

Grensen mellom lovlig og ulovlig inngivelse av felles bud i anbudskonkurranser

*En analyse med utgangspunkt i
konkurranseloven § 10 første ledd*

Kandidatnummer: 133

Antall ord:
14942



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Oppgavens praktiske problem og ytterligere avgrensninger	4
1.3 Videre fremstilling.....	6
2 Rettslig landskap og rettskildebilde	7
2.1 Konkurranserett og anskaffelsesrett – utgangspunkt og formål	7
2.2 Forholdet til EU- og EØS-retten.....	8
2.3 Om rettskildebildet	9
3 Generelt om krrl. § 10 ved vurderingen av prosjektsamarbeid i dag	12
3.1 Presentasjon av konkurranse-loven § 10.....	12
3.2 Forholdet mellom formålsalternativet og virkningsalternativet	13
3.3 Hvordan tolkes formålsalternativet ved tilfeller av prosjektsamarbeid?	15
4 En vurdering av prosjektsamarbeidets innhold og formål	20
4.1 Introduksjon.....	20
4.2 Parallellen mellom prosjektsamarbeid og prissamarbeid	20
4.3 En nyansert vurdering av samarbeidets tyngdepunkt	23
4.3.1 Generelle tolkningsbidrag i retning av en mer nyansert vurdering	23
4.3.2 Fellestrekk mellom prosjektsamarbeid og produksjonssamarbeid.....	24
4.3.3 Foretar norske domstoler og konkurransemyndigheter en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt i dag?	28
4.4 Delkonklusjon.....	30
5 En begrenset vurdering av samarbeidets rettslige og økonomiske kontekst	31
5.1 Introduksjon.....	31
5.2 Konkurrentvurderingens grunnlag og betydning.....	31
5.3 Når er partene faktiske eller potensielle konkurrenter?.....	33
5.4 Delkonklusjon.....	35
6 Hvordan bør grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid trekkes?.....	37
6.1 Introduksjon.....	37
6.1.1 Kritikk av dagens rettstilstand.....	37

6.1.2	Videre problemstilling.....	38
6.2	Bør det foretas en mer nyansert vurdering av samarbeidets innhold og formål?	38
6.3	Når bør konkurrentvurderingen foretas?	42
6.4	Delkonklusjon.....	46
7	Konklusjon	47
8	Litteraturliste	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er leverandørsamarbeid i anbudskonkurranser. Mer presist vil jeg fokusere på grensedragningen mellom lovlig og ulovlig samarbeid ved inngivelse av anbud, såkalt prosjektsamarbeid. Prosjektsamarbeid utgjør en form for anbudssamarbeid der to eller flere uavhengige aktører samarbeider om anskaffelsen og gjennomføringen av et enkeltprosjekt som er utlyst på anbud.

Formålet med anbudskonkurranser er at potensielle leverandører skal konkurrere om å inngi det beste tilbudet til oppdragsgiver, for slik å vinne kontrakten. Konkurranseloven¹ § 10 oppstiller et forbud mot konkurranseskadelig samarbeid. Hovedregelen fremgår av første ledd, mens tredje ledd oppstiller en unntaksadgang. Hvorvidt to foretak kan by på et anbud i fellesskap avhenger dermed av en tolkning av hele krrl. § 10. Foreliggende oppgave vil fokusere på når et prosjektsamarbeid er ulovlig etter første ledd.

Konkurranseloven § 10 første ledd oppstiller et forbud mot samarbeid som har til formål *eller* virkning å begrense konkurransen. Utgangspunktet er at formålsalternativet skal bedømmes først. Konkluderes det med at samarbeidet ikke utgjør en formålsovertredelse, kommer virkningsalternativet til anvendelse. Dette illustreres i den eneste saken der Høyesterett har tatt stilling til prosjektsamarbeid, HR-2017-1229-A (Taxi). Her vurderte domstolen hvorvidt et leverandørsamarbeid hadde til formål å begrense konkurransen. På denne bakgrunn vil oppgaven ta utgangspunkt i formålsalternativet i krrl. § 10 første ledd.

Forholdet til virkningsalternativet er likevel av interesse. Selv om oppgaven ikke foretar en tolkning av innholdet i virkningskravet, er relasjonen mellom vilkårene viktig for å forstå når formålsvilkåret kommer til anvendelse. I tillegg er forholdet mellom de to vilkårene viktig fordi alternativene legger opp til ulike vurderinger, som kan få betydning for konklusjonen. Om atferden bedømmes etter førstnevnte eller sistnevnte alternativ kan dermed påvirke grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. Heretter benyttes også forkortelsen krrl.

Grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid har vært gjenstand for diskusjon de siste årene, både blant praktikere og teoretikere. Høyesterett og Konkurransetilsynet har mottatt kritikk for å oppstille en for høy terskel for å inngå samarbeidsavtaler.² Kritikernes oppfatning er at samfunnet, oppdragstaker og partene potensielt kan spare betydelig med ressurser på å tillate flere leverandørsamarbeid. Dersom foretakene trækker feil, risikerer de imidlertid bøter i medhold av krrl. § 29. Foretakene har derfor behov for å vite når det er adgang, og når det ikke er adgang, til å samarbeide om et enkeltprosjekt. En avklaring av rettstilstanden er dermed viktig av hensyn til forutberegnelighet for aktører som ønsker å samarbeide om et prosjekt.

På denne bakgrunn vil oppgaven ta for seg to hovedproblemstillinger. Første spørsmål beror på hvordan prosjektsamarbeid bedømmes etter gjeldende rett. Analysen gir svar på hvordan man i dag trekker grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid etter konkurranseloven § 10 første ledd. Del I utgjør dermed en rettsdogmatisk analyse med fokus på formålsalternativet. Sett i lys av kritikken mot Norges behandling av prosjektsamarbeid, vil oppgaven deretter drøfte hvordan grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid *bør* trekkes. Det nærmere innholdet i denne problemstillingen kommer jeg tilbake til under del II av oppgaven.

1.2 Oppgavens praktiske problem og ytterligere avgrensninger

Konkurranseloven § 10 oppstiller et generelt forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, og rammer både horisontale og vertikale samarbeidsavtaler. Oppgaven gjelder imidlertid prosjektsamarbeid mellom aktører på samme trinn i omsetningskjeden, og avgrenser mot andre typer samarbeid. Med prosjektsamarbeid siktes det i denne oppgaven til at aktørene samarbeider om anskaffelsen og gjennomføringen av hele eller deler av et enkeltprosjekt som er utlyst på anbud av en offentlig eller privat oppdragsgiver.³ Prosjektsamarbeid kan samtidig bestå av ulike konstellasjoner. Den vanligste formen for prosjektsamarbeid er at to eller flere aktører inngir et felles bud til anbudskonkurransen, slik at begge parter står ansvarlig overfor oppdragstaker. Det er slike tilfeller denne oppgaven omhandler.

² Hjelmeng og Østerud (2022) side 64-65, Hjelmeng (utkast 23.05.2022) side 1, Sanchez-Graells (2017) side 163. Se også Stemsrud, Odd, "Prosjektsamarbeid: Konkurransetilsynet må gi bedre veiledning", *Byggeindustrien – bygg.no*, 05.04.2018.

³ Se definisjonen i Konkurransetilsynets veileder om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 8. Oppgaven avgrenser mot en vurdering av om rettstilstanden stiller seg annerledes avhengig av om anbudskonkurransen er offentlig eller privat.

For ordens skyld påpekes det likevel at underleverandøravtaler også kan betraktes som prosjektsamarbeid. I utgangspunktet følger det av anskaffelsesregelverket at virksomheter har adgang til å støtte seg på andre virksomheters kompetanse og ressurser, for å oppfylle kvalifikasjonskrav etter anbudsbeskrivelsen.⁴ Har foretakene i forkant av tilbudsinngivelsen inngått en underleverandøravtale, er det samtidig en risiko for at aktørene har samarbeidet på en måte som hindrer konkurransen. Slike tilfeller kan fungere som et substitutt for inngivelse av felles bud. I teorien er det tatt til orde for at slike underleverandøravtaler må behandles rettslig likt som inngivelse av felles anbud.⁵ Oppgaven behandler imidlertid kun samarbeid i form av felles bud, hvilket innebærer at det ikke rom for å etterprøve dette standpunktet.

Inngivelse av felles bud kan finne sted som et enkeltstående, ad hoc-samarbeid, eller som en del av et mer varig samarbeid.⁶ Uansett benyttes betegnelsen 'prosjektsamarbeid' om samarbeid om enkeltstående prosjekt. En naturlig avgrensning skjer dermed mot tilfeller der aktørene har opprettet et fullfunksjons fellesforetak. Slike tilfeller skal bedømmes etter bestemmelsen om fusjonskontroll i krrl. § 16. Der det er opprettet et fellesforetak som ikke kan betraktes som en varig, selvstendig enhet, kommer likevel forbudet i krrl. § 10 til anvendelse.

Prosjektsamarbeid må for øvrig ikke forveksles med mer åpenbart rettsstridige anbudssamarbeid. Anbudssamarbeid der markedsaktørene utad opptrer som selvstendige, men internt og fordekt har inngått avtale med mål om å påvirke anbudskonkurransen, er som den klare hovedregel ulovlig.⁷ Slike tilfeller kan omfatte samarbeid om prisnivå, rotasjonsordninger om hvem som vinner anbudet, eller annen informasjonsutveksling i forkant av konkurransen.⁸ På engelsk brukes den treffende betegnelsen 'bid rigging'.

I den videre fremstillingen brukes betegnelsen 'prosjektsamarbeid' om de tilfellene der partene inngir et felles bud til anbudskonkurransen. Begrepet tilbudssamarbeid vil anvendes som et synonym til slike samarbeidsavtaler. I engelsk og dansk terminologi benyttes henholdsvis 'consortium' og 'tilbudskonsortier' om prosjektsamarbeid i form av felles tilbud.⁹

⁴ Forskrift 12. august 2016 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 16-10.

⁵ Løjmand (2022) side 36-37 og Ritter (2017) side 2.

⁶ Bouckaert og Van Moer (2021) side 2.

⁷ Se til illustrasjon Rt. 2012 side 1556 (Gran & Ekran), hvor partene utvekslet sentrale konkurranseparametere, og deretter innga tilbud basert på motpartens priser.

⁸ Tveit (2020) side 1.

⁹ Ritter (2017) side 2, Løjmand (2022) side 32-37.

1.3 Videre fremstilling

Oppgaven søker som nevnt å gi et svar på i) hvordan prosjektsamarbeid bedømmes i dag etter krrl. § 10 første ledd, og ii) hvordan prosjektsamarbeid bør bedømmes. Del I består av kapittel 3-5. Kapittel 3 vil starte med en introduksjon av konkurranseloven § 10, og i den forlengelse redegjøre for forholdet mellom formålskriteriet og virkningskriteriet. Oppgaven vil deretter gi en generell gjennomgang av hvordan formålsvilkåret fortolkes ved tilfeller av felles bud. I kapittel 4 og 5 vil drøftelsen gå nærmere inn i de momentene som følger av fortolkningen.

Ettersom bedømmelsen av prosjektsamarbeid er omdiskutert, er det hensiktsmessig først å avklare hvordan vilkåret tolkes i dag. Etter at dette er avklart, er det i kapittel 6 grunnlag for å vurdere om dagens rettstilstand bør endres, sett i lys av kritikken. Dette vil utgjøre oppgavens del II. Ytterligere avgrensninger vil skje fortløpende.

Før jeg beveger meg inn i den materielle vurderingen av samarbeidsforbudet, er det hensiktsmessig å si noe om det rettslige landskapet oppgaven befinner seg i (kapittel 2). Temaet ligger i grenseland mellom konkurranserett, anskaffelsesrett og EU- og EØS-rett. Konsekvensen er at rettskildebildet blir tilsvarende sammensatt.

2 Rettslig landskap og rettskildebilde

2.1 Konkurranserett og anskaffelsesrett – utgangspunkt og formål

Konkurranserett er kort sagt reglene om konkurranse mellom ulike aktører i næringslivet, med et siktemål om effektiv ressursbruk. Konkurranseloven § 1 gir eksplisitt uttrykk for at lovens siktemål er “å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Ordlyden innebærer at loven søker å beskytte konkurranseprosessen i seg selv. Ved å beskytte prosessen, gjennom regler som forbyr skadelig samarbeid og utnyttelse av markedsrett, vil målet om samfunnsøkonomisk ressursbruk indirekte ivaretas.

For å sikre best mulig konkurranse, er konkurranserettsens utgangspunkt at enhver aktør skal opptre selvstendig og fastsette sin markedsadferd på selvstendig grunnlag.¹⁰ Konkurranseloven § 10 er en direkte lovfesting av dette utgangspunktet. Dersom to aktører likevel kan samarbeide, er det et grunnleggende prinsipp at samarbeidet utformes og utføres på en måte som i minst mulig grad begrenser konkurransen.¹¹

I likhet med konkurranseloven, følger det av formålsparagrafen i anskaffelsesloven § 1 at siktemålet er å “fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Videre oppstiller anskaffelsesloven § 4 lovens grunnleggende prinsipper. Utgangspunktet er at en oppdragsgiver skal “opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet”, jf. anskaffelsesloven § 4 (min understreking).

Høyesterett gir også tydelig uttrykk for at det sentrale formålet med anbudskonkurranser er “mest mulig effektiv konkurranse”.¹² Dersom tilbyderne opptre uavhengig av hverandre og foretar selvstendige kalkulasjoner, vil dette presse tilbyderne til å utforme så kostnadseffektive tilbud som mulig, for slik å vinne kontrakten.¹³

¹⁰ C-8/08 *T-mobile* avsnitt 32 og C-49/92 *P Anic Partecipazioni SpA* avsnitt 117. Se også Konkurransetilsynets uttalelse i V2017-21 (El Proffen) avsnitt 293.

¹¹ Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 53 og Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 30.

¹² Rt. 2012 side 1556 (Gran & Ekran) avsnitt 78.

¹³ Se også V2017-21 (El Proffen) avsnitt 315.

Konkurransereglene har samtidig en side til økonomiske betraktninger og analyser. For å sikre korrekte avgjørelser er man avhengig av økonomiske beregningsmodeller. Samtidig er slike presise analyser tekniske og ressurskrevende. Hensynet til økonomisk presisjon og måloppnåelse i enkeltsaker kan dermed komme i konflikt med retts tekniske hensyn.¹⁴ Retts tekniske hensyn tilsier en enklere regelutforming og regeltolkning, for å tilsikte en effektiv rettsanvendelse og forutberegnelighet. Likevel kan ikke dette gå på akkord med målet om å hindre konkurranseskadelig atferd og fremme samfunnsøkonomiske tiltak. Videre avgrenses det imidlertid mot konkrete rettsøkonomiske vurderinger.

2.2 Forholdet til EU- og EØS-retten

Konkurransereglene ligger i kjernen av EØS-avtalens virkeområde, da reglene står sentralt for å nå EUs og EØS-avtalens siktemål om et felles indre marked, jf. EØS-avtalen artikkel 1. Oppgaven kan dermed ikke besvares uten å forholde seg til EU og EØS. Samtidig må det påpekes at krrl. ikke er resultatet av en gjennomført EU-rettsakt, men regulerer markedet på nasjonalt nivå. EØS-konkurranseloven fra 2004 gjennomfører derimot EØS-avtalens konkurranseregler i norsk rett. Det gjelder dermed to generelle konkurranseregelverk i Norge.¹⁵

Ved utarbeidelsen av de to lovene vurderte lovgiver hvorvidt konkurranseregelverket burde samles i én lov. Departementet kom til at de ikke skulle forenes, men at en harmonisering av regelverkene ville forenkle situasjonen for næringslivet og kontrollmyndighetene.¹⁶ Konkurranseloven § 10 ble derfor utformet med en tilnærmet identisk ordlyd som de tilsvarende reglene i EØS-avtalen artikkel 53 og TEUF¹⁷ artikkel 101. Departementet understreket at rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen må “veie tungt som rettskilde ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen”.¹⁸ Høyesterett har bekreftet dette i en rekke saker om krrl. § 10.¹⁹ Et harmonisert regelverk bidrar til “større forutsigbarhet, bedre kvalitet og en mer konsekvent håndheving av konkurranselovgivningen”.²⁰

¹⁴ Hjelmeng og Østerud (2022) side 65-66 og 68.

¹⁵ Se også Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), Om A) konkurranseloven og B) EØS-konkurranseloven, side 213

¹⁶ Ibid. side 68 og 224.

¹⁷ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåte. Den uoffisielle norske oversettelsen er Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV).

¹⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 224.

¹⁹ Rt. 2011 s. 910 (Tine SA) avsnitt 63, HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 35 og HR-2021-1086-A (Cappelen) avsnitt 53.

²⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 29.

Reglene er identiske med ett unntak. EØS-avtalen artikkel 53 og TEUF artikkel 101 kommer bare til anvendelse der samarbeidet “påvirke[r] handelen mellom avtalepartene”.²¹ Dersom samhandelen mellom EØS-landene påvirkes, følger det av EØS-konkurranseloven § 7 første ledd at både konkurranseloven § 10 og artikkel 53 kan anvendes parallelt.²² Motsatt kan ikke artikkel 53 anvendes der samarbeidet kun påvirker det nasjonale markedet. Samhandelskriteriet må derfor vurderes for å avgjøre om saken skal vurderes utelukkende etter § 10, eller både etter EØS-avtalen artikkel 53 og § 10.²³ Oppgaven avgrenser mot denne vurderingen.

Sett i lys av internasjonaliseringen av næringslivet, reguleres stadig flere saker av EØS-regelverket.²⁴ Oppgaven tar for seg den situasjonen at prosjektsamarbeidet angår et nasjonalt marked, og gjelder dermed kun krrl. § 10. Ettersom § 10 utgjør en nasjonal bestemmelse, er Norge ikke rettslig forpliktet til å fortolke § 10 i tråd med EUs krav. Motstrid mellom § 10 og artikkel 53 vil i prinsippet heller ikke oppstå der samhandelskriteriet ikke er oppfylt, nettopp fordi artikkel 53 ikke kommer til anvendelse. Alminnelige EØS-rettslige tolkningsprinsipp, som forrangsprinsippet i EØS-loven § 2, presumsjonsprinsippet og EØS-konform tolkning, aktualiseres derfor ikke i denne analysen.²⁵ Samtidig er det viktig å understreke betydningen av EU-rettslige kilder, nettopp fordi lovgiver har gitt uttrykk for et harmoniseringsønske.

2.3 Om rettskildebildet

Basert på det som er sagt om temaets rettslige landskap, er det også naturlig at rettskildebildet kompliseres noe. Utgangspunktet er naturligvis alminnelig rettskildelære, hva gjelder relevante rettskildefaktorer og rettskildefaktorenes vekt. Lovbestemmelsen utgjør vurderingens rettslige utgangspunkt. Bestemmelsen skal tolkes i tråd med lovgiverviljen og Høyesterett fungerer som prejudikatdomstol.

Mer spesifikt for den aktuelle oppgaven er Konkurransetilsynets praksis. Tilsynets vedtak har mindre rettskildemessig vekt enn avgjørelser fra Høyesterett og lavere rettsinstanser. Ettersom Konkurransetilsynet er relevant fagorgan på området, har tilsynet likevel særlig fagkunnskap

²¹ For en nærmere forståelse av innholdet i kriteriet, se EFTAs overvåkningsorgan, *Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54*, inntatt i EØS-tillegget nr. 59, 2006, side 18 flg.

²² Se også Sejersted m.fl. (2011) side 520.

²³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 40. Se også Kolstad m.fl. (2007) side 35.

²⁴ Kolstad m.fl. (2007) side 37.

²⁵ Ibid. kapittel 8, samt kapittel 14.2 og 14.3, for nærmere forklaring av de EU- og EØS-rettslige tolkningsprinsippene.

om konkurranseretten. I tillegg sier vedtakene noe om hvordan krrl. § 10 normalt blir praktisert ved tilfeller av anbudssamarbeid. Tilsynets avgjørelser utgjør dermed en relevant rettskilde, og vekten beror på kvaliteten i deres argumentasjon.

I tillegg utarbeidet Konkurransetilsynet en egen veileder om prosjektsamarbeid i 2014. Veilederen er ikke en bindende rettskilde, og har begrenset vekt ved fastleggelsen av gjeldende rett. Likevel er retningslinjene relevante. For det første fordi de er utarbeidet av jurister med inngående kunnskap om temaet. For det andre fordi de er basert på tidligere praksis fra norske domstoler og EU-domstolen. Veilederen kan derfor betraktes som en systematisering av rettstilstanden i 2014, i tillegg til at den har vært en sentral kilde i senere praksis.

Som påpekt under punkt 2.2, har EU- og EFTA-domstolens rettspraksis stor betydning, til tross for at slik praksis ikke utgjør en autoritativ kilde i norsk rett. Dette gjelder også rettspraksis fra tiden etter at konkurranseloven ble vedtatt.²⁶ Prosjektsamarbeid har riktignok ikke blitt direkte adressert av EU-domstolen.²⁷ Konsekvensen er at det må trekkes paralleller til avgjørelser som gjelder andre former for samarbeid. I tillegg er generaladvokatenes forslag til avgjørelse relevante. Forslagene er kun rådgivende, men uttalelsene kan anvendes som støtteargument.²⁸

EU-kommisjonen har også utarbeidet retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101 TEUF på horisontale samarbeidsavtaler.²⁹ Retningslinjene er verken bindende for EU-domstolen eller for norsk rett.³⁰ Likevel er de av stor praktisk betydning. Dokumentet er basert på rettspraksis, og blir anvendt i rettspraksis. I tillegg har Konkurransetilsynet i stor grad basert sin veileder på Kommisjonens retningslinjer. Kommisjonen publiserte for øvrig utkast til nye retningslinjer i mars 2022. Ettersom retningslinjene verken er trådt i kraft eller rettslig bindende for norsk rett, har de begrenset rettskildemessig vekt. Likevel er de av interesse, da de kan fortelle oss noe om rettstilstanden i dag og gi en indikasjon på videre rettsutvikling. At Kommisjonen ser behov for nye retningslinjer understreker at temaet fortsatt er under utvikling, og således problemstillingens aktualitet.

Oppgavens tema har også vært omdiskutert i våre nordiske naboland. Dette er av interesse fordi den norske bestemmelsen tilsvarende det konkurranserettslige samarbeidsforbudet i både svensk

²⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 65.

²⁷ Løjmand understreker dette i sin avhandling, se Løjmand (2022) side 30.

²⁸ Sejersted m.fl. (2011) side 135.

²⁹ Heretter 'Kommisjonens horisontale retningslinjer'.

³⁰ C-189/02 *Dansk Rørindustri* avsnitt 209.

og dansk rett.³¹ I tillegg følger det av det nordiske rettskulturelle fellesskap at rettskilder fra våre naboland kan utgjøre tolkningsbidrag i norsk rett.³² Særlig interessant er den danske Vejstribe-saken, som minner om Taxi-saken.³³ I kjølvannet av disse dommene har Heidi Sander Løjmand skrevet doktoravhandlingen *Tilbudskonsortier*, i lys av den danske konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende avtaler. Forfatteren analyserer både Taxi-saken og Vejstribe-saken, og uttrykker selv at avhandlingen kan ha betydning for de øvrige skandinaviske landene.³⁴ Ettersom Danmarks samarbeidsforbud også skal harmoniseres med EU-retten, kan danske rettskilder være relevante ved tolkningen av norsk rett.

³¹ Se den danske Konkurrence-loven § 6, sammenholdt med § 8, og den svenske Konkurrenslagen kapittel 2, § 1.

³² St.mld. nr. 36 (2007-2008) Nordisk samarbeid, side 29 og 31-32.

³³ Sak 191/2018 (Vejstribe) avsagt 27. november 2019.

³⁴ Løjmand (2022) side 31.

3 Generelt om krrl. § 10 ved vurderingen av prosjektsamarbeid i dag

3.1 Presentasjon av konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 forbyr som nevnt konkurransebegrensende samarbeid. Bestemmelsens første ledd fastslår at “[e]nhver avtale mellom foretak, 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”. Regelen fremstår umiddelbart som et viktig bidrag til å beskytte konkurranseprosessen.

Bestemmelsens første ledd oppstiller i hovedsak tre vilkår; foretakskriteriet, samhandlingskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet. I tillegg til de lovfestede vilkårene, følger et fjerde vilkår av ulovfestet rett. Merkbarehetskravet er utviklet av EU-domstolen gjennom rettspraksis, og må innfortolkes i krrl. § 10.³⁵ Kravet innebærer en avgrensning mot samarbeidsavtaler som kun har en bagatellmessig innvirkning på konkurransen. Ved brudd på formålsalternativet tilsier samtidig samarbeidets art og skadepotensiale at merkbarehetskravet normalt er oppfylt.³⁶ Oppgaven omhandler imidlertid kun konkurransebegrensningskriteriet.

Paragrafens første ledd bokstav a) til e) lister opp fem situasjoner som “særlig” må anses som forbudt. Forutsetningen er riktignok at de øvrige vilkårene i første ledd er oppfylt. Ordet “særlig” indikerer at listen ikke er uttømmende, hvilket er bekreftet i lovens forarbeider.³⁷ Første ledd bokstav a) fastslår at “å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår”, normalt vil være konkurransebegrensende. I tråd med ordlyden, oppsummeres alternativet som et forbud mot prissamarbeid i øvrige rettskilder.

Paragrafens tredje ledd åpner for at det kan gjøres unntak fra forbudsregelen i første ledd, dersom samarbeidet har effektivitetsgevinster som overstiger ulempene. Unntaksregelen angir fire kumulative vilkår, hvilket medfører at terskelen for å gjøre unntak er høy.³⁸ For å danne seg et fullstendig bilde av grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid, vil det være

³⁵ C-5/69 *Völk* avsnitt 7, C-226/11 *Expedia* avsnitt 38 og Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 225.

³⁶ C-226/11 *Expedia* avsnitt 37, samt Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 30.

³⁷ Ot.prp. Nr. 6 (2003-2004) side 225.

³⁸ Juuhl-Langseth m.fl. (2015) side 116-117.

nødvendig å forstå når unntaksregelen kommer til anvendelse på tilbudssamarbeid. Oppgaven fokuserer imidlertid på grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid etter første ledd, og avgrensner derfor mot en slik behandling. Rammes et samarbeid av første ledd uten å omfattes av unntaket i tredje ledd, er samarbeidet ugyldig etter andre ledd. Et slikt ulovlig samarbeid kan resultere i overtredelsesgebyrer i medhold av krrl. § 29.

3.2 Forholdet mellom formålsalternativet og virkningsalternativet

Forbudet rammer samarbeid som har til “formål eller virkning” å begrense konkurransen. Samlet betegnes passusen som konkurransebegrensningskriteriet. Formuleringen gjør det klart at “formål” og “virkning” er alternative vilkår, hvilket er bekreftet av EU-domstolen i en rekke avgjørelser.³⁹ Selv om det er tilstrekkelig at ett av vilkårene er oppfylt for å konstatere et samarbeidsforbud, betyr ikke det at vilkårene er gjensidig utelukkende.⁴⁰ Allerede i 1966, i C-56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.)*, klargjorde EU-domstolen at formålsalternativet må vurderes først.⁴¹ Det er først dersom myndighetene kommer til at samarbeidet ikke utgjør en formålsrestriksjon, at samarbeidets faktiske konsekvenser må analyseres.⁴²

Til tross for at det er skrevet mye om gresedragningen mellom formålskriteriet og virkningskriteriet, viser nye saker for EU-domstolen at skillet stadig ikke er helt avklart.⁴³ Teoretisk sett skal grensen være relativt enkel å trekke. Tanken er at formålskriteriet legger opp til en enklere vurdering enn virkningsvilkåret, da “visse former for samordning mellom virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår”.⁴⁴ Med andre ord er vurderingen av samarbeidets formål basert på presumsjoner om hva slags atferd som er konkurransebegrensende. EU-domstolen uttaler at visse former for atferd:

[...] kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er ufornødent at godtgøre, at de har konkrete virkninger på

³⁹ Se for eksempel C-56/65 *L.T.M.*, C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 28 og 29 og C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 16. Se også EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/16 *Taxi* avsnitt 46.

⁴⁰ C-228/18 *Budapest bank*, avsnitt 44.

⁴¹ C-56/65 *L.T.M.* side 249.

⁴² Se også C-228/18 *Budapest Bank*, avsnitt 34-38 og C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 17.

⁴³ Se senest C-228/18 *Budapest bank*, samt Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i samme sak.

⁴⁴ C-228/18 *Budapest bank* avsnitt 35. Se også C-209/07 *BIDS* avsnitt 17, C-8/08 *T-mobile* avsnitt 29, C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító* avsnitt 35 og C-226/11 *Expedia* avsnitt 36.

*markedet [...]. Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, (min understreking).*⁴⁵

Generaladvokat Bobek understreker for øvrig at formålsalternativet ikke utgjør en snarvei for å konstatere brudd på samarbeidsforbudet. Poenget er at skadevirkningene må være så åpenbare at en nærmere analyse av de faktiske virkningene er unødvendig.⁴⁶ I forlengelsen av det, har EU-domstolen gjentatte ganger fastslått at formålsalternativet skal tolkes restriktivt.⁴⁷ Kun de mest åpenbare og alvorlige tilfeller skal rammes av dette vilkåret.⁴⁸ Årsaken er nettopp at samarbeid som forbys etter dette vilkåret forbys på grunnlag av presumsjoner om at atferden begrenser konkurransen. Når det ikke kreves at man påviser atferdens faktiske virkninger, er det rimelig at alternativet ikke bør anvendes for vidt.

Virkningsvurderingen legger derimot opp til en kontrafaktisk analyse. Analysen innebærer at man ser på situasjonen slik den er i dag og holder det opp mot markedet slik man antar det ville vært uten det aktuelle samarbeidet.⁴⁹ Generaladvokat Bobek har påpekt at konkurransemyndighetene likevel må se til samme faktagrunnlag og samme økonomiske hensyn i sin vurdering av samarbeidets virkninger, som i formålsvurderingen. Forskjellen mellom de to kriteriene vil dermed være “mere om grad og dybde end om karakteren heraf”.⁵⁰ Også dette understreker at formålsvilkåret skal tolkes restriktivt.

På denne bakgrunn er det klart at adgangen til å bedømme atferden etter to alternative vilkår hovedsakelig utgjør et prosessuelt middel for å lette analysen for konkurransemyndighetene.⁵¹ Mens formålsvilkåret legger opp til en mindre ressurskrevende og retts teknisk enklere vurdering, sikrer virkningsvilkåret økonomisk presisjon i enkeltsaker. De to alternative vilkårene er dermed et direkte uttrykk for det spenningsforholdet konkurranseretten generelt består av.⁵²

⁴⁵ C-67/13 *CB* avsnitt 51. Artikkel 81 (1) EF tilsvarer dagens TEUF artikkel 101 (1).

⁴⁶ C-228/18 *Budapest bank*, Generaladvokat Bobek, avsnitt 60. Se E-3/16 *Taxi* avsnitt 48.

⁴⁷ Se b.l.a. sak C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 18 og sak C-67/13 *CB* avsnitt 58.

⁴⁸ Se også Hjelmeng og Østerud (2022) side 70.

⁴⁹ Forenede saker C-215/96 og C-216/96 *Carlo Bagnasco*, avsnitt 33, C-228/18 *Budapest bank*, Generaladvokat Bobek, avsnitt 50. Se også Konkurransetilsynets retningslinjer (2014) avsnitt 27.

⁵⁰ C-228/18 *Budapest bank*, Generaladvokat Bobek, avsnitt 32.

⁵¹ *Ibid.* avsnitt 27.

⁵² Ref. punkt 2.1.

3.3 Hvordan tolkes formålsalternativet ved tilfeller av prosjektsamarbeid?

Oppgaven søker å gi svar på hvordan formålsalternativet fortolkes ved tilfeller av felles anbud. Utgangspunktet er at samarbeid som har til “formål [...] å hindre, vri eller innskrenke konkurransen” er forbudt. Ordet “formål” indikerer at det skal gjøres en vurdering av aktørens subjektive hensikt med samhandelen. Formuleringen “hindre, vri eller innskrenke” tilsier at det ikke er avgjørende hvordan konkurransen påvirkes, men at konkurransen påvirkes negativt. Ordlyden synes imidlertid å være noe misvisende, da det følger av rettspraksis og teori at det skal gjøres en objektiv vurdering av den aktuelle atferden.⁵³ Lovens forarbeider gir på sin side begrenset med tolkningsbidrag, ut over å fastslå at EU- og EFTA-domstolens praksis skal tillegges stor vekt.⁵⁴

Høyesterett har som nevnt kun tatt stilling til prosjektsamarbeid i HR-2017-1229-A (Taxi). Saken gjaldt Ski Taxi SA og Follo Taxisentral SA som gjennom det heleide datterselskapet Ski Follo Taxidrift (SFT) innga felles tilbud i to anbudskonkurranser om pasientreiser, utlyst av Oslo Universitetssykehus. Selv om datterselskapet sto som avtalepart overfor oppdragsgiver, var tilbudet avgitt på vegne av taxiselskapene. Spørsmålet var om samarbeidet mellom Ski Taxi, Follo Taxidrift og SFT hadde til “formål” å begrense konkurransen, i strid med krrl. § 10 første ledd. Anbudskonkurransene åpnet for at aktører kunne inngi tilbud for hele det geografiske området eller for deler av det. I begge konkurransene bestemte taxiselskapene seg for å inngi et samlet tilbud på hele Follo, selv om Follo var inndelt i mindre områder. Høyesterett konkluderte enstemmig med at begge selskapene kunne inngitt selvstendige bud, slik at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål. Domstolen opprettholdt dermed tilsynets vedtak.

Høyesterett la til grunn at vurderingen av samarbeidets “formål” beror på om samarbeidet fremstår “tilstrekkelig skadelig for konkurransen”, slik at det ikke er nødvendig å vurdere samarbeidets virkninger.⁵⁵ Vurderingstemaet er hentet fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, som Høyesterett innhentet i forbindelse med Taxi-saken.⁵⁶ EFTA-domstolens uttalelse er basert på EU-rettspraksis, og vurderingstemaet utgjør en direkte kopi av EU-

⁵³ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 38, Rt. 2012 side 1556 (Gran & Ekran) avsnitt 64, og C-551/03 *General Motors* avsnitt 77-78. Se også Kolstad m.fl. (2007) side 271.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 65 og 224.

⁵⁵ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 39.

⁵⁶ E-3/16 *Taxi* avsnitt 50-54.

domstolens formulering “tilstrækkelig skadelig for konkurransen”.⁵⁷ Selv om domstolens uttalelser ikke skal ordlydstolkes, gir formuleringen “tilstrekkelig skadelig” inntrykk av en høy terskel. En slik forståelse samsvarer med EU-domstolens uttalelser om at formålsvilkåret skal tolkes restriktivt.

Høyesterett fastslår videre, basert på EFTA-domstolens redegjørelse av rettsutviklingen i EU, at det ikke er tilstrekkelig å konstatere at samarbeidet “er egnet til å begrense konkurransen”.⁵⁸ Uttalelsen strider imidlertid med hva Høyesterett la til grunn i Rt. 2012 side 1556 (Gran & Ekran).⁵⁹ Konkurransetilsynets veileder fra 2014 gir også uttrykk for at det er “tilstrekkelig at samarbeidet er egnet til å ha negative konkurransemessige virkninger”.⁶⁰

Tidligere praksis fra EU-domstolen er årsaken til at den rettslige standarden har vært omtvistet. EU-domstolens avgjørelse i C-8/08 *T-Mobile* skapte grobunn for misforståelse, da domstolen uttalte at det var tilstrekkelig at det aktuelle samarbeidet “kan påvirke konkurransen negativt”.⁶¹ Uttalelsen ble tolket dithen at det var tilstrekkelig at samarbeidet var “egnet til” å begrense konkurransen.⁶² En kontekstuell tolkning av uttalelsen tilsier imidlertid at EU-domstolen ikke forsøkte å oppstille en ny rettslig standard. Snarere understreket domstolen at den aktuelle atferden fortsatt må være egnet til å ha en viss innvirkning på konkurransen, selv om formålsvilkåret ikke stiller krav til en analyse av virkningene.⁶³ EU-domstolen korrigerer derfor kursen i C-67/13 P *Cartes Bancaires (CB)*. Domstolen understreket at standarden som først ble lagt til grunn i L.T.M.-saken, og senere ble opprettholdt i en rekke avgjørelser, fortsatt utgjør det sentrale rettslige kriterium. I dag er det derfor klart at vurderingstemaet er om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.⁶⁴

Formuleringen “tilstrekkelig skadelig for konkurransen” gir i seg selv lite føringer for vurderingen. Både Høyesterett og EU-domstolen uttrykker at atferden er tilstrekkelig skadelig for konkurransen dersom samarbeidets “skadelige natur lett lar seg påpeke i lys av erfaringer

⁵⁷ C-67/13 *CB* avsnitt 57, C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 18 og C-228/18 *Budapest bank* avsnitt 37. Se også C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító* avsnitt 34 og C-286/13 *Dole Food* avsnitt 113.

⁵⁸ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 39 og E-3/16 *Taxi* avsnitt 50-54.

⁵⁹ Rt. 2012 side 1556 avsnitt 65.

⁶⁰ Avsnitt 21.

⁶¹ C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 31.

⁶² Se bl.a. Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 21, med tilhørende henvisning.

⁶³ EFTA-domstolen tolker uttalelsen i C-8/08 *T-Mobile* slik i E-3/16 *Taxi* avsnitt 52-55.

⁶⁴ C-67/13 *CB* avsnitt 55-58, med henvisning til 56/65 *L.T.M.* side 249.

og økonomiske forhold”.⁶⁵ Erfaringer står følgelig sentralt, nettopp fordi det er erfaringer om hvordan samhandling påvirker det aktuelle markedet som danner grunnlag for å presumere en konkurranseskadelig effekt. Erfaringene må være “pålitelige og solide”.⁶⁶ Generaladvokat Wahl presiserer hvilke erfaringer som utgjør et relevant referansepunkt:

*Disse »erfaringer« skal forstås som det, der traditionelt fremgår af den økonomiske analyse, sådan som den er blevet stadfæstet af konkurrencemyndighederne og eventuelt underbygget af retspraksis.*⁶⁷

Samtidig kan ikke vurderingen gjøres uavhengig av det omstridte samarbeidet, da hensyn må tas til “samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenheng samarbeidet inngår i”.⁶⁸ EU-domstolen har listet opp de samme momentene i en rekke avgjørelser.⁶⁹ For det første må selve samarbeidsavtalen undersøkes. Det vil si avtalens innhold og målsettinger. Deretter vil det konkrete markedet avtalen inngår i være av interesse, herunder varen eller tjenestens karakter og markedets struktur.⁷⁰ I forbindelse med anbudskonkurranser er det konkurransegrunnlaget som setter rammene for det aktuelle markedet. Den konkrete anbudskonkurransen utgjør dermed den relevante konteksten samarbeidet inngår i.

I Taxi-saken ga EFTA-domstolen uttrykk for at undersøkelsen av den økonomiske og rettslige konteksten, kunne begrenses til det som var “helt nødvendig” for å klargjøre om det forelå en formålsrestriksjon.⁷¹ Høyesterett sluttet seg til dette i sin avgjørelse.⁷² Årsaken var at domstolene la til grunn at leverandørsamarbeidet omfattet prissamarbeid. Priskoordinering vurderes strengt etter krrl. § 10, og er som den klare hovedregel betraktet som en formålsrestriksjon, jf. bokstav a). Parallellen utgjorde en slutning fra prosjektsamarbeidets innhold. Hvorvidt det er grunnlag for å trekke en slik parallell mellom prosjektsamarbeid og prissamarbeid undersøkes nærmere i kapittel 4.

⁶⁵ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 40, jf. EFTA-domstolens svar nr. 3 i E-3/16. Se også C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 18 og C-67/13 *CB* avsnitt 50.

⁶⁶ C-228/18 *Budapest bank* avsnitt 76.

⁶⁷ C-67/13 *CB*, Generaladvokat Wahl, avsnitt 79.

⁶⁸ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 40. Se også HR-2021-1086-A (Cappelen) avsnitt 63.

⁶⁹ Bl.a. C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító* avsnitt 36, C-67/13 *CB* avsnitt 53, C-228/18 *Budapest bank* avsnitt 51. Se også Kommissjonens horisontale retningslinjer avsnitt 25.

⁷⁰ C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító* avsnitt 36, Case C-226/11 *Expedia*, avsnitt 21.

⁷¹ E-3/16 *Taxi* avsnitt 102.

⁷² HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 55.

En tilsvarende begrensning av kontekstvurderingen kan man lese ut av EU-domstolens avgjørelse i C-373/14 P *Toshiba*. Her kom domstolen til at Kommisjonen korrekt hadde lagt til grunn at en avtale om fordeling av det europeiske og japanske markedet, inngått mellom europeiske og japanske selskaper, skulle klassifiseres som en formålsrestriksjon.⁷³ Ettersom samarbeidet gjaldt markedsdeling, uttalte domstolen at “analysen af den økonomiske og rettlige sammenheng, hvori praksissen indgår, [kan] begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål” (min understreking).⁷⁴ Felles for prissamarbeid og markedsdeling er at samarbeidets art kan presumeres å være konkurransebegrensende, i tråd med krrl. § 10 første ledd bokstav a) og c). Inntrykket er dermed at det er rettslige holdepunkter for å foreta en strengt begrenset kontekstvurdering dersom atferden kan likestilles med kategoriserte formålsrestriksjoner.⁷⁵

Begrunnelsen for en slik strengt begrenset kontekstvurdering er at dersom den aktuelle samarbeidsavtalen kan likestilles med en type atferd som erfaringsmessig er konkurransebegrensende, er det nærliggende at samarbeidets skadelige natur er påvist. En mer inngående kontekstvurdering er dermed unødvendig. Vurderingen beror alene på om samarbeidets presumptivt konkurransebegrensende karakter finner støtte i en enkel vurdering av samarbeidsavtalens kontekst. Den begrensede kontekstvurderingen kan betraktes som en rask etterprøving av om samarbeidet faktisk er skadelig av natur.⁷⁶ Standpunktet illustrerer at formålsalternativet legger opp til en retts teknisk enklere regel.

Gitt at det er grunnlag for å foreta en begrenset kontekstvurdering av prosjektsamarbeid, peker EFTA-domstolen på to vurderingskriterier som fremdeles må vurderes for å avklare om atferden utgjør en formålsrestriksjon. For det første må det vurderes hvorvidt “partene i avtalen er faktiske eller potensielle konkurrenter”. For det andre om samarbeidets påviste konkurransebegrensende element utgjør “en tilknyttet begrensning”.⁷⁷ Høyesterett baserer seg på disse vurderingskriteriene i sin vurdering.⁷⁸ I kapittel 4 og 5 drøftes grunnlaget for og innholdet i disse kriteriene.

⁷³ C-373/14 *Toshiba* avsnitt 23, sammenholdt med avsnitt 28.

⁷⁴ Ibid. avsnitt 29.

⁷⁵ C-373/14 *Toshiba* avsnitt 28-29. EFTA-domstolen uttaler også dette eksplisitt i E-3/16 *Taxi* avsnitt 93. Se også Løjmand (2022) side 264-265.

⁷⁶ Se Generaladvokat Bobeks beskrivelse av trinn 2, i hans forslag til en todelt vurdering, C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 49.

⁷⁷ E-3/16 *Taxi* avsnitt 94.

⁷⁸ HR-2017-1229-A (*Taxi*) avsnitt 36. Se også Konkurransklagenemnda, sak 2018/112 og 2018/113 (El Proffen) avsnitt 134.

En gjennomgang av rettskildene viser at Høyesterett har tatt utgangspunkt i de samme vurderingstemaene- og momentene som EU-domstolen. Norges Høyesterett har følgelig lagt seg på linje med EU-domstolen hva gjelder de rettslige utgangspunktene, i tråd med lovgiverviljen. Utgangspunktene som nå er oppstilt synes heller ikke å være omdiskutert i teorien. Den generelle rettslige fortolkningen av formålsvilkåret synes dermed å være uomstridt. I det videre skal jeg gå nærmere inn i vurderingsmomentene som er nevnt, og se på hvordan momentene skal forstås og anvendes ved tilfeller av felles anbud.

4 En vurdering av prosjektsamarbeidets innhold og formål

4.1 Introduksjon

Etter å ha oppstilt de generelle vurderingstemaene og momentene under punkt 3.3, vil jeg i kapittel 4 og 5 gå grundigere inn i momentene i relasjon til prosjektsamarbeid. I foreliggende kapittel går jeg inn i vurderingen av et prosjektsamarbeids innhold og formål. Formål i denne sammenhengen må ikke forveksles med formålsvilkåret som følger av ordlyden i krrl. § 10 første ledd. Som redegjort for under punkt 3.3, oppstilte Høyesterett en begrenset kontekstvurdering i Taxi-saken, fordi samarbeidet omfattet felles prisfastsettelse. Kapittelet vil gi svar på om et prosjektsamarbeids innhold og formål gir grunnlag for å sammenligne felles bud med en klassifisert formålsrestriksjon som prissamarbeid i samtlige tilfeller.

4.2 Parallellen mellom prosjektsamarbeid og prissamarbeid

Spørsmålet er om det kan trekkes noen generelle slutninger ut av et prosjektsamarbeids innhold og formål, som tilsier at samarbeidet er skadelig av natur, sett i lys av tidligere erfaringer. Formålsvilkåret legger som nevnt opp til en objektiv vurdering av det konkrete samarbeidet.⁷⁹ Partenes subjektive målsettinger er dermed av underordnet betydning, selv om de kan vektlegges i en helhetsvurdering.⁸⁰ Ettersom det skal gjøres en objektiv vurdering, er det nærliggende at det kan utledes noen fellestrekk.

I utgangspunktet kan det vanskelig tenkes tilfeller hvor to aktører inngir et felles tilbud, uten å ha diskutert eller utvekslet priser. Som nevnt over, følger det av krrl. § 10 første ledd bokstav a) at prissamarbeid normalt er skadelig for konkurransen. At prissamarbeid ligger i kjernen av det krrl. § 10, EØS-avtalen artikkel 53 og TEUF 101 er ment å verne mot, er også gjentatt en rekke ganger i EU-domstolens praksis og Kommisjonens horisontale retningslinjer.⁸¹ På denne

⁷⁹ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 38.

⁸⁰ Ibid. avsnitt 37. Se også Rt. 2012 side 1556 (Gran & Ekran) avsnitt 64-65, samt C-67/13 *CB* avsnitt 54, C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító* avsnitt 37 og C-228/18 *Budapest bank*, Generaladvokat Bobek, avsnitt 35.

⁸¹ Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 234.

bakgrunn kan det argumenteres for at prosjektsamarbeid generelt er skadelig av natur, og kan sammenlignes med en klassifisert formålsrestriksjon.

I Taxi-saken baserte EFTA-domstolen og Høyesterett sin vurdering på at prosjektsamarbeidet innebar prissamarbeid. I tråd med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, begrenset Høyesterett vurderingen til det som var helt nødvendig, fordi anbudssamarbeidet omfattet en “felles prisfastsettelse til sykehuset”.⁸² EFTA-domstolen og Høyesterett så det dermed slik at prosjektsamarbeidet kunne likestilles med prissamarbeid etter krrl. § 10 første ledd bokstav a). Samarbeidet var tilsynelatende skadelig av natur.

Høyesteretts slutning fra prosjektsamarbeid til prissamarbeid finner støtte i senere praksis fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda. Ved siden av Taxi-saken, har tilsynet fattet vedtak i to tilfeller av anbudssamarbeid i form av felles tilbud, herunder V2016-7 (Slam) og V2017-21 (El Proffen). Sistnevnte ble påklaget til Konkurransklagenemnda, som opprettholdt vedtaket.⁸³ Nemnda fastslo at et felles tilbud vil “omfatte samarbeid om pris og tilbudt mengde, hvilket utgjør helt sentrale konkurranseparametere” og ligger “i kjernen av samarbeid konkurranseloven § 10 er ment å verne mot”.⁸⁴ I Slam-saken la tilsynet avgjørende vekt på at “det sentrale i samarbeidet var å enes om en felles pris”.⁸⁵ I begge tilfeller kom dermed myndighetene til at innlevering av felles bud innebar at foretakene hadde koordinert priser.

Ettersom det ikke foreligger praksis fra EU-domstolen som gjelder prosjektsamarbeid, er det vanskelig å si med sikkerhet hvorvidt EU-domstolen ville trukket en tilsvarende parallell. Kommisjonens horisontale retningslinjer gir derimot tolkningsbidrag. Kapittel 6 gjelder markedsføringsavtaler, hvilket er avtaler om felles salg og distribusjon av partenes produkter. Et prosjektsamarbeid kan minne om en slik markedsføringsavtale fordi aktører som i utgangspunktet opptrer på egenhånd, går sammen om å utarbeide et tilbud for å vinne en kontrakt. Formålet synes dermed å være felles salg av deres respektive tjenester. Kommisjonen uttaler at avtaler som utgjør felles salg, generelt har til formål “at samordne konkurrerende produsenters eller serviceudbyderes prispolitikk”.⁸⁶ Med andre ord er siktemålet med felles salg

⁸² HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 55 og E-3/16 *Taxi* avsnitt 102.

⁸³ Overtredelsesgebyret ble for øvrig redusert, jf. krrl. § 29.

⁸⁴ Sak 2018/112 og 2018/113 (El Proffen) avsnitt 136. Se også tilsynets forklaring i V2017-21 avsnitt 346.

⁸⁵ V2016-7 (Slam) avsnitt 268, samt avsnitt 295.

⁸⁶ Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 234.

normalt prissamarbeid. Likhetsstrekk mellom felles salg og felles bud kan dermed tas til inntekt for at prosjektsamarbeid kan sammenlignes med prissamarbeid.

Tjenestemann i EU-kommisjonens generaldirektorat for konkurranse, Cyril Ritter, gir i artikkelen *Joint tendering under EU competition law*, anvisning på slik parallell. Det bemerkes at synspunktene som fremgår i artikkelen ikke nødvendigvis representerer synspunktene til Generaldirektoratet for konkurranse eller Europakommisjonen.⁸⁷ Ritter fastslår at “[a] joint tender among competitors, by definition, involves joint selling”. Deretter påpeker han at “a joint tender eliminates choice and eliminates competition between the parties in all respects, including on price, quality and the price-quality ratio”.⁸⁸ Ritter uttaler med andre ord at felles anbud minner om salgssamarbeid, og innebærer samarbeid om pris. Samtidig mener Ritter at det ikke er holdepunkter for å likestille prissamarbeid og prosjektsamarbeid i samtlige tilfeller.

Også Hilde Sander Løjmand er enig i premisset når hun påpeker at utfordringen med prosjektsamarbeid er at inngivelse av felles bud “i langt de fleste tilfælde nødvendiggjør, at virksomhederne fastsetter salgspris; nemlig den tilbudspris der bydes ind med den offentlige orde giver”.⁸⁹ Avhandlingen reiser riktignok spørsmål ved om prosjektsamarbeid alltid kan likestilles med prissamarbeid.⁹⁰ Generelt synes det likevel å være enighet i teorien om at prosjektsamarbeid normalt vil omfatte prissamarbeid.⁹¹

Som utgangspunkt må det foretas en konkret vurdering av innholdet i den aktuelle samarbeidsavtalen. Til tross for individuelle forskjeller, forutsetter utarbeidelsen av et felles bud likevel en koordinering av priser og deling av sensitiv informasjon. Basert på de ovennevnte rettskildene, kan det derfor legges til grunn at prosjektsamarbeid rent innholdsmessig vil omfatte felles fastsettelse av priser. Etersom erfaring viser at prissamarbeid normalt er konkurranseskadelig, tyder det på at prosjektsamarbeid er skadelig av natur.

Likevel er det grunn til å spørre om prosjektsamarbeid kan likestilles med formålsrestriksjonen prissamarbeid i ethvert tilfelle. Spørsmålet er om man alltid kan trekke den slutning at formålet med avtalen er pris- og salgssamarbeid. Dette skal jeg behandle under neste punkt. Om så er

⁸⁷ Ritter (2017) side 1, fotnote 1.

⁸⁸ Ritter (2017) side 11. Se også Anchustegui (2017) side 5.

⁸⁹ Løjmand (2022) side 25-26.

⁹⁰ Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til i neste underpunkt.

⁹¹ Se også Sanchez-Graells (2018) side 162.

tilfelle, følger det av redegjørelsen i punkt 3.3 at det alltid kan foretas en strengt begrenset kontekstvurdering.

4.3 En nyansert vurdering av samarbeidets tyngdepunkt

4.3.1 Generelle tolkningsbidrag i retning av en mer nyansert vurdering

Spørsmålet er om prosjektsamarbeid alltid skal sammenlignes med prissamarbeid, eller om det er rettslige holdepunkter for å foreta en mer nyansert vurdering av samarbeidets innhold og formål. Dette behandles i det følgende, under punkt 4.3.1 til 4.3.3. Drøftelsen over viser at prosjektsamarbeid normalt innebærer at partene koordinerer priser i større eller mindre grad. Samtidig tar flere teoretikere til orde for at prosjektsamarbeid ikke alltid kan likestilles med prissamarbeid. Kommisjonens någjeldende retningslinjer og en rekke teoretikere oppstiller dermed tolkningsbidrag i retning av en mer nyansert vurdering.

EU-kommisjonens horisontale retningslinjer gir innledningsvis uttrykk for at samarbeidsavtaler kan bestå av ulike former for samarbeid. Kommisjonen understreker at når man bruker retningslinjene for å analysere et flersidet samarbeid, vil “alle kapitler, der vedrører de forskjellige dele af samarbejdet, normalt være relevante”.⁹² Samtidig påpeker Kommisjonen at der retningslinjene gir veiledning for hvorvidt en bestemt atferd skal bedømmes etter sitt formål eller sine virkninger, vil vurderingen ta utgangspunkt i kapitlet som omhandler det som kan “betragtes som hele samarbejdets »tyngdepunkt«”. På engelsk brukes uttrykket “centre of gravity”.⁹³ Med andre ord må de ulike elementene i en samarbeidsavtale avklares, i tillegg til omfanget av dem.

Flere teoretikere tar til orde for at et samarbeid ikke umiddelbart kan defineres som en formålsovertredelse, selv om det inneholder elementer av en klassifisert formålsrestriksjon. Rognstad m.fl. uttaler til illustrasjon:

Og om et konkurrentsamarbeid gjelder foretakenes prissetting, kvantumsfastsettelse, markedssegmenter mv., er heller ikke det ikke ensbetydende med at det er tale om en formålsrestriksjon. Det kan imidlertid foreligge en formålsovertredelse om et samarbeid

⁹² Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 13.

⁹³ Ibid. [92]. Prinsippet om “centre of gravity” opprettholdes i Kommisjonens utkast til nye retningslinjer, avsnitt 6 til 8.

er begrenset til koordinering av konkurrenters sentrale konkurranseparametere. Bredere og mer omfattende samarbeid som kombinerer eller integrerer foretakenes ressurser, og som har et rasjonale utover eventuell konkurranseskade, skal i stedet vurderes under virkningsalternativet, (mine understrekinger).⁹⁴

Oppfatningen er følgelig at det må gjøres en mer nyansert vurdering av den konkrete atferden, til tross for at samarbeidet omfatter et element av en klassifisert formålsrestriksjon.

4.3.2 Fellestrekk mellom prosjektsamarbeid og produksjonssamarbeid

I forlengelsen av spørsmålet om det kan foretas en mer nyansert vurdering av avtalen, oppstår spørsmålet om prosjektsamarbeid kan sammenlignes med produksjonssamarbeid i stedet for salgssamarbeid. En rekke teoretikere har tatt til orde for at prosjektsamarbeid i enkelte situasjoner bærer mer preg av produksjonssamarbeid enn prissamarbeid.

Under henvisning til Kommisjonens retningslinjer og prinsippet om “centre of gravity”, uttaler Løjmand at dersom prosjektsamarbeidet har “et annet tyngepunkt end det fælles salg”, bør man unngå å oppfatte avtalen som en ren markedsføringsavtale.⁹⁵ Videre trekker hun frem produksjonssamarbeid, og påpeker at i slike tilfeller vil “den fælles afsætning, inklusive prisfastsettelsen og fordelingen af opgaver, blive anset som accessorisk til produktionssamarbejdet”.⁹⁶ Forutsetningen er riktignok at “partene ikke uden afsætningssamarbejdet ville have incitament til at indgå produksionsaftalen”.⁹⁷ Både Hjelmeng og Østerud, Ritter og Tveit har tatt til orde for samme rettsoppfatning.⁹⁸

Standpunktet i teorien synes igjen å være basert på Kommisjonens retningslinjer. I kapittel 4 om produksjonsavtaler, understreker Kommisjonen nok en gang at avtaler om prisfastsettelse, distribusjon og markedsføring, normalt vurderes etter formålsalternativet. Et samarbeid om felles produksjon skal derimot vurderes etter sine virkninger, selv om både pris og kvantum fastsettes i fellesskap. Kommisjonen fastslår at utgangspunktet om at prissamarbeid skal vurderes etter formålsalternativet ikke gjelder:

⁹⁴ Rognstad m.fl. (2021) side 326.

⁹⁵ Løjmand (2022) side 289.

⁹⁶ Ibid. [95]

⁹⁷ Ibid. [95]

⁹⁸ Hjelmeng og Østerud (2017) side 18, Hjelmeng og Østerud (2022) side 80, Ritter (2017) side 11 og Tveit (2020) side 3.

[...] når en produksionsaftale, der også omfatter fælles distribution af de produkter, som er fremstillet i fællesskab, indeholder bestemmelse om fælles fastsættelse af salgspriserne for disse produkter, og kun disse produkter, forudsat at denne begrænsning er nødvendig for den fælles produktion, dvs. at parterne ellers slet ikke ville have incitament til at indgå produksionsaftalen.⁹⁹

Utgangspunktet er således at der prissamarbeid er en nødvendig forutsetning for avtalen som helhet, må atferden vurderes etter sine virkninger. Sitatet understreker for det første at en samarbeidsavtale kan bestå av flere komponenter, og derfor bør vurderes etter hva atferden hovedsakelig bærer preg av, i tråd med “centre of gravity”-prinsippet. For det andre illustrerer uttalelsen at produksjonssamarbeid og prosjektsamarbeid kan ha fellestrekk. Kort sagt innebærer produksjonssamarbeid at foretak i fellesskap produserer et produkt eller en tjeneste, eller på annen måte slår sammen sine ressurser for å levere et resultat. Dette kan blant annet foregå ved samarbeid om produksjon, produkt- og tjenesteutvikling.¹⁰⁰ Også ved prosjektsamarbeid kan aktørene slå sammen ressurser og dele fellesoppgaver, slik at samarbeidet utgjør mer enn et felles salg.

Et fellesforetak kan utgjøre et eksempel på slikt samarbeid. Til illustrasjon kan man tenke seg at kommunen har utlyst et oppdrag om vedlikehold og rengjøring av offentlige bygg. To foretak bestemmer seg for å opprette et midlertidig fellesforetak for å utvikle og tilby en mer effektiv rengjøringstjeneste. Anbudskonkurransen åpner for å inngi bud på ulike geografiske områder. Foretakene har dermed i utgangspunktet kapasitet til inngi separate bud. Ved å koordinere ressursene sine, klarer aktørene derimot å tilby et produkt som er kvalitativt bedre for oppdragsgiver. Dersom aktørene vinner anbudskonkurransen vil de fortsatt samarbeide om gjennomføringen av oppdraget. Situasjonen er dermed at aktørene ikke utelukkende inngir et felles bud for å kunne tilby økt kapasitet, i håp om at dette vil øke vinner sjansen, for deretter å gå hver til sitt i gjennomføringsfasen. Samarbeidet er følgelig mer integrert enn et felles salg, og bærer mer preg av et produksjonssamarbeid.

I Taxi-saken hadde Ski Taxi og Follo Taxidrift opprettet et felles driftsselskap, blant annet med det formål å spare ressurser. Ski Follo Taxidrift ivaretok administrative fellesoppgaver, slik som administrasjon av løyver, opplæring av sjåførere, sentralbord, betalingssystem og

⁹⁹ Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 160.

¹⁰⁰ Hjelmeng og Østerud (2017) side 4 (side 18) og Ritter (2017) side 12.

regnskapsføring. Datterselskapet hadde også flere ganger innlevert tilbud på vegne av taxiselskapene.¹⁰¹ Teoretikere har derfor pekt på at samarbeidet var vesentlig integrert, og kritisert Høyesterett for ikke å vurdere om atferden minnet mer om produksjonssamarbeid.¹⁰²

Høyesterett bekrefter imidlertid at “et tilbudssamarbeid, slik som i denne sak, består av flere elementer”, og viser til at partene har slått sammen ressursene for å kunne tilby økt kapasitet.¹⁰³ Senere fastslår retten at samarbeidets “hovedvirksomhet” var ulovlig, “selv om det inneholdt et element av koordinering av ressurser”.¹⁰⁴ Uttalelsene lest i sammenheng kan tilsi at Høyesterett indirekte har vurdert samarbeidsforholdet som helhet, men at domstolen uten nærmere begrunnelse kom til at samarbeidet ikke var tilstrekkelig integrert til å ha et annet tyngdepunkt enn prissamarbeid. Om så er tilfellet, kan det bety at andre tilfeller kan bedømmes annerledes dersom det foreligger større grad av integrasjon mellom partene.¹⁰⁵

Samtidig er det svært usikkert om det kan leses så mye ut av Høyesteretts bisetninger. Særlig svekkes en slik forståelse av at Høyesterett fastslår at effektivitetsgevinster ved samarbeidet må vurderes etter unntaket i krrl. § 10 tredje ledd.¹⁰⁶ Med en slik holdning, er det vanskelig å se at retten er åpen for å komme til at samarbeidet har et annet tyngdepunkt enn prissamarbeid.

Et annet aspekt ved Høyesteretts avgjørelse, som utgjør et mer tungtveiende argument for en nyansert vurdering av samarbeidet, er vurderingen av om partenes felles prisfastsettelse var en “nødvendig tilknyttet begrensning”.¹⁰⁷ Selv om formuleringen er noe ullen, må kriteriet forstås slik at dersom det konkurranseskadelige elementet – her prissamarbeid – utgjør en nødvendig forutsetning for samarbeidet som helhet, så kan prosjektsamarbeidet likevel være lovlig. Som sitert, gir både Kommisjonen og Løjmand anvisning på en slik vurdering. Uavhengig av formulering, kan dette oppsummeres som læren om aksessoriske begrensninger.

Doktrinen om aksessoriske begrensninger er basert på prinsippet om at ethvert samarbeid skal utformes og utføres på en måte som i minst mulig grad begrenser konkurransen.¹⁰⁸ Det konkurranseskadelige elementet må være direkte knyttet til og nødvendig for gjennomføringen

¹⁰¹ V2011-12 (Taxi) avsnitt 11.

¹⁰² Hjelmeng (utkast 23.05.2022) side 19. Bouckaert og Van Moer (2021) side 2.

¹⁰³ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 51.

¹⁰⁴ Ibid. avsnitt 58.

¹⁰⁵ Løjmand (2022) side 295.

¹⁰⁶ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 52.

¹⁰⁷ Ibid. avsnitt 56.

¹⁰⁸ Prinsippet fremgår av Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 30.

av et samarbeid som totalt sett er konkurransenøytralt, eventuelt konkurransepositivt.¹⁰⁹ Dersom et enkeltelement som isolert sett fremstår konkurranseskadelig, ikke er nødvendig, er samarbeidet mer konkurranseskadelig enn tiltrengt. Forutsetningen for at prissamarbeid utgjør en tilknyttet begrensning, er dermed at hovedaktiviteten er konkurransenøytral eller -positiv.

Det kan argumenteres for at samarbeidets tyngdepunkt først må avklares, for at læren om aksessoriske begrensninger skal aktualiseres. Dersom vurderingen av samarbeidets tyngdepunkt ikke først blir gjennomført, er det vanskelig å se at doktrinen får noen reell betydning.¹¹⁰ Om hovedaktiviteten i et hvert tilfelle kan likestilles med felles salg, vil man i prinsippet aldri komme til at prisfastsettelsen utgjør en aksessorisk begrensning. Høyesteretts avgjørelse i Taxi-saken står dermed ikke i veien for en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt.

Vejstribesaken gir innblikk i hvordan dansk Højesteret behandler prosjektsamarbeid. Saken gjaldt to selskap, herunder GVCO og Eurostar, som avtalte å inngi felles bud på et oppdrag utlyst av Vejdirektoratet for markering av det statlige veinettet. Et spørsmål for retten var hva som utgjorde avtalens tyngdepunkt, for slik å avklare om samarbeidet skulle vurderes etter sitt formål eller sine virkninger. Retten konkluderte med at samarbeidet utgjorde et rent salgssamarbeid, etter å ha konstatert at “aftalen [ikke havde] karakter af et produktionssamarbejde”.¹¹¹ Saken ble dermed underlagt en formålsvurdering. En vurdering av avtalens tyngdepunkt følger også av det danske Konkurrencerådets konsortievejledning.¹¹² Et blikk til dansk rett understøtter følgelig at det skal gjøres en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt ved behandlingen av felles anbud.

Oppsummert er det bred teoretisk enighet om at innholdet og formålet med et prosjektsamarbeid må undersøkes nærmere, for å fastslå om tyngdepunktet bærer preg av prissamarbeid eller produksjonssamarbeid. En teoretisk oppfatning har riktignok begrenset vekt. Oppfatningen er imidlertid basert på EU-kommisjonens uttalelser i Kommisjonens horisontale retningslinjer, hvilket indikerer at det vil være i tråd med lovgiverviljen å vurdere prosjektsamarbeid mer nyansert. En nærmere analyse av Taxi-saken indikerer til og med at det ikke er motstrid mellom en slik nyansert vurdering og Høyesteretts avgjørelse. Totalt sett er det dermed rettskildemessig holdepunkter for å oppstille en vurdering av prosjektsamarbeidets tyngdepunkt. I prinsippet

¹⁰⁹ C-382/12 *MasterCard*. Se også Rognstad m.fl. (2021) side 339.

¹¹⁰ Hjelmeng og Østerud (2017) side 19, samt Sanchez-Graells (2017) side 163 er også inne på dette i sine analyser.

¹¹¹ Sak 191/2018 (Vejstribesaken) side 9.

¹¹² Konsortievejledningen (2020), side 30-33, punkt 2.3.2.

skal det derfor være mulig å sammenligne felles bud med produksjonssamarbeid, i stedet for prissamarbeid.

4.3.3 Foretar norske domstoler og konkurransemyndigheter en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt i dag?

Sett i lys av dagens praksis, er det likevel relevant å spørre om en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt faktisk blir foretatt. I dag foreligger det ingen skandinaviske saker hvor et prosjektsamarbeid er ansett for å ha et annet hovedformål en felles salg.¹¹³ Samtlige tilfeller er vurdert etter formålsalternativet. Umiddelbart kan det gi inntrykk av at domstoler og myndigheter ikke foretar en faktisk vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, eventuelt at terskelen for å komme til noe annet enn salgssamarbeid er svært høy. Det kreves imidlertid en nærmere analyse av de konkrete sakene, da det også er mulig at samtlige tilfeller rent faktisk har hatt prissamarbeid som tyngdepunkt.

Ski Taxi og Follo Taxidrift hadde som nevnt et varig samarbeid gjennom datterselskapet Ski Follo Taxidrift.¹¹⁴ Taxiselskapene hevder selv at formålet var “å tilby etterspurt kapasitet på en måte som innebar en hensiktsmessig sammenslåing av ressurser”.¹¹⁵ Til tross for at aktørene hadde opprettet et datterselskap som tok seg av fellesoppgaver, kan det argumenteres for at samarbeidet ikke inneholdt et element av produksjon eller utvikling i relasjon til det konkrete enkeltprosjektet. Konkurransesgrunnlaget stilte ikke krav til antall drosjer per tilbyder. Selv om partene samlet kunne tilby flere biler innenfor samme bud, ville selskapenes sjåfører påta seg kjøreoppdragene på egenhånd. Oppdragsgiver fikk dermed ingen fordeler i form av bedre pris eller kvalitet av samarbeidet. I tillegg eksisterte samarbeidet uavhengig av anbudsoppdraget. Samarbeidet var følgelig ikke opprettet for å tilby en bedre tjeneste i den aktuelle konkurransen. Hadde Høyesterett eksplisitt foretatt en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, er det nærliggende at retten hadde kommet til at aktørenes hovedvirksomhet var felles salg.

Poenget er likevel at samarbeidet åpnet for en vurdering. Høyesterett fastslår derimot at “slike og eventuelle andre effektivitetsgevinster som et samarbeid måtte lede til, [må] bedømmes etter konkurranseloven § 10 tredje ledd”.¹¹⁶ Uttalelsen indikerer at domstolen alene fokuserer på at

¹¹³ Løjmand (2022) side 297.

¹¹⁴ Oppgaven avgrenser mot en vurdering av om samarbeidet egentlig burde vært bedømt etter krrl. § 16 om kontroll med foretakssammenslutninger.

¹¹⁵ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 21.

¹¹⁶ Ibid. avsnitt 52.

samarbeidet omfattet felles prisfastsettelse, og at potensielle fordeler ved samarbeidet må bedømmes etter tredje ledd. Selv om Høyesterett ikke tar avstand fra en slik vurdering, gir retten tilsynelatende heller ikke rom for å komme til et annet tyngdepunkt enn prissamarbeid.

I El Proffen-saken var det muligens enda klarere at samarbeidet ikke bar preg av et produksjonssamarbeid. Saken gjaldt fem uavhengige elektrofirmaer og en elektrikerkjede som innga felles bud på vedlikeholdstjenester for Undervisningsbygg Oslo KF. I likhet med Taxi-saken, stilte tilbudsinvitasjonen ingen spesifikke krav til antall montører. Samarbeidet mellom El Proffen og de andre elektroforetakene besto tilsynelatende utelukkende av en samlet inngivelse av de respektive foretakenes tilbudte kapasitet. Aktørene ønsket i likhet med taxiselskapene å tilby en kapasitet som dekket oppdragsgivers totale behov. Ut over det forelå det ingen plan for hvordan oppgavene skulle fordeles eller hvordan gjennomføringen av vedlikeholdstjenestene skulle skje.¹¹⁷ Aktørenes ressurser var således ikke integrert eller slått sammen på annen måte. Samarbeidet bar dermed mest preg av felles salg.

El Proffen-saken kan likevel tyde på at konkurransemyndighetene er inne på en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt. Foretakene anførte at det forelå et lovlig produksjonssamarbeid, hvor prisfastsettelsen var en nødvendig forutsetning for samarbeidet som helhet.¹¹⁸ Nemnda fastslo imidlertid at prissamarbeidet ikke var en “tilknyttet begrensning til en lovlig hovedvirksomhet”, og at det ikke forelå et “lovlig produksjonsfellesskap”.¹¹⁹ Til tross for at nemnda ikke foretok en eksplisitt vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, tilsier uttalelsen at nemnda var åpen for at prosjektsamarbeid kan ha en lovlig hovedaktivitet. I likhet med Taxi-saken, fremgår vurderingen implisitt gjennom vurderingen av aksessoriske begrensninger, etter at det er lagt til grunn at samarbeidet omfatter prisfastsettelse og aktørene er konkurrenter.

I Slam-saken var situasjonen at Jonny Birkeland Transport AS og Lindum AS innga felles tilbud i en anbudskonkurranse utlyst av Bergen Vann KF. Anbudsoppdraget gjaldt utkjøring og behandling av slam fra kloakkreanlegg i Bergen. Årsaken til at Jonny Birkeland og Lindum bestemte seg for å inngi felles bud var at partene ønsket å tilby fullstendig kapasitet til Bergen Vann.¹²⁰ Også dette anbudet la imidlertid opp til at det var mulig å by på deler av oppdraget. Samarbeidet besto ikke av noen form for ressurskoordinering, og gjennomføringen av

¹¹⁷ Sak 2018/112 og 2018/113 (El Proffen) avsnitt 270.

¹¹⁸ Ibid. avsnitt 253. Se også V2017-21 (El Proffen) avsnitt 63.

¹¹⁹ Ibid. avsnitt 252-253.

¹²⁰ V2016-7 (Slam) avsnitt 194.

oppgavene skulle fortsatt være delt mellom aktørene.¹²¹ Resultatet var at samarbeidet ganske raskt bar preg av prissamarbeid, hvor hovedsiktemålet var felles salg.

Selv om det totale rettskildebildet gir grunnlag for å oppstille en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, gjøres det ikke en eksplisitt vurdering av samarbeidets hovedaktivitet i praksis. Dette skaper en uklar rettstilstand, som ikke gir svar på om vurderingen faktisk blir foretatt, eller om kravet til integrasjon er så høyt at rettsanvender uansett ikke vil konkludere med et annet tyngdepunkt. Høyesterett og konkurransemyndighetene har for øvrig ikke tatt stilling til tilfeller hvor tyngdepunktet sannsynligvis var produksjonssamarbeid. Samlet sett har dette bidratt til å skape et inntrykk av at samtlige tilfeller av felles bud dømmes etter formålsvilkåret.

Den begrensede praksisen medfører også at det er vanskelig å gi et konkret svar på hvor stor grad av integrasjon som skal til for å fastslå at et prosjektsamarbeid har et annet tyngdepunkt enn prissamarbeid. Drøftelsen viser at samarbeidet må innebære konkrete planer for hvordan partenes ressurser skal kombineres for å gjennomføre det konkrete oppdraget i fellesskap, og at samarbeidet må være til fordel for oppdragsgiver.¹²² Samtidig tilsier Taxi-saken at et element av ressurskoordinering ikke er tilstrekkelig. På grunn av få klare føringer i rettskildene, er det vanskelig å gi et presist svar på hva som skal til for at tyngdepunktet er felles produksjon.

4.4 Delkonklusjon

Rettskildebildet gir ikke et entydig svar på hvordan innholdet og formålet i et prosjektsamarbeid skal bedømmes. Foreløpig kan det hele oppsummeres under tre punkter. For det første vil prosjektsamarbeid som hovedregel innebære at partene koordinerer priser. For det andre er det rettslig grunnlag for å gjøre en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, for å fastslå om atferden skal bedømmes etter sitt formål eller sine virkninger. For det tredje viser dagens praksis at prosjektsamarbeid i ethvert tilfelle er likestilt med prissamarbeid, og vurdert etter formålsalternativet. Selv om det er grunnlag for å gjøre en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, foreligger det ingen tilfeller som gir et klart svar på hvilken grad av integrasjon som kreves for å betrakte et felles bud som et produksjonssamarbeid. Konsekvensen er at det i dag er uvisst hva som presist skal til for å bedømme et felles bud etter sine virkninger.

¹²¹ V2016-7 (Slam) avsnitt 268.

¹²² Løjmand (2022) side 298.

5 En begrenset vurdering av samarbeidets rettslige og økonomiske kontekst

5.1 Introduksjon

Etter en vurdering av samarbeidets innhold og formål, skal samarbeidets skadelige karakter etterprøves i en vurdering av konteksten samarbeidet inngår i. Kan samarbeidet sammenlignes med en kategorisert formålsrestriksjon, skal vurderingen begrenses til det som er helt nødvendig.¹²³ I fortsettelsen forutsettes det at prosjektsamarbeidet hovedsakelig bærer preg av prissamarbeid, slik at det er grunnlag for å foreta en strengt begrenset kontekstvurdering. Som nevnt under punkt 3.3, fastslo Høyesterett og EFTA-domstolen at kontekstvurderingen krever en vurdering av om aktørene er konkurrenter. I dette kapitlet skal jeg drøfte grunnlaget for et slikt kriterium, konsekvensen av et bekreftende svar og kort redegjøre for vurderingens rettslige innhold.

Basert på EFTA-domstolens avgjørelse, ga Høyesterett også uttrykk for at det måtte bedømmes om prissamarbeidet utgjorde en «tilknyttet begrensning» til samarbeidets hovedaktivitet. Etersom jeg så det hensiktsmessig å trekke inn dette i forbindelse med vurderingen av samarbeidets innhold og formål, velger jeg ikke å gå nærmere inn på dette her.

5.2 Konkurrentvurderingens grunnlag og betydning

Spørsmålet er på hvilket grunnlag det skal drøftes om aktørene er konkurrenter, og hvilken betydning et bekreftende svar har for rettsanvendelsen som helhet. Utgangspunktet i konkurranseretten er at aktører som opptrer innenfor samme marked, skal handle uavhengig av hverandre for å sikre konkurranse, jf. krrl. § 1. Prinsippet begrunner samarbeidsforbudet. Videre er formålet med anbudskonkurranser at potensielle oppdragstakere foretar selvstendige kalkulasjoner, slik at de utarbeider mest mulig konkurransedyktige tilbud, jf. anskaffelsesloven § 1, sammenholdt med § 4. Kan ikke foretakene levere selvstendige bud, kan ikke aktørene betraktes som konkurrenter til den aktuelle anbudskonkurransen. Da er det ikke grunn til å tro

¹²³ Ref. punkt 3.3.

at samhandelen vil påvirke konkurransen negativt. En vurdering av om aktørene er konkurrenter er dermed fornuftig og naturlig sett i lys av lovens og bestemmelsens formål.

Høyesterett ga anvisning på dette utgangspunktet i Taxi-saken. Retten påpekte at aktører som “hver for seg har mulighet til, eller lett kan skaffe seg mulighet til, å inngi tilbud”, vil “utsette hverandre for et konkurransepress”.¹²⁴ Deretter uttalte domstolen at “konkurransepresset bortfaller dersom de to aktørene [...] inngir et felles tilbud”, hvilket igjen åpner for å tilby “oppdragsgiver mindre fordelaktige vilkår”.¹²⁵ På denne bakgrunn kom Høyesterett til at samarbeidets “skadelige natur [hadde latt seg] påpeke”, ettersom taxiselskapene var potensielle konkurrenter.¹²⁶ Uttalelsene understreker at konkurrentvurderingen utgjør et viktig steg i behandlingen av prosjektsamarbeid, og indikerer samtidig at svaret får utslagsgivende betydning for rettsanvendelsen som helhet.

Også i El Proffen-saken og Slam-saken fikk spørsmålet om aktørene var konkurrenter avgjørende betydning.¹²⁷ Konkurransemyndighetene kom til at aktørene kunne inngitt selvstendige bud i begge saker, og konkluderte derfor med at samarbeidsavtalene utgjorde formålsovertredelser. Konkurransetilsynet understreker også vurderingens sentrale posisjon i sin veileder. Tilsynet påpeker at det “[a]vgjørende vil være om foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter i forhold til det enkelte prosjektet”.¹²⁸ Deretter fremgår det at et samarbeid mellom foretak som kan gjennomføre prosjektet alene, “normalt vil ha et konkurransebegrensende formål i konkurranselovens forstand”.¹²⁹

EU-domstolen har ikke tatt direkte stilling til hvordan prosjektsamarbeid skal bedømmes. Toshiba-saken kan likevel tas til inntekt for en tilsvarende rettssetning. Saken gjaldt kartellvirksomhet mellom europeiske og japanske produsenter, som hadde inngått en avtale om å dele EØS-markedet og det japanske markedet mellom seg. Klagerne anførte at avtalen ikke var egnet til å begrense konkurransen, fordi aktørene ikke var konkurrenter på det samme markedet. EU-domstolen kom derimot til at underretten korrekt hadde lagt til grunn at aktørene var potensielle konkurrenter på EØS-markedet.¹³⁰ Dette, sammenholdt med at avtalen innebar

¹²⁴ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 44

¹²⁵ Ibid. avsnitt 45.

¹²⁶ Ibid. avsnitt 46.

¹²⁷ Se El Proffen-saken, både Konkurransetilsynet V2017-21 avsnitt 336 og Konkurranseskjennemnda sak 2018/112 og 2018/113 avsnitt 136 flg. V2016-7 (Slam) avsnitt 258-259.

¹²⁸ Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 36.

¹²⁹ Ibid. avsnitt 38.

¹³⁰ C-373/14 *Toshiba* avsnitt 31-36.

markedsdeling, en typisk formålsrestriksjon, medførte at samarbeidet utgjorde en formålsovertredelse i strid med TEUF artikkel 101 (1). Avgjørelsen kan tas til inntekt for at der samarbeidets tyngdepunkt kan likestilles med en identifisert formålsrestriksjon, og en analyse av konteksten viser at aktørene er konkurrenter, er samarbeidets skadelige natur påvist.

I kapittelet om markedsføringsavtaler uttaler også Kommisjonen at en markedsføringsavtale normalt er tillatt der partene ikke er konkurrenter.¹³¹ I denne forbindelse trekker Kommisjonen frem prosjektsamarbeid som eksempel. Kommisjonen påpeker at samarbeidsavtaler som gir aktører mulighet til å delta i prosjekter de ikke kan gjennomføre på egenhånd, ikke utgjør noen “begrænsning af konkurrencen” i strid med TEUF artikkel 101 (1). Årsaken er at partene “ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet”.¹³² Kommisjonen understreker følgelig at en avtale om felles anbud sjelden er konkurranseskadelig der partene ikke er konkurrenter. Samtidig er det ikke like tydelig om konsekvensen av at foretakene er konkurrenter, er at samarbeidet forbys etter første ledd.

At spørsmålet om partene er konkurrenter utgjør et sentralt vurderingstema ved vurderingen av et prosjektsamarbeids lovlighet, synes å være uomtvistet. Begrunnelsen er at vurderingen vil gi svar på om samarbeidet har ført til færre potensielle tilbydere i konkurransen. Dersom vurderingen avkrefter at partene er konkurrenter, er konklusjonen at prosjektsamarbeidet er lovlig.¹³³ Er svaret derimot at aktørene kunne optrådt på egenhånd, er dagens rettstilstand at samarbeidet er presumtivt konkurranseskadelig fordi samarbeidet fører til færre potensielle bud. Hovedregelen er følgelig at felles bud mellom konkurrenter utgjør en formålsovertredelse i strid med krrl. § 10 første ledd. Regelen må samtidig ses i sammenheng med at prosjektsamarbeid som regel sammenlignes med prissamarbeid. Hvorvidt dette bør være hovedregelen kommer jeg tilbake til i kapittel 6.

5.3 Når er partene faktiske eller potensielle konkurrenter?

Videre blir spørsmålet hvordan man avgjøre om to aktører er å anse som konkurrenter som kunne innlevert selvstendige bud. Oppgaven avgrenser samtidig mot en inngående behandling av innholdet i vurderingen. Spørsmålet er både interessant og relevant for å gi et fullstendig

¹³¹ Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 237.

¹³² Ibid. [131].

¹³³ Dette fremgår eksplisitt av Kommisjonens utkast til nye retningslinjer for horisontalt samarbeid (2022), avsnitt 391.

bilde av rettstilstanden vedrørende prosjektsamarbeid i dag. Hvem som betraktes som konkurrenter har direkte innvirkning på hvorvidt et prosjektsamarbeid defineres som rettstridig eller ikke, ettersom en vid tolkning av konkurrentbegrepet innebærer at flere foretak hindres i å samarbeide. En detaljert behandling av vurderingens innhold sprenger imidlertid rammene for denne fremstillingen.¹³⁴

I konkurranserettslig forstand vil to aktører normalt betraktes som konkurrenter dersom de tilbyr samme produkt innenfor samme geografiske området.¹³⁵ Selv om partene er konkurrenter i et marked, betyr ikke det nødvendigvis at partene er konkurrenter i den aktuelle anbudskonkurransen. I anbudskonkurranser vil konkurrentene begrenses til de som har mulighet til å gjennomføre anbudsoppdraget. Videre omfatter konkurrentbegrepet både faktiske og potensielle konkurrenter.¹³⁶ Faktiske konkurrenter innebærer at partene har tilstrekkelig kapasitet til å inngi bud ved konkurransens tilbudsfrist. Potensielle konkurrenter innebærer at partene i løpet av kort tid vil kunne foreta de nødvendige investeringene for å tilegne seg tilstrekkelig kapasitet.¹³⁷

I Taxi-saken baserer Høyesterett seg på lagmannsrettens konkurrentvurdering, og synes med det å slutte seg til de rettslige utgangspunktene underretten oppstiller. Lagmannsretten uttaler at vurderingen beror på om foretakene har “en reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt og på de vilkår som framgår av tilbudsinvitasjonen”.¹³⁸ Videre fastslår retten at spørsmålet blir om “det er «objektivt nødvendig» for foretakene å samarbeide om et anbud for å være i stand til å inngi tilbud i anbudskonkurransen”.¹³⁹ En rent teoretisk mulighet til å inngi selvstendige tilbud er ikke tilstrekkelig.

Vurderingstemaet er basert på kriteriet EU-domstolen generelt har oppstilt for å avgjøre om foretak er konkurrenter. I C-307/18 *Generics* var spørsmålet om en samarbeidsavtale mellom flere legemiddelfirma var i strid med TEUF artikkel 101 (1). Domstolen reiste først spørsmål om foretakene var potensielle konkurrenter. Domstolen uttalte at vurderingen beror på om aktørene hadde “reelle og konkrete muligheter” til å etablere seg på markedet.¹⁴⁰ En “rent

¹³⁴ For en grundig gjennomgang, se Løjmand (2022) kapittel 5.

¹³⁵ Juuhl-Langseth m.fl. (2015) side 52.

¹³⁶ Se C-373/14 *Toshiba* avsnitt 31 og C-307/18 *Generics* avsnitt 36. Se også Kommisjonens retningslinjer (2011) avsnitt 10.

¹³⁷ Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 34.

¹³⁸ LB-2013-75034.

¹³⁹ Ibid. [138]. Spørsmålet er gjentatt i V2016-7 (Slam) avsnitt 258.

¹⁴⁰ C-307/18 *Generics* avsnitt 36 og C-234/89 *Delimitis* avsnitt 21.

hypotetisk mulighet” til å tre inn i markedet var ikke tilstrekkelig.¹⁴¹ Samtidig stilles det ikke krav til bevis for at aktørene ville etablert seg på markedet uten samarbeidsavtalen. I relasjon til prosjektsamarbeid, blir spørsmålet om aktørene har en reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt på de vilkår og betingelser som er angitt i tilbudsinvitasjonen.¹⁴²

Høyesterett påpeker for øvrig at det har liten betydning dersom “det i ettertid [kan] konstateres at den ene trolig ville valgt ikke å inngi tilbud alene”.¹⁴³ Retten utelukker riktignok ikke at partenes manglende intensjon om å inngi selvstendig bud kan være av betydning. Dersom samarbeidspartene overbeviser retten om at aktørene ikke ville inngitt selvstendig bud, endrer det likevel ikke det faktum at atferden skader konkurranseprosessen i seg selv.

Årsaken til at subjektiv intensjon ikke skal tillegges betydelig vekt, er at det er forventningen eller uvissheten om en mulig konkurrent som skaper et konkurransepress. Som EU-domstolen uttalte i C-3087/18 *Generics* kan en virksomhet som “opfattes som en potentiel ny udbyder på markedet, ved sin blotte eksistens [...] udsætte den etablerede virksomhed på dette marked for et konkurrencepres”.¹⁴⁴ I tillegg vil en vurdering av aktørenes intensjon om å inngi selvstendig tilbud åpne for en retsteknisk krevende vurdering, som vanskelig kan etterprøves.

For å fastslå hvem som reelt sett har mulighet til å inngi tilbud, må det dermed tas utgangspunkt i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget angir blant annet kvalifikasjonskrav tilbudshaver må oppfylle for i det hele tatt å være egnet til å påta seg oppdraget. Oppdragsgiver kan stille krav til økonomiske ressurser, maskiner, medarbeidere, teknologi, eller andre tekniske og faglige egenskaper. Vurderingen beror følgelig på foretakenes faktiske og potensielle ressurser på ytelsestidspunktet, holdt opp mot prosjektets karakter og størrelse.¹⁴⁵

5.4 Delkonklusjon

Etter gjeldende rett må det vurderes om aktørene kunne inngitt selvstendige bud til den aktuelle anbudskonkurransen, for å trekke grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid. Den

¹⁴¹ C-307/18 *Generics* avsnitt 38.

¹⁴² Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 36. Se til sammenligning Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 10.

¹⁴³ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 44.

¹⁴⁴ C-307/18 *Generics* avsnitt 42.

¹⁴⁵ Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 38.

objektive muligheten til å inngi tilbud er avgjørende. Hovedregelen er at dersom aktørene kan inngi selvstendig bud, er samarbeidet rettsstridig.

Redegjørelsen er foretatt under den forutsetning at samarbeidet kan likestilles med prissamarbeid, slik at det er grunnlag for å foreta en begrenset kontekstvurdering. Det bemerkes likevel at spørsmålet om partene er konkurrenter, er relevant både etter formålsalternativet og virkningsalternativet.¹⁴⁶ Hvorvidt konkurrentvurderingen er den samme under de to alternativene er det ikke rom for å bedømme her, ettersom oppgaven hovedsakelig fokuserer på tolkningen av formålsalternativet. Rettskildene indikerer riktignok at vurderingstemaet er det samme, uavhengig av hvilken sammenheng vurderingen foretas.¹⁴⁷ At undersøkelsen er “mindre inngående” etter formålsvilkåret legges likevel til grunn, basert på Høyesterett og EFTA-domstolens uttalelse, sammenholdt med formålsalternativets restriktive anvendelse.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Kommisjonens horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 10 og C-307/18 *Generics* avsnitt 31-32. Se også Østerud (2016) side 191.

¹⁴⁷ Ibid. [146]

¹⁴⁸ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 36. Se også Kolstad (2007) side 277, om at virkningsalternativet legger opp til “en grundig analyse av avtalen i den rettslige og økonomiske kontekst den skal fungere i”.

6 Hvordan bør grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid trekkes?

6.1 Introduksjon

6.1.1 Kritikk av dagens rettstilstand

Norske konkurransemyndigheter har mottatt kritikk for å oppstille en urimelig høy terskel for adgangen til å inngi felles bud i anbudskonkurranser. Oppfatningen er at konkurransetilsynet og Høyesterett er for formalistiske i sin tilnærming. Kritikken kommer fra noen av teoretikerne i Norge som har skrevet mest om konkurranserett.¹⁴⁹ I tillegg har også internasjonale teoretikere tatt til orde for at Taxi-saken representerer en streng holdning til prosjektsamarbeid.¹⁵⁰

Hjelmeng og Østerud gir uttrykk for at Taxi-saken “representerer en ekspansiv tolkning og anvendelse av formålsalternativet i konkurranseloven § 10 første ledd”.¹⁵¹ De hevder også at en “ekspansiv tolkning av formålsvilkåret, særlig kombinert med en snever tolkning av unntaksadgangen og en unyansert sanksjonspraksis, risikerer at også konkurransefremmende foretakssamarbeid sanksjoneres og avskrekkes”.¹⁵² Resultatet av dagens praksis er at Høyesterett og Konkurransetilsynet “beveger seg på tvers av utviklingen i EU-retten”.¹⁵³

Kritikken synes å ha blusset opp i forbindelse med at EU-kommisjonen i mars 2022 lanserte et utkast til nye retningslinjer om horisontale samarbeidsavtaler. Enkelte er av den oppfatning at de nye retningslinjene representerer en endring i praksis, i retning av en mykere holdning til prosjektsamarbeid.¹⁵⁴ Konkurransetilsynet svarer på kritikken i kronikken *Ikke stengt dør for prosjektsamarbeid*.¹⁵⁵ Tilsynet uttaler at “Kommisjonens tilnærming er helt på linje med norske konkurransemyndigheters håndhevingspraksis og faktiske prioritering av saker”.

¹⁴⁹ Hjelmeng og Østerud (2022) side 80-81. Se også Tveit (2020) side 6 og 9, Anchustegui (2017) side 7 og Tigum (2017) side 372.

¹⁵⁰ Sanchez-Grealls (2018) side 163 (side 3) og Løjmand (2022) side 296.

¹⁵¹ Hjelmeng og Østerud (2017) side 6.

¹⁵² Hjelmeng og Østerud (2022) punkt 1.

¹⁵³ Hjelmeng og Østerud (2017) side 6.

¹⁵⁴ Nygaard og Johansen, "Ikke stengt dør for prosjektsamarbeid", *Finansavisen*, 26. april 2022.

¹⁵⁵ Ibid. [154]

Oppsummert går kritikken ut på at Norges domstolsapparat og konkurransemyndigheter har en formalistisk holdning til prosjektsamarbeid, da samtlige tilfeller blir bedømt etter formålsalternativet. EU-domstolen har derimot pekt på at formålsalternativet skal anvendes restriktivt. Dette synes å ligge til grunn for påstanden om at norsk praksis beveger seg på tvers av utviklingen i EU. Synspunktet åpner for en sammenligning av norsk rett med EU-rett, hvilket oppgaven ikke legger opp til. Samtidig er forskjeller mellom norsk rett og EU-rett relevant, nettopp på grunn av lovgivers ønske om harmonisering.

6.1.2 Videre problemstilling

Sett i lys av kritikken, vil jeg vurdere om dagens tilnærming til prosjektsamarbeid, bør endres. Kritikerne tar til orde for at formålsalternativet anvendes for vidt, med den virkning at for mange tilfeller av felles anbud forbys eller avskrekkes. Jeg vil på denne bakgrunn oppstille et forslag til hvordan prosjektsamarbeid bør bedømmes. Et sentralt spørsmål som skal besvares i denne sammenheng er om flere tilfeller av felles anbud bør vurderes etter sine virkninger.

For å besvare disse spørsmålene, knytter jeg først noen bemerkninger til hvorvidt prosjektsamarbeidets innhold og formål bør bedømmes mer nyansert. Deretter undersøker jeg hvorvidt det vil være mer hensiktsmessig å begynne med en vurdering av om partene er konkurrenter, i stedet for å vurdere dette under formålsalternativet. Til slutt gir jeg et helhetlig forslag til fremgangsmåte, basert på det jeg har kommet frem til.

6.2 Bør det foretas en mer nyansert vurdering av samarbeidets innhold og formål?

I kapittel 4 gjennomgikk jeg rettskildene som taler for og mot en mer nyansert vurdering av innholdet og siktemålet til en prosjektsamarbeidsavtale. Gjennomgangen av kildene viste at det er hold i kritikken mot Høyesterett, i den grad retten ikke gjør en eksplisitt vurdering av samarbeidets tyngdepunkt. Fraværet av en slik vurdering skaper inntrykk av at samtlige tilfeller bedømmes etter formålskriteriet. Det totale rettskildebildet tilsier imidlertid at det er grunnlag for å gjøre en vurdering av samarbeidets hovedaktivitet. Likevel kan man ikke med sikkerhet fastslå hvordan Høyesterett vil bedømme en ny sak. Spørsmålet er derfor om det bør foretas en mer nyansert vurdering av prosjektsamarbeidets innhold og formål.

En eventuell adgang til å gjøre en mer nyansert vurdering av samarbeidets tyngdepunkt er tilsynelatende av stor betydning for spørsmålet om når et prosjektsamarbeid er lovlig. Dersom ethvert tilfelle av felles anbud kan sammenlignes med prissamarbeid, vil prosjektsamarbeidet automatisk likestilles med en klassifisert formålsrestriksjon. Formålsalternativet vil dermed alltid komme til anvendelse. Alternativet er som nevnt retts teknisk enklere enn virkningsalternativet, og innebærer en lettere vei for konkurransemyndighetene for å konstatere brudd. Risikoen er at flere tilfeller av prosjektsamarbeid forbys, på et grunnlag av mindre inngående vurderinger. Dette kan potensielt omfatte konkurransepositiv atferd.

Åpner man derimot for en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, åpnes det for at man må ta stilling til om samarbeidet bør vurderes etter sitt formål eller etter sine virkninger. En mer tilbakeholden anvendelse av formålsalternativet medfører derfor ikke en risiko for at skadelig samarbeid tillates, da samarbeidets virkninger fortsatt må bedømmes. Virkningsvilkåret innebærer en mer krevende rettsanvendelse for myndighetene, ettersom de ikke kan lene seg på antagelser om hvordan leverandørsamarbeid vil påvirke konkurransen. Vurderingen blir dermed mer presis. Behandles atferd som hovedsakelig bærer preg av prissamarbeid etter formålsalternativet, og atferd som hovedsakelig bærer preg av produksjonssamarbeid etter virkningsalternativet, kan man forvente en mer treffsikker bedømmelse av prosjektsamarbeid.

Samtidig må det tas i betraktning at loven søker å avveie hensynet til effektivitet og forutberegnelighet, mot hensynet til økonomisk presisjon og måloppnåelse i enkeltsaker. Ettersom formålsalternativet legger opp til en objektiv vurdering basert på presumsjoner, vil en vid bruk av formålsvilkåret medføre at rettsregelen blir mer forutberegnelig for foretak som ønsker å samarbeide. I tillegg søker loven å beskytte konkurranseprosessen i seg selv. En mer formalistisk regel vil potensielt fungere preventivt mot konkurranseskadelige samarbeid. En enkel regel medfører at foretak får en klarere oppfatning av hvor grensen mot ulovlig prosjektsamarbeid går, hvilket i større grad vil forhindre forsøk på omgåelse av regelverket.

På den andre siden kan det argumenteres for at en tiltenkt preventiv funksjon, snarere kan ha en avskrekkende negativ effekt. I dag vil tilsynelatende samtlige konkurrenter som inngår tilbudssamarbeid bli ilagt overtredelsesgebyr, med mindre unntaksregelen i tredje ledd kommer til anvendelse. Realiteten er imidlertid at samarbeid som har et konkurransebegrensende formål

sjelden oppfyller unntaksvilkårene i tredje ledd.¹⁵⁶ En vid bruk av formålsalternativet, sammenholdt med en høy terskel for å bruk av unntaksregelen, øker risikoen for å bli ilagt overtredelsesgebyr. Dette kan igjen virke avskrekkende på aktører som ønsker å samarbeide, og potensielt hindre konkurransefremmende og samfunnsøkonomisk atferd.

Samtidig kan man spørre om det reelt sett er behov for en nyansert vurdering av samarbeidets tyngdepunkt. Høyesterett tar til orde for at positive elementer ved samarbeidet skal trekkes inn i vurderingen etter krrl. § 10 tredje ledd.¹⁵⁷ I den forlengelse kan det argumenteres for at tredje ledd fungerer som en sikkerhetsventil, dersom samarbeidet feilaktig forbys etter formålsalternativet. Ulempen med en slik tilnærming var jeg inne på i avsnittet over. Dagens praksis viser at det skal mye til før unntaket gjør seg gjeldende. Er samarbeidet allerede klassifisert som ulovlig, er det derfor utfordrende å snu resultatet. I tillegg har partene bevisbyrden under tredje ledd.¹⁵⁸ Unntaksregelen bør derfor neppe være et argument for å akseptere en utvidet anvendelse av formålsalternativet.

En vurdering av samarbeidets faktiske virkninger er imidlertid betydelig mer ressurskrevende enn en objektiv vurdering av samarbeidets formål. En overinkluderende konkurranseregulering kan dermed forsvares av at det er samfunnsøkonomisk gunstig med en retts teknisk enklere regel. På den andre siden kan også en vid bruk av formålsalternativet koste samfunnet betydelige summer. Anbudskonkurranser, herunder offentlige anskaffelser, gjelder ofte kjøp av tjenester med betydelig bruk av samfunnets ressurser.¹⁵⁹ Dersom en nyansert regel medfører at man tillater konkurransepositive samarbeid som bidrar til samfunnsøkonomiske besparelser, kan det rettferdiggjøre en ressurskrevende og vanskelig regel.

Nok en gang viser jeg til EU-domstolens uttalelser om at “begrebet konkurrencebegrænsende »formål« skal fortolkes innskærpende” og kun anvendes der “det ikke er nødvendigt at undersøge [samarbeidets] virkninger”.¹⁶⁰ Spenningsforholdet mellom effektivitet og treffsikkerhet blir dermed implisitt omtalt. Uttalelsen kan leses slik at EU-domstolen vektlegger hensynet til presisjon i enkeltavgjørelser i større grad enn hensynet til effektiv rettsanvendelse etter samarbeidsforbudet. En slik avveining synes å være fornuftig, basert på argumentene som

¹⁵⁶ Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 66. Se også Hjelmeng og Østerud (2022) side 83. Adgangen til å gjøre unntak etter tredje ledd drøftes ikke nærmere i denne oppgaven, ref. punkt 3.1.

¹⁵⁷ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 51-52

¹⁵⁸ Juuhl-Langseth m.fl. (2015) side 110.

¹⁵⁹ OECD, *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2012, fotnote 1.

¹⁶⁰ C-469/15 P *FSL Holdings* avsnitt 103.

er omtalt over. En løsning i tråd med EU-domstolens uttalelse innebærer ikke at en ressurskrevende virkningsvurdering alltid skal gjennomføres, men at den skal gjennomføres der man ikke med sikkerhet kan fastslå at formålsvurderingen gir et korrekt resultat.

Avslutningsvis bemerkes det at Kommisjonens utkast til nye retningslinjer tar til orde for en slik nyansert vurdering. I Kapittel 5 om markedsføringsavtaler, har Kommisjonen inntatt et eget punkt om tilbudssamarbeid, såkalt “bydende konsortier”. Her uttaler Kommisjonen:

Konsortieaftaler kan indebære en betydelig grad af integration af parternes ressourcer og aktiviteter, navnlig når der indgår former for fælles produktion i den kontraktmæssige aktivitet med henblik på deltagelse i udbudsproceduren. I situationer, hvor den fælles markedsføring kun er sekundær i forhold til parternes vigtigste integration i produktionsprocessen, ligger tyngdepunktet for aftalen i produktionsaktiviteten, og vurderingen af indvirkningen på konkurrenceforholdene skal foretages i overensstemmelse med reglerne for det respektive samarbejde, dvs. fælles produktion. I dette tilfælde anses prisfastsættelse for aftaleprodukterne eller kontrakttydelserne normalt ikke for at have et konkurrencebegrænsende formål, og en effektvurdering heraf vil være nødvendig [...], (mine understrekinger).¹⁶¹

Selv om retningslinjene verken er trådt i kraft eller utgjør en bindende rettskilde, gir veiledningen indikasjon på rettsstilstanden i EU. Retningslinjene er for øvrig bindende for Kommisjonen selv, hvilket innebærer at de gir uttrykk for hvilken tilnærmingen Kommisjonen heretter vil ta til problemstillingen.¹⁶² Skal Norge opptre på linje med EUs holdning bør følgelig prosjektsamarbeids tyngdepunkt vurderes. Ettersom lovgiver ønsker en harmonisert rettsstilstand, både av hensyn til konkurransemyndighetene og næringsdrivende, er utkastet et tungtveiende argument for at vurderingen bør foretas i fremtiden.

Oppsummert taler sterke grunner for at rettsanvender bør gjøre en mer nyansert vurdering av samarbeidets innhold og siktemål enn domstolene og konkurransemyndighetene har lagt opp til i gjeldende praksis. I tillegg bør vurderingen gjøres mer eksplisitt. Av samme grunn som forvaltningsloven stiller krav til begrunnelse av enkeltvedtak, vil en eksplisitt vurdering av samarbeidets tyngdepunkt bevisstgjøre rettsanvender og sikre en grundigere behandling.¹⁶³ En

¹⁶¹ Utkast til horisontale retningslinjer (2022) avsnitt 389.

¹⁶² C-189/02 *Dansk Rørindustri* avsnitt 209-211.

¹⁶³ Eckhoff og Smith (2018) side 287.

begrunnelse vil også gi veiledning i senere saker. Fremover bør derfor myndighetene prioritere å håndheve saker hvor aktørenes samarbeid er mer integrert, for slik å legge føringer for når et prosjektsamarbeid kan betraktes som et produksjonssamarbeid.

6.3 Når bør konkurrentvurderingen foretas?

Neste spørsmål er om konkurrentvurderingen bør foretas innledningsvis ved bedømmelsen av et prosjektsamarbeids lovligheit. Behandlingen har vist at Høyesterett og EFTA-domstolen har oppstilt konkurrentvurderingen som det sentrale vurderingstemaet i kontekstvurderingen under formålsvilkåret. Underretten og konkurransemyndighetene er ikke like bevisste plasseringen av konkurrentvurderingen, og innleder av og til behandlingen med dette spørsmålet.¹⁶⁴ Årsaken til sistnevnte fremgangsmåte synes å være vurderingens sentrale, og ofte avgjørende betydning. På denne bakgrunn er det relevant å diskutere dagens plassering av konkurrentvurderingen.

Samarbeidsforbudet søker som helhet å hindre konkurransebegrensende samarbeid. Bestemmelsens formål, sammenholdt med formuleringen “å hindre, innskrenke eller vri konkurransen” i § 10, tilsier at det er en forutsetning for regelens anvendelse at samarbeidet er egnet til å begrense konkurransen. Som beskrevet under punkt 5.2, er utgangspunktet at dersom partene ikke har mulighet til å innlevere selvstendige bud, vil ikke samarbeidet begrense konkurransen. Også Kommisjonen understreker generelt at det må være en “form for koordinering mellom konkurrenter” for at artikkel 101 skal komme til anvendelse på horisontale samarbeidsavtaler.¹⁶⁵ Følgelig kan det argumenteres for at det vil være mer naturlig å starte med en vurdering av om aktørene er konkurrenter, for slik å fastslå om man er innenfor eller utenfor bestemmelsens virkeområde.¹⁶⁶

Samme tankegang ligger trolig til grunn når taxiselskapene anfører at konkurrentvurderingen må betraktes som et inngangskriterium. Taxiselskapene anfører at EFTA-domstolen “isolerer vurderingen til to kriterier som ikke har noe med formålsvurderingen å gjøre”, når de oppstiller konkurrentvurderingen og tilknyttet begrensning-vurderingen under kontekstvurderingen.

¹⁶⁴ Se for eksempel LB-2013-75034 (Taxi) og V-2016-7 (Slam) avsnitt 259.

¹⁶⁵ Kommisjonens utkast til nye horisontale retningslinjer (2022) avsnitt 15

¹⁶⁶ Se også EU-domstolens fremgangsmåte i C-307/18 *Generics*, ref. punkt 5.3.

Foretakene hevder at formålsvurderingen skal være “vesentlig bredere”.¹⁶⁷ Høyesterett avfeier imidlertid taxiselskapenes anførsel, og slutter seg til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.¹⁶⁸

Samtidig kan det argumenteres for at det er hold i taxiselskapenes anførsel. Drøftelsen under punkt 5.2 viste som nevnt at bedømmelse av prosjektsamarbeid i realiteten skjæres ned til et spørsmål om aktørene er konkurrenter eller ikke. Hovedregelen er at et positivt svar innebærer at samarbeidet utgjør en formålsovertredelse. Årsaken er tilsynelatende at plasseringen under formålsalternativet rettferdiggjør en mindre inngående kontekstvurdering.¹⁶⁹ Problemet er da at rettsspørsmålet avgjøres på bakgrunn av et kriterium som også avklarer om krrl. § 10 i det hele tatt kommer til anvendelse. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at konkurrentvurderingen i stedet bør vurderes innledningsvis.

Rognstad m.fl. gir i den forlengelse uttrykk for at det ikke er “grunnlag for noen presumpsjon om at konkurrentsamarbeid oppfyller formålsvilkåret. De fleste konkurrentsamarbeid utgjør ikke noen formålsovertredelse”.¹⁷⁰ Eksempelvis kan det tenkes at mindre aktører som ikke er villige til å ta risikoen på egenhånd, får muligheten til å utfordre større konkurrenter gjennom et samarbeid. Etersom aktørene påtar seg mindre risiko, kan de utforme lavere pristilbud. Dette kan igjen føre til økt konkurransepress ved at de øvrige aktørene vet at de må utarbeide bedre tilbud, for å vinne over tilbudssamarbeidet. Ved å oppstille konkurrentvurderingen som den avgjørende regelen under formålsalternativet, risikerer man at man utelater andre argumenter som kunne egnet seg under en kontekstvurdering. En mulig konsekvens av dagens fremgangsmåte er at samarbeid som egentlig er konkurransepositive forbyes som formålsovertredelser, på bakgrunn av lite inngående vurderinger.

Et motargument er imidlertid at tredje ledd åpner for å vektlegge effektivitetsgevinster, og således fungerer som en sikkerhetsventil mot feildømming av felles bud som formålsovertredelse. Nok en gang påpekes det likevel at terskelen for å gjøre unntak er høy, i tillegg til at partene har bevisbyrden for at vilkårene i tredje ledd er oppfylt. Igjen, er det dermed klart at unntaksregelen ikke utgjør et argument for feilaktig å dømme tilfeller etter første ledd.

Hjelmeng er derimot enig med Høyesterett i plasseringen av konkurrentvurderingen. Han påpeker at en løsrevet vurdering av om partene er aktører innledningsvis, medfører en risiko

¹⁶⁷ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 23.

¹⁶⁸ Ibid. avsnitt 55.

¹⁶⁹ HR-2017-1229-A (Taxi) avsnitt 36, EFTA-domstolens svar nr. 5.

¹⁷⁰ Rognstad m.fl. (2021) side 326. Se også Hjelmeng og Østerud (2017) side 18.

for en “frirettslig vurdering av hvordan man mener at partene kunne og burde ha opptrådt for å sikre konkurranse”.¹⁷¹ Synspunktet er tilsynelatende at dagens tilnærming innebærer at konkurrentvurderingen blir mindre inngående, og mer tilpasset formålsalternativet. Dette støtter opp under ideen om at formålsvilkåret skal ramme de åpenbart skadelige tilfellene. Innleder man med konkurrentvurderingen, er risikoen derimot at man foretar en mer detaljert vurdering enn nødvendig, i strid med formålsalternativets hensikt.

Hjelmengs oppfatning må igjen forstås under den forutsetning at det gjøres en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, slik at man får avklart om samarbeidet faller innenfor formåls- eller virkningskategorien.¹⁷² Problemet med dagens rettstilstand er tilsynelatende kombinasjonen av en unyansert vurdering av samarbeidsavtalens innhold og formål og konkurrentvurderingens plassering. Det er denne kombinasjonen som er grunnen til at prosjektsamarbeid mellom konkurrenter synes å være forhåndsdømt, allerede før den konkrete rettsanvendelsen er påbegynt. Årsaken til dagens hovedregel, kan dermed føres tilbake til at felles bud normalt likestilles med prissamarbeid. Kommer man til at samarbeidet faktisk bærer preg av prissamarbeid, etter en nyansert vurdering av samarbeidets tyngdepunkt, kan det argumenteres for at det er forsvarlig å gjøre en begrenset kontekstvurdering, der konkurrentvurderingen står sentralt.

Viser det seg derimot at samarbeidets tyngdepunkt bærer preg av produksjonssamarbeid, må det foretas en vurdering av samarbeidets virkninger. Dette innebærer som sagt en kontrafaktisk analyse. Ved å anslå den alternative situasjonen vil det fremgå om aktørene potensielt kunne inngitt selvstendige bud. I motsetning til den “mindre inngående” konkurrentvurderingen under formålsvilkåret, er det nærliggende at virkningsvilkåret åpner for en detaljert vurdering av om aktørene reelt sett var faktiske eller potensielle konkurrenter i anbudskonkurransen. I begge tilfeller vil det uansett foretas en konkurrentvurdering. Betydningen av plassering blir dermed mindre viktig hvis samarbeidets tyngdepunkt undersøkes.

Til illustrasjon kan man tenke seg at to mindre aktører velger å gå sammen for å by på et anbudsoppdrag, med siktemål å tilby økt kapasitet. Samarbeidet innebærer ingen form for ressurskoordinering eller integrasjon, og kan i prinsippet sammenlignes med et felles salg. Samarbeidet må dermed bedømmes etter formålskategorien. Anbudsoppdraget åpner for at

¹⁷¹ Hjelmeng (utkast 23.05.2022) side 10.

¹⁷² Hjelmeng (utkast 23.05.2022) side 18-19.

aktørene byr på deloppdrag, slik at aktørene reelt sett har mulighet til å inngi selvstendige bud. Etter en mindre inngående vurdering viser det seg at aktørene er faktiske konkurrenter, og det legges til grunn at samarbeidet er konkurranseskadelig etter første ledd. Skulle aktørene likevel mene at de utfordrer større konkurrenter med et mer konkurransedyktig produkt, kan det tenkes at slike betraktninger må inngå i unntaksvurderingen etter tredje ledd.¹⁷³

Motsatt kan man tenke seg at et samarbeid mellom to mindre aktører innebærer en vesentlig grad av integrasjon, slik at samarbeidet må bedømmes etter sine virkninger. En kontrafaktisk analyse avslører at aktørene kunne inngitt selvstendige bud. Samtidig viser en mer detaljert vurdering at selv om aktørene tilfredsstillt kvalifikasjonskravene, ville ikke aktørenes respektive tilbud vært reelle alternativ etter tildelingskriteriene. Vi tenker oss at markedet består av åtte øvrige konkurrenter, som stiller betydelig sterkere. En konkret vurdering av samarbeidets faktiske virkninger viser at samarbeidet totalt bidrar til økt konkurransepress, da leverandørsamarbeidet åpner for et mer konkurransedyktig tilbud. Selv om det totale antallet bud reduseres, er konklusjonen at prosjektsamarbeidet ikke virker konkurransebegrensende.

Et siste poeng er at dersom hovedregelen om at ikke-konkurrenter kan samarbeide er så klar, kan det være noe unødvendig å måtte gjennomgå hele vurderingen som følger av kapittel 3 og 4. Hensynet til effektivitet og retts teknisk enkle løsninger, tilsier dermed at det er fornuftig å begynne med konkurrentvurderingen.

Danmarks Højesterets avgjørelse i Vejstribe-saken illustrerer at det er mulig å benytte seg av en annen fremgangsmåte. Her innleder Højesteret rettsanvendelsen med å ta stilling til om GVCO og Eurostar var faktiske eller potensielle konkurrenter. Højesteret uttaler at “[s]agens hovedspørsmål er, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, og i givet fald om konsortieaftalen mellom virksomhederne hvade til formål at begrænse konkurrencen”.¹⁷⁴ Danmarks Højesteret benytter således en annen analytisk fremgangsmåte ved spørsmål om lovligheten av felles anbud, selv om momentene i stor grad samsvarer.

Oppsummert er det ikke konkurrentvurderingens plassering som ligger til grunn for dagens strenge tilnærming til prosjektsamarbeid. Årsaken er derimot at den unyanserte vurderingen av samarbeidets tyngdepunkt får følgevirkninger. Risikoen for en utvidet anvendelse av formålsalternativet reduseres dersom man først bedømmer atferdens hovedvirksomhet.

¹⁷³ En nærmere analyse av dette spørsmålet avgrenses det mot.

¹⁷⁴ Sak 191/2018 (Vejstribe) side 7.

Riktignok kan det argumenteres for at bestemmelsens formål tilsier at det er mer effektivt å begynne med konkurrentvurderingen. Samtidig tilsier bestemmelsens ordlyd, system og fortolkning at det rettslig sett er like naturlig å vente med vurderingen til etter det er avklart om samarbeidet skal bedømmes etter sitt formål eller sine virkninger. Sett i lys av dansk høyesterettspraksis, bemerkes det likevel at plasseringen er av underordnet betydning for konklusjonen, så fremt samarbeidets tyngdepunkt blir vurdert korrekt.

6.4 Delkonklusjon

Problemet med dagens rettsanvendelse er sammensatt, og vurderingens ulike elementer må ses i sammenheng. For det første foretar ikke Høyesterett og konkurransemyndighetene en eksplisitt vurdering av samarbeidets tyngdepunkt. Dette skaper et inntrykk av at alle prosjektsamarbeid mellom konkurrenter betraktes som formålsovertredelser, uavhengig av om samarbeidet bærer preg av prissamarbeid eller ikke. Inntrykket forsterkes av at aktører som Konkurransetilsynet og Norsk Handelsorganisasjon fastslår at denne hovedregelen gjelder generelt.¹⁷⁵ Uavhengig av om formålsovertredelsen rettslig sett tolkes utvidende eller ikke, er det skapt en uvisshet i norsk rett som virker avskrekkende på aktører som ønsker å samarbeide. Når det ikke foreligger noen tilfeller som er akseptert, eller i det minste vurdert etter virkningsalternativet, er resultatet at aktørene ikke kan forutse hvordan de kan inngå lovlige samarbeid.

På denne bakgrunn er det sterke holdepunkter for at dagens tilnærming til prosjektsamarbeid bør endres. Oppsummert vil den mest hensiktsmessige fremgangsmåten være å begynne subsumsjonen med en fastleggelse av samarbeidets tyngdepunkt, hvilket vil gi svar på om samarbeidet skal bedømmes etter sitt formål eller sine virkninger. Deretter må det foretas en mer eller mindre inngående konkurrentvurdering, avhengig av hvilket vilkår som gjør seg gjeldende. Kombinasjonen av slike steg vil føre til mer treffsikre resultat, i tråd med siktemålet om å ramme konkurransebegrensende samarbeid og fremme konkurransepositiv atferd. Med andre ord bør flere tilfeller vurderes etter sine virkninger.

¹⁷⁵ Se Konkurransetilsynets forside om prosjektsamarbeid, <https://konkurransetilsynet.no/ulovlig-samarbeid/prosjektsamarbeid/>, lest 11.11.2022, NHOs sjekklister ved prosjektsamarbeid, <https://arbinn.nho.no/forretningsdrift/anskaffelser/offentlige-anskaffelser/artikler/sjekklister-prosjektsamarbeid/>, lest 11.11.2022

7 Konklusjon

Muligheten til å inngi felles bud kan være viktig for foretak som ønsker å være med i konkurransen om anbudskontrakter. En forutsigbar grensedragning er dermed vesentlig for at aktørene ikke skal risikere overtredelsesgebyr. Innledningsvis ga jeg uttrykk for at oppgaven vil ta for seg to hovedproblemstillinger. I kapittel 3-5 så jeg på hvordan formålsalternativet i krrl. § 10 første ledd fortolkes ved tilfeller av prosjektsamarbeid, basert på de tilgjengelige rettskildene. I kapittel 6 undersøkte jeg om svarene jeg kom frem til gjennom en rettsdogmatisk analyse, tilsier at rettstilstanden bør endres. Denne vurderingen tok utgangspunkt i at dagens tilnærming har mottatt kritikk for å være streng og formalistisk.

Drøftelsen gir grunnlag for å konkludere med hvor grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid etter krrl. § 10 første ledd trekkes som hovedregel. Dagens utgangspunkt er at spørsmålet om et prosjektsamarbeid er lovlig, kan skjæres ned til et spørsmål om samarbeidspartene er faktiske eller potensielle konkurrenter. Årsaken er at prosjektsamarbeid normalt sammenlignes med prissamarbeid. Samlet sett er det naturlig å anta at et prosjektsamarbeid mellom konkurrenter, som hovedsakelig bærer preg av prissamarbeid, er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det totale rettskildebildet tilsier samtidig at det er grunnlag for å gjøre en mer nyansert vurdering av samarbeidets hovedaktivitet. Hvorvidt Høyesterett faktisk vil gjøre dette ved en ny sak er riktignok uvisst. Likevel viser analysen at rettskildene ikke står i veien for å godta samarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter.

Når det gjelder spørsmålet om rettstilstanden bør endres, er konklusjonen at grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid bør trekkes på en annen måte enn i dag. Det er ikke grunnlag for en presumsjon om at prosjektsamarbeid mellom konkurrenter utgjør en formålsovertredelse. I stedet bør det gis større rom for virkningsvurderingen, gjennom en vurdering av samarbeidets tyngdepunkt. En slik fremgangsmåte vil være i tråd med lovgivers vilje på flere plan. For det første, fordi lovgiver har gitt uttrykk for et harmoniseringsønske, og EU-domstolen har fastslått at formålsalternativet skal tolkes og anvendes restriktivt. For det andre fordi lovens formål er å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. De mer åpenbart konkurransebegrensende samarbeidsavtalene vil fortsatt avskjæres etter formålsalternativene. Samtidig vil en større adgang til å benytte virkningsalternativet, bidra til å gjøre rettsanvendelsen mer fleksibel. Dette vil sikre mer treffsikre resultat, hvilket vil avdempe dagens avskrekkende tilnærming og potensielt sikre bedre og flere tilbud i anbudskonkurranser.

Avslutningsvis knyttes en bemerkning til alle avgrensningene som er foretatt gjennom oppgaven. Oppgaven har blant annet avgrenset mot en inngående behandling av innholdet i konkurrentvurderingen, mot innholdet i virkningsvurderingen og mot forholdet mellom krrl. § 10 første og tredje ledd. Dette er relevante og interessante problemstillinger. Sett i lys av oppgavens overordnede tema, er det klart at også disse spørsmålene må drøftes og besvares for å gi et fullstendig bilde av hvor grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeid går – og hvor den bør trekkes.

8 Litteraturliste

Litteratur

Bøker

- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018
- Juuhl-Langseth m.fl. (2015) Juuhl-Langseth, Jan Magne, Thue, Anders, Bryng, Per Kristian, Østbye, Peder, Jonassen, Martin og Lazaridis, Sofia, *Konkurranserett i et nøtteskall*, 1. utg., Gyldendal 2015
- Kolstad m.fl. (2007) Kolstad, Olav, Ryssdal, Anders, Graver, Hans Petter og Hjelmeng, Erling, *Norsk konkurranserett: Bind I – Atferdsregler og strukturkontroll*, 1. utg., Universitetsforlaget 2007
- Løjmand (2022) Løjmand, Heidi Sander, *Tilbudskonsortier*, 1. utg., Djøf Forlag 2022
- Rognstad m.fl. (2021) Rognstad, Ole-Andreas, Irgens-Jensen, Harald, Stenvik, Kristina, Ørstavik, Inger Berg, Østerud, Eirik, *Markedsrett: Innføring i markedsføring-, konkurranse- og immaterialrett*, 1. utg., Universitetsforlaget 2021
- Sejersted m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyen, Sten og Kolstad, Olav, *EØS-rett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2011
- Østerud (2016) Østerud, Eirik, *Materielle kontrollvurderinger i konkurranseretten*, 1. utg., Universitetsforlaget 2016

Artikler og tidsskrift

- Anchustegui (2017) Anchustegui, Ignacio Herrera, “Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the "Taxi case”, *European Competition and Regulatory Law Review* (CoRe) 2017, vol. 1. nr. 2. Tilgjengelig på: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2966374
- Bouckaert og Van Moer (2021) Bouckaert, Jan og Van Moer, Gert, “Joint bidding and horizontal subcontracting”, *International Journal of Industrial Organization*, 2021, vol. 76. Tilgjengelig på: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S016718721000205>
- Hjelmeng og Østerud (2017) Hjelmeng, Erling og Østerud, Eirik, “Anbuds-/prosjektsamarbeid – Høyesterettsdom 22. juni 2017 (HR-2017-1229-A) – Ski Taxi SA, Follo Taxi SA, Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet”, *Nytt i privatretten*, 2017, nr. 3, s. 16-20, utgitt av Universitetsforlaget.
- Hjelmeng og Østerud (2022) Hjelmeng, Erling og Østerud, Eirik, “Formålsvilkåret i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53”, *Jussens Venne*, 2022, nr. 2, side 63-87.
- Hjelmeng (utkast 23.05.2022) Hjelmeng, Erling “Prosjektsamarbeid og konkurranseretten”, upublisert manus datert 23. september 2022, vedlegg til foredrag på det årlige konkurranserettsskurset 2022.
- Ritter (2017) Ritter, Cyril, “Joint tendering under EU competition law” publisert 1. februar 2017. Tilgjengelig på:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909572

Sanchez-Graells (2018)

Sanchez-Graells, Albert, “Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, vol. 9, nr. 3, side 161-163. Tilgjengelig på:

<https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/9/3/161/4682752?redirectedFrom=fulltext>

Thomas (2015)

Thomas, Christopher, “Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law”, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2015, vol. 6, nr. 9, side 629-638. Tilgjengelig på:

<https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/6/9/629/2357758?redirectedFrom=fulltext>

Teigum (2017)

Teigum, Siri, “Om samarbeid har som formål å begrense konkurransen”, *Lov og Rett*, 2017, vol. 56 nr. 7, side 371-372.

Tveit (2020)

Tveit, Svein Terje, “Joint bidding: a smelly looking fish or a rockpool goby? An update from the Nordics”, *European Competition Law Review*, E.C.L.R. 2020, 41(7), side 335-344. Tilgjengelig på:

<https://www.adeb.no/en/post/contribution-to-the-european-competition-law-review>

Avisartikler og kronikker

Stemsrud, Odd, “Prosjektsamarbeid: Konkurransetilsynet må gi bedre veiledning”, *Byggeindustrien – bygg.no*, 05. april 2018. Tilgjengelig på:

<https://www.bygg.no/prosjektsamarbeid-konkurransetilsynet-ma-gi-bedre-veiledning/1349341/>.

Nygaard, Line Skorpa og Johansen, Tormod S. “Ikke stengt dør for prosjektsamarbeid”, *Finansavisen*, 26. april 2022. Tilgjengelig på:
<https://www.finansavisen.no/nyheter/debattinnlegg/2022/04/26/7855423/ikke-stengt-dor-for-prosjektsamarbeid>

Norske lover og forskrifter

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften - FOA)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

St.mld. nr. 36 (2007-2008) Nordisk samarbeid

Norske rettsavgjørelser og praksis

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 2011 s. 910 A, *Tine SA mot Staten v/Konkurransetilsynet*

Rt. 2012 s. 1556 A, *Staten v/Konkurransetilsynet mot Gran & Ekran AS*

HR-2017-1229-A, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet*

HR-2021-1086-A, i. *Cappelen Damm Holding AS og Cappelen Damm AS mot Staten v/Konkurransetilsynet*, ii. *Gyldendal ASA og Gyldendal Norsk Forlag AS mot Staten v/Konkurransetilsynet*

Avgjørelser fra lagmannsretten

Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, *Staten v/Konkurransetilsynet mot Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS, Ski Taxi Ba*, LB-2013-75034

Vedtak fra konkurransemyndighetene

Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 (Taxi), *Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS*, fattet 4. juli 2011.

Konkurransetilsynets vedtak V2016-7 (Slam), *Johny Birkeland Transport AS/Norva 24 AS – Lindum AS*, fattet 18. oktober 2016.

Konkurransetilsynets vedtak V2017-21 (El Proffen), *El Proffen AS/Ep Contracting AS – Lysteknikk Elektroentreprenør AS – Elektro Nettverk Service AS – Arkel Asker og Bærum AS – Hoel Elektro AS – Røa Elektriske AS*, fattet 4. september 2017.

Konkurranseskjemenemndas vedtak, Sak 2018/112 og 2018/113 (El Proffen), fattet 31. august 2018.

Internasjonale traktater og rettsakter

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), signert 2. mai 1992.

Konsolideret udgave af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), signert 13. desember 2007.

Konkurrence-loven, LBK nr. 360 av 04.03.2021, offentliggjort 10. mars 2021.

Konkurrenslagen, 2008:579, i kraft 01. november 2008.

Internasjonale rettsavgjørelser

Avgjørelser fra EU-domstolen

Dom av 30. juni 1966 [C5], *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH (L.T.M)*, C-56/65, EU:C:1966:38.

Dom av 9. juli 1969 [C5], *Franz Völk v Ets J. Vervaecke (Völk)*, C-5/69, EU:C:1969:35.

Dom av 28. februar 1991 [C5], *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG (Delimitis)*, C-234/89, EU:C:1991:91.

Dom av 21. januar 1999 [C5], i forenede saker *Carlo Bagnasco and Others v Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) og Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)*, C-215/96 og C-216/96, EU:C:1999:12.

Dom av 8. juli 1999 [C5], *Commission of the European Communities v Anic Partecipazioni SpA (Anic Partecipazioni SpA)*, C-49/92 P, EU:C:1999:356.

Dom av 28. juni 2005 [GC], *Dansk Rørindustri and Others v Commission*, C-189/02 P, EU:C:2005:408.

Dom av 6. april 2006 [C5], *General Motors BV v Commission of the European Communities (General Motors)*, C-551/03 P, EU:C:2006:229.

Dom av 6. oktober 2009 [C5], *GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others (GlaxoSmithKline)*, C-501/06 P, EU:C:2009:610.

Dom av 4. juni 2009 [C5], *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV og Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (T-Mobile)*, C-8/08, EU:C:2009:343.

Dom av 14. mars 2013 [C5], *Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others v Gazdasági Versenyhivatal (Allianz Hungária Biztosító)*, C-32/11, EU:C:2013:160.

Dom av 13. september 2013 [C5], *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others (Expedia)*, C-226/11, EU:C:2012:795.

Dom av 11. september 2014 [C5], *MasterCard Inc. and Others v European Commission (MasterCard)*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201.

Dom av 11. september 2014 [C5], *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Cartes Bancaires)*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204.

Dom av 19. mars 2015 [C5], *Dole Food Company, Inc., Dole Fresh Fruit Europe, formerly Dole Germany OHG v European Commission (Dole Food)*, C-286/13 P, EU:C:2015:184.

Dom av 26. november 2015 [C5], *SIA 'Maxima Latvija' v Konkurences padome (Maxima Latvija)*, C-345/14, EU:C:2015:784.

Dom av 20. januar 2016 [C5], *Toshiba Corporation v European Commission (Toshiba)*, C-373/14 P, EU:C:2016:26.

Dom av 27. april 2017 [C5], *FSL Holdings and Others v European Commission (FSL Holdings)*, C-469/15 P, EU:C:2017:308.

Dom av 30. januar 2020, [C5], *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority (Generics)*, C-307/18, EU:C:2020:52.

Dom av 2. april 2020 [C5], *Gazdasági Versenyhivatal mot Budapest Bank Nyrt. m.fl. (Budapest bank)*, C-228/18, EU:C:2020:265.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokatene

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Wahl, avsagt 27. mars 2014, C-67/13 P *Cartes Bancaires*, EU:C:2014:1958.

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Bobek, avsagt 5. september 2019, C-228/18, *Budapest bank*, EU:C:2019:678.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxo SA og Ski Follo Taxidrift AS*, avsagt 22. desember 2016.

Avgjørelser fra Danmarks Højesteret

Sak 191/2018, *Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S (Vejstriben)*, avsagt 27. november 2019.

Konkurranserettslige retningslinjer

Nordiske veiledere

Konkurransetilsynet, *Veileder om prosjektsamarbeid*, 24. februar 2014. Tilgjengelig på:
https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/09/prosjektveileder_-2014.pdf

Konkurransetilsynets forside om prosjektsamarbeid. Tilgjengelig på:
<https://konkurransetilsynet.no/ulovlig-samarbeid/prosjektsamarbeid/>, lest 11.11.2022

NHOs sjekklister ved prosjektsamarbeid. Tilgjengelig på:
<https://arbinn.nho.no/forretningsdrift/anskaffelser/offentlige-anskaffelser/artikler/sjekklister-prosjektsamarbeid/>, lest 11.11.2022

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *Når virksomheder afgiver fælles bud - en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, september 2020. Tilgjengelig på:
https://www.kfst.dk/media/x2uov0t5/20200925_n%C3%A5r_virksomheder_afgiver_f%C3%A6lles_bud_final-a.pdf

Internasjonal soft law

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan (2006/EØS/59/06), *Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54*, inntatt i EØS-tillegget nr. 59, 20.11.2006.

Europakommisjonens meddelelse, *Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*, inntatt i EU-tidende C11/01, 14. januar 2011.

Europakommisjonens meddelelse, *Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurransen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (bagatelmeddelelsen – De Minimis)*, inntatt i EU-tidende C 291, 30. august 2014.

Europakommisjonens meddelelse, *Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*, UTKAST inntatt i EU-tidende C 164, 19. april 2022

OECD, *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*,
OECD/LEGAL/0396, 2012. Tilgængelig på:

<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>