



**EBA**

ENTREPRENØRFØRINGEN  
BYGG OG ANLEGG



# **EBA**s konkurranseveileder

- samarbeid i anbudskonkurranser

# / Innhold

|           |   |    |
|-----------|---|----|
| <b>1.</b> | Innledning  | 5  |
| <b>2.</b> | Oversikt over forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid | 7  |
| <b>3.</b> | Grensene for lovlig prosjektsamarbeid/arbeidsfelleskap      | 11 |
| <b>4.</b> | Informasjonsutveksling                                      | 21 |
| <b>5.</b> | Standardisering   | 22 |
| <b>6.</b> | Bransjeorganisasjonens rolle                                | 22 |
| <b>7.</b> | Sjekkliste - prosjektsamarbeid                              | 24 |



## Vi skal gjøre det enklere å følge lover og regler

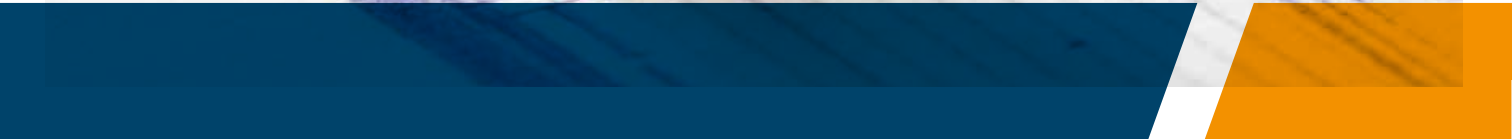
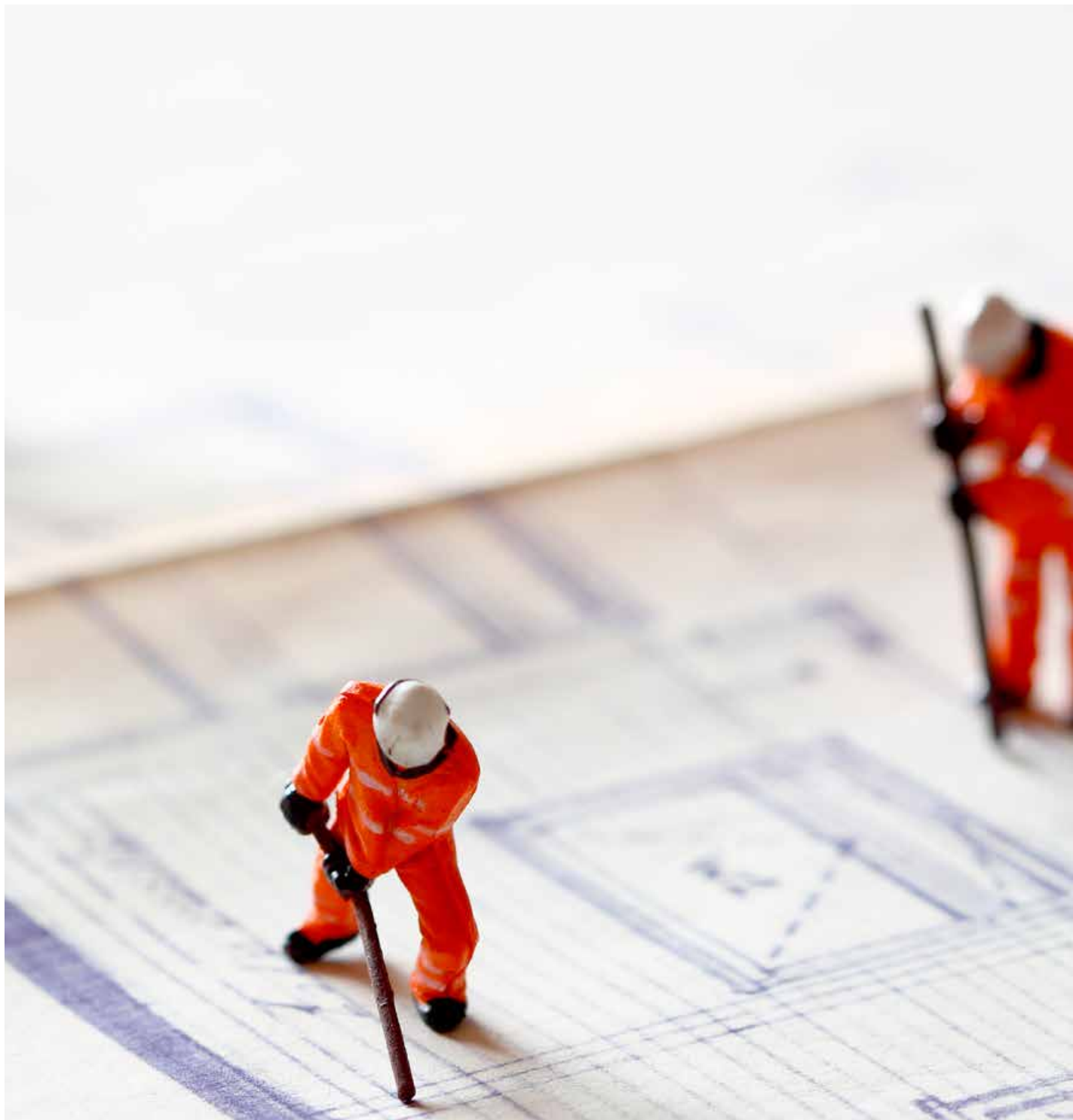
■ For Entreprenørforeningen - Bygg og Anlegg (EBA) er arbeidet med seriositet et viktig satsingsområde, og vi skal bidra til å gjøre det enklere for medlemsbedriftene å følge lover og regler. Både EBA og medlemsbedriftene har et ansvar for at bygg- og anleggsnæringen gjennomfører oppgavene i tråd med etiske krav og god forretningsskikk.

EBA's etikkplakat er en av flere forpliktelser som vi ønsker skal gjelde for alle våre medlemmer - som en del av samfunnsansvaret. Det er imidlertid hver enkelt bedrifts ansvar å gjennomføre tiltak som sikrer at virksomheten gjør de rette tingene til rett tid.

EBA ønsker at denne veilederen implementeres i de enkelte bedrifter og bistår gjerne i denne sammenheng.

*Kari Sandberg*

Kari Sandberg  
Adm. direktør  
Entreprenørforeningen - Bygg og Anlegg



# 1 / Innledning

---

■ Ulike former for samarbeid kan være nøkkelen for mange bedrifter for å kunne delta i større anbuds-konkurranser og prosjekter. Samarbeidet kan føre til bedre og flere tilbud, og vil derfor kunne være positivt både for konkurransen i markedet, og for den enkelte bedrift.

Det finnes flere former for samarbeid som kan være aktuelt for bedrifter i forbindelse med anbuds-konkurranser. Særlig praktisk er prosjektsamarbeid. Denne veilederen ønsker først og fremst å gjøre rede for når prosjektsamarbeid er henholdsvis lovlig eller ulovlig.

Med prosjektsamarbeid menes i denne sammenheng at to eller flere foretak samarbeider om gjennomføring av et enkeltprosjekt, i form av levering av varer og/eller tjenester til offentlige eller private oppdragsgivere

innenfor en avgrenset tidsperiode. I bransjen kalles prosjektsamarbeid ofte arbeidsfelleskap. Prosjekt-samarbeid og arbeidsfelleskap gjelder kun samarbeid om enkeltprosjekter. Det må derfor avgrenses mot løpende samarbeid, som settes opp av bedriftene på mer langvarig grunnlag og som skal koordinere leveranser og/eller markedsatferd dem imellom.

Denne veilederen vil ikke behandle slike langvarige samarbeider. I det følgende omfatter omtalen av prosjektsamarbeid også arbeidsfelleskap. Konkurranseloven setter begrensninger for samarbeid mellom foretak gjennom samarbeidsforbudet i § 10. Hovedhensynet bak konkurranseloven er å sikre størst mulig konkurranse i markedet, og kjernespørsmålet ved inngåelsen av et samarbeid, er derfor om samarbeidet svekker konkurransen i markedet.





Etter en slik vurdering kan prosjektsamarbeidet være omfattet av samarbeidsforbudet i § 10. Før et prosjektsamarbeid inngås, må bedriftene derfor vurdere samarbeidet opp mot konkurranseloven. Det er foretakets eget ansvar å vurdere og dokumentere at et samarbeid er lovlig. Det kan ikke påregnes forhåndstilsagn eller dispensasjoner fra Konkurransetilsynet.

Denne veilederen angir retningslinjene for når et prosjektsamarbeid er lovlig etter konkurranselovens

samarbeidsforbud. Avslutningsvis gis det også tips til bedriftens interne retningslinjer som gjelder samarbeid i anbudskonkurranser. Formålet her er ikke å gi en uttømmende og presis redegjørelse for gjeldende rett eller de uklarheter som kan foreligge i regelverket. Hva som er lovlig eller ulovlig beror på faktum i hvert enkelt tilfelle, og lar seg derfor ikke besvare i en generell veileder. For den som vil se nærmere på det aktuelle regelverket og veiledninger som er utstedt om dette, viser vi til:

- › Konkurransetilsynets veileder om prosjektsamarbeid; [http://www.konkurransetilsynet.no/globalassets/vedtak-og-uttalelser/veiledninger/2014/prosjektveileder\\_-2014.pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/globalassets/vedtak-og-uttalelser/veiledninger/2014/prosjektveileder_-2014.pdf)
- › "Konkurranseloven og prosjektsamarbeid", Veileder fra NHO, juni 2015  
<https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/samarbeid13.pdf>
- › Kommissionens meddelelse: Retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåte på horisontale samarbeidsaftaler  
<https://www.kfst.dk/~media/KFST/Konkurrence/Regler/Vejledninger/kommissionens%20retningslinjer%20for%20horisontale%20aftaler.pdf>

## 2 / Oversikt over forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

---

### 2.1 Generelt om samarbeidsforbudet

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid mellom foretak som svekker, eller kan svekke, konkurransen i markedet. Dette forbudet gjelder kun samarbeid

mellom foretak som opptrer selvstendig overfor hverandre i markedet, hvilket betyr at samarbeid mellom foretak innad i samme konsern ikke vil være omfattet.

#### **EKSEMPEL 1:**

*Entreprenør A eier 60 % av bedriften til graveentreprenøren B, og utøver kontroll (har avgjørende innflytelse) i B. I en anbudskonkurranse leverer entreprenør A og entreprenør B inn et felles tilbud. Etter konkurranseloven er samarbeidet lovlig, selv om bedriftene har virksomhet innen samme bransje. Konkurranseloven kommer ikke til anvendelse på to bedrifter innen samme konsern.*

Alle former for samarbeid som kan påvirke partenes markedsadferd kan rammes av forbudet, uavhengig av om påvirkningen på konkurransen skjer partene imellom eller overfor andre aktører i markedet. Både formelle avtaler og samarbeid som ikke hviler på rettslig bindende avtaler, kan omfattes av forbudet. Også en ren felles forståelse eller samordnet opptreden kan rammes, herunder såkalte «gentlemen's agreements». Til og med tilsynelatende ensidig opptreden kan omfattes, så fremt det ikke foreligger andre forklaringer for opptredenen enn samarbeid med andre foretak. Det skal altså svært lite til før det er snakk om et samarbeid.

Ved møter i bransjeforeninger skal en også være varsom med å diskutere strategier i fremtidige anbud. I tillegg til at deltagerne selv står ansvarlig for egne bidrag og handlinger gjennom bransjeforeningen, følger det av praksis at også bransjeforeningen selv også kan holdes ansvarlig for medvirkningen til et slikt samarbeid. Bransjeforeningers rolle i forhold til konkurranseloven behandles nærmere i punkt 6.



## 2.2 Anbudssamarbeid

Som nevnt innledningsvis, kan det tenkes mange ulike former for samarbeid i anbudskonkurranser, også utover prosjektsamarbeid. De fleste praktiske tilfellene av samarbeid i anbudskonkurranser mellom konkurrenter, som ikke er lovlige prosjektsamarbeider, er forbudt etter konkurranseloven § 10. Dette kan kalles rene anbudssamarbeider.

Eksempler på ulovlig anbudssamarbeid mellom konkurrenter er:

- **Prissamarbeid:** Partene blir enige om hvilke priser og betingelser de skal sette på anbudene sine.
- **Informasjonsutveksling:** Utveksling av priser og annen konkurransesensitiv informasjon mellom konkurrenter i forbindelse med en anbudskonkurranse. Unntak gjelder dersom partene ikke kunne levert selvstendige tilbud (jf. punkt 4).

### EKSEMPEL 2:

*Entreprenør A og entreprenør B deltok i et ulovlig anbudssamarbeid om asfaltkontrakter over flere år. Asfaltkontraktene utlyst av Vegvesenet ble fordelt etter hvor entreprenørenes asfaltverk var lokalisert, mens kontraktene utlyst av Trondheim kommune ble fordelt så entreprenør A fikk vestsiden av Nidelven og entreprenør B fikk østsiden av Nidelven. Entreprenørselskapene sørget for fordelingen ved å inngi fiktive tilbud.*

Slike former for anbudssamarbeid er kartellvirksomhet, og en av de mest alvorlige formene for samarbeid som alltid utgjør et brudd på konkurranseloven. Disse skjer som regel i det skjulte.

Prosjektsamarbeid eller arbeidsfellesskap som munner ut i et felles tilbud eller underleverandøravtale kan

- **Anbudsrotasjoner:** Partene blir enige om hvem sin tur det er til å vinne anbudskonkurransen.
- **Fiktive anbud:** Partene blir enige om at den som ikke skal vinne konkurransen, inngir et fiktivt anbud som partene vet at ikke kan vinne anbudskonkurransen. Oppdragsgiver lures til å tro at det er reell konkurranse om kontrakten.
- **Avståelse fra å inngi anbud:** Partene blir enige om at den som ikke skal vinne konkurransen ikke skal inngi anbud.
- **Markedsdeling:** Partene blir enige om hvilke konkurranser eller prosjekter hver av dem skal inngi tilbud på. Kan også være fordeling av delprosjekter i en anbudskonkurranse.

også være omfattende og strengt forbudt, men vil ikke alltid være det. Grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid behandles nærmere nedenfor under kapittel 3.





## 2.3 Risiko ved brudd på samarbeidsforbudet

Brudd på konkurranseloven er økonomisk kriminalitet og kan få alvorlige konsekvenser for både bedriften selv og personer som er involvert i overtredelsen. Dersom det er rimelig grunn til å tro at konkurranseloven er brutt, kan Konkurransetilsynet komme på et uanmeldt dawn raid (razzia) for å sikre bevis for overtredelser. Tilsynet kan kreve tilgang til ethvert lokale, herunder private hjem.

Et konstatert brudd kan få følgende konsekvenser:

- Overtredelsesgebyr inntil 10 % av foretakets omsetning.
- Straff (bot eller fengsel) i særlig alvorlige tilfeller.

- Ugyldighet
- Erstatningssøksmål fra kunder, konkurrenter og eventuelt andre som er påført et økonomisk tap som følge av lovbruddet.
- Avvisning fra fremtidige anbudskonkurranser.
- Brudd på etiske regler (grov økonomisk kriminalitet).
- Tapt omdømme og tapt omsetning, samt høye advokatutgifter.

Bedrifter som varsler Konkurransetilsynet om egen deltagelse i ulovlig samarbeid, kan slippe eller få redusert straff (lempning).

### EKSEMPEL 3:

*I 2013 ble entreprenør A og entreprenør B ilagt gebyr for samarbeid i forbindelse med inngivelse av tilbud til Statens vegvesen og Trondheim kommune. Entreprenør A slapp å betale gebyret på 220 millioner kroner fordi de selv gikk til Konkurransetilsynet med informasjon som førte til at saken ble avdekket. Entreprenør B fikk 140 millioner kroner i gebyr.*



## 3 / Grensene for lovlig prosjektsamarbeid/ Arbeidsfellesskap

---

### 3.1 Generelt

Som vist i kapittel 2, er det helt avgjørende for foretak som vurderer å inngå et prosjektsamarbeid/arbeidsfellesskap å ta stilling til om samarbeidet er lovlig eller ulovlig. Dette understrekes av at ulovlig prosjektsamarbeid nærmest kan sidestilles med ren kartellvirksomhet, mens lovlig prosjektsamarbeid til motsetning kan være svært gunstig både for foretakene og for oppdragsgiver.

En kan se for seg en rekke ulike former for prosjektsamarbeid. Partene kan inngi et selvstendig felles tilbud, inngi felles tilbud gjennom et fellesforetak, konsortium eller bransjeforening, eller inngi felles tilbud på bakgrunn av underleverandøravtaler. Arbeidsfellesskap knyttet til et enkeltstående prosjekt vil også bli vurdert på samme måte som et prosjektsamarbeid.

Den rettslige vurderingen av prosjektsamarbeidet er

imidlertid lik uavhengig av hvilken form en står overfor, og vil derfor presenteres samlet i denne veilederen. Stikkordet for prosjektsamarbeid, er i alle tilfeller at partene inngir et tilbud i fellesskap.

Det er foretakene selv som må vurdere om samarbeidet er lovlig eller ikke, og det må foretas en konkret vurdering av prosjektsamarbeidets lovlighet i hvert enkelt tilfelle. Det innebærer at et samarbeid som var lovlig i ett prosjekt ikke nødvendigvis er lovlig i et annet. Dersom aktører samarbeider om flere enkeltprosjekter, vil det være nødvendig å se på helheten når samarbeidets lovlighet vurderes.

Målsetningen i det videre er å forenkle kartleggingen av om det er grunnlag for å etablere et samarbeid, og å identifisere problemstillinger som må undersøkes nærmere. Videre gis det i pkt. 3.7 råd om hvordan arbeidet med dette kan organiseres og dokumenteres.



### 3.2 Utgangspunktet: Er partene konkurrenter om det enkelte prosjekt?

Ved vurderingen av prosjektsamarbeid, kan det skilles mellom to konkurranseforhold mellom de samarbeidende partene. Selv om partene er konkurrenter i markedet generelt, vil de ikke alltid være å anse som konkurrenter i den enkelte anbudskonkurranse spesielt.

Det avgjørende for om et prosjektsamarbeid er lovlig eller ulovlig, er om partene er konkurrenter i den enkelte anbudskonkurranse eller ikke. Dersom partene

er konkurrenter, er hovedregelen at prosjektsamarbeidet er ulovlig. Begrunnelsen for dette er at samarbeidet vil, kunne føre til en aktør mindre i konkurransen. Partene er konkurrenter i anbudskonkurranse dersom begge kan inngi selvstendige anbud. Dersom kun én eller ingen kan inngi selvstendige tilbud, er de ikke å anse som konkurrenter.

For det første innebærer dette utgangspunktet at foretak som ikke er konkurrenter i markedet generelt, alltid kan inngå prosjektsamarbeid. En tommelfingerregel er at foretak i forskjellige bransjer kan samarbeide.

#### **EKSEMPEL 4:**

*Et rent tømmerfirma og et rent murerfirma vil som regel kunne samarbeide fritt om å inngi tilbud i anbudskonkurranser.*

For det andre innebærer utgangspunktet at samarbeid mellom foretak som er konkurrenter i markedet generelt, likevel kan inngå et prosjektsamarbeid dersom de ikke er konkurrenter i den enkelte anbudskonkurranse. Foretak som generelt driver virksomhet innen samme bransje, må derfor vurdere om de hver for seg kunne inngitt tilbud på prosjektet.

Vurderingen av om partene er aktuelle eller potensielle konkurrenter om prosjektet, er et spørsmål om de har reell mulighet til å gjennomføre prosjektet alene. Dette må avgjøres etter en konkret og objektiv vurdering, hvor foretakenes faktiske og potensielle ressurser på ytelsestidspunktet vil være avgjørende. Uttrykket ressurser skal oppfattes i aller videste forstand. Det omfatter bl. a. medarbeidere, utstyr, teknologi, øvrig

kompetanse og ikke minst finansiell bæreevne.

Det understrekes at partene bør dokumentere den vurderingen de gjør på dette stadiet. Dette gjelder både dokumentasjon på tilgjengelige ressurser, samt dokumentasjon på den vurderingen som faktisk er gjort på bakgrunn av de dokumenterbare ressursene som er tilgjengelig.

I vurderingen av hvorvidt foretakene har mulighet til å inngi separate tilbud, må man ta utgangspunkt i foretakenes ressurser sett opp mot det konkrete prosjektets karakter og størrelse.

- Foretak som normalt regnes som konkurrenter må kunne dokumentere eventuelle ressurs-

begrensninger dersom de vil samarbeide om et enkeltprosjekt

- I vurderingen skal det tas utgangspunkt i de planlagte tilbydernes ressurser og geografiske tilstedeværelse
- Det vil kunne legges vekt på ressurser som er tilgjengelige i andre foretak i konsernene, eller foretak som aktørene kontrollerer
- Det vil legges vekt på foretakenes muligheter til å tilegne seg manglende kapasitet og kompetanse innenfor de tidsrammer det aktuelle prosjektet forutsetter, for eksempel innleie av arbeidskraft og utstyr.
- Hva er gjort ved tidligere prosjekter?

Det kan være en rekke lovlige grunner til at to entreprenørselskaper ikke kan gi tilbud hver for seg, men må legge inn felles tilbud for å kunne delta i en konkurranse. Spørsmålet må som nevnt vurderes opp mot konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav, minstevilkår, oppdragets omfang, oppdragets varighet og bestemmelser om adgangen til å dele opp oppdraget eller bruke underleverandører.

Dersom prosjektet er delt opp i flere delprosjekter, blir det avgjørende om entreprenørselskapene kan inngi egne tilbud på et eller flere av disse delprosjektene.

Er dette tilfellet, er de konkurrenter selv om ingen kan inngi eget tilbud på totalprosjektet.

Her er eksempler på årsaker til at enkeltforetak ikke kan tilby leveranse alene, men trenger samarbeid med et annet:

- Foretaket har ikke den minsteomsetning eller finansielle kapasitet som oppdragsgiver krever i konkurransegrunnlaget.
- Foretaket har ikke den erfaring oppdragsgiver krever i konkurransegrunnlaget.
- Foretaket har ikke den geografiske rekkevidden oppdragsgiver krever i konkurransegrunnlaget.
- Foretaket har ikke det utstyret eller de tekniske ressurser som er nødvendig for å utføre oppdraget.
- Foretaket har ikke den tekniske eller øvrige kompetansen som er nødvendig for å utføre oppdraget.
- Foretakets størrelse er for liten til å utføre oppdraget slik det er definert. Størrelsesbehovet er også en funksjon av oppdraget, og kan uttrykkes i finansiell bæreevne, omsetning, antall ansatte, osv.

Eksemplene er ikke uttømmende. Entreprenørbedriftene må som nevnt selv vurdere og dokumentere dette konkret holdt opp mot den enkelte konkurransen.

#### **EKSEMPEL 5:**

*Statens vegvesen utlyser et anbud på masseforflytning i forbindelse med en ny parsell til E18. Hele 12 millioner kubikk-meter masse skal flyttes i løpet av en periode på fem måneder. Bedrift A har kapasitet til å flytte ni millioner kubikkmasse i den aktuelle perioden, mens bedrift B har kapasitet til å flytte seks millioner kubikkmeter. Selv om de to bedriftene normalt er konkurrenter, har ingen av dem kapasitet til å gjøre jobben alene, og de kan derfor lovlig samarbeide om anbudet.*



### 3.3 Prosjektsamarbeidet må ikke gå lenger enn nødvendig

At prosjektsamarbeid kun er lovlig dersom partene ikke kan inngi selvstendige tilbud, kan omformuleres som et krav om at samarbeidet må være nødvendig.

I nødvendighetskriteriet ligger en viktig kvalifikasjon; Samarbeidet er kun lovlig i den utstrekning samarbeidet er nødvendig. Selv om et samarbeid generelt sett er nødvendig for å inngi tilbud i en anbudskonkurranse, kan det konkrete samarbeidet likevel ikke gå lenger enn det som nettopp er nødvendig for å inngi tilbudet. Dette har en del praktiske konsekvenser det er viktig å være klar over:

- Det kan ikke være flere deltakere i fellestilbudet enn nødvendig for å inngi tilbudet. Dette gjelder uansett om hver enkelt av deltakerne er ute av stand til å inngi tilbud alene.
- Foretak som skal samarbeide om ett enkelt prosjekt, kan ikke samarbeide om sin markedsatferd for øvrig, som for eksempel prising, fordeling av andre oppdrag eller markeder.
- De kan heller ikke gi hverandre sensitive opplysninger om egen markedstilpasning utenfor det konkrete prosjektet som kan gjøre det mulig for mottaker å forutsi og tilpasse seg dette i sin egen markedsatferd (f.eks. priser, kalkylemodeller, ordrebeholdning, ledig kapasitet eller lignende).

### 3.4 Ingen av partene kan inngi tilbud alene

Dersom partene generelt sett er konkurrenter i markedet, men ingen av partene kan inngi selvstendige tilbud i den konkrete anbudskonkurransen, vil et prosjektsamarbeid være lovlig. Begrunnelsen er at konkurransen ikke svekkes selv om partene inngir et felles tilbud, ettersom alternativet uten prosjektsamarbeidet er at partene ikke hadde inngitt noe tilbud overhode. Resultatet blir tvert imot at prosjektsamarbeidet styrker konkurransen, ettersom prosjektsamarbeidet bidrar med et ekstra tilbud.

### 3.5 Kun én av partene kan inngi tilbud alene

Dersom et foretak som kan utføre prosjektet alene samarbeider med en annen som ikke kan utføre prosjektet alene, vil konkurransen normalt ikke begrenses ved at de inngir ett felles anbud. Utgangspunktet er derfor at prosjektsamarbeid er lovlig. Begge deltagere må likevel vurdere virkningen av samarbeidet.

Konkurransetilsynet har i sin veiledning om prosjektsamarbeid gitt uttrykk for at samarbeid mellom en aktør som kunne inngitt tilbud alene og en aktør som ikke kunne det, må vurderes mer inngående. Slike samarbeid kan være konkurransebegrensende dersom

#### **EKSEMPEL 6:**

*Bedrift A kan inngi eget tilbud, men det kan verken bedrift B eller C. Bedrift A inngår et samarbeid med bedrift B for å forhindre at bedrift B og C slår seg sammen om å inngi et konkurrerende tilbud. Da begrenses konkurransen.*

de har som konsekvens at andre samarbeids-konstellasjoner i markedet utelukkes.

Et viktig spørsmål vil derfor være hvor mange andre tilbydere det er realistisk å regne med i det konkrete oppdraget. Jo flere andre tilbydere det er, jo mindre er sjansen for at samarbeidet mellom to tilbydere hvorav bare den ene kunne gitt tilbud alene, rammes av forbudsbestemmelsen. I prosjekter av den størrelsen som er og vil bli utlyst innen norsk vei- og jernbane-utbygging, er det for eksempel grunn til å anta at det vil kunne komme tilbud fra entreprenører fra store deler av Europa, hvilket tilsier at det er relativt mange aktuelle tilbydere.

Avgrensningen av det markedet prosjektene inngår i bør først gjøres når konkurransegrunnlagene faktisk er kjent. For de prosjektene som lyses ut i bransjene til EBA sine medlemmer, er det imidlertid all grunn til å anta at markedet vil være betydelig større enn Norge, kanskje omfatte hele EØS og i hvert fall Norden

og Nord-Europa. Det er med utgangspunkt i et slikt marked at antallet potensielle tilbydere og markedsandeler må vurderes.

### 3.6 Begge partene kan inngi tilbud alene

Dersom begge parter kan inngi tilbud alene, er hovedregelen at det er forbudt å inngi felles tilbud. Det vil i slike tilfeller ikke være nødvendig å sannsynliggjøre at begge foretakene faktisk også ville ha inngitt et eget anbud.

Det er to grunner til at et slikt samarbeid har som formål å begrense konkurransen. For det første vil partene inngi et felles tilbud fremfor egne tilbud, og på den måten begrenses både konkurransen dem imellom og antall konkurrerende tilbud i anbudskonkurransen. For det andre vil partene måtte sette en felles pris på deres felles tilbud, og derfor er det også tale om et prissamarbeid.

#### **EKSEMPEL 7:**

*I 2016 ilet Konkurransetilsynet to bedrifter bøter for inngivelse av felles tilbud på en kontrakt om utkjøring, behandling og slutthåndtering av slam fra fire kloakkanlegg i Bergen. Samarbeidet hadde eliminert konkurransepresset partene hadde på hverandre, redusert antall tilbydere i konkurransen og hadde som sentralt element å fastsette felles pris.*

#### **EKSEMPEL 8:**

*To danske bedrifter innenfor veimarkering innga et felles tilbud, selv om de kunne inngitt egne. De ble ilagt bot av det danske konkurransetilsynet, og avgjørelsen ble opprettholdt av ankeinstansen i 2016. Ankeinstansen sa at selv om samarbeidet ikke var en klassisk kartellavtale om prissamarbeid, så hadde det eliminert konkurransen mellom partene, og hadde derfor som formål å begrense konkurransen.*





Høyesterett skal våren 2017 ta stilling til dette i en sak hvor to taxiselskaper innga felles tilbud i en anbudskonkurranse, selv om de kunne inngitt egne tilbud. I den sammenheng kom EFTA-domstolen i desember 2016 med en rådgivende uttalelse til Høyesterett. I uttalelsen ble det slått fast et utgangspunkt om at slike former for samarbeid er ulovlig, først og fremst fordi partene må samarbeide om priser. Slike uttalelser fra EFTA-domstolen skal tillegges vesentlig vekt av norske domstoler, så det er forventet at dette blir en sikker regel etter Høyesteretts behandling av saken.

### 3.7 Begge partene kan inngi tilbud alene

Entreprenørselskap som vil vurdere samarbeid med andre foretak i bransjen om fellestilbud, bør gjennomgå følgende prosess:

#### 3.7.1 Fasen hvor prosjektsamarbeid vurderes

- Foretaket bør først vurdere sin egen evne til å delta i prosjektet og hvilke behov som må dekkes av en samarbeidspart, og herunder kartlegge mulige samarbeidspartnere og dokumentere denne vurderingen. Det bør avklares om samarbeidet skal ha som fundament at et eller begge (evt. alle) deltakerne kunne inngitt tilbud selv eller ikke.
- Deretter kontaktes potensielle samarbeidspartnere på ledelsesnivå med anmodning om en konfidensiell avklaring av om det er kommersiell interesse og rettslig grunnlag for prosjektsamarbeid. Denne prosessen bør kunne dokumenteres, slik at den ikke i ettertid kan misforstås som et forsøk på ulovlig fordeling av oppdrag eller lignende.
- Dersom det viser seg å være kommersiell interesse for å inngi et felles tilbud, bør partene avklare overfor hverandre hva de anser som sitt rettslige og faktiske grunnlag for samarbeidet og sikre at det etableres den nødvendige dokumentasjon for vurderingen.
- Dokumentasjon av vurderingen er viktig, og om nødvendig, kvalitetssikres hos eksterne rådgiver.



- Utveksling av informasjon om kapasitet med mer i forbindelse med denne innledende kartleggingsprosessen bør begrenses til det nødvendige. Med dette mener vi at personer i foretakene som skal delta i utarbeidelsen av tilbudene i prosjektet og i andre sammenlignbare prosjekter i perioden, ikke bør få tilgang til opplysninger fra en konkurrent. Dette gjelder opplysninger som er gitt med sikte på å vurdere om prosjektsamarbeid er mulig, i den grad opplysningene normalt behandles som forretningshemmeligheter.
- Det bør avklares om samarbeidet skal være eksklusivt eller ikke, altså om en eller begge parter skal ha adgang til å gi (eller være med å gi) tilbud på samme prosjekt sammen med andre. Som utgangspunkt er det lov å avtale at samarbeidet skal være eksklusivt. Unntak gjelder dersom leveranse fra en av partene er nødvendig for andre som vil gi tilbud på statens prosjekter.
- Dersom et foretak deltar i flere konsortier som vil by på samme prosjekt (for eksempel som underleverandør), er det vesentlig at dette foretaket ikke bidrar til å dele informasjon mellom de ulike konsortiene. Vær oppmerksom på at oppdragsgiver har mulighet for å utelukke slike modeller gjennom betingelser i konkurransegrunnlaget
- Dersom en slik modell etableres, er det fornuftig å informere oppdragsgiver om dette. Det bør etableres konfidensialitetsavtaler med eventuelle underleverandører eller partnere som skal delta i flere fellestilbud.

- Informasjonsutveksling og diskusjon av markedsstrategier må ikke på noe tidspunkt utvides til å gjelde annet enn det mulige fellesprosjektet.

### 3.7.2 Når samarbeid om tilbudsgivning er etablert

- Når samarbeid er etablert, kan opplysninger gis til de som skal arbeide med tilbudet, men bare om forhold som er relevante for tilbudet og i den grad det er nødvendig for å realisere fellesprosjektet.
- Medarbeidere som arbeider på tilbudsteamene bør gis god veiledning, både om hva som er rammene for samarbeidet og hvilken informasjonsutveksling de kan gjøre.
- Informasjonsutveksling og diskusjon av markedsstrategier må ikke på noe tidspunkt utvides til å gjelde annet enn det mulige fellesprosjektet. Medarbeiderne bør orienteres om at de ikke kan gjenbruke partneres forretningshemmeligheter i andre sammenhenger.
- Det bør vurderes om dette innebærer at medarbeidere ikke kan regne på andre prosjekter i en periode etter fellesprosjektet.
- Konkurransesensitiv informasjon som utveksles i forbindelse med prosjektarbeid bør oppbevares med tilgangskontroll og eventuelt slettes etter bruk av mottaker, slik at den ikke kan gjenbrukes i forbindelse med andre oppdrag etter gjennomføringen av konkurransen.



### 3.7.3 Oppfølging i forhold til oppdragsgiver ved prosjektsamarbeid

- Tilbyderne bør orientere oppdragsgiver om at de vil inngi felles tilbud iht. de prosedyrer anskaffelsesreglene og den enkelte prosess trekker opp for dette.
- Et samtykke til samarbeidet i form av prekvalifisering av et konsortium eller prosjektfelleskap har bare betydning for deltakelsen i den videre konkurransen om oppdraget (man vil ikke bli avvist), og ikke hvorvidt samarbeidet i konsortiet er lovlig i forhold til konkurranseloven.
- Oppdragsgiver kan avvise tilbydere som lanserer fellestilbud fra konkurransen dersom oppdragsgiver finner at fellestilbudet begrenser konkurransen om oppdraget i strid med konkurranseloven. Tilbyderne bør derfor ha dokumentasjon for sin egevaluering om at fellestilbudet er i samsvar med konkurranseloven (fortrinnsvis før prekvalifiseringen der det er

aktuelt). Tilbyderne kan selvfølgelig bestride en eventuell avvisning rettslig etter ordinære regler om dette, men med den prosessrisiko man har i slike saker.

- Spørsmål om konkurransen åpner for fellestilbud kan tas opp i forbindelse med "spørsmål og svar" der konkurransegrunnlaget er uklart, men tilbyderne må være innforstått med at oppdragsgiver på vegne av samfunnet ikke kan godkjenne et konkurransebegrensende samarbeid mellom to tilbydere. Og uansett ikke kan eller vil svare avklarende på alle spørsmål.
- Som den store praktiske hovedregelen vil tilbydere som vurderer å inngå fellestilbud heller ikke kunne forelegge sine planer for Konkurransetilsynet for avklaring. Konkurransetilsynet understreker konsekvent at det er opp til markedsaktørene selv å tilpasse seg konkurranselovgevingen.

#### EKSEMPEL 9:

*Entreprenørene A og B ble på grunn av tidligere brudd på konkurranseloven avvist fra et senere anbud om asfaltering i Trøndelag utlyst av Statens vegvesen.*

### 3.7.4 Dokumentasjonskrav m.m

- Dersom tilbyderne har behov for å basere seg på noen av konkurranserettens unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, er det deltakerne i samarbeidet som må kunne dokumentere at unntaksregelen er anvendelig. Hvor omfattende

dokumentasjonen bør legges opp, må vurderes konkret. Uansett er poenget å ha bevis for at lovens vilkår for samarbeid mellom tilbydere faktisk er oppfylt.

- I slike tilfeller er det alltid nødvendig å kvalitetssikre dokumentasjonen med ekstern rådgiver.

- Bistand fra en uavhengig tredjemann i forbindelse med utarbeidelsen av selve tilbudet kan være et alternativ for å sikre kontroll over informasjonsutveksling og omfanget av diskusjoner av markedsstrategi, men det er ikke en forutsetning.
- Vinner man oppdraget, kan et alternativ være å etablere et eget selskap for utføring av oppgaven, for på den måten å begrense risikoen for at samarbeidet får uønskede ringvirkninger i deltakernes øvrige virksomhet. Det er ingen plikt til dette, og det må undersøkes om konkurransegrunnlaget gir rom for en slik løsning.



## 4 / Informasjonsutveksling

---

- Informasjonsutveksling kan medføre konkurransemessige problemer fordi det:
  - Øker gjennomsiktigheten i markedet på en unaturlig måte, og gjør det enklere for foretak å koordinere sin markedsadferd.
  - Reduserer usikkerheten om konkurrenters markedsopptreden eller medfører at konkurrenter oppfatter usikkerhetsmomenter på samme måte.
  - Fungerer som en overvåkningsmekanisme.
  - Utelukker aktører som ikke deltar i informasjonsutvekslingen fra markedet, noe som kan hindre nye aktører i å etablere seg.

Informasjonsutveksling er forbudt dersom formålet eller virkningen av utvekslingen er å begrense konkurransen.

Forbudet rammer uavhengig av form:

- Såkalt ensidig informasjonsutveksling.
- Uoffisielle og offisielle samtaler mellom konkurrenter.
- E-poster.
- Statistikk-samarbeid og andre former for informasjonsutveksling via tredjeparter.

Forbudet rammer både regelmessig informasjonsutveksling og enkeltstående tilfeller.

Det er i praksis alltid forbudt å utveksle informasjon om fremtidige priser og volum.

Utteksling av annen kommersiell sensitiv informasjon er forbudt grunnet den negative effekten f. eks. informasjon om markedsstruktur.

Kommersiell sensitiv informasjon omfatter:

- All informasjon relatert til prising, samt salgs- og innkjøpsbetingelser for produkter.
- Informasjon knyttet til kostnader og kostnadsstruktur.
- Informasjon om kunder.
- Informasjon om forskning og utvikling, herunder informasjon om oppskrifter, produksjonsmetoder og investeringer.
- Informasjon om markedsføring.

### EKSEMPEL 10:

*Taktekere utvekslet informasjon om prisene i en anbudskonkurranse i forkant av tilbudsfristen. Det var kun ett enkeltstående tilfelle av informasjon per epost. Ved inngivelse av anbud, visste derfor den ene om den andres prisvurderinger. Konkurransetilsynet ila bøter på henholdsvis 350 000 og 1 200 000 kroner.*

## 5 / Standardisering

---

■ Standardavtaler har normalt en betydelig positiv samfunnsøkonomisk virkning. Åpne standardavtaler bidrar til enklere forhandlinger, ryddige avtaleforhold og reduserte konflikter. En standardavtale må imidlertid ikke utgjøre en etableringshindring for nye aktører og en forskjellsbehandling av aktørene ved å hindre en effektiv tilgang til standarden.

Med standardiseringsavtaler menes for eksempel avtaler som stiller opp tekniske krav eller kvalitetskrav for produkter eller produksjonsmetoder, og inkluderer

vilkår om tilgang til et bestemt kvalitetsmerke eller godkjenning av en standardiseringsmyndighet. En slik standardiseringsavtale vil imidlertid kunne ha en konkurransebegrensende effekt for eksempel ved bortfall av priskonkurranse eller avskjerming av markedet samt hindring av effektiv tilgang til standarden.

Standardbetingelser for kjøp og salg kan rammes av konkurransebegrensende avtaler i konkurranselovens § 10.

## 6 / Bransjeorganisasjonens rolle

---

■ Et samarbeid i anbudskonkurranse kan inngås både på bakgrunn av et selvstendig initiativ mellom foretak, men kan også begrunnes i et initiativ tatt av en bransjeorganisasjon.

Forbudet i konkurranseloven § 10 omfatter «beslutninger foretatt av sammenslutninger av foretak». Ulike

bransjeorganisasjoner, som EBA, er typiske eksempler på foretakssammenslutninger. Forbudet innebærer at også bransjeorganisasjonenes vedtak og beslutninger kan være brudd på konkurranseloven § 10. At bransjeorganisasjonene omfattes av forbudet i § 10 innebærer at de kan ilegges overtredelsesgebyr og holdes ansvarlig dersom det konstateres brudd på loven.

### **EKSEMPEL 11:**

*Kristiansand Håndverkerforening gikk inn for å øke lønnsomheten ved å øke medlemmenes timepriser. I brevet til medlemsbedriftene het det: «Ingen seriøse bygghåndtverksbedrifter burde fakturere mindre enn 250,- + mva pr. time. La dette være målsettingen. Opp med prisene!!!. Det er ikke flaut å tjene penger.»*

*Formannen uttalte til NHOs medlemsavis: «Hvis byggaktiviteten nå øker uten at vi får en tilsvarende økning i timeprisen, går bygghåndtverksfagene en tragisk tid i møte. Minstepris bør være 250 kroner». Foreningen ble bøtelagt, men formannen ble frifunnet.*

En bransjeforening har gjerne retningslinjer og anbefalinger til sine medlemmer. Slike retningslinjer vil utgjøre «beslutninger foretatt av sammenslutninger» og potensielt falle inn under forbudet i § 10.

Dette innebærer som den absolutte hovedregel at bestemmelser/vedtekter som for eksempel sier at medlemmer ikke skal konkurrere med hverandre innen spesifikke geografiske områder (geografisk markedsdeling) eller ikke skal konkurrere med hverandre innen enkelte produkter (produktdeling) vil være lovstridig.

Det samme gjelder retningslinjer eller skriv fra bransjeforeninger som oppfordrer til å heve prisene eller ulovlig anbudssamarbeid. Som eksempel nevnes at bransjeorganisasjoner bestemmer hvilket medlem sin tur det er å vinne anbudskonkurransen (anbudsrotasjon), hvem som skal avstå fra å inngi tilbud eller lignende. En bransjeorganisasjon kan også legge til rette for ulovlig prosjektsamarbeid, eksempelvis ved at et ulovlig felles tilbud mellom medlemmene inngis av bransjeorganisasjonen. Mer om inngivelse av felles tilbud under kapittel 3.

#### **EKSEMPEL 12:**

*I Danmark hadde en bransjeforening inngitt et felles tilbud på vegne av sine medlemmer i en anbudskonkurranse vedrørende vintertjenester (bla. snøbrøyting). Prosjektet var delt inn i delprosjekter, og bransjeforeningens medlemmer kunne inngitt selvstendige tilbud på disse delprosjektene. Bransjeforeningen innga tilbud, fastsatte prisen på tilbudet og fordelte enkeltoppdragene mellom medlemmene i etterkant av tildelingen. Bransjeforeningen ble i 2014 bøtelagt for priskoordinering og markedsdeling.*

Markedsanalyser som gjennomføres av bransjeorganisasjoner og distribueres til alle medlemmene kan også under gitte vilkår være i strid med § 10. Der som markedsanalyser gjør at alle aktørene sitter med vesentlig informasjon om hverandres aktuelle priser og omsetning, vil dette medføre at man kan tilpasse sin atferd etter sine konkurrenter og reagere raskt på prisendringer. Det vil dermed kunne utgjøre en konkurransebegrensende virkning i markedet.

Det er spesielt viktig at møtevirksomhet i bransjeforeninger ikke omfatter utveksling av salgsopplysninger eller andre konkurransefølsomme opplysninger til andre medlemmer. Det er viktig å ha generelle retningslinjer for hvordan konkurranse-

sensitive saker behandles i bransjeforeningen og å ha en klar agenda samt referat fra det som har vært behandlet.

Hvis medlemmer drøfter ulovlige temaer, må den enkelte møtedeltaker som ikke inkluderes sørge for å motsette seg diskusjonen. Det anbefales at man forlater møtet samt krever at beslutningen om å forlate møtet registreres i møterefateratet.

## 7 / Sjekkliste – prosjektsamarbeid

---

### Overordnet problemstilling

- Kan begge foretak inngi tilbud alene? - Ikke adgang til samarbeid
- Kan ingen av foretakene inngi tilbud alene? - Adgang til samarbeid
- Kan et av foretakene inngi tilbud alene, og det andre ikke? - I utgangspunktet adgang til samarbeid, men virkningen på konkurransen må vurderes. Søk råd.

### Sjekkliste

- ✓ Kan foretaket realistisk gjennomføre prosjektet alene?  
Hvis ja, avstå fra samarbeid.
- ✓ Kan den/de andre deltagerne i samarbeidet realistisk gjennomføre prosjektet alene.  
Hvis ja, søk råd hos advokat.
- ✓ Søk i alle tilfeller å handle i tråd med de neste punkter:
- ✓ **Argumenter som taler for dette prosjektsamarbeidet**  
Forklar i detalj hvilke krav i konkurransegrunnlaget foretaket ikke kan oppfylle selv, for eksempel påkrevde ressurser, kvalitetskrav, tidsplan etc., og hvorfor foretaket ikke oppfyller disse. Angi også andre grunner til at samarbeidet er nødvendig, for eksempel behov for risikodeling eller finansielle årsaker. Sørg for tilstrekkelig dokumentasjon.



✓ **Argumenter for å velge den partneren som er foreslått**

Forklar i detalj hvordan deltakeren utfyller hverandres kompetanse/mangel på kompetanse. Sørg for dokumentasjon.

✓ **Argumenter knyttet til fordeler for kunden**

Forklar i detalj hvilke fordeler kunden vil oppnå ved samarbeidet, for eksempel kvalitetsforbedringer eller besparelser. Der en eller flere av deltagerne kunne ha gjennomført prosjektet hver for seg, slik at et samarbeid må basere seg på dette alene (unntaket i § 10., 3. ledd), må dette vurderes av advokat. Sørg for dokumentasjon eller bevis på fordelene.

✓ Har foretaket andre samarbeidsprosjekter med samme partner?

Hvis ja, må forholdet vurderes av advokat.

✓ Hvordan er ansvar for økonomistyring og regnskapsførsel fordelt mellom partene?





**Entreprenørforeningen - Bygg og Anlegg**

Middelthuns gate 27, 0368 Oslo,

Postboks 5485 Majorstuen 0305 Oslo.

Tel: 2308 7500

E-post: [firmapost@eba.no](mailto:firmapost@eba.no)

[www.eba.no](http://www.eba.no)

**EBA**

ENTREPRENØRFORENINGEN  
BYGG OG ANLEGG