



SVENSSON
NØKLEBY





Samarbeid i anbudsprosesser Hva er tillatt?

Advokat Mats Ola Harberg
Svensson Nøkleby Advokatfirma ANS

Næringsforeningen i Drammensregionen, Chamber of Commerce 6. februar 2018



Nytt sykehus – prosjektsamarbeid?

- Byggingen av nytt sykehus i Drammen kan gjøre det aktuelt for bedrifter å samarbeide om å inngi felles tilbud i de anbudskonkurransene som skal utlyses (samarbeid i enkeltstående prosjekter).
- Hvorfor?
 - For å i det hele tatt kunne levere
 - Bedriftene har samlet økt konkurransekraft gjennom et bredere tjenesteutvalg
 - Bedriftene har komplementære kompetanseområder
 - Bedriftene har muligheten til å inngi et økonomisk bedre tilbud
 - Ønskelig for å fordele risikoeksponeringen i større kontrakter
 - Annet



Prosjektsamarbeid

- Det har vært en debatt den siste tiden om når denne type prosjektsamarbeid er lovlig, særlig innen bygg og anlegg.
- Høyesterett avsa i juni 2017 en avklarende dom, men det kan fortsatt være vanskelig å vurdere om et prosjektsamarbeid er lovlig i det enkelte tilfellet.
- Vi skal gjøre en forenklet gjennomgang av dagens rettstilstand, slik at dere er bedre rustet til å gjøre de riktige vurderingene dersom et prosjektsamarbeid blir aktuelt.



Konkurranselovgivningen

- Konkurranselovgivningen har til formål å fremme konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.
- Usikkerhet om hva konkurrentene gjør gir økt konkurranse, og fører igjen til innkjøp med lavere kostnad og/eller økt kvalitet. Konkurranse forutsetter at aktørene i markedet på selvstendig grunnlag fastsetter sin markedsatferd.



Utgangspunktet

- Forbud mot konkurransebegrensende samarbeid - Konkurranseloven § 10 første ledd:

«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 (...)»

- Et prosjektsamarbeid kan virke konkurransebegrensende fordi det reduserer antallet faktiske eller potensielle tilbydere. Dette undergraver grunnideen med anbud - ønsket om konkurranse.



Follosaken



Høyesterett i 2017(HR-2017-1229-A):

Saken gjaldt et samarbeid mellom Ski Taxi og Follo Taxi gjennom det felleseide selskapet Ski Follo Taxidrift. Partene innga felles tilbud til Oslo Universitetssykehus i to anbudskonkurranser om kjøp av pasientreiser.

Konkurransetilsynet mente at partene kunne inngitt tilbud alene i begge konkurransene, og dermed var konkurrenter. Samarbeidet ble derfor ansett å ha konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10.

Follosaken



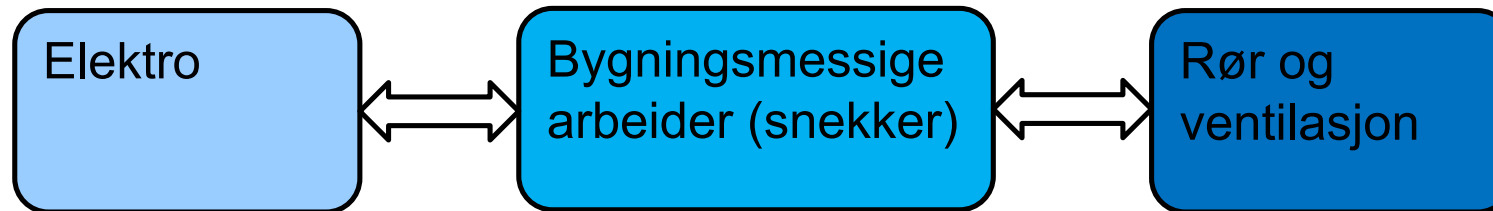
Høyesterett var enig i Konkurransetilsynets vurdering, samarbeid mellom to aktører som kan inngi selvstendige tilbud er i utgangspunktet ulovlig.

Høyesterett uttalte også at partenes hensikt ikke er avgjørende, men at samarbeidet skal bedømmes objektivt.

Det har videre ikke betydning om prosjektsamarbeidet skjer åpent overfor oppdragsgiveren.

Når er prosjektsamarbeid lov?

- Samarbeid mellom bedrifter som ikke er konkurrenter er lov:



- Disse bedriftene er ikke konkurrenter i samme marked og kan levere tilbud sammen.
- Konkurranselovgivningen gjelder heller ikke for bedrifter innenfor et konsern.

Når er prosjektsamarbeid lov?

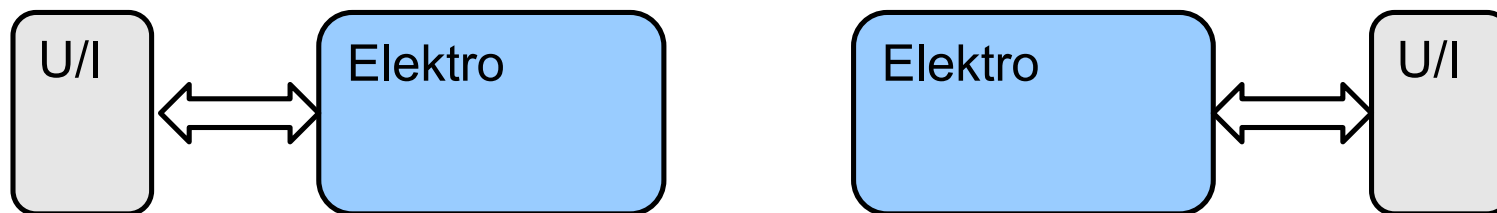
- Samarbeid mellom bedrifter som er konkurrenter:



- Dersom bedriftene kan levere tilbud på kontraktene alene, kan de i utgangspunktet ikke samarbeide om et felles tilbud.

Når er prosjektsamarbeid lov?

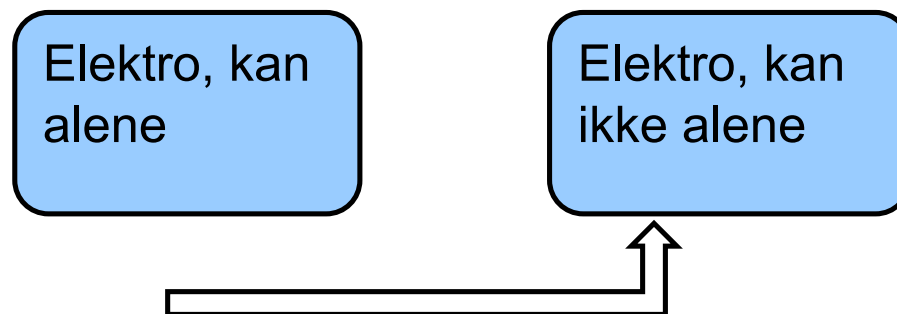
- Eks: Ingen av bedriftene kan levere tilbud alene, men kan det med en begrenset utvidelse av kapasitet eller innleie:



- Dersom bedriftene enkelt kan utvide kapasiteten/leie inn, kan de i utgangspunktet ikke samarbeide om et felles tilbud. Konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Når er prosjektsamarbeid lov?

- Eks: En bedrift kan levere tilbud alene, men ønsker også å samarbeide med en bedrift som ikke kan det:

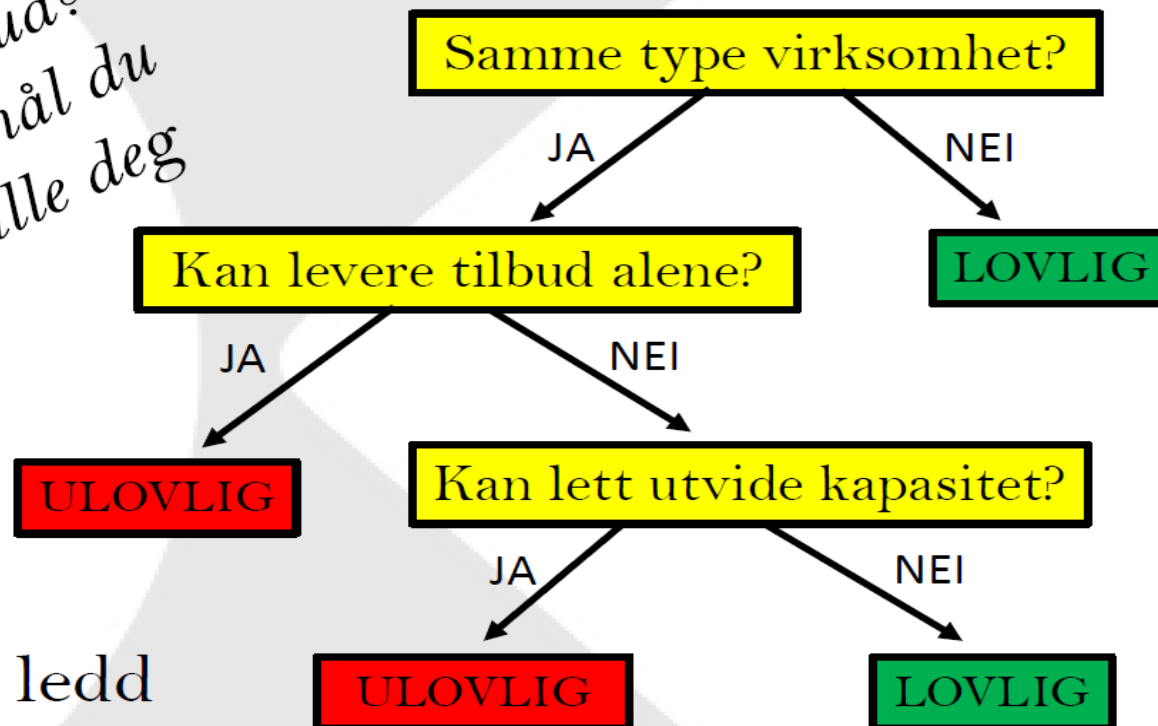


- Dersom en bedrift kan levere alene, kan denne samarbeide med en annen bedrift som ikke kan dersom det ikke blokkerer et annet alternativ. Må ikke innebære prisfastsettelse eller konkurransebegrensning markedsdeling mv.

Når er prosjektsamarbeid lov?

Ulovlig i utgangspunktet?

*Kan vi levere felles tilbud?
- Spørsmål du bør stille deg*



§ 10, 1. ledd



KONKURRANSE-
TILSYNET
Norwegian Competition Authority



Fra ulovlig til lovlig

- Samarbeid som er forbudt etter konkurranseloven § 10 første ledd, kan være lovlig etter bestemmelsens tredje ledd dersom:

«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 (...)



Fra ulovlig til lovlig

- «Effektivitetsforsvar» - Det kan tenkes at et ulovlig samarbeid kommer kundene til gode. Dette blir en konkret vurdering i hvert tilfelle, men det er en høy terskel for å snu det ulovlige samarbeidet til et lovlig.
- Bedriftene må vurdere effektivitetsgevinster før samarbeidet. Effektivitetsgevinster må dokumenteres, og det er bedriftene som planlegger samarbeid som må bevise at effektivitetsgevinstene oppveier for skaden.



Sanksjoner

- Brudd på konkurranseloven § 10 kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr etter § 29 (mest praktisk) eller straff etter § 32.
- Overtredelsesgebyr fastsettes på bakgrunn av foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, grad av utvist skyld, innvirkning på markedet, markedets størrelse og foretakets gevinst.
- Ved overtredelse av § 10 kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr på inntil 10 % av foretakets omsetning.



Oppsummering

- Gjør en grundig vurdering av det som er utlyst opp mot egen kapasitet.
- Nasjonale vs lokale tilbydere. Skal man sikre konkurranse, bør konkurransene tilpasses lokalt marked.
- Om du søker samarbeid – sørg for at alle vurderinger er foretatt i forkant, også hos samarbeidspartnere.



Erfaring. Kompetanse. Løsning.

