



## SØR-TRØNDELAG TINGRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 02.06.2010 i Sør-Trøndelag tingrett,  
**Saksnr.:** 09-143089TVI-STRO  
**Dommer:** Kst.tingrettsdommer Leif Holm  
**Saken gjelder:** Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

---

Grunnarbeid AS  
Gran & Ekran AS

Advokat Thomas Elde Nordby  
Advokat Andreas Nordheim

**mot**

Staten v/Konkurransetilsynet

Advokat Pål Erik Wennerås

---

## DOM

### Hva saken gjelder

Ved Konkurransetilsynets vedtak 13. juli 2009, vedtak V2009-17, ble Grunnarbeid AS ( heretter Grunnarbeid ) og Gran & Ekran AS ( heretter Gran/Ekran ) ilagt overtredelsesgebyr på henholdsvis fem millioner kroner ( Grunnarbeid ) og to millioner kroner ( Gran/Ekran ). I henhold til vedtaket hadde de to foretakene opptrådt i strid med konkurranseloven § 10 i forbindelse med inngivelse av tilbud til Steinkjer kommune etter utlyst anbudskonkurranse. Gebyrene ble ilagt i medhold av konkurranseloven § 29.

Saken gjelder vedtakets lovlighet og størrelsen på de ilagte gebyr.

### Sakens bakgrunn

8. juni 2007 offentliggjorde Steinkjer kommune anbudsoppdrag om rehabilitering av fem broer innen kommunen. Det dreide seg om broene Augla, Borgan, Fløra, Solnes og Støstad. Valget at broene skjedde etter anbefaling av selskapet Safe Control AS ( heretter Safe Control ), som hadde foretatt en vurdering av reparasjons- og vedlikeholdsbehovet for samtlige broer i kommunen. Det var sammenfallende dato for tilbudsfrist og anbudsåpning, mandag 13. august 2007.

Anbudsgrunnlaget var utarbeidet av Safe Control, og bygget på Statens Vegvesens prosesskode for broer, og som innebærer standardiserte beskrivelsestekster.

Etter anmodning fra kommunen, kontaktet Safe Control ulike entreprenører og gjorde dem oppmerksom på anbudsutlysningen. Gran/Ekran var blant de selskap som ble kontaktet. Sju foretak ba om, og fikk tilsendt, anbudsgrunnlaget, herunder Gran/Ekran og Grunnarbeid.

Tilbudsbefaring ble gjennomført 28. juni 2007. Under befaringsen deltok to foretak, herunder Gran/Ekran. I referatet fra befaringsen heter det bl. a.:

*Vekting ved tildeling av oppdrag:*

*Pris 55-85%, kvalitet 5-15%, drifts- og vedlikeholdskostnader 5-15%, leveringstid 5-15%.*

Det kom inn to tilbud ved anbudsfristens utløp, henholdsvis fra Grunnarbeid og Gran/Ekran. Begge tilbudene var datert og innlevert 13. august. Grunnarbeids tilbud var på kr 10 002 061, og Gran/Ekrans tilbud var på kr 11 047 010. Safe Control hadde på forhånd estimert kostnadene til kr 3 050 000.

Gran/Ekrans kompetanseområde er knyttet til betongarbeider innenfor bygg og anlegg. På tiden for innlevering av anbudet, hadde foretaket en omsetning på ca 47 millioner kroner og sysselsatte ca 45 ansatte. Grunnarbeids virksomhet er i første rekke knyttet til vann, vei og avløp, og foretakets omsetning i 2007 var ca 235 millioner kroner. Det var ansatt noe i overkant av 80 personer i selskapet.

Forut for anbudsfristen, og også etter at tilbudene ble innlevert, var Gran/Ekran underentreprenør for Grunnarbeid under arbeidet med anleggelse av ny E6 ved Steinkjer. Under dette arbeidet hadde de felles brakkerigg. De hadde tidligere ikke samarbeidet.

Betongarbeidene knyttet til broene utgjorde den minste delen av anbudsarbeidene; basert på prisene i de to tilbudene ca 8 %.

Fredag 10. august opplyste Per Grande hos Gran/Ekran telefonisk sine kalkulerte betongpriser for Borgan bro og Solnes bro til Grunnarbeid. På Augla bro og Fløra bro skulle det ikke utføres betongarbeider. Hva gjelder Støstad bro, opplyste Gran/Ekran at denne ikke var priset, og at det her ville bli tatt forbehold i tilbudet til kommunen. Anleggsleder Jan Erik Holten hos Grunnarbeid kalkulerte de øvrige arbeidene. Etter å ha rådført seg med sin overordnede, Finn Torger Sefaniassen, sendte Holten disse prisene samme dag til Gran/Ekran som vedlegg til en epost. Vedleggene, såkalte gab-filer, inneholdt Grunnarbeids kostnadskalkyler med 25 % påslag. I tillegg inneholdt vedleggene de betongpriser Grunnarbeid tidligere hadde mottatt fra Gran/Ekran, med et påslag på 7 %. Eposten hadde følgende tekst :

*Hei*

*Oversender filer med priser for bruene i Steinkjer.*

*NB! Konfidensielt før anbudsåpning er avholdt.*

*Vi snakkes på tlf på mandag før innlevering. Vi kommer til å skrive noe i følgeskrivet. Kanskje vi skal se litt på vektleggingen som Steinkjer kommune kommer til å utføre på anbyderne før innlevering.*

Gran/Ekrans tilbud til kommunen inneholdt de betongpriser som var opplyst til Grunnarbeid, kr 803 798, og de priser som var mottatt fra Grunnarbeid vedrørende de resterende arbeider. De siste prisene var gitt et påslag av noe varierende størrelse, gjennomgående ca 10 %. Støstad bro er ikke priset i tilbudet til kommunen, slik som opplyst til Grunnarbeid, jf ovenfor.

Prisene i Grunnarbeids tilbud til kommunen var identisk med de priser som var oversendt Gran/Ekran, dvs med 7 % påslag på de priser som var mottatt fra Gran/Ekran, og uten ytterligere påslag på egne priser. Grunnarbeids tilbud, eks betongprisene mottatt fra Gran/Ekran, var kr 9 242 643. I tilbudet inngikk egen prising av Støstad bro, kr 1 141 143. Videre forutsatte tilbudet bruk av underentrepriser for stålarbeider, kr 662 500 ( Borgan bro ) og vakthold knyttet til Solnes bro, kr 2 520 000. Sistnevnte bro går over jernbanen, og det var nødvendig med vakthold i forbindelse med en provisorisk jernbaneovergang mens bro-arbeidene pågikk.

Begge tilbudene var vedlagt liste over maskiner, med beskrivelse av maskintype, årsmodell og timepriser. Listene hadde identisk innhold. Timeprisene var inklusive fører i begge listene. I beskrivelsen var forutsatt timepriser eksklusive fører. Gran/Ekran hadde fått listen oversendt fra Grunnarbeid forut for anbudsfristens utløp. Maskinene tilhørte Grunnarbeid.

Begge tilbudene var vedlagt fremdriftsplan for hver enkelt bro. Grunnarbeid oversendte sin fremdriftsplan til Gran/Ekran ved epost 13. august. De to fremdriftsplanene avvek noe fra hverandre, også for de broer hvor det ikke skulle utføres betongarbeid ( Augla og Fløra ). Grunnarbeid ville, i henhold til sin fremdriftsplan, være ferdig med arbeidene 6. desember 2007. Gran/Ekrans fremdriftsplan forutsatte ferdigstilling ca én uke senere.

Ferdigstillingsdato i anbudsutsendelsen var satt til senest 31. desember 2007.

Hva gjelder forbeholdet knyttet til Støstad bro het det i Gran/Ekrans oversendelsesbrev til kommunen :

*Forbehold: Når det gjelder Støstad bru er vi av den oppfatning at tilstanden er så dårlig at hele brua bør utskiftes. Skader og armeringskorrosjon på brudekket og vanger er så omfattende og det har oppstått brudd i landkaret.*

*På posten Mekanisk reoperasjon har vi derfor priset flikking av brudekket og meisling for ny innfesting av rekkverkstolper. Når det gjelder denne utførelsen må den beskrives av konsulent og vi foreslår at utførelse utføres som regningsarbeid.*

Safe Control bisto kommunen også i forbindelse med gjennomgåelse og vurdering av tilbudene. Safe Control anbefalte i brev 20. august 2007 kommunen om ikke å inngå kontrakt med noen av tilbyderne. Det heter bl a i brevet :

*Videre har vi sett på enkelte poster som vi ikke kjenner igjen fra tilbud vi har fått inn i andre prosjekt samt vesentlige avvik i forhold til Statens vegvesen ( heretter kalt SV ) gjennomsnittlige priser i de 4 laveste anbud i 2006.*

.....

*Som en følge av vesentlige avvik fra normale markedspriser er vår anbefaling at det ikke inngås kontrakt med ovennevnte tilbydere.*

Prissammenlikningene i Safe Controls brev viser at tilbyderne priset post 86.125, stålplatefuge på Borgan, bro til ca 160 000, mens tilsvarende gjennomsnittlige pris fra Statens Vegvesen i følge Safe Control var kr 12 648. For samme bro var stålleveransen ( prosess 85.1 ) priset til 186 000/210 000, mens tilsvarende pris for Statens Vegvesen opplyses å være kr 37 260. Prosess 85.323 ( Varmeforsinking Borgan bro ) er priset til kr 625 000/640 000, mens tilsvarende pris for Statens Vegvesen opplyses å være 20 163.

I brev til kommunen 5. september 2007 påpekte Safe Control at skjemaene for maskiner og maskinpriser, og som var vedlagt anbudsbeskrivelsen, var fylt ut likelydende av begge tilbyderne, dvs inneholdt samme maskintype, årsmodell og timepriser. I brevet opplyses det videre at prisene for betongarbeidene var den samme i begge tilbudene, bortsett fra at samtlige betongpriser hos Grunnarbeid ligger 7 % over Gran/Ekrans priser.

Ved likelydende brev 12. september 2007 til tilbyderne, meddelte kommunen at ingen av tilbudene ble antatt. I følge brevet var tilbudene høyere enn budsjettet, og det vises til følgende passus i anbudsinnbydelsen: ” *Dersom eksterne forutsetninger eller kommunale bevilgninger tilsier det kan hele eller deler av kontraktsarbeidene kanselleres* ”.

I oktober 2007 varslet advokat Jostein Østerås på vegne av Steinkjer kommune telefonisk Konkurransetilsynet om at det forelå mistanke om et ulovlig anbudssamarbeid. Dette ble senere fulgt opp fra advokatens side ved at han ved brev 31. samme måned oversendte konkurransegrunnlag, de to tilbudene etc til Konkurransetilsynet.

Etter begjæring fra Konkurransetilsynet traff Bergen tingrett 15. april 2008 beslutning om bevissikring hos Gran/Ekran og Grunnarbeid, konkurranselovens § 25. Den 23. april 2008 ble gjennomført bevissikring hos begge foretakene. Dokumenter og elektronisk lagret materiale ble beslaglagt.

Det ble foretatt avhør av Jon Arne Ekran og Per Grande i Gran/Ekran og av Per Kristian Alstad og Jan Erik Holten i Grunnarbeid samme dag bevissikringen ble gjennomført. Den 27. mai 2008 ble det foretatt ytterligere avhør av Holten og Grande.

Det ble foretatt lydopptak av avhørene. I tillegg ble sammendrag av avhørene nedtegnet i sammenheng med forklaringene. Nedtegnelsen ble gjennomlest av de avhørte, og deretter undertegnet som vedtatt. Avhørene 27. mai ble foretatt etter at det beslaglagte materialet for en stor del var bearbeidet.

Ved epost 16. og 30. mars 2009 besvarte Kjell Aaberg i Safe Control en rekke spørsmål fra Konkurransetilsynet, og særlig i tilknytning til det faktum at broene i 2008 på nytt ble lagt ut på anbud. Arbeidene ble fullført i 2008/2009. Aalberg opplyste at samlet anbudssum for de fem broene nå var kr 3 961 005, og sluttsummen kr 4 300 000. Aalberg opplyste videre at for tre av broene var det foretatt endringer i anbudsbeskrivelsen i forhold til 2007, og at det også ble foretatt byggherre-initierte endringer i forhold til den siste anbudsbeskrivelsen. Beskrivelsene hva gjaldt broene Borgan og Støstad var i følge Aalberg identisk i de to anbudsbeskrivelsene. Anbudssummen for Borgan bro i 2008 var kr 1 009 905, og kr 338 500 for Støstad bro, og sluttsummene tilnærmet lik anbudssummene.

Etter epostene fra Aaberg, ble det fra Konkurransetilsynet ikke foretatt ytterligere innsamling av opplysninger før vedtaket ble truffet. Den del av vedtaket denne sak omhandler lyder slik :

(138) *På denne bakgrunn, og med hjemmel i konkurranseloven §§12 og 29 jf. § 10 fatter Konkurransetilsynet følgende vedtak :*

- 1. Gran & Ekran AS ilegges overtredelsesgebyr på 2 000 000, -to millioner-kroner*
- 2. Grunnarbeid AS ilegges overtredelsesgebyr på 5 000 000, -fem millioner-kroner.*

Fra premissene i vedtaket hitsettes :

- (3) *Samarbeidet har ledet til en felles forståelse mellom partene om hvem som skulle fremstå med det beste tilbudet overfor kommunen, herunder at Gran/Ekran innga sitt tilbud uten å ha til hensikt å vinne anbudskonkurransen. Det ble således skapt et inntrykk overfor oppdragsgiver av at Grunnarbeid og Gran & Ekran innga to uavhengige og konkurrerende tilbud. Konkurransetilsynet legger til grunn at partene gjorde dette for at Grunnarbeids tilbud, som var relativt høyt priset, skulle fremstå som rimelig og konkurransedyktig.*
- (122) *Etter Konkurransetilsynets oppfatning foreligger det i det i denne saken en forsettlig overtredelse begått av Gran & Ekran og Grunnarbeid og/eller noen som har handlet på foretakenes vegne. Partene har med viten og vilje inngått et konkurransebegrensende samarbeid i forbindelse med inngivelse av tilbud om rehabilitering av fem kommunale broer i Nord-Trøndelag, utlyst av Steinkjer kommune 8. juni 2007. I denne sammenheng legges særlig vekt på ordlyden og innholdet i Holtens e-post av 10. august 2007 til Grande, og de sentrale personers forklaringer om prosessen forut for inngivelsen av tilbudet til kommunen.*

Gran/Ekran og Grunnarbeid krevde Konkurransetilsynets vedtak opphevet ved felles stevning 11. september 2009. Staten ved Konkurransetilsynet påsto seg frifunnet ved Regjeringsadvokatens tilsvar 27. oktober 2009. Rettsmekling er ikke gjennomført. Det er avholdt et saksforberedende møte i tillegg til planmøte etter tvisteloven § 9-4.

Hovedforhandling ble gjennomført 19. – 23. april 2010. Det ble avgitt partsforklaringer fra Grunnarbeid og Gran/Ekran. Det ble avgitt i alt 13 vitneforklaringer, herunder av to sakkyndige vitner. Det ble foretatt slik dokumentasjon som rettsboken viser.

Grunnarbeid og Gran/Ekran har i det alt vesentlige gjort gjeldende de samme anførsler, og som nedenfor vil bli behandlet samlet.

*Gran/Ekran og Grunnarbeid har i det vesentlige gjort gjeldende:*

Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf § 10 er straff, og Konkurransetilsynets vedtak er derfor i strid med Grunnloven § 96. Beløpet er så høyt at det vil ha stor betydning for bedriftenes virksomhet. Gebyret knytter seg til en avsluttet handling, og har utelukkende en pønalt begrunnelse. Det er derfor tale om en sanksjon som faller inn under den alminnelige definisjon av hva straff er, nemlig et bevisst påført onde.

Det bestrides videre at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10.

Tre av de fire kumulative vilkårene i konkurranseloven § 10 er ikke til stede. Det har ikke funnet sted noe konkurransebegrensende samarbeid, vilkåret om konkurransebegrensende formål eller virkning er ikke oppfylt, og det er under ingen omstendighet tale om noen merkbar konkurransebegrensning.

Det var for det første ikke tale om en samordnet opptreden som ledet til noen felles forståelse partene i mellom.

Den utveksling av prisopplysninger som skjedde, var regulær innhenting av priser i forbindelse med underentrepriser.

For Grunnarbeid var det tale om et relativt lite oppdrag. Foretaket var sommeren 2007 engasjert med et forholdsvis betydelig prosjekt, anleggelse av ny E6 ved Steinkjer. Grunnarbeids motiv for å inngi tilbud med utbedring av de fem broene i en tid med opphetet marked og god tilgang på oppdrag, var å utnytte ressursene mest mulig ved at prosjektet kunne utfylle E6-prosjektet. Grunnarbeid hadde sommeren 2007 ennå ikke utviklet noen god kompetanse hva gjelder betongarbeider. På E6-prosjektet benyttet de Gran/Ekran som underentreprenør for betongarbeidene, og samarbeidet hadde utviklet seg

på en god måte. Det var da naturlig å henvende seg til Gran/Ekran som potensiell underleverandør også hva gjaldt broene.

For Gran/Ekran utgjorde betongarbeidene bare en liten del av det samlede prosjektet. I utgangspunktet var derfor prosjektet ikke særlig interessant. Når de allikevel innga tilbud, var det fordi de fikk en konkret forespørsel om dette fra kommunen. For et foretak av Gran/Ekrans størrelse er kommunen en betydelig oppdragsgiver, noe som var avgjørende for beslutningen om å gi positiv respons på forespørselen. De forsøkte å få priser på underentreprisen fra andre leverandører, men lyktes bare i å få priser fra Grunnarbeid.

Når Gran/Ekran og Grunnarbeid således gjensidig var potensielle underleverandører, var det helt nødvendig å innhente priser fra hverandre. Anbudsinndelingen inneholdt ikke forbud mot å benytte underentreprenører, og inneholdt heller ikke påbud om å opplyse om underentreprenører. Det er intet usedvanlig i at underentreprenører til tilbydere også inngir egne, selvstendige tilbud. Dette gjelder også hvor det, som i dette tilfellet, er tale om et gjensidig hoved- og underentrepriseforhold.

Innhenting av priser fra underentreprenører som selv inngir tilbud til oppdragsgiver er både legitimt og vanlig. Det må antas at det konkurransemessig er gunstig at tilbyderne benytter seg av underleverandører.

Oversendelse av betongprisene fra Grunnarbeid til Gran/Ekran var ikke nødvendig, hensett til underentreprise-forholdet. Oversendelsen skjedde imidlertid ved en feiltakelse. Filen som ble oversendt som bilag til en epost inneholdt Grunnarbeids samtlige priser. Oversendelsen skjedde like før ferien og kort tid før anbudsfristen gikk ut. Å unnta betongprisene ved oversendelsen var en forholdsvis omstendelig prosess, og det er forståelig at dette ble utelatt i en stresset situasjon. Dertil kommer at Holten, som sendte eposten, hadde liten erfaring med programvaren knyttet til kalkulasjonene. Videre ble filen vedrørende betongprisene heller ikke åpnet av Gran/Ekran. At betongprisene ble oversendt, indikerer derfor ikke noen samordnet opptreden med slik felles forståelse som Konkurransetilsynet legger til grunn.

Utveksling av priser hadde ikke konkurransebegrensende formål eller virkning. Den avgjørende forutsetning for dette svikter, idet de to foretak verken er aktuelle eller potensielle konkurrenter, og ser heller ikke på hverandre som konkurrenter. Foretakene har ulike, geografiske nedslagsfelt for sin virksomhet, har ulike kompetanseområder og opererer i ulike markedssegment. Av samme årsak kan det heller ikke være tale om noen merkbar konkurransebegrensning.

At Konkurransetilsynet har vurdert Grunnarbeid og Gran/Ekran for å være konkurrenter, innebærer at vedtaket bygger på feil faktum, og at det alene av den grunn må oppheves.

Hva gjelder merkbarhetskravet, er det vesentlig at det var i alt sju potensielle tilbydere. To av disse sju kan ikke påvirke konkurransen merkbart.

Under enhver omstendighet kommer unntaket i konkurranseloven § 10, 3. ledd til anvendelse, idet bruk av underleverandører i entrepriseforhold generelt stimulerer konkurransen, noe som også var tilfelle i denne saken.

Overtredelsesgebyr kan under ingen omstendighet ilegges, ettersom det ikke foreligger subjektiv skyld, og under ingen omstendighet den grad av skyld Konkurransetilsynet legger til grunn.

Konkurransetilsynet har ikke foretatt noen vurdering av subjektiv skyld knyttet til de personer som har handlet på selskapets vegne. Bevisførselen viser at det ikke foreligger noen skyld fra de involverte parter, verken uaktsomhet eller forsett, og under ingen omstendighet er det handlet med vinnings hensikt.

De involverte har handlet i overensstemmelse med bransjepraksis, og kan ikke bebreides for dette. Heller ikke konkurransegrunnlaget inneholdt noe forbud mot bruk av underentreprenører. Utvekslingen av priser den 10. august 2007 var helt nødvendig ettersom partene skulle bruke hverandre som underentreprenører. Det var ikke noe spesielt ved at Holten oversendte kalkyler hvor Grunnarbeids påslag fremgikk. Også ved tilbud i en underentreprise er det vanlig med påslag. At Holten også oversendte betongprisene med påslag til Grande var et rent arbeidsuhell. Holten var uerfaren i bruken av det aktuelle kalkulasjonsprogrammet, herunder hvordan han skulle unnta de deler av filen som gjaldt betongprisene. Det er for øvrig ikke noe som tyder på at Grande åpnet filen vedrørende betongprisene.

Det må på videre legges vekt på at tilbudene, slik de ble inngitt, hadde et innhold hvor det var svært enkelt å se at partene hadde samarbeidet, jf bl a det faktum at tilbudene var identiske hva gjelder maskinpriser.

Konkurransetilsynet har tolket ordlyden i eposten av 10. august feil. Den konfidensialitet Holten ber om, var naturlig nettopp fordi han ikke hadde noen kunnskap om hvorvidt Gran/Ekran også innhent tilbud fra andre underleverandører. Det er riktig at ”vi” i e-postens siste avsnitt første setning refererer seg til partene. I de to neste setningene refererer imidlertid ”vi” seg til Grunnarbeid.

Ingen av partene hadde kjennskap til om det var flere tilbydere. Dette utelukker i seg selv vinnings hensikt. Det er heller intet som tyder på at tilbudene var bevisst høyt priset. Prisen på vakthold ved Solnes bro i anleggsperioden var resultat av en seriøs vurdering, basert på Grunnarbeids erfaringstall. Videre var anbudsgrunnlaget til dels mangelfullt.

Dertil kommer at anleggsbransjen i den aktuelle perioden var preget av god ordretilgang, noe som også preget prisene. Og det er ikke ulovlig å inngi tilbud med høye priser.

Ettersom den skyld som måtte være utvist under ingen omstendighet har den alvorlighetsgrad som Konkurransetilsynet har lagt til grunn, er vedtaket ugyldig. Konkurransetilsynets vedtak bygger på at Gran/Ekrans tilbud er fiktivt, og at det nærmest forligger vinnings hensikt. Vedtaket bygger derfor på et uriktig faktum. Retten har ikke anledning til å sette seg i Konkurransetilsynets sted, og fastsette et annet gebyr forutsatt en annen grad av utvist skyld. Retten kan bare prøve om vedtaket bygger på riktig faktum eller ei. Dersom retten kommer til at vedtaket bygger på feil faktum, må det kjøennes ugyldig.

Det kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt. Overtredelsesgebyr er straff i forhold til EMK artikkel 6. I henhold til høyesteretts praksis, gjelder det et forsterket beviskrav ved sanksjoner som har karakter av straff etter EMK. Dette gjelder bl a for illeggelse av ordinær tilleggsskatt. Etter konkurranseloven kan Konkurransetilsynet velge mellom forvaltningssporet og domstolssporet ved illeggelse av overtredelsesgebyr, lovens §§ 29 og 30. Dersom saken kommer opp som straffesak etter et ikke vedtatt forelegg, er det klart at det er strafferettens beviskrav som gjelder. Konkurransetilsynets kan ikke oppnå et mildere beviskrav ved å velge å følge forvaltningssporet.

De ilagte gebyrer er under enhver omstendighet for høye.

Ingen av de involverte er særlig å bebreide. Beløpene utgjør en stor andel av foretakenes egenkapital, og vil ha alvorlige virkninger for deres videre drift, bl a fordi flere oppdragsgivere krever egenkapital av en viss størrelse.

Ingen av partene har hatt noen økonomisk gevinst. Det må også legges vekt på at størrelsen på det aktuelle markedet er liten, og at den faktiske innvirkningen på markedet er nærmest lik null. Det er av betydning at partene har handlet i tråd med bransjepraksis. Endelig skal det tas hensyn til at begge foretakene har stilt alle tilgjengelige ressurser til rådighet i forbindelse med Konkurransetilsynets undersøkelser, og således bidratt til å oppklare saken, konkurranseloven § 31.

Endelig er det en feil at Konkurransetilsynet ikke har vurdert sin fakultative adgang til ikke å kreve overtredelsesgebyr, og med samme begrunnelse som taler for å redusere gebyret.

Grunnarbeid AS har nedlagt slik påstand :

1. Konkurransetilsynets vedtak 13. juni 2009 i sak 2007/1148 er ugyldig.

2. Staten v/Konkurransetilsynet dømmes til å erstatte Grunnarbeid AS' sakskostnader.

Gran & Ekran AS har nedlagt slik påstand :

1. Konkurransetilsynets vedtak V2009-17 av 13.07.2009 oppheves.
2. Gran & Ekran AS tilkjennes sakens omkostninger.

*Staten v/ Konkurransetilsyn et har i det vesentlige gjort gjeldende:*

Ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 rammes ikke av Grunnloven § 96. Lovgiver har bevisst brukt begrepet gebyr i stedet for f eks bot eller straff. Når det gjelder sanksjoner som ikke innebærer frihetsberøvelse, foreligger det ingen høyesterettsavgjørelser som ikke lar lovgivers karakteristikk være avgjørende for rubriseringen i forhold til Grunnloven § 96. Dette gjelder selv om sanksjonen har et pønalt preg, og kan dreie seg om betydelige beløp, slik tilfellet er for eksempel ved illeggelse av tilleggsatt.

At lovgiver grundig har overveid forholdet til Grunnloven § 96, fremgår av lovforarbeidene, og er dessuten kommet konkret til uttrykk gjennom de rettsikkerhetsgarantier loven gir, i første rekke ved at domstolene har full prøvelsesrett, også når det gjelder selve utmålingen av gebyret.

En tilsidesettelse av konkurranseloven § 29 vil ikke bare ha betydning for konkurranseloven, men også for en rekke andre lover med tilsvarende bestemmelser. Å tilsidesette konkurranseloven § 29 vil derfor ha store konsekvenser, noe som må vektlegges ved vurderingen.

Når det gjelder kravene til bevis, er det tale om alminnelig sannsynlighetsovervekt, noe som lovgiver spesifikt har drøftet og tatt stilling til. Også i henhold til EU-retten er det tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt på konkurranserettens område, selv om det er tale om straff i henhold til EMK artikkel 6. Uansett er dette ikke noen aktuell problemstilling i saken, hensett til de bevis som foreligger.

Det er heller ikke tvil om at domstolen har full prøvelsesrett, hvilket følger direkte av så vel loven som forarbeidene. Det innebærer at feil faktum som ugyldighetsgrunn ikke er noen problemstilling i saken.

Hva gjelder forholdet til konkurranseloven § 10, gjør motpartene den grunnleggende feil å trekke inn subjektive forhold ved tolkning av bestemmelsen. Om det har skjedd en overtredelse av konkurranseloven § 10 beror på en objektiv vurdering.

Partenes subjektive forhold har bare betydning for spørsmålet om ileggelse av overtredelsesgebyr, og ved gebyrets størrelse.

Den utveksling av priser og andre elementer fra partenes tilbud som har skjedd i dette tilfelle er samordnet opptreden i konkurranseloven § 10s forstand. Både formål og virkning var å påvirke konkurransen, og det dreier seg om en merkbar påvirkning.

Hvorvidt det foreligger en samordning, beror på en objektiv vurdering knyttet til selve informasjonsutvekslingen. I dette tilfellet er det derfor klart tale om samordnet opptreden i lovens forstand. Dersom det først foreligger enn samordning, er det en presumpsjon for at denne har resultert i felles opptreden i markedet.

Spørsmålet om det foreligger en formålsovertredelse beror også på en ren objektiv vurdering. Avgjørende er om informasjonsutvekslingen omfatter elementer som kan influere på den endelige prissettingen. At det faktisk har skjedd en påvirkning, er ikke nødvendig. I dette tilfelle har konkurrerende parter utvekslet informasjon om bl a egne priser, og deretter inngitt to separate tilbud. Denne informasjonsutvekslingen er derfor både konkurransedempende og egnet til å forlede oppdragsgiver.

Det er heller ikke tvilsomt at Gran/Ekran og Grunnarbeid var konkurrenter, ettersom de innga to separate og konkurrerende tilbud i en anbudskonkurranse.

Anbudssamarbeid oppfyller per definisjon merkbarhetkriteriet. Det sentrale ved anbudskonkurranse er forutsetningen om reell konkurranse. Denne forutsetningen svikter gjennom den informasjonsutveksling som har skjedd, og merkbarhetskriteriet er åpenbart oppfylt.

Det er klart ikke grunnlag for å anvende unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10, 3.ledd. Det er tilbyderne som har bevisbyrden for at samtlige fire kumulative vilkår er oppfylt. Det er ikke mulig å oppfylle denne bevisbyrden i denne saken, og saksøkerne har heller ikke vært i nærheten av å føre bevis for at vilkårene er oppfylt.

Skyldkravet er oppfylt ved at det er utvist forsett. Det er tilstrekkelig å vise til at partenes informasjonsutveksling skjedde forsettlig. Og mer kreves det ikke for å ilegge overtredelsesgebyr. Den nærmere vurdering av skyldgraden hører inn under utmålingen av gebyrets størrelse.

Det er ikke grunnlag for å tilsidesette Konkurransetilsynets utmåling av gebyrene. De ligger godt under forskriftenes maksimumsgrense, og er fastsatt bl a under hensyntaken til lovgivers forutsetning om harmonisering av overtredelsesgebyrer med tilsvarende gebyrer innenfor EU, og hvor hele skalaen, dvs fra 1 % til 10 % av årsomsetning, brukes.

Konkurransetilsynet legger til grunn at formålet med samarbeidet var at Grunnarbeids tilbud skulle fremstå som rimelig og konkurransedyktig. En samlet vurdering av bevisene fremlagt for retten tilsier ingen annen konklusjon. Både ordlyden av eposten 10. august og identiteten mellom Grunnarbeids priser som ble oversendt Gran/Ekran og prisene i Grunnarbeids tilbud til oppdragsgiver viser dette. Dersom det var en feil å oversende betongprisene til Gran/Ekran, vil det samme gjelde for de øvrige prisene, ettersom disse ikke var lavere enn prisene til oppdragsgiver. Det er for øvrig påfallende at det først etter at saken ble brakt innfor retten er blitt hevdet at betongprisene ble oversendt ved en feil.

Det er heller ikke grunnlag for noen reduksjon begrunnet med saksøkernes bistand for å opplyse saken. Saken er kommet opp fordi kommunen varslet Konkurransetilsynet, og bevisene er skaffet tilveie først og fremst gjennom Konkurransetilsynets bevissikring.

*Staten ved Konkurransetilsynet har nedlagt slik påstand :*

1. Staten ved Konkurransetilsynet frifinnes.
2. Staten ved Konkurransetilsynet tilkjennes sakskostnader.

### **Rettenns vurdering**

Retten vurderer først om overtredelsesgebyr etter § 29 strider mot grunnloven § 96.

Det er tale om et bevisst tilføyd onde fra statens side på grunn av en lovovertrødelse, og hensikten er at gebyret skal føles som et onde. Konkurransetilsynet formulerer seg slik ( NOU 2003:12, side 127 ) :

*I EU/EØS er det utarbeidet retningslinjer for bøteutmålingen. Sverige har utarbeidet retningslinjer som bygger på de samme utmålingsprinsippene. Bruk av slike retningslinjer sikrer likhet i bøtenivået på tvers av landegrensar. Like prinsipper for utmåling er også en fordel ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Hensynet til reglens preventive effekt taler for at overtredelsens grovhet og alvor gjenspeiles i botens størrelse. Bøtene bør være av en slik størrelse at det ikke gis grunnlag for å spekulere i hvorvidt overtredelser av konkurranseloven er økonomisk lønnsomt eller ikke. Ved bøteutmåling i straffesaker gir straffeloven nærmere anvisning på hvilke momenter som har betydning for utmålingen. Bruk av retningslinjer vil være fremmed i det strafferettslige systemet. Innføring av retningslinjer etter inspirasjon fra EU/EØS, vil derimot være godt egnet til å sikre et tilstrekkelig høyt nivå ved utmåling av sivilrettslige foretaksbøter.*

Det kan således ikke være tvilsomt at overtredelsesgebyret faller inn under den tradisjonelle definisjonen av begrepet straff, og at gebyrets pønale hensikt også skal komme til uttrykk ved fastsettelsen av gebyrets størrelse.

Konkurranselovutvalgets flertall, som foreslo en foreleggsordning, må forstås dit hen at overtredelsesgebyr også er å betrakte som straff i Grunnlovens forstand. Det heter på side 132:

*Så fremt foretakene kan velge ikke å vedta et forelegg, og Konkurransetilsynet vil ha søksmålsbyrden, vil en foreleggsordning derfor neppe stride mot Grunnloven § 96. Foretakene vil få en mulighet for domstolsavgjørelse, og denne må sies å tilfredsstillere kravet til « Dom » i Grunnloven § 96.*

Sanksjonsutvalget går lengre i å godta at overtredelsesgebyr ikke nødvendigvis rammes av Grunnloven § 96, selv om den tradisjonelle straffedefinisjonen i og for seg passer. Det heter i NOU 2003:15 på side 58:

*Utvalget legger til grunn at også mer inngripende rettighetstap, større overtredelsesgebyrer og tap av offentlig ytelse for et større beløp eller et lengre tidsrom vil være forenlig med Grunnloven dersom ordningene er saklig begrunnet, bygget opp med gode rettssikkerhetsgarantier - herunder klageadgang og adgang til domstolsprøvelse - og lovgiver har gitt uttrykk for at sanksjonene ikke skal anses som straff i Grunnlovens forstand. Utvalget tilføyer for ordens skyld at mandatet åpenbart bygger på den forutsetning at administrative sanksjoner ikke vil være i strid med Grunnloven § 96.*

I ot.prp.nr 6 ( 2003 – 2004 ) uttaler departementet :

*Departementet viser innledningsvis til høringsuttalelsen fra Justisdepartementet og Riksadvokaten, hvor det foreslås at betegnelsen « sivilrettslige bøter » ikke skal brukes i den nye konkurranseloven. I samsvar med dette vil departementet foreslå at termen « sivilrettslige bøter » erstattes med « overtredelsesgebyr » i den nye konkurranseloven. Dette er i samsvar med departementets oppfatning av at overtredelsesgebyret ikke er straff etter Grunnloven § 96.*

Departementets vurdering hva gjelder forholdet til Grunnloven § 96, er sammenfallende med sanksjonsutvalgets vurdering.

I innstillingen til Odelstinget fremkommer det ingen bemerkninger til departementets vurderinger hva gjelder forholdet til Grunnloven § 96. Det heter imidlertid i komiteens innstilling, side 41 :

*Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet mener at når det gjelder utstedelse av overtredelsesgebyr, må det stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at overtredelsen har funnet sted.*

*Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Arbeiderpartiet, mener at det ikke er grunn til å avvike fra de alminnelige bevisregler i sivile saker, og viser til departementets begrunnelse i proposisjonens pkt. 8.3.3, side 117 annen spalte.*

Retten legger etter dette til grunn at forholdet til grunnloven § 96 ble vurdert av lovgiver, og at bruken av betegnelsen ” overtredelsesgebyr ” i stedet for ”sivilrettslig bøter ” var et bevisst valg som et resultat av denne vurderingen. Når

komiteens flertall dertil legger til grunn at det kun skal stilles krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, viser dette etter rettens vurdering at Stortinget, ved vedtakelsen av loven, har vurdert og deretter lagt til grunn at overtredelsesgebyr ikke er straff i forhold til Grunnloven § 96.

Retten har etter dette, under en viss tvil, kommet til at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ikke er straff i Grunnlovens forstand, og bemerker:

Retten legger for det første vekt på at lovgiver har benyttet karakteristikken gebyr. Selv om Grunnloven opererer med et materielt straffebegrep, er det i rettspraksis ingen eksempler på at domstolene ikke har latt lovgivers karakteristikk av en økonomisk sanksjon være avgjørende i forhold til Grunnloven § 96. Retten legger derfor til grunn at lovgiver eksplisitt har vurdert forholdet til Grunnloven § 96.

For det andre har retten lagt vekt på de rettssikkerhetsordninger som er knyttet til illeggelse av overtredelsesgebyr, hvor det helt sentrale er adgangen til å bringe saken inn for domstolene, at domstolen har full prøvelsesrett og at tvangskraften blir suspendert ved at saken bringes inn for retten.

For det tredje er det naturlig å se hen til at Høyesterett i flere avgjørelser har lagt til grunn at tilleggsatt ikke er straff i Grunnlovens forstand. At tilleggsatt knytter seg til en primærbetalingsforpliktelse, danner etter rettens vurdering intet prinsipielt skille mot gebyr etter konkurranseloven. Tilleggsatt kan dreie seg om betydelige beløp. Den har preg av en straffereaksjon ved at den ilegges på grunn av en lovovertrødelse, den ilegges med den hensikt å tilføye et onde, og med det siktemål å avholde skatteyterne fra å opptre i strid med skattelovgivning.

Endelig har retten lagt vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr er saklig begrunnet i ønsket om en effektiv gjennomføring av lovens konkurranseregler, og ønsket om en harmonisering av regelverket med land innenfor EU/EØS-området. Det heter i Ot.prp. nr 6 ( 2003-2004 ):

*I dag står konkurransemyndighetene i praksis overfor valget mellom enten å anmelde med sikte på en strafferettslig reaksjon eller å gi en advarsel (innskjerping) for overtredelser av konkurranseloven. Det gjeldende sivilrettslige virkemidlet, vinningsavståelse, er som nevnt hittil ikke benyttet. Departementet mener derfor at det er behov for et nytt og mer fleksibelt sanksjonssystem for brudd på konkurranseloven. Forslaget om nye materielle konkurranseregler som fører til at flere forhold vil bli forbudt, taler også for en innføring av et mer finmasket reaksjonssystem enn det som følger av dagens konkurranselov. Videre legger departementet vekt på at i andre land i EØS-området har konkurransemyndighetene i stor utstrekning kompetanse til å illegge sivilrettslige bøter av meget betydelig størrelse, ofte etter et nokså standardisert takstsystem. Også hensynet til en harmonisering med reglene i EØS og mange andre lands sanksjoner ved brudd på konkurransereglene*

*taler for en styrking av reaksjonsmulighetene overfor foretak, herunder strengere reaksjoner.*

Retten går deretter over til å behandle spørsmålet om konkurranseloven § 10 er overtrådt.

Saksøkernes anførsel om at konkurranseloven § 10 ikke kommer til anvendelse fordi de ikke kan betraktes som konkurrenter, kan ikke føre frem. Om de to foretak på grunn av ulike satsnings- og kompetanseområder, ulike geografiske nedslagsfelt, ulik størrelse, eller av andre årsaker ikke ser på hverandre som konkurrenter, og heller ikke i markedet oppfattes som konkurrenter, er ikke av betydning for spørsmålet om de har handlet i strid med konkurranseloven § 10. Det retten skal ta stilling til, er om de to foretak har samordnet sin opptreden i strid med denne bestemmelsen, dvs med det formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

Dersom tilbyderne samordner sine priser og øvrige vilkår, vil oppdragsgiver kunne forledes til å anta en pris som ikke er et resultat av uavhengige, og selvstendige økonomiske vurderinger fra tilbyderens side, og derved også forledes til å tro at prisen er resultat av en reell konkurranse mellom tilbyderne. For oppdragsgiver har det da liten eller ingen betydning om markedet for øvrig betrakter tilbyderne som konkurrenter, eller om tilbyderne ser på hverandre som konkurrenter.

Den informasjonsutveksling som skjedde mellom Gran/Ekran og Grunnarbeid i dagene før de innga sine tilbud, innebærer etter rettens vurdering klart en samordnet opptreden som faller inn under konkurranseloven § 10. Retten viser til at Gran/Ekran pr telefon den 10. august opplyste Grunnarbeid om sine betongpriser. Grunnarbeid på sin side oversendte sine priser som vedlegg til en epost samme dag. De opplyste hverandre om sine fremdriftsplaner og maskinpriser, og Grunnarbeid var gjort kjent med Gran/Ekrans forbehold knyttet til Støstad bro, og Gran/Ekran var kjent med at Grunnarbeids tilbud ikke inneholdt dette forbeholdet.

Informasjonsutvekslingen hadde direkte betydning for prisene i de to tilbud som ble inngitt. Gran/Ekrans tilbud inneholdt de betongpriser som var meddelt pr telefon til Grunnarbeid, og i tillegg prisene mottatt fra Grunnarbeid tillagt et påslag på rundt 10 %. Grunnarbeids tilbud inneholdt de betongpriser som var mottatt fra Gran/Ekran med et påslag på 7 %, og i tillegg egne priser, og som var identiske med de priser som var oversendt Gran/Ekran. Derved var tilbudene resultat av en nærmest fullstendig pris-koordinering mellom de to foretak og ikke noe resultat av den konkurranse mellom foretak som det er konkurranselovens formål å fremme. Når tilbudene i det ytre fremstår som selvstendige og uavhengige, var de egnet til å forlede oppdragsgiver til å tro de var resultat av en slik konkurranse.

Grunnarbeids og Gran/Ekrans anførsel om at de hadde til hensikt å bruke hverandre som underentreprenører, og at informasjonsutvekslingen derfor var nødvendig og legitim, kan ikke føre frem.

I hvilken grad det er vanlig at underentreprenører til tilbydere også inngir egne, selvstendige tilbud, har retten ingen sikker formening om. Sannsynligvis er dette noe som forekommer. Om og i hvilken grad det forekommer den gjensidighet som er tilfellet i denne sak, er imidlertid mer usikkert.

Retten kan ikke se at det er av betydning hvorvidt informasjonsutvekslingen skjer som et ledd i et planlagt underentrepriseforhold eller ikke, om det er vanlig at underentreprenører også inngir egne tilbud, og om det eventuelt foreligger et gjensidig underentrepriseforhold. Utveksling av opplysninger om priser som ledd i et anbudssamarbeid kan skje på flere måter. Vurderingstemaet er om det er tale om en samordning i strid med konkurranseloven § 10. For at formålskriteriet skal være oppfylt, er det ikke nødvendig at det foreligger en faktisk virkning. Det er tilstrekkelig at det dreier seg utveksling av informasjon om elementer som er egnet til å påvirke den endelige prisen.

I dette tilfellet er det, som nevnt ovenfor, tale om en nærmest total gjensidig blottlegging av egne priser. Loven gjør intet unntak for det tilfellet hvor informasjonsutvekslingen skjer som ledd i et underentrepriseforhold, eller for andre måter å utveksle informasjon på. Slike unntak ville lett kunne bidra til å uthule forbudet mot anbudssamarbeid, og hvor et helt sentrale formål er å hindre at oppdragsgiver forledes til å tro at tilbudene er resultat av reell konkurranse.

Det kan etter rettens vurdering heller ikke være tvil om at merkbarhetskriteriet er oppfylt. Dette vil generelt gjennomgående være oppfylt når det dreier seg om anbudssamarbeid. I dette tilfellet har Grunnarbeid og Gran/Ekran, etter å ha utvekslet helt sentrale konkurranseparametre, deretter inngitt tilbud som nettopp baserer seg på priser mottatt fra den annen. Retten finner det derfor klart at merkbarhetskriteriet er oppfylt.

Retten kan ikke se at unntakene i konkurranseloven § 10, 3. ledd kommer til anvendelse. Bestemmelsen antas i det store og hele å være lite anvendelig dersom det dreier seg om anbudssamarbeid som er ulovlig etter bestemmelsens første ledd. Den dominerende – og skadelige – virkningen av et slikt samarbeid er at oppdragsgiveren risikerer å ende opp med en avtale og en pris som ligger over markedspris, forutsatt vanlig konkurranse. Det er ikke godtgjort at den gevinst som partene, dvs Grunnarbeid og Gran/Ekran, derved ville oppnådd, oppveies ved de samfunnsmessige positive virkninger avtalen måtte ha. At bruk av underentreprenører generelt er ønskelig og nødvendig i entrepriseforhold er i så henseende ikke tilstrekkelig.

Det er således rettens konklusjon at Grunnarbeid og Gran/Ekren har handlet i strid med konkurranseloven § 10.

Dersom foretak eller noen som handler på vegne av foretak forsettlig eller uaktsomt overtrer konkurranseloven § 10 kan Konkurransetilsynet i henhold til konkurranseloven § 29 ilegge overtredelsesgebyr. Retten kan prøve alle sider ved saken dersom ilagt overtredelsesgebyr bringes inn for retten, konkurranseloven § 29, 4. ledd.

Den samordnede opptreden som i dette tilfellet innebærer overtredelse av konkurranseloven § 10, besto i all hovedsak av utveksling av priser, men også utveksling av fremdriftplaner, maskinpriser og om forbehold. Retten kan ikke se på hvilket grunnlag det kan hevdes at dette ikke skjedde forsettlig. I utgangspunktet er det derfor grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Spørsmålet er hvilken grad av skyld de som handlet på vegne av Grunnarbeid og Gran/Ekran har utvist.

Konkurransetilsynet har lagt til grunn at det var en felles forståelse mellom partene at det var Grunnarbeid som skulle fremstå med det beste tilbudet, og at Gran/Ekrans tilbud derved var fiktivt. Det fremgår videre av Konkurransetilsynets vedtak at graden av skyld har vært tillagt betydelig vekt ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, dog slik at det ligger godt under forskriftens maksimumsgrense.

Det arbeid som i henhold til anbudsbeskrivelsen skulle utføres berørte i svært liten del, ca 8%, Gran/Ekrans virksomhetsområde. I utgangspunktet ville det derfor forretningsmessig ikke være naturlig at Gran/Ekran innga et selvstendig tilbud. Retten har videre vanskelig for å se at forespørselen fra kommunen om å inngi tilbud skulle gi noen eget incitament til dette. Å besvare en slik henvendelse negativt under henvisning til stor oppdragsmengde og at det ikke passet inn i foretakets vanlige arbeidsområde, vil av de fleste profesjonelle oppdragsgivere oppfattes som en ”ærlig sak”, og uten konsekvenser for eventuelle fremtidige oppdrag. Etter det som kom frem under hovedforhandlingen, hadde Gran/Ekran heller ikke tidligere utført oppdrag for kommunen av særlig betydning.

Det er videre et faktum at de priser Grunnarbeid oversendte Gran/Ekran ved e-post den 10 august 2007, var identisk med prisene i Grunnarbeids tilbud til kommunen. Dersom Gran/Ekran var klar over dette, og deretter plusser ytterligere 10 % på Grunnarbeids priser i sitt tilbud til kommunen, viser dette at Gran/Ekran ikke kunne ha forventninger om å få antatt sitt tilbud, ettersom prisene fra Grunnarbeid utgjorde over 90 % av entreprisen, kostnader knyttet til vakt inklusive. Spørsmålet er derfor om Gran/Ekran var klar over at det var identitet mellom de mottatte priser og prisene i Grunnarbeids tilbud til kommunen. Retten er kommet til at Gran/Ekran var klar over dette.

Retten legger vekt på at de priser som ble oversendt Gran/Ekran, ikke fremstår som et pristilbud til Gran/Ekran. Det er tale om detaljerte kostnadskalkyler hvor også påslaget, 25 %, er oppgitt. Dersom det hadde dreiet seg om et tilbud til Gran/Ekran, ville det i det minste vært naturlig ikke å opplyse om påslaget. Slik prisene ble presentert for Gran/Ekran, måtte de derfor fremstå som opplysninger om de priser Grunnarbeid ville gi i sitt tilbud til kommunen.

Det må videre være på det rene at Grunnarbeid bevisst oversendte til Gran/Ekran de priser som tilbudet til kommunen ville inneholde. Retten viser til at prisene rent faktisk ikke ble endret. Dette innebærer etter rettens vurdering at Grunnarbeid ikke så behov for noen presisering av at det kunne dreie seg om avvikende priser, og det er vanskelig å forstå dette annerledes enn at Grunnarbeid heller ikke oppfattet at Gran/Ekran hadde behov for slik informasjon.

Etter rettens vurdering viser alene påslaget på 10 % på Grunnarbeids priser at Gran/Ekrans tilbud ikke var fremsatt for å vinne anbudskonkurransen.

Det er videre på det rene at det var gjensidig kunnskap om at Gran/Ekran, i motsetning til Grunnarbeid, tok forbehold vedr. Støstad bro, og at Gran/Ekrans fremdriftsplan var noe ”dårligere” enn Grunnarbeids fremdriftsplan. Begge deler kan i og for seg ha plausible forklaringer. Men Gran/Ekran var klar over at både fremdrift og forbehold var av de faktorer som ville bli vektlagt negativt ved oppdragsgivers vurdering. Ferdigstillelsesdato var spesielt fremhevet under tilbudsbeifaringen, hvor Gran/Ekran var til stede. Forbehold er generelt egnet til i betydelig grad å svekke et tilbuds mulighet til å bli antatt. Gran/Ekran er således klar over at tilbudet som ble fremsett på alle vesentlige punkter var dårligere enn Grunnarbeids tilbud. Denne kunnskapen skyldes nettopp samarbeidet med Grunnarbeid. Retten kan da ikke se annen beveggrunn for inngivelse av Gran/Ekrans tilbud enn at Grunnarbeid skulle tildeles kontrakten.

Det har under hovedforhandling vært en del fokus på ordlyden i den epost som ble sendt fra Grunnarbeid til Gran/Ekran 10. august 2007. Når Grunnarbeid her understreker konfidensialitet før anbudsåpning, kan dette etter ordlyden være myntet enten på andre mulige underentreprenører, eller andre tilbydere. Basert på det faktum retten har lagt til grunn ovenfor, vil det være det siste alternativet som er det riktige. Det som etter rettens vurdering er påfallende hva gjelder ordlyden i eposten, er at det avtales en ny telefonsamtale mandag ”før innlevering”. En slik samtale ville ikke vært naturlig forutsatt at de to parter var reelle konkurrenter. Formuleringen tyder etter rettens vurdering også på at det var en felles oppfatning av at ingen av partene hadde andre samarbeidspartnere, dvs. underleverandører. Den understreker også etter rettens vurdering den felles forståelse partene handlet med. Om telefonsamtalen faktisk fant sted eller ikke, er av mindre betydning, ettersom det sentrale for retten er epostens ordlyd.

Differansen mellom antatt markespris, basert på gjengs kalkyler, og Grunnarbeids tilbud tallfester den risiko kommunen ble utsatt for ved anbudssamarbeidet, og er således av betydning for gebyrets størrelse.

Etter rettens vurdering, lå Grunnarbeids tilbud betydelig over den pris kommunen kunne ha en berettiget forventning om å måtte betale. Retten legger til grunn at arbeidene i det alt vesentlige ble fullført i 2008, etter ny anbudsrunde med innkomne tilbud 31. mars 2008. Den samlede, faktiske kostnad for broene ble kr 4,3 millioner, dvs ca kr 6 millioner under tilbudet fra Grunnarbeid. Tallene er ikke direkte sammenlignbare. Endringene i 2008 i forhold til den beskrivelse Grunnarbeid baserte sitt tilbud på trekker dels i den ene, dels i den andre retning. Det knytter seg også noe usikkerhet til kostnadene med sikkerhetstiltak i anleggstiden vedrørende Solnes bro, og som Grunnarbeid hadde priset til kr 2 520 000. Men selv med korrigerende for disse postene, er det tale om en betydelig forskjell mellom Grunnarbeids priser og endelige kostnader. For Borgan bro og Støstad bro er tallene direkte sammenlignbare på grunn av identiske beskrivelser i 2007 og i 2008. Grunnarbeids tilbudssum for disse broene var samlet ca 3 200 000, mens det tilbud som ble antatt i 2008 hadde en tilbudssum på ca kr 1 350 000.

Etter dette legger retten til grunn at anbudssamarbeidet utsatte kommunen for å bli påført et betydelig tap, sett i forhold til normale kostnader for det arbeid som skulle utføres.

Det er for retten ikke mulig å ha noen formening om hvorvidt Grunnarbeid og Gran/Ekran var klar over at de var de eneste tilbyderne. Retten legger til grunn at de i det minste var klar over at antall interessenter var begrenset, og at det var en klar mulighet for at de var de eneste tilbyderne. Kommunens henvendelse til Gran/Ekran med anmodning om å inngi tilbud indikerte at interessen for prosjektet ikke var stor. Under tilbudsbeferingen møtte det opp bare to interessenter, blant dem Gran/Ekran. Referatet fra beferingen gir videre opplysning om at kun fem interessenter, foruten Grunnarbeid og Gran/Ekran, har bedt om å motta anbudsmaterialet. Dette, sett i sammenheng med et marked med god tilgang på oppdrag, gjør at partenes positive kunnskap om mulige andre tilbydere ikke får betydning, ettersom de måtte regne med som en nærliggende mulighet at de var eneste tilbydere.

Den tallmessige sammenhengen mellom de to tilbudene, hvor det sågar på et punkt er full identitet ( maskiner ) gir i selv ikke bare grunnlag for å anta at det foreligger en form for anbudssamarbeid, men sier også noe om muligheten for å oppdage samarbeidet. Grunnarbeids prosessfullmektig har fremhevet at samarbeidet var så lett å oppdage ved en gjennomgåelse av tilbudene at det viser at partene mente at de ikke hadde noe å skjule. I hvilken grad partene reflekterte over dette i de, etter det opplyste, hektiske dagene før tilbudene ble innlevert er det ikke mulig å ha noen formening om. Retten bemerker imidlertid at fremdriftsplanen for Augla og Fløra bro var forskjellige i de to tilbudene. Ettersom arbeidene på disse broene i sin helhet skulle utføres av Grunnarbeid, er det

vanskelig å se noen annen grunn til ulikheten enn at tilbudene skulle fremstå som forskjellige.

En samlet bevisvurdering tilsier etter rettens vurdering at tilbudet fra Gran/Ekran var fiktivt, og fremsatt for å bidra til at Grunnarbeids tilbud skulle bli antatt.

Etter dette legger retten i det store og hele til grunn samme vurderinger som Konkurransetilsynet både hva gjelder faktum og rettsanvendelse. Retten finner således at Gran/Ekran og Grunnarbeid har handlet i strid med konkurranseloven § 10, og at det foreligger forsett. Grunnlaget for å ilegge overtredelsesgebyr er således tilstede, konkurranseloven § 29.

For retten er det ikke nødvendig å ta stilling til hvilken grad av sannsynlighet som kreves, ettersom retten finner at det foreligger kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at partene har handlet i strid med konkurranseloven § 10, og at de med samme sannsynlighetsovervekt har handlet forsettlig.

Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr er fakultativ. Med det faktum som legges til grunn, finner retten ikke foranledning til å overprøve Konkurransetilsynet skjønn på dette punkt. Retten peker på at markedssamarbeid er en alvorlig overtredelse av konkurranseloven § 10. Overtredelsen skjedde forsettlig og hadde for oppdragsgiver et stort risikopotensiale.

Retten finner heller ikke grunnlag for å foreta noen endringer i overtredelsesgebyrenes størrelse, jf de forhold som er trukket frem i foregående. Retten viser videre til at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ligger på et betydelig lavere nivå enn hva tilfellet er for tilsvarende overtredelser innenfor EU, og at målsettingen er at overtredelsesgebyrene gradvis skal tilpasses EU-nivå. Det skjønn og den løpende vurdering dette forutsetter fra Konkurransetilsynets side, bør retten vise varsomhet med å overprøve. Retten peker videre på at gebyrene som er ilagt ligger betydelig under det nivå forskriften gir adgang til ( 10 % av brutto omsetning ). Retten kan ikke se at noen av partene har bidratt til sakens opplysning på en måte som har betydning for gebyrenes størrelse, jf konkurranseloven § 31.

Staten ved Konkurransetilsynet blir etter dette å frifinne.

### **Saksomkostninger**

Avgjørelsen hva gjelder overtredelsesgebyrets forhold til Grunnloven § 96 har vært noe tvilsom, og grunnlovsmessigheten av konkurranselovens § 29 har tidligere ikke vært vurdert av domstolene. Retten finner at partene må bære egne saksomkostnader knyttet til dette punktet, jf tvisteloven § 20-2 (3) litra a.

For øvrig blir Gran/Ekran og Grunnarbeid å idømme å erstatte statens sakskostnader, § 20 – 2 (1) idet retten ikke finner at unntaksbestemmelsene i tvisteloven § 20-2 (3) for øvrig kommer til anvendelse.

Staten har fremlagt en omkostningsoppgave på til sammen kr 295 000,-. Retten finner dette rimelig og nødvendig, hensett til sakens omfang og vanskelighetsgrad.

Retten vurderer skjønnsmessig arbeidet knyttet til spørsmålet om grunnlovsstridighet til kr 50 000. Det tilkjente beløp blir derved kr 245 000,-.

I medhold av tvisteloven § 20-6, 2. ledd blir saksøkerne å hefte solidarisk for de idømte sakskostnader. De har fremmet identiske krav, og har gjort gjeldende de samme faktiske og rettslige anførsler. Ingen av saksøkerne har krevd fordeling, tvisteloven § 20-6, 2. ledd siste punkt.

## SLUTNING

1. Staten ved Konkurransetilsynet frifinnes.
2. Grunnarbeid AS og Gran & Ekran AS tilpliktes in solidum å erstatte Staten ved Konkurransetilsynet sakens omkostninger, kr 245 000  
- kronertohundreogførtifemtusen – innen 14 – fjorten – dager etter dommens forkynning.

Retten hevet

Leif Holm  
konstituert tingrettsdommer

Dommen er avsagt etter lovens frist. Partene ble i rettsmøte opplyst at dommen ville bli avsagt i slutten av mai måned, og er ytterligere blitt opplyst at dommen ville bli avsagt først den 2. juni 2009. Grunnen til fristoverskridelsen er sakens omfang og kompleksitet, og dommerens reisefravær og øvrige gjøremål.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.



## Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

### Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

#### Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

#### Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.