

Prosjektsamarbeid

Professor Tommy Staahl Gabrielsen
UiB og BECCLE

Professor dr. juris Erling Hjelmeng
UiO og BECCLE

BECCLE-seminar 21.10.2011



Prosjektsamarbeid

- Prosjektsamarbeid er når to eller flere foretak samarbeider om gjennomføring av enkeltprosjekter, i form av pooling av ressurser, felles anbud, underleveranser og informasjonsdeling.
- I mange tilfeller vil slike samarbeid være uproblematiske rent konkurransemessig, men PS kan også reise konkurransemessige problemer i mange situasjoner.
- Målet med dette seminaret er å diskutere dette på et overordnet nivå ut fra både et økonomisk og et juridisk perspektiv.
- Komplisert tema ettersom det finnes utrolige mange typetilfeller.



Noen avgrensninger

- Varige samarbeid vs. enkeltprosjekter:
 - Joint ventures
 - Logistiksamarbeid (for eksempel kjøresentraler)
 - Felles salg men integrering av produksjon
 - Full-funksjons JV?
- Konkurransanalysen i "bidding markets"
 - Markedet kjennetegnes av enkeltstående budkonkurranser
 - Avviker neppe fra trad. konkurranseanalyse, men debattert
- Fokus på den spesielle konkurransesituasjonen innenfor en enkelt budkonkurranse



Aktuelle problemstillinger

- Vil prosjektsamarbeid være egnet til å begrense konkurransen?
- Mer spesifikt under hvilke forhold og betingelser vil prosjektsamarbeid være konkurransebegrensende?
- Konkurranserettslig vurdering av ulike former for prosjektsamarbeid.

- Tilknyttede spørsmål
 - Informasjonsutveksling
 - Pris på underleveranser
 - Andre betingelser knyttet til underleveranser, budadferd, restriksjoner



Utgangspunkt

- Dersom partene ikke er konkurrenter kan partene normalt inngå et prosjektsamarbeid.
- Konkurrenter henviser til både faktiske og potensielle konkurrenter.
- Faktiske konkurrenter er bedrifter som er aktive på samme markedet (her: kan utføre hele anbudet selv)
- Potensiell konkurrent: en bedrift som på en respons på en SSNIP, innen kort tid og realistisk sett ville foretatt de nødvendige investeringer og/eller byttekostnader for å etablere seg i det relevante markedet (dvs. er i stand til utføre prosjektet alene).



Konkurransøkonomisk utgangspunkt

- Alle prosjektsamarbeid som fører til at antallet faktiske og/eller potensielle konkurrenter reduseres vil ha et potensial til å virke konkurransedempende.
- MEN, selv om prosjektsamarbeid fører til en reduksjon i antall faktiske konkurrenter i et anbud, kan prosjektsamarbeid føre til økt konkurranse.
- Prosjektsamarbeid som **øker** antallet bud i en anbudskonkurranse kan også virke konkurransedempende
 - Fiktive bud
 - Selve konstruksjonen av prosjektsamarbeidet gir insentiver til økte priser.



Eksempel på effektivt prosjektsamarbeid

- Anta tre bedrifter A, B og C som alle kan utføre prosjektet.
- La oss anta at prosjektet består av to deler, 1 og 2

kostnader	A	B	C
Hele	100	120	95
Del 1	40	70	
Del 2	60	50	

- Uten samarbeid mellom A og B; C vinner til anbud på 100
- Med samarbeid mellom A og B, A+B vinner til anbud 95, dvs. Effektivt.



Rettslig utgangspunkt:

- "Counter-factual":
 - "In order to determine whether or not such clauses come within the prohibition in Article [101](), it is necessary to examine what would be the state of competition if those clauses did not exist." (42/84, p. 18)
- Men hvordan slår dette ut ved prosjektsamarbeid?
 - Konkurransen må "nedskaleres"
 - Fokus: den konkrete anbudskonkurransen og kjøpers perspektiv
- Alternativscenario:
 - Separate bud?
 - Andre budkonstellasjoner?



Gjelder konkurranseloven alltid?

- Klart nok gjelder § 10 der en anbudsinnbyder henvender seg til markedet
- "Rettede" anbud, henvender seg for eksempel til 2
 - De to "fordeler" oppdrag jevnlig, herunder dette = mer omfattende kartell
 - De to er enige om at bare én byr, for deretter å dele oppdraget gjennom underleveranse
 - Har "valgt bort" markedet og dermed konkurranse?
 - Avtalerettslig problemstilling?
 - Ref. Rt. 2006 s. 1585 (Kjøpere av landeiendom første selger bak lyset, i ettertid påstand om brudd på krll.)



Skille mellom to hovedtilfeller

- Prosjektsamarbeid som genererer **ett felles bud**
 - Ingen kan utføre hele prosjektet alene
 - Minst en av partene kan utføre hele prosjektet alene
- Prosjektsamarbeid som genererer **bud fra begge partene**
 - Ingen av partene kan utføre prosjektet alene
 - En av partene kan utføre prosjektet alene
- Vi går nå gjennom noen typetilfeller



Felles bud og safe harbour

- Fokus: Potensielle konkurrenter ift. *det konkrete prosjektet* (ikke aktuell/potensiell konkurrent i trad. forstand)
- Kommisjonen i 101(3) retn. linj. (18):
 - "Hvis det f.eks. af objektive faktorer fremgår, at det på grund af den finansielle risiko forbundet dermed og parternes tekniske formåen er usandsynligt, at hver af parterne ville være i stand til at gennemføre de af aftalen omfattede aktiviteter på egen hånd, skal parterne anses for ikke at være indbyrdes konkurrenter i relation til den pågældende aktivitet. Det påhviler parterne at fremlægge dokumentation herfor."



Felles bud og safe harbour

- Kommisjonen i hor. retn. linj. (30)
 - Horisontale samarbejdsaftaler mellom konkurrenter, der objektivt sett ikke vil være i stand til selvstendig at gjennomføre det prosjekt eller den aktivitet, som samarbeidet vedrører, f.eks. på grunn av parternes begrensede tekniske kompetence, vil normalt ikke få konkurransebegrensende virkninger, som omhandlet i artikkel 101, stk. 1, med mindre parterne kunne ha gjennomført prosjektet med færre begrensninger.”
- Logikk ift. det kontrafaktiske:
 - Usannsynlig med separate bud



Safe harbour – streng norm?

- Eksempler:
 - Eurotunnel I (EFT 1988 L 311 s. 36), sementleveranser til Öresundsforbindelsen (MD 1997:15)
- Konkret vurdering, utgangspunkt i realistisk counterfactual
 - Foretakets kompetanse og kapasitet i det relevante markedet
 - Innleie i ettertid (typisk arbeidskraft)?
 - Spesifikke kostnader/risiko?
- Teoretisk mulighet ikke tilstrekkelig
 - Lokal entreprenør og utenlandsk stor aktør



Virkningsvurderingen

- Hvordan ville konkurransen ha vært i fravær av samarbeidet? Må etableres et "counter-factual", jf. ovenfor.
- Dersom samarbeidet er flerdimensjonalt, kan "counter-factual" være mange ting. Kompliserer
- Viktig å påvise en rasjonell historie, dvs.
 - Ikke nok å vise til at et gitt PS vil kunne virke konkurransebegrensende
 - Må også vise at partene har insentiver til å sette i gang et slik PS



Ett felles bud

- Dersom ingen av dem kan utføre prosjektet alene, vil neppe ett felles bud kunne ramme konkurransen ("safe harbour")
- Dersom minst en av dem kan utføre prosjektet alene er konkurranseanalysen mer komplisert
- Gå gjennom dette.



Et bud – en faktisk konkurrent

- Anta at A kan ta hele prosjektet (del 1 og 2)
- B kan ta del 1 og C kan del 2
- Fokuserer på et prosjektsamarbeid mellom A og B
- Omtrent som med mange vertikale bindinger kan et PS ha to virkninger:
 - Konkurransedemping (utestenging)
 - Effektivitet



Ett felles bud: juridisk vurdering

- Relevant counter-factual:
 - Ikke-samarbeid (ingen overtredelse), men
 - Andre budkonstellasjoner?
- Krrl. § 10 vil ikke ramme ethvert avvik fra "konkurransmessig ideelle" allianser
- Spørsmål om realistiske muligheter er utelukket i og med samarbeidet
 - Eksklusivitet?
 - Må normalt kreves spesifikke bindinger
 - Ref. "færre begrænsninger"



Motiv I: Utestenging?

- Kan A utestenge et prosjektsamarbeid mellom B og C gjennom å ha et prosjektsamarbeid med B?
 - Mulig ?
 - Lønnsomt?
- Likner litt på insentiver bak eksklusivitet.
- A kan gjøre dette lønnsomt hvis dersom konkurransen mellom A og B+C blir hard.
- NB! Trenger ikke de facto eksklusivitet, nok at C er de facto marginalisert (B tar en høy pris inn i dette anbudet)
- I så fall dobbel negativ effekt:
 - C er de facto «utestengt» ved en høy pris fra B
 - To bud i anbudet vil gi et skinn av konkurranse



Motiv 2: Effektivitet?

- Sett at B er mer effektiv enn A på del 1.
- I så fall vil PS'et føre til at A+B blir en mer effektiv konkurrent til andre utenfor PS'et.
- Det blir derfor en konkret virkningsvurdering som må gjøres i det enkelte tilfelle.



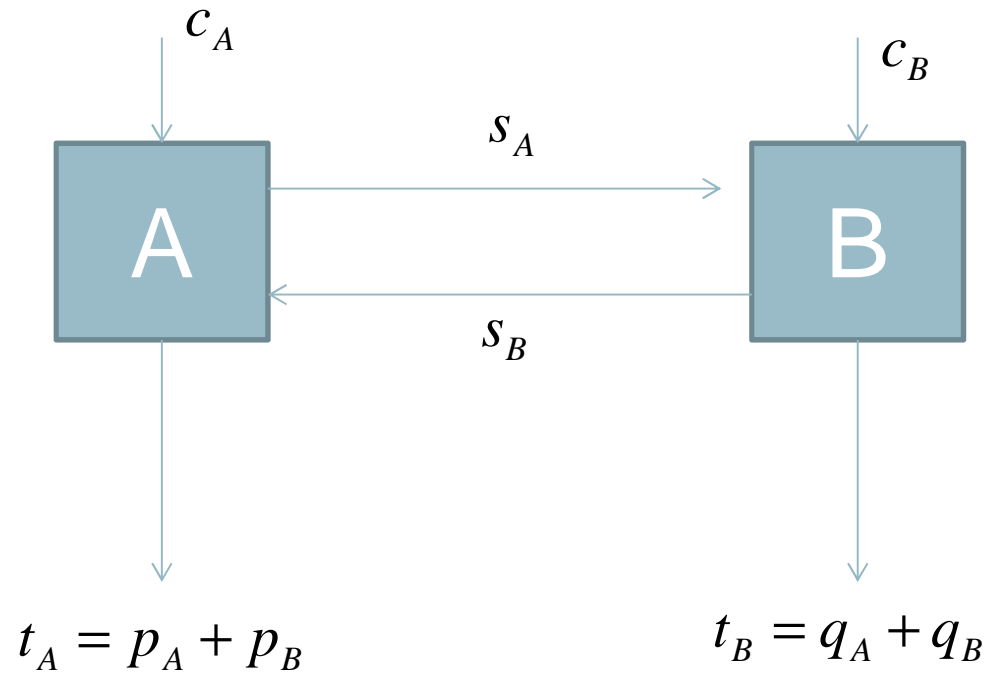
Flere anbud

- Gjensidig underleveranser og doble bud
- Ensidig underleveranse og doble bud

- Noen tanker om
 - Eksklusivitet
 - Prisbindinger



Gjensidighet og doble bud

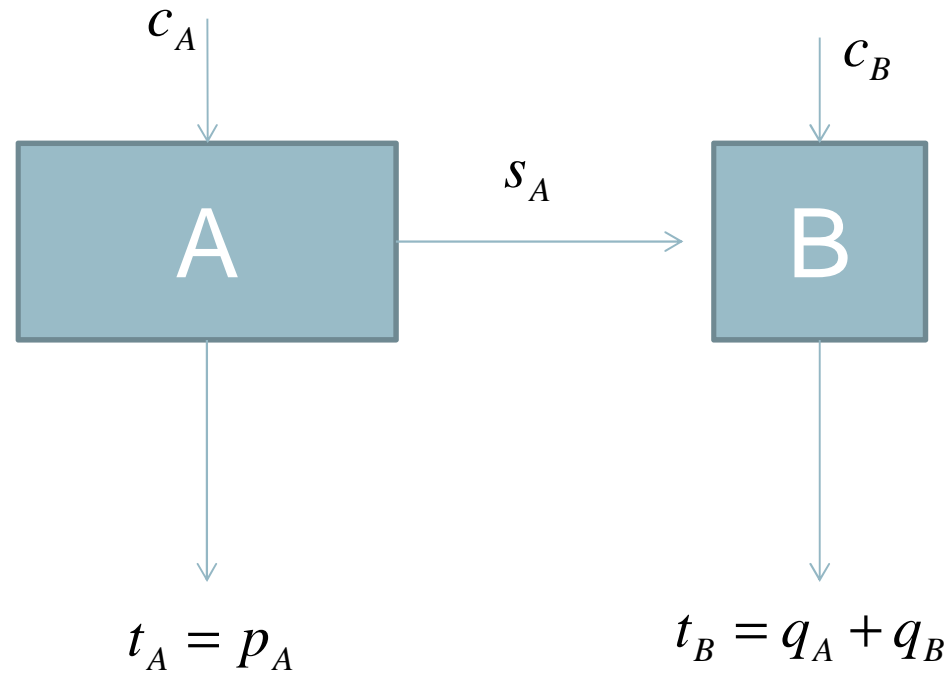


Insentiver

- Gjensidige underleveranser (to uavhengige (hemmelige) bud)
 - Alternativt scenario: Felles anbud (evt. andre konstellasjoner)
 - Men et spørsmål om samordning eller ikke – hvis helt uavhengige underleveranser neppe overtredelse
- Fare for fiktive bud. Dersom hele anbudet utveksles, ensidig eller gjensidig. «Skinn av konkurranse»
- Konstruksjonen i seg selv gir insentiver til å øke prisene på underleveranser.
 - En bedrift kan dermed være tjent med å tape anbudet
 - Likevekt når begge er indifferent mellom å vinne og å tape
- Disse insentivene er bra dersom ingen andre konkurrenter
- Ødeleggende dersom det finnes andre konkurrenter.
 - Vil da ønske å binde prisene slik at prisen på underleveransen er knyttet til egen anbudspris for denne delen
 - Vanskelig da å finne noe motiv for hvorfor 2 bud skulle være rasjonelt.



Ensidighet og doble bud



Mulige motiver

1. Ha B som gissel

- B ikke mer effektiv enn A på «B-delen»
- Nakent samarbeid om fiktivt bud. Ok
 - B må kompenseres?
- Skru opp prisen til B uten nakent samarbeid
 - Hvorfor skulle B være interessert i dette?
 - B bør kreve prisbinding.
 - "Garantert beste pris" på underleveransen?

2. Skape konkurranse på B-delen?

- Hvorfor skulle A være interessert i dette?
- Neppe.



...

1. B mer effektiv enn A på B-delen

- Hvorfor skal da A legge inn anbud?
- Kan skyldes usikkerhet om scoring-funksjon til utlyser. Doble bud forsikrer partene.



Informasjonsutveksling

- Felles bud:
 - Informasjonsutveksling bare om det som er nødvendig
- Flere bud:
 - Separat vurdering av forutgående informasjonsdeling
 - Utveksling av sensitive opplysninger = formålsovertredelse
 - Men: Må være mulig å sondere med tanke på mulig felles prosjekt
 - Gjensidige underleveranser og flere bud
 - Informasjon om underleveranser kan neppe isolert sett være ulovlig, men
 - Vanskelig å tenke seg slike konstellasjoner uten samtidig samordning om fiktivt bud



Oppsummering

- Mange ulike konstellasjoner for PS
- Fiktive bud enklest, men beviskravet er et problem
 - Vekt på informasjonsutveksling
- Sak-til-sak vurdering

