

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/980
MAB-M2 BIBR 548.0

Saksbeh.:

Dato: 10. oktober 2005

■ **Konkurranseloven § 9 første ledd e) - påpekning av konkurransebegrensende virkninger av dagens organisering av BIR AS og anbudsregimet**

Innledning

Vi viser til tidligere korrespondanse i saken, senest svarbrev fra BIR AS' eierkommuner datert 3., 4. 6. og 7. januar 2005. Konkurransetilsynet har som kjent mottatt henvendelser fra tre private aktører i avfallsbransjen i Bergensområdet, Norsk Gjenvinning AS, Franzefoss Gjenvinning AS og Ragn-Sells AS, vedrørende konkurransemessige problemer i denne sektoren. De mener at konkurransesituasjonen er vanskelig, fordi BIR som et offentlig renovasjonsselskap, både har virksomhet innenfor skjermet og konkurranseutsatt marked.

Konkurransetilsynet ber BIRs eierkommuner om å vurdere tiltak for å sikre konkurranse på like vilkår i avfallsbransjen i Bergen og omegn.

Forholdet til konkurranseloven

Konkurransetilsynet skal i henhold til konkurranseloven¹ § 9 første ledd e) føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å påpeke konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal det organ som forestår tiltaket, svare Konkurransetilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.

Sakens bakgrunn og problemstilling

I henhold til forurensningsloven² er det lovpålagt kommunal renovasjon for husholdninger, mens håndtering av næringsavfall er åpent for konkurranse. Kommunene har i de fleste tilfeller overlatt ansvaret for renovasjonstjenestene til kommunale eller interkommunale foretak eller aksjeselskap.

¹ Jf. Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

² Jf. Lov av 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).

Kommunene, eller det offentlige renovasjonsselskapet, kan velge å konkurranseutsette hele eller deler av avfallshåndteringen. Dette gjøres etter regelverket om offentlige anskaffelser³. En del kommuner har engasjert private aktører til å håndtere husholdningsavfallet. Også BIR setter deler av håndteringen av husholdningsavfall ut på anbud. BIR har organisert sin virksomhet i flere datterselskaper. BIR Privat AS har operativt ansvar for utførelsen av de lovpålagte oppgaver (innsamling, gjenvinning og behandling av husholdningsavfall). BIR Transport AS driver med innsamling av husholdningsavfall, og hører altså inn under monopoldelen. Innenfor konkurranseutsatt del finner vi Bossug AS (50 %), BIR Avfallsbehandling, som har forbrenningsanlegg for avfall og stasjon for farlig avfall, og BIR Bedrift AS, som driver med oppsamling, innsamling og behandling av avfall fra bedriftskunder. BIR Avfallsbehandling har ett datterselskap: Mjelstad Miljø AS. BIR Bedrift har to datterselskaper: TH Paulsen AS driver med innsamling av næringsavfall og har sorteringsanlegg for grovavfall. Retura Vest AS 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.

Denne kombinasjonen av monopol og konkurranse har ledet til en rekke tilfeller der private aktører klager på den offentlige aktørens atferd. Norsk Gjenvinning, Franzefoss Gjenvinning og Ragn-Sells hevder at konkurransesituasjonen for private tilbydere av avfallstjenester i Bergensområdet er vanskelig, fordi BIR som et offentlig renovasjonsselskap, både har virksomhet innenfor skjermet marked (husholdningsavfall) og innenfor konkurranseutsatt marked (næringsavfall). Dette kan muliggjøre krysssubsidiering mellom skjermet og konkurranseutsatt virksomhet, samt konkurranseskadelig underprising i det konkurranseutsatte markedet. Det hevdes at BIR tar en så lav pris i konkurransemarkedet at de private aktørene ikke kan konkurrere, og tar inn igjen tapet ved å sette høyere pris i den delen av virksomheten hvor de ikke har konkurranse.

Norsk Gjenvinning, Franzefoss og Ragn-Sells stiller også spørsmål ved om kommunenes anbudsarbeid er organisert på en hensiktsmessig måte og mener det er problematisk at dette er delegert til et aksjeselskap som selv er aktør både i monopol- og frikonkurransedelen av markedet. De hevder at når BIR selv står for anbudsprosessen, har BIR muligheten til å favorisere egne datterselskaper når disse er blant tilbyderne. Klagerne viser til flere eksempler på at oppdraget går til BIRs egne datterselskaper når selskapet lyser ut anbud.

Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet mener at det i utgangspunktet er positivt at offentlige selskaper konkurrerer med private selskaper. Det kan bidra til at den offentlige bedriften utnytter sine ressurser bedre, for eksempel ved å utnytte kapasitet som ellers ville stått ledig, noe som kan komme alle dets kunder til gode. Lave priser der hvor det offentlige selskapet møter konkurranse er ikke i seg selv ulovlig, men tvert imot en helt legitim respons på konkurransen fra private selskaper om å vinne kunder. Men dersom den offentlige aktøren setter en så lav pris at private aktører ikke er i stand til å konkurrere, kan det være misbruk av dominans og dermed forbudt i henhold til konkurranseloven § 11. Det understrekes at Konkurransetilsynet ikke har grunnlag for å hevde at BIR bryter lovens § 11, men vi vil gjøre nærmere undersøkelser for å avklare om det kan være tilfelle.

Det sentrale vurderingskriteriet er om selskapet har opptrådt i det konkurranseutsatte markedet på en måte som er tapsbringende. Fra en samfunnsøkonomisk synsvinkel er det et ressurstap forbundet med tapsbringende aktiviteter, og dette tapet må dekkes av andre i samfunnet. I saker med utilbørlig underprising er det ofte selskapets eksisterende kunder som må dekke et eventuelt tap i et konkurranseutsatt marked, og tilsvarende kan disse kundene få en gevinst dersom oppdraget er

³ Jf. Lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forskrift av 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser.

lønnsomt. Om det skulle vise seg at BIRs datterselskap ulovlig har underpriset tilbud for å presse konkurrentene ut av markedet, vil det være innbyggerne i BIRs eierkommuner som på sikt risikerer å få en høyere renovasjonsavgift enn de ellers ville ha fått.

Da underprising er vanskelig å avdekke, bør en vurdere å organisere offentlig virksomhet på en måte som reduserer mulighetene for en slik atferd. BIR understreker i brev til Konkurransetilsynet datert 7. januar 2005 at konsernet er organisert slik at det er et klart selskapsmessig skille mellom konkurranseutsatt og lovpålagt virksomhet. BIR fremhever videre at avtalene mellom morselskap og datterselskapene om kjøp og salg av tjenester er basert på markedspris. I praksis viser det seg imidlertid at dette ikke er tilstrekkelig til å hindre mistanker om krysssubsidierting og underprising, ettersom konkurrentene stadig reiser spørsmål ved anbudsprossessene.

Én mulighet er å hindre den offentlige aktøren i å konkurrere med private aktører. Dette er imidlertid et lite ønskelig tiltak ettersom det vil skape etableringsbarrierer i markedet for de offentlige aktørene, og dermed redusert konkurranse. Alternativt kan offentlig virksomhet som er i konkurranse med privat virksomhet, skilles ut i en egen juridisk enhet, som er styremessig, ledelsesmessig, personalmessig og funksjonelt atskilt fra den skjermede virksomheten. Det gjør det vanskelig for selskapet å pådra seg tap i den konkurranseutsatte delen, da det ikke lenger har mulighet til å dekke det inn ved høyere pris i monopoldelen. En ekspertgruppe nedsatt av Moderniseringsdepartementet og Konkurransetilsynet, anbefaler en slik utskillelse, og åpner for unntak kun i de tilfeller der det kan vises til at en oppsplitting fører til tap av synergieffekter (samdriftsfordeler). Se Von der Fehr *et al.*, 2005, *På like vilkår? En analyse av konkurranse mellom offentlige og private foretak*, rapport 1/2005 i Konkurransetilsynets skriftserie for en nærmere beskrivelse. Konkurransetilsynet støtter forslaget om økt transparens og tydeligere selskapsmessig skille og mener det kan bidra til å hindre ulovlig underprising. Det vil være i alle parters interesse at det utformes et rammeverk som bidrar til sunne konkurranseforhold.

Konkurransetilsynet anmoder derfor BIRs eierkommuner om å vurdere tiltak som kan styrke konkurransen i avfallsmarkedet, herunder strukturelle endringer i BIRs organisering, som styremessig, ledelsesmessig, personalmessig og funksjonelt skille.

Når det gjelder organiseringen av anbudsprossesser i forbindelse med konkurranseutsetting av kommunenes lovpålagte aktiviteter (håndtering av husholdningsavfall), hevder BIR at de i henhold til forurensningsloven ikke er pålagt å sette disse ut på anbud. Vi mener imidlertid det er positivt at dette gjøres. Det er viktig at anbudsarbeidet er organisert på en måte som sikrer reell konkurranse. Reell konkurranse sikres best ved at det sørges for at det er et formelt og reelt skille mellom den enhet som skal forestå anbudsprossessen, og den interne enhet som leverer anbud i konkurransen.

BIR og eierkommunene på sin side hevder i brev til tilsynet at de følger en instruks for konkurranseutsetting som fører til at det er vannrette skott mellom bestillerenhet og utførerenheter i BIR. Instruksen innebærer blant annet at styret i BIR Privat AS skal være ansvarlig for evaluering av innkomne tilbud, velge leverandør og inngå kontrakt med valgt leverandør. Styret kan også benytte eksterne konsulenter til å evaluere tilbud og innstille til valg av leverandør. Konkurransetilsynet synes det er positivt at BIR har foretatt grep som skal sikre at det ikke blir forskjellsbehandling mellom interne og eksterne tilbydere i anbudskonkurranser. Vi mener imidlertid at misnøyen fra de eksterne tilbyderne peker i retning av at de tiltak BIR har foretatt ikke er tilstrekkelig til å forhindre mistanke om at en slik forskjellsbehandling likevel finner sted. Vi understreker at tilsynet ikke har konkrete holdepunkter for å si at BIR bryter reglene eller instruksene for konkurranseutsetting. Vi mener imidlertid det er prinsipielt uheldig at anbudsarbeidet er organisert på denne måten og oppfordrer BIRs eierkommuner å vurdere alternative løsninger. Én mulighet er å skille forvaltningsoppgaver fra drift av BIR, spesielt når det

gjelder anbudsoppgaver. Disse kan flyttes til kommunene eller et eget forvaltningsorgan. Dette forhindrer ikke at BIR Privat fortsetter i sin nåværende form.

BIR og eierkommunene hevder at kommunene verken har kompetanse eller kapasitet til å gjennomføre anbudsprosessene. Konkurransetilsynet kan ikke se at det skal være forskjell på anskaffelse av tjenester i avfallssektoren og andre anskaffelser som kommunene foretar. En kommune vil ikke alltid ha tilstrekkelig kompetanse til å utarbeide kravspesifikasjoner og konkurransegrunnlag innenfor hvert fagfelt, men dette hindrer ikke kommunene i å skaffe seg denne kompetansen, enten ved å opprette brukergrupper, eller ved å benytte seg av eksterne konsulenter.

Bergen kommune har dessuten en samarbeidsavtale med mange av eierkommunene i BIR når det gjelder anskaffelse av varer og tjenester på andre områder. Konkurransetilsynet kan ikke se at der er forhold som tilsier at ikke eierkommunene på tilsvarende måte kan samarbeide om gjennomføringen av anbudskonkurranser for avfallstjenester.

Konklusjon

På bakgrunn av henvendelsene fra private aktører og informasjon som har kommet fram underveis i saken, er det Konkurransetilsynets vurdering at den nåværende organiseringen av BIR og anbudsregimet kan ha uheldige konkurransemessige virkninger i avfallsmarkedet i Bergensområdet. Vi vil derfor med dette anmode 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.

Med hjemmel i konkurranseloven § 9 første ledd e) gis eierkommunene en frist til 28. november 2005 for å redegjøre for hvordan de konkurransemessige hensyn i denne saken skal ivaretas.

Mottakere:

Bergen kommune, Byrådsavdeling for finans, kultur og næring

Askøy kommune

Fusa kommune

Kvam Herad

Os kommune

Osterøy kommune

Samnanger kommune

Vaksdal kommune

Sund kommune