

Advokatfirmaet Schjødt AS

Postboks 4104 Dreggen  
5835 Bergen

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/1459 - 30  
MAB BIBR 548.7

Saksbeh.:

Dato: 02.06.2006

### Avgjørelse A2006-40

## ■ Ragn-Sells AS - konkurranseloven § 12, jf. § 11 - avslag på anmodning om å gripe inn mot TH Paulsen AS

Konkurransetilsynet viser til tidligere korrespondanse og kontakt i sakens anledning, herunder Deres henvendelse av 15. juni 2005.

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av henvendelsen vurdert om Bergen Interkommunale Renovasjonsselskap AS (heretter BIR) ved datterselskapet TH Paulsen AS (heretter TH Paulsen) har drevet konkurranseskadelig underprising i strid med konkurranseloven<sup>1</sup> § 11.

Konkurranseskadelig underprising vil kunne foreligge dersom et foretak har priset sine varer/tjenester på en måte som er tapsbringende. For å kunne avdekke dette, er det nødvendig med en detaljert vurdering av kostnader og inntekter i det aktuelle selskapet. Konkurransetilsynet har i nærværende sak foretatt en sammenligning av den merkostnad og merinntekt som følger av at TH Paulsen ble tildelt anbudsoppdraget utlyst 20. april 2005 av BIR Privat AS (heretter BIR Privat). Tilsynet har funnet at merinntekten overstiger merkostnaden og at det således ikke kan konstateres noe brudd på konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet finner derfor ikke grunnlag for å forfølge saken videre.

### Sakens bakgrunn

Norsk Gjenvinning AS (heretter Norsk Gjenvinning) kontaktet 7. september 2004 Konkurransetilsynet vedrørende BIRs virksomhet i konkurranseutsatte markeder. BIR har legalt monopol på håndtering av husholdningsavfall i sine eierkommuner, mens det i markedet for næringsavfall er konkurranse om å tilby tjenestene. Norsk Gjenvinning, Ragn-Sells AS (heretter Ragn-Sells) og Franzefoss Gjenvinning AS (heretter Franzefoss) har gjort gjeldende at konkurransesituasjonen for private tilbydere av avfallstjenester i Bergensområdet er vanskelig, fordi BIR som et offentlig renovasjonsselskap, både har virksomhet innenfor et skjermet marked (husholdningsavfall) og innenfor et konkurranseutsatt marked (næringsavfall). Dette kan legge forholdene til rette for krysssubsidiering mellom skjermet og konkurranseutsatt virksomhet, samt konkurranseskadelig underprising i det konkurranseutsatte markedet.

De ovennevnte selskaper har overfor Konkurransetilsynet anført at BIR tar en så lav pris i konkurransemarkedet at de private aktørene ikke finner det lønnsomt å konkurrere. Etter det opplyste gjenvinner BIR det tapte ved å sette en høyere pris i den delen av virksomheten som ikke er utsatt for konkurranse fra andre foretak.

<sup>1</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

På bakgrunn av henvendelser fra private aktører og informasjon mottatt under saksbehandlingen, vurderte Konkurransetilsynet det dit hen at den nåværende organiseringen av BIR og anbudsregimet kunne ha uheldige konkurransemessige virkninger i avfallsmarkedet i Bergensområdet. I en påpekning<sup>2</sup> datert 10. oktober 2005 anmodet derfor Konkurransetilsynet BIRs eierkommuner om å vurdere tiltak som skal sikre konkurranse på like vilkår i dette markedet, herunder strukturelle endringer i BIRs organisering, samt endringer i organiseringen av anbudsprosessene. I etterkant av denne påpekningen har kommunenes eierutvalg opplyst at de vil vurdere slike tiltak. Denne prosessen pågår fortsatt.

Det understrekes at nærværende avslag ikke på noen måte endrer Konkurransetilsynets oppfatning vedrørende de prinsipielle problemstillingene som ble tatt opp i påpekningen av 10. oktober 2005.

### **Nærmere om anbudskonkurransen**

BIR Privat inviterte 20. april 2005 til åpen anbudskonkurranse på sortering og pressing av papir, totalt cirka 17-18 000 tonn/år. Kontrakten har en varighet på to år, med oppstart i januar 2006. Oppdragsgiver har opsjon til å forlenge avtalen etter kontraktsperiodens utløp.

Papiret er kildesortert husholdningsavfall. Oppdragsgiver med underleverandører samler inn og leverer papiret hos oppdragstakers mottak, mens oppdragstaker er ansvarlig for eventuell transport fra mottaket til sorteringsanlegget. Oppdragstakers mottak må ligge innenfor et bestemt geografisk område (ytterpunkt er Åsane, Lille Sotra og Fana) definert av BIR Privat i konkurransegrunnlaget. Angitte enhetspriser inkluderer all transport fra mottak til og med opplastning av ferdig sortert og presset papir på materialgjenvinners kjøretøy. Anbudskonkurransen omfattet flere alternativer, som blant annet varierte med hensyn til aktivitetsomfang og eiendomsretten til avfallet.

Det var tre tilbydere i anbudskonkurransen, Ragn-Sells, Norsk Gjenvinning og TH Paulsen. Det mest prisgunstige tilbudet ble inngitt av TH Paulsen, som derfor ble tildelt total kontrakt. Vedtak ble fattet av styret i BIR Privat 15. september 2005. Ved det valgte alternativet tilfaller eiendomsretten til papiret, oppdragstaker. Total mengde papir er cirka 18 000 tonn årlig.

Ifølge Ragn-Sells var pristilbudet fra TH Paulsen så mye lavere enn konkurrentenes at dette måtte skyldes krysssubsidiering og ulovlig underprising. Ragn-Sells har for det første anført at de private tilbyderne hadde priset seg lavt i forhold til deres relevante kostnader ("ned mot kostpris for moderne anlegg") for å hindre at kontraktene skulle tapes på økonomi. Dernest at TH Paulsen manglet nødvendig erfaring med papirsortering, i motsetning til konkurrentene Ragn-Sells og Norsk Gjenvinning, som frem til da hadde delt på oppdraget for BIR Privat. TH Paulsen var i tillegg avhengig av å bygge et nytt sorteringsanlegg for papir for å oppfylle kontrakten.

### **Foretatte undersøkelser**

Konkurransetilsynet sendte ut spørsmålsbrev til TH Paulsen 11. november 2005 med tre ukers svarfrist. På forespørsel ble fristen forlenget til 16. desember d.s. I tillegg har tilsynet innhentet ytterligere informasjon fra selskapet.

Videre har Konkurransetilsynet også innhentet informasjon og kalkyler fra Ragn-Sells og Norsk Gjenvinning, samt avholdt møte med Ragn-Sells. Tilsynet har fått tilsendt Bergen kommunes innkjøpsavdelings interne vurderinger vedrørende den aktuelle anbudskonkurransen. I tillegg har Konkurransetilsynet mottatt opplysninger fra TH Paulsens leverandør av automatisk papirsorteringsutstyr og fra Stena Scanpaper AB.

### **Beskrivelse av berørte foretak**

BIR er et interkommunalt aksjeselskap eid av kommunene Askøy, Bergen (80 % av aksjene), Fusa, Kvam, Os, Osterøy, Samnanger, Sund og Vaksdal. BIR omsatte for NOK 366,8 millioner i 2004.

---

<sup>2</sup> Påpekning – konkurranseloven § 9 første ledd e) – konkurransebegrensende virkninger av dagens organisering av BIR AS og anbudsregimet.

BIR har organisert sin virksomhet i flere datterselskaper. BIR Privat er et heleid datterselskap av BIR og har ansvaret for eierkommunenes lovpålagte aktiviteter innen avfall, det vil si håndtering av husholdningsavfall, herunder innsamling, gjenvinning og behandling. BIR setter deler av håndteringen av husholdningsavfall ut på anbud. BIR Transport AS driver med innsamling av husholdningsavfall, og hører altså inn under monopoldelen.

BIR Bedrift AS, som driver med innsamling og behandling av næringsavfall, hører til den konkurranseutsatte delen av BIR og omsatte for NOK 46,7 millioner i 2004. BIR Bedrift har to datterselskaper. Det ene er heleide TH Paulsen (lokalisert på Lønningen i Fana) som driver med innsamling og sortering av næringsavfall. TH Paulsen omsatte for NOK 10 millioner i 2004. Disse to selskapene har til sammen 31 ansatte. Det andre datterselskapet er Retura Vest AS. Dette er et transportselskap som driver med innsamling av husholdnings- og næringsavfall (hovedsakelig anbud på kommunal renovasjon). BIR Bedrift eier 50 % av aksjene i sistnevnte selskap og har kontroll gjennom styrerepresentasjon. Også innenfor den konkurranseutsatt delen finner vi Bossug AS (50 %) og BIR Avfallsbehandling, som har forbrenningsanlegg for avfall og stasjon for farlig avfall. BIR Avfallsbehandling har ett datterselskap, Mjelstad Miljø AS.

Ragn-Sells er en totalleverandør av tjenester knyttet til innsamling, transport og gjenvinning av restprodukter og avfall. Selskapet utfører husholdningsrenovasjon i fire kommuner, blant annet Oslo, og har virksomhet i store deler av Norge. Selskapet tilhører konsernet Ragn-Sells som har virksomhet i Sverige, Norge, Danmark, Estland, Polen og Latvia. Ragn-Sells omsatte for NOK 374,5 millioner i Norge i 2004.

Norsk Gjenvinning (nytt navn etter 3. april 2006 er Veolia Miljø) eies av Onyx Norway AS. Norsk Gjenvinning tilbyr totalløsninger for håndtering av avfall fra næringslivet, offentlig virksomhet og husholdninger, blant annet innsamling, transport, sluttbehandling og rådgivning. Selskapet har virksomhet i hele Norge og håndterer over 800 000 tonn avfall i året, herunder 300 000 tonn returpapir. Selskapet har renovasjonskontrakter med 80 kommuner, som gjelder innsamling av husholdningsavfall. Årlig omsetning er ca NOK 1,3 milliarder.

Franzefoss er totalleverandør innen avfallshåndtering og har virksomhet blant annet innen næringsavfall og farlig avfall over store deler av Norge. Selskapet har ikke aktivitet innenfor papirhåndtering i Bergen.

### **Markedet for avfallstjenester**

Markedet for avfallstjenester har en rekke særtrekk som følger av bestemmelser i forurensningsloven med tilhørende forskrifter.

Avfallshåndtering kan deles inn i tre hovedaktiviteter:

1. Innsamling og transport
2. Mottak og sortering av innsamlet avfall
3. Avfallsbehandling, herunder kompostering av organisk materiale, forbrenning, gjenvinning og deponering.

Videre skiller forurensningsloven § 27 mellom husholdningsavfall og næringsavfall. Avfallsdefinisjonen i forurensningsloven ble endret med virkning fra 1. juli 2004. Lovendringen innførte nye begreper og en ny grensdragning mellom kommunalt og privat ansvarsområde ved at begrepene forbruksavfall og produksjonsavfall ble erstattet med henholdsvis husholdningsavfall og næringsavfall.

### **Legalt monopol**

Kommunene har enerett og plikt til å håndtere husholdningsavfall og spesialavfall, mens håndtering av næringsavfall er åpent for konkurranse, jf. forurensningsloven §§ 30-32. Kommunene har i de fleste tilfeller overlatt ansvaret for renovasjonstjenestene til kommunale eller interkommunale foretak eller aksjeselskap. Kommunene kan velge å konkurranseutsette hele eller deler av

avfallshåndteringen. Dette gjøres etter regelverket for offentlige anskaffelser. En del kommuner har inngått kontrakt med private aktører vedrørende håndtering av husholdningsavfallet.

### **Selvkostprinsippet**

Etter gjeldende regelverk er kommunen pålagt å fastsette avfallsgebyrer til dekning av enhver kostnad knyttet til avfallshåndtering som kommunen etter forurensningsloven er pålagt å ta hånd om, jf. forurensningsloven § 34. Dette innbefatter alle kostnader ved innsamling og behandling av husholdningsavfall, inkludert kapitalkostnader. Renovasjonsgebyret som husholdningene skal betale skal beregnes etter selvkostprinsippet, så gebyret må ikke overstige kommunens kostnader for håndtering av husholdningsavfall.<sup>3</sup> Krysssubsidiering mellom monopoldel og konkurranseutsatt del er altså forbudt i henhold til forurensningsloven. Eventuelle brudd på dette regelverket håndheves av forurensningsmyndighetene.

### **Konkurranselovens anvendelse**

Konkurranseloven § 11 lyder som følger:

*Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.*

*Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i*

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. I følge forarbeidene til konkurranseloven<sup>4</sup> vil praksis om de tilsvarende forbudene i EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54 veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av omfanget av konkurranseloven § 11.

Konkurranseloven § 11 første ledd oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt. For det første må foretaket ha en "dominerende stilling," og for det andre må foretakets atferd innebære en "utilbørlig utnyttelse". Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling, men konkurranseloven § 11 setter visse grenser for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd virker hemmende på konkurransen.

For at en offentlig virksomhet som konkurrerer med privat virksomhet skal være omfattet av forbudet mot misbruk av dominerende stilling, må det ha en dominerende stilling i minst ett marked. Det er imidlertid ikke nødvendig at foretaket har dominerende stilling i samme marked som konkurransebegrensningen skjer<sup>5</sup>. Dette er viktig når det gjelder konkurranse mellom offentlige og private foretak, fordi det offentlige foretaket kan benytte sin stilling i et marked der det ikke er konkurranse, til å begrense konkurransen i et marked hvor det konkurrerer med private aktører.

Gjennom praksis under EU/EØS- reglene er det identifisert en rekke forskjellige typer atferd som kan anses om utilbørlig utnyttelse. Den foreliggende saken gjelder en type utilbørlig utnyttelse som omtales som konkurranseskadelig underprising, også kalt predasjonsprising/rovprising. Konkurransetilsynet har, som det vil fremgå nedenfor, kommet til at det ikke foreligger konkurranseskadelig underprising i denne saken. Etersom samtlige vilkår i § 11 må være oppfylt

<sup>3</sup> SFT har utarbeidet en veileder om beregning av kommunale avfallsgebyr (TA-2001/2004).

<sup>4</sup> Ot.prp.nr 6 /2003-2004) s 68

<sup>5</sup> Sak C-333/94 Tetra-Pak II, premiss 2

for at det skal kunne konstateres en overtredelse, er det derfor ikke nødvendig å ta stilling til om BIR er dominerende i ett eller flere markeder.

### **Utilbørlig utnyttelse**

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som skader konkurransen i markedet. Det avgjørende er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.<sup>6</sup> Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen og den utilbørlige utnyttelsen.

Dominerende foretak vil kunne bruke sin markedsrett til å eliminere konkurransen og således styrke sin posisjon ytterligere. Konkurranseskadelig underprising er en form for elimineringsatferd som går ut på at det dominerende foretaket setter prisene på sine produkter så lavt at konkurrentene ikke finner det lønnsomt å møte konkurransen.

Underprising er i praksis ofte vanskelig å skille fra normal priskonkurranse. Dette fordi senking av priser også er et svært viktig element i konkurransen mellom aktører i markedet. Det er heller ikke nødvendigvis ulovlig underprising dersom lavere pris innebærer tap eller manglende profitt for selskapet over en kortere periode. Bruk av midlertidig lavere priser vil for eksempel være nødvendig for å innta et marked eller for å gjøre kundene kjent med et produkt.

Skillet mellom sunn priskonkurranse og forbudt konkurranseskadelig underprising er blitt presisert gjennom praksis fra EF-domstolen. EF-domstolen har slått fast at prisatferd som medfører en fare for at en minst like effektiv konkurrent blir presset ut av markedet, kan innebære utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling.

EF-domstolen<sup>7</sup> har videre oppstilt visse vilkår for at en slik atferd skal rammes av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i EF-traktatens artikkel 82. Konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EF-traktatens artikkel 82. Som nevnt vil praksis fra EF-domstolen veie tungt som rettskilde ved tolkning av konkurranseloven. Det som utgjør ulovlig underprising etter EF-traktatens artikkel 82, vil således være forbudt etter konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynet vil i samsvar med de prinsipper som kan utledes av AKZO-dommen<sup>8</sup> og Europakommisjonens avgjørelse i Deutsche Post-saken vurdere om BIR har drevet ulovlig underprising i nærværende sak. I analysen vil derfor tilsynet benytte begrepene ”merinntekt” og ”merkostnad”, hvor merinntekt er differansen i totale inntekter for selskapet med og uten oppdraget, og merkostnad er differansen i totale kostnader med og uten oppdraget.

Det kan videre vises til Konkurransetilsynets avgjørelse A2005-28 Reno-Vest<sup>9</sup>, hvor tilsvarende betraktninger er lagt til grunn.

### **Konkurransetilsynets vurdering**

Konkurransetilsynet har sammenliknet merkostnader og merinntekt for å avdekke om kontrakten er tapsbringende for TH Paulsen eller ikke. Merkostnadene er differansen i de totale kostnadene med og uten avtalen. I merkostnadsbegrepet tar tilsynet hensyn til at ressursene kan ha en alternativ anvendelse – for eksempel dersom det anføres at kostnadsøkningen er null på grunn av ledig kapasitet – hvilket kan bety at merkostnaden er høyere enn hva en kan lese direkte ut fra regnskapet.

---

<sup>6</sup> Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25, sak 311/84 Télémarketing, premiss 27 og sak C - Bronner, premiss 38.

<sup>7</sup> Se sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommisjonen (AKZO-dommen).

<sup>8</sup> Se sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommisjonen (AKZO-dommen).

<sup>9</sup> Avgjørelse A2005-28: Reno-Vest IKS - konkurranseloven § 12 første ledd, jf. § 11 – avslag på anmodning om påbud om opphør.

Konkurransetilsynet har i denne forbindelse foretatt en grundig gjennomgang selskapets regnskapstall og kalkyler i forbindelse med anbudet på sortering og pressing av papiravfall for BIR Privat. Tilsynet har i tillegg sammenlignet disse tallene med tall og opplysninger fra Ragn-Sells, Norsk Gjenvinning, Stena Scanpaper og TH Paulsens leverandør av automatisk papirsorteringsanlegg.

Konkurransetilsynet har også foretatt en sensitivitetsanalyse, der det er vurdert hvordan endring i enkelte forutsetninger slår ut i størrelsen på merkostnadene.

De konkrete beregningene som er gjort i denne saken bygger på tallmateriale som må anses for å være forretningshemmeligheter i henhold til forvaltningsloven<sup>10</sup> § 13 første ledd nr. 2, og beregningene er derfor unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven<sup>11</sup> § 5 a. Konkurransetilsynet vil imidlertid kort forklare hvilke poster som er vurdert, og hvordan tilsynet i prinsippet har vurdert hver post.

Følgende poster for TH Paulsens virksomhet ble gjennomgått med tanke på endring som følge av avtalen:

Inntekter:	Vurdering av inntekter fra avtalen ut fra pris per tonn. Ut fra prisene per tonn fremgår det at aktørene har verdsatt eierskap til avfallet forskjellig. Vurderingen er gjort både med og uten eierskap til avfallet.
Avskrivninger:	Vurdering av behov for nytt kapitalutstyr og forventet levetid (avskrivningstid). Det var variasjoner i avskrivningstid, og den som var mest brukt blant de forespurte aktørene ble lagt til grunn.
Rentekostnader:	For lovpålagte monopol tjenester legges SFTs veiledning til grunn: ”Kalkylerenten settes lik effektiv rente på norske statsobligasjoner med 3 års gjenstående løpetid, med et tillegg på 1 prosent (gjennomsnitt over året). Beregningen skal kompensere for kapital som er bundet opp, eventuelt kostnadene ved lånefinansiering av investeringene. <sup>12</sup> Imidlertid er TH Paulsen et eget selskap som konkurrer i et åpent marked og er derfor utsatt for markeds- og konkurrisiko ulikt for eksempel BIR Privat. En høyere risikojustert rentesats ble derfor lagt til grunn.
Lønn/personalkostnader:	Vurdering av økte lønnskostnader knyttet til behov for økning i personell.
Sentral administrasjon:	Dekning av en andel av felleskostnadene knyttet til avtalen.

Konkurransetilsynet har etter en konkret vurdering kommet til at merinntektene overstiger merkostnadene. Det bemerkes i denne forbindelse at tilsynet i sin analyse har vurdert merkostnadene som noe høyere enn det TH Paulsen har lagt til grunn i sin beregninger, men at merinntektene allikevel overstiger merkostnadene.

Som nevnt foran har Konkurransetilsynet også utført sensitivitetsanalyser, hvor det er undersøkt hvorledes TH Paulsens merkostnader varierer når man endrer på forutsetningene for kalkylen. Konkurransetilsynets analyser viser at endringer i noen av de grunnleggende forutsetningene kun fører til moderate svingninger i merkostnadene.

<sup>10</sup> Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

<sup>11</sup> Lov av 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven)

<sup>12</sup> SFTs ”Veileder om beregning av kommunale avfallsgebyr”, TA-2001/2003

### **Konkurransetilsynets konklusjon**

Konkurransetilsynet har foretatt en svært grundig vurdering av Ragn-Sells klage. Tilsynet anser det imidlertid som sannsynlig at de merinntekter som følger av TH Paulsens oppdrag overstiger merkostnadene. Konklusjonen er at avtalen *ikke* kan sies å være underpriset (ulønnsom) for BIR, og at det således *ikke* kan konstateres ulovlig underprising i strid med konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynet anser på bakgrunn av det ovennevnte saken som avsluttet.

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at De med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd kan påklage Konkurransetilsynets avgjørelse innen tre uker. Forvaltningslovens bestemmelser om klage i kapittel VI gjelder så langt de passer. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.