



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Miðvikudagur 23. desember 2009

Álit nr. 4/2009

Opinber útboð, samkeppni og samkeppnishindranir

Gátlisti til að forðast ólögætar samkeppnishindranir

I.

Málsmeðferð

Samkeppniseftirlitið hefur látið sig opinber útboð varða. Telur stofnunin sérstaklega mikilvægt að tekin sé til skoðunar framkvæmd opinberra innkaupa og útboða eftir að efnahagserfiðleikarnir skulu með fullum þunga á íslensku þjóðinni í kjölfar falls bankanna haustið 2008.¹

Í því samhengi vísar Samkeppniseftirlitið til skýrslu sinnar nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða og efling atvinnustarfsemi*, þar sem fram kom að útboð af hálfu opinberra aðila séu almennt til þess fallin að efla samkeppni og auðvelda aðgang nýrra aðila að markaðnum, sbr. jafnframt álit Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Úthlutun ríkisstyrks til áætlunarflugs milli Vestmannaeyja og Reykjavíkur*.

Í kjölfar útgáfu framangreindrar skýrslu var fjármálaráðherra tjáð að Samkeppniseftirlitið hefði hug á að gefa út álit vegna opinberra útboða þar sem útboð gætu örvað samkeppni og þar með unnið gegn skaðlegum áhrifum þeirra áfalla sem gengið hafa yfir íslenskt efnahagslíf að undanförunu og stuðlað að aukinni atvinnu og uppbyggingu í íslensku efnahagslífi.

Jafnframt var sams konar bréf sent Ríkiskaupum og Framkvæmdasýslu ríkisins, en þessar stofnanir hafa almennt með útboð að gera. Þá hefur Samkeppniseftirlitið rætt við ýmsa aðila og aflað annarra gagna vegna útgáfu þessa álits.

II.

Lagaumhverfi

Markmið samkeppnislaga er að efla virka samkeppni í viðskiptum. Markmiðinu skal ná með því að vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri, vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

¹ Hér er átt við opinber innkaup í viðum skilningi, þ.e. kaup ríkisins, sveitarfélaga og fyrirtækja í opinberri eigu á vörum, þjónustu og framkvæmdum.



Í c-lið 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga segir að hlutverk Samkeppniseftirlitsins sé „...að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni og benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaði.“

Telji Samkeppniseftirlitið ákvæði laga og stjórnvaldsfyrirmæla stríða gegn markmiði samkeppnislaga og torvelda frjálsa samkeppni í viðskiptum eigi það samkvæmt 18. gr. laganna að vekja athygli ráðherra á því.

1.

Lög um framkvæmd útboða o.fl.

Núgildandi reglur um opinber útboð er að finna í lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða og lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup. Einnig má nefna lög nr. 84/2001 um skipan opinberra framkvæmda sem fjalla um kaup hins opinbera á gerð, viðhaldi eða breytingu mannvirkja. Reglur um opinber útboð eiga 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 sbr. 1. gr. laga um opinber innkaup.

Hugtakið útboð er skilgreint í 2. gr. laga um framkvæmd útboða sem ferli þar sem kaupandi leitar skriflegra, bindandi tilboða í verk, vöru eða þjónustu sem verið er að bjóða út. Tilboðanna skuli aflað frá fleiri en einum aðila, samkvæmt sömu upplýsingum og innan sama frests.

Í 3. gr. laga um opinber innkaup kemur fram til hvaða aðila lögin taka. Telst aðili opinber ef hann getur borið réttindi og skyldur að lögum og sérstaklega hefur verið stofnað til hans í því skyni að þjóna almannahagsmunum, enda reki hann ekki starfsemi sem jafnað verður til starfsemi einkaaðila, svo sem á sviði viðskipta eða iðnaðar. Þá skal eitthvert eftirfarandi atriða eiga við um hann:

- a. *Starfsemi hans er að mestu leyti rekin á kostnað ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila. Miðað skal við að aðili sé að mestu leyti rekinn á kostnað ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila ef opinber fjármögnun nemur meira en 50% af árlegum rekstrarkostnaði.*
- b. *Hann lýtur yfirstjórn ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila.*
- c. *Hann lýtur sérstakri stjórn sem ríki eða sveitarfélög, stofnanir þeirra eða aðrir opinberir aðilar skipa að meiri hluta.*

Af ákvæðinu leiðir að atvinnufyrirtæki sem eru í opinberri eigu myndu jafnan ekki falla undir lögin en aðrir aðilar t.a.m. sjálfeignarstofnanir, sem eru að meginstefnu til fjármagnaðar af hinu opinbera og þjóna almannahagsmunum, falla undir gildissvið laganna.

Útboð eru margskonar og gilda um þau misjafnar reglur eftir því hvaða háttur er viðhafður eða hvers eðlis útboðin eru. Þessi munur er ekki mikilvægur fyrir álit þetta og verða reglurnar því ekki reifaðar frekar. Þó er rétt að taka fram að skv. 20. gr. laga um



opinber innkaup skal bjóða út öll innkaup ríkisins, stofnana þess og annarra hluta ríkisvaldsins á vörum þegar verðmæti þeirra fer yfir 5.000.000 kr. og kaup á þjónustu og verklegum framkvæmdum þegar verðmætið fer yfir 10.000.000 kr. eða fara eftir ákveðnum lögmæltum innkaupaferlum. Eru framangreindar fjárhæðir bundnar vísitölu neysliverðs og breytast til samræmis við hana annað hvert ár, í fyrsta sinn 1. janúar 2009, sbr. 2. mgr. 20. gr. laga um opinber innkaup. Sveitarfélög eru þó sérstaklega undanþegin útboðum skv. 2. þætti laga um opinber innkaup sem fjalla um innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins.

Settar hafa verið á fót með lögum ákveðnar stofnanir til þess að annast opinber innkaup fyrir stofnanir ríkisins og ríkisfyrirtæki. Annars vegar er um að ræða Ríkiskaup en mælt er fyrir um stofnun Ríkiskaupa í 85. gr. laga um opinber innkaup. Hins vegar er um að ræða Framkvæmdasýslu ríkisins sem komið var á fót með lögum nr. 54/2001 um skipan opinberra framkvæmda, sbr. 19. gr. laganna. Í lögum um opinber innkaup er jafnframt mælt fyrir um hlutverk og skyldur kærunefndar útboðsmála sbr. XIV. kafla laganna. Samkvæmt 91. gr. laga um opinber innkaup skal nefndin leysa með skjóttum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum um opinber innkaup, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB sem vísað er til í lögnum, og reglum settum samkvæmt þeim.

2.

EES – samningurinn og evrópskar reglur.

Öll aðildarríki hins Evrópska efnahagssvæðis eru bundin sambærilegum reglum og Ísland varðandi opinber innkaup. Í 65. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið er mælt fyrir um að sérstök ákvæði og fyrirkomulag um innkaup sem fram koma í XVI. viðauka við samninginn skuli gilda á Íslandi. Sá viðauki fjallar um opinber innkaup. Er mælt fyrir um það í viðaukanum að Ísland skuli taka upp tiltekna réttargerðir EB sem lúta að samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga. Tilskipanir EB taka ekki til allra útboða. Er ríkjum EB því að einhverju leyti frjálst að setja sér aðrar reglur um útboð. Þeirri stefnu er fylgt í lögum um opinber innkaup að skapa samræmi á milli reglna um opinber innkaup undir innlendum viðmiðunarfjárhæðum og reglum um innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES. Þá eru vissir þættir í tilskipunum EB valkvæðir.

Þrátt fyrir að efnis- og formreglur um opinber útboð hafi að verulegu leyti verið samræmdar innan EES er nokkur munur á. Í þessu sambandi er rétt að huga að því hvernig eftirliti með útboðum er háttað á hinum Norðurlöndunum. Valdsvið danska samkeppniseftirlitsins nær þannig til útboðsmála. Fjallar danska samkeppniseftirlitið um kvartanir sem lúta að útboðum. Stofnunin hefur fyrst og fremst tækifæri til þess að hafa áhrif á málsmeðferð í útboðum. Þá hefur danska Samkeppniseftirlitið gefið út leiðbeiningar (d. vejledning) um túlkun útboðsreglnanna.² Í Danmörku er starfandi kærunefnd útboðsmála líkt og á Íslandi sem sér um meðferð kvartana vegna opinberra útboða.

² Sjá nánar *Konkurrencestyrelsens vejledning om udbudsreglerne og tilbudsloven*. Slóðin er <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/udbudsomraadet/vejledninger/>



Tiltekin verkefni á sviði útboðsmála hafa jafnframt verið færð undir sænska samkeppniseftirlitið. Beita Svíar meðal annars tilteknum ráðstöfunum til þess að draga úr hættunni á samráði við útboð. Í Danmörku og Svíþjóð hefur margvíslegt eftirlit með formhlutum útboða verið fært undir eftirlit samkeppniseftirlitanna í því augnamiði að bæta framkvæmd útboða.

3.

Samkeppnislög.

Í 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er lagt bann við öllu samráði fyrirtækja, sem hefur að markmiði eða leiðir til þess að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað. Samkvæmt a-lið 1. mgr. 37. gr. laganna, varðar brot gegn ákvæðinu stjórnvaldssektum en þær geta numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti, sbr. 1. ml. 2. mgr. 37. gr. laganna. Í 41. gr. a laganna segir að starfsmaður eða stjórnarmaður fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja, sem framkvæmir, hvetur til eða lætur framkvæma samráð sem brýtur gegn 10. og/eða 12. gr. samkeppnislaga og varðar samráð m.a. um gerð tilboða skuli sæta fangelsi allt að sex árum.

Framangreindur refsirammur samkeppnislaga er til vitnis um það að m.a. ólöglegt samráð fyrirtækja í opinberum útboðum telst sérstaklega alvarlegt brot. Með því kunna framleiðsluþættir eða fé að vera flutt frá kaupendum þ.e. ríki og sveitarfélögum til þeirra fyrirtækja sem gerast sek um ólöglegt samráð og um leið er grafið undan trausti almennings á samkeppnisreglum og kostum virkrar samkeppni. Ólöglegt samráð tengt útboðum veldur samfélaginu tjóni sem getur orðið mun meira en ávinningur bjóðenda af slíku samráði. Afleiðing slíks samráðs er að komið er í veg fyrir að kaupendur fái keypt verk, vöru eða þjónustu á lægsta mögulega verði.

III.

Álit Samkeppniseftirlitsins

Álit þetta fjallar um opinber innkaup og hvernig útboð geta haft jákvæð áhrif á samkeppni. Þá er mælt til þess að aðstandendur opinberra útboða gæti þess að farið sé að samkeppnislögum við framkvæmd útboða og settur fram gátlisti í því skyni að auðvelda aðilum að sporna við og koma auga á samkeppnishindranir.

Álitið er sett fram á grundvelli c.-liðar 8. gr. samkeppnislaga en samkvæmt ákvæðinu skal Samkeppniseftirlitið gæta þess að opinberir aðilar takmarki ekki samkeppni og benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang nýrra aðila að markaði.

1.

Almennt um opinber útboð

Útboð opinberra aðila geta verið skilvirk aðferð til þess að efla nýsköpun og starfsemi frumkvöðla, sbr. m.a. skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008. Opinber útboð geta því verið mikilvægur liður í að örva samkeppni og vinna þannig gegn skaðlegum áhrifum þeirra áfalla sem gengið hafa yfir undanfarið og stuðla að aukinni atvinnu og uppbyggingu í íslensku efnahagslífi. Samkeppniseftirlitið vísar einnig til sameiginlegrar skýrslu norrænu samkeppniseftirlitanna sem kom út í september 2009, *Competition Policy and Financial Crises – Lessons Learned and the Way Forward*. Meginniðurstaða



skýrslunnar var sú að á tímum efnahagsþrenginga væri sérstaklega mikilvægt að standa vörð um samkeppni og beita í því skyni virkum og ströngum samkeppnisreglum. Í skýrslunni sagði jafnframt að með opinberum útboðum fengist mikilvægur efnahagslegur hvati, en úr honum væri dregið með ólögumtætu samráði.

Opinber útboð geta skilað miklum árangri. Í sænskri skýrslu frá árinu 2008 kemur fram það mat að andvirði vöru og þjónustu sem var útboðsskyld á árinu 2006 í Svíþjóð hafi verið milli 450 og 535 milljarðar sænskra króna eða sem svarar 15-18% af vergri landsframleiðslu þjóðarinnar það ár.³ Í Noregi hefur verið áætlað að opinber innkaup nemi 300-350 milljörðum norskra króna svo annað dæmi sé tekið. Landsframleiðslan í Noregi er vel á þriðja þúsund milljarða norskra króna.⁴ Væru þessi hlutföll yfirferð beint á Ísland gætu útboðsskyld opinber innkaup hér á landi (þ.m.t. verklegar framkvæmdir) hugsanlega hafa numið 200-250 milljörðum íslenskra króna árlega á árunum 2007 og 2008, en ekki liggja fyrir nákvæmar tölur um þetta efni og ýmsar forsendur eru hér aðrar en í þessum tveimur löndum. Samkeppniseftirlitið telur að ætla verði að um verulegar upphæðir sé að ræða þrátt fyrir að óvíst sé að þær nái sambærilegu hlutfalli landsframleiðslu og á hinum Norðurlöndunum.⁵ Hvað sem þessu líður er ljóst að miklir hagsmunir eru tengdir opinberum útboðum.

2.

Samkeppnishömlur af hálfu tilboðsgjafa.

Fyrirtæki sem taka þátt í útboðum hafa mikla hagsmuni af niðurstöðu þeirra. Það hefur borið við að þau reyni með ólögumtætu hætti að hafa áhrif á þau sér í hag. Með því leitast fyrirtækin í reynd við að draga úr gagnsemi útboðanna hvað varðar lægra verð og meiri gæði fyrir kaupendurna og aukna nýsköpun á markaði. Mörg dæmi, m.a. hér á landi, eru um ólögumtætt samráð við gerð tilboða. Þá eru einnig dæmi um að samningar sem gerðir hafa verið í kjölfar útboða hafi verið úrskurðaðir ólögumtætur vegna þess að þeir hafa innifalið t.a.m. einkakaupaákvæði. Gildir það jafnt um útboð einkafyrirtækja og opinberra aðila:

- Á tímabilinu 1995-2001 bauð Vegagerðin árlega út kaup á „white spirit“ sem er íblöndunarefni í asfalt og var Vegagerðin langstærsti kaupandinn á þessu efni. Olíufélagin Skeljungur og Olís höfðu ólögumtætt samráð um tilboðsgerð í þessum útboðum. Höfðu fyrirtækin með sér samráð um verð og skiptu með sér þessum viðskiptum án vitneskju Vegagerðarinnar.⁶
- Á árinu 1996 bauð fyrirtækið Ístak út tiltekin viðskipti. Olíufélagið og Olís höfðu ólögumtætt samráð um skila ekki inn tilboði nema útboðið væri formlegt.⁷
- Á árinu 1996 bauð Reykjavíkurborg út olíuviðskipti sín. Olíufélagið, Skeljungur og Olís höfðu með sér ólögumtætt samráð í útboðinu. Samræmdu fyrirtækin aðgerðir sínar og ákváðu það verð sem hvert félag myndi bjóða. Ákveðið var sameiginlega

³ Offentlig upphandling och offentliga inköp – omfattning och sammansättning, Mats Bergman Södertörns högskola, 26. november 2008.

⁴ Statistisk sentralbyrå. Slóðin er <http://www.ssb.no/regnskap/>.

⁵ Engar áreiðanlegar tölur eru fyrirbyggjandi um heildarútboð á vegum opinberra aðila á Íslandi.

⁶ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 *Ker hf. (áður Olíufélagið hf.), Olíuverzlun Íslands hf., Skeljungur hf. og Bensínorkan ehf. gegn samkeppnisráði.*

⁷ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.



hvaða félag myndi fá umrædd viðskipti og einnig ákváðu þau að skipta á milli sín framlegð af þessum viðskiptum.⁸

- Á árinu 1996 óskuðu Ríkiskaup fyrir hönd dómsmálaráðuneytisins eftir tilboðum í eldsneyti fyrir m.a. fyrir lögreglubifreiðar. Olúfélögin stilltu saman tilboð sín og samráðið miðaði að því að Olúfélagið héldi tilteknum viðskiptum en myndi þess stað láta hin félögin fá hluta af framlegð af viðskiptunum.⁹
- Á árinu 1996 óskuðu Ríkiskaup fyrir hönd Landhelgisgæslunnar eftir tilboðum í eldsneyti og smurolífur fyrir skip, þylur og flugvél. Olúfélagið, Skeljungur og Olís höfðu með sér ólöglegt samráð í útboðinu. Samræmdu fyrirtækin aðgerðir sínar og ákváðu það verð sem hvert félag myndi bjóða. Ákveðið var sameiginlega hvaða félag myndi fá umrædd viðskipti og einnig ákváðu fyrirtækin að skipta á milli sín framlegð af þessum viðskiptum.¹⁰
- Á árinu 1996 og 1997 óskaði Flugleiðir eftir tilboðum í þotueldsneyti sem afhenda skyldi á Keflavíkurlugvelli. Olúfélögin þrjú höfðu með sér samráð í þessum útboðum. Miðaði samráðið m.a. að því að hækka verð gagnvart Flugleiðum og skipta ágóðanum milli olúfélaganna.¹¹
- Á árunum 1996-1998 bauð landbúnaðarráðuneytið út kvóta vegna innflutnings á blómum. Fyrirtækin Blómasalan, Brum og Grænn markaður höfðu með sér ólöglegt samráð við gerð tilboða í þessum útboðum. Vegna samráðsins greiddu fyrirtækin þrjú 3-12 krónur í einu tilviki fyrir kíló af innflutningskvóta meðan annað fyrirtæki var látið greiða 450 krónur. Aðstaðan í þessu máli var sérstök þar sem samráðið miðaði að því að halda niðri gjöldum sem renna áttu í ríkissjóð, gjöldum sem ekki eru hugsuð sem tekjustofn heldur sem stýritæki við innflutning á landbúnaðarvörum.¹²
- Íslenska álfélagið óskaði eftir tilboðum olúfélaganna í eldsneyti á árinu 1997. Olúfélögin höfðu samráð um tilboðsgerð í þessu útboði. Samráðið gekk meðal annars út á það að félögin myndu bjóða með þeim hætti að Skeljungur héldi viðskiptunum og myndi halda áfram að skipta framlegð af viðskiptunum með Olís og Olúfélaginu.¹³
- Á árinu 1998 ákváðu olúfélögin þrjú hvaða afslátt dómsmálaráðuneytinu yrði boðið næst þegar útboð ætti sér stað.¹⁴
- Á árinu 1998 óskaði Landssími Íslands eftir tilboðum í olúvörur fyrir bílafloða fyrirtækisins. Olúfélögin þrjú höfðu samráð um hvaða verð ætti að bjóða Landssímanum.¹⁵
- Á árinu 1998 óskaði Flugfélag Íslands eftir tilboðum í eldsneyti afhent á Reykjavíkurlugvelli. Skeljungur og Olís höfðu samráð í útboðinu. Samráðið hafði m.a. það að markmiði að tryggja að Skeljungur héldi viðskiptunum og tryggja þá markaðsskiptingu sem ríkt hafði á Reykjavíkurlugvelli.¹⁶
- Á árinu 2000 óskaði Íslenska járnblendifélagið eftir tilboðum í eldsneyti og aðrar rekstrarvörur. Olís og Skeljungur höfðu með sér ólöglegt samráð í þessu útboði.

⁸ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

⁹ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹⁰ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹¹ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹² Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 9/1999 *Samráð við gerð tilboða í innflutning á blómum*.

¹³ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹⁴ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹⁵ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹⁶ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.



Olúfúfélagið braut gegn 10. gr. samkeppnislaga með því m.a. að taka þátt í fundum um útboðið.¹⁷

- Á árinu 2001 óskaði Reykjavíkurborg eftir tilboðum í kaup á eldsneyti fyrir Strætó bs. og Vélamiðstöð Reykjavíkurborgar. Í aðdraganda útboðsins áttu olúfúfélögin með sér viðræður og leituðust við að stilla saman strengi og brutu þar með gegn 10. gr. samkeppnislaga.¹⁸
- Árið 2001 gerði Hf. Eimskipafélag Íslands flutningasamning við Heklu hf. í kjölfar útboðs hins síðarnefnda á öllum flutningum sínum. Í máli þar sem Samskip kvartaði m.a. yfir ákvæðum í samningnum við Heklu var komist að þeirri niðurstöðu að samningurinn fæli í sér einkakaup og þar með misnotkun á markaðsráðandi stöðu Eimskips og brot á 11. gr. samkeppnislaga.¹⁹
- Árið 2002 gerði Hf. Eimskipafélag Íslands flutningasamning við Ölgerðina Egil Skallagrímsson ehf. í kjölfar þess að Ölgerðin hafði óskað eftir tilboðum í flutninga fyrirtækisins. Með samningnum braut Hf. Eimskipafélag Íslands gegn 11. gr. samkeppnislaga þar sem samningurinn fól í sér ákvæði um einkakaup auk þess sem tiltekin ákvæði um afslætti í samningnum voru talin auka skaðleg áhrif hans.²⁰

Samkeppnisyfírvöld víða um lönd hafa einnig þurft að takast á við brot af þessum toga. Hefur verið bent á að þegar stjórnvöld reyna að vinna gegn efnahagsþrengingum t.d. með opinberum framkvæmdum og útboðum tengdum þeim þurfi þau að vera sérstaklega á varðbergi gagnvart því að fyrirtæki hafi samráð við tilboðsgerð.²¹

Alþjóðlegar rannsóknir sýna að verð hækkar oft um 10-30% og í ákveðnum tilvikum um allt að 50% þegar keppinautar stunda ólögmaett samráð.²² Með hliðsjón af umfangi opinberra innkaupa gefur það auga leið að mikilvægt er að stemma stigu við ólögmaetu samráði í útboðum. Á Norðurlöndunum hafa stjórnvöld því skorið upp herör til að reyna að koma í veg fyrir samráð bjóðenda við gerð tilboða (e. bid rigging) sem kalla mætti tilboðssvik á íslensku.

Samkeppnishömlur í tengslum við útboð geta verið af ýmsum toga. Alvarlegustu hömlurnar felast í samráði keppinauta við gerð tilboða, þ.e. tilboðssvikum. Slíkt samráð getur tekið á sig ýmsar myndir svo sem:

- Gervitilboð. Í því felst að tilboðsgjafar sammælast um hver skuli skila inn hagstæðasta tilboðinu. Hinir tilboðsgjafarnir skila þá inn verri tilboðum eða jafnvel óaðgengilegum eða ógildum tilboðum.
- Ákveðin fyrirtæki gera ekki tilboð. Ætla má að flest fyrirtæki sem selt geta viðkomandi vöru eða þjónustu 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 að vera um tilboðssvik að ræða.

¹⁷ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹⁸ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

¹⁹ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.

²⁰ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008.

²¹ Sjá t.d. ræðu Christinu Varney, yfirmanns samkeppnisdeildar bandaríska dómsmálaráðneftisins, *Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era*, 12. maí 2009,

²² Sjá t.d. umfjöllun í skýrslu nendar forsætisráðherra um viðurlög við efnahagsbrotum, 12. október 2006.



- Fyrirtæki skiptast á um að vera með hagstæðasta tilboðið.
- Fyrirtæki skipta fyrirfram með sér markaði eftir svæðum, vöruflokkum eða öðrum þáttum.

Hættara er við samráði á sumum mörkuðum en öðrum. Almennt má segja að hætta á samráði aukist eftir því sem færri eru um hituna. Séu takmarkaðar líkur á að nýir keppinautar komi inn á markaðinn vegna aðgangshindrana eru líkur á því að fyrirtækin samhæfi tilboðsstefnu sína meira en ella. Séu vörur samkeppnisaðila svipaðar og fáar eða engar heppilegar staðgönguvörur eru á markaðnum aukast enn líkurnar á samráði eða samhæfingu á milli fyrirtækja. Í sumum tilvikum er auðveldara fyrir aðila á markaði að samhæfa aðgerðir sínar sökum þess að töluverð samskipti eru á milli fyrirtækja, t.a.m. í gegnum atvinnuvegasamtök. Jafnframt getur verið að markaðurinn sé mjög gagnsær þannig að keppinautar eigi auðvelt með að reikna út stefnu annarra fyrirtækja á markaðnum. Jafnan dregur úr hættunni á samhæfingu þegar markaðir einkennast af nýjungum og mikilli vöruþróun eða öðru rannsóknarstarfi.

Auk þess sem að framan segir er mögulegt að markaðsráðandi fyrirtæki misbeiti stöðu sinni í útboðum. Til þess gætu markaðsráðandi fyrirtæki beitt ýmsum aðgerðum sem eru til þess fallnar að koma keppinautum út af markaðnum. Þessar aðferðir gætu til að mynda falist í:

- Skaðlegri undirverðlagningu. Þá er verð markaðsráðandi fyrirtækisins svo lágt að það tapar á því ef tilboðinu er tekið. Markmið þess er þá að hrifsa til sín svo hátt hlutfall viðskipta á viðkomandi markaði að keppinautar fái ekki þrífist.
- Tryggðarafsláttum. Þeir eru fólgirnir í því að afsláttur aukist eftir því sem meira er keypt eða afsláttur er veittur í lok tiltekins tímabils. Tilgangurinn er þá líkt og með skaðlegri undirverðlagningu að ná undir sig enn stærri hluta markaðarins með því að verðleggja tímabundið mjög lágt eða bjóða sértæk viðskiptakjör.

Þá getur samráð jafnframt átt sér stað á kaupendahlið markaðarins. Ef til að mynda allir kaupendur eða stór hluti kaupenda á tilteknum markaði tækju sig saman um að kaupa aðföng í sameiningu kynni að vera um að ræða samstarf sem bryti í bága við 10. gr. samkeppnislaga.

Í ljósi þeirrar hættu sem fyrir hendi er á útboðsmörkuðum er nauðsynlegt að aðilar sem annast framkvæmd útboða eða koma að þeim á annan hátt þekki helstu merki um ólöglegt samráð og tilboðssvik. Mikilvægt er að kaupendur hafi samband við Samkeppniseftirlitið vakni grunsemdir um slíkt.

3.

Útboðsskylda og framkvæmd útboða.

Svo sem áður hefur komið fram hefur Samkeppniseftirlitið við gerð álags þessa óskað eftir sjónarmiðum ýmissa aðila og aflað ýmissa gagna um framkvæmd opinberra útboða á Íslandi. Sú athugun hefur leitt í ljós að nokkur misbrestur kunni að vera á því að útboðsskyld innkaup séu boðin út í samræmi við lög um opinber innkaup. Er í því sambandi ástæða til þess að kanna sérstaklega starfsemi sjálfstæðra lögaðila sem fjármagnaðir eru af hinu opinbera, t.a.m. sjálfseignarstofnanir. Þá má ætla að innkaup



sveitarfélaga séu í sumum tilvikum ekki gerð með jafn hagkvæmum hætti og mögulegt væri þar sem þau eru undanskilin lögum um opinber innkaup nema um sé að ræða innkaup sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum EB.

Samkeppniseftirlitið telur það athugunarefni, hvort ástæða sé til að afnema það ósamræmi sem er á milli ríkis og sveitarfélaga varðandi viðmiðunarfjárhæðir sem leiða til útboðsskyldu. Útboðsskylda sveitarfélaga myndast við innkaup sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum á Evrópska efnahagssvæðinu en íslenska ríkið er hins vegar útboðsskyld þegar innkaupin fara yfir ákveðnar lögumáttar fjárhæðir sem eru aðeins brot af viðmiðunarfjárhæðum á Evrópska efnahagssvæðinu.

Samkeppniseftirlitið telur ástæðu til að kanna frekar hvort rétt sé að eyða þessu misræmi með lagasetningu eða draga úr því með því að auka útboðsskyldu sveitarfélaga, enda verður að telja ekki síður mikilvægt að máttur samkeppninnar í formi útboða á kaupum á vöru, þjónustu og verkum sé nýttur sveitarfélögum og stofnunum þeirra til hagsbóta en ríkinu og stofnununum þess.

Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga að mörg sveitarfélög á Íslandi eru mjög stór og hleypur velja þeirra jafnvel á milljörðum króna. Þar sem mörg sveitarfélög hafa sameinast á undanförunum árum og líklegt er að sú þróun haldi áfram, má telja að rétt sé að huga að því hvernig sveitarfélög hagi kaupum sínum á vörum, verkum og þjónustu. Geta slíkar innkaup haft veruleg áhrif á samkeppni á markaði. Sem dæmi um slíkar framkvæmdir má nefna fyrirhugaða uppbyggingu hjúkrunarrýma en skv. frétt á vefsíðu félagsmálaráðuneytisins stendur til að byggja hjúkrunarrými í níu sveitarfélögum fyrir alls um 9 milljarða króna.²³ Má ætla að flest verkin, ef ekki öll, verði útboðsskyld. Telur Samkeppniseftirlitið ljóst að svo stór verkefni geti hæglega haft veruleg áhrif á samkeppni og að miklu skipti að vel takist til við gerð þeirra. Til þess að ná fram sem mestri hagkvæmni er eðlilegt að vandað verði til útboða í samræmi við lagaskyldu.

Athuganir Samkeppniseftirlitsins gefa til kynna að lítið sé um miðlæga gagnasöfnun á vegum opinberra aðila um framkvæmd útboða eða samantekt á helstu tölum sem nota má til greiningar og hagskýrslugerðar um efnið. Jafnframt er ástæða til þess að ætla að eftirlit með opinberum útboðum sé ekki jafn öflugt og tilefni er til. Sér í lagi þegar litið er til þess að umfang opinberra útboða hleypur á tugum milljarða og ljóst er að verulegir fjárhagslegir hagsmunir eru því í húfi. Í því sambandi má meðal annars vísa til þess að í lögum um opinber útboð er ekki mælt fyrir um neina sérstaka stofnun eða aðila sem hefur eftirlit með útboðum og hefur vald til þess að beita stjórnsluviðurlögum eða öðrum réttarúrræðum.

4.

Tilmæli Samkeppniseftirlitsins

Ætla má að vegna hins slæma ástands í íslensku efnahagslífi séu útboð jafnvel þýðingarmeiri nú en þau hafa verið til þessa. Virk samkeppni í innkaupum ríkis og sveitarfélaga getur gagnast vel til þess að aðgerðir til eflingar efnahagslífsins verði sem árangursríkastar og ný atvinnu- og viðskiptatækifæri skapist. Þá draga ólögumætt samráð

²³ Slóðin er: <http://www.felagsmalaraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/nr/4535> .



og undirboð úr jákvæðum áhrifum þessara hvetjandi aðgerða og seinka bata eftir kreppuna.

Það eru alkunn hagfræðileg sannindi að virk samkeppni leiðir til hagkvæmustu nýtingar framleiðsluþátta samfélagsins. Með vísan til þess hversu alvarlegar afleiðingar ólögmætt samráð, tilboðssvik og aðrar hömlur hafa á samkeppni og vegna áætlaðs umfangs opinberra innkaupa hér á landi telur Samkeppniseftirlitið mikilvægt að beina því til þeirra opinberu aðila sem að útboðum standa, hvort sem það er á vegum ríkis, sveitarfélaga eða stofnana á þeirra vegum, að þau séu útfærð með þeim hætti að kraftar samkeppninnar nýtist sem best.

Jafnframt því að beina þeim tilmælum til stjórnvalda að þau stuðli að því að útboðum verði beitt í þeim tilvikum þar sem þau geta orðið til þess að virkja samkeppni við opinber innkaup, birtir Samkeppniseftirlitið í fylgiskjali með álitinu þessu gátlista fyrir opinbera aðila og eftir atvikum aðra sem annast um útboð sem hafa skal til hliðsjónar við framkvæmd útboða.

Samkeppniseftirlitið hyggst taka útboð opinberra aðila og umgjörð til frekari skoðunar í öðru máli.

IV.

Álitsorð:

Samkeppniseftirlitið beinir eftirfarandi tilmælum til opinberra aðila sem annast eða koma að opinberum innkaupum á vöru, þjónustu og verklegum framkvæmdum:

- 1. Að markvisst sé fylgst með því að við framkvæmd útboða að farið sé að samkeppnislögum. Einkum skal gæta að því að ólögmætt samráð eigi sér ekki stað við útboð. Í því skyni skal stuðst við gátlista þann sem álitinu þessu fylgir. Mælt er til þess að grunsemdir um ólögmætt samráð í útboðsferli séu tilkynntar Samkeppniseftirlitinu tafarlaust.**
- 2. Að útboðum verði beitt þegar slíkt er hagkvæmt og því verður við komið. Þetta er mikilvægt til þess að efla samkeppni og bæta nýtingu þeirra fjármuna sem varið er í opinber innkaup á vöru, þjónustu og verklegum framkvæmdum. Sveitarfélög eru sérstaklega hvött til þess að beita útboðum við kaup á vörum og þjónustu.**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson



GÁTLISTI

Hvernig greina má ólögmætar samkeppnishindranir í tengslum við útboð á opinberum innkaupum á vöru, þjónustu og verklegum framkvæmdum

Hér á eftir verða rakin með einföldum hætti þau atriði sem opinberir aðilar ættu að vera á varðbergi gagnvart við framkvæmd opinberra útboða. Í gátlista þessum er að finna lýsingu og dæmi um helstu aðferðir sem fyrirtæki beita við samráð sín á milli, tillögur að framsetningu útboða og lista yfir vísbendingar um samráð. Gátlisti þessi er að verulegu leyti byggður á sambærilegum lista sem gefinn hefur verið út af Efnahags- og framfarastofnuninni. Listinn er ekki tæmandi.

Samkeppniseftirlitið hvetur þá opinberu aðila sem sjá um framkvæmd útboða til að hafa samband við eftirlitið, vakni grunur um að bjóðendur hafi sammælst um að draga úr samkeppni. Ítarlegri útlistun á réttum viðbrögðum við grunsemdum um samkeppnislagaþrot má finna hér á eftir.

Í liðum 2-7 hér fyrir neðan eru gefin dæmi um helstu aðferðir sem beitt er við samráð. Mikilvægt er að taka fram að ekki er útilokað að aðilar sem eiga með sér ólögmætt samráð noti fleiri en eina af þessum aðferðum á sama tíma. Í lið 8 er tekið fram hvernig best sé fyrir kaupendur að bregðast við, vakni hjá þeim grunur um ólögmætt samráð viðsemjenda sinna.

1. Þegar tilboðum er skilað inn

Ýmis mynstur við tilboðsgerð eða tilboðsgjöf koma ekki vel heim og saman við það sem vænta má á virkum samkeppnismarkaði og geta verið vísbending um ólögmætt samráð bjóðenda. Því er æskilegt að kaupendur í útboðum hafi augun hjá sér og fylgist með hvort sérkennileg mynstur verði til í tilboðum fyrirtækja og hvernig og hvaða fyrirtæki nái samningum og hvaða fyrirtæki nái þeim ekki. Þegar bjóðendur hafa undirverktaka í þjónustu sinni eða þegar þeir stunda sameiginlegan rekstur (e. joint venture) án þess að greina frá því opinberlega er rétt að kaupendur sýni sérstaka gætni í samningum og gaumgæfi sérstaklega tilboð bjóðenda.

Jafnframt er rétt að viðhafa sérstaka varúð þegar um er að ræða fákeppnismarkaði með miklum aðgangshindrunum enda er þar meiri hættu á að keppinautar samhæfi stefnu sína en á öðrum mörkuðum.

Sem dæmi um vísbendingar um ólögmætt samráð mætti nefna eftirfarandi:

- Sama fyrirtækið gerir oftast lágsta tilboðið.
- Það er landfræðileg skipting á því hvaða fyrirtæki ná samningum í útboðum. Sum fyrirtæki skila tilboðum sem leiða til samninga aðeins á vissum svæðum.



- Fyrirtæki gera ekki tilboð í ákveðið verk, vöru eða þjónustu, þrátt fyrir að búast hafi mátt við tilboði frá þeim. Viðkomandi fyrirtæki halda áfram að gera tilboð í öðrum útboðum.
- Fyrirtæki draga tilboð sín óvænt til baka.
- Ákveðin fyrirtæki skila ávallt inn tilboði sem ekki er tekið.
- Samkomulag virðist vera milli fyrirtækja um að skiptast á að skila inn lægsta og hagstæðasta tilboðinu og ná samningum við útbjóðendur.
- Tvö eða fleiri fyrirtæki leggja inn sameiginlegt tilboð, jafnvel þó a.m.k. annað fyrirtækið hefði getað lagt fram tilboð á eigin spýtur.
- Sá sem skilar inn lægsta tilboðinu ræður aðra tilboðsgjafa ítrekað sem undirverktaka.
- Samningar nást ekki milli þess bjóðanda sem skilar inn hagstæðasta tilboðinu og kaupanda. Síðar kemur í ljós að bjóðandinn er undirverktaki þess sem átti það tilboð, sem var tekið.
- Keppinautar hittast reglulega eða halda fundi stuttu áður en tilboð eru opnuð.

2. Fylgiskjöl með tilboðum

Finna má ýmsar vísbendingar um ólögmett samráð í fylgiskjölum tilboða. Þó að fyrirtæki sem eiga með sér samráð um tilboðssvik reyni að halda slíku leyndu, getur kæruleysi, grobb eða sektarkennd samsærismanna leitt til þess að þeir skilji eftir sig vísbendingar sem að lokum koma upp um athæfið. Mælt er með því að kaupendur beri öll tilboðsskjöl vandlega saman og leiti að vísbendingum sem benda til þess að tilboðin hafi verið búin til af sama fólkinu eða unnin í sameiningu. Má sem dæmi nefna:

- Sömu mistökin eru gerð í tilboðsgögnum frá fleirum en einum bjóðanda, t.d. innsláttar- og stafsetningarvillur.
- Meðal tilboðsgagna frá fleirum en einum bjóðanda eru skjöl sem eru með handrituðum upplýsingum sem hafa verið færð inn með sömu eða mjög líkri rithönd. Tilboðsgögnin hafa að geyma skjöl með sömu leturgerð, sama bréfsefni eða sams konar formi og töflum.
- Tilboð eins bjóðanda vísar til tilboðs keppinautar hans eða hefur sama bréfhaus og hann eða sama faxnúmer.
- Tilboð frá ólíkum bjóðendum hafa að geyma sömu reiknivillurnar.
- Nákvæmlega sama kostnaðarmat kemur fram um umtalsverðan hluta kostnaðarliða í tilboðum frá ólíkum bjóðendum.
- Tilboðsgögn frá ólíkum fyrirtækjum eru með póststimpli úr sömu póstvélinni.
- Tilboðsgögn frá ólíkum fyrirtækjum hafa að geyma fjölda af leiðréttingum sem bersýnilega hafa verið unnar á síðustu stundu, svo sem með því að nota strokleður eða með öðrum breytingum á skjölunum.
- Tilboðsgögn frá ólíkum fyrirtækjum eru ekki unnin af þeirri nákvæmni sem vænst er eða er nauðsynleg eða þau bera með sér aðrar vísbendingar um að þau hafi ekki verið unnin af alvöru.
- Tilboð tveggja eða fleiri bjóðenda eru nákvæmlega eins, eða verðið sem bjóðendur bjóða hækkar með reglubundnum hætti.



Vakni grunur um samráð á grundvelli einhvers ofantalinna atriða við yfirferð útboðs er mikilvægt að kaupendur haldi til haga öllum fylgigögnum og geymi þau. Á það almennt við að heppilegast er að geyma sem mest af gögnum til þess að koma megi auga á hugsanlegt samráð.

3. Verðlagning

Hægt er að styðjast við innsend tilboð til að afhjúpa samráð. Huga skyldi að því hvort mynstur sé í tilboðunum sem bent gæti til þess að fyrirtækin samræmi hegðun sína svo sem með verðhækkunum sem ekki er unnt að skýra með kostnaðarhækkunum. Þegar tilboðin, sem ekki er tekið, eru mikið hærri en það tilboð sem kaupandi tekur, kann að vera að bjóðendur hafi beitt aðferð sem kalla mætti forsíðuaðferð (e. cover bidding scheme) og felst í einfaldri verðhækkun annarra tilboða en þess tilboðs sem samráðsfyrirtækin vilja að verði lægsta tilboðið. Algengt er í slíkum tilfellum að sá sem skilar inn herra tilboði vinni tilboð sitt með þeim hætti að hafa það t.d. 10% herra en lægsta tilboðið. Tilboð, sem eru hærri en kostnaðaráætlun eða hærri en fyrri tilboð í sambærilegum útboðum, getur jafnframt verið vísbending um samráð. Ráðlagt er að hafa auga með eftirfarandi atriðum:

- Skyndileg og samskonar verðhækkun eða hækkun á verðbilum í tilboðum bjóðenda, sem ekki skýrast af auknum kostnaði.
- Afslættir og endurgreiðslur sem búist var við eru óvænt dregnar til baka.
- Þegar verðlagning er eins hjá bjóðendum og eitt af eftirfarandi atriðum á við er sérstök ástæða til nánari athugunar á málsatvikum:
 - Verð bjóðenda hefur verið eins um langa hríð.
 - Verð bjóðenda var áður mishátt.
 - Bjóðendur hafa hækkað verð og verðhækkunin skýrist ekki af auknum kostnaði.
 - Bjóðendur afnema afslætti. Sér í lagi þegar svo háttar til að á viðkomandi mörkuðum er hefð fyrir afsláttum.
- Mikill verðmunur er á milli þess tilboðs sem tekið er og annarra tilboða.
- Tilboð ákveðins bjóðanda er í ákveðnu tilviki mun herra en tilboð hans í öðru áþekku útboði.
- Tilboð bjóðenda lækkar mikið þegar nýr keppinautur eða keppinautur sem gerir sjaldan tilboð kemur til leiks, þ.e. þessi óvænti keppinautur virðist trufla samráð á milli annarra bjóðenda.
- Bjóðendur gera herra tilboð í útboði þar sem afhenda skal vöru eða þjónustu heima í héraði en þeir gera þegar afhenda skal vöru eða veita þjónustu á öðru starfssvæði en bjóðendur starfa alla jafna á.
- Bjóðendur, sem eru staðsettir langt hver frá öðrum tilgreina sama eða áþekkan flutningskostnað í tilboðum sínum.
- Aðeins einn bjóðandi hefur samband við heildsala til að afla upplýsinga um heildsöluverð áður en tilboð eru lögð fram.
- Óvænt einkenni í opnum uppboðum, t.d. rafrænum uppboðum, geta birst í tilboðum sem fela í sér óvenjulegar fjárhæðir í samhengi, þar sem vænta mætti að fjárhæðir stæðu í sléttum hundruðum eða þúsundum. Slíkt getur bent til þess að bjóðendur notist við hin opnu og opinberu tilboð sem vettvang til samráðs, þ.e. til að skiptast á upplýsingum og til að gefa vilja sinn til kynna.



4. Yfirlýsingar bjóðenda

Gæta skal sérstaklega að grunsamlegum staðhæfingum bjóðenda sem benda til þess að þeir hafi náð samkomulagi eða samræmt verð sitt eða söluaðferðir.

- Munnlegar eða skriflegar tilvísanir í samkomulag milli bjóðenda.
- Staðhæfingar þar sem bjóðendur réttlæta verðlagningu sína með tilvísunum til almenns markaðsverðs eða gangverðs á viðkomandi markaði.
- Staðhæfingar sem benda til þess að ákveðnir bjóðendur selji ekki á ákveðnum markaðssvæðum eða selji ekki tilteknum kaupendum.
- Staðhæfingar sem benda til þess að ákveðin svæði eða kaupendur „tilheyri“ öðrum bjóðanda.
- Staðhæfingar, sem benda til þess að bjóðandi hafi mjög snemma vitneskju um verðstefnu og tilboð keppinautar, eða upplýsingar um gengi þess fyrirtækis í samkeppni áður en upplýsingar um niðurstöðu samkeppninnar eru gerðar opinberar.
- Staðhæfingar sem benda til þess að bjóðandi hafi aðeins lagt inn tilboð til málamynda.
- Margir bjóðendur útskýra verðhækkanir sínar með sömu hugtökum og orðalagi.
- Kynningar- og upplýsingabréf frá bjóðendum þar sem þeir neita að fylgja eftir ákveðnum útboðsskilmálum eða vísað er til samræðna sem hafa átt sér stað, t.d. á vettvangi fagfélags.

Erlendis tíðkast víða að óskað sé eftir staðfestingu bjóðenda á því að tilboð þeirra sé lagt fram í fullri alvöru og óháð öðrum tilboðum. Áskilnaður um slíkar yfirlýsingar kann að draga úr líkum á tilboðssvikum.

Verðsamráð hefur á stundum farið fram á vettvangi fagfélaga. Má sem dæmi nefna umræður um verðlagsmálefni aðildarféлага Félags Íslenskra Stórkaupmanna sem fjallað var um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 5/2009 *Brot Félags Íslenskra Stórkaupmanna á 12., sbr. 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005* og ákvörðun nr. 5/2006 *Ólögmaett samráð innan Félags Íslenskra Hljómlistarmanna vegna útgáfu gjaldskrár fyrir organistadeild félagsins*.

5. Atferli bjóðenda

Leitið eftir tilvísunum í fundi eða atburði þar sem bjóðendur hafa hugsanlega haft tækifæri til að ræða verðlagningu sín á milli. Fylgist einnig með hvort hegðun fyrirtækis kunni að vera þannig að einhverju leyti, að hún gagnist eingöngu öðrum fyrirtækjum. Grunsamleg hegðun fyrirtækja getur m.a. tekið á sig eftirfarandi myndir:

- Bjóðendur hittast í einrúmi áður en tilboð eru lögð fram, stundum í nágrenni þess staðar þar sem tilboðum er skilað inn.
- Bjóðendur hittast reglulega á mannamótum eða virðast halda reglulega fundi.
- Fyrirtæki óskar eftir útboðsgögnum fyrir sitt leyti en einnig fyrir hönd keppinautar.



- Fyrirtæki skilar inn tilboði annars bjóðanda um leið og það skilar sínu eigin tilboði ásamt viðeigandi skjölum.
- Tilboði er skilað inn af hálfu fyrirtækis sem er óhæft til að efna samninginn.
- Fyrirtæki kemur með mörg tilboð með sér við opnun tilboða og velur tilboðspakka eftir að starfsmenn þess hafa reynt að átta sig á hvaða önnur fyrirtæki leggja fram tilboð.
- Nokkrir bjóðendur senda kaupendum eða innkaupafyrirtækinu svipaðar fyrirspurnir, óskir eða gögn.

6. Hvernig má fyrirbyggja ólögmætt samráð?

Ofangreind atriði geta sterklega bent til þess að bjóðendur eigi með sér ólögmætt samráð og tilboðssvik í opinberum útboðum. Þó að bjóðendur hagi sér með áþekkingu hætti og hér er lýst er það ekki nauðsynlega staðfesting á því að þeir séu sek um brot á samkeppnislögum. Til dæmis getur verið að fyrirtæki bjóði ekki í tiltekið verk vegna annríkis hjá fyrirtækinu. Há tilboð geta einnig endurspeglad mismunandi kostnaðarmat vegna viðkomandi verkefna. Þrátt fyrir það er grundvöllur fyrir nánari athugun, m.a. þegar vart verður grunsamlegs mynsturs í tilboðum og hegðun bjóðanda. Reglubundið atferli bjóðenda yfir ákveðinn tíma veitir oft betri vísbendingu um ólögmætt samráð en eitt einstakt tilvik. Því er mikilvægt að halda vel utan um allar upplýsingar og varðveita gögn svo hægt sé að sýna fram á ákveðið hegðunarmynstur sem nær yfir lengri tíma.

Grípa má til ýmissa aðgerða til að reyna að koma í veg fyrir að ólögmætt samráð eigi sér stað eða til að takmarka tjón af völdum þess:

- Vera meðvitaður um kostnaðarverð sem tilboð byggir á.
- Leitast við að allir utanaðkomandi ráðgjafar skrifi undir yfirlýsingu um þagnarskyldu og að öll frávik í útboðsferlinu verði tilkynnt án tafar.
- Gjalda varhug við að auglýsa útboð meðal of lítils hóps til að koma í veg fyrir að mögulegir bjóðendur verði útilokaðir.
- Sleppa ónauðsynlegum skilyrðum sem geta útilokað t.a.m. erlenda bjóðendur.
- Ófyrirsjáanleiki skapar óróa meðal samráðsaðila. Því skyldi t.d. gæta þess að auglýsa ekki í mjög þröngum hópi þannig að allir þeir sem auglýsingin beinist að viti hverjir aðrir sjái auglýsinguna.
- Gott getur verið að skipta útboðum upp í nokkur minni útboð ef kostur er á slíku. Þannig getur mögulegum bjóðendum fjölgað, en ekki er víst að allir bjóðendur hafi fjárhagslegt bolmagn til að taka verkefnið að sér ef það er óskipt.
- Gera skal bjóðendum erfitt fyrir að hafa samskipti sín á milli meðan tilboðsfrestur stendur. Til dæmis má meta hvort rétt sé að gera bjóðendum skylt að greina frá öllum munnlegum og skriflegum samskiptum við keppinauta sína meðan tilboðsfrestur varir.
- Hafa samband við aðila sem vænst var að tækju þátt í útboðinu en tóku ekki þátt í þetta sinn og leita nánari skýringar á því af hverju þeir voru ekki með.
- Halda kynningu fyrir starfsmenn um helstu merki ólögmæts samráðs, svo þeir læri að átta sig á helstu vísbendingum um slíkt.
- Halda utan um öll skjöl sem tengjast útboðinu, samskipti, minnisblöð o.fl.



- Halda til haga nákvæmri lýsingu á grunsamlegri hegðun og yfirlýsingum bjóðenda, mikilvægum dagsetningum, yfirliti yfir hver var viðstaddur fundi og hvað nákvæmlega fór fram. Skrifu niður minnisatriði á viðburðinum sjálfum eða rétt eftir hann, meðan atburðir eru ennþá í fersku minni.
- Hafa þekkingu á viðeigandi lagaumhverfi og reglum um ólöglegt samráð, sbr. 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

7. Til hvaða aðgerða skal grípa vakni grunur um ólöglegt samráð bjóðenda við opinbert útboð?

- Ekki láta neina bjóðendur vita af grunsemdum um ólöglegt samráð við gerð tilboðs, hvorki þá sem grunaðir eru um samráð né aðra bjóðendur.
- Hafa strax samband við Samkeppniseftirlitið.
- Meta hvort ráðlegt sé að halda áfram með útboð, eftir að hafa fengið lögfræðilega ráðgjöf.