

## **V2000-86 04.09.2000**

### **Konkurranseloven § 3-9 - dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 for rammeavtale om samarbeid ved anbud - Jernbaneverket Baneservice og Selmer ASA, Anlegg**

#### **Sammendrag:**

Selmer ASA og Jernbaneverket Baneservice er i vedtak av 2. oktober 2000 innvilget dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 til å samarbeide om anbudsregning og utførelse av utbygging og vedlikehold av jernbanenettet i henhold til partenes avtale av 29. november 1999.

Konkurransetilsynet viser til brev av 8. desember 1999 med søknad om dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 for samarbeidsavtale mellom Jernbaneverket Baneservice (Baneservice) og Selmer ASA, Anlegg (Selmer). Tilsynet beklager at det har tatt lang tid å ferdigbehandle saken.

Baneservice og Selmer inngikk den 29. november 1999 avtale om anbudsregning og utførelse av utbygging og vedlikehold av jernbanenettet i Norden. Avtalen opplyses å gjelde oppdrag som utlyses på anbud etter det offentlige innkjøpsregelverket. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at avtalen rammes av konkurranseloven § 3-2, men har etter de nødvendige vurderinger funnet å kunne gi dispensasjon.

#### **Partene**

Baneservice er en forretningsenhet innenfor Jernbaneverket, som er et forvaltningsorgan underlagt Samferdselsdepartementet. Baneservice har ikke status som egen juridisk person, men det er etter det partene opplyser i gang en prosess for å utskille Baneservice som eget selskap. Jernbaneverket og Baneservice har vært forretningsmessig atskilt de senere år, og Baneservice har eget internstyre. Baneservice er Jernbaneverkets entreprenørenhet og totalleverandør av maskin- og entreprenørtjenester til spor-, kontaktlednings- og signalanlegg for jernbane. Baneservice utfører som elektromekanisk entreprenør arbeid knyttet til selve skinnegangen og strømforsyningen i forbindelse med utbygging og vedlikehold av jernbanenettet. Ifølge partene utføres omlag 90 % av Baneservice sine oppgaver for Jernbaneverket. Baneservice utfører flere mindre oppdrag for Jernbaneverket som internleverandør uten anbudskonkurranse. Hovedtyngden av oppdragene utføres imidlertid etter åpen anbudskonkurranse med private entreprenører.

Selmer driver i hovedsak tradisjonell entreprenørvirksomhet. I forbindelse med jernbanenettet driver selskapet virksomhet knyttet til bygging av selve traséen, som blant annet omfatter bygging av jernbanebroer og tunneller.

Partene driver etter dette komplementære virksomheter og er ikke konkurrenter. Ifølge partene selv er det så lite aktuelt, både praktisk og forretningsmessig, å etablere seg på hverandres markeder, at partene heller ikke kan regnes som potensielle konkurrenter. Samlet vil partene kunne tilby tilnærmet komplette tjenester for bygging og vedlikehold av jernbane.

## **Avtalen**

Avtalen gjelder samarbeid om anbudsregning og utførelse av utbygging og vedlikehold av jernbanenettet i Norden. Med "anbudsregning" forstås Konkurransetilsynet kostnadsberegning/priskalkulasjon i prosessen med å utarbeide et anbud. Avtalen gjelder oppdrag som utlyses på anbud etter det offentlige innkjøpsregelverket.

Avtalen er benevnt intensjonsavtale, men er av partene opplyst i realiteten å innebære endelig rammeavtale om partenes samarbeid. Samarbeidsavtalen vil ifølge partene først og fremst ha betydning ved totalentrepriser innenfor jernbanebygging.

## **Forholdet til EØS-avtalens konkurranseregler**

Konkurranseloven kommer til anvendelse på vilkår, avtaler og handlinger som foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning i Norge, jf. konkurranseloven § 1-5. EØS-avtalen artikkel 53 kommer til anvendelse dersom et konkurransebegrensende samarbeid kan påvirke samhandelen mellom avtalepartene merkbart. Dersom samhandelen påvirkes merkbart av en konkurranseregulering og reguleringen samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, vil konkurransereguleringen omfattes både av EØS artikkel 53 og av konkurranseloven. Ifølge konkurranseloven § 1-7 omfatter ikke forbudene i §§ 3-1 til 3-4 samarbeid som er innvilget individuelt unntak etter EØS-avtalen artikkel 53 (3), eller som omfattes av regelverk om unntak for grupper av avtaler etter EØS-avtalen artikkel 53 (3).

Siden det foreliggende samarbeidet ikke er fritatt fra forbudet i EØS-avtalen artikkel 53(1), vil EØS-avtalen ikke få betydning for Konkurransetilsynets kompetanse til å håndheve forbudene i konkurranseloven i denne saken. Konkurransetilsynet finner det derfor ikke nødvendig å gå inn på hvorvidt EØS-avtalens regler kommer til anvendelse i denne saken. Konkurransetilsynet gjør for ordens skyld oppmerksom på at det er foretakenes ansvar å avklare forholdet til EØS-reglene. En dispensasjon gitt av Konkurransetilsynet gjelder kun fra konkurranselovens forbud, ikke fra forbudene i EØS-avtalen.

## **Forholdet til konkurranseloven § 3-2**

Konkurranseloven § 3-2 første ledd forbyr samarbeid om inngivelse av anbud. Ifølge forarbeidene er bestemmelsen ment å ramme ethvert samarbeid i forbindelse med inngivelse av anbud, og det er ikke adgang for anbudsgivere til å samarbeide om noen form for forretningsvilkår som de skal benytte i sine anbud. Forbudet omfatter også alt samarbeid knyttet til de beregninger som foretas i anledning anbud. (Ot.prp. nr. 41 (1992-93) s. 107-108. )

Dersom Selmer og Baneservice inngir felles anbud eller samarbeider om anbud på annen måte, vil dette i utgangspunktet være i strid med lovens § 3-2. (Se også Konkurransetilsynets vedtak V1999-12 Alcatel Kabel Norge AS og Viken Energinett AS.)

Det har vært anført fra partenes side at samarbeidspartene ikke er aktuelle eller potensielle

konkurrenter, og at avtalen derfor ikke vil være egnet til å påvirke konkurransen slik loven krever. Tilsynet nevner i denne forbindelse at uttrykket "potensielle konkurrenter" ikke er nærmere definert verken i konkurranseloven, lovens forarbeider eller i økonomisk teori. Tilsynet legger til grunn at samarbeidspartene tilbyr komplementære produkter. Problemstillingen blir i det følgende om vilkåret "*egnet til å påvirke konkurransen*" i konkurranseloven

§ 3-2 første ledd forutsetter at partene er faktiske eller potensielle konkurrenter, eller om også samarbeid mellom aktører som leverer komplementære produkter kan rammes av forbudet.

Lovens ordlyd er klar med hensyn til at samarbeidet må være egnet til å påvirke konkurransen, men gir ingen anvisning på om bestemmelsen er begrenset til å gjelde konkurranse mellom partene som samarbeider.

Loven forbyr slike konkurransereguleringer mellom partene hvor det kan oppstilles en *presumsjon* for at reguleringen virker skadelig på konkurransen i markedet. Partenes formål med samarbeidet er uten betydning, vilkåret er altså objektivt. Vilkaåret innebærer at det bare er forhold som kan ha virkning på konkurransen som rammes. Avtaler som ikke kan ha virkning på konkurransen vil derfor falle utenfor forbudet. En mulighet for påvirkning er imidlertid nok, det kan ikke kreves at det aktuelle samarbeidet vil ha konkret virkning. (Jf. Rt. 1994 s. 31.)

Forarbeidene gir ikke et entydig svar på om forbudet krever et aktuelt eller potensielt konkurranseforhold mellom partene. Konkurranselovutvalget foreslo et generelt forbud mot horisontalt samarbeid mellom aktører på samme omsetningstrinn som ellers ville opptre som konkurrenter. Departementet sluttet seg i det alt vesentlige til utvalgets begrunnelse for forbudet mot horisontale konkurransereguleringer, men gikk imot forslaget om at forbudet skulle begrenses til samarbeid mellom ervervsdrivende "på samme omsetningstrinn". Departementet fjernet denne begrensningen fordi det mente at uttrykket "samme omsetningstrinn" var uklart, og fordi en risikerte at samarbeid mellom potensielle konkurrenter ville falle utenfor. (Ot.prp. nr. 41 (1992-93) s. 49.) Det ble i denne forbindelse uttalt at de fleste skadelige konkurransebegrensninger antakelig skjer "mellom ervervsdrivende som er konkurrenter, opptre på samme omsetningstrinn eller står i et leverandør/ videreforhandlerforhold". Ervervsdrivende på samme omsetningstrinn oppstilles her som et alternativ til konkurrenter. Dette kan trekke i retning av at en også har ansett aktører i komplementære markeder som adressat for forbudene. Departementet konkluderer med at en foreslår et *generelt* forbud mot samarbeid om priser, avanser og rabatter som er egnet til å påvirke konkurransen. Det blir etter tilsynets vurdering dermed relevant å se hen til om en konkurranseregulering er av en slik art at den i alminnelighet vil bli vurdert som skadelig. Ut fra denne betraktningmåten vil også konkurranseregulerende samarbeid mellom parter som tilbyr komplementære ytelser kunne rammes av forbudet.

Tilsynet har uttalt seg om spørsmålet om aktuelle eller potensielle konkurrenter blant annet i vedtak V1999-33 TONO og V1999-34 Marine Mastic Ltd. I kommentarutgaven til konkurranseloven (Harald Evensen (red.), Konkurranseloven med kommentarer, 1999.) er tilsynets uttalelser i inngrepsvarselet i sak 98/640 TONO, i forkant av V1999-33, tatt til inntekt for en endring i tilsynets praksis i form av en strengere tolkning av forbudet. Det er anført fra partenes side at Konkurransetilsynet i senere praksis har innfortolket et vilkår om at samarbeidspartene er aktuelle eller potensielle konkurrenter for at forbudene skal komme til anvendelse.

Uttalelsene om vilkåret "*egnet til å påvirke konkurransen*" i tilsynets nyere praksis er ikke ment som et uttrykk for at bestemmelsen innebærer et vilkår om at partene er aktuelle eller potensielle konkurrenter. Betragtningene har vært brukt som momenter i en konkret vurdering, særlig der det har vært tvil om hvorvidt en handling rammes av forbudet. Tilsynet har imidlertid ikke på generelt grunnlag uttrykt det som et krav etter forbudsbestemmelsene at partene som samarbeider er aktuelle eller potensielle konkurrenter.

Det er tilstrekkelig til at konkurranseloven § 3-2 kommer til anvendelse at det foreligger en mulighet for at konkurransen på en eller annen måte kan bli påvirket. Dette er i tråd med uttalelsene i forarbeidene om at forbudene skal gjelde generelt. Videre trekker hensynet til forutberegnelighet og hensynet til effektiv håndheving av forbudene i retning av at det bør legges vekt på at forbudsavgrensningen skal innebære minst mulig grad av skjønn med hensyn til virkningen på konkurransen i den konkrete sak. Lovgiver har lagt til grunn et generelt forbud mot samarbeid om beregninger i anledning anbud og avtaler om felles anbud på bakgrunn av en antagelse om at slikt samarbeid normalt sett virker konkurransebegrensende. Det vide forbudet mot anbudssamarbeid er i forarbeidene begrunnet i at anbud blir hyppig benyttet, særlig innen bygg og anlegg, og at det ofte dreier seg om oppdrag av stor verdi. Det er derfor av stor betydning at konkurransen ved bruk av anbud beskyttes. Videre la lovutvalget vekt på "at anbudssamarbeid som regel vil innebære uopprettelige skadevirkninger, fordi det dreier seg om enkeltprosjekter". (NOU 1991:27 s. 133.) For å sikre konkurransen må det derfor være forbudt å foreta noen form for konkurranseregulering. Det fremgår også av forarbeidene at det antas at forbudet i § 3-2 vil ramme alle reguleringer som har praktisk betydning i forbindelse med anbud. (Ot.prp nr. 41 (1992-93) s. 50-51, NOU 1991:27 s. 133.)

Forarbeidene anerkjenner at samarbeid mellom bedrifter som gjør bedriftene i stand til å delta i større prosjekter kan bidra til at konkurransen om anbud kan øke. (NOU 1991:27 s. 130. Dette hensynet er ivaretatt ved bestemmelsen i § 3-5 første ledd som gjør unntak blant annet fra forbudet mot anbudssamarbeid i § 3-2 for samarbeid mellom ervervsdrivende som sammen skal levere en felles ytelse i anledning et enkelt prosjekt. Ifølge annet ledd er det en forutsetning for unntak at det i tilbudet opplyses om hva samarbeidet går ut på og hvem som samarbeider. Unntaksbestemmelsen gjelder imidlertid kun for enkeltprosjekter og ikke for løpende samarbeid om felles anbudsinngivelse. Det vil etter tilsynets vurdering derfor være behov for dispensasjon fra forbudet i § 3-2 for at en slik løpende avtale om felles anbud som partene har inngått i angjeldende sak, skal være lovlig.

## **Dispensasjonsvurdering**

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 ved enkeltvedtak eller forskrift dispensere fra forbudene i §§ 3-1 til 3-4 dersom:

- a) konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes,
- b) det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurranse-begrensningen,
- c) konkurransereguleringen har liten konkurransemessig betydning, eller
- d) det foreligger særlige hensyn.

Partene har uttrykt at de har lite eller ingen overlappende virksomhet, men at begge er interessert i å utføre arbeid innenfor utbygging og vedlikehold av jernbanenettet i Norden. Baneservice tar oppdrag som elektroentreprenør, baneentreprenør og maskinentreprenør, mens Selmer tar oppdrag innenfor anleggsvirksomhet. Selmer har også virksomhet innenfor bygg og industri. Bakgrunnen for den foreliggende søknad om anbudssamarbeid er at partene forventer en økning i bruken av såkalte totalentrepriser, hvor ansvaret for store deler eller hele prosjektet er samlet hos en av entreprenørene.

Samarbeidet vil berøre flere produktmarkeder. Vedlikehold og utbygging av jernbanenettet har tradisjonelt blitt delt opp i flere kategorier arbeid. Konkurransetilsynet legger til grunn at anleggsentreprenører vanskelig kan substituere elektro-, bane- og maskinentreprenører, og motsatt. Dette har sin årsak i blant annet de investeringer og den kompetansen som er nødvendig for å kunne yte denne typen tjenester. Og det må antas å være kostbart og tidkrevende å bygge opp en konkurrerende virksomhet.

Et av formålene ved å samle ansvaret for flere oppgaver hos en entreprenør er å forbedre koordineringen mellom partene og redusere behovet for styring og kontroll på oppdragsgivers side. Dette behøver imidlertid ikke bety at samlede prosjekter utgjør et eget relevant marked. Et prosjekt oppdragsgiver vurderer å legge ut som en totalentreprise kan som regel også gjennomføres som et oppdelt prosjekt, om enn med en litt annen ansvars- og oppgavefordeling entreprenørene imellom og mellom entreprenører og oppdragsgivere. Det synes derfor ikke å være grunnlag for å si at samarbeidsprosjekter og oppdelte prosjekter er i forskjellige relevante markeder.

På denne bakgrunn legger Konkurransetilsynet til grunn at totalentrepriser ikke utgjør et eget marked og at de relevante produktmarkedene i denne saken omtrentlig vil tilsvare den virksomhet som utføres av henholdsvis anleggsentreprenører, elektroentreprenører, baneentreprenører og maskinentreprenører.

Partene har opplyst at skinnegående maskiner kan flyttes relativt enkelt og til små kostnader. Anleggsmaskiner vil det trolig være mer kostbart å flytte, men allikevel lønnsomt ved større prosjekter. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det relevante geografiske marked for prosjekter som partene samarbeider om overfor norske oppdragsgivere vil være Norden.

Man kan skille mellom to forskjellige kategorier av anbudskonkurranse når virkningene av et eventuelt samarbeid mellom partene på anbudskonkurranser skal vurderes. For det første kan oppdragsgiver dele opp anbudskonkurransen slik at den enkelte entreprenør har ansvar for eget arbeid. Et samarbeid mellom partene kan i dette tilfelle kanskje påvirke de beregninger som utføres, på den måte at partene legger inn et anbud med en pris betinget av at de begge får tilslag, samtidig som de legger inn et annet anbud med en pris som gjelder uansett hvem som får tilslag på det komplementære oppdraget. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at rammeavtalen kan binde opp oppdragsgiver i valget av den mest kostnadseffektive løsningen. Avtalen synes derfor å ha liten eller ingen virkning på fordelingen av oppdelte prosjekter.

For det andre kan oppdragsgiver finne det hensiktsmessig å samle prosjektene i såkalte totalentrepriser. Baneservice og Selmer vil vanskelig kunne påta seg denne typen oppdrag alene. Et samarbeid med en part med komplementær kompetanse om å inngi felles anbud vil derfor være

nødvendig for både Baneservice og Selmers deltakelse i denne typen anbudskonkurranser i den forstand at begge bedrifter trenger en samarbeidspartner. Prinsipielt sett kan et slikt samarbeid iverksettes i enkeltprosjekter, eller ha en mer varig form som det her søkes dispensasjon for. Det finnes derfor et alternativ til avtalen det søkes dispensasjon for. Når disse alternativene sammenlignes, er det usikkert både om avtalen vil øke antall konkurrenter når anbudskonkurransen gjelder totalentrepriser og om samarbeidet mellom Baneservice og Selmer alltid vil være den mest effektive kombinasjonen. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å vurdere om prosjektene skal deles opp eller samles i en totalentreprise. Å dele opp oppdraget i flere anbudskonkurranser vil derfor være et alternativ hvis konkurransen mellom tilbydere av totalentrepriser ikke er tilstrekkelig.

På denne bakgrunn har tilsynet kommet til at avtalen vil ha liten konkurransemessig betydning.

## **Vedtak**

Konkurransetilsynet fatter på denne bakgrunn, og med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 bokstav c, følgende vedtak:

**Selmer ASA og Jernbaneverket Baneservice innvilges dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 til å samarbeide om anbud som gjelder utførelse av utbygging og vedlikehold av jernbanenettet i henhold til partenes avtale av 29. november 1999.**

**Vedtaket trer i kraft straks, og gjelder til 1. oktober 2005.**

Vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Tilsynet viser for øvrig til vedlagte klageskjema.

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at dispensasjonen kan trekkes tilbake dersom vilkåret for dispensasjonen ikke er oppfylt eller forutsetningen for dispensasjonen ikke lenger er til stede, jf. konkurranseloven § 3-9 tredje ledd.

Dersom det er behov for dispensasjon ut over utløpsdatoen, bes De søke om dette i god tid før dispensasjonen utløper.

Dispensasjonen er gitt på grunnlag av avtalen som er forelagt Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet ber om å bli orientert ved eventuelle endringer i avtalen.

[til toppen](#)