



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas vedtak 31. august 2018

Sak: 2018/112 og 2018/113

Klager: El-Proffen AS/EP Contracting AS
Arkel Asker og Bærum AS
Hoel Elektro AS
Røa Elektriske AS
Elektro Nettverk Service AS
Lysteknikk Elektroentreprenør AS

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Elisabeth Styrvold Wiggen og Tore Lunde

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet traff 4. september 2017 vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr (heretter «vedtaket») mot foretakene El-Proffen AS (heretter «El-Proffen»), EP Contracting AS (heretter «EPC»), Elektro Nettverk Service AS (heretter «ENS»), Lysteknikk Elektroentreprenør AS (heretter «Lysteknikk»), Arkel Asker og Bærum AS (heretter «Arkel»), Hoel Elektro AS (heretter «Hoel») og Røa Elektriske AS (heretter «Røa») for brudd på lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12 (konkurranseloven) § 10. I vedtaket la Konkurransetilsynet til grunn at de fem elektroforetakene og elektrikerkjeden El-Proffen/EPC hadde deltatt i et ulovlig anbudssamarbeid i en offentlig anbudskonkurranse utlyst av Undervisningsbygg Oslo KF (heretter «Undervisningsbygg») 24. mars 2014.
- (2) Alle foretakene som ble ilagt overtredelsesgebyr (i fellesskap omtalt som «klagerne»), har påklaget vedtaket til Konkurransklagenemnda.
- (3) ENS og Lysteknikk, representert ved advokatfirmaet Hjort DA, sendte inn felles klage på vedtaket ved brev til Konkurransetilsynet 2. mars 2018.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (4) El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa, representert ved advokatfirmaet Thommessen AS, sendte også inn felles klage samme dag.
- (5) Konkurransetilsynet vurderte klagene, men konkluderte med at de ikke gav grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingssaker i forvaltningsloven § 33. Klagene og sakens dokumenter ble derfor oversendt Konkurransklagenemnda ved Konkurransetilsynets innstilling av 23. mars 2018.
- (6) Konkurransklagenemnda avholdt planmøte i saken 5. april 2018. I samråd med klagerne og Konkurransetilsynet (i felleskap omtalt som «partene»), besluttet nemnda å behandle klagene samlet. Dette vedtaket er derfor utarbeidet som et felles vedtak som omfatter alle klagerne, men med individuelle vurderinger der det er påkrevet, og én slutning for hver enkelt klager.
- (7) El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa kommenterte Konkurransetilsynets innstilling i brev til Konkurransklagenemnda 16. april 2018. ENS og Lysteknikk kommenterte innstillingen i brev til nemnda 18. april 2018. Konkurransetilsynet kommenterte disse brevene fra klagerne i nytt prosesskriv 8. mai 2018. El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa kommenterte dette prosesskrivet i brev av 16. mai 2018, og merknader fra ENS og Lysteknikk ble gitt i brev av 23. mai 2018.
- (8) Konkurransklagenemnda gjennomførte muntlig høring i saken 28. mai 2018. Konkurransetilsynet var representert ved Regjeringsadvokaten. Under den muntlige høringen ble det gitt en innledning fra hver av prosessfullmektigene, før nemnda fikk høre forklaringene til [REDACTED] (Arkel), [REDACTED] (Hoel), [REDACTED] (Røa), [REDACTED] (ENS) og [REDACTED] (Lysteknikk). Høringen ble avsluttet med en oppsummering/prosedyre fra hver av prosessfullmektigene.
- (9) Konkurransetilsynet gav kommentarer til det som fremkom i høringen ved brev av 5. juli 2018. El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa kommenterte dette brevet i brev av 10. august 2018. ENS og Lysteknikk kommenterte Konkurransetilsynets brev i brev av 20. august 2018. I tillegg har klagerne respektive prosessfullmektiger i brev av 28. august 2018 inngitt merknader til dom avsagt av den danske Sø- og Handelsretten 27. august 2018. Konkurransetilsynet har mottatt kopi av disse brevene, men har valgt å avstå fra å inngi merknader til disse.
- (10) Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan Konkurransklagenemnda prøve alle sider av saken. Dette betyr at nemnda kan prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd første punktum kan nemnda treffe nytt vedtak i saken. Nemnda har i behandlingen av klagene lagt vekt på de dokumenter som inngår i saken, klagene, etterfølgende brev/prosesskriv, samt det som fremkom under den muntlige høringen.
- (11) Etter forvaltningsloven § 11 skal klagevedtaket treffes uten «ugrunnet opphold». Videre følger det av konkurranseloven § 39 annet ledd at søksmål for tingretten kan reises når det er gått seks måneder fra klage første gang ble fremsatt, og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens vedtak eller avgjørelse ikke foreligger. Konkurransklagenemnda har avgjort saken uten ugrunnet opphold og innen seks måneder fra klagen ble fremsatt. Klagerne har derfor ikke anledning til å bringe saken inn for tingretten, men søksmål kan eventuelt rettes mot staten ved

Konkurransetilsynet, og anlegges for Gulating lagmannsrett, jf. konkurranseloven § 39 fjerde ledd.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Konkurransetilsynets vedtak

- (12) Konkurransetilsynet traff 4. september 2017 vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10. I vedtaket ble det lagt til grunn at klagerne *«har deltatt i et ulovlig anbudssamarbeid i en offentlig anbudskonkurranse utlyst av Undervisningsbygg og i den forbindelse utvekslet priser og annen konkurransesensitiv informasjon gjennom e-postkorrespondanse og i telefonmøte.»*¹
- (13) Konkurransetilsynet la videre til grunn at samarbeidet mellom klagerne hadde et konkurransebegrensende formål, og at de øvrige vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 var oppfylt. På den bakgrunn ble det fattet vedtak med følgende slutning:
1. *El-Proffen AS/EP Contracting AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 2 500 000 – tomillionerfemhundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
 2. *Lysteknikk Elektroentreprenør AS ilegges et overtredelsesgebyr på 4 500 000 – firemillionerfemhundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
 3. *Elektro Nettverk Service AS ilegges et overtredelsesgebyr på 4 500 000 – firemillionerfemhundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
 4. *Arkel Asker og Bærum AS ilegges et overtredelsesgebyr på 3 290 000 – tremillionertohundreogtittitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
 5. *Hoel Elektro AS ilegges et overtredelsesgebyr på 1 290 000 – enmilliontohundreogtittitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
 6. *Røa Elektriske AS ilegges et overtredelsesgebyr på 2 450 000 – tomillionerfirehundreogfemtittusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*

2.2 Om klagerne og markedet

2.2.1 El-Proffen/EPC

- (14) El-Proffen ble etablert 1. desember 2000 som et kjedekonsept for elektroentreprenørbedrifter, og eies 100 prosent av medlemsbedriftene.² El-Proffen

¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt (3).

² Se vedlegg 6 til klage fra El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa, «Strategidokument for El-Proffen».

kaller seg på egne hjemmesider for «Norges største elektrikerkjede», med 182 medlemsbedrifter over hele Norge.³

- (15) El-Proffen er registrert med et stort antall aksjeeiere, der de største aksjeeierne er Ryfylke Elektro AS og Elektrisk AS, med eierandel på tre prosent hver.⁴
- (16) Kjeden henvender seg ifølge hjemmesiden til både private kunder og næringskunder. El-Proffen forhandler blant annet felles innkjøpsavtaler med grossister og leverandører på over en milliard kroner.
- (17) El-Proffens vedtektsfestede formål er å
*«organisere kjededrift for elektroentreprenører gjennom betegnelsen El-Proffen, og på basis av dette legge til rette innkjøpsordninger samt egen produksjon og import. Videre skal El-Proffen drive verdiøkende aktiviteter gjennom kompetansebygging, effektivisering og markedsføring av kjeden, til beste for eierne og kjedens medlemmer. Selskapet kan delta i andre selskaper med lignende formål samt investere i fast eiendom.»*⁵
- (18) Konsernregnskapet for El-Proffen viser at konsernet hadde en omsetning på 1 191 377 000 kroner i 2017, og 940 66 400 kroner i 2014.⁶
- (19) EPC ble stiftet i 2012.⁷ Selskapet er et heleid datterselskap av El-Proffen, og de to selskapene har felles hovedkontor i Kristiansand. EPC har ingen egne ansatte, men leier inn arbeidskraft fra El-Proffen.
- (20) EPC sitt vedtektsfestede formål er
*«inngåelse og gjennomføring av samarbeidsavtaler og entreprisoppdrag innen elektro og andre tekniske fagområder, samt deltakelse i andre selskaper med lignende formål.»*⁸
- (21) El-Proffen/EPC opplyser at formålet er å oppnå stordriftsfordeler gjennom felles innkjøp, markedsføring, opplæring/kurs og reklamasjonsordninger (for materiell) mv. Videre er det opplyst at medlemmene, ved å være del av El-Proffen/EPC, får anledning til å delta i større regionale og nasjonale anbud som underleverandør til EPC, hvor det enkelte medlem ellers ikke ville ha deltatt på selvstendig grunnlag.⁹
- (22) Årsregnskapet til EPC for 2017 viser en omsetning på 29 225 000 kroner. I 2014 var omsetningen 7 065 000 kroner.

³ Se www.El-Proffen.no

⁴ Aksjeeierliste hentet fra www.proff.no, sist oppdatert i 2017.

⁵ Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene.

⁶ Basert på tall fra Brønnøysundregistrene.

⁷ Organisasjonsnummer 998 210 135, forretningsadresse Ægirs vei 10 b, 4632 Kristiansand.

⁸ Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene.

⁹ Brev fra advokatfirmaet Thommessen AS til Undervisningsbygg Oslo KF av 18. juli 2014.

2.2.2 Elektro Nettverk Service AS

- (23) ENS ble stiftet i 2003.¹⁰ I perioden 2014-2015 hadde selskapet 31 ansatte. Hovedkontoret ligger på Hølsfyr i Oslo.¹¹ ENS er medlem i El-Proffen-kjeden.
- (24) Selskapet er en totalleverandør av elektro-, brannalarm-, tele- og datainstallasjoner til bedrifter, offentlige etater og private kunder, og har som vedtektsfestet formål å drive «[s]erviceoppdrag/kontrakter, termofotografering, svakstrømsprosjekter, intern kontroll, handel samt alt hva derved står i forbindelse.»¹²
- (25) Årsregnskapet til ENS for 2017 viste en omsetning på 66 043 kroner. I 2014 var omsetningen 49 910 000 kroner.¹³

2.2.3 Lysteknikk Elektroentreprenør AS

- (26) Lysteknikk ble stiftet i 1994.¹⁴ Selskapet hadde hadde 73 ansatte i 2014 og 86 ansatte i 2015.¹⁵ Hovedkontoret ligger på Skullerud i Oslo.¹⁶ Lysteknikk er medlem i El-Proffen kjeden.
- (27) Lysteknikk er ifølge selskapets hjemmeside en totalleverandør av elektroarbeid, og har som vedtektsfestet formål å drive
*«[e]lektrisk installasjon- og servicevirksomhet, handel og konsulenttjenester, samt hva som står i forbindelse. Selskapet kan også delta i annen virksomhet ved aksjetegning eller på annen måte.»*¹⁷
- (28) Selskapet har virksomhet i Oslo og Akershus, og har flere løpende rammeavtaler med både offentlige og private institusjoner.
- (29) Årsregnskapet til Lysteknikk for 2017 viste en omsetning på 214 929 000 kroner. I 2014 var omsetningen 124 529 000 kroner.¹⁸

2.2.4 Arkel Asker og Bærum AS

- (30) Arkel ble stiftet i 1989.¹⁹ Selskapet hadde 24 ansatte i 2014 og 21 ansatte i 2015.²⁰ Arkel har hovedkontor på Hvalstad i Asker. Arkel er medlem i El-Proffen-kjeden.
- (31) Selskapet har som vedtektsfestet formål:
*«elektroinstallasjon, konsulentvirksomhet, salg av utstyr og materiell.»*²¹

¹⁰ Organisasjonsnummer 985 586 284, forretningsadresse Strømsveien 131, 0663 Oslo.

¹¹ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt (27) og tilbudet ifra ENS med oversikt over ansatte.

¹² Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene.

¹³ Innhentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁴ Organisasjonsnummer 995 971 135, forretningsadresse Olaf Helsets vei 8, 0694 Oslo.

¹⁵ Antall ansatte oppgitt i tilbudet fra Lysteknikk av 29. april 2014.

¹⁶ Vedtaket avsnitt (22), og tilbudet fra Lysteknikk av 29. april 2014.

¹⁷ Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene.

¹⁸ Innhentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁹ Organisasjonsnummer 952 170 570, forretningsadresse Ravnsborgsveien 56, 1395 Hvalstad.

²⁰ Arkel forklarte under den muntlige høringen at det var feil antall ansatte oppgitt i tilbudet og at de hadde 24 ansatte i 2014

²¹ Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene.

- (32) Ifølge hjemmesiden til Arkel tar selskapet alle typer oppdrag innenfor elektroinstallasjon, tele/data, alarmer mv.
- (33) Årsregnskapet til Arkel for 2017 viste en omsetning på kroner 28 243 000. I 2014 var omsetningen kroner 35 709 000.²²

2.2.5 Hoel Elektro AS

- (34) Hoel ble stiftet i 1974.²³ Hoel hadde tolv ansatte ved tilbudsinnngivelsen i 2014.²⁴ Selskapet opplyste i klagen at de bare hadde syv utførende ansatte, og at Konkurransetilsynet hadde lagt feil faktum til grunn i vedtaket. I tilbudet fremgår det at antallet utførende ville øke til elleve utførende og 16 ansatte totalt fra sommeren 2014. Hoel har hovedkontor på Løren i Oslo. Frem til 31. desember 2014 var selskapets hovedkontor på St. Hanshaugen i Oslo. Hoel er medlem i El-Proffen-kjeden.
- (35) Selskapet er en totalleverandør av elektroinstallasjoner, og tilbyr blant annet serviceoppdrag, rehabilitering og nybygg. Hoels vedtektsfestede formål er «*[e]lektrisk installasjonsvirksomhet, samt handel og alt hva står i den forbindelse.*»²⁵
- (36) Hoel betjener ifølge hjemmesiden både bedriftsmarkedet, offentlig sektor og private kunder. De tilbyr også rammeavtaler for serviceoppdrag til blant annet offentlig sektor.
- (37) Årsregnskapet til Hoel for 2017 viste en omsetning på kroner 14 074 000 kroner og i 2014 var omsetningen kroner 12 971 000.²⁶

2.2.6 Røa Elektriske AS

- (38) Røa ble stiftet i 2001.²⁷ Selskapet hadde 21 ansatte i 2014. Røa har hovedkontor på Røa i Oslo. Røa er medlem i El-Proffen-kjeden.
- (39) Selskapet utfører ifølge hjemmesiden både små og store installasjoner, og leverer elektro, tele- og dataprodukter/løsninger til både private og bedrifter. De tilbyr også rammeavtaler for serviceoppdrag. Røas vedtektsfestede formål er «*salg/markedsføring, prosjektering, installasjon og service av elektro, tele, svakstrøm og data relaterte produkter, systemer og løsninger.*»²⁸
- (40) Årsregnskapet til Røa for 2017 viste en omsetning på kroner 32 092 000 kroner og i 2014 var omsetningen kroner 24 515 000.²⁹

2.2.7 Om markedet for elektroinstallasjon

- (41) Konkurransetilsynet har i vedtaket avsnitt (47) beskrevet markedet for elektroinstallasjon. Det er ingen uenighet i saken knyttet til definisjonen av markedet. Konkurransenemnda legger derfor til grunn at markedet for elektroinstallasjon omfatter installering av elektriske anlegg i alle typer bygninger og anlegg, herunder elektriske ledninger og elektrisk utstyr, telekabler, kabler til bredbånd og TV, herunder fiberoptikk

²² Innhentet fra Brønnøysundregistrene.

²³ Organisasjonsnummer 930 884 820, forretningsadresse Frydenbergsveien 48, 0575 Oslo.

²⁴ Tilbudet fra Hoel av 29. april 2014.

²⁵ Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene.

²⁶ Innhentet fra Brønnøysundregistrene.

²⁷ Organisasjonsnummer 983 188 524, forretningsadresse Aslakveien 14b, 0753 Oslo.

²⁸ Nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret, Brønnøysundregistrene.

²⁹ Innhentet fra Brønnøysundregistrene.

og parabolantenner, belysning, brannalarmer, tyverialarmer, gatebelysning, elektriske trafikksignalanlegg og belysning til landingsbaner.

- (42) Elektroinstallasjon inkluderer ofte også salg av elektrisk utstyr og materiell, levert som en del av installasjonen.

2.3 Undervisningsbyggs anskaffelse av elektrotjenester

- (43) Undervisningsbygg kunngjorde en åpen anbudskonkurranse 24. mars 2014, med tilbudsfrist 5. mai 2018 (heretter omtalt som «anskaffelsen»). Anskaffelsen gjaldt inngåelse av rammeavtaler om kjøp av elektrotjenester knyttet til vedlikehold og reparasjon av skolebygg i Oslo kommune.
- (44) Tildelingskriteriene var i kunngjøringen oppgitt som *«[d]et økonomiske mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av, kriterier og vektning fastsatt i konkurransegrunnlaget.»*
- (45) Anskaffelsesdokumentene bestod av en tilbudsinnbydelse med konkurranseregler for åpen anbudskonkurranse, her var også kvalifikasjonskravene opplistet. I tillegg var det syv vedlegg til tilbudsinnbydelsen. Dette var dokumentene «01 HMS-egenerklæring», «02 Orientering om oppdraget», «03 Prisskjema», «04 kontrakt», «05 Oslo kommunes standardvilkår for håndverkertjenester», «06 Mal for minikonkurransegrunnlag» og «07 Oversikt over skolegrupper».³⁰
- (46) I vedlegg 2 «Orientering om oppdraget» var rammeavtalens art og omfang nærmere beskrevet. Blant annet fremgikk det at rammeavtalen ville ha en varighet på *«2 år fra kontraktsinngåelse, med opsjon for oppdragsgiver på forlengelse i 1 år, + 1 år på opprinnelige avtalevilkår.»*
- (47) Ved beskrivelsen av avtalens omfang fremgikk det videre at:
- «Det vil bli inngått 4-6 parallelle rammeavtaler om elektroarbeider med planlagt oppstart i uke 34. Undervisningsbygg sine skoler er delt inn i skolegrupper. De valgte leverandørene tildeles 3–6 skolegrupper hver som "geografiske område". Leverandørens kapasitet og rangeringen i rammeavtalen vil være avgjørende for hvor mange skoler som tildeles. Leverandøren må ha kapasitet til å håndtere minimum tre skolegrupper. Hver av skolegruppene har ca. 12–20 skoleeiendommer, og i tillegg kommer idrettshaller og bad, se for øvrig vedlegg 7.»*

³⁰ Dokumenttitler i henhold til tilbudsinvitasjonens liste over vedlegg.

- (48) Ifølge anskaffelsesprotokollen deltok følgende foretak i konkurransen, opplistet ut fra tidspunktet for inngivelse av tilbudet:

Tabell 1 Oversikt over tilbud mottatt av Undervisningsbygg.³¹

	Leverandørens navn	Tilbudssum ekskl. mva
1	Elektro Nettverk Service AS	29 155 500
2	Imtech AS	147 976 000
3	Moelven Elektro AS	52 382 500
4	Electro - Spesialisten AS	25 793 400
5	Elektro Gruppen AS	23 704 000
6	Lysteknikk Elektro Entreprenør AS	24 229 250
7	Sønnico	47 758 500
8	Datelco AS	31 128 900
9	Elektronytt AS	32 762 500
10	Nexus Elektroinstallasjon	69 369 250
11	EL Proffen m.fl.	29 157 500

- (49) Undervisningsbygg avviste tilbudene fra El-Proffen/EPC, Lysteknikk og ENS. Begrunnelsen for avvisningen ble sendt i brev til henholdsvis El-Proffen, Lysteknikk og ENS 11. juli 2014. Undervisningsbygg gjorde gjeldende at denne type tilbudssamarbeid sannsynligvis var i strid med konkurranselovens bestemmelser, og tilbyderne derfor ble avvist med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (FOA) § 20-12 (2).
- (50) Ifølge anskaffelsesprotokollen ble Elektro Gruppen AS, Electro Spesialisten AS, Datelco AS og Elektro-Nytt AS tildelt rammeavtalen, da de hadde det «*økonomisk mest fordelaktige tilbudene*».

2.4 Om samarbeidet

- (51) Samarbeidet mellom klagerne ble innledet ved at [REDACTED] (heretter [REDACTED]) i El-Proffen/EPC, den 1. april 2014 sendte en e-post til 22 medlemsbedrifter i El-Proffen med forespørsel om de ønsket å samarbeide om innlevering av tilbud til Undervisningsbygg.³² Vedlagt e-posten lå informasjon om anbudskonkurransen og tilbudsinnbydelsen.

³¹ Tilbudssummen for Lysteknikk, er korrigert til den faktiske tilbudssummen.

³² E-post fra [REDACTED] i El-Proffen/EPC til 22 medlemsbedrifter i El-Proffen 1. april 2014 kl. 09:48.

- (52) [redacted] (heretter [redacted]) i Arkel forklarte under den muntlige høringen for Konkurranseskjemenemnda at han i utgangspunktet, etter å ha sett anbudsutlysningen, av flere grunner vurderte det som uinteressant for Arkel å delta. Han la blant annet vekt på at prosjektet var for stort for Arkel, at de ikke kunne gi en konkurransedyktig pris når de ikke kunne ta seg betalt for kjøring fra Arkels kontorer i Asker til Undervisningsbyggs skoler i Oslo, og at de allerede hadde mye å gjøre. [redacted] (heretter [redacted]) i Hoel forklarte for nemnda at Hoel først og fremst retter seg mot privat næringsliv, slik som elektroinstallasjoner og service i bygårder. Konkurransen fra Undervisningsbygg var den første konkurransen Hoel deltok i for en offentlig oppdragsgiver. [redacted] følger ikke med på Doffin, og hadde ikke sett anbudsutlysningen før han mottok forespørselen fra El-Proffen/EPC. [redacted] (heretter [redacted]) i Røa forklarte i høringen at han bare sporadisk følger med på Doffin, og at heller ikke han hadde sett utlysningen før han mottok e-posten fra El-Proffen/EPC.
- (53) Kort tid etter at han mottok e-posten fra [redacted] svarte [redacted] (heretter [redacted]) i ENS som følger:
- «Vi hadde denne avtalen i 2004 og 2005. Hvordan forholder kjeden seg til at vi eventuelt også gir pris direkte? Det er forholdsvis lave priser på denne avtalen».*³³
- (54) Til det svarte [redacted] følgende:
- «Vi vil på ingen måte hindre dere i å gi en pris direkte. Det er også et annet selskap som har meldt om det samme. Utfordringen som evt. kommer opp er tilfeller hvor medlem selv legger inn tilbud og samtidig er med på felles tilbud. Da må vi bare ha en ryddig dialog i henhold til strategisk prising, slik at vi fremmer fellesskapet.»*³⁴
- (55) [redacted] skrev tilbake at de fikk ha en dialog på dette,³⁵ og [redacted] svarte som følger:
- «Jeg ser i løpet av uken hvor stor interessen er for dette [redacted], så mailer jeg deg. Kan godt hende at dette ikke er av interesse for de fleste og at individuelle tilbud er det beste.»*³⁶
- (56) [redacted] spurte også [redacted] hva han trodde prisene vil ligge på i form av timespris og påslag³⁷ og [redacted] svarte at da ENS leverte tilbud i 2010 priset de 25 prosent påslag og cirka kroner [redacted] i timespris.³⁸
- (57) [redacted] besvarte også e-posten fra [redacted] samme dag han mottok den og tilkjennega at de gjerne ville ta del i et felles tilbud. Videre ble det opplyst at:

³³ E-post fra [redacted] 1. april 2014 kl. 10:11.

³⁴ E-post fra [redacted] 1. april 2014 kl. 10:16.

³⁵ E-post fra [redacted] 1. april 2014 kl. 10:25.

³⁶ E-post fra [redacted] 1. april 2014 kl. 10:31

³⁷ Ibid.

³⁸ E-post fra [redacted] 1. april 2014 kl. 10:34.

«Slik vi tolker beskrivelsen, så ønsker de å etablere avtale med 4-6 installatører. Med anslagsvis 5-6 mill pr år i omsetning pr installatør, så er dette absolutt innenfor vår kapasitet.»³⁹

- (58) [redacted] i Arkel besvarte henvendelsen dagen etter som følger:

«Det kan være interessant for oss, avhengig av hvor mange andre medlemmer som deltar og om vi eventuelt kan finne en fornuftig fordeling på dette.»⁴⁰

- (59) [redacted] har forklart i forklaringsopptak for Konkurransetilsynet at han snakket med [redacted] i forkant av e-posten. I forklaringsopptak for Konkurransetilsynet har han forklart følgende om denne samtalen:

«[redacted] sier at han tror han hadde en telefonsamtale med [redacted] i forkant på hvor de kunne få oppdrag. [redacted] [Arkel] kunne være med fullt ut og ta det ansvaret [redacted] forventet at de kunne ta, men om de fikk (oppdrag) på helt andre siden av Oslo ville de få problemer [...]»⁴¹

- (60) [redacted] (heretter [redacted]) bekreftet i e-post av 2. april 2014, på vegne av Lysteknikk, at de ønsket å være med på tilbudet.⁴² Han forklarte også at det var [redacted] (heretter [redacted]) hos Lysteknikk som ville ta seg av saken.

- (61) [redacted] (heretter [redacted]) fra Røa svarte at de også var interessert i å være med på tilbudet ved e-post av 4. april 2014.⁴³

- (62) Undervisningsbygg avholdt tilbudskonferanse den 2. april 2014. Ifølge Undervisningsbyggs protokoll deltok hverken El-Proffen/EPC eller noen av de fem medlemsbedriftene på denne tilbudskonferansen⁴⁴, noe som også er bekreftet i forklaringsopptak for Konkurransetilsynet.

- (63) [redacted] sendte den 7. april 2014 ut en felles e-post til de som hadde signalisert at de ønsket å være med på tilbudet. I e-posten ba han hvert av foretakene om å sende inn et ferdig utfylt prisskjema i henhold til tilbudsinnbydelsen, samt merke de skolene som det falt naturlig for den enkelte foretak å dekke ved et eventuelt tilslag.⁴⁵ Han foreslo også at de sammen skulle ta en gjennomgang av prisskjemaet i et telefonmøte etter at han hadde fått inn prisene fra hvert foretak. E-posten inneholdt også en kontaktliste med navn og kontaktperson i de foretakene som hadde meldt interesse.

- (64) [redacted] sendte den 23. april 2014 en ny e-post der han minnet om fristen for å innlevere priser samme dag, samt presenterte en fremdriftsplan for samarbeidet. E-posten inneholdt også en oppdatert kontaktliste.⁴⁶

³⁹ E-post fra [redacted] 1. april 2014 kl. 14:49

⁴⁰ E-post fra [redacted] 2. april 2014 kl. 07:11.

⁴¹ Forklaringsopptak med [redacted] 9. februar 2015 avsnitt (110).

⁴² E-post fra [redacted] til [redacted] 2. april 2014 kl. 09:14.

⁴³ E-post fra [redacted] til [redacted] 4. april 2014 kl. 14:48.

⁴⁴ Undervisningsbyggs møtereferat fra tilbudskonferanse 2. april 2014.

⁴⁵ E-post fra [redacted] til [redacted] m.fl. 7. april 2014 kl. 11:11.

⁴⁶ E-post fra [redacted] til [redacted] m.fl. 23. april 2014 kl. 10:39.

- (65) Hoel og Røa sendte sine priser til [REDACTED] samme dag.⁴⁷ Dagen etter, den 24. april 2014, sendte [REDACTED] ytterligere en e-post der han skrev at Røa ønsket «*primært skolegruppe 4 og 5*».⁴⁸
- (66) Ettersom kun to av medlemsbedriftene sendte priser innen fristen, sendte [REDACTED] den 24. april 2014 en e-post der han etterlyste priser og utsatte det planlagte telefonmøtet til mandag 28. april 2014.⁴⁹
- (67) Senere samme dag sendte Hoel inn et revidert forslag til priser.⁵⁰ Arkel, ENS og Lysteknikk sendte sine priser til [REDACTED] den 28. april 2014.⁵¹ ENS fremhevet i sin korrespondanse at de var «*med på alle skolegruppene*».
- (68) Etter å ha mottatt priser fra alle de fem medlemsbedriftene, sammenstilte [REDACTED] prisene i et anonymisert skjema der hvert av selskapene hadde en kolonne med ulik farge.⁵² Prisskjemaet ble oversendt medlemsbedriftene i e-post av 28. april 2014 og medlemsbedriftene ble bedt om å ha denne klar til telefonmøtet. Prisene i sammenstillingen varierte fra cirka kroner 35 millioner til cirka kroner 85 millioner.
- (69) Senere samme dag ble det avholdt et telefonmøte mellom [REDACTED] og representanter fra de fem medlemsbedriftene. På møtet ble man enige om hvordan de enkelte poster i prisskjemaet skulle forstås, og hvilken pris man skulle inngi i tilbudet til Undervisningsbygg. Dette er bekreftet i forklaringsopptak for Konkurransetilsynet fra samtlige.
- (70) I etterkant av møtet sendte [REDACTED] en e-post hvor han la med et dokument kalt «*Felles pris undervisningsbygg*» som var de prisene man var blitt enige om på telefonmøtet.⁵³ Den totale prisen i dette tilbudet var lavere enn den laveste prisen medlemsbedriftene individuelt hadde foreslått. I e-post av 29. april 2014 ba [REDACTED] alle medlemsbedriftene fylle ut og sende ham det reviderte prisskjemaet med den felles prisen de var blitt enige om.⁵⁴ Deretter sendte medlemsbedriftene gjennom flere e-postutvekslinger til [REDACTED] utfylte og signerte prisskjema samt øvrig dokumentasjon som krevdes i tilbudsinvitasjonen.⁵⁵
- (71) I en av e-postene [REDACTED] (Arkel) sendte til [REDACTED] ble det uttalt følgende:

«Vi kan kun påta oss rammeavtale for område 4 og 5 dersom det skulle bli aktuelt.

Jeg har ikke skrevet det som forbehold i tilbudsbrevet foreløpig, men det er en forutsetning for at vi skal være med å gi pris.»⁵⁶

⁴⁷ E-post fra [REDACTED] 23. april 2014 kl. 14:28 og e-post fra [REDACTED] 23. april 2014 kl. 13:34.

⁴⁸ E-post fra [REDACTED] 24. april 2014 kl. 06:17.

⁴⁹ E-post fra [REDACTED] m.fl. 24. april 2014 kl. 07:44.

⁵⁰ E-post fra [REDACTED] 24. april 2014 kl. 14:43.

⁵¹ E-post fra [REDACTED] 28. april 2014 kl. 09:07, [REDACTED] 28. april 2014 kl. 11:00 og [REDACTED] 28. april 2014 kl. 09:12.

⁵² E-post fra [REDACTED] 28. april 2014 kl. 11:34.

⁵³ E-post fra [REDACTED] 28. april 2014 kl. 13:28.

⁵⁴ E-post fra [REDACTED] 29. april 2014 kl. 10:52.

⁵⁵ E-poster fra [REDACTED] 28. og 29. april 2014.

⁵⁶ E-post fra [REDACTED] 29. april 2014 kl. 09:42.

- (72) ENS informerte i en av e-postene om at de selv ville inngi et eget tilbud i tillegg til tilbudet gjennom EPC:

«Til opplysning så sender jeg inn eget tilbud med samme pris, håper ikke dette blir betraktet som prissamarbeid.»⁵⁷

- (73) Til dette svarte [REDACTED] som følger:

«Gjør vel ikke noe om du er ei krone dyrere på det individuelle tilbudet, men ih[v]ertfall ikke billigere en felles, da vi da måtte ha gjort det før vi leverte inn sammen.

Skjønnte ikke helt det du skrev om pris samarbeid, men om du frykter den ulovlige delen skal du ikke tenke på den da det er dere som både eier og skal levere inn på den felles avtalen.»⁵⁸

- (74) [REDACTED] organiserte dokumentasjonen han mottok fra foretakene i fem separate permer, én for hver medlemsbedrift.⁵⁹ ENS, Arkel, Hoel og Røa hadde laget egne tilbudsbrev til Undervisningsbygg, som ble vedlagt deres permer. I tillegg la [REDACTED] ved et forklarende følgebrev, et tilbudsbrev og dokumentasjon fra El-Proffen/EPC selv. Dette ble levert i en samlet eske til Undervisningsbygg den 2. mai 2014.

- (75) I følgebrevet fra [REDACTED] til Undervisningsbygg ble følgende forklart:

«Vedlagt finner dere 5 Stk. permer med identiske tilbud. Bedriftene som har vedlagt informasjon og tilbud inngår i kjedekonseptet EL-PROFFEN som de selv er deleier av. Tilbudet er ført i pennen av samarbeidsløsningen EP Contracting AS (Datterselskap).»⁶⁰

- (76) Videre heter det i tilbudsbrevet:

«Viser til forespørsel som vi har besvart etter beste evne. Vedlagt ligger det 5 stk. anbudsbesvarelser og underbilag fra utvalgte EL-PROFFEN bedrifter. Besvarelsen er utarbeidet og innsendt gjennom samarbeidsløsningen EP Contracting AS. Vi ønsker med dette å kunne tilby en større felles løsning i vår besvarelse og håper å kunne komme i betraktning for flere tildelingsområder/skoleområder innenfor våre bedrifters geografiske områder.»

[...]EP Contracting er bygget opp rundt en samarbeidsløsning mellom elektrofirmaene i EL-PROFFEN kjeden, hvor de enkelte oppdragene utføres av EL-PROFFENS medlemsbedrifter som selvstendige virksomheter.

[...]

I forhold til den tilsendte forespørsel tillater EL-PROFFEN / EP Contracting seg å avvike fra noen av spesifikasjonene i forespørselen pga EL-PROFFENS

⁵⁷ E-post fra [REDACTED] 29. april 2014 kl. 17:44.

⁵⁸ E-post fra [REDACTED] 29. april 2014 kl. 20:01.

⁵⁹ Besvarelse Undervisningsbygg 2014 fra [REDACTED]

⁶⁰ Brev benevnt "til informasjon for Undervisningsbygg" fra El-Proffen til Oslo kommune ved Undervisningsbygg 29. april 2014.

*organisatoriske struktur. Vi håper på forståelse for dette og at vårt tilbud likevel vil komme i betraktning.»*⁶¹

- (77) I løsningsbeskrivelsen til anbudsbesvarelsen punkt 3 om «Administrasjon av rammeavtalen» var EPCs koordinerende rolle beskrevet som følger:

*«For avtaler i regi av EL-PROFFEN/EP-CONTRACTING vil undertegnede [redacted] sammen med ytterligere en person fra Kjedekontoret være kontaktperson opp mot avtalen. Kontaktperson på kjedekontoret administrerer og koordinerer nødvendig kommunikasjon mellom avtalepart og utførende medlemsbedrift. Ved behov og ut fra hvilken avtale som inngås, knyttes nødvendige fagpersoner opp til avtale på permanent eller prosjektbasis. Eierskapet til avtalene som EP Contracting inngår blir kvalitetssikret gjennom medlemsavtalen mellom medlemsbedrift og El-Proffen, som en direkte forpliktelse i forkant av avtaleinngåelse.»*⁶²

- (78) ENS hadde allerede regnet på tilbudet da de mottok forespørselen fra [redacted] om å være med på et felles tilbud. Etter at prisen i fellestilbudet var fastsatt, justerte ENS ned noen av prisene i sitt eget tilbud, slik at dette ble marginalt billigere enn fellestilbudet. ENS leverte sitt eget individuelle tilbud 2. mai 2014.
- (79) Lysteknikk hadde rammeavtalen med Undervisningsbygg i 2010 til 2014, og var klar over at den skulle lyses ut på nytt. Lysteknikk hadde under den forrige rammeavtalen ansvar for fire skolegrupper, noe som utgjorde cirka 40 skoler.⁶³ Lysteknikk ønsket å legge inn tilbud på rammeavtalen på nytt, og var i tvil om hvordan de skulle forholde seg til forespørselen fra El-Proffen/EPC om å være med på et felles tilbud.⁶⁴
- (80) [redacted] forklarte under den muntlige høringen for Konkurransklagenemnda at han sa til de andre i Lysteknikk at de måtte finne ut om det var adgang til å delta i et felles tilbud, og samtidig inngi individuelt tilbud. Han tok derfor direkte kontakt med [redacted] (driftsdirektør i Undervisningsbygg, heretter [redacted]) for å avklare dette spørsmålet. [redacted] spurte hvordan [redacted] så på det om Lysteknikk innga tilbud både selvstendig og felles med El-Proffen. [redacted] svarte at dette hadde de hatt flere eksempler på tidligere, og at det var helt greit. Det eneste Lysteknikk måtte huske på, ifølge [redacted], var at hvis det skulle være slik at Lysteknikk fikk ett tilbud, og El-Proffen fikk ett tilbud, så kunne Lysteknikk få et kapasitetsproblem. Internt i Lysteknikk tenkte man, ifølge [redacted] at om man skulle være så heldige å få tilslag på begge tilbudene, så burde de ta den sjansen.
- (81) [redacted] har bekreftet at [redacted] ringte til han, og har forklart følgende om samtalen:

«Da Undervisningsbygg la ut avtalen ringte [redacted] til [redacted] og sa at Lysteknikk hadde tenkt å gi ny pris, for de ville fortsette med samarbeidet. [redacted] lurte på om de kunne være underleverandør til noen andre. [redacted] husker ikke helt ordlyden, men [redacted] sa at de var en del av et samarbeid og lurte på om de kunne gi tilbud i den forbindelse og. Det [redacted] svarte til dette var at det var flere tilfeller [av dette], samme år faktisk [...]. Sånn det fungerer da, er at det er hvert sitt firma som gir

⁶¹ Brev benevnt "tilbudsbrev, besvarelse av anbud – rammeavtale elektro" fra El-Proffen til Oslo kommune ved Undervisningsbygg 29. april 2014.

⁶² Brev benevnt "Løsningsbeskrivelse – rammeavtale Elektro fra El-Proffen til Oslo kommune ved Undervisningsbygg 29. april 2014.

⁶³ Forklaringsopptak med [redacted] og [redacted] i Lysteknikk 4. mars 2015

Undervisningsbygg priser med sine navn og nummer, men de benytter da en underleverandør til å utføre det stykket arbeid. Det var denne måten [redacted] tenkte på da [redacted] nevnte det.

[...] Det ble [...] aldri sagt at de skulle gi fem separate tilbud. Hvordan de hadde tenkt å gjøre det ble ikke diskutert [...].»⁶⁵

- (82) Etter å ha forhørt seg med Undervisningsbygg bekreftet Lysteknikk til El-Proffen/EPC at de ville være med på det felles tilbudet, og sendte inn prisskjema og anbudsdokumenter til El-Proffen/EPC. Lysteknikk leverte også den 30. april 2014 et eget tilbud til Undervisningsbygg. Tilbudsprisen lå lavere enn tilbudet gjennom El-Proffen/EPC og ENS' individuelle tilbud.

- (83) I forklaringsopptak for Konkurransetilsynet uttalte [redacted] følgende om hva han trodde kunne bli utfallet av fellestilbudet:

«[...] Slik han leste og tolket konkurransegrunnlaget er det snakk om 930 bygg med 100 000 mennesker i daglig aktivitet i byggene. Det omfatter mye og varierte oppdrag. "Du skal få en andel, men du skal gi tilbud på hele oppdraget." Det står i konkurransegrunnlaget at en får en base, men slik [redacted] oppfattet det, er det ikke et øvre tak på antall oppdrag en kan få. Du skal kunne brukes på hele. "I mitt hode da, så vil jeg bare si at her kan Undervisningsbygg styre og sjalte akkurat som de vil. Vi kan få 90% av alt sammen, selv om det er definert inn i skoler. Det er et vanvittig stort prosjekt.»⁶⁶

- (84) Videre sier han:

«Konkurransetilsynet spør om [redacted] er helt tydelig på at EP Contracting forsto konkurransegrunnlaget slik at dere skulle levere på alt. [redacted] svarer at ja, alt. De ville ikke bli tildelt alt, men de skulle gi et dekkende tilbud som gjaldt absolutt alt.»⁶⁷

- (85) [redacted] i Lysteknikk har forklart følgende om hva som var formålet med tilbudet fra El-Proffen/EPC:

«[.....] [redacted] sier at de ønsket å fornye den [avtalen] de hadde med de skolegruppene, men så ville El-Proffen gå inn å ta alle skolegruppene. [.....]»

Konkurransetilsynet spør hva det ligger i det "å ta alle skolegruppene". [redacted] sier at slik han skjønnte det, skulle El-Proffen ha fem eller seks installatører, og så gå inn og søke om å ta hele rammeavtalen med alle skolegruppene som Undervisningsbygg hadde utlyst. [.....]»⁶⁸

- (86) [redacted] i Lysteknikk forstod det på samme måte og har forklart seg om dette i forklaringsopptak for Konkurransetilsynet.⁶⁹

⁶⁵ Forklaringsopptak med [redacted] 19. mars 2015

⁶⁶ Forklaringsopptak med [redacted] 9. februar 2015 avsnitt (95).

⁶⁷ Ibid avsnitt (132).

⁶⁸ Forklaringsopptak med [redacted] 4. mars 2015.

⁶⁹ Forklaringsopptak med [redacted] 4. mars 2015.

- (87) Julie Wangensteen Lien (juridisk rådgiver i Undervisningsbygg, heretter "Lien") sier følgende om hvordan Undervisningsbygg oppfattet tilbudet fra El-Proffen/EPC:

*"[...]Lien forklarer at de som nevnt ikke forsto på tilbudsåpningen hva dette var for noe, og at de brukte mye mer tid på å se over. De forsto raskt at disse i "femmetilbudet" var identiske. Det var ikke slik at El-Proffen konkurrerte om å være én av de 4-6 leverandørene, men at de faktisk ville være de 4-6 leverandørene."*⁷⁰

- (88) Etter tilbudsåpningen ble fellestilbudet levert av El-Proffen/EPC avvist på grunn av mistanke om brudd på konkurranseloven. Det samme gjaldt de individuelle tilbudene fra ENS og Lysteknikk.

- (89) El-Proffen klaget 18. juli 2014 på avvisningen på vegne av El-Proffen og EPC til Undervisningsbygg. I klagen fra El-Proffen/EPC er blant annet bakgrunnen for samarbeidet beskrevet. Det fremkommer under punkt 2.2 at:

«Om medlemsbedriftene i EL-PROFFEN velger å delta på tilbud som samarbeidende underleverandører til EP Contracting eller inngi separate tilbud, beror på hvilke løsninger oppdragsgiver ønsker med hensyn til tjenestenes omfang og leveringssted mv.

Undervisningsbygg har i rammeavtalenes punkt 2.2 anslått årlig behov for elektrikertjenester under avtalen til å være totalt ca. 30 MNOK. Det går uttrykkelig fram av tilbudsinnbydelsen punkt 15 at det ikke er anledning til å gi tilbud på deler av oppdraget. Tilbyder må inngi tilbud, på hele oppdraget, og vet ikke på forhånd nøyaktig hvor mange rammeavtaler som blir inngått og hvilket skoleområdet den enkelte blir tildelt ved inngåelsen av de parallelle rammeavtalene

[...]

Verken Lysteknikk Elektroentreprenør AS (MNOK 128/73 ansatte), Elektro Nettverk Service AS (MNOK 44/31 ansatte), Arkel Asker og Bærum AS (MNOK 23,4/24 ansatte), Røa Elektriske AS (MNOK 23/21 ansatte), eller Hoel Elektro AS (MNOK 12/14 ansatte) har en omsetning eller bemanning som gjør dem i stand til å betjene Undervisningsbygganbudet alene (se tall fra 2012 i parentes). Derimot vil de fem medlemsbedriftene hver for seg kunne håndtere rammeavtalens omfang som en av flere underleverandører.

[...]

Ved å gå sammen i et fellesanbud vil medlemmene kombinere hverandres størrelse, kompetanse og lokalisering og dermed dekke de skoleområdene som anbudet omfatter og de krav som oppdragsgiver har stilt for deltakelse i konkurransen. Samtidig vil partene kunne trekke på hverandre underveis gjennom EP Contractings koordinering.

[...]

De ovennevnte kravene i konkurransegrunnlaget er bakgrunnen for at EP Contracting, da forespørselen ble lyst ut, gjorde en generell henvendelse til alle sine underleverandører i Oslo/Akershus og forespurte om de ønsket en deltagelse i et

⁷⁰ Forklaringsopptak med Lien 19. mars 2015 avsnitt (29).

fellesanbud. Ved tilstrekkelig oppslutning (dvs. tilstrekkelig kapasitet og kompetanse) til å kunne gi tilbud på hele oppdraget (slik konkurransegrunnlaget krever), ville EP Contracting inngi tilbud. På denne måten kunne EP Contracting tilby en løsning i samsvar med de krav til kompetanse, erfaring, autorisasjoner og godkjenninger oppdragsgiver har stilt og i samsvar med de leverings- og prisbetingelser som et konkurransedyktig tilbud forutsetter.»

- (90) Lysteknikk påklaget også avvisningsbeslutningen ved brev fra advokatfirmaet Grette av 18. juli 2014. I klagen fra Lysteknikk anføres det blant annet at:

«Det bestrides at tilbudet fra EP Contracting kunne deles opp til å anses som fem selvstendige tilbud. Hensikten med samarbeidet var etter Lysteknikks oppfatning nettopp å kunne inngi et felles tilbud som kunne dekke samtlige oppdrag i Oslo, som ingen av bedriftene alene vil være i stand til. EP Contracting AS skulle være avtalepart, og deretter fordele oppdragene ut blant deltakerne i tilbudet som underleverandører.»⁷¹

- (91) Selv om klagerne ble avvist fra konkurransen, la Undervisningsbygg likevel til grunn at kvalifikasjonskravene for alle de fem deltakerne i tilbudet var oppfylt. I møtereferat fra telefonmøte mellom Undervisningsbygg og Konkurransetilsynet har Undervisningsbygg forklart at:

«Undervisningsbygg gjorde ingen grundig vurdering av medlemsbedriftene og El-Proffen/EPC på tidspunktet for tilbudsinngivelsen, siden foretakene ble avvist fra anbudskonkurransen. Det ble likevel undersøkt hvorvidt de hver for seg ville oppfylt kvalifikasjonskravene fordi man var usikre på hva dette tilbudet egentlig var (ett eller fem tilbud, underleverandørforhold etc.).

Undervisningsbygg tenkte det ville være en formildende omstendighet når det gjaldt dette med utveksling av priser dersom det viste seg at deltakerne i fellestilbudet ikke ville vært kvalifisert hver for seg, men det var ikke tilfelle.»

- (92) Undervisningsbygg opprettholdt avvisningen til tross for klagen fra El-Proffen og Lysteknikk. Undervisningsbygg varslet videre Konkurransetilsynet om mulig brudd på konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet innledet på denne bakgrunn sin etterforskning og traff vedtaket som er påklaget til Konkurranseskjennelsen.

3 Oppsummering av partenes hovedanførsler

3.1 Klagen fra El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa

- (93) El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa har i hovedsak gjort gjeldende:
- (94) Vedtaket må oppheves fordi det bygger på feil forståelse av faktum og uriktig lovforståelse. Subsidiært anføres det at overtredelsesgebyrene må reduseres.
- (95) Det bestrides ikke at klagerne har samarbeidet i forbindelse med anbudskonkurransen utlyst av Undervisningsbygg og utvekslet informasjon i forkant av tilbudsinngivelsen, men det gjøres gjeldende at det var et lovlig og legitimt samarbeid. Samarbeidet hadde ikke et konkurransebegrensende formål, men skjedde kun for å gjøre klagerne i stand til

⁷¹ Klage fra Lysteknikk av 18. juli 2018 til Undervisningsbygg.

å inngi ett samlet tilbud om felles utførelse til Undervisningsbygg, hvilket var et lovlig prosjektsamarbeid.

- (96) Tilbudet kan ikke oppfattes som fem individuelle tilbud til Undervisningsbygg hvor klagerne på forhånd hadde samordnet priser, slik Konkurransetilsynet har lagt til grunn. Samarbeidet om priser var begrenset til det som var nødvendig for å gjøre klagerne i stand til å inngi ett samlet tilbud til Undervisningsbygg.
- (97) Klagerne var hverken faktiske eller potensielle konkurrenter i anbudskonkurransen. Konkurransetilsynet har vurdert klagerne kapasitet til å inngi tilbud i anbudskonkurransen feil. Hverken Arkel, Hoel eller Røa hadde, eller kunne lett ha skaffet seg, reell mulighet til å inngi egne tilbud på vilkårene i anskaffelsesdokumentene. Samarbeidet hadde derfor ikke som formål eller virkning å redusere konkurransen på det relevante markedet.
- (98) Klagerne anfører videre at Konkurransetilsynet har lagt til grunn uriktig beviskrav i vurderingen av om Arkel, Hoel og Røa hadde faktisk eller potensiell mulighet til å inngi egne tilbud i anbudskonkurransen.
- (99) Klagerne anfører at Konkurransetilsynet også har lagt til grunn uriktig lovforståelse for spørsmålet om hva som utgjør en formålsrestriksjon, og at det skulle ha vært foretatt en virkningsanalyse. Etter klagerne syn dekkes ikke samarbeid mellom foretak om felles utførelse under en rammeavtale av formålsregelen. Det konkrete samarbeidet i denne saken kan heller ikke anses ulovlig etter en virkningsanalyse.
- (100) Samarbeidet må dessuten anses lovlig fordi gevinstene ved samarbeidet var større enn eventuelle ulemper, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd. Klagerne har heller ikke utvist tilstrekkelig skyld, hverken forsett eller uaktsomhet, og gebyrene er under alle omstendigheter utmålt feil og må reduseres betraktelig.

3.2 Klagen fra ENS og Lysteknikk

- (101) ENS og Lysteknikk har i all hovedsak anført det samme som El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa:
- (102) Konkurransetilsynets vedtak bygger på en uriktig forståelse av faktum og en uriktig anvendelse av konkurranseloven. Vedtaket er derfor ugyldig og må oppheves.
- (103) Samarbeidet utgjør ingen formålsovertredelse i strid med konkurranseloven § 10 første ledd. Samarbeidet kan heller ikke anses som en virkningsovertredelse, hvilket Konkurransetilsynet ikke har vurdert.
- (104) Det forelå ett tilbud om felles utførelse, og ikke et «klassisk» tilfelle av anbudsdeling eller prissamarbeid. I denne saken kunne klagerne, ved et felles tilbud, tilby større kapasitet og fleksibilitet. Klagerne diskusjon om pris gikk ikke lenger enn det som var nødvendig for å kunne inngi et felles tilbud.
- (105) Prisene partene hadde foreslått til fellestilbudet, ble uansett betydelig redusert. Antall tilbud ble heller ikke redusert ved samarbeidet, ettersom ENS og Lysteknikk uansett leverte inn egne tilbud. Prisene i de individuelle tilbudene fra ENS og Lysteknikk var dessuten lavere enn i fellestilbudet. Tilbudene fra ENS og Lysteknikk samt fellestilbudet var for øvrig de fem lavest prisede tilbudene i anbudskonkurransen.

- (106) Det var videre betydelig konkurranse om anskaffelsen, uavhengig av klagernes prosjektsamarbeid, da det var ytterligere åtte tilbydere i anbudskonkurransen.
- (107) ENS og Lysteknikk påpeker at det var full åpenhet overfor Undervisningsbygg om samarbeidet. Undervisningsbygg hadde dessuten bekreftet overfor Lysteknikk at det ikke var noe til hinder for å samarbeide om felles tilbud, samtidig som man innga et individuelt tilbud.
- (108) Samarbeidet må uansett anses lovlig, fordi gevinstene ved samarbeidet var større enn eventuelle ulemper, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd. Klagerne har hverken opptrådt forsettlig eller uaktsomt, og det anføres uansett at det i tilfelle forelå unnskyldelig rettsvillfarelse. Overtredelsesgebyrene er under enhver omstendighet for høye, og utmålingen er basert på feilaktig forståelse av utmålingsforskriften og øvrige rettskilder.

3.3 Konkurransetilsynet

- (109) Konkurransetilsynet har i hovedsak gjort gjeldende:
- (110) I vedtaket er det korrekt lagt til grunn at både samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt.
- (111) Anbudssamarbeid der det er utvekslet priser og annen konkurransesensitiv informasjon, og priser blir samordnet før det innleveres tilbud, er i kjerneområdet av forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd. Rettspraksis viser at et slikt samarbeid normalt anses å ha som formål å begrense konkurransen.
- (112) Tilbudene fra de fem medlemsbedriftene var ikke resultat av konkurranse mellom frittstående tilbydere, og dette er klart i strid med formålet med anbudskonkurranser.
- (113) Konkurransetilsynet fastholder at ENS, Lysteknikk, Arkel, Hoel og Røa innleverte fem selvstendige, konkurrerende anbud i anbudskonkurransen. Foretakene var dermed å anse som faktiske konkurrenter. Konkurransesklagenemnda kan derfor se helt bort fra klagernes anførsler om at enkelte av foretakene ikke hadde kapasitet til å inngi egne tilbud i konkurransen, og at samarbeidet uansett utgjorde et ulovlig prosjektsamarbeid.
- (114) Selv om Konkurransesklagenemnda skulle komme til at de fem tilbudene ikke er å anse som fem individuelle tilbud, fastholder Konkurransetilsynet at samarbeidet uansett utgjør et ulovlig anbudssamarbeid. Det er ikke grunnlag for å si at det foreligger et lovlig produksjonssamarbeid, da ENS, Lysteknikk, Arkel, Hoel og Røa er å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter i anbudskonkurransen. Anbudssamarbeidet i denne saken, herunder utvekslingen av priser og annen konkurransesensitiv informasjon og prisfastsettelse, fremtrådte som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det hadde et konkurransebegrensende formål også under en slik synsvinkel.
- (115) Atter subsidiært anfører Konkurransetilsynet at samarbeidet kunne vært gjennomført med langt mindre alvorlige begrensninger på konkurransen, slik at det i alle tilfeller foreligger et ulovlig anbudssamarbeid.
- (116) Alle vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt, og det er derfor ikke grunnlag for å oppheve vedtaket. Det er heller ikke grunnlag for å nedjustere gebyrene.

4 Konkurransklagenemndas vurdering

4.1 Innledende bemerkninger - rammene for Konkurransklagenemndas behandling av klagen

4.1.1 Konkurranseloven §§ 29 og 10 – sakens hovedspørsmål

- (117) Saken gjelder spørsmål om det åpne anbudssamarbeidet mellom klagerne i anskaffelsen til Undervisningsbygg utgjør et ulovlig konkurransebegrensende samarbeid, jf. konkurranseloven § 10. I tilfelle overtredelse av konkurranseloven § 10 foreligger, reiser saken spørsmål om vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er oppfylt. I så tilfelle oppstår det spørsmål om overtredelsesgebyr skal ilegges, og eventuelt hvilke beløp gebyrene skal utmåles til.
- (118) Konkurranseloven § 10 er ment å ramme konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:
- «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.»*
- (119) Konkurranseloven § 10 er utformet etter modell av EØS-avtalen artikkel 53, som igjen bygger på nåværende artikkel 101 i Traktat om den Europeiske Unions Virkemåte («TEUV»). Konkurransklagenemnda legger til grunn, slik partene er enige om, at et eventuelt samarbeid mellom klagerne ikke har kunnet påvirke samhandelen i EØS-området. EØS-avtalen artikkel 53 kommer derfor ikke til anvendelse, og saken skal avgjøres på grunnlag av konkurranseloven. Nemnda legger videre til grunn at norsk konkurranserett skal harmoniseres med EU- og EØS-konkurranseretten, og at rettskilder fra EU- og EØS-konkurranseretten er sentrale ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen og lovens øvrige bestemmelser.⁷²
- (120) For at konkurranseloven § 10 skal være overtrådt, og dermed gi grunnlag for overtredelsesgebyr, må det foreligge et *samarbeid* mellom *foretak* i form av en avtale, beslutning eller samordnet opptreden. At disse vilkårene er oppfylt, er ikke omtvistet. Konkurransklagenemnda går derfor ikke nærmere inn på disse vilkårene. Det er heller ikke omtvistet at El-Proffen/EPC er å anse som del av samarbeidet, og kan holdes ansvarlig for brudd på konkurranseloven § 10 dersom Konkurransklagenemnda kommer til at samarbeidet var ulovlig.
- (121) Hovedspørsmålet for Konkurransklagenemnda i denne saken er derfor om samarbeidet har hatt konkurransebegrensende formål, og om konkurransebegrensningskriteriet som er oppstilt i konkurranseloven § 10 dermed er oppfylt. Dette vil nemnda nærmere vurdere under punkt 4.2.
- (122) Det gjelder i tillegg et ulovfestet vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart, se punkt 4.3.⁷³
- (123) Dersom Konkurransklagenemnda kommer til at det foreligger et ulovlig samarbeid etter § 10 første ledd, må den også ta stilling til om samarbeidet likevel kan anses lovlig etter tredje ledd, se punkt 4.4, og om klagerne har opptrådt med tilstrekkelig grad av

⁷² Jf. Rt-2012-1556 (*Gran & Ekran*), avsnitt 27, HR-2017-1229-A (*Taxisaken*) avsnitt 35.

⁷³ Jf. blant annet *Gran & Ekran*, avsnitt 31 med videre henvisninger.

skyld, se punkt 4.5. Nemnda må videre bestemme størrelsen på de overtredelsesgebyrene som eventuelt skal idømmes for lovovertrædelsen, se punkt 4.6.

4.1.2 Bevisbedømmelsen

- (124) Høyesterett har i Rt-2012-1556 (*Gran & Ekran*) slått fast at beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt.⁷⁴ Det skjerpede beviskravet gjelder både ved vurderingen av om forbudsbestemmelsene er overtrådt, ved vurderingen av klagernes skyld og ved vurderingen av bevis med betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret. Når det i de videre drøftelsene går frem at Konkurransetilsynets nemnda anser et forhold bevist, er det under henvisning til dette beviskravet.
- (125) Bevisbildet i saken er sammensatt. Konkurransetilsynets nemnda må ved bevisbedømmelsen ta i betraktning at saken gjelder hendelser som har funnet sted for over fire år siden. Bevisbildet består av dokumenter og skriftlig korrespondanse som ble beslaglagt ved Konkurransetilsynets bevissikring i juni 2014, og forklaringsopptak for Konkurransetilsynet. Forklaringsopptak for Konkurransetilsynet ble gjennomført i 2015. I tillegg kommer de forklaringene som nemnda har hørt ved den muntlige høringen 28. mai 2018.
- (126) Høyesterett har i Rt-1998-1565 (*Nakkesleng I*) gitt følgende føringer for vurdering av bevis:
- «Det foreliggende bevismateriale vil gjerne være sammensatt, og opplysningene kan trekke i forskjellige retninger. Ved en slik bevisbedømmelse er det viktig å ha for øye at bevisene vil kunne ha forskjellig kvalitet og tyngde. Særlig viktig ved bevisbedømmelsen vil være nedtegnelser foretatt i tid nær opp til den begivenhet eller det forhold som skal klarlegges, og da spesielt beskrivelser foretatt av fagfolk nettopp for å få klarlagt en tilstand. Dette vil gjelde blant annet nedtegnelser i legejournaler om funn og om de symptomer pasienten har ved undersøkelsen eller behandlingen. Svakere bevisverdi vil for eksempel opplysninger fra pasient til lege ha hvis opplysningene gjelder pasienten tilstand på et vesentlig tidligere tidspunkt enn tidspunktet for den aktuelle konsultasjonen. Opplysninger fra parter eller vitner med binding til partene som er gitt etter at tvisten er oppstått, og som står i motstrid eller endrer det bildet som mer begivenhetsnære og uavhengige bevis gir, vil det oftest være grunn til å legge mindre vekt på, jf her – om bevisbedømmelsen på et annet rettsområde – Rt-1995-821.»⁷⁵*
- (127) Høyesteretts avgjørelse gjelder et annet rettsområde enn denne saken. Uttalelsen gir imidlertid uttrykk for et generelt prinsipp om at tidsnære bevis skal veie tungt, og at etterfølgende forklaringer, ved motstrid, vil måtte vektlegges i mindre grad. For denne saken innebærer dette at dokumentbevisene som ble beslaglagt ved Konkurransetilsynets bevissikring, som et utgangspunkt må veie tyngre enn forklaringer som er gitt i ettertid.
- (128) Partene i klagesaken har utvekslet synspunkter rundt bevisvurderingen etter at klagen ble oversendt til Konkurransetilsynets nemnda. Nemnda kan ikke se at denne

⁷⁴ Jf. avsnitt 60.

⁷⁵ Rt-1998-1565 (*Nakkesleng I*) på side 1571.

skriftutvekslingen tilfører noe nytt, og vil legge føringene fra Høyesterett til grunn for bevisvurderingen.

4.2 Konkurransbegrensningskriteriet

4.2.1 Rettslig utgangspunkt

4.2.1.1 Generelt om formålsovertredelse

- (129) Forbudet i konkurranseloven § 10 retter seg mot samarbeid som begrenser konkurransen. Konkurransbegrensningskriteriet vil etter bestemmelsen være oppfylt dersom et samarbeid enten har «*til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*».
- (130) Dersom et samarbeid har hatt til formål å begrense konkurransen, er det ikke nødvendig å påvise at samarbeidet også har hatt en konkurransbegrensende virkning. Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen, omfatter visse former for avtaler eller samordnet opptreden som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å påvise noen faktisk eller potensiell virkning i det relevante markedet.⁷⁶
- (131) Dersom samarbeidet dreier seg om en formålsovertredelse, er det ikke påkrevet å foreta en full undersøkelse av avtalens faktiske eller potensielle virkninger. Det kreves imidlertid at avtalens skadelige natur *lett* lar seg påpeke,⁷⁷ og vilkårene for å konstatere at det foreligger en formålsovertredelse skal tolkes snevert. EU-domstolen uttrykte i sak C-469/15 P (*FSL Holdings NV m.fl. mot Kommisjonen*), avsagt 27. april 2017, følgende om formålsovertredelser:

*«It must be recalled that the concept of restriction of competition ‘by object’ must be interpreted narrowly and can be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects. Certain forms of coordination between undertakings can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition (see, inter alia, judgments of 26 November 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, paragraph 17, and of 20 January 2016, Toshiba Corporation v Commission, C-373/14 P, EU:C:2016:26, paragraph 26).»*⁷⁸

- (132) Det følger av EFTA-domstolens uttalelse i sak E-3/16 at vurderingen av om en avtale mellom foretak er en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 (jf. konkurranseloven § 10 første ledd), er om avtalen fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke tilstrekkelig at avtalen er *egnet* til å være konkurransbegrensende.

⁷⁶ Sak C-373/14 P (*Toshiba Corporation mot Kommisjonen*), avsnitt 26 med videre henvisninger og *Taxisaken* avsnitt 35.

⁷⁷ Se *Taxisaken* avsnitt 66. EFTA-domstolens krav om at avtalens skadelige natur "lett" lar seg påpeke er blitt gjenstand for diskusjon. Spørsmålet som har blitt reist er om EFTA-domstolens har lagt en høyere terskel for å konstatere en formålsrestriksjon i EØS enn i EU, jf. for eksempel Gjendemsjø, *Agreement on the European Economic Area, A Commentary*, 2018, på side 537 flg. Konkurranselagenemnda har tatt utgangspunkt i at EFTA-domstolen har søkt å ivareta homogenitetsmålsettingen og at rettstilstanden på dette punkt er den samme i EU og i EØS slik Høyesterett har gjort i *Taxisaken*.

⁷⁸ Se dommen, avsnitt 103. Se også sak C-179/16 (*F. Hoffmann-La Roche Ltd and Others mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), avsagt 23. januar 2018 avsnitt 78.

- (133) EFTA-domstolen uttalte videre at det i vurderingen av om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, skal tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen avtalen inngår i. Vurderingen må treffes på grunnlag av en konkret vurdering av det aktuelle saksforholdet,⁷⁹ og det vil da være nødvendig å ta hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte. Partenes hensikt *kan* tas i betraktning.
- (134) Spørsmålet i denne saken er om det åpne anbudssamarbeidet mellom foretakene hadde til formål å begrense konkurransen. Konkret vil vurderingen av den økonomiske og rettslige sammenhengen avtalen inngår i, for et åpent anbudssamarbeid som omfatter felles prisfastsettelse, etter EFTA-domstolens syn kunne begrenses til det som er helt nødvendig for denne klargjøringen.⁸⁰ EFTA-domstolen har imidlertid uttalt at undersøkelsen vil kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om partene i avtalen er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning. Høyesterett ga sin støtte til denne utlegningen av normen for formålsrestriksjoner i HR-2017-1229-A (*Taxisaken*), avsnitt 55.
- (135) Når det gjelder klagernes argumentasjon knyttet til formålsalternativet, relatert til *Sø- og Handelsrettens dom avsagt 27. august 2018*,⁸¹ bemerker Konkurranseskjennemnda at avgjørelsen synes å legge til grunn de samme rettslige vurderingstemaer som nemnda har redegjort for ovenfor. Etter nemndas vurdering har dommen derfor begrenset betydning. I motsetning til den danske rettsinstansen foretar nemnda en fullstendig realitetsvurdering av saken, basert på den rettsnormen som det er redegjort for over og det faktum nemnda har funnet bevist, og treffer et nytt realitetsvedtak.

4.2.1.2 Særlig om faktiske eller potensielle konkurrenter

- (136) Det følger av det grunnleggende prinsippet i konkurranseretten om at enhver aktør skal opptre selvstendig i markedet, at det som hovedregel ikke er tillatt for konkurrenter å samarbeide om å innlevere et felles tilbud i en anbudskonkurranse.⁸² Et felles tilbud vil gjerne omfatte samarbeid om pris og tilbudt mengde, hvilket utgjør helt sentrale konkurranseparametere, og er således i kjernen av samarbeid konkurranseloven § 10 er ment å verne mot.
- (137) Det er likevel slik at anbudssamarbeid mellom foretak *kan* være lovlig, forutsatt at de involverte foretakene ikke kan inngi selvstendige tilbud i den gjeldende konkurransen.
- (138) Det følger av langvarig rettspraksis at samarbeid mellom foretak vil kunne være lovlig, dersom det er «objektivt nødvendig» å samarbeide for å kunne delta i konkurransen.⁸³

⁷⁹ Se *Taxisaken*, avsnitt 40.

⁸⁰ Se EFTA-domstolens svar i punkt 5 i uttalelsen i sak E-3/16.

⁸¹ *Sø- og Handelsrettens dom 27. august 2018*, sak U-2-16 og U-3-16, jf. brev fra Hjort datert 28. august 2018 punkt 2 og brev fra Thommessen 28. august 2018 punkt 3.1.1.

⁸² Se eksempelvis sak C-708, (*T-Mobile Netherlands BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*) (*T-Mobile*) avsnitt 32.

⁸³ Jf. «Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements», 2011/C 11/01, avsnitt 237.

- (139) Rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen viser at spørsmålet om foretakene var å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter i en anbudskonkurranse, beror på om de hadde en reell mulighet til å oppfylle kontrakten individuelt og på de vilkår og betingelser som fremgikk av tilbudsinvitasjonen.⁸⁴
- (140) Konkurranseskilagenemnda understreker at det må bevises med klar sannsynlighetsovervekt at det forelå en realistisk mulighet for et foretak til å kunne inngi separat tilbud i en anbudskonkurranse, for at foretaket skal kunne anses som en faktisk eller potensiell konkurrent, og altså ikke bare en teoretisk mulighet.⁸⁵
- (141) Rettspraksis viser videre at det avgjørende vil være foretakets objektive evne, ut fra en konkret vurdering av det aktuelle markedet, til å kunne opptre som en konkurrent i en aktuell anbudskonkurranse, og ikke *viljen* til foretaket. I *Gran & Ekran* uttalte Høyesterett til dette:
- «At det i ettertid kan konstateres at den ene trolig ville valgt ikke å inngi tilbud alene, har i denne sammenheng liten betydning. Konkurranserepresset består så lenge muligheten for et konkurrerende tilbud er tilstede.»*⁸⁶
- (142) I forlengelsen av dette bemerker Konkurranseskilagenemnda at hvorvidt foretaket hadde kommersiell interesse i å delta i et samarbeid eller ikke, heller ikke vil være avgjørende for vurderingen av om foretaket er å anse som faktisk eller potensiell konkurrent.⁸⁷
- (143) Det at man anser muligheten for å vinne konkurransen som liten, vil heller ikke være avgjørende. I lagmannsrettens behandling av *Taxisaken* uttalte retten til dette at det er *«lite tvil om at en markedsaktør ikke er forhindret fra å inngi tilbud alene i henhold til konkurranseloven § 10 fordi han da ikke ville vinne anbudet og bli tildelt kontrakt på 1. prioritet»*.⁸⁸
- (144) Med dette som utgangspunkt går Konkurranseskilagenemnda over til å vurdere det aktuelle saksforholdet. Nemnda vil først redegjøre for den økonomiske og rettslige sammenhengen for samarbeidet, da dette vil danne utgangspunktet for vurderingen av om de samarbeidende foretakene var å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter. Nemnda vil så vurdere hvorvidt den felles prisfastsettelsen og utvekslingen av informasjon utgjorde en tilknyttet begrensning.

4.2.2 Konkurranseskilagenemndas vurdering av konkurransebegrensningskriteriet

4.2.2.1 Innledning

- (145) Konkurranseskilagenemnda vil i det følgende vurdere om samarbeidet mellom El-Proffen/EPC, ENS, Lysteknikk, Arkel, Hoel og Røa har hatt et

⁸⁴ Se eksempelvis sak T-472/13, (*H. Lundbeck A/S mot Kommisjonen*), avsagt 8. september 2016, sak T-360/09, (*E.ON Ruhrgas AG m.fl. mot Kommisjonen*), avsagt 29. juni 2012, sak C-373/14P, (*Toshiba*) avsagt 20. januar 2016 og *Taxisaken*.

⁸⁵ Se eksempelvis gjentatt i senere saker, bl.a. sak T-360/09 (*E.ON Ruhrgas m.fl. mot Kommisjonen*) avsagt 29. juni 2012 avsnitt 87 og sak T-472/13 (*H. Lundbeck A/S m.fl. mot Kommisjonen*) avsagt 8. september 2016 avsnitt 100-101.

⁸⁶ Avsnitt 86.

⁸⁷ Ibid. Se også sak T-461/07 (*Visa*) avsagt 14. april 2011, avsnitt 169.

⁸⁸ Se eksempelvis sak T-112/07 (*Hitachi*) avsagt 12. juli 2011 avsnitt 157 og 160, sakene C-403/04P og C-405/04P (*Sumitomo Metal Industries Ltd m.fl. mot Kommisjonen*) avsagt 25. januar 2007 avsnitt 44-46 og sak T-558/08 (*Eni SpA*) avsagt 12. desember 2014 avsnitt 111.

⁸⁹ LB-2013-75034 side 13.

konkurransbegrensende formål. Det er ikke omtvistet at foretakene samarbeidet om tilbud, og at de i den forbindelse utvekslet informasjon og samordnet priser.

4.2.2.2 Om formålsovertredelsen

- (146) Konkurransklagenemnda vil først redegjøre for hva Undervisningsbygg etterspurte i den aktuelle anskaffelsen, slik den er beskrevet i anskaffelsesdokumentene. Nemndas forståelse er basert på en objektiv tolkning av anskaffelsesdokumentene, slik Høyesterett la til grunn i *Mikasaken*.⁸⁹ I *Mikasaken* ble det særlig fremhevet at hensynet til likebehandling tilsa at offentlige anbudsdokumenter skal tolkes objektivt. En objektiv tolkning innebærer imidlertid ikke at det i alle tilfeller skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse tilsier. Videre har Høyesterett forutsetningsvis lagt til grunn at utgangspunktet for tolkningen av anskaffelsesdokumenter er hvordan en normalt, velinformert og påpasselig tilbyder vil tolke disse.⁹⁰
- (147) Konkurransetilsynet og klagerne er uenige om det ble innlevert ett tilbud eller fem individuelle tilbud i anskaffelsen. Denne uenigheten synes å bero på en ulik forståelse av anskaffelsen, herunder bruken av begrepet rammeavtale i anskaffelsesdokumentene. Konkurransklagenemnda ser det slik at det ikke er sentralt for saken om man omtaler dette som en anskaffelse av én rammeavtale med flere leverandører, eller som en anskaffelse av flere parallelle rammeavtaler med ulike leverandører.
- (148) Det sentrale er at oppdragsgiver i denne anskaffelsen etterspurte en avtale med flere leverandører for gjennomføringen av elektroarbeidene.⁹¹ Det følger motsetningsvis av dette at Undervisningsbygg ikke etterspurte ett tilbud med én leverandør for hele leveransen. I så henseende er den foreliggende saken ikke sammenlignbar med Sø- og Handelsrettens dom avsagt 27. august 2018,⁹² som partene har påberopt. Forskjellen ligger særlig i at det etter konkurransegrunnlaget i den danske avgjørelsen var tillatt med tilbud på enten én enkelt entreprise, eller et samlet bud på en kombinasjon av flere eller alle entrepriser i den samlede anskaffelsen.⁹³ En liknende forståelse av tilbudsinvitasjonen fra Undervisningsbygg er det, som nemnda kommer tilbake til nedenfor, ikke grunnlag for.
- (149) Konkurransklagenemnda ser det slik at gjennom samarbeidet, gikk flere leverandører sammen om ett fellestilbud. For nemnda er det sentrale i denne anskaffelsen at flere leverandører samarbeidet i et fellestilbud, og ikke om det skal karakteriseres som ett eller flere tilbud.
- (150) Nemnda legger til grunn at fellestilbudet, for hver enkelt av klagerne, skulle tjene som grunnlag for at oppdragsgiver skulle innstille foretakene som leverandør i rammeavtalen. Hvert foretak deltok med andre ord i samarbeidet med det formål å bli en av Undervisningsbyggs leverandører av elektroarbeider.
- (151) For Konkurransklagenemndas vurdering er det sentrale utgangspunktet at Undervisningsbygg valgte å dele opp anskaffelsen av elektrotjenester for drift og

⁸⁹ Rt-2012-1729 (*Mikasaken*)), avsnitt 58 og 59.

⁹⁰ *Mikasaken* avsnitt 95

⁹¹ Det vises til faktumgjennomgangen der det fremgår at Undervisningsbygg skulle inngå 4-6 avtaler og at ingen leverandør skulle bli tildelt mer enn 6 skolegrupper.

⁹² Jf. Sø- og Handelsrettens dom 27. august 2018, sak U-2-16 og U-3-16, jf. brev fra Hjort datert 28. august 2018.

⁹³ Retten vurderte dette slik «... at udbudsmodellen i sig selv tilskyndede til samlede bud i overensstemmelse med McKinseys anbefalinger, og at det fremstod som en realistisk mulighed, at der kunde forventes bud på den samlede opgave fra udenlandske bydende». Ibid side 356.

vedlikehold av skolebygg i Oslo kommune, slik at ingen leverandør kunne bli tildelt det totale omfanget. Ved å dele opp konkurransen, la Undervisningsbygg opp til at tilbydere med varierende kapasitet i markedet for elektrotjenester i Oslo-området, skulle kunne delta. På den måten fikk Undervisningsbygg den nødvendige konkurransen om leveransen, og oppdragsgivers identifiserte behov ble ivaretatt. Dette fremgår etter nemndas vurdering av anskaffelsesdokumentene, som nemnda vil gå nærmere inn på i det følgende.

Arten av leveransen

- (152) Arten av den leveransen Undervisningsbygg etterspurte fremgikk av tilbudsinnbydelen. Etterspørselen gjaldt behov «*[f]or effektivt å kunne vedlikeholde og få utført mindre rehabiliteringer, reparasjonsarbeider og service*» innen elektroarbeider på bygningsmassen.⁹⁴
- (153) Anskaffelsen omfattet avtaler om vedlikehold og reparasjon av elektriske installasjoner i skolebygninger, deriblant demontering og installasjon av nytt elektrisk utstyr, for eksempel lysarmaturer. Det ble skilt mellom mindre oppdrag, definert som verdi under kroner 500 000 eks. mva., og større oppdrag definert som verdi over 500 000 kroner ekskl. mva., som skulle tildeles gjennom minikonkurranser. Både kravene til teknisk kompetanse og størrelse tilsa med andre ord at også mindre aktører skulle kunne levere tjenesten.
- (154) Oppdragsgivers totale kapasitetsbehov var betydelig. Dette ble hensyntatt ved at anskaffelsen var delt opp, slik at forpliktelsene også kunne ivaretas av mindre aktører. Dette gjenspeiles i kravene i anskaffelsesdokumentene, noe Konkurranseskilagenemnda kommer tilbake til i vurderingen av om partene var faktiske eller potensielle konkurrenter, se punkt 4.2.2.3.

Rammeavtale

- (155) Denne forståelsen av oppdragsgivers identifiserte behov underbygges også av den fremgangsmåten oppdragsgiver valgte for konkurransen. For det første var dette en konkurranse om en rammeavtale. Slik avtaler har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode. For det andre var det tale om en rammeavtale med flere leverandører.
- (156) Rammeavtalen forutsatte ikke at det skal skje leveranser før det gjøres såkalte avrop på avtalen. Fleksibiliteten i avropene, både for oppdragsgiver og leverandør, følger blant annet av punkt 2.2 og 2.3 i vedlegg 2 til tilbudsinvitasjonen, «Orientering om prosjektet». Det følger videre av tilbudsinvitasjonen at geografiske områder, herunder antall skolegrupper, utover minimumskravet, ville bli tildelt leverandører basert på kapasitet og rangering i rammeavtalen. At anskaffelsen ble lagt opp som en konkurranse om en rammeavtale, gav altså både oppdragsgiver og tilbydere en fleksibilitet og en tilpasningsmulighet ved den senere gjennomføringen av leveransene.
- (157) Anskaffelsen var videre som nevnt delt opp slik at det ville bli inngått avtaler med fire til seks leverandører, i motsetning til en samlet anskaffelse fra én leverandør. Med denne strukturen ble leveransen splittet opp i avtaler med et mer begrenset omfang. En slik

⁹⁴ Tilbudsinnbydelen punkt II.1.5, se også om rammeavtalens art og omfang i punkt 2.2.

oppdeling av anskaffelsen viser med all tydelighet at Undervisningsbygg søkte å åpne konkurransen for tilbud fra leverandører med varierende kapasitet.

- (158) Flere avtaler betød ikke bare at selve tjenesten ble splittet opp i avtaler med begrenset omfang, men innebar også at oppdragsgiver ville knytte til seg flere leverandører ved at det ble inngått avtaler med ulike leverandører. Det følger av kunngjøringen punkt II.2.1 at *«[de] valgte leverandørene tildeles inntil seks skolegrupper hver, kalt geografisk område»*.
- (159) Også ved denne måten å gjennomføre konkurransen på, skapte Undervisningsbygg fleksibilitet i avropene, noe som igjen skapte fleksibilitet for leverandørene. Det var for eksempel et viktig signal til leverandørene, særlig de med mindre kapasitet, at oppdragsgiver så hen til leverandørens kapasitet og rangeringen i rammeavtalen for avgjørelsen av hvor mange skoler som tildeles.⁹⁵
- (160) Et annet viktig signal til mindre tilbydere fulgte av tilbudsinnbydelsens punkt 2.2, der det uttales at *«[d]ersom et enkeltoppdrag eller oppdragsmengde pr. år blir av et slikt omfang at de valgte leverandørene ikke kan tilby ønsket kapasitet, vil oppdraget bli lyst ut i henhold til anskaffelsesregelverket»*.
- (161) Tilretteleggelsen for deltakelse fra mindre aktører fulgte også av at anskaffelsesdokumentene åpnet for at dersom et konkret avrop i en rammeavtale gikk utover den valgte leverandørs kapasitet, så kunne oppdraget settes til en av de andre leverandørene med rammeavtale.
- (162) Det følger direkte av tilbudsinnbydelsens punkt 2.3.1 at *«[h]vis leverandøren ikke har kapasitet til å påta seg oppdraget, eller av andre grunner ikke er i stand til å påta seg oppdraget, kan oppdragsgiver tildele oppdraget til en av de øvrige leverandørene i rammeavtalen»*.
- (163) Det var altså kun et utgangspunkt at den valgte leverandøren til en bestemt skolegruppe skulle motta alle oppdragene i forbindelse med den tildelte skolegruppen. Oppdragsgiver forbeholdt seg ved dette retten til å benytte samtlige leverandører til alle skolegruppene.
- (164) Denne muligheten til å frasi seg oppdrag fra leverandørens side, og oppdragsgivers mulighet til å benytte en annen leverandør, får betydning for eksempel i tilknytning til forståelsen av tilbudsinnbydelsens punkt 2.4 om gjennomføring og leveringstid, noe nemnda kommer tilbake til i den konkrete vurderingen nedenfor. Samlet la dette til rette for mindre leverandørers deltakelse i konkurransen, og viste at oppdragsgiver tilpasset gjennomføringen av leveransen til leverandører med ulik kapasitet.
- (165) Konkurranseskilagenemnda deler på denne bakgrunn ikke klagerens oppfatning av anskaffelsesdokumentene og klagerens forståelse av oppdragsgivers avvisningsrett, herunder beskrivelsene av leverandørrisiko. Nemnda kan heller ikke se at det var grunnlag for avvisning av mindre aktører, slik klagerne hevder, forutsatt at de oppstilte kravene i tilbudsinvitasjonen med vedlegg var oppfylt.

⁹⁵ Tilbudsinnbydelsen punkt 2.2

Oppdragsgivers identifiserte behov

- (166) Deler av klagerne anførsler i saken er bygget på at det aktuelle anbudssamarbeidet bedre ivaretok Undervisningsbyggs behov for elektrotjenester, ved at disse ble levert samlet gjennom samarbeidende foretak med en koordinerende enhet, i motsetning til gjennom flere avtaler med individuelle foretak.
- (167) Konkurranseskjennemnda bemerker i den forbindelse at tilbydere i en anbudskonkurranse må forholde seg til oppdragsgivers valg i anskaffelsen, herunder oppdragsgivers identifiserte behov og valg av gjennomføringsmåte. Anskaffelsesregelverket stiller strenge krav både til oppdragsgiver og til tilbyderne om å forholde seg til anskaffelsesdokumentene, blant annet begrunnet i at dette er eneste mulighet for å sikre likebehandling av aktørene og dermed for å ivareta grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen. Tilbydere i en anbudskonkurranse kan derfor ikke redefinere oppdragsgivers behov og valg av gjennomføring, og erstatte disse med egne vurderinger av hvilke andre mulige løsninger som etter deres oppfatning best svarer på det de mener er oppdragsgivers behov.
- (168) I denne aktuelle anbudskonkurransen er det Konkurranseskjennemndas oppfatning at Undervisningsbygg klart hadde identifisert sitt behov slik at konkurransen skulle sikre høyest mulig deltakelse fra aktuelle leverandører med ulik kapasitet, også deltakelse fra mindre aktører. En anførsel fra klagerne om at Undervisningsbygg fikk et bedre tilbud, kvalitativt og prismessig, ved at flere tilbydere med varierende kapasitet innga tilbud *sammen*, er i denne konkurransen etter Konkurranseskjennemndas syn en redefinering av oppdragsgivers behov som ligger utenfor tilbyderens mulighetsrom.
- (169) Klagerne har videre anført at Undervisningsbygg ville ha nytte av El-Proffen/EPCs rolle som koordinerende aktør ved at de skulle tildele oppdrag blant de ulike medlemsfirmaer. En slik koordinerende aktør som et mellomledd mellom Undervisningsbygg og det utførende foretak var imidlertid ikke etterspurt, og er også etter Konkurranseskjennemndas vurdering en redefinering av oppdragsgivers behov som ligger utenfor tilbyderens mulighetsrom.
- (170) De samarbeidende foretakene tilbød videre en samlet kapasitet i fellestilbudet som langt oversteg behovene tiltenkt for en avtale med én leverandør, uavhengig av om anskaffelsen ble delt i fire, fem eller seks avtaler. Forklaringen på dette fremgår av flere bevis i saken, blant annet forklaringsopptakene for Konkurransetilsynet og forklaringene for Konkurranseskjennemnda i den muntlige høringen. Det vises her til tilbuds brevet fra El-Proffen/EPC om å komme i betraktning for «*flere tildelingsområder/skoleområder*»,⁹⁶ og henvisningen til at medlemsbedriftene skulle få «*hele eller deler av leveransen i rammeavtalen*». ⁹⁷ Det var også slik tilbudet ble oppfattet av Undervisningsbygg, jf. forklaringsopptak for Konkurransetilsynet med Lien i Undervisningsbygg som vist til over.
- (171) Formålet med samarbeidet fremgår videre i klagen over Undervisningsbygg sin avvisning av tilbudene fra konkurransen. El-Proffen/EPC beskriver formålet med fellestilbudet slik at de fem samarbeidende foretakene ikke hver for seg kan dekke hele

⁹⁶ Tilbudsbrev fra EPC

⁹⁷ Se punkt 5 i løsningsbeskrivelsen om implementering av avtalen

Undervisningsbyggs etterspørsel, men at de sammen er i stand til å dekke hele etterspørselen på totalt ca. 30 millioner kroner.⁹⁸

- (172) Lysteknikk påklaget også avvisningsbeslutningen ved brev fra advokatfirmaet Grette av 18. juli 2014. Lysteknikk uttaler også i klagen på avvisningsbeslutningen at formålet med samarbeidet var å dekke alle oppdrag i Oslo:

*«Det bestrides at tilbudet fra EP Contracting kunne deles opp til å anses som fem selvstendige tilbud. Hensikten med samarbeidet var etter Lysteknikks oppfatning nettopp å kunne inngi et felles tilbud som kunne dekke samtlige oppdrag i Oslo, som ingen av bedriftene alene vil være i stand til. EP Contracting AS skulle være avtalepart, og deretter fordele oppdragene ut blant deltakerne i tilbudet som underleverandører.»*⁹⁹

- (173) I den muntlige høringen for Konkurransklagenemnda uttalte [REDACTED] at i henhold til forespørselen fra Undervisningsbygg så måtte man prise på hele omfanget og man kunne ikke prise på deler. Man tenkte da at det kunne være fordelaktig for Undervisningsbygg å forholde seg til én aktør. [REDACTED] uttalte videre at man tenkte at man kunne få hele kontrakten på 30 millioner kroner, en opplysning som er konsistent med øvrige bevis i saken, herunder den sammenlagte kapasiteten til de fem samarbeidende elektrofirmaene.
- (174) På spørsmål om hvor mange skoler den felles løsningen kunne dekke, uttalte [REDACTED] som er [REDACTED] i ENS, under den muntlige høringen at hans personlige mening var at det var større sjanse for at man kunne få dekket en større andel av avtalen gjennom fellesløsningen, enn om man var alene.
- (175) Konkurransklagenemnda finner det klart at en slik leveranse der tilbyderne slår sammen sin kapasitet og tilbyr en felles løsning, ikke har vært etterspurt fra oppdragsgiver. Tvert imot tilsier anskaffelsesdokumentene at Undervisningsbygg ikke etterspurte et fellestilbud bestående av flere elektrofirma som samlet tilbyr å utgjøre leverandørene i rammeavtalen. Undervisningsbygg la, slik nemnda forstår anskaffelsen, til rette for mest mulig virksom konkurranse fra så mange individuelle tilbydere som mulig, gitt markedsstrukturen for elektrotjenester i Oslo-området. På denne bakgrunn kan ikke klagerne høres med at et samarbeid mellom fem leverandører av elektrotjenester med felles pris, ville gi Undervisningsbygg et bedre tilbud for den etterspurte leveransen, sammenlignet med at Undervisningsbygg inngikk avtale med fire, fem eller seks uavhengige leverandører med individuelle priser. Igjen har her klagerne etter nemndas vurdering redefinert oppdragsgivers behov på en måte som ligger utenfor tilbyderens mulighetsrom.
- (176) Spørsmålet for Konkurransklagenemnda i det følgende vil derfor være om anbudssamarbeidet mellom klagerne likevel var lovlig, fordi de ikke kunne anses som faktiske eller potensielle konkurrenter i den aktuelle anbudskonkurransen. Denne vurderingen tar utgangspunkt i om man er faktiske eller potensielle konkurrenter som én av flere leverandører i en rammeavtale.

⁹⁸ Se gjennomgangen av faktum med sitater fra brevet

⁹⁹ Klage fra Lysteknikk av 18. juli 2014 til Undervisningsbygg.

4.2.2.3 Faktiske eller potensielle konkurrenter

- (177) Som det fremgår i punkt 4.2.2.3 vil spørsmålet om foretak anses som faktiske eller potensielle konkurrenter, bero på en vurdering av om foretakene hadde *objektiv evne* til å opptre som konkurrenter i anskaffelsen. Dette er i rettspraksis formulert som en vurdering av om et foretak hadde «*mulighet til, eller lett kunne skaffe seg mulighet til*», å inngi selvstendig tilbud ut i fra de kravene som var oppstilt i konkurransegrunnlaget.¹⁰⁰ Det er dermed dette som vil være vurderingstemaet for Konkurransesklagenemnda i det følgende.
- (178) ENS og Lysteknikk har ikke anført at de ikke var å anse som konkurrenter i konkurransen utlyst av Undervisningsbygg. Begge disse aktørene hadde tidligere vært leverandører under tilsvarende rammeavtale, og leverte også faktisk inn egne tilbud i anbudskonkurransen, i tillegg til å være med på fellestilbudet gjennom EPC, se nærmere beskrivelse under punkt 2.4.
- (179) Arkel, Hoel og Røa har alle anført at de ikke kan anses som faktiske eller potensielle konkurrenter i anskaffelsen, da de hevder at de hverken ville eller kunne ha innlevert individuelle tilbud.
- (180) Utgangspunktet for denne vurderingen er de faktiske forhold slik disse fremkommer ut ifra de tidsnære bevis. Konkurransesklagenemnda har derfor lagt betydelig vekt på det som kan utledes av klagerens samarbeid om et fellestilbud, herunder de opplysningene som ble gitt felles og individuelt til Undervisningsbygg i forbindelse med tilbudsinnleveringen.
- (181) Innleveringen av et fellestilbud ble gjennomført ved at hvert av de samarbeidende foretakene utarbeidet egne tilbud. Fellestilbudet bestod derfor av fem separate tilbud. Gjennomgangen over viser at klagerne så fellestilbudet som et grunnlag for at Undervisningsbygg kunne innstille mer enn én av samarbeidspartene som leverandør til rammeavtalen. Etter nemndas syn tilsier dette at hvert av de individuelle tilbudene til fellestilbudet skal vurderes selvstendig. Hvert foretak i samarbeidet har søkt å bli én av leverandørene til Undervisningsbygg. Kommunikasjonen for å etablere samarbeidet innebar derfor at hvert foretak dokumenterte egen oppfyllelse av tilbudsinnbydelsens krav. Nemnda ser det slik at fellestilbudet tok sikte på å «tilby» fem leverandører til Undervisningsbygg, med det formål at dette ville ivareta hele eller store deler av Undervisningsbyggs samlede behov for elektrotjenester.
- (182) Det vises i denne sammenheng til foretakenes redegjørelse i de enkelte tilbudene til fellestilbudet av antallet ansatte, ansattes kvalifikasjoner, foretakenes størrelse og foretakets finansielle situasjon. I tilbudene er det også redegjort for foretakets erfaring med tilsvarende oppdrag, og dokumentert nødvendige godkjenninger. Hoel har, som det minste av de samarbeidende foretakene, for eksempel levert et omfattende tilbud som besvarer tilbudsinvitasjonens krav. Hoel skriver også i vedleggsoversikten at foretaket kan håndtere omfanget som én av fire, fem eller seks leverandører. Dette taler med styrke for at fellestilbudet skal forstås som et tilbud bestående av fem selvstendige

¹⁰⁰ Taxisaken, avsnitt 44.

leverandører, som til sammen kan utgjøre fem av leverandørene i rammeavtalen til Undervisningsbygg.

- (183) I følgebrevet fra EPC 2. april 2014 som er vedlagt fellestilbudet, redegjøres det også for foretakenes selvstendige juridiske stilling for utførelse av oppdragene.¹⁰¹ At foretakene skal vurderes som selvstendige leverandører for Undervisningsbyggs etterspørsel, understrekes ikke bare av at de er fremhevet som egne juridiske enheter, men også av at de selv fakturerer Undervisningsbygg.¹⁰² Samlet peker dette i retning av at fem foretak skulle inngå avtale med Undervisningsbygg og bli de valgte leverandørene i rammeavtalen.
- (184) Den videre gjennomgangen behandler anførslene fra foretakene om hvorfor de, til tross for deltakelsen med hvert sitt tilbud til et fellestilbud som tok sikte å bli tildelt hele eller store deler av leveransen, likevel ikke hadde en reell mulighet til å være én av fire, fem eller seks leverandører.

Kvalifikasjonskrav

- (185) For å kunne inngi selvstendige tilbud, må tilbyderne som et minimum oppfylle kvalifikasjonskravene oppstilt i tilbudsinnbydelsen. Dersom disse ikke er oppfylt, vil tilbyderne avvises, og de vil dermed ikke være faktiske eller potensielle konkurrenter. Også andre krav oppstilt i tilbudsinvitasjonen vil kunne ha betydning for hvorvidt tilbyderne hadde mulighet for å inngi tilbud alene.
- (186) Det første Konkurranseskjennemnda må ta stilling til, er om Arkel, Hoel og Røa kunne oppfylt kravene i tilbudsinnbydelsen, ut ifra en objektiv tolkning av denne.
- (187) I tilbudsinvitasjonen i denne saken var det oppstilt flere krav. Det er kun kravet til kapasitet, herunder adgangen til innleie og responstid, Arkel, Hoel og Røa har anført at de ikke kunne oppfylle hver for seg. Det er derfor disse kravene i tilbudsinvitasjonen som vil være gjenstand for Konkurranseskjennemndas nærmere vurdering.
- (188) Som redegjort for under avsnitt 91 la Undervisningsbygg til grunn i sin tilbudsevaluering at alle kvalifikasjonskravene var oppfylt, og at det derfor ikke var grunnlag for avvisning på dette grunnlag. Konkurransetilsynet la også dette til grunn i sitt vedtak, se avsnitt (356). Klagerne på sin side anfører at det forelå avvisningsgrunn fordi kvalifikasjonskravet kapasitet ikke var oppfylt, og at klagerne derfor ikke kunne inngitt tilbud individuelt.
- (189) I tilbudsinvitasjonen punkt 14.3 var kvalifikasjonskravene opplistet. Under punktet «*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*», fremgår det at tilbyderne måtte ha «*Tilstrekkelig kapasitet*». For å dokumentere at tilbyderne hadde tilstrekkelig kapasitet, skulle tilbyderne legge ved «*[e]n redegjørelse for leverandørens gjennomsnittlige arbeidsstyrke og antall medarbeidere i den administrative ledelsen i løpet av de siste tre år*».
- (190) Hva som nærmere krevdes for å oppfylle kravet om «*tilstrekkelig kapasitet*», fremgikk ikke direkte av kvalifikasjonskravet eller det tilhørende dokumentasjonskravet.

¹⁰¹ Se punkt 6

¹⁰² Se punkt 7

- (191) Kravet må imidlertid sees i sammenheng med resten av tilbudsinnbydelsen. Det er her særlig vedlegg 2 til tilbudsinnbydelsen, «*Orientering om prosjektet*», som er relevant for forståelsen av kravet. I vedlegget punkt 2.2, avsnitt 6, stod det følgende:

«Det vil bli inngått 4-6 parallelle rammeavtaler om elektroarbeider med planlagt oppstart i uke 34. Undervisningsbygg sine skoler er inndelt i skolegrupper. De valgte leverandørene tildeles 3–6 skolegrupper hver som «geografisk område». Leverandørens kapasitet og rangeringen i rammeavtalen vil være avgjørende for hvor mange skoler som tildeles. Leverandøren må ha kapasitet til å håndtere minimum tre skolegrupper. Hver av skolegruppene har ca. 12–20 skoleeiendommer, og i tillegg kommer idrettshaller og bad, se for øvrig vedlegg 7.»

- (192) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at det kapasitetskrav tilbudsinnbydelsen oppstilte i denne saken, var at leverandørene måtte ha kapasitet til å betjene minst tre skolegrupper.

Montørkapasitet

- (193) Arkel, Hoel og Røa har anført at ingen av dem hadde tilstrekkelig kapasitet, fordi de ikke hadde tilgjengelig antall kvalifiserte montører til å kunne håndtere tre skolegrupper.
- (194) De har i den forbindelse anført at Datelco, som fikk tildelt avtale for fire skolegrupper, i ettertid har uttalt at rammeavtalen i 2017 i snitt har krevd åtte mann (seks montører og to lærlinger), jf. vedlegg 3 til klagen fra El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa. Basert på dette mener disse foretakene at det ville være behov for seks montører for tre skolegrupper og åtte montører for fire skolegrupper, hvilket Arkel, Hoel og Røa ikke hadde mulighet til å tilby.
- (195) Konkurransetilsynet har anført til dette at klagerne har overestimert hvor mange montører som kreves for å håndtere tre skolegrupper. Til støtte for denne anførselen har Konkurransetilsynet blant annet vist til at Lysteknikk i forklaringsopptak for Konkurransetilsynet har forklart at de hadde «*to-tre mann gående til enhver tid*» på fire skolegrupper i perioden 2010-2014 da de hadde rammeavtale med Undervisningsbygg.¹⁰³
- (196) Konkurransklagenemnda skal, som redegjort for i avsnitt (146), legge til grunn en objektiv tolkning av tilbudsinvitasjonen. Nemnda legger derfor ikke avgjørende vekt på antall montører Lysteknikk har opplyst at de hadde tilgjengelig for å betjene rammeavtalen de *tidligere* hadde hatt med Undervisningsbygg, eller det antall Datelco i *ettertid* har sett nødvendig for å betjene gjeldende rammeavtale.
- (197) Av tilbudsinvitasjonen fremgikk det ikke hvor mange montører som var nødvendig for å betjene tre skolegrupper. I vedlegg 2 til tilbudsinnbydelsen, punkt 2.2, anslo Undervisningsbygg et årlig behov for elektroarbeid, totalt for alle skolegruppene, på totalt cirka 30 millioner kroner. Kravet var videre, som nevnt over, at hver leverandør ville måtte kunne håndtere tre skolegrupper av totalt 15 skolegrupper,¹⁰⁴ det vil si en femtedel av kontraktens totalomsetning, dersom en skal legge en

¹⁰³ Forklaringsopptak med [redacted] 4. mars 2015

¹⁰⁴ Vedlegg 7 til tilbudsinvitasjonen

gjennomsnittsbetraktning til grunn. Med en totalverdi på 30 millioner kroner, utgjør dette seks millioner kroner per tilbyder.

- (198) Ifølge Nelfos¹⁰⁵ lønnsomhetsrapport for 2014 var gjennomsnittlig årsomsetning per montør, cirka 1 664 000 kroner ekskl. mva. Ut fra en matematisk tilnærming ville da en tilbyder ved å lese konkurransegrunnlaget, kunne anslå at kontrakten krevde tre til fire montører for å betjene tre skolegrupper per år.
- (199) Det fremgikk videre av beskrivelsen under punkt 2.2 i vedlegg 2 til tilbudsinnbydelsen at:
- «Størrelsen på det enkelte oppdrag vil variere fra noen få timer per oppdrag opp mot kr 700 000,-. De fleste oppdrag vil som hovedregel ligge mellom kr 20 000 – kr 40 000.»*
- (200) Hovedtyngden av avropene under rammeavtalene ville dermed være småoppdrag, og hvor behovet for antall montører vil være lavere enn hva en matematisk tilnærming skulle tilsi. Konkurranseskilagenemnda har derfor ikke funnet det avgjørende for konklusjonen å tallfeste dette.
- (201) Som redegjort for tidligere var det også kun et utgangspunkt at den valgte leverandøren til en bestemt skolegruppe skulle motta alle oppdragene i forbindelse med den tildelte skolegruppen. Oppdragsgiver hadde forbeholdt seg retten til å benytte samtlige leverandører til alle skolegruppene, jf. tilbudsinnbydelsen punkt 2.3.1. Videre kunne leverandørene takke nei til avrop hvis det skulle vise seg at leverandøren ikke hadde kapasitet eller ikke var i stand til å påta seg oppdraget. For det tilfellet kunne oppdragsgiver tildele oppdraget til en av de øvrige leverandørene i rammeavtalen.
- (202) I tillegg fremgikk det at for større oppdrag, med en verdi på over 500 000 kroner, ville det bli avholdt minikonkurranser. Konkurransesgrunnlaget la med andre ord opp til stor grad av fleksibilitet med hensyn til hvordan oppdragene skulle fordeles mellom rammeavtaleleverandørene.
- (203) Konkurranseskilagenemnda legger derfor til grunn at kravet til *«Tilstrekkelig kapasitet»* må forstås slik at det ikke representerte et spesifikt krav til antall montører. Lest i sammenheng, må kravet forstås slik at oppdragsgiver, på bakgrunn av leverandørens inngitte dokumentasjon, ut ifra en skjønnsmessig vurdering ville ta stilling til om leverandøren hadde et tilstrekkelig antall kvalifiserte montører til å kunne betjene tre skolegrupper.
- (204) Konkurranseskilagenemnda legger til grunn for sin vurdering at Arkel, Hoel og Røa i utgangspunktet var store nok til å kunne inngi individuelle tilbud.
- (205) Spørsmålet for Konkurranseskilagenemnda er etter dette om de tre foretakene likevel ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å kunne håndtere tre skolegrupper ut ifra en helhetsvurdering. Dette kommer nemnda tilbake til nedenfor.

Responstid og reisetid

¹⁰⁵ Nelfo er ifølge hjemmesiden til NELFO en bransjeorganisasjon for norske elektro-, ekom- og heisbedrifter og systemintegratorer. Nelfo er medlem i NHO.

- (206) Det følger av vedlegg 2 til tilbudsinnbydelsen, punkt 2.4, at det var et krav om at man hadde *«kapasitet til å igangsette og utføre oppdrag innen avtalte frister»*. Kravet til responstid ved akuttsituasjoner ble oppgitt å være at leverandøren måtte kunne stille ved oppdragsstedet:

«så fort som mulig, og senest innen to timer fra henvendelse», jf. avsnitt 2.

- (207) Arkel har anført at det var stor usikkerhet knyttet til om de ville kunne oppfylle kravet til responstid på to timer i akutt-tilfellene dersom de fikk tildelt skolegrupper med lengst avstand til hovedkontoret. Dette er i klagen oppgitt å være en av hovedgrunnene til at Arkel, i forbindelse med inngivelsen av tilbudet, gjorde det klart at de bare kunne ta oppdrag i skolegruppe 4 og 5.
- (208) Det var i tilbudsinnbydelsen imidlertid ikke angitt hvilken betydning det ville ha dersom en leverandør ikke ville ha mulighet til å starte arbeidene innen to timer. Det var heller ikke angitt et estimert omfang av slike akuttsituasjoner. Det var videre oppdragsgiver som skulle velge hvilke skolegrupper leverandørene ble tildelt. Sett i lys av dette kan Konkurransklagenemnda ikke se at kravet til responstid innebar noen form for reell begrensning i Arkel sin mulighet til å inngi tilbud, selv om det skulle være slik at Arkel ville kunne bruke noe mer enn to timer på å stille på de skolene som lå i skolegruppene lengst borte.
- (209) På denne bakgrunn er Konkurransklagenemnda uenig med Arkels forståelse av hva dette kravet innebar.
- (210) Selv om det ikke er relevant for konklusjonen, finner Konkurransklagenemnda grunn til å påpeke at Arkels anførsel står i motstrid med hva Arkel selv opplyste i tilbudet til Undervisningsbygg. Under *«Responstid»* i tilbudsbrevet skrev Arkel:
- «For haste-oppdrag kan det garanteres en responstid på inntil 1 time.»*¹⁰⁶
- (211) Arkel har også anført at tilbudsinnbydelsen fra Undervisningsbygg ikke åpnet for betaling for medgått reisetid, og at dette skapte en usikkerhet for Arkel med hensyn til hvordan man skulle prise tilbudet, og at det ville *«vært umulig å inngi et lønnsomt tilbud»*.
- (212) Konkurransklagenemnda er enig med Arkel i at de med sin geografiske beliggenhet litt utenfor Oslo, ville ha en kostnadsulempe som eventuelt måtte bakes inn i timesprisen. Dette ville igjen kunne lede til høyere priser fra Arkel enn fra andre konkurrentene.
- (213) At Arkel ville ha en kostnadsulempe gjennom sin beliggenhet lengre fra Oslo enn andre konkurrenter, er imidlertid ikke avgjørende for om de er en faktisk eller potensiell konkurrent. Som nevnt over i avsnitt 141 følgende, er det ikke avgjørende hvorvidt aktøren ville vinne konkurransen eller fant det kommersielt interessant å delta. Særlig må dette gjelde i en konkurranse som denne, hvor det var lagt opp til at flere aktører skulle velges til å betjene rammeavtalen.

Innleie

¹⁰⁶ Tilbudsbrev fra Arkel.

(214) Det er uenighet mellom Konkurransetilsynet og klagerne om denne anskaffelsen åpnet for innleie av arbeidskraft.

(215) Arkel, Hoel og Røa har anført at kvalifikasjonskravet «*God kompetanse og erfaring fra tilsvarende oppdrag*» stengte for bruk av innleid personell. De har i den forbindelse vist til at tilbyderne, som dokumentasjon for oppfyllelsen av dette kvalifikasjonskravet, blant annet skulle inngi:

«Opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner hos leverandøren og foretakets administrative ledelse (kompetansematrise) og særlig for de personer som har ansvaret for å utføre oppdragene/tjenestene (f.eks. CV og vitnemål/fagbrev/mesterbrev).»

(216) Det er også vist til at det fulgte av rammeavtalen som lå ved tilbudsinnbydelsen, punkt 14.2, at:

«Dersom tilbudt ressurs slutter eller av andre grunner vil være utilgjengelig for oppdragsgiver, skal oppdragsgiver varsles og denne personen skal uten ugrunnet opphold erstattes med en person som har tilsvarende kvalifikasjoner [...]»

(217) Konkurranseskjennemnda kan ikke se at de oppstilte kravene stengte for bruk av innleie. En rammeavtale er, som nevnt ovenfor, en avtale med én eller flere leverandører som har til formål å fastsette – på et overordnet nivå – vilkårene for de kontraktene som senere tildeles. Dokumentasjonskravet som oppstilles, utgjør i det vesentligste standarddokumentasjon, ved at den i det vesentlige er en ordrett gjengivelse av forskrift om offentlig anskaffelser 2006 § 17-9 bokstav e nr. 3.

(218) I lys av dette, og måten dokumentasjonskravet var utformet på, kan hverken kvalifikasjonskravet, eller det tilhørende dokumentasjonskravet, forstås slik at det var et krav om man måtte dedikere konkret personell til oppdraget. I den grad de vedlagte kontraktsbestemmelser er relevant i denne forbindelse, fremgår det ut fra sammenhengen klart at rammeavtalen punkt 14.2 må forstås slik at den tar sikte på å regulere situasjoner etter tildelt kontrakt for konkrete oppdrag.

(219) Det er på denne bakgrunn ikke grunnlag for å hevde at tilbudsinvitasjonen stilte krav om at man måtte dedikere personell, og heller ikke innebar begrensninger i muligheten til å benytte seg av innleie.

(220) Arkel, Hoel og Røa har videre anført at kravet til språk ville kunne vanskeliggjøre innleie, ved at innleid arbeidskraft som regel ikke er norsktalende.

(221) Et krav til bruk av norsk språk fremgikk av punkt 2.9 i rammeavtalen, hvor det het at:

«Gjennomføringen av denne rammeavtalen skal foregå ved bruk av norsk språk. Dette omfatter alle forhold, herunder tegninger, beskrivelser, SHA, kvalitet, anvisninger på arbeidssted osv. Det skal til enhver tid være minst en representant på arbeidsstedet som behersker norsk eller annet skandinavisk språk, og vedkommende må kunne kommunisere med leverandørenes øvrige ansatte samt oppdragsgivers leietaker på arbeidsstedet.»

(222) Kravet innebar etter Konkurranseskjennemndas vurdering et krav om at leverandørene måtte kunne vise til at man hadde norskspråklige ansatte som ville kunne håndtere de konkrete avropene. Nemnda legger til grunn at det ved dette kun var oppstilt et krav om

at man måtte kunne vise til at man hadde norskspråklige ansatte ved inngivelsen av tilbudet. Kravet til norsk språk var dermed heller ikke til hinder for bruk av innleid personell.

- (223) Det er, så langt Konkurransklagenemnda kan se, enighet mellom partene om at det er vanlig med innleie for prosjektarbeid i markedet for levering av elektrotjenester. Det er altså ikke slik at muligheten for å bøte på eventuelle kapasitetsmangler i denne saken, bare var en teoretisk mulighet.
- (224) Arkel, Hoel og Røa har imidlertid anført at det ikke var mulig å benytte innleie på serviceoppdrag, fordi innleid personell ofte mangler den faglige kompetansen som et serviceoppdrag krever.
- (225) Til dette vil Konkurransklagenemnda bemerke at det har formodningen mot seg at det ikke er mulig å omrokere ressurser fra prosjekt til serviceoppdrag, slik at de nødvendige og riktige ressursene ville kunne allokere til serviceoppdrag. Selv om det ikke er avgjørende for nemndas konklusjon, viser nemnda til at klagerne heller ikke har inngitt dokumentasjon som tilsier at omrokking ikke vil være mulig. Nemnda ser heller ikke at det grunnlag for anførselen om arbeidsmiljøloven og begrensninger i styringsretten.

Bundet kapasitet

- (226) Alle foretakene har i forbindelse med saken om overtredelse av konkurranseloven hevdet at de var bundet opp i andre avtaler på en slik måte at de ikke hadde mulighet for å delta individuelt i konkurransen. Konkurransklagenemnda har ovenfor funnet at alle foretakene i utgangspunktet hadde tilstrekkelig antall ansatte til å kunne håndtere minimum tre skolegrupper.
- (227) Ved vurderingen av tilgjengelig kapasitet har Konkurransklagenemnda sett hen til både de ressurser hver av klagerne faktisk hadde tilgjengelig på tidspunktet for tilbudsinngivelsen, og de ressurser foretakene realistisk sett hadde mulighet til å fremskaffe til perioden oppgavene skulle utføres.
- (228) Konkurransklagenemnda har ved sin vurdering lagt særlig vekt på at Arkel, Hoel og Røa hadde beskrevet den faktiske tilgjengelige montørkapasiteten som en del av fellestilbudet. Sentralt her er at alle de tre foretakene i de tidsnære bevis opplyste at de hadde tilstrekkelig kapasitet ved inngivelsen av tilbudene. Ingen av tilbyderne tok forbehold i relasjon til manglende kapasitet ved utformingen av tilbudene, og det har presumsjonen mot seg at de faktisk ikke hadde kapasitet når de først deltok i tilbudet.
- (229) Som redegjort for over legger Konkurransklagenemnda til grunn for sin vurdering at tilbudsinnbydelsen ikke begrenset adgangen til innleie, for de tilfellene hvor det skulle være nødvendig. Foretakene hadde videre mulighet for å ansette nye montører i selskapene. I følge Konkurransetilsynets oversendelsesbrev avsnitt (98) økte også alle de fire selskapene Undervisningsbygg inngikk rammeavtale med, antall ansatte i tidsrommet 2014 til 2015.¹⁰⁷
- (230) Hoel, som er det foretaket med færrest ansatte, har fremlagt dokumentasjon for at bedriften var bundet av tolv rammeavtaler på tidspunktet for tilbudsinngivelse. Dette

¹⁰⁷ Konkurransetilsynets oversendelsesbrev av 23. mars 2018.

utgjorde cirka 55 prosent av selskapets totale omsetning. Dette tallet inkluderer omsetning fra en rammeavtale med [REDACTED] på cirka [REDACTED] kroner som ble signert august 2014, det vil si etter at Hoel inngav tilbud i denne anbudskonkurransen. Totalomsetningen til Hoel var i 2014 på 12 971 000 kroner.

- (231) Hvis Konkurransklagenemnda legger ovennevnte tall til grunn, innebærer dette at litt under halvparten av Hoels ansatte, det vil si at omtrent tre av Hoels totalt syv utførende montører, var bundet opp i andre avtaler.
- (232) Som redegjort for ovenfor under avsnitt 193 følgende kan ikke tilbudsinnbydelsen tolkes slik at den oppstilte et bestemt krav til antall montører, utover et krav til at man måtte kunne håndtere tre skolegrupper med de montørene foretaket hadde tilgjengelig i selskapet. Hvis Hoels fremlagte dokumentasjon er riktig, hadde Hoel fremdeles flere montører som ikke var bundet opp ved tilbudsinngivelsen.
- (233) Videre viser de tidsnære bevis med styrke at foretaket hadde tilstrekkelig tilgjengelig kapasitet. Hoel skrev selv om sin montørkapasitet på tidspunktet for tilbudsinngivelsen i brevet til El-Proffen som svar på deres spørsmål om å delta i felles tilbud at:

*«Slik vi tolker beskrivelsen, så ønsker de å etablere avtale med 4-6 installatører. Med anslagsvis 5-6 mill pr år i omsetning pr installatør, så er dette absolutt innenfor vår kapasitet.»*¹⁰⁸

- (234) I tilbudet til Undervisningsbygg, jf. vedlegg 53 til vedtaket, skrev Hoel videre:

*«vi kan håndtere rammeavtalens anslåtte omfang som 1 av 4-6 leverandører. Vi er lokalisert på Bolteløkka/St. Hanshaugen, og ønsker fortrinnsvis å betjene skoler i gruppe 6, 7, 8 og 15 – men her er vi selvsagt fleksible.»*¹⁰⁹

- (235) I forklaringsopptak for Konkurransetilsynet med [REDACTED] 9. februar 2015, avsnitt 87-88, jf. vedlegg 27 til vedtaket, bekreftet også [REDACTED] at han mente at Hoel alene kunne betjene disse fire skolegruppene.¹¹⁰
- (236) Hvis det skulle vise seg nødvendig, kunne også Hoel leie inn arbeidskraft, og/eller ansette flere elektromontører. Som det fremgår over, hadde Hoel ifølge opplysninger i tilbudet konkrete planer om å ansette fire nye elektrikere fra sommeren 2014. [REDACTED] har også forklart for Konkurransklagenemnda at selskapet hadde hatt 35 ansatte på det meste, med innleide montører, og at de har klart å tilpasse seg markedet, med både nedbemanning og nyansettelser. Nemnda legger etter dette til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Hoel hadde tilgjengelig kapasitet til å håndtere tre skolegrupper.
- (237) Arkel hadde 24 ansatte i 2014, hvorav 13 montører, fire lærlinger og en hjelpearbeider, i tillegg til diverse administrative ansatte herunder prosjektledere. Arkel hadde en omsetning i 2014 på 35 709 000 kroner.
- (238) Arkel har anført at selskapet likevel ikke hadde kapasitet til å håndtere tre skolegrupper, fordi foretaket var bundet av allerede inngåtte rammeavtaler. Som dokumentasjon på

¹⁰⁸ E-post fra [REDACTED] til [REDACTED] 1. april 2014.

¹⁰⁹ Tilbud fra Hoel til Undervisningsbygg 29. april 2014.

¹¹⁰ Forklaringsopptak med [REDACTED] 9. februar 2015.

dette har Arkel blant annet vist til e-post fra [redacted] til [redacted] med oversendelse av dokumentasjonen til tilbudet til El-Proffen, hvor de i skrev at:

«Vi kan kun påta oss rammeavtale for område 4 og 5 om det skulle bli aktuelt.

Jeg har ikke skrevet det som forbehold i tilbuds brevet foreløpig, men det er en forutsetning for at vi skal være med på å gi pris.»

- (239) Arkel har hevdet at dette er et forbehold om at de kun har kapasitet til å håndtere to skolegrupper. Slik Konkurransesklagenemnda tolker e-posten, er det mer nærliggende å se det som et forbehold knyttet til pris, med andre ord at dersom man skulle ha budt på flere skolegrupper, så ville prisen blitt en annen enn det man ble enige om fellestilbudet. Dette kan blant annet ha sammenheng med reiseavstand og transportkostnader som måtte bakes inn i timesprisene.
- (240) Arkel har videre fremlagt diverse dokumentasjon på at de var bundet opp i eksisterende rammeavtaler. Arkel hevder at 91 prosent av Arkels kapasitet allerede var bundet opp av andre avtaler dersom man ser på faktisk omsetning fra disse avtalene i 2014, og at man dermed kun hadde 1,5 årsverk ledig i 2014, noe som ville være for lite til å oppfylle kapasitetskravet.
- (241) Ved Konkurransesklagenemndas gjennomgang av bundet kapasitet, inkluderer omsetningen for flere av disse avtalene omsetning fra minikonkurranser hvor Arkel kunne velge å inngi tilbud, se klagen fra El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa side 55. Videre er det tale om rammeavtaler hvor Arkel normalt ikke har forpliktet seg til å levere hvis de ikke har kapasitet, se eksempelvis rammeavtale med [redacted], konkurransegrunnlaget avsnitt 1.7 hvor det fremgår at:

*«Rammeavtaleleverandørene vil bli rangert i henhold til utfallet av konkurransen. Leverandøren som står øverst på prioriteringslisten skal alltid kontaktes først. Dersom leverandør nr 1 ikke er i stand til å levere skal leverandør nr 2 på listen kontaktes. Dersom heller ikke nr 2 på listen kan levere skal leverandør nr 3 på listen kontaktes osv.»*¹¹¹

- (242) Rammeavtalen Arkel hadde med [redacted] hadde ifølge klager en omsetning på kroner [redacted] i 2014, og er Arkels største avtale. Det er imidlertid uklart hvor mye av denne omsetningen som knytter seg til omsetning fra minikonkurranser. Dette er videre en avtale som ble inngått i 2011, men avtalen ble forlenget 31. mars 2014, jf. side 476 i Thommessens klage. Det vil si at avtalen var kjent for Arkel på tilbudstidspunktet, og hvor Arkel bekreftet å ha kapasitet.
- (243) Konkurransesklagenemnda legger derfor til grunn at Arkel hadde ledige montører som ikke var bundet til avtaler. I denne vurderingen legger Konkurransesklagenemnda særlig vekt på at Arkel i tilbudet selv har sagt at de har tilstrekkelig kapasitet, sammenholdt med at dette var avtaler de allerede visste omfanget av ved inngivelsen av tilbudet. Ser man på antall ansatte i selskapet totalt sett, og den fleksibiliteten som lå i mulighet for innleie og nyansettelser finner nemnda det bevist at Arkel hadde kapasitet til å håndtere tre skolegrupper.

¹¹¹ Vedlegg 4 til klage fra El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa.

- (244) Røa hadde 21 ansatte ved tilbudsinnngivelsen i 2014. Av disse var ti montører, to var hjelpemontører og fire var lærlinger. Røa hadde en omsetning i 2014 på 24 515 000 kroner.
- (245) Røa har i klagen fremlagt dokumentasjon for rammeavtalene og prosjektene bedriften var bundet av på tidspunktet for tilbudsinnngivelse, og har i den forbindelse anført at 58 prosent av omsetningen og 64 prosent av deres kapasitet var bundet av eksisterende avtaler. Røa har videre lagt til grunn at de hadde fem «ledige» ansatte, men at noe måtte holdes av for å betjene private kunder.
- (246) Videre uttalte [REDAKTERT], [REDAKTERT] i Røa, i forklaringsopptak for Konkurransetilsynet 9. februar 2015, at det å håndtere tre skolegrupper i utgangspunktet var utenfor deres kapasitet, men at de kunne klart det hvis de hadde:

«omkalfatret litt kanskje. [...] Røa Elektriske kunne kanskje ha klart det hvis de hadde omkalfatret noe fryktelig.»¹¹²

- (247) Røa har selv opplyst at de hadde fem ledige ansatte, selv om noe av denne kapasiteten ville bli brukt i forbindelse med private oppdrag. Den største avtalen Røa hadde i 2014 knyttet til omsetning var ifølge klager selv rammeavtalen med [REDAKTERT], med kroner [REDAKTERT] i omsetning, av totalt kroner [REDAKTERT], i det klager anfører som bundet omsetning. Som vist over var dette en avtale hvor leverandørene kunne si nei til avrop hvis disse ikke hadde ledig kapasitet, og omsetningen knyttet til denne avtalen kan derfor ikke forstås som bundet kapasitet.
- (248) Som for de andre foretakene legger Konkurransesklagemnda vekt på at Røa ikke tok noen forbehold om manglende kapasitet i tilbudet. Ut fra tilbudsinvitasjonens fleksible krav til antallet montører, antall ansatte montører og årsumsetning, legger Konkurransesklagemnda til grunn også Røa hadde kapasitet til å håndtere minimumskravet på tre skolegrupper.

Samlet vurdering av kapasitet

- (249) Konkurransesklagemnda har kommet til at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Arkel, Hoel og Røa hver for seg hadde en reell mulighet til å oppfylle kontrakten individuelt på de vilkår og betingelser som fremgikk av tilbudsinvitasjonen fra Undervisningsbygg. Konklusjonen er basert på en samlet vurdering av bevisene. Sentralt for nemnda er særlig at tilbudsinvitasjonen ikke oppstilte et spesifikt krav til antall montører, det forhold at anskaffelsen gjaldt inngåelse av en rammeavtale med flere leverandører og at leverandørene kunne si nei til avrop hvis foretaket ikke hadde tilgjengelig etterspurte ressurser på tidspunktet for avrop. Arkel, Hoel og Røa var dermed å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter.

4.2.2.4 Tilknyttet begrensning

- (250) Klagerne har anført at den felles prisfastsettelsen og utvekslingen av informasjon utgjør en nødvendig tilknyttet begrensning. Anførselen må forstås slik at dette var nødvendig for selve anbudssamarbeidet, som gikk ut på å gi et tilbud der kapasiteten til alle foretakene ble tilbudt samlet i et fellestilbud.

¹¹² Forklaringsopptak med [REDAKTERT] 9. februar 2015.

- (251) Som det fremgår av Konkurransklagenemndas konkrete vurdering av den aktuelle anskaffelsen, oppdragsgivers identifiserte behov og samarbeidets art, åpnet ikke denne konkurransen for et lovlig prosjektsamarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter.
- (252) Anførselen om tilknyttet begrensning til en lovlig hovedvirksomhet kan på denne bakgrunn ikke føre frem. Anbudssamarbeidet var i dette tilfellet etter sin art konkurransebegrensende. Det foreligger da ingen lovlig hovedvirksomhet. På denne bakgrunn finner ikke Konkurransklagenemnda grunnlag for å anse utvekslingen av informasjon og samordning av priser som lovlig under alternativet om tilknyttet begrensning.
- (253) Klagernes anførsel om at det foreligger et lovlig produksjonsfellesskap mellom faktiske og potensielle konkurrenter, fører dermed ikke frem. Det samme gjelder for anførselen om at det må gjøres en virkningsanalyse selv om det aktuelle samarbeidet er mellom faktiske eller potensielle konkurrenter.

4.2.2.5 Konklusjon

- (254) Som det fremgår i innledningen, er det ikke nødvendig å påvise noen virkninger i markedet, ved en formålsovertredelse. Generelt finner Konkurransklagenemnda likevel grunn til å fremheve at det å tillate et anbudssamarbeid mellom tilbydere som er faktiske eller potensielle konkurrenter, langt på vei vil undergrave formålet med anbudskonkurranser. Erfaring og kunnskap om økonomiske sammenhenger tilsier at konkurrenter som opptrer individuelt, utsetter hverandre for et konkurransepress. Det aktuelle samarbeidet medførte blant annet at to individuelle tilbydere, ENS og Lysteknikk, hadde kunnskap om priser og andre leveringsbetingelser i et annet, og forutsetningsvis konkurrerende, tilbud, fellestilbudet. Klagernes anførsler om at kunnskapen om et konkurrerende tilbudspris ikke begrenset konkurransen, fordi ENS og Lysteknikk tilbød lavere priser i sine individuelle tilbud enn i samarbeidet, kan åpenbart ikke føre frem. Informasjon om priser fjerner en usikkerhet som skal være tilstede mellom konkurrenter.
- (255) I en anskaffelse vil de ulike tilbydere utforme sitt tilbud basert blant annet på en vurdering av mulige konkurrenters tilbud. Forutberegneligheten av en slik markedsanalyse, herunder attraktiviteten i å delta i konkurranser, kan bli svekket dersom det er uklart om enkelte konkurrenter vil tillates å samarbeide om innlevering av et felles tilbud. Konkurransklagenemnda har vanskelig for å se at foretakene ikke mer eller mindre alltid vil kunne argumentere for at de øker kapasiteten gjennom å samarbeide. For en individuell tilbyder vil det fremstå som helt tilfeldig hvilke konstellasjoner av mulig konkurrenter som har gått sammen om å levere et fellestilbud, istedenfor å levere tilbud individuelt. Med en slik uforutsigbarhet vil også en forsvarlig analyse av det markedet som en individuell tilbyder eventuelt skal bruke tid og ressurser på å delta i, gjennom å levere et tilbud, være vanskeliggjort. Grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling og tilbyders rett til forutberegnelighet i anskaffelsesretten vil i slike situasjoner ofte ikke kunne ivaretas.
- (256) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at det åpne anbudssamarbeidet mellom El-Proffen/EPC, Lysteknikk, ENS, Arkel, Hoel og Røa i form av prissamarbeid og utveksling av konkurransesensitiv informasjon hadde et konkurransebegrensende

formål. Konkurransklagenemnda finner derfor at konkurransebegrensningskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt.

4.3 Merkbarehetskriteriet

4.3.1 Rettslig utgangspunkt

(257) Merkbarehetskriteriet fremkommer ikke direkte av ordlyden i konkurranseloven § 10 første ledd, men det fremgår av lovens forarbeider at det må oppstilles et ulovfestet merkbarehetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS-retten, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 225. Dette innebærer at det innfortolkes et vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart for å rammes av konkurranseloven § 10, og at bestemmelsen derfor må avgrenses mot samarbeid som kun har en ubetydelig virkning på konkurransen.¹¹³

(258) Rettspraksis viser at vurderingen av hvorvidt merkbarehetskriteriet er oppfylt, beror på en helhetsvurdering der blant annet aktørenes størrelse, markedsforholdene og den aktuelle konkurransebegrensningens karakter er viktige momenter.¹¹⁴

(259) Det følger videre av rettspraksis at ved formålsovertredelser vil overtredelsens art og skadepotensiale tilsi at merkbarehetskrevet normalt vil være oppfylt, og det vil da ikke være nødvendig med en nærmere vurdering av faktiske eller potensielle skadevirkninger. I *Brasserie Nationale* ble det uttalt følgende om dette:

*«In this regard, it suffices to recall that undertakings which conclude an agreement whose purpose is to restrict competition cannot, in principle, avoid the application of Article [101 (1) TEUV] by claiming that their agreement should not have an appreciable effect on competition.»*¹¹⁵

(260) I EU-domstolens avgjørelse i sak C-226/11 (*Expedia*) avsagt 13. desember 2012 uttalte domstolen seg enda tydeligere:

"Moreover, it should be noted that, according to settled case-law, for the purpose of applying Article 101(1) TFEU, there is no need to take account of the concrete effects of an agreement once it appears that it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition.

In that regard, the Court has emphasised that the distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition [... ..]

¹¹³ Sak C-5/69 *Völk mot Vervaecke* avsagt 9. juli 1969, avsnitt (5).

¹¹⁴ Sak 22/71 *Bequelin mot GL Import Export*, Evensen og Sæveraas, "Konkurranse-loven og EØSkonkurranse-loven med kommentarer", 2009, side 156; Kolstad m.fl. "Norsk konkurranse-rett I", 2007, side 289 flg. og Ole-Andreas Rognstad, "Bagatellavtaler i EFs konkurranse-rett", 1992, side 39 flg.

¹¹⁵ Se forente saker T-49/02 til T-51/02 *Brasserie Nationale mot Kommisjonen*, avsnitt 140. Se også sak T-44/00 *Mannesmannröhren-Werke mot Kommisjonen*, avsnitt 130 og 196

*It must therefore be held that an agreement that may affect trade between Member States and that has an anti-competitive object constitutes, by its nature and independently of any concrete effect that it may have, an appreciable restriction on competition."*¹¹⁶

- (261) I «*Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 53(1) of the EEA Agreement*», 2014, (*De Minimis Notice*),¹¹⁷ definerer EFTAs overvåkningsorgan (heretter "ESA") på grunnlag av markedsandelsterskler hva som ikke utgjør en merkbar begrensning av konkurransen etter EØS-avtalen artikkel 53(3).¹¹⁸ Når avtalen er inngått mellom faktiske eller potensielle konkurrenter, anses det ikke å foreligge en merkbar konkurransebegrensning dersom den samlede markedsandel til partene i avtalen ikke overskrider ti prosent på noen av de relevante markeder som berøres av avtalen.¹¹⁹ Kunngjøringen får imidlertid ikke anvendelse på alvorlige konkurransebegrensninger, slik som samarbeid om pris, produksjonsbegrensninger eller markedsdeling.¹²⁰ Dette er konkurransebegrensninger som karakteriseres som formålsovertredelser.

4.3.2 Konkurransesklagemenndas vurdering av merkbarhetskriteriet

- (262) Konkurransetilsynet konkluderer i vedtaket med at det foreligger en formålsovertredelse, og at overtredelsens alvorlige art taler for at den etter sin natur, uavhengig av avtalens faktiske følger, normalt vil utgjøre en merkbar konkurransebegrensning, jf. *Expedia-dommen*. Det vises til at fem av de 13 aktørene som innga tilbud, hadde samarbeidet om tilbudene, og at samarbeidet fjernet store deler av den usikkerhet som forelå mellom de fem. Konkurransetilsynet har anført at det ikke har betydning at prisene Undervisningsbygg fikk, var lavere enn prisene selskapene sendte inn til El-Proffen/EPC, idet anbudssamarbeidet førte til at Undervisningsbygg i stedet for å motta konkurransedyktige tilbud, mottok tilbud som i realiteten var et resultat av anbudssamarbeid.
- (263) ENS og Lysteknikk har i sin klage subsidiært anført at dersom Konkurransesklagemennda skulle komme til at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål, så er en eventuell konkurransebegrensning uansett ikke merkbar. Selv om formålsovertredelser skal behandles strengere enn virkningsovertredelser, anføres det at *Expedia-dommen* innebærer ikke innebærer at man kan unnlate å foreta en konkret vurdering av om konkurransen begrenses merkbart som følge av overtredelsen, også for formålsovertredelser. Som argumenter for at konkurransen ikke var merkbart påvirket, viser klagerne til at både fellestilbudet og de individuelle tilbudene fra ENS og Lysteknikk hadde lavere pris enn det medlemmene i utgangspunktet individuelt innga til El-Proffen/EPC, samt at klagerne markedsandeler er lave og godt under ti prosent. I tillegg vises det til at Konkurransetilsynet ikke har sannsynliggjort at Arkel, Hoel og Røa ville inngitt selvstendige tilbud.
- (264) Konkurransesklagemennda har lagt til grunn at det har funnet sted et anbudssamarbeid mellom uavhengige foretak, og at samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Ifølge *Expedia-dommen* vil en

¹¹⁶ Sak C-226/11 *Expedia mot Autorité de la concurrence m.fl* avsnitt (36)-(37)

¹¹⁷ Implementert 25. juni 2014, ikke ennå publisert, men tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice.pdf.

¹¹⁸ Ibid avsnitt (2).

¹¹⁹ Ibid avsnitt (8).

¹²⁰ Ibid avsnitt (13)

formålsovertredelse på grunn av overtredelsens alvorlige art etter sin natur, og uavhengig av konkrete effekter, normalt anses å utgjøre en merkbar konkurransebegrensning. Dette gjelder selv om partenes markedsandeler er små, idet ESAs *de minimis*-kunnngjøring ikke gjelder for formålsovertredelser.

- (265) Konkurranseskilagenemnda har funnet at klagerne har samarbeidet om priser, utvekslet informasjon og samarbeidet om et felles tilbud i en anbudskonkurranse der de etter nemndas oppfatning var aktuelle eller potensielle konkurrenter. I stedet for å konkurrere om å inngi individuelle tilbud, har klagerne samarbeidet ved inngivelsen av fellestilbudet. De individuelle tilbudene fra ENS og Lysteknikk har vært gitt med kjennskap til prisene i fellestilbudet. Det konkurransepresset som normalt ville ha vært mellom klagerne, har da ikke vært til stede i anbudskonkurransen til Undervisningsbygg. Overtredelsen er alvorlig, og kan ikke anses som en overtredelse med en ubetydelig virkning på konkurransen. Overtredelsen var etter nemndas vurdering klart egnet til merkbart å begrense konkurransen, til tross for at partene har lave markedsandeler, at fellestilbudet endte med en lavere pris eller at Arkel, Hoel og Røa muligens ikke ville inngitt egne tilbud.
- (266) Konkurranseskilagenemnda legger etter dette til grunn at konkurransebegrensningen har vært merkbar.

4.4 Konkurranseloven § 10 tredje ledd

4.4.1 Rettslig utgangspunkt

- (267) Et samarbeid som rammes av konkurranseloven § 10 første ledd vil likevel være tillatt etter bestemmelsens tredje ledd dersom fordelene av samarbeidet oppveier ulempene ved konkurransebegrensningen. Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår for at unntaket kommer til anvendelse og lyder:

«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.»

- (268) Unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd er anvendelig både for formåls- og virkningsovertredelser, jf. ESAs horisontale retningslinjer¹²¹ avsnitt 20 og Underrettens dom i sak T-17/93 (*Matra Hachette*) avsagt 15. juli 1994 avsnitt 85. Det er imidlertid ikke sannsynlig at alvorlige konkurransebegrensninger oppfyller vilkårene i unntaket, jf. ESAs horisontale retningslinjer avsnitt (46). En formålsovertredelse som i foreliggende sak er en alvorlig overtredelse av konkurransereglene, og det følger av

¹²¹ EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps Tidende, Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan 2002/EØS/55/01, *Retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid*.

ovennevnte at det ikke er utelukket, men skal mye til, for at vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt.

- (269) Ved vurderingen av om unntaket i tredje ledd kommer til anvendelse, er bevisbyrden snudd, slik at det er klagerne som må bevise at de kumulative vilkårene som fremgår av bestemmelsen er oppfylt. Beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹²²

4.4.2 Konkurransetilsynets vurdering av konkurranseloven § 10 tredje ledd

- (270) Konkurransetilsynet legger i vedtaket til grunn at unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd ikke kommer til anvendelse. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at klagerne ikke har ført tilstrekkelige bevis for at det foreligger effektivitetsgevinster eller dokumentert verdien av disse. Klagerne har heller ikke påvist sammenhengen mellom samarbeidet og effektivitetsgevinstene. Det vises til at klagerne ikke har lagt frem bevis for konkrete planer for organisering og fordeling av avrop, og at det er uklart hvordan effektivitetsgevinster skulle kunne oppstå og realiseres. Slik Konkurransetilsynet tolker bevisbildet, har kostnadsreduksjoner ikke vært tema i diskusjonene mellom klagerne forut for inngivelse av tilbud, og er ikke inkorporert i tilbudet til Undervisningsbygg.
- (271) Klagerne anfører at fellestilbudet innebar effektivitetsgevinster i form av større kapasitet, mer fleksibilitet og lavere responstid, og at samarbeidet derfor kvalifiserer for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd. Disse effektivitetsgevinster skulle realiseres gjennom at El-Proffen/EPC skulle allokere oppdrag til den som hadde best kapasitet, lavest responstid og best kompetanse. Dette ville føre til kostnadsreduksjoner ved utførelse av enkeltoppdrag gjennom redusert timebruk. I tillegg inneholdt fellestilbudet lavere priser enn det partene individuelt i utgangspunktet hadde oppgitt til El-Proffen/EPC. Det ville også føre til administrative besparelser for Undervisningsbygg å kun forholde seg til én leverandør. Samarbeid om fellesfunksjoner som fakturering, utarbeidelse av tilbud og markedsføring ledet til lavere kostnader og dermed lavere pris til Undervisningsbygg.
- (272) Konkurranseloven § 10 tredje ledd oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse.
- (273) Det første vilkåret er at samarbeidet må lede til effektivitetsgevinster. Til dette vilkåret bemerker Konkurransetilsynet at det ikke kan utelukkes at samarbeidet ville ledet til effektivitetsgevinster i form av lavere responstid og redusert timebruk, gjennom at enkeltoppdrag ville bli allokert til den av foretakene som mest effektivt kunne utføre det konkrete arbeidet. Nemnda finner grunn til å reise spørsmål om § 10 tredje ledd i det hele tatt kommer til anvendelse i et tilfelle hvor de påberopte effektivitetsgevinstene forutsetter en struktur på anskaffelsen som oppdragsgiver, Undervisningsbygg, ikke etterspurte. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet, ettersom det av tilbudene uansett ikke fremkommer noen effektivitetsgevinster, da prisene i fellestilbudet og de individuelle tilbudene er tilnærmet like. Partene har heller ikke på annen måte dokumentert verdien av eventuelle slike effektivitetsgevinster overfor nemnda. Det vises i denne forbindelse til ESAs

¹²² Se bl.a. EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3), OJ C 208, 06.09.2007, avsnitt 41 og 56-57, Evensen og Sæveraas, «Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer», 2009, side 167. Se også Oslo tingretts dom av 21. juni 2018 (Forlagssaken) s. 42.

horisontale retningslinjer avsnitt 51 om at effektivitetsgevinster må dokumenteres, og avsnitt 56 om at verdien av effektivitetsgevinster må anslås så nøyaktig som det er rimelig mulig, og at beregningen av beløpet må detaljert beskrives. Dokumentasjon og beregninger av verdien av effektivitetsgevinstene er ikke fremlagt av klagerne. Nemnda er derfor av den oppfatning at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for at samarbeidet ville ledet til effektivitetsgevinster slik partene anfører, heller ikke at gevinstene ville vært av en slik størrelse at de kunne oppveie de negative konsekvensene av samarbeidet for konkurransen. Det er da ikke nødvendig å ta stilling til om de andre kumulative vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt.

4.5 Skyldkravet

4.5.1 Innledning

- (274) Et grunnvilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr er at den aktuelle overtredelsen er begått forsettlig eller uaktsomt av foretaket eller noen som handler på foretakets vegne, jf. konkurranseloven § 29 første ledd.
- (275) Konkurransetilsynets vedtak bygger på at overtredelsen av konkurranseloven § 10 er forsettlig, og at det under alle omstendigheter foreligger en uaktsom overtredelse. Konklusjonen er basert på Konkurransetilsynets vurdering av at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at partene, i strid med konkurranseloven § 10, har samarbeidet om utveksling av priser og annen konkurransesensitiv informasjon. Konkurransetilsynet har lagt til grunn at utveksling av slik informasjon, gjennom e-postkorrespondanse og i telefonmøte, før innlevering av tilbud, er ytre, konstaterbare faktiske forhold som gir tilstrekkelig grunnlag for å slutte at kravet til forsett er oppfylt.¹²³
- (276) Klagerne har anført prinsipalt at skyldkravet ikke er oppfylt, og hevder at det hverken foreligger forsett eller uaktsomhet med hensyn til om samarbeidet var egnet til merkbart å begrense konkurransen, subsidiært at det i alle tilfelle kun foreligger simpel uaktsomhet.

4.5.2 Rettslig utgangspunkt

- (277) De rettslige utgangspunktene for innholdet i kravet til forsett, som ikke er omtvistet, er konkurranselovens forarbeider, NOU 2003:12 Ny konkurranselov punkt 6.4.3, og Høyesteretts uttalelser i *Gran & Ekran*.

- (278) I NOU 2003:12 Ny konkurranselov punkt 6.4.3 er det uttalt:

«Etter EU/EØS-reglene må overtredelsen være forsettlig eller uaktsom for at det skal kunne ilegges bøter. Det følger av praksis at det ikke er nødvendig at foretaket har hatt positiv kjennskap til at handlingen var ulovlig. Det er tilstrekkelig at foretaket ikke kunne være uvitende om at den aktuelle atferden kunne være konkurransebegrensende. Det er heller ikke nødvendig at den forsettlige eller uaktsomme atferden er utført av foretakets eiere eller den øverste ledelse. Det avgjørende er derimot at atferden er utvist av en person som handler på vegne av foretaket.»

¹²³ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 462.

- (279) Høyesterett uttalte i *Gran & Ekran* at når det i en lov som gir hjemmel for illeggelse av administrativ sanksjon, fastsettes forsett som en av skyldformene,

*«kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig».*¹²⁴

- (280) I forlengelsen av dette understreket Høyesterett at «skylden – her som ellers – må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen».¹²⁵

- (281) Høyesterett uttalte deretter at

*«... forsettskravet etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 [kan] for praktiske formål formuleres slik at Gran & Ekran må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med Grunnarbeid på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen».*¹²⁶

- (282) Høyesterett pekte deretter på at det for foretak ofte kan være vanskelig å bevise hva den som har handlet på et foretaks vegne, har tenkt eller forstått. Høyesterett presiserte imidlertid at

*«... her som ellers ved forsettsvurderingen, må en kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med «anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger», jf. Rt-1974-382 (Lillehammersaken) på side 385 og senere rettspraksis.»*¹²⁷

- (283) I vilkåret om uaktsom overtredelse ligger et krav om at de involverte foretakene burde ha forstått at samarbeidet eller avtalen begrenset, eller var egnet til å begrense, konkurransen merkbart.

4.5.3 Konkurransesklagene nemndas vurdering av skyldkravet

4.5.3.1 Kravet til forsettlig overtredelse

- (284) Konkurransesklagene nemnda legger til grunn, som fremholdt av partene, at skylden må dekke alle de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen, herunder også eventuelle skadevirkninger på konkurransen i markedet.¹²⁸

- (285) Konkurransesklagene nemnda legger for sin vurdering videre til grunn det faktum som nemnda med klar sannsynlighetsovervekt har funnet bevist, og viser i denne forbindelse til vurderingene i punktene 4.2 til 4.4.

- (286) Etter en samlet vurdering av momentene i saken har Konkurransesklagene nemnda ikke funnet det bevist at foretakene som er ilagt overtredelsesgebyr, har handlet forsettlig, slik dette vilkåret skal forstås ut fra de rettslige utgangspunkter som det er redegjort for i punkt 4.5.2. Nemnda skal i det følgende begrunne sitt standpunkt.

¹²⁴ Jf. dommen avsnitt 63.

¹²⁵ Jf. dommen avsnitt 66.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Jf. dommen avsnitt 67.

¹²⁸ Særlig klage fra El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa avsnittene 461, 462 og 465.

- (287) Konkurransklagenemnda har i sin vurdering lagt vesentlig vekt på at anbudssamarbeidet skjedde åpent, og ikke ble forsøkt holdt skjult for oppdragsgiver. Etter nemndas vurdering *kan* kravet til forsett, rent prinsipielt, være oppfylt selv om et ulovlig anbudssamarbeid har skjedd åpent. Hvorvidt dette er tilfelle, må imidlertid bero på en helt konkret vurdering av de faktiske omstendighetene i den enkelte sak.
- (288) Konkurransklagenemnda kan i denne saken ikke se at det i vurderingen av kravet til forsett – slik Konkurransetilsynets vedtak bygger på, jf. avsnitt 474 – kan trekkes slutninger fra Høyesteretts uttalelser i *Taxisaken* avsnitt 49. Høyesterett uttalte her at «... *det faktum at anbudssamarbeidet var åpent, ... fratar ikke ... anbudssamarbeidets karakter av, objektivt sett, å ha et konkurransebegrensende formål*».
- (289) Konkurransklagenemnda er enig i, som anført av klagerne, at Høyesteretts uttalelse på dette punkt knytter seg til konkurransebegrensningskriteriet, og ikke skyldkriteriet. Uttalelsen kan derfor ikke tas til inntekt for at anbudssamarbeid som har skjedd åpent, må anses å være en forsettlig overtredelse.
- (290) Konkurransklagenemnda er av den oppfatning at åpenheten rundt samarbeidet i denne saken, trekker i retning av at ingen av klagerne var klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen. Etter nemndas vurdering er det vanskelig å forene det faktum at klagerne, i én og samme forsendelse, innga tilbud med helt like priser, med at de i den situasjonen hadde eller må anses for å hatt en slik oppfatning.
- (291) I denne vurderingen legger Konkurransklagenemnda vekt på lagmannsrettens uttalelser i tilknytning til skyldspørsmålet i *Taxisaken*, som påberopt av klagerne. Skyldspørsmålet er rettskraftig avgjort ved lagmannsrettens dom, ettersom ankebehandlingen for Høyesterett var begrenset til spørsmålet om anbudssamarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål, jf. Høyesteretts dom avsnitt 18.
- (292) Skyldspørsmålet kom riktignok ikke på spissen i saken, idet taxiselskapene hadde *erkjent* at de hadde opptrådt uaktsomt, forutsatt at konkurranseloven § 10 ble funnet overtrådt. Lagmannsretten var
- «... enig i at selskapene i det minste har opptrådt uaktsomt, fordi de ut fra innholdet i anbudssamarbeidet burde ha forstått at det var egnet til merkbart å begrense konkurransen».*
- (293) Lagmannsretten fant det derfor ikke nødvendig å vurdere om taxiselskapene hadde opptrådt forsettlig, men la straks til at «*[s]pørsmålet om skyldgrad kan likevel få betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret, og lagmannsretten kommer tilbake til spørsmålet nedenfor*».
- (294) Lagmannsretten gikk nærmere inn på skyldgraden i tilknytning til spørsmålet om utmåling av overtredelsesgebyret, og tok utgangspunkt i at
- «forsettskravet skal forstås på samme måte som i strafferetten, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 62 flg. Det betyr at foretakene må ha vært klar over, eller holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen».*
- (295) Lagmannsretten konkluderte i denne vurderingen med at det ikke var klar sannsynlighetsovervekt for at taxiselskapene forstod, eller holdt det for mest sannsynlig,

at deres opptreden merkbart ville begrense konkurransen. Ut fra den samlede bevisførselen var det etter lagmannsrettens syn *«en del som taler for at Ski Taxi faktisk ikke ville ha inngitt et tilbud alene, og i hvert fall at taxiselskapene vurderte situasjonen slik.»*

- (296) Lagmannsretten la i vurderingen av forsett

«... også [...] vekt på at samarbeidet hadde skjedd åpent, og at foretakene dermed ikke selv oppfattet eller holdt det for mest sannsynlig at deres opptreden ville skade konkurransen.»

- (297) Selv om lagmannsrettens uttalelser gjelder totalvurderingen av hvor grov overtredelsen er, og ikke er en direkte avgjørelse av skyldspørsmålet i saken, trekker dommen likevel etter Konkurransklagenemndas vurdering, klart i retning av at forsettskravet ikke er oppfylt i den foreliggende saken. Flere forskjeller i sakens faktum taler også for dette.
- (298) For det første var det aktuelle markedet i Taxisaken langt mer oversiktlig enn markedet i nærværende sak for elektrotjenester i Oslo-området, hvor det er et høyt antall faktiske og potensielle konkurrenter. I denne forbindelse viser Konkurransklagenemnda til Høyesteretts uttalelse i Taxisaken om at de to taxiselskapene *«måtte være klar over at det neppe fantes mange andre konkurrenter i Follo»*.¹²⁹
- (299) Riktignok knytter uttalelsen seg til drøftelsen av konkurransebegrensningskriteriet, og ikke skyldkriteriet, og ble vektlagt som argument for at det felles tilbudet måtte anses å ha som formål å begrense konkurransen. Forskjellen mellom de to sakene hva gjelder antallet faktiske eller potensielle konkurrenter, er imidlertid etter Konkurransklagenemndas vurdering av betydning for vurderingen av kravet til forsett. At lagmannsretten i Taxisaken kom til at forsettskravet ikke var oppfylt, til tross for få konkurrenter, trekker derfor i retning av at kravet til forsett heller ikke kan anses oppfylt i den foreliggende sak.
- (300) For det andre har det betydning at kravet til forsett ikke ble funnet oppfylt i Taxisaken, til tross for at taxiselskapenes egne dokumenter som etablerte samarbeidet – en strategiplan og en aksjonæravtale – underbygget at formålet med selskapenes anbudssamarbeid objektivt sett var å begrense konkurransen.¹³⁰ Slike omstendigheter, som isolert sett kunne tale for at forsettskravet var oppfylt, er ikke påvist i den foreliggende saken.
- (301) For det tredje taler det mot forsett at spørsmålet om samarbeid på forhånd ble tatt opp av Lysteknikk overfor oppdragsgiver, Undervisningbygg, og av ENS overfor El-Proffen/EPC.
- (302) Konkurransklagenemnda har i vurderingen av om kravet til forsett er oppfylt, også lagt en viss vekt på partenes intensjon med samarbeidet, slik nemnda har gjort nærmere rede for i avsnitt 4.2. Det er sikker rett at kravet til forsett ikke inneholder et vilkår om at partene må ha hatt til *hensikt* å samarbeide på en måte som merkbart begrenser konkurransen, slik sitatene fra *Gran & Ekran* foran viser. Partenes intensjon med

¹²⁹ Se *Taxisaken* avsnitt 46.

¹³⁰ Se *Taxisaken* avsnitt 47.

samarbeidet er derfor ikke avgjørende for skyldspørsmålet, slik både Konkurransetilsynet og klagerne korrekt har lagt til grunn.

- (303) Konkurransesklagenemnda legger imidlertid til grunn, som anført av klagerne,¹³¹ at partenes intensjon bak samarbeidet, herunder deres forståelse av at det ble inngitt ett tilbud om felles utførelse under en eventuell kontrakt, kan være relevant for vurderingen av om kravet til forsett er oppfylt. At samarbeidet skjedde åpent, kaster også lys over partenes intensjoner, og dermed også skyldkravet, jf. Høyesteretts uttalelse i *Taxisaken* om at «[e]t åpent samarbeid kan indikere at partene subjektivt sett ikke har ment å begrense konkurransen, ...».¹³²
- (304) Både innleveringen av tilbudene i én samlet forsendelse, og det at hverken Arkel, Hoel eller Røa ville ha inngitt egne tilbud dersom samarbeidet ikke hadde blitt initiert, er momenter som taler mot at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at partene var klar over eller holdt det for mest sannsynlig at samarbeidet begrenset, eller var egnet til å begrense, konkurransen merkbart. Konkurransesklagenemnda har ut fra den samlede bevisførselen ikke funnet grunnlag for å trekke i tvil foretakenes oppfatninger om at tilbudet førte til at foretak som vanligvis ikke ville velge å delta i slike konkurranser, fikk en mulighet til å delta, og at det derved ble lagt til rette for et ekstra tilbud i konkurransen. At foretakene har feilvurdert spørsmålet om de lovlig kunne samarbeide om et fellestilbud i denne anskaffelsen, er imidlertid ikke tilstrekkelig for å konstatere forsett.
- (305) I den samlede bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet inngår noen ytterligere momenter, som Konkurransesklagenemnda begrenser seg til å kommentere kort.
- (306) Klagernes alminnelige kjennskap til markedet, deres erfaring og konkrete kunnskap om konkurransen, kaster etter Konkurransesklagenemndas vurdering ikke nevneverdig lys over skyldspørsmålet.
- (307) I den samlede vurderingen legger Konkurransesklagenemnda også en viss vekt på at det ikke foreligger praksis hverken fra norske domstoler, EU-domstolen eller Underretten som kaster lys over skyldspørsmålet i saker om felles tilbud. I de to avgjørelsene fra svensk rett, se avsnittene (325) og (326), som gjelder formålsovertredelser i form av fellestilbud, ble det ikke funnet å foreligge forsettlig overtredder.
- (308) Konkurransesklagenemnda har etter dette ikke funnet det bevist at ENS, Lysteknikk, Arkel, Hoel og Røa var klar over, eller holdt det for mest sannsynlig, at samarbeidet om inngivelse av felles tilbud begrenset eller var egnet til å begrense konkurransen merkbart. Foretakene har derved ikke handlet forsettlig.
- (309) Konkurransesklagenemnda skal deretter ta stilling til skyldspørsmålet for EPC.
- (310) Konkurransesklagenemnda finner det klart, og det er heller ikke omtvistet, at EPC, gjennom ansatte i El-Proffen, både har initiert anbudssamarbeidet, og hatt en styrende rolle ved utarbeidelsen og inngivelsen av fellestilbud.

¹³¹ Klage fra El-Proffen/EPC, Arkel, Hoel og Røa avsnittene 470–473.

¹³² Se *Taxisaken* avsnitt 48.

- (311) Det rettslige vurderingstemaet er også her hvorvidt det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at EPC var klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at anbudssamarbeidet begrenset eller var egnet til å begrense konkurransen merkbart.
- (312) Konkurranseskilagenemnda finner at de betraktninger som gjør seg gjeldende for medlemsbedriftene som fremgår av de foregående avsnittene, i det vesentlige også er relevante for EPC. Riktignok bør man generelt kunne stille strenge krav til et kjedekontor som organiserer fellestilbud i anbudskonkurranser. Nemnda kan imidlertid ikke se at bevisene i saken tilsier at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at EPC var klar over, eller holdt det som mest sannsynlig, at samarbeidet om inngivelse av fellestilbud, begrenset eller var egnet til å begrense konkurransen merkbart. Nemnda viser i denne forbindelse til de momenter som er gjennom gått i de foregående drøftelser.
- (313) Konkurranseskilagenemnda er etter dette kommet til at kravet til forsett ikke er oppfylt for noen av klagerne.

4.5.3.2 *Kravet til uaktsom overtredelse*

- (314) Konkurranseskilagenemnda skal deretter ta stilling til spørsmålet om overtredelsen er uaktsom.
- (315) Konkurransetilsynet har i vedtaket avsnitt 484 lagt til grunn at det under enhver omstendighet foreligger en uaktsom overtredelse.
- (316) Klagerne har bestridt at det foreligger uaktsomhet.
- (317) Vurderingstemaet etter skyldvilkåret uaktsomhet er hvorvidt det foreligger handling som objektivt sett er i strid med kravet til forsvarlig opptreden, og om det ut fra gjerningspersonens egne forutsetninger er grunnlag for å bebreide vedkommende, jf. definisjonen i lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven) § 21 og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) side 427.
- (318) Det sentrale spørsmålet i vurderingen av om det foreligger uaktsomhet, er hvorvidt foretakene burde ha forstått at de hadde reelle muligheter for å inngi egne tilbud, og om de burde ha forstått at de konkurranserettslige vilkårene for å samarbeid om inngivelse av fellestilbud ikke var oppfylt, herunder om de burde ha forstått at inngivelse av fellestilbud begrenset, eller var egnet til å begrense konkurransen, i strid med konkurranseloven § 10 første ledd.
- (319) Konkurranseskilagenemnda har etter en samlet vurdering funnet det klart at samtlige foretak i forbindelse med inngivelsen av fellestilbud har handlet i strid med kravet til forsvarlig opptreden, og at det er grunnlag for bebreidelser av foretakene i en slik grad atferden er å anse som uaktsom. Nemnda skal i det følgende begrunne sitt standpunkt.
- (320) For det første bemerker Konkurranseskilagenemnda at klagerens argumentasjon knyttet til tilbudsinnbydelsens uklarheter, ikke kan føre frem. Selv om tilbudsinnbydelsen ikke var optimalt utformet, var den etter nemndas vurdering ikke så uklar at partene ikke burde ha forstått at de ville ha hatt mulighet for inngi tilbud alene. Nemnda viser i denne forbindelse til vurderingene knyttet til tolkningen av tilbudsinnbydelsen, jf. punkt 4.2, foran, herunder prinsippet om objektiv tolkning, og den konkrete bedømmelsen av

tilbudsinvitasjonen. Klagerne kan derfor ikke høres med anførslene om at tilbudsinnbydelsen var så uklar at konkurransen skulle ha vært avlyst.

- (321) For det andre bemerkes at det er kritikkverdig av foretakene at de ikke har søkt å avklare de uklarheter som hevdes å foreligge i tilbudsinnbydelsen. Til tross for at det både i forklaringsopptak for Konkurransetilsynet og den muntlige høringen fremkommer at foretakene allerede før inngivelse av tilbudene var usikre på hvordan tilbudsinnbydelsen skulle forstås, var det ingen av dem som benyttet seg av muligheten til avklaring av uklarheter gjennom deltagelse på tilbudskonferansen som Undervisningsbygg gjennomførte 2. april 2014. Hensikten med slike tilbudskonferanser er nettopp å gi generelle opplysninger og avklare eventuelle uklarheter, jf. Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 118. Foretakene tok heller ikke på annen måte kontakt med oppdragsgiver for å søke nærmere avklaring av de spørsmål de hadde til konkurransegrunnlaget, herunder spørsmål om kapasitet og forståelsen av hvordan tildeling av kontrakter/oppdrag/skolegrupper ville bli gjennomført. Etter Konkurransklagenemndas vurdering kan foretakene klart bebreides for at de ikke på denne måten har skaffet seg et klarere bilde av hvilken kapasitet som var nødvendig og tilstrekkelig for å kunne levere tilbud individuelt. Nemnda finner i denne forbindelse grunn til å understreke at det er et individuelt ansvar å overholde konkurransereglene.
- (322) Konkurransklagenemnda finner at det er grunnlag for å bebreide Arkel, Hoel og Røa for å ha tatt feil i forståelsen av tilbudsinnbydelsen, og derved også av spørsmålet om kapasitet. Deres eventuelle manglende kjennskap til de særskilte tilbudene fra ENS og Lysteknikk er derfor irrelevant for uaktsomhetsvurderingen.
- (323) For det tredje bemerkes at spørsmålet om lovligheten av å inngi tilbud individuelt og å delta som en leverandør i et fellestilbud, ble antydnet i en e-post fra ENS til El-Proffen/EPC,¹³³ og tatt opp i telefonhenvendelsen fra [REDAKTERT] i Lysteknikk til [REDAKTERT] i Undervisningsbygg, som referert i avsnittene (80) og (81) foran. At denne bekymringen dukket opp, viser med all tydelighet at det forelå tilstrekkelige oppfordringer for de enkelte foretakene til å søke nærmere avklaring av lovligheten. Unnlatelsen av å foreta selvstendige og mer inngående vurderinger av dette spørsmålet, taler i seg selv for at kravet til forsvarlig atferd er fraveket. Etter Konkurransklagenemndas vurdering er det, ut fra hensynet til konkurransereglenes effektivitet, ikke i samsvar med forsvarlig atferd og det individuelle ansvaret for overholdelse av konkurransereglene å støtte seg til de vurderinger som foretas av en bransjeorganisasjon, et kjedekontor eller oppdragsgivers representant i en slik situasjon.
- (324) Ytterligere har Konkurransklagenemnda i sine vurderinger av spørsmålet om uaktsomhet sett hen til de to avgjørelsene fra Stockholms tingsrätt som er påberopt fra klagerne side – sak T 18896 (*Däckia Aktiebolag*) side 147–148, og sak T 12305-13 «*Aleris*» side 215–218. Utenlandske underrettsavgjørelser har riktignok begrenset rettskildemessig betydning i norsk rett. Nemnda finner likevel at avgjørelsene – i fravær av andre og mer tungtveiende rettskilder – kaster et visst lys over bedømmelsen av skyldkravet. Begge avgjørelsene konkluderte med at forsettskravet ikke var oppfylt, men at det var utvist uaktsomhet. Etter nemndas vurdering er kritikkverdigheten av

¹³³ E-post 29. april 2014 fra ENS til El-Proffen/EPC.

foretakenes atferd i den forliggende saken sammenlignbar med de overtredelser som i de to sakene ble ansett for å være uaktsomme.

- (325) I *Däckia Aktiebolag* ble det konstatert overtredelse av den svenske konkurranseloven 2 kap. 1 §. Bestemmelsen har materielt sett tilsvarende innhold som det norske forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd. Overtredelsen bestod i at partene hadde inngitt et åpent felles tilbud i to anbudskonkurranser, gjennom en bransjeforening. Domstolen konkluderte med at det forelå uaktsomhet, ved at partene burde ha forstått at atferden var egnet til å begrense konkurransen, jf. side 141–142 i dommen. Dommen bygger på at aktsomhetsnormen er streng mot foretakene:

«Företag som normalt sett är att betrakta som konkurrenter får förväntas noga informera sig om de rättsliga förutsättningarna för att samverka med gemensamma anbud. Alla former för direktkontakter där konkurrenter för diskussioner med varandra inför anbudsgivning innebär ett risktagande i förhållande till konkurrenslagstiftningen.»

- (326) En tilsvarende formulering av aktsomhetsnormen fremgår av den andre rettsavgjørelsen, *Aleris*. Tingsrätten uttalte blant annet at

*«[d]et fanns alltså inte några avgöranden vid tiden då samarbetana ingicks som var ägnade att ge svarandebolagen intrycket att samarbetana var lagliga. Snarare borde de, om de hade gjort en ingående rättslig analys, ha förstått att det förelåg osäkerhet om samarbetenas förenlighet med konkurrenslagstiftningen.»*¹³⁴

- (327) I tillegg ble det i *Aleris* vektlagt at foretakene hadde fortsatt med å anvende de konkurransebegrensende avtalene i hele gyldighetsperioden, til tross for at det i perioden burde ha foreligget anledning til å reise spørsmål om lovligheten av avtalene. Ytterligere ble det lagt vekt på at en av konkurrentene oppfattet diskusjonen om felles tilbud som problematisk, og av den grunn valgt å trekkes seg fra fortsatt kontakt. Disse vurderingsmomentene har etter Konkurransklagenemndas vurdering overføringsverdi til den foreliggende saken. Aktsomhetsnormen innebærer en plikt for foretakene til å orientere seg grundig i det rettslige landskapet. Unnlatelser av å gjøre dette er så vidt kritikkverdig at det må anses å være utvist uaktsomhet når det senere konstateres overtredelser som følge av at man har trådt feil.
- (328) Konkurransklagenemnda finner det også klart at El-Proffen/EPC har utvist uaktsomhet gjennom sin ledende, initierende pådriverrolle ved utarbeidelsen og inngivelsen av felles tilbud, uten å foreta mer inngående vurderinger av det konkurranserettslige handlingsrommet for samarbeid om fellestilbud.
- (329) Konkurransklagenemnda finner imidlertid ikke holdepunkter for at det foreligger grov uaktsomhet, og viser i denne forbindelse til nemndas nærmere vurderinger av overtredelsens grovhet under spørsmålet om utmåling av overtredelsesgebyr, se punkt 4.6.

4.5.3.3 Unnskyldelig rettsvillfarelse

- (330) Konkurransklagenemnda skal til slutt ta stilling til anførslene fra ENS og Lysteknikk om at det foreligger en unnskyldelig rettsvillfarelse. Anførselen er tuftet på at

¹³⁴ *Aleris*, side 217.

overtredelsen er å anse som en ny kategori formålsovertredelser, og at tilbakemeldingene fra Undervisningsbygg og El-Proffen/EPC på spørsmål om lovligheten av de individuelle tilbudene, ga foretakene tilstrekkelig grunn til å stole på at samarbeidet var lovlig.

- (331) Konkurranseskilagenemnda finner det klart at denne anførselen ikke kan føre frem. Det rettslige utgangspunktet er at det kreves særlige omstendigheter for at en rettsvillfarelse kan regnes som unnskyldelig, og dermed frigjørende.¹³⁵ Som uttrykt i juridisk teori må utgangspunktet være – til tross for at konkurransereglene er kompliserte og vanskelig å ha fullstendig oversikt over – at «[...] det skal mye til for at den som driver yrkesmessig virksomhet skal bli frifunnet på grunn av mangelfull kjennskap til de regler som gjelder for virksomheten».¹³⁶
- (332) Prinsippet er begrunnet i hensynet til rettsreglenes effektivitet. Nemnda legger til grunn, som uttalt i teorien, at næringsdrivende ved overtredelser i form av pris-, anbud- og markedsdelingssamarbeid, klart nok ikke kan høres med at de var i villfarelse med hensyn til rettsstriden.
- (333) Det kan riktignok ikke helt utelukkes at rettsvillfarelse om også slike overtredelser kan finnes unnskyldelig i helt spesielle tilfeller, f.eks. hvor det ikke er tale om overtredelser av bestemmelsenes kjerneinnhold, særlig hvis lovtolkningen byr på tvil, eller det er første gang et tilfelle som det foreliggende sanksjoneres. Konkurranseskilagenemnda kan imidlertid ikke se at slike betraktninger gjør seg gjeldende med tyngde i den foreliggende sak. Anbudssamarbeid er, og har lenge vært, en kjent konkurranserettslig problemstilling, som har vært mye fremme både i Konkurransetilsynets praksis,¹³⁷ i Konkurransetilsynets utkast til veileder om prosjektsamarbeid,¹³⁸ som ble offentliggjort allerede i juni 2012, og i rettspraksis, ikke minst i *Taxisaken*, hvor lagmannsrettens dom forelå allerede 17. mars 2013, vel ett år før inngivelsen av tilbudet i foreliggende sak. Nemnda legger til grunn at partene ikke kan høres med at de ikke var eller burde ha vært oppmerksomme på slike problemstillinger.
- (334) Konkurranseskilagenemnda kan heller ikke tiltre synspunktet om at ENS og Lysteknikk, på grunn av tilbakemeldingene fra Undervisningsbygg og El-Proffen/EPC på spørsmål om lovligheten av å inngi individuelle tilbud ved siden av fellestilbudet, er forhold som kvalifiserer som unnskyldelig rettsvillfarelse. Det er partenes eget ansvar å sikre at man ikke overtrer rettsreglene. Hensynet til rettsreglenes effektivitet taler klart mot at tilbakemeldinger av slik art skulle kunne danne grunnlag for unnskyldelig rettsvillfarelse.
- (335) Konkurranseskilagenemnda konkluderer etter dette med at det ikke foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse for ENS og Lysteknikk.
- (336) Etter en samlet vurdering konkluderer Konkurranseskilagenemnda med at foretakene EPC, ENS, Lysteknikk, Arkel, Hoel og Røa har opptrådt uaktsomt ved overtredelsen av konkurranseloven § 10 ved inngivelse av felles tilbud til Undervisningsbygg.

¹³⁵ Evensen/Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 2009, s. 754.

¹³⁶ Evensen/Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 2009, s. 754.

¹³⁷ Fotnote 448 til Konkurransetilsynets vedtak.

¹³⁸ Konkurransetilsynets høringsbrev datert 15. juni 2012.

4.6 Utmåling av overtredelsesgebyr

4.6.1 Rettslige utgangspunkt

- (337) Konkurransklagenemnda har funnet det bevist at klagerne, ved samarbeid om inngivelse av felles tilbud objektivt sett har handlet i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 første ledd. Nemnda har videre funnet det bevist at overtredelsene er begått uaktsomt av de involverte foretakene, og at det heller ikke foreligger relevant, unnskyldelig rettsvillfarelse. Som det fremgår av punkt 4.2, har nemnda konkludert med at samarbeidet om å inngi felles tilbud har hatt «*til formål [...] å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*», jf. konkurranseloven § 10 første ledd.
- (338) Konkurransklagenemnda har videre funnet det bevist at fellestilbudet skulle tjene som grunnlag for at oppdragsgiver kunne innstille mer enn én av samarbeidspartene som leverandør til rammeavtalen.
- (339) Konkurransklagenemnda skal i det følgende ta stilling til spørsmålet om illeggelse av overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a.
- (340) Det fremgår av bestemmelsen at foretak «*kan*» ilegges overtredelsesgebyr ved overtredelse av en rekke bestemmelser, herunder konkurranseloven § 10. Selv om adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr er fakultativ, vil det etter Konkurransklagenemndas vurdering som regel være riktig å ilegge gebyr i saker om anbudssamarbeid, for å markere sakens alvor. Nemnda har konkludert med at det aktuelle anbudssamarbeidet er å anse som en formålsovertredelse, hvor den konkurranseskadelige handlingen innebærer horisontalt samarbeid om fastsettelse av pris, informasjonsutveksling om priser og utveksling av annen konkurransesensitiv informasjon. Etter nemndas vurdering vil det som hovedregel bare unntaksvis være aktuelt å unnlate illeggelse av gebyr i saker om formålsovertredelser etter konkurranseloven § 10 første ledd.
- (341) Konkurranseloven § 29 annet ledd angir at det ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal legges særlig vekt på «*foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet*», og eventuell lempning, som imidlertid ikke er relevant i saken.
- (342) Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 11. desember 2013 nr. 1465 (heretter «utmålingsforskriften») supplerer bestemmelsen, og gir nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr. Utmålingsforskriften angir i § 3 annet ledd en rekke forhold som det særlig skal tas hensyn til ved overtredelsens grovhet, mens det i tredje til sjette ledd angis momenter som det *kan* legges vekt på i utmålingen. Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-konkurranseretten, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 118. Høyesterett tok i *Gran & Ekran*, avsnitt 74, som utgangspunkt at den tilsiktede harmoniseringen med EU- og EØS-retten er ivaretatt gjennom utformingen av det norske regelverket.

- (343) Utmålingsforskriften bygger på ESAs og EU-kommisjonens retningslinjer fra 2006 om metoden for fastsettelse av bøter, som gir utfyllende veiledning om utmålingen, og som nemnda anser relevante for utmåling av overtredelsesgebyr.¹³⁹
- (344) Klagerne og Konkurransetilsynet er enige om hvilke rettslige grunnlag som er relevante utgangspunkter for utmåling av overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven § 10, men har divergerende syn på reglenes rekkevidde, tolkning og konkrete anvendelse, slik det fremkommer under Konkurransklagenemndas drøftelser i det følgende.
- (345) Innledningsvis bemerker Konkurransklagenemnda at reglene for utmåling av overtredelsesgebyr gir Konkurransetilsynet en betydelig skjønnsfrihet, for å sikre at nivået i utmålingen, ut fra både individualpreventive og allmennpreventive hensyn, fører til en effektiv håndheving av konkurransereglene. Ulikheter i faktum fra sak til sak, endringer i rettsutviklingen og rettsoppfatninger vil kunne gi grunnlag for å fravike tidligere utmålingspraksis. Det er sikker rett at foretakene ikke kan ha berettigede forventninger om at visse typer overtredelser vil bli sanksjonert med overtredelsesgebyr på et på forhånd definert nivå, og at bøtenivået skal kunne tilpasses de krav som konkurransepolitikken til enhver tid stiller.¹⁴⁰
- (346) En tilsvarende skjønnsfrihet tilligger Konkurransklagenemnda og domstolene ved eventuell overprøving av vedtak. Hverken nemnda eller domstolene er bundet av Konkurransetilsynets utmåling eller de retningslinjer som utmålingen måtte være basert på, og nemnda må foreta en selvstendig utmåling i lys av alle omstendigheter i saken, basert på det faktum nemnda har funnet bevist.¹⁴¹
- (347) Konkurransklagenemnda vil i det følgende ta utgangspunkt i utmålingsforskriften, som i § 3 tredje til syvende ledd oppstiller en fakultativ tottrinnsmetode. Bestemmelsene kommer riktignok ikke direkte til anvendelse, ettersom overtredelsen ikke har resultert i noen konkret omsetning, slik disse bestemmelsene forutsetter. Også Konkurransetilsynet har ved utmålingen av gebyrene i saken valgt å se hen til utmålingsforskriften, og har i vesentlig grad basert utmålingen på denne.
- (348) Konkurransklagenemnda legger til grunn at prinsippene for utmåling som er nedfelt i den såkalte tottrinnsmetoden, som utmålingsforskriften også bygger på, ivaretar hensynet til at overtredelsesgebyret skal gjenspeile den økonomiske betydningen av en overtredelse, og den relative betydningen av hvert foretak som har deltatt, samtidig som prinsippene skal sikre både en tilstrekkelig preventiv virkning og en gjennomsnittlig utmåling.
- (349) Etter Konkurransklagenemndas vurdering må utmålingen derfor, i fravær av andre og mer presise regler og retningslinjer, ta utgangspunkt i, og anvende disse prinsippene, så langt de passer.

¹³⁹ EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan 2006/EØS/63/03, *Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåkings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a)*, og Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 OJ 2006 C 210/2, heretter EU-kommisjonens retningslinjer.

¹⁴⁰ Jf. sak C-549/10 P (*Tomra Systems ASA m.fl. mot Kommisjonen*) avsagt 19. april 2012 avsnitt 104–106, med videre henvisninger.

¹⁴¹ Sml. tilsvarende forholdet mellom EU-domstolens og Kommisjonens kompetanse i spørsmål om utmåling, bl.a. i Case T-360/09 (*E.ON Ruhrgas og E.ON mot Kommisjonen*) avsagt 29. juni 2012 avsnitt 301. Tilsvarende prinsipp er anvendt i Oslo tingretts dom av 21. juni 2018 *Forlagssaken*, side 43.

4.6.2 Utmålingen av overtredelsesgebyr for ENS, Lysteknikk, Arkel, Hoel og Røa

4.6.2.1 Foretakenes omsetning – kontraktsverdien

- (350) Anvendelse av tottrinnsmetoden bygger på at det i trinn én, etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd,

«kan tas utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen».

- (351) For å fastlegge det såkalte grunnbeløpet i trinn én, kan det etter § 3 tredje ledd annet punktum tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av denne omsetningsverdien. Bestemmelsen må anses som en konkretisering av prinsippet i konkurranseloven § 29 om at det skal legges særlig vekt på foretakets omsetning, og prinsippet om at overtredelsesgebyret skal gjenspeile den økonomiske betydningen av en overtredelse.
- (352) Som konsekvens av at tilbudene fra ENS, Lysteknikk, Arkel, Hoel og Røa ble avvist, har imidlertid ingen av foretakene oppnådd noen omsetning fra det ulovlige anbudssamarbeidet, og bestemmelsen kan av den grunn ikke anvendes direkte.
- (353) I fravær av faktisk omsetning har Konkurransetilsynet i det påklagede vedtaket tatt utgangspunkt i den estimerte totale kontraktsverdien for anbudskonkurransen, 30 millioner kroner per år i fire år, totalt 120 millioner kroner. Konkurransetilsynet har anført at i tilfeller der anbudssamarbeid blir avdekket før foretakene har fått noen omsetning, gir den samlede kontraktsverdien av rammeavtalene som anbudskonkurransen omfatter, en god indikasjon på den økonomiske betydningen av overtredelsen og overtredelsens skadepotensial. Til støtte for prinsippet har Konkurransetilsynet vist til *Däckia Aktiebolag* side 147–148 og Konkurransetilsynets vedtak V2011-11, *Icopal AS og Fløysand Tak AS*, avsnitt 141.
- (354) Samtlige klager har gjort gjeldende at Konkurransetilsynets fastsettelse av grunnbeløpet for utmålingen ikke har hjemmel i utmålingsforskriften. Klagerne har gjort gjeldende at det etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd bare kan tas utgangspunkt i omsetningsverdien det siste regnskapsåret, som innebærer at det ikke kan tas utgangspunkt i den estimerte omsetningsverdien over fire år. Klagerne bestrider at Konkurransetilsynet kan ta EU-domstolens avgjørelse i sak C-194/13 P (*AC-Treuhand*), til inntekt for at grunnbeløpet kan fastsettes basert på en tenkt, og ikke reell, omsetning over flere år. Klagerne har videre gjort gjeldende at det er feil å legge til grunn at klagerne ville ha blitt tilbudt samtlige avtaler. Ut ifra tilbudsinnbydelsens forutsetninger hevder klagerne at det mest sannsynlige utfallet er at fellestilbudet bare ville ha blitt tildelt én avtale, og at det derfor bare høyst kan tas utgangspunkt i ett års omsetning under én av de fire til seks avtalene som forutsetningsvis ville bli tildelt.
- (355) Konkurransetilsynets klagenemnda bemerker at verken konkurranseloven § 29 eller utmålingsforskriften § 3 tredje ledd angir hvilken omsetningsverdi det skal tas utgangspunkt i ved fastsettelsen av det såkalte grunnbeløpet, i saker om ulovlig anbudssamarbeid hvor foretakene ikke har oppnådd noen omsetning fra det ulovlige samarbeidet. Annet rettskildemateriale som kaster lys over spørsmålet er begrenset. Verken ESAs eller EU-kommisjonens retningslinjer for utmåling av overtredelsesgebyr gir veiledning. Nemnda kan heller ikke se at de to avgjørelsene som Konkurransetilsynet har påberopt, avklarer spørsmålet. Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 gjaldt en

enkeltstående overtredelse i forbindelse med én anbudskonkurranse, og ikke konkurranse om flere leverandører til en rammeavtale over flere år som i nærværende sak. Vedtaket gir heller ingen inngående redegjørelse for selve utmålingen, idet den aktuelle uttalelsen i avsnitt 141, som Konkurransetilsynet har vist til,¹⁴² knytter seg til forhold som er vektlagt i formildende retning.

- (356) Konkurranseskilagenemnda legger som nevnt til grunn at utmålingsforskriften § 3 tredje ledd gir uttrykk for at overtredelsesgebyret skal gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen. Etter nemndas vurdering gir dette prinsippet ikke grunnlag for at den estimerte totale kontraktssummen for samtlige avtaler i en anbudskonkurranse kan danne utgangspunktet for fastsettelsen av grunnbeløpet, med mindre det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at de involverte foretakene konkurrerte om, og hadde en realistisk mulighet til, å bli tildelt samtlige avtaler som inngikk i anbudskonkurransen.
- (357) Konkurranseskilagenemnda finner støtte for denne tilnærmingen i *Däckia Aktiebolag*. Av hensyn til å oppnå nødvendig preventiv effekt ved utmålingen av konkurranseskadeavgiften, ga tingsrätten uttrykk for at det i et slikt tilfelle er riktig å ta hensyn til kontraktsverdien av de varer og tjenester som omfattes av overtredelsen. Heller ikke denne saken gjaldt konkurranse om flere leverandører til en rammeavtale. Konkurranseskadeavgiften ble beregnet med utgangspunkt i den totale kontraktsverdien for hver av de to respektive felles anbudene, over en fireårsperiode, men slik at kontraktsverdien ble fordelt på de to ulike anbudene. Tingsrätten kommenterte at for å oppnå avskrekkende effekt, bør beregningen foretas

«utifrån möjligheten att de företag som överväger att göra något konkurrensbegränsande vinner hela upphandlingen. Det är med andra ord det optimala totala kontraktsvärdet som bör användas som bas. En sådan beräkning påverkar företagets riskkalkyl på avsett sätt. Med detta värde som bas bör konkurrensskadeavgiften bestämmas till en procentsats som med hänsyn till omständigheterna kan anses avskräckande».

- (358) Uttalelsene synes imidlertid å forutsette at de involverte foretakene har muligheten til å vinne hele anbudet, ettersom de to involverte foretakenes tilbud i *Däckia Aktiebolag* omfattet den samlede etterspørselen i tilbudsinnbydelsene for anbudskonkurransene.
- (359) Konkurranseskilagenemnda finner det ikke bevist at de fem partene i fellestilbudet som ble gitt til Undervisningsbygg hadde en mulighet til å vinne hele anbudet, i betydningen av at klagerne kunne bli tildelt samtlige avtaler som inngikk i anskaffelsen. Nemnda har derimot, som nærmere redegjort for i punkt 4.2 foran, funnet det bevist at klagerne, gjennom fellestilbudet, tok sikte på, og hadde mulighet til, å få tildelt mer enn én rammeavtale, og at ENS og Lysteknikk i tillegg hadde en mulighet for å få tildelt én rammeavtale hver.
- (360) Etter Konkurranseskilagenemndas vurdering må utmålingen derfor ta utgangspunkt i hvilke omsetningsbeløp som det med klar sannsynlighetsovervekt kan legges til grunn ville ha vært realistisk å oppnå for hver av de involverte partene ved sin deltakelse i

¹⁴² Konkurransetilsynets vedtak, fotnote 475.

anbudskonkurransen. Vurderingen må bygge på at nemnda har funnet det bevist at man i fellestilbudet konkurrerte om å bli leverandørene i rammeavtalen.

- (361) For Arkel, Hoel og Røa finner Konkurransklagenemnda at det ikke kan legges til grunn en større estimert kontraktsverdi enn det som tilsvarer selskapenes andel av to avtaler. For ENS og Lysteknikk, som i tillegg til fellestilbudet også leverte inn separate tilbud med sikte på å bli tildelt hver sin egen rammeavtale, finner nemnda at det for disse to selskapene må tas utgangspunkt i en kontraktsverdi som tilsvarer verdien av én avtale for hvert av selskapene, i tillegg til deres andel av to avtaler i fellestilbudet.
- (362) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at Konkurransetilsynet ikke har hatt tilstrekkelig rettslig grunnlag for, ved fastleggelsen av grunnbeløpet, å ta utgangspunkt i den samlede kontraktsverdien av hele anskaffelsen under anbudskonkurransen, og å fordele dette beløpet likt på de fem foretakene.
- (363) Det neste spørsmålet Konkurransklagenemnda må ta stilling til, er hvorvidt det er grunnlag for å legge til grunn den estimerte omsetningsverdien for en to- eller fireårsperiode, eller om det – som anført av klagerne – må begrenses til hva som ville ha vært ett års omsetning, som ekvivalent til forskriftens ordlyd «*det siste hele regnskapsår*», slik klagerne har anført.
- (364) Etter Konkurransklagenemndas vurdering må reglene og prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr tolkes i lys av formålet om at sanksjonsreglene skal ha en tilstrekkelig individual- og allmennpreventiv effekt. Utmålingsforskriften er imidlertid utformet uten tanke på tilfeller av anbudssamarbeid som avdekkes før kontrakt er tildelt eller inntjening oppnådd. Etter nemndas vurdering gir det derfor liten mening å fokusere på forskriftens ordlyd «*omsetningsverdien [...] for det siste hele regnskapsåret [...]*».
- (365) Fastsettelsen av et grunnbeløp i tilfellene av ulovlig anbudssamarbeid som ikke har generert omsetning bør derfor – i mangel av et klart rettskildegrunnlag – foretas ut fra vurderinger av hvilken reell kontraktsverdi som er berørt av anbudssamarbeidet, slik nemnda har redegjort for i punkt 4.6.2.1.
- (366) Gitt bevisvurderingen om at de fem foretakene samlet reelt sett konkurrerte om mer enn en avtale, og at ENS og Lysteknikk i tillegg også konkurrerte om hver sin egen avtale, vurderer Konkurransklagenemnda dette slik at den reelle omsetningsverdien som minimum gjelder *de to første kontraktsårene*.
- (367) Ved tildeling av avtaler fremstår det etter Konkurransklagenemndas vurdering som klart sannsynliggjort at partene ville ha oppnådd en årlig omsetning i størrelsesorden mellom en fjerdedel og en sjettedel av Undervisningsbyggs årlige behov for elektroinstallasjon, avhengig av om anskaffelsen endte opp med fire, fem eller seks avtaler. Partenes argument knyttet til *AC-Treuhand* kan klart nok ikke føre fram; konsekvensen av klagernes anførsler – at det ikke skulle være anledning til å fastsette grunnbeløpet ut fra estimerte omsetningstall – ville være at overtredelsesgebyret ville kunne bli satt til null. Et slikt resultat harmonerer klart nok ikke med de grunnleggende preventive hensyn som reglene og prinsippene for utmåling bygger på. Standpunktet lar seg heller ikke forene med Høyesteretts uttalelse i *Gran & Ekran*, avsnitt 88:

«Skal overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven ha den ønskede preventive effekt, må reaksjonene være markerte og følgbare.»

- (368) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at fastsettelsen av grunnbeløpet som minimum må ta utgangspunkt i en realistisk, klart sannsynliggjort omsetning over to år.
- (369) Konkurransklagenemnda finner det videre riktig, i lys av den usikkerheten som knytter seg til utmålingen, å legge til grunn et omsetningsestimat basert på konkurransens forutsetning om tildeling av inntil seks avtaler.
- (370) Nemnda finner det klart sannsynliggjort at klagerne, ved tilbud om avtaler, kunne ha oppnådd en omsetning per rammeavtale per år på fem millioner kroner, basert på estimert årlig anskaffelse på 30 millioner kroner fordelt på seks avtaler, dvs. til sammen ti millioner kroner de to første årene.
- (371) Noe større usikkerhet knytter seg til hvorvidt det ved fastsettelsen av grunnbeløpet også skal medregnes estimert omsetning for *de to opsjonsårene*. Klagerne har subsidiært gjort gjeldende at usikkerheten som knytter seg til om opsjonene ville blitt utnyttet, taler for at det ikke kan tas utgangspunkt i mer enn to års omsetning under rammeavtalen, og atter subsidiært at opsjonene – hvis de i det hele skal tas hensyn til – må vektlegge omsetningsverdien fra opsjonsperioden med reduserte beløp.
- (372) Bevisførselen som knytter seg til historisk bruk av opsjoner viser at det erfaringsmessig er svært sjelden at opsjoner ikke utløses, både i tilsvarende og i andre typer rammeavtaler. At samtlige opsjoner ble utløst i Undervisningsbyggs forrige rammeavtaleperiode, innebærer etter Konkurransklagenemndas vurdering at det må anses som klart sannsynliggjort at samtlige parter også i begge opsjonsårene ville ha oppnådd en omsetning i samme størrelsesorden som estimatet for anbudskonkurransen. Bevisvurderingen på dette punkt understøttes av at også enkelte av aktørene oppfattet opsjonene som en ren formalitet dersom man ellers «*skjører seg og gjør det man skal gjøre*».¹⁴³ Klagerne kan av samme grunner heller ikke høres med den atter subsidiære anførselen om at omsetningsverdien fra opsjonsperioden må vektlegges med reduserte beløp.
- (373) Etter Konkurransklagenemndas vurdering gir det et mest riktig bilde av den økonomiske betydningen av overtredelsen og dens skadepotensial når man legger til grunn en kontraktsverdi tilsvarende to avtaler med en omsetning per rammeavtale per år på fem millioner kroner. For en periode på fire år utgjør dette en samlet estimert omsetning på 40 millioner kroner, med åtte millioner kroner på hver av de fem partene. For ENS og Lysteknikk må det legges til grunn at de i tillegg konkurrerte om hver sin egen rammeavtale. I tråd med nemndas vurdering foran, må det for ENS og Lysteknikk derfor tas utgangspunkt i en potensiell omsetning tilsvarende verdien av én avtale pluss deres andel av to avtaler under fellestilbudet, som utgjør 28 millioner kroner (20 millioner kroner + åtte millioner kroner).

4.6.2.2 Overtredelsens grovhet

- (374) Det følger av konkurranseloven § 29 annet ledd, jf. utmålingsforskriften § 3 første ledd, at overtredelsens grovhet skal vektlegges ved utmålingen. I utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a til f angis momenter som det særlig skal tas hensyn til i vurderingen av hvor grov overtredelsen er. Bestemmelsene må ses i sammenheng med

¹⁴³ Forklaringsopptak med [redacted] (Lysteknikk) 25. juni 2014, avsnitt 13.

utmålingsforskriften § 3 tredje ledd annet punktum, som angir at det, avhengig av hvor grov overtredelsen er, kan tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av omsetningsverdien.

- (375) Konkurransetilsynet har ved utmålingen av vedtaket konkludert med at grunnbeløpet som det tas utgangspunkt i ved utmålingen, bør ligge på 15 prosent av det enkelte foretaks andel av den totale omsetningsverdien, og bygger på at overtredelsen vurderes som særlig grov, og at det derfor må utmåles et høyt gebyr.¹⁴⁴
- (376) Klagerne har gjort gjeldende at fastsettelsen av grunnbeløpet til 15 prosent er alt for høyt, idet overtredelsen ikke er grov.
- (377) Konkurransesklagemennda er kommet til at det ved utmålingen av overtredelsesgebyr ikke kan tas utgangspunkt i et grunnbeløp fastsatt til 15 prosent av det enkelte foretaks andel av relevant omsetningsverdi. Selv om overtredelsens art – anbudssamarbeid – isolert sett er meget alvorlig, foreligger det etter nemndas vurdering en rekke forhold i den foreliggende saken som påvirker vurderingen av overtredelsens grovhet i motsatt retning. Nemnda viser for det første særlig til skyldgradens betydning for grovheten. Som det fremkommer i punkt 4.5 foran, har nemnda konkludert med at overtredelsen er uaktsom, men ikke forsettlig. Selv om partene ikke kan høres med at de enkeltvis ikke hadde kapasitet til å inngi selvstendige tilbud, eller at det foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse, finner nemnda at overtredelsen ikke kan karakteriseres som særlig grov, slik det er lagt til grunn i Konkurransetilsynets vedtak. Nemnda viser i denne forbindelse også til lagmannsrettens merknader i *Taxisaken* om at «[s]kyldgraden må inngå i totalvurderingen av hvor grov overtredelsen er»,
- (378) og at retten var uenig i, som anført av staten, «at skyldgraden på grunn av forholdets art får liten betydning».
- (379) Etter Konkurransesklagemenndas vurdering er det ikke treffende å sammenligne den foreliggende saken med *Gran & Ekran* og LB-2014-76039 (*Asfaltsaken*) slik Konkurransetilsynets vedtak bygger på. *Gran & Ekran* gjaldt et forsettlig og skjult prissamarbeid om markedsdeling i perioden 2005 til 2008, hvor det på forhånd var avtalt hvem av tilbyderne som skulle vinne anbudet, og er derfor et lite relevant sammenligningsgrunnlag. *Asfaltsaken* gjaldt et ulovlig, forsettlig samarbeid om fordeling av asfaltkontrakter, og er derfor heller ikke et treffende sammenligningsgrunnlag i saken.
- (380) Konkurransesklagemennda viser særlig til at samarbeidet skjedde helt åpent, og hvor det også på forhånd ble rettet henvendelser til oppdragsgiver med forespørsel om adgang til å inngi separate tilbud i tillegg til fellestilbudet. Selv om åpenhet om et samarbeid, som i ettertid finnes å være en formålsovertredelse, ikke utelukker at samarbeidet kan anses som særlig grovt, jf. Underrettens dom i *Raiffeisen Zentralbank-Österreich*,¹⁴⁵ finner nemnda likevel at åpenheten i denne konkrete saken taler mot at forholdet anses som særlig grovt. Betydningen av åpenhet i den foreliggende saken står derfor i en annen stilling, og har en annen rettslig betydning, enn det forholdet som ble vurdert av Høyesterett i *Taxisaken*. Høyesteretts vurdering av betydningen av åpenhet er utpreget

¹⁴⁴ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 552, jf. avsnittene 523–551.

¹⁴⁵ Forente saker T-259/02 m.fl. (*Raiffeisen Zentralbank Österreich AG m.fl.*), avsnitt 252, opprettholdt (materielt) av EU-domstolen i forente saker C-125/07 P m.fl. (*Erste Group Bank AG m.fl.*).

konkret knyttet til den aktuelle saken, og gjaldt spørsmålet om overtredelsen var en formålsovertredelse. Høyesteretts uttalelse om at åpenheten ikke fratok «*dette anbudssamarbeidets karakter av, objektivt sett, å ha et konkurransebegrensende formål*», har derfor etter nemndas vurdering begrenset betydning for vurderingen av overtredelsens grovhet i denne saken.

- (381) Når det gjelder betydningen av *overtredelsens faktiske innvirkning* på markedet, jf. utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav b, vil situasjonen ved anbudssamarbeid kunne være at det ikke oppstår noen markedsforstyrrelse når samarbeidet avdekkes, og tilbyderne blir avvist, før kontrakt blir tildelt. Klagerne har gjort gjeldende at Konkurransetilsynet feilaktig har lagt til grunn at manglende innvirkning ikke er avgjørende for utmålingsspørsmålet, jf. ordlyden «*skal*» i utmålingsforskriften, og merknadene til denne.
- (382) Etter Konkurransetilsynets vurdering har momentet *faktisk innvirkning* i denne saken begrenset betydning for vurderingen av overtredelsens grovhet. At det etter utmålingsforskriften «*skal*» tas hensyn til innvirkningen på markedet, betyr ikke nødvendigvis at den faktiske innvirkning – eller fravær av slik virkning – gir noe stort utslag i den samlede bedømmelsen. Nemnda viser her til Høyesteretts uttalelse i *Gran & Ekran* avsnitt 79:
- «I vår sak kan jeg vanskelig legge noen vekt på at konkurransen rent faktisk ikke ble begrenset, og at foretakene ikke fikk noen gevinst av sitt ulovlige samarbeid. Årsaken var jo at det ulovlige samarbeidet ble avslørt.»
- (383) Konkurransetilsynet har imidlertid, som det fremgår i punktene 4.2 og 4.3 foran, kommet til at samarbeidet forårsaket et merkbart redusert konkurransepress i anbudskonkurransen. Nemnda finner det klart at det reduserte konkurransepresset i anbudskonkurransen utgjør en negativ innvirkning i markedet.
- (384) Konkurransetilsynet kan heller ikke se at små markedsandeler, som klagerne har påberopt i formildende retning, er forhold som gir nevneverdig utslag i vurderingen av grovheten, og det samme gjelder anførselene om at rettstilstanden var uklar.
- (385) Ut fra en samlet vurdering har Konkurransetilsynet kommet til at Konkurransetilsynets fastsettelse av grunnbeløpet til 15 prosent leder til fastsettelse av overtredelsesgebyr som ikke står i et rimelig forhold til lovbruddets grovhet. På grunn av sakens spesielle forhold, herunder skyldgraden og at samarbeidet skjedde åpent, er nemnda av den oppfatning at grunnbeløpet må ligge i den nedre del av intervallet mellom 0-30 prosent, og finner at grunnbeløpet passende kan settes til fem prosent av den relevante omsetningsverdien.

4.6.2.3 Overtredelsens varighet

- (386) Klagerne har bestridt at overtredelsens varighet må ha en underordnet betydning ved utmålingen, slik Konkurransetilsynet har lagt til grunn, jf. vedtaket avsnitt 559.
- (387) Arkel, Hoel og Røa har anført at overtredelsesgebyrene må reduseres vesentlig fordi det er tale om ett enkeltstående tilfelle av påstått overtredelse av konkurranseloven § 10, og har vist til ESAs retningslinjer avsnitt 5, Konkurransetilsynets vedtak V2015-28 (*Vestre Viken*) og at det etter ordlyden i utmålingsforskriften § 3 skal legges «*avgjørende vekt*» på overtredelsens varighet.

- (388) ENS og Lysteknikk har gjort gjeldende at man ved å legge til grunn omsetningsverdien for fire år, samtidig som fravær av markedspåvirkning ikke vektlegges, i realiteten straffer deltakerne i anbudssamarbeidet som om overtredelsen har pågått og hatt virkning i markedet i fire år. Det er anført at «*varighet*», i henhold til EU-retten, skal beregnes som varigheten av den avtalen som utgjør overtredelsen, ikke varigheten av eventuelle virkninger på markedet. Samarbeidet i den foreliggende saken varte bare rundt én måned, og skal etter disse prinsippene føre til at grunnbeløpet ble redusert for varighet.
- (389) Konkurransetilsynet har lagt til grunn at varigheten av samarbeidet er hensyntatt som ett av flere momenter i utmålingen, men bestrider som anført av Arkel, Hoel og Røa at det etter ordlyden i utmålingsforskriften § 3 skal legges «*avgjørende*» eller «*særlig vekt*» på varigheten. Konkurransetilsynet har lagt til grunn at overtredelsens varighet må ha en noe underordnet betydning, ettersom tilbudene ble avvist. Ved å ta hensyn til kontraktssummen for hele kontraktsperioden, har Konkurransetilsynet lagt til grunn at dette ivaretar prinsippet om at utmålingen skal reflektere den økonomiske betydningen av overtredelsen.
- (390) Konkurransesklagenemnda tar utgangspunkt i at det etter konkurranseloven § 29 annet ledd skal «*[...] særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet [...]*», mens det etter utmålingsforskriften § 3 første ledd heter at det «*skal legges særlig vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet*».
- (391) Konkurransesklagenemnda bemerker at nyanseforskjellene i formuleringene ikke kan ses å reflektere noen realitetsforskjell. Hverken loven eller utmålingsforskriften synes å være utformet med sikte på overtredelser i form av helt kortvarige, ulovlige anbudssamarbeid, som avdekkes under anbudsprosessen, og som fører til avvisning av tilbudene som er involvert, og uten at samarbeidet resulterer i faktisk omsetning. Selv om overtredelser i form av anbudssamarbeid kan finne sted innenfor nokså korte tidsperioder, kan de likevel være av svært konkurranseskadelig natur. Reelle betraktninger og preventive hensyn kan derfor tale for at momentet varighet må tillegges mindre vekt enn i andre tilfeller, hvor varigheten (antall år og/eller måneder) benyttes som multiplikator ved fastsettelsen av grunnbeløpet, jf. utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd. Nemnda peker også på at utmåling av overtredelsesgebyr ikke skal foretas rent matematisk, jf. ESAs retningslinjer for utmåling av overtredelsesgebyr, hvor det i punkt 6 fremgår:
- «Kombinasjonen av verdien av den omsetningen overtredelsen omfatter, og varigheten av overtredelsen, anses for å i tilstrekkelig grad å gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen, samt den relative betydningen av hvert foretak som deltar i overtredelsen. Disse faktorene gir en god indikasjon på hva som bør være botens størrelse, men bør ikke oppfattes som grunnlag for en automatisk og matematisk beregningsmetode.»*
- (392) Klagenemnda finner det på grunnlag av disse betraktningene ikke riktig å legge stor vekt på at selve samarbeidet om inngivelse av felles anbud var av en nokså kort varighet, cirka én måned. For å reflektere at det er tale om én enkeltstående overtredelse, av kort varighet, slik Høyesterett la vekt på i *Gran & Ekran*,¹⁴⁶ finner imidlertid nemnda at det

¹⁴⁶ Se dommen avsnitt 86.

må foretas en viss skjønnsmessig reduksjon av grunnbeløpet som er fremkommet foran, uten at nemnda finner grunn til nærmere konkretisering av reduksjonen.

4.6.2.4 *Tillegg for særlig grovhet*

- (393) Konkurranseskilagenemnda finner ikke grunnlag for at det i utmålingen skal gis et tillegg for særlig grovhet, slik utmålingsforskriften § 3 femte ledd gir hjemmel for. Nemnda viser i denne forbindelse til vurderingen av overtredelsens grovhet som det er redegjort for foran i avsnitt 4.6.2.2.

4.6.2.5 *Andre momenter i skjerpende eller formildende retning*

- (394) Konkurranseskilagenemnda kan ikke se at det – utover de momenter som er omtalt og vurdert foran – foreligger andre momenter i skjerpende eller formildende retning som gir utslag i utmålingen, jf. utmålingsforskriften § 3 sjette ledd.

4.6.2.6 *Overtredelsesgebyrenes størrelse*

- (395) På grunnlag av vurderingene foran har Konkurranseskilagenemnda etter en samlet vurdering kommet til at overtredelsesgebyrene må reduseres betraktelig. Etter nedjustering av grunnbeløpet på grunn av reduksjon av hvilken kontraktsverdi som kan tas i betraktning, vektlegging av skyldgraden, herunder at overtredelsen ikke kan anses som særlig grov, er nemnda kommet til at overtredelsesgebyrene må nedjusteres betydelig, og finner at gebyrene skjønnsmessig kan utmåles til 1 400 000 kroner for Lysteknikk, 1 400 000 kroner for ENS, 300 000 kroner for Arkel, 300 000 kroner for Hoel og 300 000 kroner for Røa.

4.6.2.7 *Maksimalgrensen – ti prosent av foretakenes omsetning*

- (396) Det følger av utmålingsforskriften § 2 annet ledd at overtredelsesgebyret ikke kan overstige ti prosent av foretakets omsetning. De utmålte gebyrene ligger innenfor ti prosent av de respektive foretakenes omsetning.

4.6.2.8 *Utmålingen av overtredelsesgebyr for El Proffen/EPC*

- (397) Konkurransetilsynet har etter en samlet, skjønnsmessig vurdering i vedtaket punkt 6.3, jf. avsnittene 589–612, ilagt El Proffen/EPC et overtredelsesgebyr på 2 500 000 kroner.
- (398) El Proffen/EPC har anført at utmålingen er feil, fordi det ikke foreligger en «*særlig grov*» overtredelse, at det kun foreligger én enkeltstående overtredelse og at det foreligger flere formildende omstendigheter.
- (399) Konkurranseskilagenemnda legger til grunn at utmålingen skal skje med grunnlag i konkurranseloven § 29 annet ledd, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd, ettersom § 3 tredje til syvende ledd ikke er direkte anvendelig, samt rettspraksis, slik Konkurransetilsynets vedtak bygger på. Utmålingen innebærer at to-trinnsmetoden fravikes i slike tilfeller hvor et foretak ikke selv er aktivt på det markedet hvor overtredelsen skjer, jf. *AC-Treuhand*,¹⁴⁷ slik Konkurransetilsynets vedtak har lagt til grunn.
- (400) Konkurranseskilagenemnda legger videre til grunn at det i utmålingen skal legges særlig vekt på overtredelsens grovhet og varighet, samt at gebyret skal ha en tilstrekkelig

¹⁴⁷ Sak C-194/14 P (*AC-Treuhand mot Kommisjonen*) avsnittene 65–67 og 76.

avskrekkende effekt. Nemnda har, som det fremgår foran, kommet til at overtredelsen er å anse som en formålsovertredelse, men at det ikke foreligger forsett, og heller ikke grov uaktsomhet. Nemnda finner på dette grunnlag at overtredelsen ikke er å anse som «særlig grov», slik Konkurransetilsynet har lagt til grunn, noe som tilsier en reduksjon av overtredelsesgebyret.

- (401) På den annen side bemerkes at El-Proffen/EPC var initiativtakere og tilretteleggere for anbudssamarbeidet. Utmålingen skal reflektere at El-Proffen/EPC spilte en sentral rolle ved å oppfordre medlemsbedriftene til samarbeidet. Konkurransesklagemennda finner det bevist at El-Proffen/EPC ga et vesentlig bidrag til samarbeidet, ved å organisere og tilrettelegge for korrespondanse mellom EPC og medlemsbedriftene, herunder utveksling av prisinformasjon og annen konkurransesensitiv informasjon, og ved at de stod for koordineringen av innlevering av felles tilbud. Denne rollen taler isolert sett for et høyt overtredelsesgebyr, jf. utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav a.
- (402) Når det gjelder betydningen av varighet, dvs. anførselen om at det kun er tale om én enkeltstående overtredelse, viser Konkurransesklagemennda til den tidligere drøftelsen av betydningen av varighet, se avsnitt 4.6.2.3. Nemnda finner derfor at det i formildende retning må tas hensyn til at det er tale om én enkeltstående overtredelse av relativt kort varighet. Likeledes finner nemnda at det i formildende retning må legges vekt på at anbudssamarbeidet skjedde åpent, slik dette er vektlagt også for de øvrige klagerne.
- (403) Konkurransesklagemennda kan imidlertid ikke se at det er holdepunkter for at El-Proffens/EPCs bistand i etterforskningen kan vektlegges som formildende, jf. utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav d. Bistanden kan ikke ses å gå utover den plikten som ellers følger av konkurranseloven § 24. Konkurransesklagemennda legger til grunn at det gjelder en høy terskel for at bistand til Konkurransetilsynet under etterforskningen kan gi grunnlag for reduksjon av overtredelsesgebyret, selv om det ikke kan stilles de samme krav som kriteriene for lempning. I rettspraksis er det lagt til grunn at det bare gis reduksjon i usedvanlige situasjoner utenfor reglene om lempning.¹⁴⁸ Nemnda finner ikke den påberopte bistand å være av en slik art, omfang eller intensitet at den gir grunnlag for reduksjon i denne saken.
- (404) At El-Proffen/EPC ikke har overskudd som formål, eller at selskapene i ettertid har utarbeidet compliance-retningslinjer, og brakt den ulovlige praksis med felles tilbud til opphør, gir etter Konkurransesklagemenndas vurdering heller ikke grunn til ytterligere reduksjon av overtredelsesgebyret.
- (405) Konkurransesklagemennda har ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret for El-Proffen/EPC tatt hensyn til omsetningen i foretakene, fratrukket såkalt «gjennomfakturering» av varer i datterselskapet EP Engros AS, som utgjør ca. 115 millioner kroner i 2014 og 157 millioner kroner i 2016.
- (406) Konkurransesklagemennda har etter en samlet vurdering av de skjerpende og formildende momenter som er gjennomgått foran kommet til at overtredelsesgebyret for El-Proffen/EPC passende kan utmåles til 1 000 000 kroner. Nemnda legger til grunn som ubestridt, og i samsvar med Konkurransetilsynets vedtak, at El-Proffen som

¹⁴⁸ Sak T-343/08 (*Arkema France mot Kommisjonen*) avsnitt 170–171.

morselskap kan holdes solidarisk ansvarlig med EPC. Det utmålte gebyret ligger innenfor grensen på ti prosent av konsernets omsetning.

5 Vedtak

(407) Konkurransklagenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

1. **El-Proffen AS/EP Contracting AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 1 000 000 – enmillion – kroner for overtredelse av konkurranse-loven § 10.**
2. **Elektro Nettverk Service AS ilegges et overtredelsesgebyr på 1 400 000 – enmillionfirehundretusen – kroner for overtredelse av konkurranse-loven § 10.**
3. **Lysteknikk Elektroentreprenør AS ilegges et overtredelsesgebyr på 1 400 000 – enmillionfirehundretusen – kroner for overtredelse av konkurranse-loven § 10.**
4. **Arkel Asker og Bærum AS ilegges et overtredelsesgebyr på 300 000 – trehundretusen – kroner for overtredelse av konkurranse-loven § 10.**
5. **Hoel Elektro AS ilegges et overtredelsesgebyr på 300 000 – trehundretusen – kroner for overtredelse av konkurranse-loven § 10.**
6. **Røa Elektriske AS ilegges et overtredelsesgebyr på 300 000 – trehundretusen – kroner for overtredelse av konkurranse-loven § 10.**

(408) Vedtaket er enstemmig.

(409) Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

(410) Søksmål om Konkurransklagenemnda vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Søksmål om Konkurransklagenemnda vedtak skal rettes mot staten ved Konkurransetilsynet og anlegges for Gulating lagmannsrett, jf. konkurranse-loven § 37 tredje og fjerde ledd.

Dokumentet er godkjent elektronisk