

(153) Etter Konkurransetilsynets vurdering har IcopalTak oppfylt alle vilkårene for hel lempning av

⁴⁸ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 125 flg.

overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyret lempes derfor med 1 200 000 kroner og bortfaller følgelig i sin helhet.

9 Vedtak

- (154) På denne bakgrunn, og med hjemmel i konkurranseloven §§ 12 og 29, jf. § 10, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:
1. **Fløysand Tak AS ilegges et overtredelsesgebyr på kr 350 000 – trehundreogfemtitten – for overtredelse av konkurranseloven § 10.**
 2. **IcopalTak AS ilegges et overtredelsesgebyr på kr 1 200 000 – en million tohundretusen – for overtredelse av konkurranseloven § 10. IcopalTak AS innvilges hel lempning av overtredelsesgebyret etter konkurranseloven § 31, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 4.**
- (155) Det følger av konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum at overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Beløpet bes innbetalt på Konkurransetilsynets konto nr. 3227.10.00307. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.
- (156) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Fløysand Tak og IcopalTak kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å få prøvet vedtaket. Dersom saken bringes inn for domstolen vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvisteloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.
- (157) Konkurransetilsynet gjør videre oppmerksom på adgangen til innsyn i sakens dokumenter i medhold av forvaltningsloven §§ 18 og 19.

Med hilsen



Christine Meyer
konkurransedirektør



Håkon A. Cosma
juridisk direktør

Vedlegg

- Vedlegg 1 E-post 30. juni 2008 fra Veidekke til IcopalTak med prisforespørsel
- Vedlegg 2 E-post 30. juni 2008 fra Veidekke til Fløysand Tak med prisforespørsel
- Vedlegg 3 E-post 4. juli 2008 fra IcopalTak til Veidekke med tilbud
- Vedlegg 4 E-post 4. juli 2008 fra Fløysand Tak til Veidekke med tilbud
- Vedlegg 5 Brev 30. juni 2008 fra AS Takarbeid til Veidekke med tilbud
- Vedlegg 6 Tilbud 5. august 2008 fra Protan Tak til Veidekke
- Vedlegg 7 E-post 8. november 2010 fra Veidekke til Konkurransetilsynet
- Vedlegg 8 E-post 18. februar 2009 fra Protan Tak til Veidekke med revidert tilbud
- Vedlegg 9 E-postkorrespondanse 10. februar 2009 mellom Veidekke og Fløysand Tak med revidert pris
- Vedlegg 10 Brev 10. februar 2009 fra Tore Vågenes AS til Veidekke med tilbud
- Vedlegg 11 E-post 24. juni 2010 fra Veidekke til Konkurransetilsynet.
- Vedlegg 12 E-post 2. juli 2008 fra Fløysand til Skogvang med "*kalkyle håkonsvern.pdf*" som vedlegg
- Vedlegg 13 Protokoll fra forklaringsopptak med Fløysand 22. mars 2010
- Vedlegg 14 Protokoll fra forklaringsopptak med Fløysand 15. september 2010
- Vedlegg 15 Protokoll fra forklaringsopptak med Skogvang 15. september 2010
- Vedlegg 16 Brev 1. oktober 2010 fra BA-HR til Konkurransetilsynet
- Vedlegg 17 Kopi av forside IcopalTaks prosjektmappe Håkonsvern SJKE (beslag A-1-8)
- Vedlegg 18 Utskrift av Fløysand Taks prisoppstilling funnet i prosjektmappen for Håkonsvern SJKE hos IcopalTak
- Vedlegg 19 IcopalTaks kalkyle for Håkonsvern SJKE