

Samstarf keppinauta í útboðum¹

Magnús Magnússon lögmaður á Landslögum

1. Inngangur.....	2
2. Samkeppnislög og lög um opinber innkaup.....	4
2.1. Samkeppnislög nr. 44/2005.....	4
2.1.1. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.....	4
2.2. Lög um opinber innkaup nr. 120/2016.....	7
3. Skýring laga um opinber innkaup og samkeppnislaga.....	8
4. Hættur þess að samstarf sé stundað um tilboð í útboðum.....	11
4.1. Tilboðssvik.....	11
4.2. Sameiginleg tilboð.....	13
4.2.1. Hvenær eru fyrirtæki keppinautar í útboði?	15
4.2.2. Mat á því hvort fyrirtæki geti boðið sjálfstætt.....	17
4.2.3. Markmið eða afleiðing	20
4.2.4 Undanþága frá 10. gr. skl.	21
4.3. Upplýsingaskipti við sameiginleg tilboð.....	24
5. Niðurlag.....	26

¹ Grein þessi hefur staðist þær faglegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum Tímarits Lögréttu.

1. Inngangur

Segja má að heilbrigð samkeppni sé grundvöllur alls viðskiptalífs. Sé hún fyrir hendi stuðlar hún að hagkvæmni, lægra verði til neytenda og framsæknari stefnu fyrirtækja sem svo leiðir til þess að betri vara og fjölbreyttara vöruúrval skilar sér á markað.² Samkeppnislögum er ætlað að vernda heilbrigða samkeppni en þá vernd verður að byggja upp á þremur stoðum. Vernd uppbyggingar frjálsrar samkeppni á markaði, efnahagslegu frjálsræði og óhlutdrægni. Endanlegt markmið samkeppnisreglna er ávallt langtíma velferð samfélagsins.³

Opinber útboð eru ein leið löggjafans til þess að koma á heilbrigðri samkeppni á markaði þar sem hið opinbera er kaupandi vöru, verks eða þjónustu. Reglum um opinber innkaup er ætlað að stuðla að hagkvæmni, opnun og jafnræði á þessum mörkuðum. Almennt hefur verið talið að útboð af hálfu opinberra aðila séu til þess fallin að efla samkeppni og auðvelda aðgang nýrra aðila að markaðnum.⁴ Þannig geti útboð opinberra aðila m.a. verið skilvirk aðferð til þess að auðvelda nýsköpunarfyrirtækjum að komast inn á markaðinn eða efla starfsemi sína.

Ljóst er að virði þess sem boðið hefur verið út af opinberum aðilum á undanförunum árum er gríðarlegt. Umfang opinberra innkaupa er talið vera rúmlega 15% af vergri landsframleiðslu hér á landi.⁵ Ríki ekki heilbrigð samkeppni við framkvæmd innkaupa mun innkaupaferlið engum ávinningi skila. Heilbrigð samkeppni við opinber innkaup dregur úr kostnaði opinberra aðila, stuðlar að betri vöru, verki eða þjónustu og gerir framleiðendum auðveldara fyrir að koma vöru sinni í sölu.⁶ Með virði og mikilvægi opinberra innkaupa í huga er því ljóst að nauðsynlegt er að heilbrigð samkeppni ríki við framkvæmd þeirra.

Í eftirfarandi umfjöllun verður gerð tilraun til þess að reifa þær reglur, annars vegar reglur um opinber innkaup og hins vegar reglur samkeppnislaga, sem gilda um samstarf fyrirtækja í útboðum. Samstarfið getur verið annars vegar leynilegt í formi tilboðssvika og hins vegar opinbert í formi sameiginlegra tilboða fyrirtækja í útboðum. Í grein þessari verður einblínt á hið opinbera samstarf sem felst í sameiginlegum tilboðum fyrirtækja.

² Richard Whish og David Bailey, *Competition Law / Richard Whish, David Bailey* (7th ed., Oxford University Press 2012). 19

³ Renato Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principle of Article 102 / Renato Nazzini* (Oxford University Press 2011). 49

⁴ Samkeppniseftirlitið, „Óflug uppbygging: Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi“ (Samkeppniseftirlitið nóvember 2008) 2/2008. 140

⁵ Alþt. 2015-2016, A-deild, 1093 - 665. mál.

⁶ Swedish Competition Authority, „Action for better Competition“ (Swedish Competition Authority 2009) 2009:4.

TÍMARIT LÖGRÉTTU

Eins og reifað verður hér á eftir hafa samkeppnisyrirvöld á Norðurlöndunum komist að því að sameiginlegt tilboð tveggja fyrirtækja geti fallið í flokk alvarlegra brota á samkeppnislögum þrátt fyrir að beinlínis sé heimild fyrir slíkum tilboðum í reglum um opinber útboð.⁷ Alvarleg brot á samkeppnislögum geta leitt til hárra stjórnvaldssekta. Hér á landi hefur samstarf fyrirtækja í útboðum í formi sameiginlegra tilboða verið nokkuð algengt. Samkeppnisyrirvöld hafa hins vegar ekki fengið mörg mál af þessu tagi inn á borð til sín og því er framkvæmdin afar fátækleg. Það verður þó að telja að málunum muni fjölga ört á næstu árum en líklegt er að Samkeppniseftirlitið beini spjótum sínum fljótlega að þessu álitaefni.

Í því skyni að aðstoða fyrirtæki, sem hyggjast bjóða sameiginlega í opinberu útboði, og lögmenn þeirra að meta hvort samstarf fyrirtækja sé skaðlegt samkeppni og andstætt samkeppnislögum gaf danska samkeppniseftirlitið út leiðbeiningar á árinu 2018. Í umfjöllun um þetta álitaefni verður að nokkru stuðst við þær leiðbeiningar.

Áður en vikið verður að meginefni greinar þessarar er rétt, til skýringar, að reifa fyrst stuttlega þau sjónarmið og reglur samkeppnislaga og laga um opinber innkaup sem máli geta skipt við úrlausn á framangreindum álitaefnum. Þá verður farið yfir hvernig lögskýringu samkeppnislaga og laga um opinber innkaup hefur verið háttað í framkvæmd og reynt að komast að niðurstöðu um hvaða lögskýringaleið sé heppilegust þegar lögin skarast á. Fjallað verður um leynilegt samstarf fyrirtækja í formi tilboðssvika í þeim tilgangi að aðgreina slíkt samstarf frá meginefni greinarinnar. Að því loknu mun höfundur vinda sér í aðalefni greinarinnar sem eins og áður segir eru álitamál um opinbert samstarf fyrirtækja í útboðum í formi sameiginlegra tilboða. Að endingu verður fjallað stuttlega um upplýsingaskipti í því skyni að glöggva lesandann á mörkum heimilla og óheimilla upplýsingaskipta við sameiginleg tilboð fyrirtækja í útboðum.

⁷ Amalia Athanasiadou, „When Sharing is NOT Caring – New Danish Antitrust Guidance on Joint Bidding“ (*Kluwer Competition Law Blog*, 7. ágúst 2018) <<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/08/07/sharing-not-caring-new-danish-antitrust-guidance-joint-bidding/?print=print>> skoðað 20. október 2018.

2. Samkeppnislög og lög um opinber innkaup

Í grein þessari er snert á því þegar tvö réttarsvið, samkeppnisréttur og reglur um opinber innkaup, skarast. Er því rétt að reifa nokkuð lauslega helstu atriði réttarsviðanna sem skipta máli og hvernig samspili þeirra er háttað áður en fjallað verður beint um efni greinarinnar.

2.1. Samkeppnislög nr. 44/2005

Með eldri samkeppnislögum frá árinu 1993 var horfið frá verðlagsafskiptum hins opinbera af atvinnulífinu og fest í lög sú meginregla að virk samkeppni væri best til þess fallin að stuðla að sem hagkvæmastri nýtingu framleiðsluþátta og efnahagslegum framförum í þjóðfélaginu. Tilgangur laganna var að efla samkeppni á innlendum mörkuðum. Þá þótti nauðsynlegt að samræma umræddar reglur þeim reglum sem giltu annars staðar í Evrópu með hliðsjón af aðild Íslands að EES-samstarfinu.⁸ Af sömu ástæðu þótti rökrétt að setja ný heildarlög á sviði samkeppnisréttar árið 2005. Eru það samkeppnislögin sem við þekkjum í dag (hér eftir nefnd samkeppnislög eða skl.).

2.1.1. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga

Í 10. gr. samkeppnislaga er að finna ákvæði sem byggt er á 53. gr. EES-samningsins⁹ og 101. gr. *sáttmála um starfshætti Evrópusambandsins*¹⁰ Þar segir að allir samningar og samþykktir milli fyrirtækja, hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og allar samstilltar aðgerðir sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún takmörkuð eða henni raskað, séu bannaðar. Af frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum nr. 8/1993 virðist ljóst að framkvæmd dómstóla Evrópusambandsins og framkvæmdarstjórnar þess séu leiðandi við túlkun ákvæðisins.¹¹ Ákvæðið er ein meginstoð samkeppnisreglna í Evrópu og leggur blátt bann við samkeppnishamlandi samstarfi fyrirtækja. Slík háttsemi, hvort sem um er að ræða verðsamsæri eða samkomulag keppinauta um hegðun sína á markaði, er ein alvarlegasta atlaða að hagsæld neytenda sem hugsast getur.¹²

Að mati samkeppnisyfirvalda hér á landi ber að skilja 10. gr. samkeppnislaga svo að í greininni sé að meginstefnu til lagt bann við allri samvinnu við gerð tilboða, enda leiði slík samvinna almennt séð til takmörkunar á samkeppni. Með hliðsjón af hinu rúma orðalagi 10. gr. skl. og athugasemdum í lögskýringargögnum skipti ekki máli hvaða form fyrirtæki velji fyrir

⁸ Alþt. 1999-2000, A-deild, 770 - 488. mál.

⁹ Sem leiddur var í lög hér á landi með lögum nr. 2/1993

¹⁰ *Treaty on the functioning of the European Union*

¹¹ Alþt. 1999-2000, A-deild, 770 - 488. mál.

¹² Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ (2001) 54. árgangur Útljótur - tímarit laganema 71.

samvinnu sína. Þannig teljist jafnt samvinna sem byggist á samningi og óformlegar viðræður brot á nefndri grein og engu skiptir hvort samráð fyrirtækja fari fram í kyrrþey eða sé öllum kunnugt.¹³ Þannig getur hvers konar samstarf fyrirtækja í útboðum fallið undir bann 10. gr. skl.

2.1.1.1. Sönnun

Ljóst er að sönnunarbyrði um að samstarf hafi átt sér stað hvílir á samkeppnisyfirvöldum. Hins vegar hefur verið litið svo á að sönnunarbyrðin snúist við þegar samkeppnisyfirvöld geta sýnt fram á að samskipti, m.a. um verð eða önnur viðskiptakjör, hafi átt sér stað. Virðist aðilinn þá þurfa að sanna að samskiptin hafi verið án þess tilgangs að taka þátt í samráði. Auk þess þarf hann að geta sýnt fram á að aðilar fundar hafi verið meðvitaðir um að tilgangur hans væri annar en samráð, t.d. með tilvísun til fundargerða.¹⁴

Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 er að finna ummæli um núgildandi 10. gr. samkeppnislaga sem sýna að samkeppnisyfirvöld geta reitt sig á óbein sönnunargögn þegar kemur að sönnun í samkeppnismálum.¹⁵ Má túlka ummælin á þann hátt að gert sé ráð fyrir því að Samkeppniseftirlitið geti byggt sönnun í samráðsmálum á greiningu á markaðsaðstæðum og hegðun fyrirtækja. Þessi hagfræðilega greining á markaðinum getur verið þýðingarmikil við sönnun í þessum samráðsmálum ef grunur leikur á samstilltum aðgerðum. Greiningin getur bæði leitt það í ljós að háttsemi fyrirtækja feli í sér eðlilega hegðun á markaði en jafnframt bent til þess að um verðsamráð sé að ræða á grundvelli samstilltra aðgerða.¹⁶

Sönnun samkeppnisyfirvalda á brotum fyrirtækja er snúa að tilboðssvikum getur verið snúin en slík brot eru yfirleitt framin með mikilli leynd. Hins vegar er það almennt svo í málum er snúa að sameiginlegum tilboðum fyrirtækja í útboðum að samskipti aðila um verð og annað tengt útboðinu liggja ljós fyrir. Enda er það svo að fyrirtæki hafa almennt ekki ástæðu til að leynd samskiptum sínum þar sem þau líta svo á að sameiginlegt tilboð þeirra sé með öllu innan ramma laga um opinber innkaup. Annað getur hins vegar komið á daginn eins og rakið verður hér að neðan.

Þegar kemur að því að sýna fram á að hið sameiginlega tilboð feli í sér brot á samkeppnislögum getur sönnun samkeppnisyfirvalda þó verið snúin. Sýna þarf fram á að fyrirtæki hefðu raunverulega geta boðið sjálfstætt í þessu tiltekna útboði en ljóst er að

¹³ Ákvörðun samkeppnisráðs 31. maí 1996 í máli nr. 28/1996.

¹⁴ P.M. Roth o.fl., *Bellamy and Child: European Community Law of Competition* / Peter Roth, Vivien Rise, Editors (6th ed., Oxford University Press 2008) 134, 135.

¹⁵ Alþt. 1999-2000, A-deild, 770 - 488. mál.

¹⁶ Heimir Örn Herbertsson, „Mega keppinautar hvorki hittast, heyrast né sjást?“ (2004) 57 Úlfljótur - tímarit laganema 103.

fullyrðingar þess efnis geta ekki einungis byggt á kenningum samkeppnisyfirvalda heldur verða að vera studdar raunverulegum gögnum.¹⁷

2.1.1.2. Markmið eða afleiðing

Þegar leitt hefur verið í ljós að um samráð milli keppinauta sé að ræða verður að skoða hvort samráðið hafi að markmiði eða af því leiði að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað. Í ákvæði 10. gr. skl. er lagt bann við hvoru tveggja. Ef samráð telst hafa að markmiði að raska samkeppni er um alvarlegt brot á samkeppnislögum að ræða og 10. gr. skl. telst brotin við það eitt að háttsemin eigi sér stað. Við þær aðstæður er ekki nauðsynlegt að sýna fram á að samráðið hafi í reynd raskað samkeppni.¹⁸ Í þessu samhengi er rétt að taka fram að orðin „hafa að markmiði“ vísa ekki til huglægs ásetnings aðila sammings eða samstarfs.¹⁹ Þannig þarf ekki að sanna að aðilar hafi ætlað sér að brjóta reglur samkeppnislaga en jafnframt skiptir huglæg afstaða þeirra engu. Þegar kemur að samstarfi keppinauta í opinberum útboðum er samstarfið iðulega framkvæmt á grundvelli heimildar til slíks samstarfs í lögum um opinber innkaup. Aðilar hafa yfirleitt ekki nokkurn ásetning til að raska samkeppni í slíkum tilvikum. Það skiptir þó engu ef samstarfið verður hlutlægt séð talið hafa það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. skl.

Síðustu ár hefur dómaframkvæmd Evrópudómstólsins verið misvísandi um það hvenær samningar verða taldir hafa að markmiði að raska samkeppni og hvenær þeir verða einungis taldir hafa samkeppnishamlandi áhrif í för með sér.²⁰ Í máli EFTA dómstólsins nr. 3/2016, *Ski Taxi*, sem varðar það álitaefni sem fjallað er um, komst dómstóllinn að því að samningur þyrfti að vera skaðlegur samkeppni í nægilega ríkum mæli svo að hann teldist hafa það að markmiði að raska samkeppni. Við mat á því þyrfti að taka mið af einstaka ákvæðum sammingsins, markmiðum hans og því efnahagslega- og lagalega umhverfi sem ætti við um hann, án þess þó að ganga jafn langt og tæmandi rannsókn á samkeppnishamlandi áhrifum sammingsins.²¹

Hafi samráð ekki að markmiði að raska samkeppni verður að leggja mat á hvort háttsemin sé til þess fallin að samkeppni sé raskað og rannsaka hvort t.d. samningur hafi

¹⁷ Dómur Sð- og Handelsretten frá 27. ágúst 2018 í málum nr. U-2-16 og U-3-16.

¹⁸ Mál C-439/09, Pierre Fabre Dermo- Cosmétique SAS. mgr. 34

¹⁹ Heimir Örn Herbertsson, „Mega keppinautar hvorki hittast, heyrast né sjást?“ (2004) 57 Úlfjótur - tímarit laganema 103.

²⁰ Peter Dalmay, „Samningar sem hafa að markmiði að raska samkeppni: Dómur EFTA-dómstólsins í máli E-3/16“ (2018) 71 Úlfjótur 336, 337.

²¹ Dómur EFTA dómstólsins frá 15. desember 2016 í máli E-3/16 – Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS gegn norska ríkinu.

samkeppnishamlandi áhrif.²² Það verður að líta til bæði raunverulegra og hugsanlegra áhrifa háttseminnar en líklegt verður að vera að hún hafi samkeppnishamlandi áhrif. Ekki þarf hins vegar að sanna raunveruleg skaðleg áhrif.²³

Af framangreindu má ráða hvernig beita skuli bannreglu 10. gr. skl. Draga má þá ályktun af umfjölluninni að samskipti keppinauta eða mögulegra keppinauta innan opinberra útboða þurfi að vera nokkuð takmörkuð til þess að falla ekki undir bann greinarinnar.

2.2. Lög um opinber innkaup nr. 120/2016

Heildstæð lög um opinber innkaup voru fyrst sett árið 2001 með lögum nr. 94/2001. Í almennum athugasemdum með frumvarpi er varð að lögunum segir að tilgangur lagasetningarinnar sé að tryggja jafnræði bjóðenda við opinber innkaup og stuðla að virkri samkeppni og hagkvæmni í opinberum rekstri. Þá segir að frumvarp til laganna hvíli á þeim forsendum að með því að tryggja réttarstöðu bjóðenda og skapa með því betri aðstæður fyrir virkri samkeppni sé stuðlað að skynsamlegri meðferð almannaþjónu við opinber innkaup.²⁴ Að sama markmiði var svo stefnt með setningu laga nr. 84/2007 um opinber innkaup.

Með lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup (hér eftir nefnd loi.) var enn stefnt að þessu sama markmiði með nýrri lagasetningu á þessu sviði. Í almennum athugasemdum með frumvarpi til laganna segir að frumvarpinu sé ætlað að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu.²⁵ Lögin fólu þó í sér töluverðar breytingar frá fyrri lagabálkum. Voru stigin skref í þá átt að nútímavæða opinber innkaup með auknum möguleikum á bæði rafrænum innkaupum og rafrænum samskiptum. Skýrari ákvæði voru sett í lögin um það hvenær samningur telst vera innanhússamningur og rýmri heimildir settar til þess að skipta samningum upp í minni hluta til að stuðla að aukinni samkeppni, einkum fyrir minni og meðalstór fyrirtæki. Í 19. gr. laganna eru svo möguleikar opinberra aðila til að standa saman að innkaupum auknir. Þá getur ráðherra kveðið á um það í reglugerð að stofnunum sé skylt að standa sameiginlega að innkaupum. Þá kemur einnig fram í frumvarpinu að innkaupareglur um ríki og sveitarfélög séu samræmdar með lögunum. Samkeppniseftirlitið hafði í álitum sínum bent á að skoða þyrfti hvort ástæða væri til að afnema það ósamræmi sem ríkt hefði milli útboðsskyldu ríkis og sveitarfélaga. Enda væri ekki síður mikilvægt að máttur

²² Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 1. ágúst 2008 í máli nr. 9/2008.

²³ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 15. maí 2015 í máli nr. 11/2015.

²⁴ Alþt. 2000-2001, A-deild, þskj. 1048 – 670. mál, athugasemdir við 46. gr., mgr. 2

²⁵ Alþt. 2015-2016, A-deild, 1093 - 665. mál.

samkeppninnar í formi útboða á kaupum á vöru, þjónustu og verkum væri nýttur sveitarfélögum og stofnunum þeirra til hagsbóta en ríkinu og stofnunum þess með stærð sveitarfélaga á Íslandi í huga.²⁶

Óþarft verður að telja, með efni eftirfarandi umfjöllunar í huga, að rekja hvaða samningar eða aðilar falla undir lögin og þá hvenær hinu opinbera sé skylt að bjóða út verk, vöru eða þjónustu og hvaða aðferðum því ber að beita. Efni greinarinnar snýr að þeim sem gera tilboð í opinberum útboðum og falla þeir aðilar því undir lögin um leið og tilboðið er lagt fram.

Í 2. mgr. 67. gr. loi. er að finna reglu sem snýr að þessum aðilum. Í ákvæðinu kemur fram að fleiri en einu fyrirtæki sé heimilt að standa að tilboði eða þátttökutilkynningu sameiginlega, enda beri þau sameiginlega ábyrgð á efnidum samnings. Ákvæðið kveður þannig á um að fleiri en einu fyrirtæki sé heimilt að gera sameiginlegt tilboð í opinberu útboði. Reglan kom fyrst inn í lög um opinber innkaup þegar heildstæð lög voru sett um innkaup opinberra aðila með lögum nr. 94/2001. Í greinargerð með frumvarpi til laganna kemur fram um regluna að sameiginlegt boð kunni að fela í sér samráð aðila sem bryti í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Úrlausn á því hvort svo sé heyrri hins vegar undir samkeppnisyfirvöld.²⁷ Hvergi er þó í lögnum kveðið nánar á um það hvernig sameiginlegum tilboðum skuli hagað. Með það í huga sem að framan hefur verið rakið, um blátt bann 10. gr. skl. við öllu samstarfi keppinauta, væri unnt að álykta svo að regla 2. mgr. 67. gr. loi. sé ósamrýmanleg samkeppnislögum. Er því nauðsynlegt að reifa stuttlega hvernig talið hefur verið að skýra eigi samspil laga um opinber innkaup og samkeppnislaga áður en fjallað er beint um þau álitamál sem spottið geta frá samstarfi keppinauta í útboðum.

3. Skýring laga um opinber innkaup og samkeppnislaga

Sú regla gildir við lögskýringu hér á landi að sérlög ganga framur almennum lögum.²⁸ Almennu lögin víkja því fyrir sérlögum en geta þó verið þeim til fyllingar. Samkeppnislög eru almenn lög og geta sérlög gengið þeim framur á grundvelli þessarar lögskýringareglu. Sú niðurstaða var m.a. staðfest í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar hf.²⁹ og dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 465/2003.³⁰

Í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 273/2015 (Sorpa), um misnotkun Sorpu á markaðsráðandi stöðu sinni á tilteknum mörkuðum, kemur fram að ef undanskilja eigi ákveðna

²⁶ Álit Samkeppniseftirlitsins 23. desember 2009 nr. 4/2009 Opinber útboð, samkeppni og samkeppnishindranir.

²⁷ Alþt. 2000-2001, A-deild, þskj. 1048 – 670. mál, athugasemdir við 46. gr., mgr. 2.

²⁸ Svokölluð Lex specialis lögskýring.

²⁹ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 7. apríl 2003 í máli nr. 1/2003.

³⁰ Hrd. 29. apríl 2004 í máli nr. 465/2003.

TÍMARIT LÖGRÉTTU

starfsemi samkeppnislögum verði að vera fyrir því sérstök heimild enda sé hún ekki sjálfkrafa undanskilin lögunum þótt hún sé í opinberri eigu og um hana gildi sérlög.³¹ Samkeppnislög standa þó ekki þannig meðal réttarheimilda að ríkari kröfur verði gerðar en endranær til skýrleika ósamrýmanlegra ákvæða í sérlögum svo þau gangi þeim fyrrnefndu fram. Um þetta má vísa til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 411/2007 (Sálfræðingafélag).³²

Þegar kemur að samspili samkeppnislaga og laga um opinber innkaup er vert að líta til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2016 (Landspítali) er laut að kæru Logalands ehf., vegna innkaupa Landspítalans á heilbrigðisvörum, m.a. lækningatækjum, hjúkrunarvörum og hjúkrunartækjum, segir um gildissvið samkeppnislaganna:

Rétt er að benda á að samkeppnislög eru almenn lög sem ætlað er að efla virka samkeppni í þeirri atvinnustarfsemi sem fellur undir lögin. Sérlög ganga hins vegar framur ákvæðum samkeppnislaga ef þær réttarheimildir hafa að geyma ákvæði sem eru ósamrýmanleg ákvæðum samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að til þess að sérlagaákvæði geti undanþegið tiltekna athafnir frá ákvæðum samkeppnislaga þurfi sérákvæðin að mæla skýrt fyrir um „...heimild eða skyldu til slíkra athafna“ eða að slíkt megi með ótvíæðum hætti ráða af viðkomandi sérlagaákvæði með rétttri lögskýringu.³³

Af þessu má ráða að skýra eigi undanþágur frá samkeppnislögum þröngt og undanþágan þurfi að vera skýr heimild eða skylda til slíkra athafna.³⁴ Þrátt fyrir þetta segir í ákvörðuninni að um opinber útboð gildi lög um opinber innkaup og teljist þau sérlög gagnvart samkeppnislögum. Þannig sé það svo að þegar lög um opinber innkaup kveða á um heimild eða skyldu opinberra aðila til tiltekinnar athafna sem séu ósamþýðanleg samkeppnislögum gangi þau framur samkeppnislögum. Athuga skal að hér er fjallað um háttsemi opinberra aðila en í b. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga segir eftirfarandi um heimildir Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til aðgerða gegn: „*athöfnum opinberra aðila að því marki sem þær kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni að því tilskildu að sérlög hafi ekki að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu til slíkra athafna.*“ Þannig ætti að vera skýrt að sérlög geti takmarkað beitingu samkeppnislaga gagnvart athöfnum opinberra aðila.

Það mætti þannig vel velja því upp hvort ákvæði 2. mgr. 67. gr. loi. þrengi gildissvið samkeppnislaga með þeim hætti að bjóðendum í opinberum útboðum sé ávallt heimilt að stunda samstarf um gerð tilboða sinna í formi sameiginlegra tilboða enda séu lög um opinber innkaup sérlög sem gildi um framkvæmd opinberra innkaupa og gangi því framur reglum

³¹ Hrd. 2. febrúar 2017 í máli nr. 273/2015.

³² Hrd. 30. apríl 2008 í máli nr. 411/2007.

³³ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 3. nóvember 2016 í máli nr. 29/2016.

³⁴ Sjá einnig Alþt. 2003-2004, A-deild, 1665 - 997. mál.

samkeppnislaga. Höfundur telur, með það sem á eftir verður rakið í huga, að slík ályktun sé hæpin.

Þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið hafi komist að því í ákvörðunum sínum að lög um opinber innkaup séu sérlög sem gangi framur samkeppnislögum þá virðist ekki vera einhugur um það meðal fræðimanna að sambandi þessara reglna sé svo háttáð. Bent hefur verið á að sú túlkun, að um sé að ræða svokallað *lex specialis* samband milli umræddra reglna, sé ófullnægjandi. Annars vegar standi framkvæmd laga um opinber innkaup ekki í vegi fyrir framkvæmd samkeppnislaga, þ.e. reglur um opinber útboð geta ekki breytt eða mótað þær bannreglur sem samkeppnislöggjöfin setur. Þetta sé eitt af megineinkennum þess þegar reglur séu bundnar *lex specialis* sambandi. Hins vegar séu reglur um opinber útboð almennt opnar í annan endann og geti hugsanlega bæði verið samkeppnishvetjandi og samkeppnishamlandi. Geti reglur um opinber útboð því skapað aðstæður þar sem skilyrði reglnanna um heilbrigða samkeppni verður aðeins uppfyllt með tilvísun til samkeppnisreglna og sjónarmiða. Því hefur þannig verið haldið fram að reglur um opinber innkaup geti ekki gengið framur samkeppnisreglum.³⁵ Samband reglnanna við samkeppnisreglur sé því ekki hið svokallaða *lex specialis* samband. Reglurnar bæti á hinn bóginn hvor aðrar upp og myndi eina heild. Reglur um opinber útboð sem séu réttilega reistar á samkeppnissjónarmiðum séu til fyllingar samkeppnisreglum þegar kemur að því að bregðast við samkeppnishamlandi háttsemi opinberra aðila sem samkeppnisreglurnar sem slíkar ná ekki yfir. Þá geti framkvæmd á sviði samkeppnisréttar hjálpað til við að stýra því að samkeppnissjónarmið ríki á sviði opinberra útboða.³⁶

Ljóst er að markmið samkeppnislaga og laga um opinber innkaup er að efla virka samkeppni. Markmið laganna eru því samrýmanleg en hvorki er í lögum um opinber innkaup, né í frumvarpi til laganna, tekið fram að lögin eða sérstök ákvæði þeirra eigi að takmarka gildi samkeppnislaga að einhverju leyti. Þvert á móti er það ítrekað að gætt sé að því að samkeppni verði ekki raskað með þeim aðferðum við opinber innkaup sem lögin kveða á um. Með þá ákvörðun í huga sem að ofan er reifuð, þar sem fram kemur að kveða verði skýrt á um það ef undanskilja eigi athafnir samkeppnislögum, telur höfundur að samband samkeppnislaga og laga um opinber innkaup verði ekki skilgreint sem hið hefðbundna *lex specialis* samband. Þannig muni lög um opinber innkaup ekki ganga framur samkeppnislögum sem sérlög séu þau

³⁵ Sjá einnig Maria Ath. Alexopoulou, „EC Competition Rules in Public Procurement Cases: A Ground for Judicial Review?“ (2009) 24 The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy 15.

³⁶Graells, A S, Public Procurement and the EU Competition Rules: Second Edition (2nd Revised ed. edition, Hart Publishing 2015) 206, 207.

ósamrýmanleg þeim fyrrnefndu. Það er skoðun höfundar að þegar reynir bæði á lög um opinber innkaup og samkeppnislög sé rétt að beita samræmislögskýringu við skýringu lagareglanna fremur en hinni svokölluðu *lex specialis* lögskýringaleið.³⁷ Þannig fengist niðurstaða sem væri samrýmanleg sameiginlegu markmiði laganna um að efla virka samkeppni. Höfundur telur þessa niðurstöðu sérstaklega eiga við þegar samspil ákvæðis 2. mgr. 67. gr. loi. um sameiginleg tilboð fyrirtækja og 10. gr. samkeppnislaga er skoðað. Því er það svo að mati höfundar að heimild laga um opinber innkaup, er snýr að sameiginlegum tilboðum, takmarki ekki beitingu 10. gr. samkeppnislaga heldur beri að skýra ákvæðin með hliðsjón af hvort öðru.

Verður næst fjallað ítarlega um það þegar fyrirtæki standa sameiginlega að tilboði í opinberu útboði hvort sem það er gert í kyrrþey eða á grundvelli ákvæðis 2. mgr. 67. gr. loi. og þær hættur sem leynast í slíku samstarfi fyrirtækja með samhljóða markmið samkeppnislaga og laga um opinber innkaup um heilbrigða samkeppni í huga.

4. Hættur þess að samstarf sé stundað um tilboð í útboðum

Eins og fram hefur komið getur samstarf fyrirtækja í útboðum verið með tvennum hætti. Annars vegar opinbert, þannig að fyrirtæki bjóði sameiginlega í útboði á grundvelli reglu 2. mgr. 67. gr. loi., en hins vegar getur verið um leynilegt samstarf að ræða sem fellur í flokk samráðs um gerð tilboða og brýtur sannanlega gegn 10. gr. skl., þ.e. tilboðssvik. Fyrst mun höfundur fjalla stuttlega um hið leynilega samstarf fyrirtækja í útboðum sem fellur undir hugtakið tilboðssvik. Umfjöllunin er nokkuð almenn en tilgangur hennar er að aðgreina tilboðssvik frá þeirri umfjöllun sem á eftir kemur um opinbert samstarf fyrirtækja í formi sameiginlegra tilboða.

4.1. Tilboðssvik³⁸

Samráð um gerð tilboða eða tilboðssvik er það þegar bjóðendur í útboðum, sem annars ættu að stunda heilbrigða samkeppni, taka sig leynilega saman um að hækka verð tilboða sinna eða minnka gæði þeirrar vöru eða þjónustu sem boðin er fram.³⁹ Ákvæði 10. gr. skl. bannar allt samkeppnishamlandi samstarf keppnauta á markaði. Tilboðssvik falla án alls vafa undir bann greinarinnar.⁴⁰ Á hinn bóginn geta tilboðssvik tekið á sig margar myndir. Algengast er að um sé að ræða gervitilboð. Með gervitilboðum láta þátttakendur í tilboðssvikunum líta út fyrir að mikil samkeppni ríki um það sem boðið er út. Á bak við tjöldin sammælast aðilar hins vegar

³⁷ Samræmisskýring er ein af meginreglum lögskýringa sem kveður á um að lagaákvæði beri að skýra með hliðsjón af öðrum lagaákvæðum, bæði þeirra laga sem þau skipa og einnig með tilliti til annarra laga, er varða kunna það réttaratriði, sem lagaákvæðið fjallar um.

³⁸ Á ensku *Bid Rigging*.

³⁹ Leiðbeiningar OECD um baráttuna gegn tilboðssvikum 1.

⁴⁰ Richard Whish og David Bailey, *Competition law* (Eighth edition, Oxford University Press 2015) 572.

um að einn eða fleiri skili inn hærri tilboðum en sá sem hljóta á samninginn. Einnig er algengt að aðilar komi sér saman um að einn eða fleiri skuli senda inn tilboð sem er augljóslega of hátt til þess að verða samþykkt eða hefur að geyma skilmála sem falla ekki að útboðsskilmálunum.⁴¹ Þá getur einnig verið að aðilar tilboðssvikanna sammælist um að einn eða fleiri geri ekki tilboð eða dragi tilboð sín til baka. Ætla má að flest fyrirtæki sem selt geta viðkomandi vöru eða þjónustu sem boðin er út vilji að jafnaði taka þátt í útboði. Þegar samskonar útboð á sér stað oftast en einu sinni án þátttöku eins eða fleiri fyrirtækja sem geta hæglega tekið þátt kann það að gefa vísbendingu um að tilboðssvik séu fyrir hendi.⁴² Oftast en ekki fá þeir sem ekki gera tilboð undirverktakasamning við þann sem hreppir hnosið.⁴³ Auk þessa getur verið um tilboðssvik að ræða þegar aðilar sammælast um að skiptast á um að vera með hagstæðasta tilboðið. Um tilboðssvik getur jafnframt verið að ræða þegar aðilar sammælast fyrirfram um að skipta með sér markaði eftir svæðum, vörflokkum eða öðrum þáttum.⁴⁴ Enn ein birtingarmynd tilboðssvika getur svo verið í formi einhliða upplýsingagjafar um fyrirhugað tilboð, þ.e. svokallað verðlán.⁴⁵ Brotið lýsir sér með þeim hætti að fyrirtæki A veitir fyrirtæki B upplýsingar um fyrirhugað verðtilboð þess í útboði sem bæði fyrirtækin eru þátttakendur í án þess að fyrirtæki B veiti fyrirtæki A samskonar upplýsingar eða hafi nokkurn áhuga á að fá upplýsingar um tilboð fyrirtækis A. Fyrirtæki A lætur hins vegar verða af upplýsingagjöfinni í þeirri von að fá „greiðann“ til baka síðar. Líklegra er að tilboðssvik séu stunduð þar sem fyrirtæki keppa um umfangsmikla samninga, t.d. í verkfræði- og framkvæmdageirum.⁴⁶

Opinber útboð eru mikilvægur þáttur í því að fá sem mest gæði fyrir sem lægst verð. Alþjóðlegar rannsóknir hafa sýnt að ef tilboðssvik eru stunduð í opinberum útboðum getur það hækkað verð um 10-30% og í ákveðnum tilvikum um allt að 50%.⁴⁷ Miklu máli skiptir því að komið sé í veg fyrir samráð af þessu tagi.

Það að stunda tilboðssvik getur verið flókið og ef samráðið á að ganga upp getur það verið verulega kostnaðarsamt.⁴⁸ Aðilar samráðsins þurfa að komast að sameiginlegri niðurstöðu um hvernig eigi að innleiða samkomulagið, fylgjast með því hvort allir aðilar þess fari eftir því og koma sér upp kerfi til þess að refsa þeim sem ekki fara eftir samkomulaginu.⁴⁹ Tilboðssvik geta átt sér stað á hvaða mörkuðum sem er. Á hinn bóginn eru vissar markaðsaðstæður sem ýtt

⁴¹ Leiðbeiningar OECD um baráttuna gegn tilboðssvikum 2.

⁴² Álit Samkeppniseftirlitsins 23. desember 2009 nr. 4/2009 Opinber útboð, samkeppni og samkeppnishindranir.

⁴³ Leiðbeiningar OECD um baráttuna gegn tilboðssvikum 1.

⁴⁴ Álit Samkeppniseftirlitsins 23. desember 2009 nr. 4/2009 Opinber útboð, samkeppni og samkeppnishindranir.

⁴⁵ Á ensku Price lending.

⁴⁶ Richard Whish og David Bailey, *Competition law* (Eighth edition, Oxford University Press 2015) 571.

⁴⁷ Álit Samkeppniseftirlitsins 23. desember 2009 nr. 4/2009 Opinber útboð, samkeppni og samkeppnishindranir.

⁴⁸ Richard Whish og David Bailey, *Competition law* (Eighth edition, Oxford University Press 2015) 572.

⁴⁹ Leiðbeiningar OECD um baráttuna gegn tilboðssvikum. 2

geta undir tilboðssvik. Þegar fáir seljendur eru á markaði er almennt auðveldara fyrir aðila að taka sig saman um hvernig tilboðum í útboðum á markaðnum skuli hagað. Ef takmarkaðar líkur eru á því að nýir keppinautar hefji samkeppni á markaðnum, vegna þess að það er kostnaðarsamt, mikið regluverk er fyrir hendi eða aðrar aðgangshindranir standa því í vegi, er meiri hættu á að aðilar samhæfi tilboðsstefnu sína. Aðstæður á markaðnum geta einnig verið þannig að vörur samkeppnisaðila eru í eðli sínu mjög líkar og fáar staðgönguvörur að finna. Við þær aðstæður aukast einnig líkur á samráði fyrirtækja. Þá eykur það hættuna á samráði ef fyrirtæki eru fyrir í miklum samskiptum, t.d. í gegnum atvinnugreinasamtök.⁵⁰

Eins og ráða má af framangreindu eru tilboðssvik alvarleg brot á samkeppnislögum sem hafa þá jafnframt yfirleitt mikil samkeppnishamlandi áhrif og falla því almennt undir það að vera brot sem hafa það að markmiði að raska samkeppni. Brot af þessu tagi sitja því ofarlega á forgangslista samkeppnisyfirvalda og hafa almennt í för með sér háar sektarákvarðanir, komist þau upp, auk þess sem þeir einstaklingar sem framkvæma brotin gætu verið saksóttir vegna háttsemi sinnar.

4.2. Sameiginleg tilboð⁵¹

Í þessum kafla verður fjallað um það þegar fyrirtæki sammælast opinberlega um að gera sameiginlegt tilboð í útboði á grundvelli 2. mgr. 67. gr. loi. Eins og rakið verður hér að neðan getur slíkt samstarf, þrátt fyrir að vera uppi á borðinu og framkvæmt á grundvelli lagaheimildar, talist brot á samkeppnislögum. Í ákvörðun Samkeppnisráðs í máli nr. 28/1996⁵² var fjallað um sameiginlegt tilboð Hreyfils og Bifreiðastöðvar Reykjavíkur í útboði Ríkiskaupa á leigubifreiðaaakstri fyrir ríkisstofnanir og fyrirtæki ríkisins. Ákvörðunin er merkileg fyrir þær sakir að þrátt fyrir að rúm 20 ár séu frá því að hún var tekin rímar hún afar vel við þá framkvæmd sem skapast hefur á Norðurlöndunum á undanförunum fimm árum. Í ákvörðuninni segir að ekki sé um það deilt í málinu að fyrirtækin hafi haft samvinnu sín á milli í þessu tiltekna útboði sem hafi leitt til sameiginlegs tilboðs þeirra í útboðinu. Svo segir í ákvörðun Samkeppnisráðs:

Að mati Samkeppnisráðs ber að skilja c-lið 10. gr. samkeppnislaga svo að greinin banni að meginstefnu alla samvinnu við gerð tilboða, enda leiðir slík samvinna almennt séð til takmörkunar á samkeppni. Samvinna af þessum toga milli fyrirtækja hefur að öllu jöfnu þau áhrif að tilboðsverð verður herra en ella og þess vegna hefur löggjafinn séð ástæðu til þess að banna hana. Með hliðsjón af hinu rúma orðalagi 10. gr. laganna og athugasemdum í lögskýringargögnum skiptir ekki máli hvaða form fyrirtæki velja samvinnu sinni. Þannig teljast jafnt samvinna sem byggist á samningi og óformlegar viðræður brot á nefndri grein og engu skiptir hvort samráð fyrirtækja fer fram í kyrrþey eða er öllum kunnugt.

⁵⁰ sama heimild 3.

⁵¹ Á ensku Joint Bidding.

⁵² Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 31. maí 1996 í máli nr. 28/1996.

Samkeppnisráð heldur svo áfram í ákvörðuninni og fjallar um það hvort samstarfið geti fallið undir þágildandi undanþáguákvæði samkeppnislaga. Tekur ráðið fram að undanþáguákvæði laganna heimili t.d. tveimur fyrirtækjum að bjóða saman í verk ef umfang verksins er með þeim hætti að auðsýnt sé að þau hafi hvort um sig ekki bolmagn til að taka verkið að sér. Í slíkum tilvikum geti verið að samvinna fyrirtækja efli samkeppni á viðkomandi markaði. Þá geti fyrirtæki sem ekki séu keppinautar haft með sér samvinnu um gerð tilboða. Samkeppnisráð kemst svo að þeirri niðurstöðu í málinu að fyrirtækin uppfylli ekki skilyrði undanþáguákvæðis eldri samkeppnislaga meðal annars með vísan til þess að fyrirtækin hefðu hvort um sig verið fær um að annast þann akstur sem útboðið tæki til. Taldi ráðið því að um brot á 10. gr. samkeppnislaga væri að ræða.⁵³ Ekki hefur, að höfundi vitandi, reynt á þetta álitaefni í sérstöku máli aftur hjá samkeppnisyfirvöldum hér á landi. Sérstaklega áhugavert er þó að skoða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 3/2013. Í málinu tilkynntu Almenna verkfræðistofan hf. og Verkís hf. um samruna félaganna. Skoðun eftirlitsins á mörkuðum málsins leiddi í ljós að aðilar á markaði fyrir verkfræðiþjónustu á Íslandi höfðu haft með sér umfangsmikið samstarf m.a. í opinberum útboðum allt frá áttunda áratug síðustu aldar. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir upplýsingum um samstarf félaganna í október árið 2012. Það var ekki fyrr en þá sem eftirlitinu barst undanþágubeiðni frá aðilum samstarfsins. Í ákvörðuninni segir að komið hafi í ljós vísbendingar um að samstarf keppinauta á markaði fyrir ráðgefandi verkfræðistofur á Íslandi kunni að brjóta í bága við 10. gr. skl. Samkeppniseftirlitið muni því rannsaka í sérstöku stjórnarsýslumáli meint samkeppnishamlandi samstarf fyrirtækja á þeim markaði. Þá hafi aðilar óskað eftir undanþágu frá 10. gr. skl. á grundvelli 15. gr. sömu laga og jafnframt verði fjallað um þá beiðni í sérstöku stjórnarsýslumáli. Samkeppniseftirlitið setti samrunanum viss skilyrði sem m.a. fólu í sér ráðstafanir til þess að hindra röskun á samkeppni sökum umrædds samstarfs meðan málin væru til rannsóknar.⁵⁴ Ekki hefur enn komið til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins vegna þessa samkeppnishamlandi samstarfs.

Norræn samkeppnisyfirvöld hafa á undanförunum árum beint sjónum sínum töluvert að sameiginlegum tilboðum fyrirtækja í útboðum en í apríl árið 2018 gaf danska samkeppniseftirlitið út leiðbeiningar fyrir fyrirtæki sem huga að sameiginlegum tilboðum í útboðum. Það sem talið hefur verið skipta hvað mestu máli þegar kemur að því að meta hvort samstarf geti talist brot á samkeppnislögum er það hvort samstarfsfyrirtækin verði talin

⁵³ Hafa verður í huga við skoðun á þessari ákvörðun Samkeppnisráðs að ákvörðunin átti sér stað áður en regla sambærileg 2. mgr. 67. gr. loi. var innleidd í lög um opinber innkaup.

⁵⁴ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 21. febrúar 2013 í máli nr. 3/2013.

keppinautar eða mögulegir keppinautar í tilteknu útboði og þá hvort þeir aðilar hefðu geta boðið sjálfstætt í útboðinu. Komist samkeppnisyfirvöld að því að fyrirtæki sem boðið hafa sameiginlega í opinberu útboði séu keppinautar eða mögulegir keppinautar og hefðu geta boðið sjálfstætt hefur niðurstaðan verið sú að samstarf þeirra í formi sameiginlegs tilboðs sé óheimilt og brot á 10. gr. skl.⁵⁵ Sú grein samkeppnislaganna bannar, eins og áður hefur verið rakið, samninga, samstarf og samstillar aðgerðir á milli keppinauta sem raska samkeppni. Það virðist því vera lykilatriði fyrir fyrirtæki að meta það áður en tekin er ákvörðun um samstarf í útboði hvort þau geti talist keppinautar eða mögulegir keppinautar. Verður því hér að neðan leitast við að gera grein fyrir helstu sjónarmiðum sem stuðst hefur verið við við mat á því hvort fyrirtæki verði talin keppinautar í útboði.

Í kafla 4.2.1 hér að neðan verður farið yfir það hvenær fyrirtæki geta talist keppinautar eða mögulegir keppinautar í útboðum. Í kaflanum þar á eftir, kafla 4.2.2, verður svo farið yfir það hvort og við hvaða aðstæður fyrirtæki geta boðið sjálfstætt í útboðum. Þá verður fjallað stuttlega um álitamál er snúa að því hvort samstarf keppinauta hafi að markmiði að raska samkeppni eða af því leiði að samkeppni sé raskað. Að endingu, í kafla 4.2.4, verður svo fjallað um möguleika fyrirtækja til að fá undanþágu frá samkeppnislögum eigi þau á hættu að teljast brotleg við samkeppnislög sökum sameiginlegs tilboðs í útboði. Í kafla 4.3 er svo fjallað um upplýsingaskipti fyrirtækja í tengslum við sameiginleg tilboð þeirra.

4.2.1. Hvenær eru fyrirtæki keppinautar í útboði?

Hugtakið „keppinautar“ hefur verið talið ná bæði yfir eiginlega og mögulega keppinauta. Almennt er það svo að um eiginlega keppinauta er að ræða þegar fyrirtæki stunda bæði virka starfsemi á þeim markaði sem um ræðir. Um mögulega keppinauta er svo að ræða þegar sá aðili sem ekki stundar virka starfsemi á umræddum markaði getur án mikillar fyrirhafnar hafið starfsemi á markaðinum. Sá möguleiki verður hins vegar að vera raunverulegur en ekki aðeins fræðilegur. Þó skiptir ekki máli hvort fyrirtæki ætli sér í raun að hefja starfsemi á umræddum markaði heldur skiptir aðeins máli hvort fyrirtækið sem um ræðir búi yfir þeirri færni og/eða getu sem þarf til.⁵⁶ Þannig þarf meðal annars að kanna, þegar útboð fer fram á ákveðnu svæði, hvort fyrirtæki sem ekki stundar starfsemi á viðkomandi svæði hafi raunverulega möguleika á því að hefja starfsemi á umræddu svæði með tilliti til kostnaðar og annarra hindrana.⁵⁷ Þá þarf

⁵⁵ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 4.

⁵⁶ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01) mgr. 10.

⁵⁷ Mál C-373/14 P, Tishibe Corporation g. framkvæmdastjórninni, mgr. 31-34.

að kanna, þegar útboð fer fram á ákveðinni vöru, hvort fyrirtæki sem framleiðir ekki þessa tilteknu vöru geti hafið framleiðslu á vörunni.⁵⁸

Ef tvö fyrirtæki geta sjálfstætt og hvort fyrir sig gert tilboð í opinberu útboði sem uppfyllir kröfur hins opinbera kaupanda, og myndi þannig teljast gilt tilboð í skilningi laga um opinber innkaup, verða þessi fyrirtæki talin keppinautar í umræddu útboði, óháð því hvort þau láti verða af því að bjóða sjálfstætt í útboðinu. Hins vegar ef þessi sömu tvö fyrirtæki geta ekki gert tilboð í þessu sama útboði, t.d. sökum stærðar eða framleiðslugetu, verða þau ekki talin keppinautar í útboðinu. Það skiptir því öllu máli fyrir fyrirtæki sem hyggjast bjóða sameiginlega í opinberu útboði að meta það sérstaklega, áður en samstarfið er hafið, hvort þau hafi bolmagn í að bjóða sjálfstætt í þessu tiltekna útboði en við það mat skiptir ekki máli hvort fyrirtækin hafi haft áætlanir um að bjóða sjálfstætt.⁵⁹ Í máli sem nefnt hefur verið *danska vegmerkingamálið*⁶⁰, þar sem danska ríkið bauð út akbrautarmerkingar í Danmörku í þremur hlutum, komst danska samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að samstarf sem stofnað hafði verið til af tveimur af sjö stærstu fyrirtækjunum á markaði fyrir akbrautarmerkingar, í þeim tilgangi að bjóða sameiginlega í útboðum, væri brot á dönsku samkeppnislögunum sem hefði það að markmiði að raska samkeppni. Komst eftirlitið að því að bæði félögin hefðu haft bolmagn án nokkurra breytinga í að bjóða sjálfstætt í hluta útboðsins og væru því eiginlegir keppinautar í útboðinu. Þá kom jafnframt fram í ákvörðuninni að þrátt fyrir að fyrirtækin yrðu ekki talin eiginlegir keppinautar þá hefðu fyrirtækin samt sem áður nokkuð auðveldlega, með hliðsjón af rekstraráætlunum sínum, getað aukið bolmagn sitt í því skyni að bjóða sjálfstætt í útboðinu. Þau væru því að minnsta kosti mögulegir keppinautar og samstarf þeirra því brot á reglu sambærilegri 10. gr. skl. Þessu hafnaði danski sjó- og viðskiptarétturinn á áfrýjunarstigi. Taldi dómstóllinn að fullyrðingar danska samkeppniseftirlitsins um að hvor aðili fyrir sig hefði geta boðið sjálfstætt í útboðinu væru aðeins byggðar á kenningum um möguleika þeirra á að auka bolmagn sitt. Fullyrðingar eftirlitsins væru hins vegar ekki studdar eiginlegum gögnum og því ósannaðar.⁶¹ Þannig má vera ljóst að kenningar samkeppnisyfirvalda um að fyrirtæki geti boðið sjálfstætt í útboði duga ekki einar og sér. Kenningarnar þurfa að vera studdar ítarlegum gögnum sem sýna fram á raunverulegan möguleika fyrirtækja á að bjóða sjálfstætt í því útboði sem um ræðir. Með það í huga hins vegar að fyrirtæki séu almennt talin keppinautar eða mögulegir keppinautar ef þau geta boðið sjálfstætt í útboði og samstarf þeirra í útboðinu því brot gegn 10.

⁵⁸ Ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 19. júní 2013 í máli nr. AT.39226 - Lundbeck.

⁵⁹ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 9, 10.

⁶⁰ Ákvörðun danska samkeppniseftirlitsins frá 24. júní 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium.

⁶¹ Dómur Sö- og Handelsretten frá 27. ágúst 2018 í málum nr. U-2-16 og U-3-16.

gr. skl. er rétt að skoða hvaða sjónarmið skuli hafa til hliðsjónar við mat á því hvort fyrirtæki geti boðið sjálfstætt í útboði. Það mat er hins vegar ekki einfalt og háð atvikum í hverju máli fyrir sig.

4.2.2. Mat á því hvort fyrirtæki geti boðið sjálfstætt

Eins og gefur að skilja ræðst það að miklu leyti af þeim útboðsgögnum sem liggja fyrir í umræddu útboði og þeim kröfum sem hinn opinberi kaupandi gerir í útboðinu hvort fyrirtæki verði talin geta boðið sjálfstætt í útboði eða hvort samstarf tveggja eða fleiri fyrirtækja sé nauðsynlegt.⁶² Í máli *Däckia/Euromaster*⁶³ þar sem boðin voru út kaup á dekkjum fyrir sænsku lögregluna héldu fyrirtækin því fram að um væri að ræða útboð á bæði dekkjum og dekkjaþjónustu fyrir lögregluna og því væri krafa um það að tilboðsgjafar gætu sinnt dekkjaþjónustu allsstaðar á landinu. Sökum þess hefði hvort fyrirtæki fyrir sig ekki nægilegt bolmagn til þess að bjóða sjálfstætt í útboðinu. Þessu var hins vegar hafnað af hálfu sænska samkeppniseftirlitsins og héraðsdómi sem komust að þeirri niðurstöðu, með vísan til útboðsgagnanna, að aðeins væri um að ræða útboð á dekkjum og að ekki væri gerð krafa um að tilboðsgjafar gætu sinnt dekkjaþjónustu um allt land. Samstarf fyrirtækjanna var því ekki talið nauðsynlegt.

Það getur skipt máli hvort útboðsgögnin og tilhögun útboðsins sjálfs veiti fyrirtækjum möguleika á að gera tilboð í hluta útboðsins. Ef svo er hafa samkeppnisyfirvöld, við mat á því hvort fyrirtæki hafi bolmagn í að bjóða sjálfstætt, miðað við þá getu sem fyrirtæki þarf á að halda í því skyni að gera tilboð í hvern hluta útboðsins fyrir sig.⁶⁴ Ef fyrirtæki hafa bolmagn í að bjóða sjálfstætt í einhvern af þessum hlutum útboðsins hafa þau verið talin keppinautar í útboðinu og samstarf þeirra ekki talið nauðsynlegt. Ef útboði er skipt niður í hluta sem unnt er að bjóða sérstaklega í hefur almennt ekki verið talið skipta máli þótt mögulegt sé að bjóða í alla hluta útboðsins með einu tilboði. Hafi fyrirtæki möguleika á að bjóða sjálfstætt í einn hluta útboðsins, hvort sem þau hafi bolmagn í að bjóða í fleiri hluta eða ekki, hefur matið á því hvort um keppinauta sé að ræða verið miðað við hvern hluta útboðsins fyrir sig. Í áður nefndu *vegmerkingarmáli*⁶⁵ komst danska samkeppniseftirlitið, eins og áður var rakið, meðal annars að því að bæði félögin hefðu geta boðið sjálfstætt án nokkurra breytinga í einhvern hluta útboðsins. Því væru þau keppinautar og sameiginlegt tilboð þeirra ólöglegt samráð. Þessu hafnaði danski sjó- og viðskiptarétturinn á áfrýjunarstigi. Taldi dómstóllinn að sú staðreynd að fyrirtæki gæti

⁶² Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 11, 12.

⁶³ Dómur héraðsdómsins í Stokkhólmi frá 21. janúar 2014, *Däckia Aktiefölg og Euromaster Aktiefölg*

⁶⁴ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 14.

⁶⁵ Ákvörðun danska samkeppniseftirlitsins frá 24. júní 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium.

TÍMARIT LÖGRÉTTU

boðið í einn hluta útboðs en hefði þó ekki bolmagn í að bjóða í alla hluta útboðsins gæti ekki komið í veg fyrir að umrætt fyrirtæki myndi sameiginlegt tilboð með öðru fyrirtæki í því skyni að bjóða í alla hluta þessa umrædda útboðs. Að mati dómstólsins myndi slík takmörkun ekki vera til þess fallinn að auka samkeppni í útboðinu.⁶⁶

Ski taxi málið snéri að sameiginlegu tilboði tveggja leigubílafyrirtækja, Ski Taxi SA og Follo Taxi SA, í tveimur útboðum á leigubifreiðaaakstri fyrir sjúklinga til og frá norskum sjúkrahúsum á ákveðnum svæðum en tilboðið var gert í gegnum sameiginlegt félag fyrirtækjanna, SFD. Félagið SFD hafði í mörg ár verið notað í þessum tilgangi. Samkvæmt útboðsgögnum var það metið bjóðanda til tekna að geta boðið upp á mikið magn af leigubifreiðum og að geta sinnt þjónustu víðsvegar um Noreg. Það var hins vegar engin krafa gerð um að tilboð þyrfti að vera haldið þessum kostum til að geta talist gilt. Dómurinn taldi því að ekki væri sýnt fram á nauðsyn sameiginlegs tilboðs þessara aðila. Fyrirtækin hefðu geta boðið sjálfstætt og væru því keppinautar sem gerst hefðu sekir um ólögmaðtt samráð.⁶⁷

Í því skyni að meta hvort fyrirtæki geti boðið sjálfstætt hefur einnig verið horft til þess hvort það sé sjálfbært fyrir fyrirtækið að taka þá stefnu að gera tilboð í þessu tiltekna útboði. Þannig þarf möguleiki fyrirtækisins á að gera tilboð í útboðinu ekki aðeins að vera raunverulegur heldur er líka tekið til skoðunar hvort sá samningur sem kæmist á eftir umrætt útboð skili fyrirtækinu hagnaði.⁶⁸ Fyrirtæki verða þó að gæta þess að rekstraráætlanir og útreikningar þeirra í þessum efnum standist skoðun en samkeppnisyfirlönd virðast ekki hika við að láta reyna á útreikningana og hnekkja þeim séu þeir rangir eða óraunhæfir.

Það mætti segja að mat á því hvort fyrirtæki geti uppfyllt kröfur samnings og boðið sjálfstætt í útboði þurfi að fela í sér alhliða skoðun á getu fyrirtækisins á þeim tíma er útboðið var auglýst og verkið á að vera unnið. Þetta mat þarf svo jafnframt að taka mið af þeim kröfum sem gerðar eru til bjóðenda í útboðinu. Sem dæmi um kröfur sem oftast en ekki eru gerðar til bjóðenda í útboðum er krafa um lágmarksveltu. Ef útboðsgögn gera ráð fyrir að fyrirtæki þurfi að hafa verið með 100.000.000 króna ársveltu á síðasta ári fyrir útboðsauglýsingu þá gætu tvö fyrirtæki sem hvert fyrir sig voru með 50.000.000 króna ársveltu boðið sameiginlega í útboðinu. Þá er iðulega gerð krafa um það í útboðsgögnum að fyrirtæki þurfi að búa yfir ákveðnum fjölda véla, tækja og mannafla til að geta uppfyllt kröfur samnings. Við mat á því hvort fyrirtæki hafi yfir nauðsynlegum búnaði og mannafla að búa er talið nauðsynlegt að horfa til samningslengdarinnar og þess hvort fyrirtækið geti með raunhæfum hætti orðið sér út um

⁶⁶ Dómur Sð- og Handelsretten frá 27. ágúst 2018 í málum nr. U-2-16 og U-3-16.

⁶⁷ Dómur Hæstaréttar Noregs frá 22. júní 2017, HR-2017-1229-A

⁶⁸ Leiðbeiningar danska samkeppnisefirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 11, 12.

TÍMARIT LÖGRÉTTU

þennan tækja- eða mannafla. Í *El Proffen*⁶⁹ málinu sem snéri að sameiginlegu tilboði fimm fyrirtækja í rafiðnaði innan ákveðins rammasamnings komst norska samkeppniseftirlitið að því að fyrirtækin annaðhvort byggju yfir þeim mannafla sem þyrfti til að uppfylla kröfur samningsins eða gætu með nokkuð auðveldum hætti orðið sér út um mannskap í verkið. Í því skyni voru fyrirtækin því talin vera eiginlegir og/eða mögulegir keppinautar.

Þá getur komið til skoðunar hvort fyrirtæki búi yfir þeirri sérþekkingu sem krafist er að bjóðandi búi yfir í útboðsgögnum. Fyrirtæki sem starfa á sama markaði geta í mörgum tilfellum búið yfir mismunandi sérþekkingu. Ef fyrirtæki sem hyggst gera tilboð í útboði býr ekki yfir nauðsynlegri sérþekkingu til að uppfylla kröfur samnings gæti verið þörf á að tvö fyrirtæki sem búi yfir mismunandi sérþekkingu bjóði sameiginlega.⁷⁰

Nokkuð ljóst er að við mat á því hvort fyrirtæki hafi bolmagn í að bjóða sjálfstætt í útboði verður að taka mið af raunverulegri stöðu fyrirtækisins á því tímabili sem framkvæmd samningsins á að fara fram. Þannig verður, ásamt öllu framangreindu, að taka mið af því hvort fyrirtæki sé bundið öðrum samningum sem hafa þau áhrif að það bolmagn, þ.e. mann- og tækjaafli auk sérþekkingar, sem fyrirtækið getur sett í hið útboðna verk minnkar þar sem því hefur verið ráðstafað annað.⁷¹ Jafnframt hefur verið talið rétt að taka tillit til framtíðarviðskipta sem ekki eru háð sérstökum samningum við umrætt mat.⁷²

Rétt er að áréttta að ef fleiri fyrirtæki en nauðsynlegt er eru aðilar að sameiginlegu tilboði í útboði getur samstarfið í heild verið talið raska samkeppni. Mat á því hvort sú staða sé uppi er ýkja flókið og tekur mið af því hvernig samkeppnisaðstæður myndu þróast ef samstarfið væri ekki fyrir hendi. Sem dæmi gætu fjögur fyrirtæki ákveðið að hefja samstarf og mynda sameiginlegt tilboð í útboði en í samstarfinu væri einungis þörf á þremur af þessum fyrirtækjum til þess að geta uppfyllt kröfur þess verks sem boðið er út. Ef eitt þessara fyrirtækja hefði möguleika á því að segja skilið við umrætt samstarf og mynda sameiginlegt tilboð með öðru fyrirtæki utan þessa samstarfs er augljóst að tilboðum í útboðinu myndi fjölga og samkeppni innan þess því aukast. Við þessar aðstæður yrði samstarf þessara fjögurra fyrirtækja því talið raska samkeppni.⁷³ Í áður nefndu máli *Däckia/Euromaster*⁷⁴ var talið að Däckia hefði haft bolmagn í að bjóða sjálfstætt í umræddu útboði. Euromaster hefði ekki geta boðið sjálfstætt en hefði hins vegar haft möguleika á því að mynda sameiginlegt tilboð með öðru fyrirtæki. Ef svo

⁶⁹ Ákvörðun norska samkeppniseftirlitsins frá 4. september 2017 nr. V2017 – 21.

⁷⁰ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 15-17.

⁷¹ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 17.

⁷² Dómur Sð- og Handelsretten frá 27. ágúst 2018 í málum nr. U-2-16 og U-3-16.

⁷³ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018). 22.

⁷⁴ Dómur héraðsdómsins í Stokkhólmi frá 21. janúar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*

hefði orðið og Däckia jafnframt boðið sjálfstætt í útboðinu hefði tilboðum í útboðinu fjölgað og samkeppni innan útboðsins því aukist. Var samstarf Däckia og Euromaster því talið raska samkeppni þar sem það var ekki talið nauðsynlegt. Í þessu samhengi er rétt að ítreka að ef eitt fyrirtæki innan samstarfs verður talið hafa bolmagn í að bjóða sjálfstætt í útboði er líklegt að samstarfið verði ekki talið nauðsynlegt og þannig talið raska samkeppni í trássi við samkeppnislög. Ef kæmi til sektarákvörðunar í máli gegn aðilum samstarfsins yrðu allir aðilar þess í hættu á að fá á sig sektarákvörðun. Það er því ekki aðeins mikilvægt að fyrirtæki meti getu þess sjálfs til að bjóða sjálfstætt í útboði áður en samstarf er hafið heldur tryggi að þau fyrirtæki sem mynda á sameiginlegt tilboð með hafi farið í gegnum samskonar skoðun.

Af framangreindu má ráða að mat á því hvort fyrirtæki geti eða hefðu getað boðið sjálfstætt í útboði og séu þar með keppinautar eða mögulegir keppinautar er háð mörgum breytum og getur verið flókið, umfangsmikið og kostnaðarsamt. Það er þó mikilvægt að fyrirtæki leggi í þetta mat áður en samstarf er hafið þar sem sektarákvörðun samkeppnisyfirvalda gæti kostað fyrirtækin gríðarlegar fjárhæðir. Þá er mikilvægt að niðurstaða samkeppnisyfirvalda um að fyrirtæki hefðu geta boðið sjálfstætt í útboði sé ítarlega rökstudd með vísan til haldbærra gagna. Kenning samkeppnisyfirvalda ein og sér hefur ekki verið talin duga.

4.2.3. Markmið eða afleiðing

Í kafla 2.1.1.2 hér að framan var farið yfir hvaða áhrif það hefur ef samstarf fyrirtækja er talið hafa það að markmiði að raska samkeppni eða af því leiði að samkeppni sé raskað. Almenn er það svo þegar samningur á milli fyrirtækja felur í sér samstarf um verð eða tilboð að samningurinn telst hafa það að markmiði að raska samkeppni. Eins og áður hefur komið fram þá skiptir raunverulegur ásetningur fyrirtækjanna ekki máli. Í fyrirnefndum málum *Däckia/Euromaster*⁷⁵ og *Ski taxi*⁷⁶ komst annars vegar sænska og hins vegar norska samkeppniseftirlitið að því að fyrirtækin sem boðið hefðu sameiginlega í útboði væru keppinautar og að samstarf þeirra hefði ekki verið nauðsynlegt. Samstarfið hefði falið í sér að fyrirtækin sammæltust um verð og væri því um verðsamráð að ræða. Var það því niðurstaða í báðum málunum að um væri að ræða brot á samkeppnisreglum sem hefði að markmiði að raska samkeppni.

Ekki er að finna mörg mál er snúa að sameiginlegum tilboðum keppinauta þar sem háttsemin hefur verið talin hafa þau áhrif að samkeppni sé raskað en eins og að framan hefur

⁷⁵ Dómur héraðsdómsins í Stokkhólmi frá 21. janúar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*

⁷⁶ Dómur EFTA dómstólsins frá 15. desember 2016 í máli E-3/16 – *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS* gegn norska ríkinu

verið rakið er þörf á umfangsmikilli rannsókn á því hvaða áhrif samningur hefur við þær aðstæður. Ómögulegt er að segja hvers vegna framkvæmdin er svo fátækleg en líklega skýringin er sú að samkeppnisyfirvöld forgangsraði málum eftir því um hversu alvarlegt brot á samkeppnislögum er að ræða.⁷⁷ Samningar sem fela í sér samstarf um verð, tilboð eða markaðsskiptingu í formi sameiginlegra tilboða ættu því að vera framarlega í röðinni en slík brot hafa það yfirleitt að markmiði að raska samkeppni. Samstarf um t.d. framleiðslu sem gæti haft þau áhrif að samkeppni yrði raskað virðist því mæta afgangi.⁷⁸

4.2.4 Undanþága frá 10. gr. skl.

Taka ber skýrt fram að samstarf fyrirtækja, t.d. í formi sameiginlegra tilboða í útboði, getur einfaldlega talist samkeppnishvetjandi. Svo getur til að mynda háttað til þegar fyrirtæki sem starfa á mismunandi mörkuðum bjóða sameiginlega í útboði eða þegar fyrirtæki sem ekki hafa getu til þess að bjóða sjálfsætt í útboði sökum stærðargráðu þess taka sig saman og mynda sameiginlegt tilboð. Í slíkum tilvikum getur samstarfið meðal annars orðið þess valdandi að hið opinbera fái meiri gæði fyrir minna verð við innkaup sín. Þegar um þess háttar samstarf er að ræða er engin þörf á því fyrir fyrirtæki að sækjast eftir undanþágu frá samkeppnislögum. Komi hins vegar í ljós að samstarf keppinauta sé eða geti talist skaðlegt samkeppni þarf að skoða hvort samstarfið geti fallið undir undanþáguákvæði 15. gr. skl. Það er þó mikilvægt að taka fram að fyrirtæki hér á landi verða að sækja fyrirfram um undanþágu á grundvelli greinarinnar áður en samstarf þeirra hefst ólíkt framkvæmdinni innan Evrópu. Erfitt getur þó verið að sýna fram á að skilyrði greinarinnar séu uppfyllt eftir að rannsókn samkeppnisyfirvalda er hafin, sbr. *Ski Taxi* málið sem reifað er hér að neðan.

Samkvæmt ákvæðinu getur Samkeppniseftirlitið að vissum skilyrðum uppfylltum veitt undanþágu frá banni 10. gr. skl. við samkeppnishamlandi háttsemi.⁷⁹ Skilyrði greinarinnar eru talin upp í a.-d. lið ákvæðisins og til þess að samstarf hljóti undanþágu samkvæmt ákvæðinu verða öll skilyrðin að vera uppfyllt.⁸⁰ Skilyrðin eru að samningar, samþykktir, samstilltar aðgerðir eða ákvarðanir skv. 10. gr.:

- a. stuðli að bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir,
- b. veiti neytendum sanngjarna hlutdeild í ávinningi sem af þeim hlýst,
- c. leggi ekki höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf eru til að settum markmiðum verði náð og

⁷⁷ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 26.

⁷⁸ Dæmi um mál þar sem áhrif samstarfs í útboði á samkeppni eru skoðuð er dómur sænska markaðs- og einkaleyfadómstólsins frá 28. apríl 2018 í máli Aleris Diagnostik AB o.fl. gegn sænska samkeppniseftirlitinu.

⁷⁹ Craig, P P og De Búrca, G, EU law: text, cases, and materials (3rd ed, Oxford University Press 2003) 964

⁸⁰ Alþt. 1999-2000, A-deild, 770 - 488. mál.

TÍMARIT LÖGRÉTTU

- d. veiti fyrirtækjum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða.

Almennt er litið svo á að það sé þess sem sækir um undanþágu frá 10. gr. skl. á grundvelli 15. gr. að sýna fram á að umrædd skilyrði séu uppfyllt.⁸¹ Í *Ski Taxi*⁸² málinu komst dómurinn að því að ekki væri útilokað að samstarf keppinautanna hefði í för með sér jákvæð efnahagsleg áhrif og gæti uppfyllt skilyrði undanþágureglu norsku samkeppnislaganna. Hins vegar komst dómstólinn að því að fyrirtækjunum hefði ekki tekist að sýna fram á þessi áhrif samstarfsins með nægilega skýrum og óyggjandi hætti auk þess sem útreikningar fyrirtækjanna á mögulegu hagræði væru aðeins að hluta til studdir staðreyndum.

Ljóst er að skilyrði 15. gr. skl. veita nokkurt svigrúm til mats af hálfu Samkeppniseftirlitsins á því hvenær þeim er fullnægt.⁸³ Samkeppnislögum er ætlað að vernda og efla samkeppni og stuðla þannig að aukinni framleiðni og hagræðingu á markaði. Er því ljóst að setja verður ströng skilyrði fyrir því að veita undanþágu frá mikilvægustu reglu laganna, 10. gr. skl. Sé það ekki gert geta samkeppnishömlur sem felast t.d. í aðgangshindrunum, verðsamráði eða þegjandi samhæfingu valdið neytendum og þjóðfélaginu í heild miklum skaða.⁸⁴ Þó er rétt að hafa í huga að hvaða samkeppnishamlandi samningur sem er getur uppfyllt skilyrði greinarinnar. Það er því ekki útilokað að samstarf sem hefur það að markmiði að raska samkeppni geti fallið undir undanþágu 15. gr. skl. og þar með talist lögmæt.⁸⁵ Almenn lögskýringarsjónarmið leiða þó til þess að að túlka beri undanþágu frá bannákvæðum í lögum þröngt. Nauðsynlegt er að greina markaðsaðstæður, markaðsstyrk aðila og eðli og efni samstarfsins auk þess sem greina þarf hvaða samkeppnishömlur gætu leitt af samstarfinu áður en metið er hvort efnahagslegir kostir þess vegi þyngra en samkeppnishamlandi áhrif þess.⁸⁶

Þrátt fyrir að sækja þurfi um undanþágu á grundvelli 15. gr. skl. áður en samkeppnishamlandi samstarf er hafið bera fyrirtæki iðulega fyrir sig eftir að rannsókn Samkeppniseftirlitsins er hafin að það samstarf sem til rannsóknar sé hafi hvort sem er uppfyllt skilyrði undanþágu og því sé háttsemin ekki ólögmæt. Í áðurnefndri ákvörðun Samkeppnisráðs í máli nr. 28/1996⁸⁷ þar sem fjallað var um sameiginlegt tilboð Hreyfils og Bifreiðastöðvar

⁸¹ Whish, R og Bailey, D, *Competition Law*/Richard Whish, David Bailey (7th ed., Oxford University Press 2012) 152 varðandi sambærilegt ákvæði í TFEU.

⁸² Rt. 2017, bls. 1229 A (2015/203)

⁸³ Alþt. 1999-2000, A-deild, 770 - 488. mál.

⁸⁴ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 22. maí 2015 í máli nr. 14/2015.

⁸⁵ Whish, R og Bailey, D, *Competition Law* / Richard Whish, David Bailey (7th ed., Oxford University Press 2012)153.

⁸⁶ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01).

⁸⁷ Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 31. maí 1996 í máli nr. 28/1996

TÍMARIT LÖGRÉTTU

Reykjavíkur í útboði Ríkiskaupa á leigubifreiðaaakstri fyrir ríkisstofnanir og fyrirtæki ríkisins báru fyrirtækin fyrir sig undanþáguákvæði þágildandi samkeppnislaga. Í ákvörðuninni segir eftirfarandi um þá málsástæðu félaganna:

Ákvæði 13. gr. samkeppnislaga⁸⁸ þykja ekki eiga við í þessu máli. Horfa verður til þess að innan vébanda ofangreindra bifreiðastöðva eru handhafar rúmlega 60% þeirra leyfa til leigubílaaksturs sem gilda í Reykjavík og nágrennasveitarfélögum. Jafnframt skiptir miklu að gögn málsins þykja gefa til kynna að hvor bifreiðastöðin um sig hefði verið fær um að annast þann akstur sem útboð nr. 10489 tekur til.

Athugun á því hvort samstarf fyrirtækja í útboði í formi sameiginlegra tilboða falli undir undanþáguákvæði samkeppnislaga verður ávallt að vera háð atvikum í hverju máli fyrir sig. Það er þó hægt að draga þá ályktun af framangreindri umfjöllun að ef samstarf gerir aðilum þess kleift að móta tilboð sem er samkeppnislega hagkvæmara en ef þessir aðilar hefðu boðið sjálfstætt, þ.e. veitir hinum opinbera kaupanda meiri gæði fyrir minna verð, neytendum er veitt sanngjörn hlutdeild í þessum ávinningi, samstarfið gengur ekki lengra en nauðsynlegt er og það veitir aðilum þess ekki möguleika á að eyða heilbrigðri samkeppni, þá er líklegt að samstarfið verði talið falla undir undanþáguákvæði samkeppnislaga.

Eins og ráða má af framangreindu verður sameiginlegt tilboð keppinauta í útboði, í þeim skilningi sem að framan hefur verið lýst, almennt talið raska samkeppni í andstöðu við samkeppnislög. Mat á því hvort um keppinauta í þessu tiltekna útboði sé að ræða felur í sér ítarlega greiningu á getu fyrirtækjanna til að bjóða sjálfstætt í útboðinu. Komi í ljós að fyrirtæki geti eða hefðu geta boðið sjálfstætt falla þau í þann flokk að vera eiginlegir eða mögulegir keppinautar og verður samstarf þeirra talið varasamt í samkeppnislegum skilningi. Fyrirtækin þurfa almennt sjálf að gæta að þessu mati en mikilvægt er að hinn opinberi kaupandi hafi augun opin fyrir óeðlilegu samstarfi keppinauta og tilkynni slíkt til samkeppnisyfirvalda.⁸⁹ Samstarf af þessu tagi felur yfirleitt í sér að keppinautar sammælast um verð, afslætti eða önnur viðskiptakjör en þess háttar samstarf keppinauta hefur almennt verið talið hafa það að markmiði að raska samkeppni. Samstarfið gæti því haft í för með sér háa sektarákvörðun. Komist fyrirtæki sem hyggjast bjóða sameiginlega í útboði að því að þau hafi bolmagn í að bjóða sjálfstætt og séu þar með keppinautar er þó ekki loku fyrir það skotið að samstarf þeirra sé útilokað og með öllu bannað. Fyrirtæki geta með þeim hætti sem lýst hefur verið sóst eftir undanþágu frá bannákvæðum samkeppnislaga áður en samstarfið hefst. Að veittri slíkri undanþágu gætu þau, þrátt fyrir að teljast keppinautar, boðið sameiginlega í þessu tiltekna útboði. Það verður þó að taka fram að hæpið er að fyrirtæki fengi veitta undanþágu með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins

⁸⁸ Nú 15. gr. samkeppnislaga

⁸⁹ Albert Sanchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules: Second Edition* (2nd Revised ed. edition, Hart Publishing 2015). 339

áður en tilboðsfrestur í útboðinu væri liðinn. Sú framkvæmd sem að framan hefur verið lýst, þ.e. að keppinautar þurfi að sækja um undanþágu áður en samstarf í útboði hefst, er því ekki ýkja raunhæf.

4.3. Upplýsingaskipti við sameiginleg tilboð

Í þessum kafla verður gerð tilraun til að glöggva lesandann á mörkum heimilla og óheimilla upplýsingaskipta í tengslum við samstarf fyrirtækja í formi sameiginlegra tilboða á grundvelli 2. mgr. 67. gr. loi. í opinberum útboðum. Þegar fyrirtæki ætla sér að bjóða sameiginlega í útboði er óumflýjanlegt að skipti á upplýsingum milli fyrirtækjanna fari fram. Ef þessi sömu fyrirtæki sem hyggjast bjóða sameiginlega verða talin keppinautar í þeim skilningi sem að framan er rakið er um að ræða upplýsingaskipti á milli keppinauta. Slík upplýsingaskipti hafa verið talin brot á samkeppnislögum ef upplýsingarnar sem dreift er verða taldar viðkvæmar í samkeppnislegum skilningi. Áður en fyrirtæki taka sig saman um sameiginlegt tilboð og skiptast á upplýsingum er því mikilvægt að fyrirtæki meti hvort þau hafi burði í að bjóða sjálfstætt í útboðinu og hvort fyrirtækin sem hyggjast bjóða saman séu keppinautar.

Það er óumflýjanlegt að fyrirtæki sem ætla sér að mynda sameiginlegt tilboð í útboði skiptist á upplýsingum áður en til samstarfsins er stofnað. Mikilvægt er að fyrirtæki dreifi hins vegar einungis sín á milli upplýsingum sem er nauðsynlegt að fari þeirra á milli í undirbúningi að tilboðinu. Þannig er lágmrökuð hættan á því að samkeppnislega viðkvæmar upplýsingar fari þeirra á milli sem fallið gæti undir brot á samkeppnislögum. Líklegt er að fyrirtækin þurfi að skiptast á afar viðkvæmum upplýsingum um getu sína til að framkvæma verkið sem boðið er út þegar þau meta hvort hvert og eitt þeirra hafi getu til þess að bjóða sjálfstætt í útboðinu. Við það þarf þó að gæta að því að aðeins nauðsynlegar upplýsingar fari á milli fulltrúa fyrirtækjanna og að ekki sé skipst á upplýsingum um kostnað, framtíðaráætlanir og verð.

Það getur verið erfitt fyrir fyrirtæki að átta sig á því hvaða upplýsingar eru samkeppnislega viðkvæmar og keppinautum er óheimilt að skiptast á. Ef upplýsingarnar eru til þess fallnar að auðvelda fyrirtækjum að greina framtíðarhegðun keppinauta á markaði og samrýma hegðun sína eða geta orðið til þess að hindra innkomu hugsanlegra keppinauta inn á markaðinn er líklegt að upplýsingarnar séu samkeppnislega viðkvæmar og keppinautum óheimilt að eiga í slíkum upplýsingaskiptum. Þá er ljóst að ekki skiptir máli á hvaða formi upplýsingaskiptin fara fram. Samskiptin geta verið í gegnum síma, tölvupóst eða yfirlýsingu á félagsfundum en einhliða upplýsingagjöf getur verið jafn skaðleg og eiginleg upplýsingaskipti. Við mat á því hvort upplýsingaskipti verði talin brot á samkeppnislögum hefur verið horft til þess hvort upplýsingarnar séu opinberar eða trúnaðarupplýsingar, hvort þær séu almennar eða

nákvæmar og hvort um sé að ræða gamlar eða nýjar upplýsingar. Þá getur gagnsæi markaðarins sem um ræðir skipt máli. Þótt erfitt geti verið að tilgreina með skýrum hætti eðli þeirra upplýsinga sem keppinautum er beinlínis óheimilt að skiptast á má þó með vissu segja að upplýsingar um framtíðar verð eða afslætti, kostnað og annað sem hefur áhrif á verðlagningu fyrirtækja, framtíðar markaðsáætlanir og aðrar stefnumarkandi upplýsingar sem geta haft áhrif á sjálfstæði fyrirtækja á markaði séu upplýsingar sem keppinautum ber að varast að eiga í samskiptum með.⁹⁰

Verði niðurstaða þessarar ítarlegu skoðunar sem ráðast þarf í og rakin hefur verið í grein þessari sú að fyrirtækin séu ekki keppinautar í þessu tiltekna útboði og geti því boðið sameiginlega er um að ræða upplýsingaskipti milli fyrirtækja sem ekki eru keppinautar. Fyrirtækin geta því skipst á upplýsingum sem keppinautar gætu almennt ekki skipst á án þess að brjóta samkeppnislög. Það er þó mikilvægt að fyrirtæki sem ekki verða talin keppinautar í tengslum við tiltekið útboð hafi í huga að þau gætu verið keppinautar í öðrum útboðum. Afar brýnt er því að gæta varfærni við öll upplýsingaskipti sem gætu varðað önnur útboð þar sem fyrirtækin yrðu talin keppinautar.⁹¹ Rétt er að einskorða upplýsingaskipti á milli fyrirtækjanna við þær upplýsingar sem eru nauðsynlegar fyrir framkvæmd þess samstarfs sem viðhafa á.

Eins og ráða má af framangreindu þurfa fyrirtæki að vera varfærin við upplýsingaskipti í tengslum við samstarf þeirra í útboðum. Við skoðun á þeirri dómaframkvæmd sem rakin hefur verið í grein þessari er erfitt að finna dæmi þar sem upplýsingaskipti hafa verið talin sjálfstætt brot á samkeppnisreglum. Í framkvæmd er það iðulega svo að upplýsingaskipti á milli keppinauta eru þáttur í stærra samráðsbroti. Rétt er þó að fyrirtæki fylgi þeim viðmiðunum sem rakin hafa verið hér að framan um upplýsingaskipti þegar kemur að samstarfi innan útboða.

Rakið hefur verið að nauðsynlegt sé fyrir fyrirtæki að meta stöðu sína áður en ráðist er í samstarf í formi sameiginlegra tilboða. Þannig þarf fyrirtæki í raun að meta hvort samstarfið brjóti í bága við samkeppnislög eða ekki. Við mat á því er nauðsynlegt að fyrirtæki skiptist á eins litlum upplýsingum og unnt er með það sem að framan hefur verið rakið í huga. Þegar stofnað hefur verið til samstarfs á milli fyrirtækja í opinberu útboði er því mikilvægt að fyrirtæki myndi skýran ramma um þau upplýsingaskipti sem fara þurfa fram og að báðum aðilum sé það ljóst að einungis nauðsynlegum upplýsingum í þágu samstarfsins verði dreift.

⁹⁰ Commission's Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements OJ [2011] C 11/01.

⁹¹ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 37, 39.

5. Niðurlag

Í grein þessari hafa þær reglur verið reifaðar sem gilda um samstarf fyrirtækja í útboðum. Markmið greinarinnar var að reyna að glöggva lesandann á samspili samkeppnisreglna og reglna um opinber innkaup með áherslu á samstarf bjóðenda í útboðum. Í upphafi greinarinnar var stuttlega farið yfir þau réttarsvið sem við eiga í því skyni að leggja skýran grundvöll að því sem á eftir kæmi. Þar á eftir var fjallað um hvernig lög um opinber innkaup og samkeppnislög hafa verið skýrð í framkvæmd, skarist þau á, og setti höfundur fram skoðun sína á því hvaða lögskýringu skuli beita við þær aðstæður. Eins og rakið var telur höfundur rétt að beita samræmisskýringu við lögskýringu laga um opinber innkaup og samkeppnislaga. Í framhaldi af því var svo farið yfir það samstarf fyrirtækja í útboðum sem talið hefur verið að geti fallið undir bannákvæði 10. gr. skl., annars vegar tilboðssvik og hins vegar sameiginleg tilboð keppinauta. Loks var svo fjallað um undanþáguákvæði samkeppnislaga og upplýsingaskipti keppinauta sem hyggjast bjóða sameiginlega í útboði.

Höfundur rakti helstu birtingarmyndir tilboðssvika og við hvaða aðstæður tilboðssvik eru hvað algengust. Niðurstaðan var sú að tilboðssvik væru með alvarlegustu samkeppnislagaþrotum og mikilvægt að koma í veg fyrir þau enda geta brot af því tagi kostað hið opinbera umtalsverðar fjárhæðir. Því næst var komist að þeirri niðurstöðu að sameiginleg tilboð keppinauta eða mögulegra keppinauta væru almennt bönnuð samkvæmt 10. gr. skl. Ef fyrirtæki, sem hyggjast bjóða sameiginlega í opinberu útboði á grundvelli 2. mgr. 67. gr. loi., geta hvort fyrir sig boðið sjálfstætt verða þau talin keppinautar eða mögulegir keppinautar. Höfundur rakti svo þau sjónarmið sem hafa ætti í huga við mat á því hvort fyrirtæki geti boðið sjálfstætt og þar með talist keppinautar eða mögulegir keppinautar. Í því sambandi skipti meðal annars máli hvort fyrirtæki hafi tök á því að auka bolmagn sitt í því skyni að bjóða sjálfstætt en líkt og komið var inn á getur það verið auðvelt fyrir forsvarsmenn fyrirtækja að sannfæra sig um að hið sameiginlega tilboð sé hagkvæmara fyrir hinn opinbera kaupanda og því verði það ekki talið ólöglegt. Samkeppnisyfírvöld munu hins vegar ekki hika við að endurskoða þessháttar niðurstöðu samstarfsfyrirtækja. Við þá endurskoðun gæti yfirvaldið komist að þveröfugri niðurstöðu.⁹²

Þá var fjallað um undanþáguákvæði 15. gr. skl. sem gerir fyrirtækjum kleift að sækja um undanþágu frá samkeppnislögum hafi þau í huga að viðhafa háttsemi sem brýtur gegn

⁹² Amalia Athanasiadou, „When Sharing is NOT Caring – New Danish Antitrust Guidance on Joint Bidding“ (*Kluwer Competition Law Blog*, 7. ágúst 2018).
<<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/08/07/sharing-not-caring-new-danish-antitrust-guidance-joint-bidding/?print=print>> skoðað 20. október 2018.

ákvæðum laganna. Þannig gætu keppinautar sem hafa hug á að bjóða sameiginlega í útboði sóst eftir undanþágu frá 10. gr. skl. áður en samstarf þeirra hefst. Að veittri slíkri undanþágu væri þessum fyrirtækjum heimilt að mynda sameiginlegt tilboð í þessu tiltekna útboði. Eins og rakið var telur höfundur þá framkvæmd þó ekki ýkja raunhæfa enda yrði tilboðsfrestur útboðsins í mörgum tilfellum liðinn áður en ákvörðun samkeppnisyfirvalda lægi fyrir.

Að lokum fjallaði höfundur almennt um mörk heimilla og óheimilla upplýsingaskipta í því skyni að glöggva lesandann á því hvar mörkin liggja þegar kemur að sameiginlegum tilboðum og samskiptum fyrirtækja í tengslum við slík tilboð. Komist var að þeirri niðurstöðu að fyrirtæki þyrftu að vera afar varfærin í slíkum upplýsingaskiptum á öllum stigum, hvort sem samstarf væri hafið eða áður en samstarf hefst.

Í inngangskafli dönsku leiðbeininganna um sameiginleg tilboð sem vitnað hefur verið til í grein þessari setur danska samkeppniseftirlitið fram nokkur heilræði til fyrirtækja sem hyggjast bjóða sameiginlega í útboði.⁹³ Síðasta heilræðið er eftirfarandi: „*If you are in doubt, seek legal assistance*“ sem mætti orða á íslensku „*ef þú ert í vafa, leitaðu þér aðstoðar lögmanns*“. Ágætt er að hafa þau orð lokaorð þessarar greinar.

⁹³ Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018) 7.

Heimildaskrá

Amalia Athanasiadou, „When Sharing is NOT Caring – New Danish Antitrust Guidance on Joint Bidding“ (*Kluwer Competition Law Blog*, 7. ágúst 2018)

<<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/08/07/sharing-not-caring-new-danish-antitrust-guidance-joint-bidding/?print=print>> skoðað 20. október 2018.

Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ (2001) 54. árgangur Úlfljóttur - tímarit laganema

Craig, P P og De Búrca, G, *EU law: text, cases, and materials* (3rd ed, Oxford University Press 2003)

Graells, A S, *Public Procurement and the EU Competition Rules: Second Edition* (2nd Revised ed. edition, Hart Publishing 2015)

Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01)

Heimir Örn Herbertsson, „Mega keppinautar hvorki hittast, heyrast né sjást?“ (2004) 57 Úlfljóttur - tímarit laganema

Leiðbeiningar danska samkeppniseftirlitsins, „Joint bidding under competition law“ (2018)

Maria Ath. Alexopoulou, „EC Competition Rules in Public Procurement Cases: A Ground for Judicial Review?“ (2009) 24 *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy*

Peter Dalmay, „Samningar sem hafa að markmiði að raska samkeppni: Dómur EFTA-dómstólsins í máli E-3/16“ (2018) 71 Úlfljóttur

P.M. Roth o.fl., *Bellamy and Child: European Community Law of Competition / Peter Roth, Vivien Rise, Editors* (6th ed., Oxford University Press 2008)

Renato Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principle of Article 102 / Renato Nazzini* (Oxford University Press 2011)

Richard Whish og David Bailey, *Competition Law / Richard Whish, David Bailey* (7th ed., Oxford University Press 2012).

Richard Whish og David Bailey, *Competition law* (Eighth edition, Oxford University Press 2015)

Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging: Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi“ (Samkeppniseftirlitið nóvember 2008) 2/2008.

TÍMARIT LÖGRÉTTU

Swedish Competition Authority, „Action for better Competition“ (Swedish Competition Authority 2009) 2009