

Veiledning om prosjektsamarbeid

Utarbeidet 24. februar 2014

1 Bakgrunn og formål

- (1) Denne veiledningen angir nærmere hvordan Konkurransetilsynet tolker og vil anvende konkurranseloven § 10 i saker som gjelder prosjektsamarbeid, det vil si samarbeid om enkeltstående prosjekter mellom to eller flere foretak. Et prosjektsamarbeid kan gjennomføres på ulike måter. Typisk vil et slikt samarbeid kunne gå ut på inngivelse av et felles tilbud, samarbeid om anskaffelse og bruk av ressurser samt bruk av underleverandøravtaler og utveksling av informasjon.
- (2) Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Forbudet innebærer at det som hovedregel ikke er tillatt for konkurrenter å samarbeide om å innlevere et felles tilbud i en anbudskonkurranse. Samarbeid mellom foretak som av ulike grunner ikke kan inngi separate tilbud i en anbudskonkurranse, vil etter en konkret vurdering kunne være tillatt.
- (3) Konkurranseloven § 10 er harmonisert med EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (heretter «TEUV»). Det er understreket i konkurranselovens forarbeider at EU/EØS-praksis knyttet til de nevnte bestemmelsene vil veie tungt ved fortolkningen og den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven § 10.¹
- (4) Ved vurderingen av om et prosjektsamarbeid innebærer en ulovlig konkurransebegrensning, vil Konkurransetilsynet derfor blant annet se hen til Europakommisjonens retningslinjer for anvendelse av artikkel 101 TEUV på avtaler om horisontalt samarbeid, vedtatt 14. januar 2011 (heretter "de horisontale retningslinjene")² og EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid, vedtatt 23. mai 2012.³
- (5) Formålet med veiledningen er å gi uttrykk for hvilke vurderinger Konkurransetilsynet vil foreta, og er ment å bidra til økt forståelse for når et prosjektsamarbeid vil kunne gjennomføres uten å være i strid med konkurranseloven. Veiledningen skal således både forhindre at det iverksettes ulovlige prosjektsamarbeid, og samtidig kunne stimulere til prosjektsamarbeid hvor dette kan styrke konkurransen.
- (6) Konkurransetilsynet understreker at lovligheten av prosjektsamarbeid fortsatt må avgjøres etter en konkret vurdering basert på de faktiske omstendighetene i den enkelte sak,

¹ Se også Rt. 2012 s. 1556 premiss 27.

² Inntatt i EF-tidende C11/2011, 14.1.2011, side 1 flg. (p.t. ikke inntatt i EØS-tillegget).

³ P.t. ikke inntatt i EF-tidende eller EØS-tillegget.

herunder utformingen av anbuds materialet mv. Dette betyr at et prosjektsamarbeid kan være lovlig i forhold til en anbudskonkurranse, mens et tilsvarende prosjekt kan være ulovlig i en annen anbudskonkurranse. Det er det enkelte foretaks eget ansvar å vurdere lovligheten av egen praksis. Konkurransetilsynet har ikke adgang til å gi forhåndstilsagn i en konkret sak eller gi dispensasjon fra forbudet i konkurranseloven § 10. Veiledningen søker likevel å gi svar på et utvalg av de spørsmål som kan oppstå når foretak vurderer å samarbeide i forbindelse med et prosjekt, men veiledningen er ikke uttømmende eller rettslig bindende.

- (7) Det bemerkes at et anbuds- og prosjektsamarbeid etter omstendighetene også kan være i strid med annet regelverk, for eksempel reglene i lov om offentlige anskaffelser, særlig de grunnleggende kravene til offentlige anskaffelsesprosesser nedfelt i lovens § 5. Lovligheten av prosjektsamarbeid i relasjon til annet regelverk vil ikke bli behandlet nærmere i denne veiledningen.

2 Om prosjektsamarbeid

2.1 Generelt

- (8) Med prosjektsamarbeid menes i denne sammenheng at to eller flere uavhengige foretak samarbeider om gjennomføring av enkeltprosjekter, i form av levering av varer eller tjenester til offentlige eller private oppdragsgivere innenfor en avgrenset tidsperiode. Med enkeltprosjekt menes her enkeltstående innkjøp av varer eller tjenester, herunder for eksempel utbygging av fast eiendom (entreprise) eller innkjøp av driftsmiddel. Kjernen i et prosjektsamarbeid er at det foreligger et horisontalt eller vertikalt samarbeid mellom foretak, som innebærer at foretakene inngir et felles tilbud på hele eller deler av et *enkeltstående* prosjekt. Med horisontalt samarbeid menes samarbeid mellom foretak på samme omsetningsledd, med vertikalt samarbeid menes samarbeid mellom foretak på ulike omsetningsledd.
- (9) Prosjektsamarbeid skiller seg på denne måten fra ulike former for arbeidsfellesskap som ofte er ment å ha en viss varighet og således ikke er begrenset til et enkeltstående prosjekt. Et arbeidsfellesskap kan for eksempel bestå i at partene på varig basis deler felles lokaler, utstyr og personell. Hvorvidt et slikt samarbeid rammes av konkurranseloven § 10 vil på samme måte som ved prosjektsamarbeid måtte vurderes konkret, og behandles ikke nærmere her.
- (10) Samarbeid som resulterer i opprettelse av et fellesforetak som på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet (såkalte fullfunksjons fellesforetak), blir vurdert under fusjonskontrollen Samarbeid som etableres gjennom slike fellesforetak blir heller ikke behandlet nærmere i denne veiledningen.
- (11) Prosjektoppdrag blir ofte tildelt etter anbudskonkurranser. En anbudskonkurranse er en anskaffelsesprosedyre som tillater alle (åpen anbudskonkurranse) eller inviterte (begrenset anbudskonkurranse) leverandører (tilbydere) å gi tilbud på en nærmere definert

anskaffelse. Det presiseres at anbud i denne sammenheng omfatter enhver anskaffelsesprosedyre. Veiledningen er således ikke begrenset til formaliserte anbudsprosesser, men omfatter for eksempel også enklere former for tilbudsinnhenting.

2.2 Mulige konkurransebegrensende virkninger

- (12) Anskaffelser ved bruk av anbudskonkurranser er ment å fremme konkurranse mellom uavhengige aktører. Det er en grunnleggende forutsetning for slike konkurranser at aktørene opptrer selvstendig og uavhengig av andre tilbydere.⁴ Et prosjektsamarbeid kan imidlertid være nødvendig for at markedsaktørene skal være i stand til å by på en bestemt kontrakt, og vil i slike tilfeller kunne bidra til økt grad av konkurranse. Prosjektsamarbeid vil for eksempel kunne være aktuelt hvor de samarbeidende partene ikke besitter den nødvendige kompetanse og/eller kapasitet til å inngi et tilbud, men oppnår dette ved å sammenstille sine ressurser, jf. punkt 4, nedenfor.
- (13) På den annen side vil et prosjektsamarbeid kunne virke konkurransebegrensende. For det første gjelder dette hvis realiteten i samarbeidet er at foretakene har fordelt et eller flere anbud mellom seg. Dette kan for eksempel skje ved at foretakene etter tur blir enige om å avstå fra å gi bud, avtaler kompensasjon til foretak som ikke deltar i konkurransen eller blir enige om å inngi fiktive bud i en eller flere konkurranser. Oppdragsgiver vil i disse tilfellene ikke oppnå de fordeler som en anbudskonkurranse er ment å gi, og risikerer å akseptere tilbud som ikke er fremkommet som resultat av reell konkurranse.⁵ Tilsvarende gjelder også i de tilfeller der aktørene i forkant av konkurransen utveksler strategisk informasjon, for eksempel informasjon om sentrale konkurranseparametere som pris og kvantum.⁶
- (14) Et samarbeid kan være konkurransebegrensende fordi det reduserer antallet faktiske eller potensielle tilbydere i et enkeltprosjekt. Dette gjelder uavhengig av om samarbeidet er kjent for oppdragsgiver eller skjer i det skjulte. Dette vil være tilfellet hvor de samarbeidende foretak hver for seg kan gjennomføre prosjektet på de vilkår og betingelser som følger av tilbudsinvitasjonen. I en slik situasjon vil antallet tilbydere i konkurransen bli redusert, noe som kan virke konkurransebegrensende. Følgelig vil også oppdragsgiver, i fravær av effektivitetsgevinster, risikere å betale en høyere pris for det aktuelle oppdraget. Dette behandles nærmere i punkt 4.
- (15) Et prosjektsamarbeid som i utgangspunktet virker konkurransebegrensende kan imidlertid også realisere effektivitetsgevinster som oppveier den mulige konkurranseskaden, for eksempel gjennom mer effektiv ressursbruk og økt produktkvalitet, jf. konkurranseloven §

⁴ Jf. *Faull & Nikpay*, *The EC Law of Competition*, second edition 2006, avsnitt 8.42 side 769–770. Se til illustrasjon fra svensk rett Marknadsdomstolens dom 28. mai 2009, *MD 2009:11 NCC AB m.fl. mot Konkurrensverket*, hvor domstolen uttalte at "[k]ärnan i en upphandlingsprocess är att upphandlaren, som svar på sin förfrågan, förväntas få svar från ett antal från varandra fristående anbudsgivare. Avsikten er alltså att anbudsgivarna ger in varsitt anbud som tillkommit utan samarbete med konkurrenter för att möjliggöra för anbudsgivaren att välja ett så kostnadseffektivt anbud som möjligt" (side 87).

⁵ Se nærmere *Kirsten Levinsen m.fl.*, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 3. udgave (2009) side 384–392 og side 477–484.

⁶ Se de horisontale retningslinjene, avsnitt 72 flg.

10 tredje ledd. Hvorvidt de positive virkningene av et samarbeid overstiger de negative vil måtte vurderes konkret. Dette vil bli behandlet nærmere under punkt 5.

3 Konkurranseloven § 10

3.1 Innledning

- (16) De sentrale rettslige vurderingstemaene ved spørsmål om lovligheten av et prosjektsamarbeid fremgår av konkurranseloven § 10. Bestemmelsen oppstiller i første ledd et generelt forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, men åpner som nevnt for at samarbeid som rammes av første ledd på nærmere bestemte vilkår likevel kan være tillatt, jf. § 10 tredje ledd.
- (17) For at § 10 første ledd skal være overtrådt må fire kumulative vilkår være oppfylt. For det første må samarbeidet skje mellom uavhengige foretak (foretakskriteriet). For det andre må det foreligge en "avtale", "samordnet opptreden" eller "beslutning truffet av sammenslutninger av foretak" (samarbeidskriteriet). For det tredje må samarbeidet ha "til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen" (konkurransebegrensningskriteriet). For det fjerde må konkurransen begrenses merkbart for at bestemmelsen skal være overtrådt (merkbarhetskriteriet).⁷ Merkbarhetskriteriet 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.⁸
- (18) For at unntaket i § 10 tredje ledd skal komme til anvendelse må samarbeidet lede til samfunnsøkonomiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, samtidig som konkurransen ikke utelukkes for en vesentlig del av de varer det gjelder. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig.
- (19) For en nærmere generell omtale av vilkårene i § 10 første ledd og unntaket i § 10 tredje ledd vises det til Konkurransetilsynets temaark om bestemmelsen.⁹

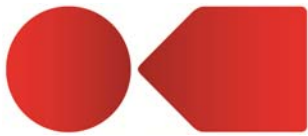
3.2 Særlig om konkurransebegrensningskriteriet

- (20) Konkurransetilsynet vil i det følgende særlig fokusere på spørsmålet om når et prosjektsamarbeid kan ha som *formål* eller *virkning* å begrense konkurransen. Bakgrunnen for dette er at konkurransebegrensningskriteriet i praksis har reist de fleste problemstillingene.
- (21) Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen er forbudt i seg selv, og det er ikke nødvendig å påvise noen faktisk eller potensiell virkning i markedet.¹⁰ Det er tilstrekkelig at samarbeidet er *egnet til* å ha negative konkurransemessige virkninger.¹¹

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 225.

⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 225.

⁹ http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%C2%A710_ULOVLIIG_SAMARBEID.pdf, og http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%c2%a710_UNNTAK.PDF



- (22) Det bemerkes at *formål* etter konkurranseloven § 10 er et objektivt begrep. Partenes subjektive hensikt er således ikke avgjørende for om det foreligger en formålsovertredelse.¹²
- (23) Vurderingen av om en avtale har konkurransebegrensende formål skal i følge EU-domstolens praksis ta hensyn til avtalens innhold, de målsetninger som søkes gjennomført ved avtalen samt den økonomiske og rettslige sammenheng som avtalen inngår i.¹³
- (24) Det forhold at et konkurransebegrensende samarbeid også er ment å ivareta andre legitime formål utelukker ikke anvendelse av konkurranseloven § 10.¹⁴ Det er videre ikke et vilkår at konkurransebegrensningen er åpenbar.¹⁵ At en avtale anses for å ha et konkurransebegrensende formål er heller ikke avhengig av at handelen på det berørte marked begrenses til skade for forbrukerne.¹⁶
- (25) Konstateringen av at et samarbeid har et konkurransebegrensende formål, er således ikke betinget av at det foreligger en direkte forbindelse mellom samarbeidet og at prisene til sluttkunden berøres.¹⁷
- (26) Hvis et samarbeid *ikke* har et konkurransebegrensende formål som beskrevet ovenfor, er det imidlertid nødvendig å undersøke om samarbeidet kan ha merkbare potensielle eller faktiske konkurransebegrensende *virknninger*.¹⁸
- (27) Vurderingen av mulige potensielle eller faktiske virknninger tar utgangspunkt i en kontrafaktisk analyse av markedsforholdene. Vurderingstemaet er således hvordan konkurranseforholdene ville ha utviklet seg i fravær av samarbeidet.¹⁹
- (28) Når det gjelder samarbeid om enkeltprosjekter/kontrakter vil det enkelte prosjekt eller den enkelte kontrakt danne utgangspunktet for en eventuell virkningsvurdering.
- (29) Videre er det som nevnt et vilkår for at forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd er overtrådt at konkurransen begrenses *merkbart*.²⁰ Hvorvidt merkbarhetskriteriet er oppfylt, beror på en helhetsvurdering der blant annet aktørens størrelse, markedsforholdene og den aktuelle konkurransebegrensningens karakter er sentrale momenter.

¹⁰ Se for eksempel sak T-62/98 *Volkswagen AG*, Samling 2000 s. 11-2707, premiss 178, og Kommisjonens retningslinje for anvendelse av art. 81 (3) avsnitt 21.

¹¹ Sak C-8/08 *T-Mobile mil*, Samling 2000 side 1-4529, premiss 30 og 31, Rt. 2012 side 1556 premiss 64-65.

¹² EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile mil*, Samling 2000 side 1-4529, premiss 27 flg. og Rt. 2012 side 1556 premiss 64-65.

¹³ Jf. de horisontale retningslinjene avsnitt 25, Kommisjonens retningslinje for anvendelse av art. 81 (3) avsnitt 22, og sak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, premiss 43.

¹⁴ Jf. sak C-209/07, *Beef Industry*, premiss 21.

¹⁵ Jf. sak C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, premiss 35, C-551/03 P, *General Motors mot Kommisjonen*, dom 6.4.2006, Saml. I side 3173, premiss 60, 64 og 65.

¹⁶ Jf. sak C-501/06 P mfl., *GSK mot Kommisjonen*, premiss 62–64 og sak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, premiss 38.

¹⁷ Jf. sak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, premiss 39.

¹⁸ Jf. horisontale retningslinjer avsnitt 26.

¹⁹ Jf. sak T-461/07 *Visa mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-1729, premiss 69.

²⁰ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 225.

- (30) Kravet om at konkurransen må begrenses merkbart innebærer en avgrensning mot restriksjoner med en ubetydelig virkning. Kommisjonen har utarbeidet en kunngjøring om avtaler av mindre betydning (de minimis), som gir veiledning ved vurderingen av om merkbarhetskriteriet er oppfylt.²¹ De minimis kunngjøringen fastslår at avtaler som bare har en ubetydelig negativ virkning på konkurransen i markedet ikke rammes av forbudet i TEUV artikkel 101. For så vidt gjelder formålsovertredelser tilsier overtredelsens art og skadepotensiale at merkbarhetskravet normalt vil være oppfylt, uten at det må foretas noen nærmere vurdering av faktiske eller potensielle skadevirkninger.²²

4 Vurdering av prosjektsamarbeid

4.1 Fordeling av oppdrag

- (31) Konkurransetilsynet vil i samsvar med fast praksis fra EU-domstolene legge til grunn at et prosjektsamarbeid som i realiteten går ut på at partene fordeler et eller flere oppdrag mellom seg, har som *formål* å begrense konkurransen i strid med § 10 første ledd.²³
- (32) Et slikt samarbeid inneholder gjerne elementer av både prissamarbeid og markedsdeling, og er etter sin art egnet til å virke konkurransebegrensende. Samarbeidet vil også være i strid med konkurranselovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, og vil undergrave tilliten til anbudskonkurranser som anskaffelsesform. For denne type overtredelser skal det svært mye til for at vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt.²⁴
- (33) Konkurransetilsynet vil som hovedregel sanksjonere de nevnte brudd på konkurranseloven § 10 med overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29. Det kan også være aktuelt med anmeldelse av enkeltpersoner etter konkurranseloven § 32.

4.2 Prosjektsamarbeid i form av ett felles anbud

- (34) Den vanligste formen for prosjektsamarbeid består i samarbeid mellom to eller flere foretak som genererer ett felles anbud. Prosjektsamarbeid mellom foretak som er faktiske eller potensielle konkurrenter, vil kunne ha som formål *eller* virkning å begrense konkurransen i strid med § 10 første ledd. Med faktiske konkurrenter menes uavhengige foretak som er aktive i det samme relevante markedet.²⁵ En potensiell konkurrent er typisk et foretak som ikke er aktiv på det samme markedet som samarbeidsparten, men som i

²¹ Jf. Kommisjonens kunngjøring om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til TFEU artikkel 81 (1), og Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 (de minimis).

²² Jf. sak C-226/11, Expedia, premiss 37.

²³ Se f.eks. sak T-29/92, SPO m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1995 s. II-289, premiss 119.

²⁴ Se blant annet Whish, Competition Law, seventh edition, side 529-530, Jones and Sufrin, EC Competition Law, third edition, side 896.

²⁵ Jf. EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for avgrensning av det relevante markedet, og Konkurransetilsynets temaark om det relevante marked:

http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/RELEVANT_MARKED.pdf

fravær av prosjektsamarbeidet, innen kort tid ville kunne foreta de nødvendige investeringene for å etablere seg i det relevante markedet.²⁶

- (35) Vurderingstemaet for om samarbeidet rammes av forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd er i første rekke hvorvidt foretakene – uten samarbeidet – ville ha hatt en reell mulighet til å inngi separate bud på prosjektet.
- (36) Avgjørende vil være om foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter i forhold til det enkelte prosjektet. Konkurransen begrenses derfor vanligvis ikke ved felles tilbud inngitt av foretak i ulike bransjer, for eksempel felles tilbud på en totalentreprise inngitt av en snekker, en elektriker og en rørlegger. Der foretakene tilhører samme bransje må det foretas en konkret vurdering av om foretakene har en reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt og på de vilkår og betingelser som er angitt i tilbudsinvitasjonen.
- (37) Dersom foretakene ut fra objektive kriterier ikke ville ha vært i stand til å gjennomføre det aktuelle prosjektet som samarbeidet omfatter alene, vil Konkurransetilsynet som hovedregel legge til grunn at samarbeidet ikke er i strid med § 10 første ledd,²⁷ og derfor normalt *ikke* være forbudt med mindre foretakene kunne utført prosjektet med mindre alvorlige begrensninger.²⁸
- (38) Motsatt vil Konkurransetilsynet legge til grunn at et samarbeid om felles anbud mellom foretak som hver for seg kan gjennomføre prosjektet alene, normalt vil ha et konkurransebegrensende *formål* i konkurranselovens forstand, og derfor være i strid med konkurranseloven § 10 første ledd. Det vil i slike tilfeller ikke være nødvendig å sannsynliggjøre at begge foretak faktisk også ville ha inngitt et eget anbud.²⁹ Vurderingen av hvorvidt foretakene har en reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt vil bero på en konkret og objektiv vurdering, hvor foretakenes faktiske og potensielle ressurser på ytelsestidspunktet vil være avgjørende. Dette betyr at foretak som i andre sammenhenger er faktiske eller potensielle konkurrenter, ikke nødvendigvis er å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter i forhold til det konkrete prosjekt.
- (39) I den konkrete og objektive vurderingen av hvorvidt foretakene har mulighet til å inngi separate tilbud vil Konkurransetilsynet typisk ta utgangspunkt i foretakenes ressurser sett opp mot prosjektets karakter og størrelse. I en slik vurdering vil tilsynet kunne vektlegge foretakenes eksisterende personell, teknisk utstyr, teknologi og geografisk tilstedeværelse. Videre vil tilsynet vurdere foretakenes muligheter til å tilegne seg manglende kapasitet og kompetanse. Tilsynet vil også se hen til eventuelle regulatoriske forhold som kan hindre foretak i å utføre prosjektet.

²⁶ Jf. de horisontale retningslinjene avsnitt 10

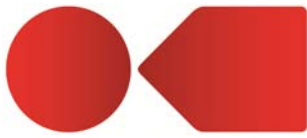
²⁷ Jf. Kommisjonens vedtak 28.10.1988, i sak 88/568/EØF, *Eurotunnel I*, EUT 1988 L 311 side 36, premiss 17 bokstav a. Se også den svenske Marknadsdomstolens avgjørelse i saken om sementleveranser til Öresundforbindelsen, MD 1997:15, samt Kommisjonens vedtak i sak IV/32.688, *Konsortium ECR 900*, vedrørende utbygging av GSM-nettet, EFT 1990 L 228 side 31, på side 33.

²⁸ Jf. de horisontale retningslinjene, avsnitt 30.

²⁹ Se til illustrasjon den svenske Marknadsdomstolens sak MD 2000:26 *Västerbottens Taxi AB* (7. november 2000). Se ytterligere eksempler i *Wetter/Carlsson/Östman: Konkurrensträtt – en kommentar*, Stockholm 2009 side 325.

- (40) Foretakene må være forberedt på å kunne dokumentere eventuelle ressursbegrensninger overfor Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet vil også kunne ta i betraktning ressurser til andre foretak som inngår i samme konsern, eller foretak som aktørene kontrollerer.
- (41) Det er videre en forutsetning at samarbeidet er begrenset til ett felles bud, og uten at det er lagt andre bindinger på foretakene enn det som er nødvendig for å gjennomføre det konkrete prosjektet. Det understrekes at selv om de enkelte foretakene ikke kan gjennomføre prosjektet alene, vil det normalt foreligge et konkurransebegrensende samarbeid dersom flere enn to foretak samarbeider i en situasjon hvor det er tilstrekkelig at bare to av foretakene samarbeider, og liknende situasjoner hvor flere foretak samarbeider. En eventuell tilrettelegging for eller tilskyndelse til et samarbeid fra oppdragsgivers side, utelukker ikke anvendelse av konkurranseloven § 10.³⁰
- (42) Et samarbeid om et felles anbud mellom to foretak der kun ett av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene må vurderes nærmere. Et slikt samarbeid kan være konkurransebegrensende ved at andre mulige samarbeidskonstellasjoner i markedet utelukkes. Dette vil særlig kunne være tilfellet dersom det er tale om konsentrerte markeder eller foreligger eksklusivtetsforpliktelser i forholdet mellom de samarbeidende foretak.
- (43) Et eksempel for å illustrere det ovenstående kan være at man har et marked med kun tre entreprenører – (A), (B) og (C). I et konkret enkeltprosjekt er det kun entreprenør (A) som kan utføre prosjektet alene, mens de to andre ikke har tilstrekkelig kapasitet. Dersom (A) inngår et prosjektsamarbeid med entreprenør (B), vil det kunne være konkurransebegrensende dersom et slikt samarbeid hindrer at (B) og (C) kan inngå prosjektsamarbeid og konkurrere med (A).
- (44) Dette vil eksempelvis kunne være tilfellet hvor det foreligger en eksklusivtetsforpliktelse mellom (A) og (B) som eliminerer en potensiell konkurrent (C), og ha den konsekvens at oppdragsgiver kun mottar ett tilbud i stedet for to.
- (45) Dersom samarbeidet derimot ikke hindrer at også (B) og (C) kan inngå et prosjektsamarbeid, vil et samarbeid mellom (A) og (B) normalt ikke begrense konkurransen. Årsaken til dette er at et slikt samarbeid ikke vil begrense antall tilbydere i konkurransen, og dermed heller ikke begrense konkurransen.
- (46) En særlig problemstilling oppstår der foretakene i samarbeidet kunne ha gjennomført deler av prosjektet individuelt, men går sammen om å by på hele prosjektet. Hvis prosjektet er utformet slik at det kan bys på deler, og partene hver for seg har anledning til å by på samme delprosjekt(er) og således er å anse som konkurrenter i forhold til det enkelte delprosjekt, vil partene ikke kunne samarbeide om å by på hele prosjektet. Hvis det kan bys på deler av et prosjekt, må imidlertid foretak som ikke er faktiske eller potensielle konkurrenter med hensyn til det enkelte delprosjekt, som utgangspunkt kunne samarbeide om hele prosjektet.

³⁰ Jf. *Wetter/Karlsson/Östman*, Konkurrensrätt – en kommentar, Stockholm 2009, side 323.



- (47) Konkurransetilsynet vil også ta hensyn til eventuelle spillover-effekter og muligheten for at samarbeidet strekker seg utover det aktuelle prosjektet, herunder om samarbeidet øker risikoen for at partene vil opptre koordinert når det gjelder annen virksomhet utover det konkrete prosjekt. Slike effekter vil kunne oppstå for eksempel gjennom informasjonsutveksling, ved at det gis kjennskap til samarbeidspartnerens kalkyler, kostnader og kapasitet. Disse effektene kan særlig forekomme i markeder som på forhånd er preget av gjennomsiktighet, og der ulike aktører hyppig samarbeider om prosjekter.
- (48) Det kan imidlertid ikke utelukkes at et prosjektsamarbeid som i utgangspunktet virker konkurransebegrensende vil kunne lede til at partene i fellesskap blir en mer effektiv konkurrent til andre tilbydere. Når et konkurransebegrensende samarbeid gir effektivitetsgevinster som oppveier samarbeidets konkurransebegrensende virkninger, kan det som tidligere nevnt fremme konkurranselovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd. Det er de foretak som ønsker å påberope seg unntaket i § 10 tredje ledd som må dokumentere og sannsynliggjøre at prosjektsamarbeidet genererer relevante effektivitetsgevinster som innebærer at vilkårene i § 10 tredje ledd er oppfylt, jf. nærmere i punkt 5.

4.3 Prosjektsamarbeid som genererer flere anbud

- (49) Ulike konstellasjoner vil kunne gi prosjektpartnerne foranledning til å inngi flere anbud. For det første, hvis ingen av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene i henhold til kriteriene omtalt i punkt 4.2, kan de ha interesse av å gi tilbud basert på gjensidige underleveranser til hverandre. Et annet alternativ er at bare ett av foretakene er i stand til å gjennomføre prosjektet alene, mens det andre er avhengig av underleveranser fra den første. En tredje variant kan være situasjoner hvor begge foretakene kan gjennomføre prosjektet alene, og inngir to selvstendige bud, men hvor det også inngår prosjektsamarbeid i form av underleveranseavtaler, enten ensidig eller gjensidig.
- (50) Prosjektsamarbeid hvor *ingen* av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene i henhold til kriteriene angitt i punkt 4.2 vil normalt ikke være konkurransebegrensende der foretakene inngir et *felles* tilbud. Situasjonen kan være en annen når foretakene inngir to selvstendige bud for eksempel basert på gjensidige underleveranser.
- (51) Et sentralt spørsmål i vurderingen av prosjektsamarbeid som generer to eller flere bud, er om, og eventuelt i hvor stor grad, de samarbeidende foretak kan utveksle informasjon i forkant av budfristen.
- (52) Det er et grunnleggende prinsipp i konkurranseretten at ethvert foretak på selvstendig grunnlag skal fastsette sin markedsatferd.³¹ Informasjonsutveksling som er egnet til å fjerne usikkerhet om de involverte foretakenes fremtidige atferd er derfor normalt ansett for å ha som *formål* å begrense konkurransen i § 10s forstand.³² Det er tilstrekkelig for å

³¹ Se sak C-49/92 P *Anic Partecipazioni SpA mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-4125, premiss 117.

³² Se blant annet forente saker 40/73 *Suiker Unie m.fl.*, Sml. 1975 s. 1663, premiss 173 flg og sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Sml. 2000 s. I-4529, premiss 35

konstatere en overtredelse at kun et foretak røper strategisk informasjon til sine konkurrenter.³³ Ikke enhver utveksling av informasjon mellom partene i et mulig prosjektsamarbeid som generer to eller flere bud, vil rammes av § 10. Det vil måtte foretas en konkret helhetlig vurdering av samarbeidet, herunder om det utveksles informasjon i større grad enn det som er nødvendig.

- (53) I den konkrete vurderingen av samarbeidets lovlighet vil Konkurransetilsynet for det første legge til grunn at foretakene er å anse som *faktiske* konkurrenter fra det tidspunktet underleveransen fra det/de øvrige foretakene muliggjør inngivelse av et selvstendig tilbud. For det andre er det et grunnleggende prinsipp at et eventuelt samarbeid må utformes og utføres på en måte som i minst mulig grad begrenser konkurransen.³⁴
- (54) I samsvar med ovennevnte utgangspunkter vil det i vurderingen måtte skilles mellom to ulike situasjoner. For det første der informasjon utveksles som ledd i en innledende undersøkelse av om det er grunnlag for samarbeid eller ikke, og for det andre der informasjon utveksles ved den nærmere utformingen og gjennomføringen av samarbeidet.
- (55) Hvis samarbeid er nødvendig for å sette foretakene i stand til å by på den aktuelle kontrakten, jf. kriteriene i punkt 4.2, vil informasjonsutveksling i en innledende fase som utgangspunkt være tillatt. Foretakene vil normalt kunne innhente tilbud fra flere potensielle underleverandører uten at dette vil være i strid med § 10 første ledd. Grunnen til det er at foretakene på dette stadiet verken er faktiske eller potensielle konkurrenter for så vidt gjelder det aktuelle anbudet.
- (56) Hvis de innledende undersøkelsene resulterer i et samarbeid (ensidig/gjensidig underleveranse), er det særlig to forhold som er av betydning for vurderingen av samarbeidets lovlighet. For det første hvorvidt foretakene kun har utvekslet den informasjonen som er strengt nødvendig for den enkelte underleveranse, eller om også annen informasjon er utvekslet. Det er for eksempel ikke tillatt å utveksle informasjon om andre priser og kostnader enn de som inngår i tilbudet om underleveransen. Hvis foretakene har utvekslet mer informasjon enn det som er nødvendig for gjennomføring av underleveransen, vil Konkurransetilsynet legge til grunn at informasjonsutvekslingen innebærer en samordning med et konkurransebegrensende *formål*.³⁵ Årsaken til at slik informasjonsutveksling mellom konkurrenter er forbudt, er at dette minsker usikkerheten om konkurrentens forretningsstrategi.³⁶ Dette kan igjen øke mulighetene for samordning til skade for konkurransen og forbrukerne. Typisk vil det være tilfellet der foretakene utveksler de fullstendige tilbudene enten dette skjer ensidig eller gjensidig.³⁷ Hvis utvekslingen av informasjon skjer ensidig for eksempel per post, e-post eller gjennom

³³ Rettens sak T-25/95 *Cimenteries*, se også de horisontale retningslinjene avsnitt 62.

³⁴ Se de horisontale retningslinjene avsnitt 30.

³⁵ Rt. 2012 side 1556, se også sak C-199/92 *Hüls*, sml. S. I-4287, premiss 160.

³⁶ Se blant annet forente saker 40/73 *Suiker Unie m.fl.*, Sml. 1975 s. 1663, premiss 173 flg og sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Sml. 2000 s. I-4529, premiss 35

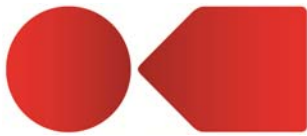
³⁷ Se Rt. 2012 side 1556.

uttalelser i møter, vil det foreligge en formålsovertredelse dersom mottakeren ikke protesterer og gir klart uttrykk for at det ikke er ønskelig å motta slik informasjon.³⁸

- (57) For det andre vil Konkurransetilsynet vurdere om samarbeidet kunne ha vært gjennomført med færre begrensninger, altså om samarbeidet er utformet på en måte som i minst mulig grad kan begrense konkurransen. Hvis samarbeidet kunne ha vært utført på en annen og mindre begrensende måte, vil Konkurransetilsynet legge til grunn at samarbeidet enten har som formål eller virkning å begrense konkurransen i § 10s forstand. Samarbeidets lovlighet vil således bero på en helhetlig vurdering av dets omfang og innhold i den konkrete saken.
- (58) Gjennomgangen ovenfor har fokusert på de tilfellene der foretakene etter en vurdering av kriteriene i veiledningen punkt 4.2, *ikke* er konkurrenter. Hvis foretakene derimot kan gjennomføre det aktuelle prosjektet alene, og således er å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter uavhengig av en eventuell underleveranse, vil et samarbeid – enten det skjer i form av enkle eller doble bud – normalt være i strid med § 10 første ledd, jf. særlig avsnitt 39 ovenfor.
- (59) En særlig problemstilling oppstår der foretakene inngir det som tilsynelatende fremstår som to eller flere konkurrerende tilbud, men hvor budene i realiteten er fiktive og oppdragsgiver forledes til å tro at det er reell konkurranse om oppdraget. Oppdragsgiver risikerer i en slik situasjon å betale en for høy pris for varen/tjenesten ettersom de inngitte bud ikke er resultat av konkurranse, men en enighet mellom tilbyderne. Som det fremgår av punkt 4.1 ovenfor vil et slikt samarbeid utgjøre en formålsovertredelse.
- (60) I denne sammenheng understrekes at det ikke er nødvendig for Konkurransetilsynet å konstatere at foretakene har hatt til hensikt å forlede oppdragsgiver for at samarbeidet skal anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Uttrykket formål i § 10 første ledd er *objektivt*, og det er ikke noe krav om hensikt for at det skal foreligge et brudd på § 10.³⁹ Det er også slik at Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 29 kan ilegge overtredelsesgebyr for både forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 10.
- (61) Ved fiktive bud vil § 10 kunne være overtrådt allerede gjennom den kontakt som har vært mellom foretakene i forbindelse med etableringen av samarbeidet. I den grad foretakene har utvekslet fremtidig strategisk informasjon vil dette i seg selv kunne være en formålsovertredelse, jf. særlig avsnitt 57 ovenfor.
- (62) Det kan heller ikke utelukkes at et prosjektsamarbeid som generer flere bud i samme anbudskonkurranse, og som er konkurransebegrensende etter § 10 første ledd, vil kunne lede til at foretakene blir mer effektive konkurrenter til andre tilbydere. Dette er ett av de forhold som behandles nærmere i punkt 5.

³⁸ Sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Sml. 2000 s. I-4529, premiss 35, Sak T-25/95 *Cimenteries m.fl. mot Kommissjonen* Sml. 2000 s. II-491, premiss 1849 og de horisontale retningslinjer, avsnitt 62.

³⁹ Se Rt. 2012 side 1556



5 Unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd

- (63) Et prosjektsamarbeid i strid med konkurranseloven § 10 første ledd vil ikke være ulovlig dersom prosjektsamarbeidet oppfyller vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd.⁴⁰
- (64) Det sentrale spørsmålet i vurderingen av om unntaket i § 10 tredje ledd er oppfylt, er om prosjektsamarbeidet vil resultere i samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som oppveier de konkurransebegrensende virkningene av samarbeidet.
- (65) Unntaket i § 10 tredje ledd vil komme til anvendelse dersom prosjektsamarbeidet oppfyller fire kumulative vilkår. Samarbeidet må for det første bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling. Prosjektsamarbeid vil kunne fremme konkurransen dersom samarbeidet skaper effektivitetsgevinster i form av omkostningsbesparelser eller bedre produksjonsteknologi, eller bidra til økt produktkvalitet eller større bredde i produktsortimentet.⁴¹ For det andre må samarbeidet sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som prosjektsamarbeidet resulterer i, i form av lavere priser, bedre produktkvalitet eller større produktsortiment i et slikt omfang at det oppveier de konkurransemessige begrensninger.⁴² For det tredje må foretakene i prosjektsamarbeidet ikke pålegges restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for oppnå målene som nevnt. For det fjerde må samarbeidet ikke gi de samarbeidende foretak mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder.
- (66) Prosjektsamarbeid som har konkurransebegrensende formål, vil normalt ikke oppfylle unntaksvilkårene i § 10 tredje ledd.⁴³ Det er som tidligere nevnt foretakene som ønsker å påberope seg unntaket i § 10 tredje ledd som må godtgjøre at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.
- (67) For en nærmere omtale av unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd vises det til Konkurransetilsynets temaark om konkurranseloven § 10 tredje ledd.⁴⁴

6 Gruppeunntakene

- (68) Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på visse grupper av spesialiseringsavtaler (FOR 2012-04-20 nr 343) fritar på visse vilkår samarbeid om felles produksjon, jf. forskriften § 1 første ledd bokstav c. Forskriften tilsvarer EØS-gruppeunntaket for spesialiseringsavtaler.

⁴⁰ Se også Kommisjonens retningslinje for anvendelse av art. 81 (3), og EFTAs overvåkningsorgans retningslinje for anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3.

⁴¹ Jf. horisontale retningslinjer avsnitt 183.

⁴² Jf. horisontale retningslinjer avsnitt 185.

⁴³ Jf. Kommisjonens retningslinje for anvendelse av art. 81 (3) avsnitt 46,

Whish, Competition Law seventh edition s. 529, og Jones and Sufrin EC Competition Law, Third edition s. 896

⁴⁴ Se http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%c2%a710_UNNTAK.PDF

- (69) Et produksjonssamarbeid som er dekket av forskriften vil også være fritatt i forhold til enkeltprosjekter. Et samarbeid om felles produksjon som tilfredsstillers forskriftens krav, vil være fritatt uavhengig av om det inngås med sikte på et enkeltprosjekt eller ikke. Felles inngivelse av anbud vil imidlertid normalt ikke anses dekket av forskriftens anvendelsesområde.