

Deres ref.:

Vår ref.: 2007/1148
MAB HACO 536.0

Dato: 13. juli 2009

Vedtak V2009-17 – Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS – konkurranseloven § 29, jf. § 10 – vedtak om overtredelsesgebyr

1 Innledning

- (1) Det vises til Konkurransetilsynets varsel om vedtak 9. oktober 2008 (heretter "varselet"), Grunnarbeid AS (heretter "Grunnarbeid") og Gran & Ekran AS (heretter "Gran & Ekran") sine merknader til varselet 24. november 2008, samt øvrig korrespondanse og kontakt i anledning saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at partenes samarbeid i forbindelse med inngivelse av tilbud på rehabilitering av fem kommunale broer i Nord-Trøndelag, i anbudskonkurranse utlyst av Steinkjer kommune 8. juni 2007, er i strid med konkurranseloven² § 10.
- (3) Samarbeidet har ledet til en felles forståelse mellom partene om hvem som skulle fremstå med det beste tilbudet overfor kommunen, herunder at Gran & Ekran innga sitt tilbud uten å ha til hensikt å vinne anbudskonkurransen. Det ble således skapt et inntrykk overfor oppdragsgiver av at Grunnarbeid og Gran & Ekran innga to uavhengige og konkurrerende tilbud. Konkurransetilsynet legger til grunn at partene gjorde dette for at Grunnarbeids tilbud, som var relativt høyt priset, skulle fremstå som rimelig og konkurransedyktig.
- (4) På denne bakgrunn har konkurransetilsynet i medhold av konkurranseloven § 29 jf. § 10 besluttet å ilegge Grunnarbeid et overtredelsesgebyr på 5 000 000 kroner, og Gran & Ekran et overtredelsesgebyr på 2 000 000 kroner.
- (5) Konkurransetilsynet skal i henhold til EØS-konkurranseloven³ § 6 første ledd også anvende EØS-avtalen artikkel 53 i tilfeller hvor samhandelen mellom Norge og andre EØS-land er merkbart påvirket. Det legges til grunn at samhandelen ikke er merkbart påvirket i denne saken. EØS-avtalen artikkel 53 kommer således ikke til anvendelse.

¹ Opplysninger unntatt med hjemmel i lov av 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd § 13 første ledd jf. lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 13 første ledd nr. 2.

² Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

³ Lov av 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om partene

2.1.1 Gran & Ekran AS

- (6) Gran & Ekran⁴ ble stiftet i 1983. Foretaket eies av Gran & Ekran Holding AS. Sistnevnte selskap eies av Kjell Gran (80 prosent) og Jon Arne Ekran (20 prosent). Kjell Gran er daglig leder og leder av selskapets styre. Foretaket driver virksomhet innen bygge- og anleggstjenester i Trøndelag. I 2006 hadde foretaket en omsetning på 47,1 millioner kroner og i 2007 var omsetningen på 57,6 millioner kroner. Foretaket var i 2008 registrert med 44 ansatte i Arbeidstaker- / Arbeidsgiverregisteret.

2.1.2 Grunnarbeid AS

- (7) Grunnarbeid⁵ ble stiftet i 1986. Foretaket eies 100 prosent av Grunnarbeid Holding AS som på sin side eies 100 prosent av Per Kristian Alstad. Alstad er også daglig leder og styreleder i Grunnarbeid. I tillegg til Grunnarbeid, har holdingselskapet eierposter i Grunnarbeid Maskin og Utstyr AS, Murarbeid AS, Rørfornyng AS, Trøndelag Murhus AS og Snekkerarbeid AS. Grunnarbeid driver virksomhet innen bygge- og anleggstjenester i Trøndelag. I 2006 hadde foretaket en omsetning på 229,8 millioner kroner og i 2007 var omsetningen 235,5 millioner kroner. Foretaket var i 2008 registrert med 83 ansatte i Arbeidstaker- / Arbeidsgiverregisteret.

2.2 Oversikt over Steinkjer kommunes anbudsprosess

- (8) Steinkjer kommune offentliggjorde anbudsoppdraget på Doffin 8. juni 2007. Oppdraget bestod av rehabilitering av fem kommunale broer: Solnes, Borgan, Støstad, Fløra og Augla. Tre av broene hadde hovedkonstruksjoner i stål, én i betong, mens den femte var en stålørkulvert.⁶

Vedlegg 1. Steinkjer kommunes konkurransegrunnlag 28. juni 2007

- (9) Steinkjer kommune benyttet konsulentselskapet Safe Control AS (heretter "Safe Control") til utarbeidelse av konkurransegrunnlaget, samt til gjennomgang og vurdering av de innkomne tilbudene. Safe Control er et konsulentselskap som utfører inspeksjon og kartlegging av ulike typer byggverk og konstruksjoner av betong og stål.
- (10) Tilbudsinnbydelsen fra Steinkjer kommune inneholdt et detaljert konkurransegrunnlag og en beskrivelse av samtlige prosesser/arbeidsoppgaver som skulle prissettes av utførende entreprenør. Av konkurransegrunnlaget fremgår at det var anledning til å inngi pris på én, flere eller alle broene. Det var således ikke en forutsetning i konkurransegrunnlaget at tilbyderne hadde kapasitet til å utføre hele oppdraget.
- (11) Safe Control hadde på forhånd estimert totalkostnaden for utbedring av broene til totalt 3 050 000 kroner.⁷ Av konkurransegrunnlaget fremgår at byggherren ville velge det tilbudet som ble ansett som mest fordelaktig, og at det ved vurderingen av tilbudene ville bli tatt hensyn til entreprenørens kvalifikasjoner, pris, kvalitet, drift- og vedlikeholdskostnader, samt leveringstid.
- (12) Etter kunngjøringen på Doffin kontaktet Kjell Aaberg i Safe Control flere aktuelle entreprenører i området for å gjøre disse oppmerksomme på utlysningen. Etter tips fra kommunen, ved saksbehandler Sidsel Bryne, ble Gran & Ekran, Astra Bygg og Entreprenør AS, Brødrene Vangstad AS og Skanska Norge AS kontaktet.

Vedlegg 2. E-post 22. juni 2007 fra Sidsel Bryne til Safe Control ved Kjell Aaberg

- (13) Aktørene som ba om å få tilsendt konkurransegrunnlaget var Astra Bygg og Entreprenør AS, Gran & Ekran, Norpox Rehab AS, BM Overflateteknikk AS, Grunnarbeid, Brødrene Vangstad AS og Mesta AS.

⁴ Org. nr. 990 427 208.

⁵ Org. nr. 938 51 5948.

⁶ Større gjennomløp under vei, konstruert med stålør.

⁷ Safe Control sitt estimat ble oppgitt muntlig til tilsynet i møtet mellom Steinkjer kommune og Konkurransetilsynet.

- (14) Det ble gjennomført befaring 28. juni 2007. På befaringen deltok Astra Bygg og Entreprenør AS og Gran & Ekran.
- (15) Safe Control utarbeidet referat fra befaringen. Dette ble sendt per e-post 4. juli 2007 til samtlige aktører som hadde bedt om konkurransegrunnlaget.

Vedlegg 3. Safe Controls referat fra befaringen 28. juni 2007

Vedlegg 4. E-post 4. juli 2007 fra Kjell Aaberg (Safe Control)

2.3 Om de innkomne tilbud og kommunens gjennomgang av disse

- (16) Tilbudsfristen utløp 13. august 2007 kl 12.00. Det inkom kun to tilbud, henholdsvis fra Gran & Ekran og fra Grunnarbeid. Begge aktørene innga tilbud på en totalentreprise som omfattet samtlige fem broer i tilbudsinnbydelsen.

Vedlegg 5. Åpningsprotokoll

Vedlegg 6. Tilbud fra Gran & Ekran 13. august 2007

Vedlegg 7. Tilbud fra Grunnarbeid 13. august 2007

- (17) Tilbudet fra Gran & Ekran var på 11 047 010 kroner, mens Grunnarbeids tilbud var på 10 002 161 kroner. Delprisen for den enkelte bro, samt totalsummene for hvert av tilbudene, fremgår av tabellen nedenfor.

Tabell 1 :

	Sum	Solnes	Borgan	Støstad	Fløra	Augla
Gran & Ekran AS	11 047 010	6 090 850	2 132 250	1 407 600	593 410	822 900
Grunnarbeid AS	10 002 161	5 587 072	2 055 372	1 141 244	519 039	699 434

- (18) Totalsummen og samtlige delpriser var høyere i Gran & Ekrans tilbud, med unntak av maskiner og betongarbeid. Maskiner ble priset likt av selskapene, mens Grunnarbeid priset betongarbeidet ■ prosent høyere enn Gran & Ekran.
- (19) Ved gjennomgangen av de to tilbudene reagerte Safe Control på unormalt høye priser sammenliknet med andre sammenlignbare prosjekter. Prisene viste også vesentlige avvik i forhold til Statens vegvesens oversikt over gjennomsnittspriser i tilbud fra 2006.⁸ Safe Control ved Aaberg sendte på denne bakgrunn brev til kommunen 20. august 2007 med eksempler på poster som etter deres oppfatning var unormalt høyt priset.
- (20) Videre fremsatte Safe Control en anbefaling om at kommunen ikke burde inngå kontrakt med verken Grunnarbeid eller Gran & Ekran.

Vedlegg 8. Brev 20. august 2007 fra Safe Control til Steinkjer kommune

- (21) Safe Control sendte ytterligere et brev til kommunen 5. september 2007 hvor det ble påpekt at opplysninger i de to tilbudene om hvilke maskiner som skulle disponeres, herunder maskintype og årsmodell, samt prisene for maskinarbeider, var identiske. Videre påpekte Safe Control at det var en gjennomgående differanse mellom enhetsprisene til partene på samtlige betongprosesser. Differansen var på ■ prosent.

Vedlegg 9. Brev 5. september 2007 fra Safe Control til Steinkjer kommune

- (22) Kommunen sendte 12. september 2007 likelydene brev til Grunnarbeid og Gran & Ekran der det ble opplyst at den aktuelle tilbudskonkurransen var avlyst. Kommunen begrunnet avlysningen med at prisnivået på de innkomne tilbudene var langt høyere en budsjettet, og at kommunen derfor ikke hadde midler til å gjennomføre prosjektene.

Vedlegg 10. Brev 12. september 2007 fra Steinkjer kommune til Gran & Ekran

⁸ Prisoversikt bru, tunnel- og veibygging, bruvedlikehold og elektro 1998-2006 Gjennomsnittspriser i tilbud, utgitt av Statens vegvesen

Vedlegg 11. Brev 12. september 2007 fra Steinkjer kommune til Grunnarbeid

2.4 Konkurransetilsynets saksbehandling

- (23) Konkurransetilsynet ble i oktober 2007 kontaktet av advokat Jostein Østeraas hos Advokatene Østeraas, Horseng & Salberg ANS som representerte Steinkjer kommune. Advokat Østeraas opplyste at kommunen hadde mistanke om ulovlig samarbeid i forbindelse med en anbudskonkurranse om rehabilitering av fem kommunale broer i kommunen. Telefonsamtalene ble fulgt opp ved brev til Konkurransetilsynet 31. oktober 2007 vedlagt relevante dokumenter vedrørende anbudskonkurransen.

Vedlegg 12. Brev 31. oktober 2007 fra advokat Jostein Østeraas i Advokatene Østeraas, Horseng & Salberg ANS til Konkurransetilsynet

- (24) Etter begjæring fra Konkurransetilsynet avsa Bergen tingrett 15. april 2008 beslutning om bevissikring hos Gran & Ekran og Grunnarbeid etter konkurranse-loven § 25. Bevissikring ble gjennomført hos begge foretakene 23. april 2008. Det ble tatt beslag i dokumenter og elektronisk lagret materiale.
- (25) I forbindelse med bevissikringen ble det gjennomført forklaringsopptak av prosjektleder/sivilingeniør Jon Arne Ekran og sivilingeniør Per Grande i Gran & Ekran, samt daglig leder/styreformann Per Kristian Alstad og anleggsleder/arbeidende formann Jan Erik Holten i Grunnarbeid. Det ble gjennomført ytterligere forklaringsopptak av Grande og Holten 27. mai 2008.
- (26) I tillegg har Konkurransetilsynet avholdt møte med og innhentet ytterligere informasjon fra Steinkjer kommune. Tilstede på møtet var også konsultentselskapet Safe Control som bistod kommunen i forbindelse med den aktuelle anbudsprosessen.
- (27) Varsel om vedtak ble oversendt partene 9. oktober 2008, med frist for å inngi eventuelle merknader 7. november 2008. Grunnarbeid og Gran & Ekran anmodet om fristutsettelse henholdsvis i brev 5. november 2008 og per telefaks 7. november 2008. Fristutsettelse ble innvilget i e-post 7. november 2008. Ny frist for inngivelse av merknader ble fastsatt til 24. november 2008.

2.5 Partenes merknader til varselet

- (28) I det følgende gis en kort redegjørelse for Gran & Ekran og Grunnarbeids merknader til varselet. For øvrig behandles flere av anførselene løpende i vedtaket.
- (29) Begge parter innga merknader til varselet 24. november 2008. Det fremgår av merknadene at Grunnarbeid og Gran & Ekran bestrider at det foreligger en overtredelse av konkurranse-loven § 10.

2.5.1 Grunnarbeid

- (30) Prinsipalt anfører Grunnarbeid at partene var berettiget til å samarbeide ettersom de verken er faktiske eller potensielle konkurrenter. Ifølge Grunnarbeid var ingen av partene i stand til på egenhånd å utføre oppdraget slik at det forelå et lovlig prosjektsamarbeid.
- (31) Grunnarbeid gjør videre gjeldende at partene rettmessig kunne ha samarbeidet om inngivelse av ett felles anbud, og at det således heller ikke kan være i strid med konkurranse-loven § 10 å inngi to separate tilbud. Verken det at Grunnarbeid oversendte sine priser til Gran & Ekran eller det at Gran & Ekran innga et tilbud basert på Grunnarbeids priser er, i følge Grunnarbeid, lovstridig. Samarbeidet skjedde som ledd i at partene skulle benytte hverandre som underleverandører. I denne sammenheng viser Grunnarbeid også til at partene ikke var forpliktet til å opplyse om underleverandørforholdet til kommunen som anbudsinnyder.
- (32) Subsidiært anfører Grunnarbeid at dersom samarbeidet er ulovlig, er det av en slik karakter at det bør vurderes om det i det hele tatt skal ilegges overtredelsesgebyr. Under enhver omstendighet kan det ikke være grunnlag for annet enn et symbolsk gebyr.

2.5.2 Gran & Ekran

- (33) Gran & Ekran anfører prinsipielt at samarbeidsvilkåret i konkurranse-loven § 10 ikke er oppfylt ettersom partene ikke har uttrykt noen felles vilje til å innrette sin atferd på en bestemt måte. Det gjøres videre gjeldende at partene verken er faktiske eller potensielle konkurrenter. I denne sammenheng viser Gran & Ekran til at det foreligger et lovlig prosjektsamarbeid, herunder at partene benyttet hverandre som underleverandører.
- (34) Videre anfører Gran & Ekran at partene lovlig kunne ha inngitt ett tilbud, og at det således ikke kan være i strid med konkurranse-loven § 10 å utveksle priser for deretter inngi to tilbud. I denne sammenheng viser Gran & Ekran også til at de skal ha blitt oppfordret av kommunen til å inngi et eget tilbud.
- (35) Subsidiært anfører Gran & Ekran at det under enhver omstendighet ikke er grunnlag for et gebyr i den størrelsesorden som er varslet, ettersom de varslede handlingene må anses som uaktsomme, ikke forsettlige.

2.6 Nærmere beskrivelse av partenes samarbeid

2.6.1 Innledning

- (36) Det vil i det følgende redegjøres nærmere for partenes samarbeid i den aktuelle anbudskonkurransen. Redegjørelsen er basert på materialet beslaglagt under bevissikringer hos Gran & Ekran og Grunnarbeid, samt forklaringsopptak av prosjektleder/sivilingeniør Jon Arne Ekran og sivilingeniør Per Grande i Gran & Ekran, samt daglig leder/styreformann Per Kristian Alstad og anleggsleder/arbeidende formann Jan Erik Holten i Grunnarbeid.

2.6.2 Om samarbeidets omfang

- (37) Før utløpet av tilbudsfristen, oppga Grande i Gran & Ekran sine kalkulerte priser for betongarbeidet til Grunnarbeid, jf. forklaringsopptak av Grande 23. april 2008.

Vedlegg 13. Protokoll fra forklaringsopptak av Grande 23. april 2008

- (38) Grande har senere forklart at Gran & Ekrans priser for betongarbeidet ble gitt til Grunnarbeid ved Holten per telefon fredag 10. august 2007.

Vedlegg 14. Protokoll fra forklaringsopptak av Grande 27. mai 2008

- (39) Holten kunne i forklaringsopptak 23. april 2008 ikke huske hvordan Grunnarbeid fikk prisene fra Gran & Ekran, men viste til at informasjon om dette skulle ligge i arbeidsmappen, jf. vedlegg 15 punkt 11.

Vedlegg 15. Protokoll fra forklaringsopptak med Holten 23. april 2008

- (40) I Holtens arbeidsmappe (beslag B-6-1) fant Konkurransetilsynet utskrifter av kalkylene for de enkelte broene. Den første utskriften, datert 9. august 2007, inneholder ikke opplysninger om betongprisene, men disse prisene fremgår av en senere utskrift, datert 10. august 2007 kl. 13.48. Dette støtter Grandes forklaring om at Grande og Holten snakket sammen om prisene for betongarbeidet per telefon fredag 10. august 2007.

Vedlegg 16. Utskrift av kalkylene til Holten av 9. august 2007

Vedlegg 17. Utskrift av kalkylene til Holten av 10. august 2007

- (41) Grande og Holten har avgitt samsvarende forklaringer vedrørende Grunnarbeids innhenting av priser på betongarbeider fra Gran & Ekran. Det vises til punkt 16 (4 avsnitt) i forklaringsopptak med Grande 23. april 2008 og til punkt 11 i forklaringsopptak av Holten 27. mai 2008.
- (42) Grande har i forklaringsopptak 23. april 2008 videre forklart at det var enighet mellom Grande og Holten om at Gran & Ekran skulle få opplyst prisene fra Grunnarbeid som ikke omfattet betong.
- (43) Konkurransetilsynet fant ved gjennomgang av det beslaglagte materialet en e-post sendt fra Holten til Grande av 10. august 2007 kl. 14.21 med følgende innhold:

”Hei. Oversender filer med priser for bruer i Steinkjer. NB! Konfidensielt før anbudsåpning er avholdt. Vi snakkes på tlf på mandag før innlevering. Vi kommer til å skrive noe i følgeskrivet. Kanskje vi skal se litt på vektleggingen som Steinkjer kommune kommer til å utføre på anbyderne før innlevering.”

Vedlegg 18. E-post fra Holten til Grande av 10. august 2007 med vedlegg

- (44) Vedlagt Holtens e-post til Grande, fulgte fem filer med fullstendige pristilbud for hver enkelt bro. Av filene fremgår også prisene for betongarbeidet som Grunnarbeid tidligere hadde mottatt fra Gran & Ekran, med et påslag på ■ prosent.
- (45) Prisene i filene som ble oversendt fra Grunnarbeid til Gran & Ekran er identiske med prisene som inngår i tilbudet Grunnarbeid senere inngir til Steinkjer kommune, jf. vedlegg 7. I e-posten legges det opp til ytterligere kontakt mellom Grande og Holten, blant annet om ”vektleggingen som Steinkjer kommune kommer til å utføre på anbyderne”.
- (46) Grande har i forklaringsopptak av 23. april 2008 opplyst at han fikk oversendt samtlige priser fra Grunnarbeid, med unntak av priser på betongarbeidet. Forklaringsopptaket ble gjennomført før tilsynet fant e-posten 10. august 2008 som viser at samtlige priser ble oversendt.
- (47) Hensett til foreliggende dokumentasjon er det ikke tvilsomt at samtlige priser ble oversendt fra Grunnarbeid til Gran & Ekran før tilbudsfristen utløp.
- (48) Grande har i sine forklaringer for Konkurransetilsynet erkjent at han benyttet prisene fra Grunnarbeid som grunnlag for sine beregninger med tillegg av egen fortjeneste, jf. vedlegg 13 og 14. Grande mener imidlertid at dette var en naturlig konsekvens av at partene skulle benytte hverandre som gjensidige underleverandører på oppdraget.
- (49) Videre opplyste Grande i forklaringsopptak 27. mai 2008 (vedlegg 14) at han ikke har tatt vare på beregningene som ble foretatt. Holtens kalkyler (vedlegg 15 og 16), sammenholdt med Gran & Ekrans tilbud til Steinkjer kommune (vedlegg 6), underbygger Grandes forklaringer. Betongprisene i Gran & Ekrans tilbud til kommunen var identiske med prisene de tidligere hadde oppgitt til Grunnarbeid.
- (50) Som forespeilet i Holtens e-post av 10. august 2007 til Grande (vedlegg 17), der Holten foreslo at partene ”[k]anskje [skulle] se litt på vektleggingen som Steinkjer Kommune kommer til å utføre på anbyderne før innlevering”, diskuterte partene i ettertid forbehold i tilbudene. Holten har forklart at forbehold vektlegges særlig sterkt av offentlige innkjøpere. Holten antar i sin forklaring av 27. mai 2008 (vedlegg 19 punkt 5) at han snakket med Grande mandag 13. august 2007.
- (51) Mandag 13. august 2007 kl. 08.30 sendte Holtens overordnede, Finn Sefaniassen, en e-post til Grande vedlagt Grunnarbeid sin fremdriftsplan for rehabiliteringsprosjektet.

Vedlegg 19. Protokoll fra forklaringsopptak med Holten, 27. mai 2008

Vedlegg 20. E-post fra Finn Sefaniassen til Grande 13. august 2007 kl. 08.30 med vedlegg (fremdriftsplan)

- (52) Vedlegget til Sefaniassens e-post av 13. august 2007 bekrefter at det etter samtale mellom partene ble oversendte opplysninger om fremdriftsplaner, som også forespeilet i e-posten 10. august 2007.
- (53) Det fremgår av referat fra tilbudsbeifaring 28. juni 2007 (vedlegg 3) at leveringstid skulle vektles med 5-15 prosent ved vurdering av tilbudene. Begge parter var således kjent med at leveringstid ville være av betydning for kommunen ved vurderingen av tilbudene.
- (54) Det følger av partenes fremdriftsplaner at Gran & Ekran har beregnet lengre tidsbruk enn Grunnarbeid for samtlige broer.

Vedlegg 21. Fremdriftsplan for Gran & Ekran datert 13. august 2009

9 Fremdriftsplanen for Grunnarbeid (vedlagt Finn Sefaniassens e-post til Grande av 13. august 2007) er datert 5. august 2008, formentlig feilskrift for 5. august 2007.

- (55) Gran & Ekrans tilbud fremstod således som mindre fordelaktig overfor kommunen enn Grunnarbeids tilbud med hensyn til leveringstid.
- (56) Gran & Ekran tok forbehold overfor Steinkjer kommune vedrørende utbedring av Støstad bro, jf. vedlegg 6. Dette forbeholdet ble Holten orientert om av Grande per telefon forut for anbudsåpningen. Holten utarbeidet et notat fra denne telefonsamtalen. Dette notatet ble funnet i Holtens arbeidsmappe (jf. beslag B-6-1).

Vedlegg 22. Holtens udaterte notat fra telefonsamtalen med Grande

- (57) Grunnarbeid valgte å inngi tilbud på Støstad bro uten tilsvarende forbehold. Holten har opplyst at bakgrunnen for dette var å unngå at kommunen skulle forkaste Grunnarbeids tilbud, jf. forklaringsopptaket av 27. mai 2008 punkt 1 (vedlegg 19). Holten opplyste i forklaringsopptaket at han informerte Grande om denne vurderingen forut for tilbudsfristen.
- (58) Grande var således før tilbudsfristen kjent med at Grunnarbeid ikke ville videreføre Gran & Ekrans forbehold om Støstad bro overfor kommunen. Gran & Ekran opprettholdt imidlertid sitt eget forbehold overfor kommunen, selv om dette ville medføre at tilbudet fremstod som mindre fordelaktig enn Grunnarbeids tilbud.
- (59) Videre hadde partene kontakt i forbindelse med utferdigelse av priser for bruk av maskiner. Dette omfatter informasjon både om tilgjengelige maskintyper og timepriser. Prisene er identiske i de to inngitte tilbudene og viser også at Gran & Ekran ikke har lagt til eget påslag.

Vedlegg 23. Skjema F6 "Timepriser maskiner" fra Grunnarbeid

Vedlegg 24. Skjema F6 "Timepriser maskiner" fra Gran & Ekran

- (60) Holten bekreftet i forklaringsopptak 27. mai 2008 (vedlegg 19 punkt 16) at den håndskrevne teksten i skjema F6 (vedlegg 23) i Grunnarbeids tilbud til Steinkjer kommune er utferdiget av ham. Holten kunne imidlertid ikke huske konkret hvordan prisene ble kalkulert, men mente prisene var basert på erfaringstall. Han kunne heller ikke huske om det var kontakt med Gran & Ekran om dette.

2.6.3 Oppsummering

- (61) Gjennomgangen ovenfor viser at Gran & Ekran og Grunnarbeid har samarbeidet forut for inngivelse av tilbudene til Steinkjer kommune.
- (62) Samarbeidet skjedde ved at Gran & Ekran før utløpet av tilbudsfristen oversendte sine betongpriser til Grunnarbeid. Videre ved at Grunnarbeid oversendte sine priser for samtlige av de fem broene til Gran & Ekran. I tillegg ble fremdriftsplaner og mulige forbehold knyttet til prisen og mengden betong vedrørende én av broene, utvekslet mellom partene.

3 Overtredelse av konkurranseloven § 10

3.1 Nærmere om det rettslige grunnlaget

- (63) Etter konkurranseloven § 29 kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr for brudd på § 10. Det kan også pålegges opphør av den ulovlige atferden i medhold av konkurranseloven § 12.
- (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 utsalgpriser 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 tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

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 utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 81 og EØS-avtalen artikkel 53. 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 § 10.¹⁰ Ved vurderingen av om samarbeidet innebærer en ulovlig konkurransebegrensning, henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkingsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid.¹¹
- (66) Det oppstilles nærmere vilkår som må være oppfylt for at forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd skal anses overtrådt. For det første må en markedsatferd være resultat av en ”avtale”, ”samordnet opptreden” eller en ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak”. For det andre må samarbeidet skje mellom uavhengige foretak. For det tredje må samarbeidet ha ”til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. For det fjerde må konkurransen begrenses merkbart.
- (67) Merkbarehetskravet fremkommer ikke direkte av lovteksten, men det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det må oppstilles et merkbarehetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS-retten.¹² Ved vurdering av merkbarehetsvilkåret kan det hentes veiledning fra EFTAs overvåkingsorgans kunngjøring om avtaler av mindre betydning.¹³ Anvendelsen av § 10 første ledd i den foreliggende sak beskrives nedenfor i punkt 3.
- (68) På nærmere bestemte vilkår vil den konkurransebegrensende atferden likevel kunne være tillatt, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd. Dette forutsetter at konkurransebegrensningen leder til samfunnsøkonomiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, samtidig som konkurransen ikke kan utelukkes for en vesentlig del av det relevante markedet. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig. Anvendelsen av unntaksbestemmelsen i den foreliggende sak behandles nærmere under punkt 3.4.

10 Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 224.

11 EFTAs overvåkingsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid, EF-tidende C266/01, 31.10.2002 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 55/1, 31.10.2002.

12 Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 225.

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

3.2 Nærmere om vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd

3.2.1 Samarbeid mellom uavhengige foretak

- (69) Det er et vilkår for at konkurranseloven § 10 skal komme til anvendelse at samarbeidet foreligger mellom uavhengige foretak.
- (70) Det er på det rene at Gran & Ekran og Grunnarbeid begge er foretak, jf. konkurranseloven § 2. Det foreligger ikke eierinteresser mellom selskapene og ingen av aksjonærene har eierinteresser i begge selskaper. Etter dette legger Konkurransetilsynet til grunn at foretakene er uavhengige av hverandre.
- (71) Videre må det for at konkurranseloven § 10 første ledd skal komme til anvendelse foreligge et samarbeid mellom foretakene. Samarbeidet kan enten skje gjennom avtale eller samordnet opptreden.
- (72) Samarbeidets form er ikke avgjørende, både skriftlige og muntlige, uttrykkelige og stilletiende avtaler omfattes. Det er heller ikke krav om at avtalen må være juridisk bindende. Det avgjørende er om de involverte virksomheter har uttrykt en felles vilje til å innrette sin markedsatferd på en bestemt måte.¹⁴
- (73) Med samordnet opptreden menes at foretak, uten at det foreligger avtale, opptrer i samforstand på en bestemt måte. For at det skal foreligge samordnet opptreden kreves at det har vært en eller annen form for kontakt mellom foretakene.¹⁵
- (74) Det fremgår av redegjørelsen ovenfor i punkt 2.6 at Gran & Ekran og Grunnarbeid har samarbeidet i anbudskonkurransen utlyst av Steinkjer kommune. Partene har heller ikke bestridt at det har foreligget et slikt samarbeid. Partene gjør imidlertid gjeldende at dette skjedd som ledd i at de skulle benytte hverandre som underleverandører.
- (75) Konkurransetilsynet legger således til grunn at samarbeidskriteriet er oppfylt.

3.2.2 Konkurransbegrensningskriteriet

- (76) Konkurranseloven § 10 første ledd omfatter samarbeid med konkurransebegrensende "formål eller virkning". Vilråene er alternative.¹⁶ Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen er forbudt i seg selv, og det er ikke nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkning i det relevante markedet.¹⁷
- (77) Det bemerkes at "formål" etter konkurranseloven § 10 er et objektivt begrep. Partenes subjektive formål er således ikke avgjørende for om det foreligger en overtredelse.¹⁸ Forsett eller uaktsomhet er imidlertid vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr. Dette behandles nedenfor under punkt 4.1.2.
- (78) Anbudssamarbeid innebærer at foretak samarbeider om inngivelse av tilbud i en anbudskonkurranse. Ulovlig samarbeid om inngivelse av anbud kan ta mange former, og kan for eksempel innebære at konkurrenter fordeler oppdrag mellom seg, fastsetter priser, og/eller blir enige om hvem som skal inngi det beste tilbudet i en aktuell anbudskonkurranse.
- (79) Formålet med en anbudsporsess 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.¹⁹
- (80) Når tilbud inngis etter kontakt mellom konkurrenter reduseres usikkerheten om utfallet, ettersom tilbyderne har kunnskap om hvordan de andre kommer til å opptre i anbudskonkurransen.²⁰ Det

¹⁴ Sak T-9/99 HFB Holding mot Kommissjonen premiss 211-212 og sak C-2/01P/3/01P Bayer mot Kommissjonen, premiss 97.

¹⁵ Sak C-192/92 P Hüls AG mot Kommissjonen, Sml. 1999 s. I-4287, premiss 160.

¹⁶ Se ECJ sak 56/65, Société Technique Minière.

¹⁷ Se for eksempel sak T-62/98, Volkswagen AG mot Kommissjonen [2000] ECR II-2707, premiss 178.

¹⁸ Jf. Kolstad og Ryssdal, Norsk konkurranserett" bind 1, Oslo 2007, side 271.

¹⁹ Jf. Forenede saker 40/73 etc. Suiker Unie mfl. v. kommissjonen Saml. 1975 s 1663 premiss 26-28 og 173-174.

²⁰ Jf. Forenede saker 40/73 etc. Suiker Unie v kommissjonen saml. 1975 s. 1663 premiss 175.

foreligger således en presumsjon for at kontakten har påvirket anbudskonkurransen.²¹ I tillegg er kjøper forledet til å tro at det har funnet sted en reell konkurranse mellom tilbyderne.

- (81) I henhold til praksis fra EF-domstolen vil anbudssamarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter vanligvis ha et konkurransebegrensende formål.²² Imidlertid kan samarbeid som gjelder enkeltprosjekter, såkalt prosjektsamarbeid, i visse tilfeller være lovlig etter konkurranseloven § 10.²³
- (82) Det er i punkt 2.6 ovenfor redegjort nærmere for det samarbeidet som har foreligget mellom Grunnarbeid og Gran & Ekran før partene innga tilbud til Steinkjer kommune.
- (83) Samarbeidet skjedde ved at Gran & Ekran før utløpet tilbudsfristen oversendte sine betongpriser til Grunnarbeid. Videre ved at Grunnarbeid oversendte sine priser for samtlige av de fem broene til Gran & Ekran. I tillegg ble fremdriftsplaner og mulige forbehold knyttet til prisen og mengden betong vedrørende én av broene, utvekslet mellom partene.
- (84) Konkurransetilsynet legger til grunn at partenes samarbeid har ledet til en felles forståelse mellom foretakene om at Grunnarbeid skulle fremstå med det beste tilbudet overfor kommunen, samt at det forelå en felles forståelse om at Gran & Ekran innga sitt tilbud uten å ha til hensikt å vinne anbudskonkurransen.
- (85) Samarbeidet har således ført til at Grunnarbeids tilbud kunne fremstå som rimelig og konkurransedyktig i anbudskonkurransen, til tross for at dette må anses å være relativt høyt priset. Det vises i denne forbindelse til at laveste tilbud og sluttsum for identiske arbeider på Borgnes bru og Støstad bru i den nye anbudskonkurransen avholdt av Steinkjer kommune i 2008, utgjorde henholdsvis 49 og 30 prosent av Grunnarbeids delpriser på de samme broene.

Vedlegg 25. E-post 16. mars 2009 fra Safe Control til Konkurransetilsynet

Vedlegg 26. E-post 27. mars 2009 fra Safe Control til Konkurransetilsynet

- (86) Utvekslingen av priser, fremdriftsplaner og mulige forbehold mellom partene, samt at Gran & Ekran innga tilbud uten å ha til hensikt å vinne konkurransen, innebar uavhengig av bakenforliggende årsaker, at den usikkerhet som ellers ville ha foreligget mellom partene ble fjernet. I tillegg ble det overfor Steinkjer kommune gitt inntrykk av at det forelå reell konkurranse mellom Gran & Ekran og Grunnarbeid, noe som ikke var tilfellet.^{24 25}
- (87) Partene har i merknadene til varselet gjort gjeldende at de verken er faktiske eller potensielle konkurrenter, og at det således ikke foreligger noen overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd.
- (88) Til dette bemerkes at både Gran & Ekran og Grunnarbeid innga hvert sitt tilbud til Steinkjer kommune. Ved å inngi separate tilbud på totalentreprisen, har partene hver for seg påtatt seg all risiko for gjennomføring av prosjektet. De har overfor Steinkjer kommune fremstått som faktiske konkurrenter. At et foretak ikke har kompetanse innenfor alle fagområder av en entreprise kan derfor ikke være avgjørende i vurderingen av om foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter i forhold til den aktuelle anbudskonkurransen.
- (89) Gran & Ekran har i sitt tilsvarende også vedlagt en erklæring fra Odd Einar Kne AS, som bekrefter at firmaet ble forespurt om å være underentreprenør i anbudskonkurransen. Det faktum at Gran & Ekran sendte en forespørsel til en aktuell underentreprenør underbygger tilsynets vurdering av at partene kunne ha vært konkurrerende totalentreprenører for denne typen oppdrag.
- (90) Etter Konkurransetilsynets oppfatning må Grunnarbeid og Gran & Ekran under enhver omstendighet anses som potensielle konkurrenter.

21 Jf. Sak C-199/92 P Hüls AG v kommisjonen Saml. 1999 s. I 4287 premiss 162.

22 Se som eksempel forenede saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mot Kommisjonen, premiss 136.

23 Se nærmere de horisontale retningslinjer avsnitt 24 og Konkurransetilsynets veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid av 15. august 2008 ("Konkurransetilsynets veiledning") side 7-8 med videre henvisninger.

24 Sml. Marknadsdomstolens dom av 28.05.2009, 2009:11 Dnr A 2/07 side 88.

25 Se Apex Asphalt and paving Co Limited v OFT (CAT 4 case 1032/1/1/04 datert 24 februar 2005 para 249.

- (91) Gran & Ekrans anførsel om at bakgrunnen for at de innga tilbud i den aktuelle konkurransen var at Steinkjer kommune kom med en direkte henvendelse og at de ønsket å opprettholde et godt forhold til kommunen i håp om å komme i betraktning på mer interessante oppdrag senere, er uten betydning for den konkurranserettslige vurderingen av det samarbeidet som fant sted. Gran & Ekrans anbud er ikke reelt i den forstand at de hadde kunnskap om at tilbudet ikke ville bli valgt av kommunen, ettersom dette var høyere enn Grunnarbeids.
- (92) Partene har videre anført at samarbeidet ikke er i strid med konkurranseloven § 10 som følge av at det foreligger et lovlig prosjektsamarbeid.
- (93) Kjernen i et prosjektsamarbeid er et horisontalt eller vertikalt samarbeid mellom foretak som resulterer i at foretakene leverer felles anbud eller tilbud for felles levering av varer og tjenester i tilknytning til hele eller deler av et enkeltstående prosjekt.
- (94) For at samarbeid om enkeltprosjekter ikke skal virke konkurransebegrensende, er det en forutsetning at partene ikke kunne utført oppdraget hver for seg. I den utstrekning partene ikke kan gjennomføre prosjektet individuelt, anses ett felles anbud normalt ikke å utelukke en konkurrent. Det må foretas en konkret vurdering av om samarbeidet knyttet til det aktuelle enkeltprosjektet begrenser konkurransen. Relevante momenter vil blant annet være om partene har en reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt på de vilkår og betingelser som er angitt i tilbudsinvitasjonen, herunder om det kan bys på hele eller deler av prosjektet. Det er derfor en forutsetning at partene ikke fremstår som faktiske eller potensielle konkurrenter i forhold til det enkelte prosjekt.
- (95) Idet Konkurransetilsynet har lagt til grunn at partene i hvert fall må anses som potensielle konkurrenter i den aktuelle anbudskonkurransen er det på det rene at vilkårene for lovlig prosjektsamarbeid ikke er oppfylt.
- (96) Konkurransetilsynet har, som det fremgår ovenfor, lagt til grunn at samarbeidet ledet til en felles forståelse om hvem av de to foretakene som skulle fremstå med det beste tilbudet overfor oppdragsgiver, og det har derfor ikke vært nødvendig å ta stilling til om Grunnarbeid og Gran & Ekran lovlig kunne ha brukt hverandre som underleverandører i en reell konkurransesituasjon.
- (97) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det ikke foreligger noe lovlig prosjektsamarbeid etter konkurranseloven § 10 første ledd.

3.2.3 Konklusjon – konkurransebegrensningskriteriet

- (98) Konkurransetilsynet har på bakgrunn av det ovennevnte kommet til at partene har samarbeidet om inngivelse av tilbud til Steinkjer kommune. Samarbeidet har ført til enighet om hvem av partene som skulle fremstå med det beste tilbudet overfor kommunen. Kommunen har således blitt forledet til å tro at Grunnarbeid og Gran & Ekran fremsatte to separate og konkurrerende tilbud. Dette ble gjort for at Grunnarbeids tilbud skulle fremstå som rimelig og konkurransedyktig.
- (99) Konkurransetilsynet legger således etter en objektiv vurdering til grunn at samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10. Det er derfor ikke nødvendig å vurdere de konkurransebegrensende virkningene av samarbeidet nærmere.

3.2.4 Merkbar begrensning av konkurransen

- (100) Som det fremgår i avsnitt 67 ovenfor må det innfortolkes et fjerde vilkår i konkurranseloven § 10 om at samarbeidet må begrense konkurransen merkbart.
- (101) Hvorvidt merkbarhetskriteriet er oppfylt beror på en helhetsvurdering der blant annet aktørenes størrelse, markedsforholdene og den aktuelle konkurransebegrensningens karakter er sentrale momenter.²⁶
- (102) EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avtaler av mindre betydning, som blant annet omfatter enkelte former for samarbeid mellom konkurrerende foretak med en samlet

²⁶ Jf. Beguelin mot GL Import Export, Sak 22/71, domssamling 1971 side 257. Norsk konkurranserett side 289. flg.²⁶ og Ole-Andreas Rognstad, Bagatellavtaler i EFs konkurranserett, Oslo, 1992, side 39 flg.

markedsandel på under 10 prosent,²⁷ 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. Kunngjøringen får således ikke anvendelse for begrensninger med konkurransebegrensende formål som i denne saken.

- (103) For overtredelser med et konkurransebegrensende formål skal det lite til for at merkbarhetskravet er oppfylt. Begrunnelsen for dette er at samarbeid med konkurransebegrensende formål etter sin art innebærer alvorlige virkninger på konkurransen, og således gjennomgående må anses å medføre en merkbar begrensning av konkurransen.²⁸
- (104) I henhold til EU-praksis og teori vil prissamarbeid, markedsdeling, begrensning av produksjon eller salg og utveksling av prisinformasjon vanligvis ha et konkurransebegrensende formål. Anbudssamarbeid inneholder vanligvis elementer av både prissamarbeid og markedsdeling, og vurderes derfor strengt. Det er således en lav terskel for når det kan legges til grunn at merkbarhetskravet vil være oppfylt.²⁹ Det kan 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 concentration with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted.”³⁰

- (105) I foreliggende sak er det tale om samarbeid i forbindelse med inngivelse av tilbud i en anbudskonkurranse utlyst av Steinkjer kommune. Ved å samarbeide om tilbudene foreligger det ikke lenger noen konkurranse om oppdraget mellom partene. Dette gjelder særlig hvor antallet tilbydere er begrenset, som i denne saken.
- (106) Konkurransetilsynet legger således til grunn at merkbarhetskravet er oppfylt.

3.3 Konklusjon – konkurranseloven § 10 første ledd

- (107) Konkurransetilsynet har kommet til at vilkårene i § 10 første ledd er oppfylt. Spørsmålet som skal drøftes er etter dette om det foreligger grunnlag for individuelt fritak i medhold av § 10 tredje ledd.

3.4 Unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10 tredje ledd

- (108) Det følger av konkurranseloven § 10 tredje ledd at et konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet i første ledd likevel kan anses som lovlig dersom fire kumulative vilkår er oppfylt.
- (109) 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).³¹
- (110) Det er et vilkår 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 partene til gode, regnes ikke som økonomiske fordeler. For at unntaket i § 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. bestemmelsen bokstav b. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig, jf. bokstav a.
- (111) Det er de parter som ønsker å påberope seg unntaket § 10 tredje ledd som må godtgjøre at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

²⁷ Jf. punkt 7.

²⁸ Se for eksempel sak T-374/94, European Night Services mot Commission.

²⁹ 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.

³⁰ OJ L140/17.

³¹ EFTAs overvåkningsorgan retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3).

- (112) Det er ikke fremkommet opplysninger i denne saken som tilsier at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. Under enhver omstendighet må det kunne legges til grunn at det ikke foreligger faktiske forhold som underbygger at det var ”absolutt nødvendig”, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd bokstav a, for aktørene å samarbeide om prissetting og andre konkurranseparametre som fremdriftsplan og forbehold for å innlevere tilbud til Steinkjer kommune.
- (113) Regelen om gruppefritak med hjemmel i konkurranseloven § 10 fjerde ledd kommer heller ikke til anvendelse i denne saken.
- (114) På bakgrunn av ovennevnte legger Konkurransetilsynet til grunn at vilkårene i § 10 tredje ledd ikke er oppfylt.

3.5 Konklusjon – konkurranseloven § 10

- (115) Konkurransetilsynet har kommet til at samarbeidet mellom Gran & Ekran og Grunnarbeid i forbindelse med anbudskonkurransen utlyst av Steinkjer kommune har et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10 første ledd.
- (116) Vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd er ikke oppfylt, og samarbeidet er ikke omfattet av gruppefritak etter konkurranseloven § 10 fjerde ledd. Samarbeidet er således i strid med konkurranseloven § 10.

4 Overtredelsesgebyr

4.1 Rettslig grunnlag

- (117) Foretak som forsettlig eller uaktsom overtrer konkurranseloven § 10 kan ilegges overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 bokstav a eller straff etter § 30 første ledd bokstav a. Anbudssamarbeid er en alvorlig overtredelse av konkurranseloven og vil normalt bli sanksjonert med overtredelsesgebyr eller straff.
- (118) Det fremgår av konkurranselovens forarbeider at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) side 41.
- (119) Konkurransetilsynet finner i denne saken at det under enhver omstendighet må legges til grunn at også et eventuelt krav til klar sannsynlighetsovervekt er oppfylt.

4.1.1 Objektive vilkår

- (120) Det er en forutsetning for ileggelse av overtredelsesgebyr at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven. Som det fremgår ovenfor under punkt 3 legger Konkurransetilsynet til grunn at Gran & Ekran og Grunnarbeid har overtrådt forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 i forbindelse med inngivelse av tilbud på rehabilitering av fem kommunale broer i Nord-Trøndelag.

4.1.2 Subjektive vilkår

- (121) Det følger av konkurranseloven § 29 at skyldkravet omfatter både uaktsom og forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 10.
- (122) Etter Konkurransetilsynets oppfatning foreligger det i denne saken en forsettlig overtredelse begått av Gran & Ekran og Grunnarbeid og/eller noen som handlet på foretakenes vegne. Partene har med viten og vilje inngått et konkurransebegrensende samarbeid i forbindelse med inngivelse av tilbud om rehabilitering av fem kommunale broer i Nord-Trøndelag, utlyst av Steinkjer kommune 8. juni 2007. I denne sammenheng legges særlig vekt på ordlyden og innholdet i Holtens e-post av 10. august 2007 til Grande, og de sentrale personers forklaringer om prosessen forut for inngivelsen av tilbudet til kommunen.
- (123) Uansett må partene anses å ha opptrådt uaktsomt gjennom det aktuelle samarbeidet.
- (124) Konkurransetilsynets legger derfor til grunn at både de subjektive og objektive vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt.

4.2 Utmåling

4.2.1 Utgangspunkt

- (125) Etter konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse særlig legges vekt på foretakets omsetning og på overtredelsens grovhet og varighet. Angivelsen av disse momentene er ikke uttømmende, også andre momenter kan være av betydning ved utmåling av overtredelsesgebyr.
- (126) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det ved utmåling av overtredelsesgebyr særlig skal sees hen til regelverk, retningslinjer og praksis for utmåling av bøter under EU/EØS-retten.³²
- (127) Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 22. august 2005 nr. 909 (forskrift om utmåling av overtredelsesgebyr) gir nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyr. Det fremgår av merknadene til forskriften § 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.
- (128) Etter forskriften § 3 annet ledd skal det ved vurderingen overtredelsens grovhet tas hensyn til overtredelsens art, den faktiske innvirkningen på markedet, foretakets gevinst, utvist skyld og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen. Andre momenter som kan påvirke utmålingen av gebyr er om avtaler eller tiltak er gjennomført, om foretaket ved blant annet retningslinjer kunne ha forebygget overtredelsen, om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskning av overtredelsen og økonomien til konsernet foretaket er en del av, jf. forskriften § 3 tredje ledd.
- (129) Av forskriften § 2 annet ledd bokstav a følger det 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. forskriften § 2 tredje ledd.

4.2.2 Konkret vurdering

- (130) Gran & Ekran ble varslet 9. oktober 2008 om illeggelse av et overtredelsesgebyr på inntil 2 000 000 kroner og Grunnarbeid ble varslet om illeggelse av et overtredelsesgebyr på inntil 5 000 000 kroner.
- (131) Det fremgår av siste tilgjengelige årsregnskap fra Brønnøysundregistrene at Gran & Ekran hadde en driftsinntekt på 57,6 millioner kroner i 2007. Grunnarbeid hadde en driftsinntekt på 235,5 millioner kroner i 2007.
- (132) Gran & Ekran har i merknadene til varselet anført at det ikke er grunnlag for gebyr i den størrelsesorden som er varslet, ettersom de varslede handlingene må anses som uaktsomme, ikke forsettlige.
- (133) Grunnarbeid anfører at dersom det foreliggende samarbeidet er ulovlig, er det av en slik art at det bør vurderes om det i det hele tatt skal ilegges overtredelsesgebyr, eller at dette gebyret uansett bare bør være symbolsk.
- (134) Konkurransetilsynet presiserer at anbudssamarbeid er blant de alvorligste overtredelsene av konkurranseloven § 10. Samarbeid av denne typen er svært vanskelig å avdekke. Ved anbudssamarbeid settes konkurransemekanismen ut av spill, med samfunnsøkonomisk tap som konsekvens.
- (135) Personene som har handlet på vegne av foretakene i denne saken har utvist forsett. Overtredelsens art og graden av skyld taler i utgangspunktet for et betydelig overtredelsesgebyr.
- (136) Konkurransetilsynet har imidlertid kommet til at overtredelsesgebyret i denne saken vil ligge betraktelig under maksimalgrensen på 10 prosent av foretakenes omsetning.

³² Innst. O. nr. 50 (2003-2004) punkt 2.7 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 241.



- (137) På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet kommet til at Gran & Ekran ilegges et overtredelsesgebyr på 2 000 000 kroner og Grunnarbeid ilegges et overtredelsesgebyr på 5 000 000 kroner.

5 Vedtak

- (138) På denne bakgrunn, og med hjemmel i konkurranseloven §§ 12 og 29 jf. § 10 fatter Konkurransetilsynet følgende vedtak:
- 1. Gran & Ekran AS ilegges overtredelsesgebyr på 2 000 000,- to millioner - kroner**
 - 2. Grunnarbeid AS ilegges overtredelsesgebyr på kr. 5 000 000,- fem millioner - kroner.**
- (139) Det følger av konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum at overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, det vil si 13. september 2009. Beløpet bes innbetalt på Konkurransetilsynets konto nr. **7694.05.00245**. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf konkurranseloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.
- (140) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Gran & Ekran og Grunnarbeid kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å få prøvet vedtaket. Dersom saken bringes inn for domstolene 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.
- (141) Konkurransetilsynet gjør videre oppmerksom på adgangen til innsyn i sakens dokumenter i medhold av forvaltningsloven §§ 18 og 19.

Med hilsen

Eirik Stolt-Nielsen (e.f.)
direktør etterforskning

Ingunn Bruvik
seksjonsleder