

Del 8: Veileder om konkurranse- rettslige skranker for prosjektsam- arbeid/arbeidsfellesskap

Overordnet problemstilling og sjekkliste

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

- Kunne foretaket realistisk ha gjennomført prosjektet alene?
Ja/nei. Hvis ja avstå fra samarbeid.
- Vurdering av om den/de andre deltagerne i samarbeidet kunne gjennomført prosjektet alene.
Hvis ja, søk råd hos advokat
- 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.
- Argumenter for å velge den partneren som er foreslått.
Forklar i detalj hvordan deltakeren utfyller hverandres kompetanse/mangel på kompetanse.
- 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 alene, slik at et samarbeid må basere seg på dette alene (unntaket i § 10., 3. ledd), må dette vurderes av advokat.
- Har foretaket andre samarbeidsprosjekter med samme partner?
Hvis ja, må forholdet vurderes av advokat.
- Hvordan er ansvar for økonomistyring og regnskapsførsel fordelt mellom partene?

Innhold

1 INNLEDNING.....	3
1.1 FORHOLDET TIL OPPDRAGSGIVER.....	3
2.1 DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT I ET NØTTESKALL: ET SKILLE MELLOM NØDVENDIGE OG UNØDVENDIGE SAMARBEIDER	4
2.2 DERSOM INGEN AV PARTENE KAN GI TILBUD ALENE OG PROSJEKTSAMARBEIDET ØKER ANTALLET TILBUD TIL OPPDRAGSGIVER, ER SAMARBEIDET UTEN VIDERE LOVLIG.....	5
2.3 DERSOM EN AV PARTENE KAN GI TILBUD ALENE, DEN ANDRE IKKE KAN OG DISSE I FELLESSKAP INNGIR ET ANBUD MÅ DELTAKERNE VURDERE VIRKNINGEN AV SAMARBEIDET	6
2.4 DERSOM BEGGE PARTER KAN GI TILBUD ALENE OG ANTALLET TILBUD BEGRENSES GJENNOM PROSJEKTSAMARBEIDET, ER SAMARBEIDET I UTGANGSPUNKTET ULOVLIG.....	6
3.1 DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKTET.....	6
3.2 KRAV TIL SAMARBEIDSPARTNERNE MHT. DOKUMENTASJON.....	7
4. SÆRLIG OM BRUK AV EN KONKURRENT SOM UNDERLEVERANDØRER.....	8
4.1 DERSOM BEGGE KAN GI TILBUD ALENE, ER DEN SIKRE HOVEDREGELN AT DE IKKE KAN BRUKE HVERANDRE SOM UNDERLEVERANDØR	8
4.2 DERSOM BARE DEN ENE KAN GI TILBUD ALENE, KAN DEN ANDRE PÅ VISSE VILKÅR BRUKES SOM UNDERLEVERANDØR OG VICE VERSA	8
5. HVORDAN KAN ARBEIDET ORGANISERES OG DOKUMETERES - PRAKTISKE FORHOLDSREGLER VED SAMARBEID	8
5.1 FASEN HVOR PROSJEKTSAMARBEID VURDERES	8
5.2 DOKUMENTASJON AV VURDERINGENE BØR VÆRE ET DOKUMENT SOM MAN LEGGER I SKUFFEN, OG OM NØDVENDIG, KVALITETSSIKRER HOS EKSTERN RÅDGIVER.....	8
5.3 NÅR SAMARBEID OM TILBUDSGIVNING ER ETABLERT.....	9
5.4 OPPFØLGNING I FORHOLD TIL OPPDRAGSGIVER.....	9
5.5 DOKUMENTASJONSKRAV M.M.....	9

1 INNLEDNING

Denne veilederen tar for seg den problemstillingen at et eller flere foretak ønsker å inngi felles tilbud i en anbudskonkurranse. Problemstillingen er blitt aktualisert av at det fra oppdragsgivers side har det blitt gitt signaler om at kommende kontrakter vil kunne bli vesentlig større enn det som har vært vanlig i Norge. På bakgrunn av de ventede kontraktenes størrelse, samt oppdragsgivers signaler om produksjonstid, er det grunn til å anta at selv de største norske entreprenørene risikerer å mangle kapasitet eller å måtte sette inn alle sine ressurser i enkelte prosjekter for å kunne gjennomføre dem i samsvar med kontrakt. Det kan også tenkes tilfeller hvor flere prosjekter utlyses samtidig, og at aktørene ikke har kapasitet til å inngi forpliktende tilbud på alle. For mindre aktører vil det trolig ikke å være mulig å tilpasse seg de ventede oppdragenes størrelse gjennom tilpasninger innenfor egen organisasjon. På denne bakgrunnen vil det bli behov for større grad av samarbeid mellom entreprenører i Norge om å utføre oppdragene.

Samarbeid mellom aktører i samme bransje er som den store hovedregel utfordrende, og det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det innebærer at et samarbeid som var lovlig i et prosjekt, ikke nødvendigvis er lovlig hva gjelder et annet. Dersom aktører samarbeider om flere enkeltprosjekter, vil det være nødvendig å se på helheten når samarbeidets lovlighet vurderes. Denne veilederen gir en kort oversikt over de juridiske krav konkurranseloven stiller til EBAs medlemmer i denne situasjonen. Formålet er altså ikke å gi en uttømmende og presis redegjørelse for gjeldende rett eller de uklarheter som kan foreligge i regelverket. 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
- "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 af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler
<https://www.kfst.dk/~media/KFST/Konkurrence/Regler/Vejledninger/kommissionens%20retningslinjer%20for%20horisontale%20aftaler.pdf>

Foran veilederen ligger en **sjekkliste** for temaer det må tas stilling til forbindelse med inngivelse av felles tilbud, og noen kontrollspørsmål som bør stilles før man inngår et samarbeid.

Bruk av denne sjekklisten kan ikke erstatte den juridiske vurderingen som er nødvendig før konkurrenter bestemmer seg for å samarbeide om tilbudsgivning. Det er foretakets eget ansvar å vurdere og dokumentere at et samarbeid er lovlig. Det kan ikke påregnes forhåndstilsagn eller dispensasjoner fra tilsynet.

Målsetningen 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.5 råd om hvordan arbeidet med dette kan organiseres og dokumenteres.

1.1 Forholdet til oppdragsgiver

Oppdragsgiver har innflytelse på om det er behov for, og adgang til samarbeid mellom tilbydere. Dette gjøres gjennom de krav oppdragsgiver stiller i konkurransegrunnlaget, herunder f. eks:

- Kvalifikasjonskravene
- Minstevilkår i kontrakten
- Om konkurransegrunnlaget gir adgang til å by på deler av oppdraget
- Oppdragets størrelse
- Oppdragets tidsramme

Dersom oppdragsgiver tillater tilbyderne å tilby på deler av oppdraget, er et praktisk viktig spørsmål om tilbydere som hver for seg kunne gitt tilbud på delene likevel kan gi et felles tilbud på totalen. I prinsippet kan det være mulig. Det neste spørsmålet blir da om de aktuelle foretakene *både* kan gi et felles tilbud på totalen og individuelle tilbud på delene. Også dette *kan* etter en konkret vurdering være mulig, men det stiller store krav til gjennomføringen for at det ikke utveksles informasjon som begrenser konkurransen.

Selv om oppdragsgiver gjennom måten oppdraget utformes på kan skape behovet for prosjektsamarbeid på leverandørsiden, **er det likevel ikke oppdragsgiver** som til syvende og sist avgjør om de enkelte samarbeidskonstellasjonene er lovlige etter konkurranseloven. Bakgrunnen for dette er at konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid beskytter konkurransen i markedet som sådan, ikke den enkelte kunde eller markedsaktør. Et samtykke til samarbeidet i form av prekvalifisering av et konsortium eller prosjektfellesskap har derfor bare betydning for deltakelsen i den videre konkurransen om oppdraget (man vil ikke bli avvist), og ikke for lovligheten av samarbeidet i konsortiet i forhold til konkurranseloven.

2 PROBLEMSTILLING

To eller flere bedrifter i samme bransje blir enige om i fellesskap å gi anbud på et oppdrag. Det etableres en samarbeidsavtale mellom bedriftene.

2.1 Det rettslige utgangspunkt i et nøtteskall: Et skille mellom nødvendige og unødvendige samarbeider

Et prosjektsamarbeid må vurderes etter konkurranseloven § 10 som i første ledd forbyr avtaler "som har til **formål** eller **virkning** å hindre, innskrenke eller vri konkurransen".

EØS-avtalens artikkel 53 kommer til anvendelse dersom avtalen har betydning for samhandelen i EU/EØS-området. Bestemmelsen har i praksis det samme innholdet som konkurranseloven § 10 der den gjelder. Det er ikke tvil om at flere av prosjektene staten vil utlyse mht. veier og jernbane i 2016 vil ha en størrelse som gjør EØS-avtalens konkurranseregler anvendelig på eventuelle samarbeid mellom tilbyderne. Det betyr at både EFTAs Overvåkningsorgan og Konkurransetilsynet vil kunne føre tilsyn med tilbydernes opptreden i konkurransen.

Uansett hvilket regelverk som anvendes, kommer forbudsbestemmelsen bare til anvendelse på konkurransebegrensninger som er "*merkbare*". Et samarbeid mellom konkurrenter som har mindre enn 10 % markedsandel vil i regelen *ikke* antas å være merkbart for konkurransen og derfor ikke ulovlig, med mindre samarbeidet har til formål å begrense konkurransen.

Følgende utgangspunkt gjelder for prosjektsamarbeid:

Prosjektsamarbeid som har til **formål å begrense antallet tilbud** i en konkurranse vil være ulovlige uten at det er behov for å vurdere deres virkning i markedet. Den klare hovedregelen er at dersom begge parter som deltar i ett felles tilbud kunne gitt tilbud alene, vil tilsynet legge til grunn at samarbeidet har som "*formål*" (enkelt sagt: Går ut på) å begrense konkurransen, fordi det begrenser antallet tilbud oppdragsgiver får. Slike samarbeid anser tilsynet som ulovlige¹. Som klar hovedregel vil det heller ikke være rom for anvendelse av unntaksregelen i konkurranseloven § 10 tredje ledd, som tillater visse konkurransebegrensninger, i slike tilfeller.²

Ved fellestilbud som *ikke etter sitt innhold begrenser antallet tilbud på prosjektet*, må det derimot gjøres en vurdering av fellestilbudets **virkning** på konkurransen. Da blir det både plass for å vurdere om:

- en eventuell virkning på konkurransen er *merkbar* (hvilket som nevnt beror på partenes markedsandeler) og
- om det er grunnlag for å vurdere anvendelse av unntaksregelen i § 10 tredje ledd. Denne bestemmelsen gir hjemmel for merkbare konkurransebegrensninger dersom dette er nødvendige for å skape effektivitetsgevinster, disse deles med kunden, og deltakerne i samarbeidet ikke oppnår

¹ Denne tolkingen er ikke uomtvistet, og behandles i 2016 av Høyesterett og EFTA-domstolen. Avklaring vil ikke foreligge før EBAs medlemmer treffer sine valg i de forestående anbudskonkurransene.

² Det kan som nevnt være ulike syn på jussen mht dette. En sjekkliste av denne karakter må imidlertid ta utgangspunkt i standpunkt det er liten risiko for at norske konkurransemyndigheter vil bestride.

betydelig markedsrett gjennom samarbeidet.

2.2 Dersom ingen av partene kan gi tilbud alene og prosjektsamarbeidet øker antallet tilbud til oppdragsgiver, er samarbeidet uten videre lovlig

Hovedregelen

Dersom partene generelt sett er konkurrenter i det markedet prosjektet inngår i, men ingen av partene kan utføre oppdraget alene, vil konkurransen normalt ikke svekkes selv om partene samarbeider om anbudet. Tvert imot vil dette i de fleste tilfeller styrke konkurransen, ved at det frembringes et ekstra tilbud.

Spørsmålet blir da **om foretakene har reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt.**

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.

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 ressursbegrensninger 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.

Det kan være en rekke legitime grunner til at to entreprenørselskap 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.

Som eksempel på årsaker til at enkeltforetak ikke kan tilby leveranse alene, men trenger samarbeid med et annet, kan nevnes:

- Det enkelte foretaket har ikke den minsteomsetning eller finansielle kapasitet som oppdragsgiver krever i konkurransegrunnlaget.
- Det enkelte foretaket har ikke den erfaring oppdragsgiver krever i konkurransegrunnlaget.
- Det enkelte foretaket har ikke den geografiske rekkevidden oppdragsgiver krever i konkurransegrunnlaget.
- Det enkelte foretaket har ikke det utstyret eller de tekniske ressurser som er nødvendig for å utføre oppdraget.
- Det enkelte foretaket har ikke den tekniske eller øvrige kompetanse som er nødvendig for å utføre oppdraget.
- Det enkelte foretaket 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 som er nevnt ovenfor er ikke uttømmende. Entreprenørbedriftene må vurdere dette konkret i forhold til den enkelte konkurransen.

Et samarbeid som er nødvendig for at deltakerne i samarbeidet skal kunne inngå tilbud på et oppdrag, er i utgangspunktet lovlig. I nødvendighetskriteriet ligger en viktig kvalifikasjon, samarbeidet er bare lovlig *i den utstrekningen det er nødvendig*. Det har en del praktiske konsekvenser:

- 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 inngå tilbud alene.
- Foretak som skal samarbeide om ett enkelt prosjekt, kan ikke samarbeide om sin markedsatferd for øvrig, som f.eks. prising, fordeling av andre oppdrag eller markeder.

- De kan heller ikke gi hverandre sensitive opplysninger om egen markedstilpasning utenfor det konkrete prosjektet (f.eks. mht. priser, kalkylemodeller, ordrebeholdning, ledig kapasitet eller lignende) som kan gjøre det mulig for mottaker å forutsi og tilpasse seg dette i sin egen markedsatferd.

2.3 Dersom en av partene kan gi tilbud alene, den andre ikke kan og disse i fellesskap inngir et anbud må deltakerne vurdere virkningen av samarbeidet

Dersom et foretak som kan utføre prosjektet alene samarbeider med et annet som ikke kan utføre prosjektet alene, vil konkurransen normalt ikke begrenses ved at de inngir ett felles anbud. En slik løsning vil verken øke eller redusere antallet tilbud som inngår i konkurransen.

Konkurransetilsynet har i sin veiledning om prosjektsamarbeid likevel 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 de har som konsekvens at *andre samarbeidskonstellasjoner i markedet utelukkes*. Konkurransetilsynet nevner i sin veileder at et prosjektsamarbeid som fører til at oppdragsgiver kun mottar ett tilbud i stedet for to vil være ulovlig. Spørsmål som må vurderes er:

- Hvor mange andre tilbydere det er realistisk å regne med i forhold til 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.
- Hvilken markedsandel de enkelte tilbyderne har. Jo større markedsandel deltakerne i fellestilbudet har, jo større er risikoen for at samarbeidet kan begrense konkurransen. Et samarbeid mellom to jevnstore aktører med samlet høy markedsandel gir større risiko enn et samarbeid mellom et foretak med høy markedsandel og en mer marginal aktør.
- Bringer samarbeidet sammen komplementær teknologi eller kompetanse.
- Gir samarbeidet grunnlag for stordriftsfordeler. Dette vil også kunne styrke priskonkurransen og effektiviteten i leveransen uansett om en av deltakerne kunne ha utført oppdraget alene, i hvert fall hvis det er en tilstrekkelig høyt antall tilbydere som konkurrerer om oppdraget.
- I prosjekter av den størrelsen som er varslet utlyst mht. norsk vei- og jernbaneutbygging i 2016, er det grunn til å anta at det vil kunne komme tilbud fra entreprenører fra store deler av Europa. Avgrensningen av det markedet prosjektene inngår i bør først gjøres når konkurransegrunnlagene faktisk er kjent. Det er 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 i forhold til et slik marked antallet potensielle tilbydere og markedsandeler må vurderes.

2.4 Dersom begge parter kan gi tilbud alene og antallet tilbud begrenses gjennom prosjektsamarbeidet, er samarbeidet i utgangspunktet ulovlig

Dersom begge parter kan gi tilbud alene, er den praktiske hovedregel at det er forbudt å gi felles tilbud. Et slikt samarbeid vil tilsynet legge til grunn at har som "formål" å begrense konkurransen³, fordi det begrenser antallet tilbud oppdragsgiver får. Det vil i slike tilfeller ikke være nødvendig å sannsynliggjøre at begge foretakene faktisk også ville ha inngitt et eget anbud.

3. MULIGHETEN TIL Å INNGÅ KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID IHT. UNNTAKSREGELEN I KONKURRANSELOVEN § 10 TREDJE LEDD

3.1 Det rettslige utgangspunktet

Ved et prosjektsamarbeid som i utgangspunktet er konkurransebegrensende vil fordelene ved samarbeidet kunne veie opp ulempene. Selv om de samarbeidende bedriftene er konkurrenter, vil de derfor kunne gjennomføre samarbeidet dersom følgende vilkår oppfylles:

1. det skapes *effektivitetsgevinster* gjennom samarbeidet (gis et mer konkurransedyktig tilbud enn de samarbeidende bedriftene ville kunne gjøre hver for seg), og
2. dette kommer *brukerne til gode*, og
3. samarbeidet ikke går lenger enn det som er *nødvendig* for å skape effektivitetsgevinstene, og

³ Konkurransetilsynets veileder om prosjektsamarbeid avsnitt 38.

4. konkurransen ikke utelukkes på en vesentlig del av markedet.

3.2 Krav til samarbeidspartnerne mht. dokumentasjon

Det er de samarbeidende bedriftene selv som må kunne påvise at alle disse fire vilkårene er oppfylt. Dette er en kompleks vurdering.

For å godtgjøre at et konkurransebegrensende samarbeid medfører *effektivitetsgevinster*, må deltakerne kunne fremlegge etterprøvbare dokumentasjon for følgende forhold:

- Effektivitetsgevinstenes art, herunder om det gjelder:
 - Kvantitative effektivitetsgevinster: Synergier, stordriftsfordeler, breddefordeler, bedre produksjonsplanlegging og kapasitetsutnyttelse
 - Kvalitative effektivitetsgevinster: Raskere veitbygning som gir grunnlag for større effektivitet i alle sektorer som bruker veinettet
- Årsakssammenhengen mellom avtalen og effektivitetsgevinstene
- Sannsynligheten for, og størrelsen på de fremtidige effektivitetsgevinstene. Dette er selvsagt enklest mht. kostnadsbesparelser, men det er nødvendig å gjøre tilsvarende vurderinger hvis poenget er annet enn kostnadsbaserte effektivitetsgevinster, f.eks. i form av bedre løsninger.
- Når og hvordan effektivitetsgevinstene oppstår.

Kravet om at fordelene skal komme *brukerne* til gode, vil kunne oppfylles både i form av fordeler som kommer den offentlige kjøper til gode (f. eks. i form av lavere priser) og i form av fordeler for brukerne (f. eks. i form av at bedre infrastruktur etableres raskere, at fremkommeligheten under arbeidet er bedre eller lignende).

For å godtgjøre at samarbeidet er *nødvendig* for å realisere effektivitetsgevinstene, er det tilstrekkelig å vise hvorfor andre alternativer vil være betydelig mindre effektive.

- For tilbydere som samarbeider om et fellestilbud, vil det være legitimt å avtale at de ikke skal presentere individuelle tilbud på samme oppdrag også. Derimot vil det ikke være nødvendig og derfor heller ikke lovlig å avtale hva man skal gjøre mht. andre oppdrag i markedet.
- Antallet konkurrenter som kan delta i et samarbeid om et fellesprosjekt, begrenses til det som er nødvendig for å realisere effektivitetsgevinstene.
- Deltakerne i samarbeidet må også kunne godtgjøre at samarbeidet ikke fører til utelukkelse av konkurransen. I denne sammenhengen skal konkurranse fra tilbydere som faktisk opptrer i samme marked og fra de som potensielt kan gjøre det tas med i betraktningen. Vurderingen må se hen til virkninger for det konkrete oppdraget samt i markedet for øvrig.

3.3 Vil foretakene oppnå trygghet for sine vurderinger av om de er dekket av unntaket?

Konkurransetilsynets retningslinjer om prosjektsamarbeid sier at det i praksis er svært vanskelig å komme inn under unntaksbestemmelsen ved samarbeid mellom to aktører som hver for seg kunne gitt tilbud.

I praksis innebærer dette at det er i situasjonen som er beskrevet under pkt. 2.2 ovenfor at det kan være mulig å bygge et prosjektsamarbeid på kriteriene i unntaksbestemmelsen, dvs i situasjoner hvor en av partene kan gi tilbud alene, men den andre ikke kan, og partene gir ett felles anbud. Dersom partene hver for seg kunne gitt tilbud alene, men kan gi et **bedre tilbud** sammen, blir vurderingen mer krevende. Uansett må deltakerne gjøre seg i stand til å kunne dokumentere at vilkårene for anvendelse av unntaksregelen (hvorav bare noen hovedpoenger er nevnt i sjekklisten over) er oppfylt.

Hvis man baserer seg på unntaksbestemmelsen for å inngå samarbeid: Søk råds hos advokat.

4. SÆRLIG OM BRUK AV EN KONKURRENT SOM UNDERLEVERANDØRER

4.1 Dersom begge kan gi tilbud alene, er den sikre hovedregelen at de ikke kan bruke hverandre som underleverandør

Konkurransetilsynets veileder minner om at prosjektsamarbeid også kan gjennomføres ved bruk av underleverandører i stedet for gjennom etablering av likeverdig partnerskap. I utgangspunktet vil vurderingen av samarbeidet i forhold til konkurranseloven være den samme i begge tilfeller. Det betyr at et foretak som kan gi tilbud alene, ikke kan bruke et annet foretak som kan gi tilbud alene som underleverandør ved budgivning.

4.2 Dersom bare den ene kan gi tilbud alene, kan den andre på visse vilkår brukes som underleverandør og vice versa

Dersom ett eller begge foretak ikke kan inngi tilbud alene, kan et alternativ være å bruke det annet som underleverandør. Hvis begge gjør et slikt valg, vil det kunne medføre at det inngis to tilbud fra denne konstellasjonen, hvor A er underleverandør i Bs tilbud og B er underleverandør i As tilbud. Konkurransetilsynet vil i slike saker legge til grunn at foretakene er å anse som faktiske konkurrenter fra det tidspunktet avtale om underleveranse muliggjør inngivelse av et selvstendig tilbud, og kreve at samarbeidet utformes og utføres på en måte som *i minst mulig grad* begrenser konkurransen. Det betyr bl.a. at informasjonsutveksling mellom tilbyderne må begrenses.

- Foretakene som vil legge inn tilbud på de store vei- og jernbaneprosjektene vil normalt kunne innhente tilbud fra flere potensielle underleverandører uten at dette vil være i strid med loven. Grunnen er at foretakene på dette stadiet verken er faktiske eller potensielle konkurrenter for så vidt gjelder det store prosjektet.
- Hvis de innledende undersøkelsene resulterer i et samarbeid (ensidig/gjensidig underleveranse), må imidlertid informasjonsutvekslingen deretter begrenses til det som er strengt nødvendig for den enkelte underleveranse. Det er ikke tillatt å utveksle informasjon om andre priser og kostnader enn de som inngår i tilbudet om underleveransen. Samarbeidet må gjennomføres uten andre begrensninger på konkurransen enn nødvendig.

5. HVORDAN KAN ARBEIDET ORGANISERES OG DOKUMENTERES - PRAKTISKE FORHOLDSREGLER VED SAMARBEID

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

5.1 Fasen hvor prosjektsamarbeid vurderes

- Foretaket bør først vurdere sin egen evne til å delta i prosjektet og hvilke behov som må dekkes av en samarbeidsparter, 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.

5.2 Dokumentasjon av vurderingene bør være et dokument som man legger i skuffen, og om nødvendig, kvalitetssikrer hos ekstern rådgiver

- Utveksling av informasjon om kapasitet med mer i forbindelse med denne innledende kartleggingsprosessen bør begrenses til det nødvendige, og bare gis til et "clean team" lignende det man oppretter i forbindelse med vurdering av transaksjoner. Med dette mener vi

at personer i foretakene som skal delta i utarbeidelsen av tilbudene i prosjektet og i andre sammenlignbare prosjekt i perioden, ikke bør få tilgang til opplysninger fra en konkurrent 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.

5.3 Når samarbeid om tilbudsgivning er etablert

- Når samarbeid er etablert, kan opplysninger gis til dem 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, 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 partners 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.

5.4 Oppfølging i forhold til oppdragsgiver

- Tilbyderne bør orientere oppdragsgiver om at de vil inngi felles tilbud iht. de prosedyrer anskaffelsesreglene og den enkelte prosess trekker opp for dette.
- 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 egnevaluering 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 ikke på vegne av samfunnet 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 konkurranselovgivningen.

5.5 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 bidra til å ha 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 utføringen 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.