



Offentlig versjon

Deres ref.:

Vår ref.: 2014/0345-79

Saksbehandler: Rebekka Søvik

Dato: 18.10.2016

Saksansvarlig: Ingrid Kjeldstad Gullaksen

Vedtak V2016-7 – offentlig versjon – Johny Birkeland Transport AS/Norva 24 AS – Lindum AS – vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. § 10

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om illeggelse av overtredelsesgebyr 16. mars 2016, Johny Birkeland Transport AS/Septik 24 AS sine merknader til varselet 2. mai og 5. oktober 2016 og Lindum AS sine merknader til varselet 4. mai 2016, samt til øvrig korrespondanse og kontakt i saken. Etter at Konkurransetilsynets varsel ble sendt, har Septik 24 AS blitt innfusjonert i Norva 24 AS.
- (2) Saken gjelder brudd på konkurranseloven¹ § 10 i form av samarbeid i anbudskonkurranse² utlyst av Bergen Vann KF i juni 2014 om utkjøring, behandling og sluthåndtering av slam fra fire kloakkrenseanlegg i Bergen kommune.
- (3) Konkurransetilsynet har funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Johny Birkeland Transport AS/Septik 24 AS og Lindum AS har samarbeidet om å inngi felles tilbud med felles pris i den aktuelle anbudskonkurransen til Bergen Vann KF, samt utvekslet konkurransesensitiv informasjon i forkant av innleveringen.
- (4) Samarbeidet eliminerte konkurransen mellom partene i anbudskonkurransen utlyst av Bergen Vann KF.
- (5) Partene var de eneste aktørene som var prekvalifiserte til å inngi tilbud i anbudskonkurransen. Det er Konkurransetilsynets vurdering at partene la dette til grunn ved fastsettelse av prisen i fellestilbudet. Samarbeidet har således ført til at partene kunne fastsette prisen uten nevneverdig risiko for å tape anbudskonkurransen.
- (6) Konkurransetilsynet finner at samarbeidet har hatt til formål å hindre, innskrenke eller vri konkurransen i strid med konkurranseloven § 10.

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

² Anskaffelsesprosedyren i utlysningen til Bergen Vann KF i mai 2014 var en konkurranse med prekvalifikasjon og forhandling, jf. kapittel 3.3. I vedtaket vil Konkurransetilsynet benytte begrepet "anbudskonkurranse" ettersom skillet mellom anskaffelsesprosedurene ikke vil ha betydning for vurderingene i denne saken.

- (7) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 10 besluttet å ilegge Johny Birkeland Transport AS/Norva 24 AS et samlet overtredelsesgebyr på 2 600 000 kroner og Lindum AS et overtredelsesgebyr på 3 900 000 kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om partene

2.1.1 Johny Birkeland Transport AS, Septik 24 AS og Norva 24 AS

- (8) Johny Birkeland Transport AS (heretter "Johny Birkeland Transport") ble stiftet i 1994.³
- (9) Selskapet er lokalisert i Sløvåg i Gulen kommune, og selskapets virksomhet omfatter blant annet innsamling, transport og behandling av slam fra septiktanker og fra renseanlegg.⁴ I perioden samarbeidet fant sted, disponerte Johny Birkeland Transport et behandlingsanlegg for slam i Sløvåg.⁵
- (10) Frem til november 2015 besto styret av styreleder A3, daglig leder A1 og tidligere daglig leder A2.⁶
- (11) Ifølge årsregnskapet hadde Johny Birkeland Transport en omsetning på 118 221 000 kroner i 2015.⁷
- (12) Septik 24 AS (heretter "Septik 24") ble stiftet i 2002.⁸
- (13) I perioden samarbeidet mellom partene fant sted, eide Septik 24 50 prosent av aksjene i henholdsvis Johny Birkeland Transport og Miljøservice AS⁹ (heretter "Miljøservice"), og 100 prosent av aksjene i Miljøkompost AS¹⁰ (heretter "Miljøkompost"). I aksjonæravtalen mellom aksjonærene i Septik 24 var det avtalt at [REDACTED].¹¹

Vedlegg 1 Aksjonæravtale for Septik 24 1. juni 2014

- (14) Septik 24 sin virksomhet omfattet bedriftsrådgivning og annen administrativ rådgivning. I styrets årsberetning for 2014 er det inntatt følgende beskrivelse av selskapets virksomhet: *"Septik24 as (morselskap) tilbyr konsulent- og administrasjonstenester relatert til økonomi, reknskap, anbodstenester, forretningsutvikling, organisasjonsutvikling, drift og utleige av programvare til selskap som inngår i Septik24-konsernet. Verksemda utøver og aktivt eigarskap og utvikling av dotter- og tilknytta selskap. Septik24-konsernet er leiande leverandør av Septik-relaterte tenester i Noreg og har kontrakter i nærare 140 kommunar."*

Vedlegg 2 Styrets årsberetning for 2014, Septik 24

- (15) Frem til november 2015 bestod styret i Septik 24 av styreleder og daglig leder A3 og styremedlemmene A2 og A5. A3 var daglig leder fra oppstart og frem til 16. september 2015.¹²

³ Organisasjonsnummer: 971 057 440. Forretningsadresse: Sløvågen 32, 5960 Dalsøyra.

⁴ Informasjon fra Johny Birkeland Transport sin hjemmeside som er tilgjengelig på <http://www.septik24.no/organisasjon-kontakt#3> (13. oktober 2016).

⁵ Konesjonen på anlegget tilhører Miljøkompost AS. Miljøkompost AS var i perioden heleid av Septik 24 AS, jf. avsnitt (13).

⁶ Fra 4. november 2015 består styret av styreleder Jon Nesje Grande og styremedlem Linda Hilligje Clazina Eikelenboom. Informasjon er hentet fra Brønnøysundregistrene.

⁷ Omsetningstall er hentet fra Brønnøysundregistrene.

⁸ Organisasjonsnummer: 985 200 041. Forretningsadresse: Grandevegen 13, 6783 Stryn.

⁹ Organisasjonsnummer: 952 362 445. Forretningsadresse: Grandevegen 13, 6783 Stryn.

¹⁰ Organisasjonsnummer: 913 543 734. Forretningsadresse: Grandevegen 13, 6783 Stryn. 10. september 2016 ble Miljøkompost innfusjonert i Johny Birkeland Transport AS, og er nå slettet fra Brønnøysundregistrene.

¹¹ Dette omtales nærmere i kapittel 5.4.2.2.

¹² Fra 4. november 2015 besto styret av styreleder Jon Nesje Grande og styremedlem Linda Hilligje Clazina Eikelenboom. Fra 16. september 2015 var Jon Nesje Grande daglig leder. Informasjon er hentet fra Brønnøysundregistrene.

- (16) Ifølge årsregnskapet hadde Septik 24 en omsetning på 7 663 000 kroner i 2015. Miljøservice hadde en omsetning på 116 666 000 kroner i 2015, og Miljøkompost hadde en omsetning på 1 642 000 kroner.¹³ Septik 24 ble gjort til morselskap i konsern fra 1. juni 2014.¹⁴
- (17) Norva 24 AS ("heretter Norva 24") ble stiftet i 2015.¹⁵
- (18) 1. november 2015 ble Septik 24, inkludert datterselskaper, kjøpt opp av Norva 24.¹⁶ I forbindelse med oppkjøpet ervervet Septik 24 100 prosent av aksjene i Johny Birkeland Transport AS. Deretter ervervet Norva 24 100 prosent av aksjene i Septik 24.

Vedlegg 3 E-post 17. desember 2015 fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

- (19) Septik 24 ble 3. september 2016 innfusjonert i Norva 24, og Septik 24 ble slettet fra Enhetsregisteret.¹⁷

Vedlegg 4 E-post 11. oktober 2016 fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

- (20) Ifølge årsregnskapet hadde Norva 24 en konsernomsetning på 146 419 000 kroner i 2015.¹⁸ Septik 24 og dets datterselskaper ble inkludert i konsernregnskapet fra og med 1. november 2015.¹⁹

2.1.2 Lindum AS

- (21) Lindum AS (heretter "Lindum") ble stiftet i 2001.²⁰
- (22) Selskapets virksomhet omfatter blant annet mottak og behandling av avløpsslam og deponering av avfall og forurensede masser.²¹
- (23) Selskapet er lokalisert i Drammen kommune og har behandlingsanlegg for slam på Øst- og Vestlandet.
- (24) I april 2011 kjøpte Lindum 51 prosent av aksjene i Bioplan AS (heretter "Bioplan") som var lokalisert i Odda og hadde behandlingsanlegg i Odda, Eidfjord og Florø.²² Etter oppkjøpet endret Bioplan navn til Lindum Bioplan AS²³ (heretter "Lindum Bioplan").
- (25) Lindum ble 100 prosent eier av Lindum Bioplan 30. desember 2013.
- (26) De respektive styrever for Lindum og Lindum Bioplan vedtok i april 2014 en fusjonsplan for selskapene, og fusjonen ble endelig vedtatt 3. september 2014.

Vedlegg 5 Brev 8. oktober 2015 fra Advokatfirmaet Thommessen AS

- (27) Lindum Bioplan ble innfusjonert i Lindumkonsernet 13. september 2014.²⁴
- (28) Styret i Lindum består av styreleder Olav Volldal og styremedlemmene B2, Finn Egil Holm, Hanne Margrete Lenes Solem, Janicke Poulsen Garmann, B4, Marit Lund, Per-Øivin Lund. B1 er administrerende direktør i selskapet.²⁵
- (29) Ifølge årsregnskapet hadde Lindum en omsetning i 2015 på 363 653 000 kroner.²⁶ Konsernets omsetning i 2015 var på 415 560 000 kroner.²⁷

¹³ Omsetningstall er hentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁴ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁵ Organisasjonsnummer: 914 881 463. Forretningsadresse: Grandevegen 13, 6783 Stryn.

¹⁶ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁷ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁸ Omsetningstall er hentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁹ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

²⁰ Organisasjonsnummer: 979 618 840. Forretningsadresse: Lerpeveien 155, 3036 Drammen.

²¹ Informasjon fra Lindums årsrapport for 2014, som er tilgjengelig på <http://lindum.no/om-oss/nokkeltall/> (13. oktober 2016).

²² Jf. Vedlegg 5.

²³ Organisasjonsnummer 989 186 752. Selskapet ble slettet fra Enhetsregisteret 13. september 2014.

²⁴ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

²⁵ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

²⁶ Omsetningstall er hentet fra Brønnøysundregistrene.

²⁷ Omsetningstall er hentet fra Brønnøysundregistrene.

- (30) Lindum er 100 prosent eid av Drammen kommune.

2.2 Om transport, behandling og sluttbehandling av slam for Bergen Vann

- (31) Det er en lovpålagt kommunal oppgave å ta imot og behandle slam fra innbyggerne.²⁸ Rensing og avvanning av avløpsvann innenfor Bergen kommune skjer i kommunale renseanlegg. Avvannet slam transporteres deretter til et behandlingsanlegg hvor slammet hygieniseres for å minimere smittefaren. Ferdig behandlet (hygienisert) masse kan blant annet benyttes som jordforbedrer innen jordbruket eller dekkmasser på deponier eller skogsveier. Sluttbehandling av slam er regulert i forskrift om organisk gjødsel.²⁹
- (32) Bergen kommune har ikke eget behandlingsanlegg for slam, men oppfyller den kommunale plikten ved å kjøpe denne tjenesten eksternt. Fra det tidspunkt Bergen kommune besluttet å kjøpe tjenesten eksternt, har det kun vært Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum³⁰ som har tatt imot slam til behandling fra Vann- og avløpsetaten i Bergen kommune og senere fra Bergen Vann KF³¹ (heretter "Bergen Vann").

Vedlegg 6 Brev fra Bergen Vann til Konkurransetilsynet 11. juni 2015

- (33) Bergen Vann ble etablert som selvstendig enhet ved at driften ble skilt ut fra Vann- og avløpsetaten i Bergen kommune 1. juli 2004.³² Bergen Vann er et kommunalt foretak som er 100 prosent eid av Bergen kommune. Selskapet har ansvar for drift og vedlikehold av alle vann- og avløpsanlegg i Bergen og Os.
- (34) Lindums anlegg i Eidfjord har mottatt slam fra Bergen kommune/Bergen Vann siden 1998. Det har i avtalene vært en minimumsleveranse på [redacted] tonn slam per år.³³ Johny Birkeland Transport/Septik 24 har mottatt slam fra Bergen Vann siden anlegget i Sløvåg ble startet opp i 2004. Bergen Vann har oppgitt til Konkurransetilsynet at det har vært en etablert minimumsleveranse på ca. [redacted] tonn per år.³⁴

2.3 Konkurransetilsynets saksbehandling

- (35) Konkurransetilsynet fremsatte 26. september 2014 begjæring for Bergen tingrett om adgang til å foreta bevissikring etter konkurranseloven § 25. Ved Bergen tingretts beslutning 30. september 2014 fikk Konkurransetilsynet tillatelse til å gjennomføre bevissikring hos Lindum inkludert datterselskap, Johny Birkeland Transport, Septik 24, Miljøservice, Miljøkompost, Smartek AS³⁵, JB Invest AS³⁶ og AHB Invest AS³⁷.

Vedlegg 7 Bergen tingretts beslutninger om bevissikring 30. september 2014

- (36) Det ble gjennomført bevissikring hos foretakene 1. oktober 2014. Under bevissikringen ble det tatt beslag i dokumenter og elektronisk lagret materiale.

²⁸ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall § 29 tredje ledd første punktum fastslår at "Kommunen skal ha anlegg for opplag eller behandling av husholdningsavfall og kloakkslam og ha plikt til å ta imot slikt avfall og slam".

²⁹ Forskrift 7. april 2003 om gjødselvarer mv. av organisk opphav.

³⁰ Det var Bioplan og senere Lindum Bioplan som hadde avtale med Vann- og avløpsetaten i Bergen kommune og senere fra Bergen Vann KF.

³¹ Organisasjonsnummer: 987 328 096. Forretningsadresse: Spelhaugen 22, 5147 Fyllingsdalen.

³² Informasjonen er hentet fra Bergen Vanns nettside: <http://bergenvann.com/ansatte/organisasjon/> (27. september 2016).

³³ Jf. Vedlegg 6.

³⁴ Jf. Vedlegg 6.

³⁵ Organisasjonsnummer 995 524 759. Forretningsadresse: Grandevegen 13, 6783 Stryn. I den aktuelle perioden hadde Septik 24, Miljøservice og Johny Birkeland Transport mindre eierandeler i selskapet.

³⁶ Organisasjonsnummer 986 478 868. Forretningsadresse: c/o Jonny Birkeland Transport AS, 5960 Dalsøyra. JB Invest AS eide i den aktuelle perioden 42,4 prosent av aksjene i Johny Birkeland Transport og 30,27 prosent av aksjene i Septik 24.

³⁷ Organisasjonsnummer 987 478 322. Forretningsadresse: v/A A3, Lotunet, 6789 LOEN. AHB Invest AS eide i den aktuelle perioden 7,6 prosent av aksjene i Johny Birkeland Transport og 30,27 prosent av aksjene i Septik 24.

- (37) Konkurransetilsynet har under saksbehandlingen gjennomført forklaringsopptak med følgende personer som fremgår av Tabell 1 nedenfor.

Tabell 1 Oversikt over personer som har avgitt forklaring til Konkurransetilsynet

Navn	Selskap og stilling i aktuell periode	Dato for forklaringsopptak
A1	Johny Birkeland Transport: daglig leder og styremedlem	14. januar 2015
A2	Johny Birkeland Transport: styremedlem og tidligere daglig leder Septik 24: styremedlem	14. januar 2015, 18. mars 2015
A3	Septik 24: daglig leder og styremedlem Johny Birkeland Transport: styreleder	14. januar 2015, 29. april 2015
A4	Septik 24: Økonom	10. februar 2015
B1	Lindum: administrerende direktør	4. februar 2015
B2	Lindum Bioplan: daglig leder Lindum: ansatt og styremedlem	14. januar 2015, 5. februar 2015, 13. april 2015
B3	Lindum: prosessansvarlig	14. januar 2015
B4	Lindum: prosjektleder salg/FOU ³⁸	4. februar 2015
Torleiv Næss Ugland	Høst Verdien i Avfall AS: administrerende direktør	24. mars 2015
Jarl Helmer Svanberg	Bergen Vann: direktør	16. desember 2014
Geir Trengereid	Bergen Vann: avdelingsleder	15. desember 2014, 26. mars 2015
Uwe Matthäus	Bergen Kommune: innkjøpsrådgiver	16. desember 2014

- (38) Konkurransetilsynet har videre under saksbehandlingen innhentet ytterligere informasjon fra Septik 24, Johny Birkeland Transport, Lindum og Bergen Vann. Konkurransetilsynet har også innhentet informasjon fra fylkesmannen i henholdsvis Rogaland, Hordaland og Sogn og Fjordane, samt fra andre aktører som behandler slam i disse fylkene.
- (39) I tillegg har Konkurransetilsynet hatt to møter med Johny Birkeland Transport, henholdsvis 13. oktober 2015 og 30. september 2016. Johny Birkeland Transport har også oversendt en skriftlig redegjørelse med sin versjon av saksforholdet til Konkurransetilsynet.

Vedlegg 8 Brev 28. august 2015 fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

- (40) Konkurransetilsynet sendte varsel om illeggelse av overtredelsesgebyr til Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum 16. mars 2016. Frist for å inngi merknader til varselet ble satt til 20. april 2016. Etter anmodning fikk begge foretakene senere forlenget fristene til henholdsvis 2. mai 2016 for Johny Birkeland Transport/Septik 24 og 4. mai for Lindum.

Vedlegg 9 Varsel om illeggelse av overtredelsesgebyr til Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum 16. mars 2016

- (41) Johny Birkeland Transport/Septik 24 inngav merknader til varselet i brev 2. mai 2016. Videre inngav Johny Birkeland Transport/Septik 24 merknader knyttet til konkurranse-loven § 10 tredje ledd i brev 5. oktober 2016.

Vedlegg 10 Merknader til varsel om overtredelsesgebyr fra Johny Birkeland Transport/Septik 24 2. mai 2016

Vedlegg 11 Merknader vedrørende subsidiær anførsel om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd 5. oktober 2016

- (42) Lindum inngav merknader til varselet i brev 4. mai 2016.

Vedlegg 12 Merknader til varsel om overtredelsesgebyr fra Lindum 4. mai 2016

³⁸ 7. juli 2016 ble B4 styremedlem i Lindum, jf. avsnitt (28).

- (43) Etter at Konkurransetilsynets varsel ble sendt, er Septik 24 blitt innfusjonert i Norva 24, jf. avsnitt (19). Konkurransetilsynet vurderer at forhåndsvarsel til Norva 24 kan unnlates, jf. forvaltningsloven³⁹ § 16 tredje ledd bokstav c. Det vises til at samtlige ansatte i Septik 24 er overført til Norva 24.⁴⁰ Videre vises det til at Norva 24 eide Septik 24 på tidspunktet da Konkurransetilsynet sendte varsel om overtredelsesgebyr til Septik 24, jf. avsnitt (18), og til at tidligere daglig leder i Septik 24, A3, er styremedlem i Norva 24.⁴¹

2.4 Partenes merknader til varselet

- (44) I det følgende gis en kort redegjørelse for partenes hovedanførsler til varselet om illeggelse av overtredelsesgebyr datert 16. mars 2016. For øvrig behandles anførselene løpende i vedtaket.

2.4.1 Johny Birkeland Transport/Septik 24s merknader

- (45) Johny Birkeland Transport/Septik 24 anfører prinsipalt at samarbeidet ikke er i strid med konkurranseloven § 10. Partene har inngått et lovlig prosjektsamarbeid knyttet til totalkontrakten, som ingen av partene kunne håndtert individuelt. Samarbeidet ble etablert på oppfordring fra Bergen Vann ved at kommunikasjon til begge parter fra Bergen Vann skapte et inntrykk av at oppdragsgiver oppfordret partene til sammen å finne en totalløsning. Bergen Vann ble informert om samarbeidet ved tilbudsinnngivelse og ble således ikke forledet til å tro at partene konkurrerte om totalkontrakten.
- (46) Det anføres at Bergen Vann i fravær av samarbeidet ikke ville mottatt tilbud på totalkontrakten, men maksimalt fått inn tilbud [redacted] delkontrakter. Det vises til at Johny Birkeland Transport/Septik 24 etter all sannsynlighet [redacted]. Det åpne prosjektsamarbeidet har som følge av dette ikke påvirket konkurransen negativt, og kan dermed ikke bli ansett å være i strid med konkurranseloven § 10.
- (47) Videre anføres det at åpne prosjektsamarbeid uansett ikke kan anses å være formålsovertredelser. Tidligere praksis fra Konkurransetilsynet og EU-kommisjonen viser ifølge Johny Birkeland Transport/Septik 24 at åpne prosjektsamarbeid må vurderes ut fra en virkningsanalyse.
- (48) Subsidiært anfører Johny Birkeland Transport/Septik 24 at samtlige vilkår for anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd, er oppfylte. I denne sammenheng vises det også til at en eventuell konkurransebegrensning i saken vil være marginal.
- (49) Endelig anføres det at overtredelsesgebyret må frafalles eller nedsettes. Det vises til at Johny Birkeland Transport/Septik 24 ikke oppnådde noen omsetning knyttet til samarbeidet, og at åpenheten gjorde at samarbeidet ble avvist av Bergen Vann. Videre viser Johny Birkeland Transport/Septik 24 til at volumene som er oppnådd i kontrakten så langt, er langt lavere enn hva Konkurransetilsynet legger til grunn i varselet.
- (50) Det vises også til at samarbeidet ikke kan anses som særlig grovt, og at det ikke kan anses som et skjult kartell. Det blir derfor feil å benytte *Brosaken*⁴² som rettskilde, og å si at samarbeidet ble avdekket. Endelig mener Johny Birkeland Transport/Septik 24 det må vektlegges at samarbeidet ikke har hatt noen innvirkning på markedet.

2.4.2 Lindums merknader

- (51) Lindum understreker innledningsvis at formålet med samarbeidet var å håndtere varslede volumøkninger fra Bergen Vann på en god og kostnadseffektiv måte.
- (52) Prinsipalt anføres det at det ikke foreligger en forsettlig formålsovertredelse. Åpne samarbeid for å løse et kapasitetsproblem kan ifølge Lindum ikke anses som en formålsovertredelse. Det vises i den forbindelse til at det ikke foreligger noen saker fra EU om slike samarbeid, og at *Follosaken*⁴³ ikke er avgjort i Høyesterett. Videre vises det at åpenheten medfører at

³⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

⁴⁰ Jf. Vedlegg 4.

⁴¹ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

⁴² Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*).

⁴³ Borgarting Lagmannsrett i dom 17. mars 2015 *Staten v/Konkurransetilsynet mot Follo Taxisentral BA, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba*.

oppdragsgiver ikke blir forledet som i *Brosaken*⁴⁴, men at oppdragsgiver får mulighet til å avvise og forhandle, som ble gjort i denne saken. Løsningen ville blitt den samme som uten samarbeidet og er et resultat av forhandlingsmakten mellom kjøper og selger. Samarbeidet har således ifølge Lindum heller ikke hatt noen konkurransebegrensende virkning.

- (53) For det tilfellet det legges til grunn en overtredelse av forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd, gjør Lindum gjeldende at Konkurransetilsynet ikke har hensyntatt effektivitetsgevinster i tilstrekkelig grad. Lindum mener at effektivitetsgevinstene var vesentlige, at samarbeidet var nødvendig for å realisere dem, at Bergen Vann ville fått en rimelig andel av gevinstene, og at samarbeidet ikke har utelukket konkurranse.
- (54) Subsidiært anfører Lindum at overtredelsen i høyden kan omfatte et samarbeid om kontraktsområdene [REDACTED] eller tilsvarende volumer. Det er ifølge Lindum ikke dokumentert med tilstrekkelig sannsynlighet at Lindum ville bydd på samtlige delkontrakter alene.
- (55) Endelig anfører Lindum at det varslede overtredelsesgebyret under enhver omstendighet er satt altfor høyt. Hverken sakens karakter eller tidligere praksis kan begrunne en så streng reaksjon som Konkurransetilsynet har varslet.
- (56) Omsetningsverdien som danner utgangspunkt for fastsettelse av det varslede gebyret, er ifølge Lindum vurdert uriktig. Momentene i grovhetsvurderingen er også uriktig vurdert, og gebyrsatsen på 17 prosent av omsetningsverdien er som følge av dette altfor høy. Endelig mener Lindum at overtredelsen ikke kan anses som særlig grov, og at Konkurransetilsynet ved utmålingen har sett bort fra formildende omstendigheter som at samarbeidet var åpent og at oppdragsgiver tillot og oppmuntret til samarbeidet.

2.5 Videre fremstilling

- (57) Konkurransetilsynet vil i kapittel 3 redegjøre nærmere for sakens faktiske side. I kapittel 4 redegjøres det for hvorfor Konkurransetilsynet mener det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10. I kapittel 5 redegjøres det for det rettslige grunnlaget for utmåling av overtredelsesgebyr, og for hvilke selskaper som anses ansvarlig for overtredelsen. Konkurransetilsynets utmåling av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 foretas i kapittel 6. Vedtakets slutning fremgår av kapittel 7.

3 Nærmere om sakens faktiske side

3.1 Saken i korte trekk

- (58) Bergen Vann utlyste i mai 2014 en konkurranse om utkjøring, behandling og slutthåndtering av slam fra fire kommunale kloakkrenseanlegg i Bergen Kommune.
- (59) Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum inngav et felles tilbud med felles pris i anbudskonkurransen utlyst av Bergen Vann. Med bakgrunn i det beslaglagte materialet og informasjon fremkommet i forklaringsopptak er Konkurransetilsynet av den oppfatning at det har funnet sted et anbudssamarbeid mellom Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum i strid med konkurranseloven § 10.

3.2 Nærmere om enkelte sentrale personer

- (60) Samarbeidet har vært gjennomført av noen sentrale personer i hvert av foretakene. Nedenfor beskrives ansvarsområdene til disse personene i perioden hvor samarbeidet mellom partene fant sted.⁴⁵ Videre vil representanter fra Bergen Vann bli presentert.
- (61) A3 etablerte selskapet Johny Birkeland Transport og var daglig leder i selskapet frem til 13. august 2013.⁴⁶ Etter dette var han fremdeles aktiv i selskapet, blant annet som styremedlem.

⁴⁴ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*).

⁴⁵ Personer som var ansatt i Lindum Bioplan i deler av den aktuelle perioden, vil i dette vedtaket omtales som ansatt i Lindum.

⁴⁶ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

- (62) I den aktuelle perioden var A3 daglig leder og styreleder i Septik 24. Videre var han styreleder i Johnny Birkeland Transport.⁴⁷
- (63) A4 var ansatt som økonom med ansvar for anbudskonkurranser i Septik 24.
- (64) B2 var daglig leder i Lindum Bioplan frem til selskapet ble innfusjonert i Lindum i 2014, og senere ansatt i Lindum. I brev fra Lindum fremgår det at Lindum Bioplan var ansvarlig tilbyder/kontraktspartner for salg og markedsføring av biologisk behandling frem til 3. september 2014.⁴⁸
- (65) B1 var administrerende direktør i Lindum.
- (66) B3 var ansatt i Lindum med tittelen prosessansvarlig. Før innfusjoneringen var han ansatt i Lindum Bioplan.
- (67) Geir Trengereid var seksjonsleder i Bergen Vann med ansvar for seksjonen *Avløpsrens* og har vært partenes kontaktperson i tidligere kontraktsforhold. I kvalifikasjonsgrunnlaget og konkurransegrunnlaget var Geir Trengereid oppgitt som kontaktperson for den aktuelle anskaffelsen.

3.3 Nærmere om anskaffelsen fra Bergen Vann

3.3.1 Kunngjøring av konkurranse og kvalifikasjonsgrunnlag

- (68) Anskaffelsen ble kunngjort på Doffin og TED 1. mai 2014 med anskaffelsesnummer BV 2013-29/EØS 007-2014.

Vedlegg 13 Kunngjøring om konkurranse, publisert 1. mai 2014

Vedlegg 14 Kvalifikasjonsgrunnlag konkurranse med forhandling, publisert 1. mai 2014

- (69) Anskaffelsen var omfattet av lov om offentlige anskaffelser⁴⁹ og forskrift om offentlige anskaffelser⁵⁰ del I og III. Det var en konkurranse med prekvalifikasjon og forhandlinger.
- (70) Fristen for å motta anmodning om prekvalifisering var satt til 28. mai 2014 klokken 12.00.
- (71) Anskaffelsen gjaldt "*utkjøring og behandling av råslam fra kloakkrenseseanlegg i Bergen kommune og sluttbehandling i samsvar med Gjødelsvareforskriften.*"⁵¹
- (72) Om kontraktens varighet stod det i kvalifikasjonsgrunnlaget at "*Kontrakten skal ha en varighet på 2 år, med opsjon for oppdragsgiver til å forlenge kontrakten i inntil ytterligere 1 år, totalt maksimalt 3 år.*"⁵²
- (73) I kvalifikasjonsgrunnlaget ble det videre oppgitt at "*Anskaffelsen omfatter inntil 15 600 tonn råslam (avfallskode 1 100) pr. år. Det gis anledning til å gi tilbud på deler av oppdraget.*"⁵³
- (74) Ifølge kunngjøringen kunne det inngås parallelle rammeavtaler med inntil 5 leverandører.⁵⁴ Kontrakten ville bestå av delkontrakter, og tilbud kunne inngis på en eller flere delkontrakter.⁵⁵
- (75) Samlet totalverdi av anropene i løpet av hele rammeavtalens varighet ble anslått til å være 29 millioner kroner eksklusiv mva.⁵⁶
- (76) Partene leverte separate anmodninger om prekvalifisering 26. mai 2014. Ingen andre aktører leverte anmodning om prekvalifisering.

⁴⁷ A3 var daglig leder frem til 16. september 2015 og styreleder frem til 4. november 2015. A3 ble styremedlem i Norva 24 19. november 2015. Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

⁴⁸ Jf. Vedlegg 5.

⁴⁹ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

⁵⁰ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

⁵¹ Jf. Vedlegg 14, kapittel 1.3 *Anskaffelsen gjelder*.

⁵² Jf. Vedlegg 14, kapittel 1.5 *Kontraktens varighet*.

⁵³ Jf. Vedlegg 14, kapittel 1.4 *Kontraktens omfang*.

⁵⁴ Jf. Vedlegg 13, kapittel ii.1.4 *Opplysninger om rammeavtale*.

⁵⁵ Jf. Vedlegg 13, kapittel ii.1.8 *Delkontrakter*.

⁵⁶ Jf. Vedlegg 13, kapittel ii.1. 4 *Opplysninger om rammeavtale*.

Vedlegg 15 Anmodning om prekvalifisering fra Lindum 26. mai 2014

Vedlegg 16 Anmodning om prekvalifisering fra Johny Birkeland Transport 26. mai 2014

(77) Begge parter ble kvalifiserte til konkurransen 12. juni 2014.

Vedlegg 17 E-poster mellom fra A4 og Geir Trengereid 12.-13. juni 2014

Vedlegg 18 E-post fra Geir Trengereid til B2 12. juni 2014

3.3.2 Konkurransesgrunnlag

(78) Konkurransesgrunnlaget ble sendt partene 26. juni 2014 med tilbudsfrist 11. august 2014 klokken 12.00.

Vedlegg 19 Konkurransesgrunnlag sendt 26. juni 2014

(79) I konkurransesgrunnlagets kapittel 1.3 om kontraktens omfang var det oppgitt følgende:
"Produksjonen av råslam antas å være inntil 38 000 tonn i kontraktperioden. Produksjonstall for nyanleggene er antagelser basert på gitte forutsetninger og kan ikke garanteres. Det er anledning til å gi tilbud på deler av oppdraget."

(80) Slammet skulle hentes fra fire kloakkrenseanlegg i Bergen Kommune, henholdsvis Knappen, Ytre Sandviken, Holen og Kvernevik. Knappen Renseanlegg var fordelt på to kontrakter (Knappen A og Knappen B) slik at det til sammen var 5 delkontrakter. Volumene i rammeavtalen var oppgitt i tabell i konkurransesgrunnlaget gjengitt i Figur 1.⁵⁷

Figur 1 Utsnitt fra konkurransesgrunnlag, forventet slamproduksjon

Tabell 1: Priser

FORVENTET SLAMPRODUKSJON 2014-2015-2016

Anlegg	2014*	2015	2016	Sum	Pris/Tonn
Knappen A (MK) a)	5500/2	5500/2	5500/2	8 250	
Knappen B (MK) a)	5500/2	5500/2	5500/2	8 250	
Ytre Sandviken (BK) b)	1000	3000	3000	7 000	
Holen (BK) c)	0	4000	6000	10 000	
Kvernevik (B) d)	0	1400	3600	5 000	
SUM	6 500	13 900	18 100	38 500	

MK: mekanisk kjemisk, BK: biologisk kjemisk, B: biologisk

a) er i kontinuerlig drift pr. d.d.

b) planlagt oppstart august/september 2014

c) planlagt oppstart mai 2015

d) planlagt oppstart juni 2015

* Årsproduksjon

Vi anbefaler tilbyder å gjøre seg kjent på anleggene før tilbud leveres.

(81) I kapittel 1.5 i konkurransesgrunnlaget var det inntatt et forbehold fra oppdragsgiver om at:

*"Det oppgitte omfang er estimerer basert på beregnede mengder fra utbygger. Det tas forbehold om endringer i volum basert på faktisk framdrift og erfaringstall fra praktisk drift."*⁵⁸

(82) Laveste pris var eneste tildelingskriterium i konkurransen.⁵⁹ Pris var definert som totalkostnad for transport, behandling og sluttbehandling.⁶⁰

(83) I tidligere perioder hadde det bare vært Knappen renseanlegg som produserte slam i Bergen kommune.⁶¹ Renseanleggene Ytre Sandviken, Holen og Kvernevik var planlagt ferdigstilt i løpet av kontraktperioden.⁶² Volumene i kontrakten var av denne grunn betydelig høyere enn i tidligere perioder.

Vedlegg 20 Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 15. desember 2014

⁵⁷ Jf. Vedlegg 19, *Tjenestekjøp bilag 4*, side 2.

⁵⁸ Jf. Vedlegg 19, kapittel 1.5 *Forbehold fra oppdragsgiver*.

⁵⁹ Jf. Vedlegg 19, kapittel 5 *Tildelingskriterier*.

⁶⁰ Jf. Vedlegg 19, kapittel 5 *Tildelingskriterier*.

⁶¹ Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 15. desember 2014, avsnitt 3.

⁶² Jf. Figur 1.

- (84) Bergen Vann var på utlysningstidspunktet i gang med å bygge et eget behandlingsanlegg for slam som var ventet ferdigstilt i løpet av 2016. Anlegget som ble bygget, var av typen biogassanlegg. Etter ferdigstillelsen av anlegget ville Bergen Vann ha kapasitet til å behandle hele volumet av slam selv. Den aktuelle kontrakten, hvor eksterne behandlet slammet, var derfor tenkt å være den siste av denne typen for Bergen Vann.⁶³

3.3.3 Tilbud

- (85) I den aktuelle anbudskonkurransen kom det inn ett tilbud, og det var partenes fellestilbud. Tilbudet innebar en fast pris for alle delkontraktene på [REDAKTERT] kroner per tonn.

Vedlegg 21 Fellestilbud 6. august 2014

- (86) Partene ble innkalt til forhandlingsmøte med Bergen Vann. Møtet ble avholdt 1. september 2014. Kontraktens varighet er i møtereferatet oppgitt til "2+1 år, ev til Biogassanlegget er klart".⁶⁴ Det er også presisert at "volum kan bli redusert og tidsforskjøvet". I møtet fikk partene frist til å gjøre justeringer av tilbud innen 9. september 2014.

Vedlegg 22 Referat fra forhandlingsmøte 1. september 2014 av 2. september 2014

- (87) Partene leverte revidert fellestilbud til Bergen Vann 9. september 2014. I dette tilbudet var prisen redusert til [REDAKTERT] kroner per tonn for volum inntil [REDAKTERT] tonn per år og økt til [REDAKTERT] kroner per tonn for volum over [REDAKTERT] tonn per år.

Vedlegg 23 Revidert fellestilbud 9. september 2014

- (88) Det reviderte fellestilbudet ble avvist ved brev fra Bergen Vann 30. september 2014. Bergen Vann gav følgende begrunnelse for avvisningen:

"Arbeidsfelleskapet som leverer det eneste tilbudet i konkurransen er ikke pre kvalifisert til å inngi tilbud [...] Det fremgår hverken av tilbudsbrevet eller andre deler av tilbudet om Lindum Bioplan as eller Jonny Birkeland Transport as anser seg selv som solidarisk ansvarlige for det tilbudet som arbeidsfelleskapet har levert eller om det er andre ansvarsformer som gjelder. I en eventuell misligholdssituasjon på leverandørsiden vil det fremstå som uklart hvem som er kontraktsmessig ansvarlig for misligholdet."

- (89) Partene ble i samme brev invitert til å fremlegge separate tilbud.

Vedlegg 24 Brev fra Bergen Vann 30. september 2014

- (90) Johny Birkeland Transport leverte selvstendig tilbud til Bergen Vann 28. oktober 2014. Tilbudet innebar [REDAKTERT].

Vedlegg 25 Tilbud fra Johny Birkeland Transport 28. oktober 2014

- (91) Lindum leverte selvstendig tilbud til Bergen Vann 30. oktober 2014. Tilbudet innebar en pris på [REDAKTERT] kroner per tonn for mengder under [REDAKTERT] tonn per år og [REDAKTERT] kroner per tonn for større mengder. Tilbudet inneholdt krav om leveranse [REDAKTERT] i 2015.

Vedlegg 26 Tilbud fra Lindum 30. oktober 2014

- (92) Lindum leverte et revidert tilbud til Bergen Vann 5. januar 2015. Det nye tilbudet baserte seg på en ukentlig produksjon. Lindums priser var [REDAKTERT] slam i uken, [REDAKTERT] kroner per tonn for [REDAKTERT] i uken og [REDAKTERT] kroner per tonn for volumer over [REDAKTERT] per uke.

Vedlegg 27 Tilbud fra Lindum 5. januar 2015

- (93) Bergen Vann inngikk avtale med begge partene basert på Johny Birkeland Transports tilbud 28. oktober 2014 og tilbudet fra Lindum 5. januar 2015. Avtalene er gjeldende fra 1. februar 2015.

Vedlegg 28 Kontrakt mellom Bergen Vann og Lindum 1. februar 2015

⁶³ Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 15. desember 2014, avsnitt 3.

⁶⁴ Biogassanlegget er betegnelsen på behandlingsanlegget Bergen Vann var i ferd med å etablere, jf. avsnitt (84).

Vedlegg 29 Kontrakt mellom Bergen Vann og Johny Birkeland Transport 3. februar 2015

3.4 Gjennomgang av hendelsesforløpet

3.4.1 Etablering av kontakt

- (94) Det fremgår av Konkurransetilsynets bevisgjennomgang at partene i november 2013 opprettet telefonkontakt hvor de diskuterte et mulig samarbeid om slamhåndtering. Kontakten oppstod i forbindelse med at selskapene hadde møter med Bergen Vann angående eksisterende og mulig fremtidig kontraktsforhold. I denne perioden fikk A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 informasjon fra B2 i Lindum om hvilke priser Lindum⁶⁵ hadde med Bergen Vann. Det vil redegjøres for hendelsesforløpet og bevisene i det følgende.
- (95) E-poster fra Konkurransetilsynets databaseslag viser at Geir Trengereid i Bergen Vann hadde 21. november 2013 samtaler med henholdsvis A2 og B2. Temaet var den kommende anbudskonkurransen og hvert av selskapenes tilgjengelige behandlingskapasitet for slam.
- (96) Det siteres fra intern e-post i A2 Transport/Septik 24 21. november 2013 fra A2 til A3 og A1:
- "Hadde ein prat med Geir Trengereid (Bergen Vann). Han var ute etter om gjeldande avtaler kunne forlenges utan mykje om og men. Det bekrefta eg. Alt skal ut på anbud til sommer, høst 2014 i forbindelse med oppstart gassanlegget. (Trur ikkje det er i drift på 2-3 år endå.) [...] Bekrefta til han at me har ledig kapasitet på [redacted]"*

Vedlegg 30 E-post fra A2 til A3, kopi til A1 21. november 2013

- (97) Videre siteres det fra intern e-post i Lindum 26. november 2013 fra B2 til B3:
- "Hadde en prat med Trengereid bergen kommune rett før helgen. De ønsker å vite hva vi kan ta imot fremover. Vi må sette av en av disse dagene da vi skal i møte med de 18-20 desember. Vi må få opp anlegget i Kvitteseid i løpet av første halvår 2014 på 10 000 tonn og forlenge avtale med Toranseset på 5000 tonn ut 2016 og utvide kapasitet i Eidfjord slik at vi kan øke mengder inn. De ser for seg en deling slik som i dag mellom oss og Birkeland rankeanlegg Gulen (grønn vekst)."*

Vedlegg 31 E-post fra B2 til B3, kopi til B1 26. november 2013

- (98) 26. november 2013 sendte Geir Trengereid i Bergen Vann en felles e-post til A2 og B2. I e-posten viste han til samtaler 21. november 2013 og oppgav forventede årlige volumer fra de nye renseanleggene. Det siteres fra den aktuelle e-posten:

*"Viser til samtaler 21.11. vedrørende slamleveranser 2014+2015+? avtaler - opsjon/prolongeringer, konsesjoner, nyanleggene – økt slamproduksjon. Vi inviterer til avklaringsmøte vedr. videre leveranser: 18,19 eller 20.12 d.å. Vennligst bekreft mulige møtetidspunkt. Hører fra dere – på forhånd takk."*⁶⁶

Videre inntok Geir Trengereid følgende informasjon i e-posten:

Faktagrunnlag nyanleggene p.t. (25% TS):

Ytre Sandviken: 3100 tonn pr. år f.o.m. juni 2014..

Holen: 6400 tonn pr. år f.o.m. januar 2015

Kvernevik: 3600 tonn pr. år f.o.m. april/mai 2015

Flesland: 10 500 tonn pr. år f.o.m. januar 2016

Biogassanlegget skal stå ferdig medio 2015

- slammet hygieniseres - slammengdene halveres.

- (99) Geir Trengereid innkalte deretter B2 i Lindum til et møte 18. desember 2013 klokken 10.00. A2 ble innkalt til et møte samme dag klokken 14.00.

⁶⁵ Med mindre det fremgår særskilt i vedtaket omtales Lindum og Lindum Bioplan under fellesbetegnelsen "Lindum".

⁶⁶ E-posten fremkommer i Vedlegg 31, Vedlegg 32 og Vedlegg 33.

Vedlegg 32 E-poster fra Geir Trengereid til B2 26. november og 10. desember 2013

Vedlegg 33 E-poster fra Geir Trengereid til A2 26. november og 10. desember 2013

- (100) Ansatte i Johny Birkeland Transport/Septik 24 har i forklaringsopptak opplyst at ovennevnte e-post og det etterfølgende møtet med Bergen Vann var med på å danne en oppfatning av at Bergen Vann ønsket en totalleverandør for oppdraget. Øvrig kommunikasjon med Bergen Vann skal også ha gitt dette inntrykket. A3 eller A2 har ikke konkretisert nærmere hva deres oppfatning bygger på utover at Bergen Vann stilte spørsmål om ledig kapasitet og muligheter for å utvide konsesjonen på behandlingsanlegget på Sløvåg.

- (101) Det siteres fra forklaringsopptak med A3:

*"Hele beveggrunnen for å levere et slikt fellesanbud var at Septik 24 / Johny Birkeland Transport og Lindum følte at Bergen Vann var ute etter en aktør som kunne ta bort hele risikoen deres på grunn av veldig økende volum fremover og en veldig begrenset kapasitet i markedet. Han kan sannsynligvis finne frem til informasjonen i etterkant, men han kan ikke svare på spørsmålet nå."*⁶⁷

*"Konkurransetilsynet spør hvilke signaler Bergen Vann har sendt om at dagens ordning med to leverandører ikke er god nok lenger, men at de vil ha én aktør som skal ta alt. A3 svarer at det er tilbake til det samme. A3 forklarer at deres oppfatning er at når Bergen Vann er "på dem" for å øke volumene, så får de en oppfatning om at Bergen Vann er bekymret for de økte slammengdene."*⁶⁸

- (102) Ansatte i Bergen Vann og i Bergen Kommune har i forklaringsopptak bestridt at de har gitt signaler om at de ønsket en totalleverandør for oppdraget. Begrunnelsen for at de delte opp oppdraget var ifølge dem nettopp at de ønsket å forholde seg til flere aktører for å få konkurranse om oppdraget. Dette var også bakgrunnen for at de frem til nå hadde valg å benytte seg av både Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum til å håndtere slam fra kommunen.

- (103) Det siteres fra forklaringen fra Uwe Matthaus i Bergen Kommune:

*"Matthäus husker at noen i Bergen Vann i starten hadde en idé om at det hadde vært greit "å holde liv" i begge leverandørene for at markedet ikke skal "skrumpe" ytterligere inn. Det er en nobel tanke som sådan, men da må jo ikke konklusjonen bli at man fordeler oppdraget mellom disse to. Da må man finne en ordning som gjør at konkurransemekanismen og markedsmekanismen kan fungere."*⁶⁹

*"[...] De valgte å åpne for at det kunne gis tilbud på deler av oppdraget med tanke på at hvis det er en leverandør som de eller Bergen Vann ikke har klart "å fange opp", så er det greit at det som de har oppstilt som deloppdrag har en størrelse som de kan ta. De har da skissert fem deloppdrag."*⁷⁰

Vedlegg 34 Forklaringsopptak med Uwe Matthaus 16. desember 2014

- (104) Geir Trengereid var den i Bergen Vann som hadde mest kommunikasjon med partene i anledning anbudsprosessen. Han avviste i forklaringsopptak å ha gitt signaler om at Bergen Vann ønsket at partene skulle samarbeide om oppdraget. Det siteres fra forklaringen:

"Konkurransetilsynet spør om Bergen Vann på noe tidspunkt kan ha gitt signaler til aktørene som kan ha vært direkte eller indirekte oppfordringer til å samarbeide. Trengereid svarer nei, snarere tvert imot. Hvis Trengereid har gitt uttrykk for noe, så må det har vært hans

⁶⁷ Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 29.

⁶⁸ Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 14. januar 2015, avsnitt 71. Samme tema er også omtalt i avsnittene 36, 37, 49, 50, 64, 66 til 68, 71, 77, 80, 81, 82, 85, 86, 89, 90, 111, 115, 117, 141, 168 og 169 i samme forklaringsopptak, samt forklaringsopptak med A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnittene 13, 38, 55, 56.

⁶⁹ Forklaringsopptak med Uwe Matthaus i Bergen kommune 16. desember 2014, avsnitt 46.

⁷⁰ Forklaringsopptak med Uwe Matthaus i Bergen kommune 16. desember 2014, avsnitt 47.

grunnholdning om at partene ikke er enerådende her i verden og at Bergen Vann vil kunne finne alternativer."⁷¹

"Konkurransetilsynet ber Trengereid redegjøre for hendelsesforløpet høsten 2013 og spør om det ble sagt noe som kunne blitt tolket som et signal eller oppfordring om at Trengereid ønsker at partene skal samarbeide. Nei, sier Trengereid, fordi i utgangspunktet så har Trengereid den forventning om at de bare fortsetter med de to aktørene de hadde."⁷²

"[...] Han har ikke fått noen som helst signaler fra Trengereids side noen gang om at han ønsker at han (A3) skulle samarbeide med Lindum. Det anser Trengereid som helt umulig."⁷³

- (105) B2 i Lindum har på tilsvarende måte forklart til Konkurransetilsynet at Lindum ikke fikk signaler fra Bergen Vann om at de ønsket en totalleverandør for oppdraget. Av forklaringen fremgår følgende:

"Konkurransetilsynet spør om Bergen Vann hadde gitt noen signaler om at det var ønskelig at de [Johnny Birkeland Transport og Lindum] samarbeidet på dette tidspunktet, før prekvalifiseringen. B2 svarer nei, det var ingen slike signaler. [...] Konkurransetilsynet spør om det var gitt noen signaler [fra Bergen Vann] før prekvalifiseringen, i møtet 17.12.13, om én totalleverandør. B2 svarer nei til dette. Bergen Vann har vært åpne på at de har hatt to leverandører, Lindum og Birkeland, og i forhandlinger med B2 har Trengereid sagt at B2 hadde litt for høy pris i forhold til Birkeland."⁷⁴

- (106) Det faktum at partene hadde kontakt før og etter møtet med Bergen Vann i desember 2013, fremgår av interne e-poster i Johnny Birkeland Transport/Septik 24.
- (107) Det vises i denne sammenheng til at A3 17. desember 2013 sendte e-post til A2 med følgende innhold:

"Tek du med kopier av kontrakter og priser så vi kan sjå på disse før møtet i morgon? B2 skal ha møte med Bergen Vann kl 10 i morgon så vi vil ikkje treffe han, men han vil samarbeide framover!"

Vedlegg 35 E-post fra A3 til A2 17. desember 2013

- (108) Det siteres videre fra en intern e-post 5. mai 2014 fra A3 til A4, A2 og A1:

"[...] I forkant og etterkant av møtet med Bergen Vann hadde eg telefonsamtaler med B2, og vi var enige om å snakkast nærmare når anbodet kom ut for å sjå på eit samarbeid. A2 har og snakka med B2 om dette."

Vedlegg 36 E-poster mellom A4, A2 og A3 3. og 5. mai 2014

- (109) Interne e-poster i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 viser også at ansatte i selskapet dagen etter møtet med Bergen Vann hadde kjennskap til hvilke priser Lindum hadde med Bergen Vann. Det vises til en e-post 19. desember 2013 fra A2 til A3, hvor det fremgår:

"Info – Prisar som Bioplan har pr i dag er kr ■ i avgift + ■ pr lass ■ tonn. Dette gjir ein tonnpris på ■ som er betydelit meir enn våre 2013 prisar på ■ pr tonn."

- (110) A3 svarte at:

"Dette er greit å vite. ■ Uansett:
Klarer vi å løfte behandlingspris og fraktpris ■ prosent blir det grei butikk..."

- (111) A2 svarte deretter:

"Ja, B2 var intrisert i eit møte når anbudspapira er komt. Då kan me og få vete kor mange tonn de tok i mot i 2013. Angående ■ forsto eg og slik B2 i dag."

Vedlegg 37 E-poster mellom A2 og A3 19. desember 2013

⁷¹ Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 16. desember 2014, avsnitt 155.

⁷² Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 26. mars 2015, avsnitt 12.

⁷³ Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 26. mars 2015, avsnitt 24.

⁷⁴ Forklaringsopptak med B2i Lindum 14. januar 2015, avsnittene 105 til 106.

- (112) A2 har i forklaringsopptak sagt at han fikk Lindum sine priser av B2 i forbindelse med møtet med Bergen Vann. Av forklaringen fremgår følgende:

"[...] for da var jeg og B2 på et møte med Bergen kommune, hvis du leser den øverste mailen der." A2 leser opp høyt den siste eposten i korrespondansen der A2 svarer A3 og blant annet skriver "Ang [redacted] så forstod eg og slik B2 i dag," og sier at "så vi var der ute på et møte, og da har jeg fått prisene av ham ser jeg for jeg skriver det i eposten like etterpå." Konkurransetilsynet spør om hvem han sikter til med "ham". A2 svarer at det er B2."⁷⁵

Vedlegg 38 Forklaringsopptak med A2 14. januar 2015

- (113) B2 har i forklaringsopptak sagt at han snakket med A2, og at de diskuterte priser. Han forklarte at han ikke kunne huske å ha gitt ut prisinformasjon før de senere møttes i forbindelse med et møte i Sløvåg.⁷⁶ Det siteres fra B2s forklaring:

"Konkurransetilsynet spør videre om det var slik som B2 har sagt at det ikke ble utlevert noen opplysninger. B2 svarer at han ikke vil vedde hodet sitt på det, men han fikk i hvert fall ikke prisene til Birkeland før han var ute på Sløvåg. De diskuterte priser, men B2 kan i hvert fall ikke erindre at han har gjort det [utlevert opplysninger]."⁷⁷

Vedlegg 39 Forklaringsopptak med B2 14. januar 2015

- (114) Geir Trengereid og Jarl Helmer Svanberg i Bergen Vann har forklart til Konkurransetilsynet at Bergen Vann ikke har informert Johny Birkeland Transport/Septik 24 om Lindums priser. Av forklaringsopptak med Geir Trengereid fremgår følgende:

"Konkurransetilsynet spør om Bergen Vann i møtene med Johny Birkeland Transport og Lindum i desember 2013 ga noe informasjon til aktørene om hverandre, i form av for eksempel historiske priser eller historisk kapasitet. Overhodet ikke, svarer Trengereid. De har kjørt totalt adskilte linjer med de to."⁷⁸

- (115) Det siteres fra forklaringsopptaket med Jarl Helmer Svanberg:

"Konkurransetilsynet spør om det er naturlig at en representant fra Bergen Vann utleverer prisinformasjon i møtene som fant sted i desember (2013) siden det kanskje er siste møte før nye kontrakter skal inngås. Svanberg svarer "absolutt ikke" og sier videre at han aldri har opplevd før at man har diskutert pris og synes at det virker "helt rart" å snakke om det. Bergen Vann skal jo ikke oppgi prisene til de andre aktørene i et kontraktsoppfølgingsmøte. Han har vanskelig for se hvilke motiver man skulle ha for å spørre og enda mindre å svare på spørsmål om pris. Svanberg har vært med på mange slike møter og aldri hørt dette tatt opp."⁷⁹

Vedlegg 40 Forklaringsopptak med Jarl Helmer Svanberg 16. desember 2014

- (116) E-postkorrespondanse mellom Bergen Vann og partene i februar 2014 viser hvilken kapasitet ansatte i hvert av selskapene mente at de hadde tilgjengelig for Bergen Vann.
- (117) Det siteres fra e-post fra B2 i Lindum til Geir Trengereid sendt 18. februar 2014:

"[...] Har fått bekreftet at vi kan levere 1200 tonn (en båt) til Toraneset. Komplette pris pr. tonn transport i begge endre + båt og deponeringsavgift. kr. [redacted] pr. tonn. Noen usikkerheter derfor mulig vi kan gjøre de noe rimeligere neste gang. [...] Konesjon 10 000 tonn pr. i dag tar vi imot ca. [redacted] kan derfor utvide mottaket fra bergen med [redacted], må gjøre noen endringer i driften da."

Vedlegg 41 E-postkorrespondanse mellom Geir Trengereid og B2 i perioden 7. til 18. februar 2014

- (118) A2 orienterte om følgende per e-post til Geir Trengereid 7. februar 2014:

⁷⁵ Forklaringsopptak med A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 123.

⁷⁶ Møtet i Sløvåg redegjøres for i kapittel 3.4.3.1.

⁷⁷ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 251.

⁷⁸ Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 15. desember 2014, avsnitt 115.

⁷⁹ Forklaringsopptak med Jarl Helmer Svanberg i Bergen Vann 16. desember 2015, avsnitt 38.

"[...] Kapasitet for 2014 er ca [redacted] tonn ledig (holder på å søke utvidelse fra 10 000 tonn til [redacted] tonn) Går den i boks har me [redacted] tonn i tillegg. Foreløpig [redacted] tonn som kommer i tillegg til det me normalt mottek frå dykk."

Vedlegg 42 E-postkorrespondanse mellom Geir Trengereid og A2 7. februar 2014

3.4.2 Prekvalifiseringsfasen

- (119) Bevisgjennomgangen viser at ansatte i Johny Birkeland Transport/Septik 24 kort tid etter kunngjøringen av konkurransen foreslo å fortsette dialogen de hadde hatt med B2 i Lindum. Planen var å holde kontakten med Lindum samtidig som de leverte selvstendig søknad om prekvalifisering. Det siteres fra en intern e-post 5. mai 2014 fra A3 til A4, A2 med flere:
- "[...] Dialogen med B2 er det vel A2 og eg som har hatt tidligare, så vi bør vel halde fram denne parallelt med at vi sender inn prekvalifiseringsdokumentasjon på Johny Birkeland."⁸⁰
- (120) Videre fremkommer det av interne e-postkorrespondanser i begge selskaper at partene var klare over at anbudet var delt inn i deloppdrag, og at det således var anledning til å by på deler av oppdraget. At partene hadde slik kunnskap, bekreftes også av partene i forklaringsopptak.
- (121) Det vises til en intern e-post i Johny Birkeland Transport/Septik 24 fra A4 til A3 og A2 5. mai 2014, hvor det fremgår følgende:
- "[...] Er vel ikkje direkte krav om å måtte ta inn alle estimerte 15. pr år (kan gi tilbod på delar av oppdraget)."⁸¹
- (122) I forklaringsopptak har A3 forklart følgende: "han vet i etterkant, når konkurransegrunnlaget kom, og når A3 begynte å se på det, så mener han å huske at det også allerede i de første dokumentene som kom (kvalifikasjonsgrunnlag og utlysning) var opplyst at man kunne inngi tilbud på delkontrakter, selvfølgelig. Men de (Septik 24 / Johny Birkeland Transport) var veldig opphengt i det å være en totalleverandør i forhold til deres oppfatning av signaler fra Bergen Vann. Det hang i dem."⁸²

Vedlegg 43 Forklaringsopptak med A3 14. januar 2015

- (123) Internt i Lindum sendte B3 2. mai 2014 en e-post til B2 og B5 med flere hvor det fremgikk følgende:
- "Anbudet beskriver faktisk 38 000(!) tonn i 2- (3!) år, delt på 5 deloppdrag på 5-7 (8-8) 10000 tonn. [...] Skal vi prekvalifisere oss må vi bestemme hvor mye vi skal gape over".

Vedlegg 44 E-post fra B3 til B5 og B2, kopi til B1 med flere 2. mai 2014

- (124) B3 i Lindum har forklart til Konkurransetilsynet at "han husker at det stod at man kunne gi tilbud på de enkelte anlegg."⁸³

Vedlegg 45 Forklaringsopptak med B3 14. januar 2015

- (125) Interne e-poster hos Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum viser videre at partene i prekvalifiseringsfasen antok at det kun var partene som kom til å inngi tilbud.
- (126) Det vises til en e-post fra A3 til A1 og A2 14. mai 2014:

"A2/A1: [redacted] 84 [redacted]"

- (127) Samme dag svarte A2 følgende:

"Bra. Då vert det nok berre oss saman med Bioplan. MVH A2"

Vedlegg 46 E-poster mellom A3 og A2 14. mai 2014

⁸⁰ Jf. Vedlegg 36.

⁸¹ Jf. Vedlegg 36.

⁸² Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 111.

⁸³ Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 24.

⁸⁴ Høst Verdien i Avfall AS. Organisasjonsnummer: 981 71 1033. Forretningsadresse: Hassedalen 3, 4878 Grimstad.

- (128) A2 har forklart til Konkurransetilsynet at "[...] *det nok omhandler om Høst kom til å regne på dette.*"⁸⁵
- (129) Av en intern e-post i Lindum fra B3 til B2 med flere 2. mai 2014 fremgår følgende:
 "[...] *Vi antar at det er kun vi og Miljøkompost*⁸⁶ *som kommer til å gi pris.*"⁸⁷
- (130) B3 forklarte at formuleringen var basert på "*hans kjennskap til markedet*" og at "*det er ingen andre i regionen som egentlig behandler slam på denne måten. Noen få, men de pusler stort sett med sitt.*"⁸⁸
- (131) Det følger videre av B3s forklaring:
 "*B3 forklarer at det kunne ha kommet andre, men det virker bare som lite sannsynlig.*"⁸⁹
- (132) Tilsvarende har B2 forklart at han ikke trodde at det var andre konkurrenter som kom til å delta i anbudskonkurransen. Det siteres fra forklaringen:
 "*Konkurransetilsynet spør hvem B2 så for seg at kom til å være med på anbudskonkurransen. B2 svarer at han ikke trodde det var så mange andre enn dem, Johnny Birkeland Transport og Lindum, men man vet jo aldri hvem som er med i anbudskonkurranser.*"⁹⁰
 "*B2 sier at dersom det hadde vært et anbud over 10-15 år så hadde det vært mange tilbydere, for da kan man bygge seg opp kapasitet, men her ber de om 10 000 tonn ekstra i et marked som egentlig er sprengt. Da er det ikke mange leverandører som kan gjøre det.*"⁹¹
 "*[...] Med de mengdene og så kort frist, så hadde de vanskelig for å se at det var så mange andre. De visste det ikke, men de antok det.*"⁹²
- (133) Forklaringen fra administrerende direktør i Lindum, B1, underbygger også dette. Det følger av B1 forklaring:
 "*Neste diskusjon mellom B2 og B1 var rundt prekvalifiseringen i mai 2014. B2 sendte inn dokumenter (vedrørende prekvalifisering) og nevnte at han hadde snakket med A3 i Septik 24 ettersom de var den andre konkurrenten.*"⁹³
 "*Konkurransetilsynet spør om det var andre aktuelle aktører (til anbudet til Bergen Vann). B1 svarer at det kunne jo ha vært Høst, men de mangler behandlingskapasitet. Andre aktuelle aktører er det ikke. Konkurransetilsynet spør om det er noen aktuelle eksterne aktører som kunne kommet inn, B1 sier at det er det ikke.*"⁹⁴
- Vedlegg 47** Forklaringsopptak med B1 4. februar 2015
- (134) Interne e-poster i hvert av selskapene viser også vurderinger partene gjorde seg i prekvalifiseringsfasen vedrørende hvilken kapasitet de separat kunne tilby Bergen Vann i anbudskonkurransen.
- (135) Det siteres fra intern e-post i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 3. mai 2014 fra A2 til A3 og A4:
 "*[...] Ser dei opererer med anslått årsmengde ca. 15 000 tonn. Trur ikke det er reelt dei første åra.[...] Bør me starte ein prosess med å utvida konsesjon i Sløvåg frå 10 til [redacted] tonn. No veit me at [redacted]. Me tek i mot*

⁸⁵ Forklaringsopptak med A2 i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 94.

⁸⁶ Miljøkompost var et heleid datterselskap under Septik 24 og innehar konsesjonen på behandlingsanlegget som disponeres av Johnny Birkeland Transport, jf. avsnitt (9).

⁸⁷ Jf. Vedlegg 44.

⁸⁸ Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 24.

⁸⁹ Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 25.

⁹⁰ Forklaringsopptak med B2i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 88.

⁹¹ Forklaringsopptak med B2i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 89.

⁹² Forklaringsopptak med B2i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 110.

⁹³ Forklaringsopptak med B1 i Lindum 4. februar 2015, avsnitt 27.

⁹⁴ Forklaringsopptak med B1 i Lindum 4. februar 2015, avsnitt 56.

ca [redacted] tonn frå Bergen. Totalt i Sløvåg 2013 ca [redacted] tonn. Det betyr at me har kapasitet til ca [redacted] tonn før me må søke utvida konsesjon.⁹⁵

- (136) Av en intern e-post i Lindum 2. mai 2014 fra B3 til B2 og B5 med flere fremgår følgende:
 "[...] vi har 10000 i Eidfjord. Potensielt så kan vi ta 5000 i Odda også. Kviteseid? Andre?"⁹⁶
- (137) Vedrørende Lindums tilgjengelige behandlingsskapasitet forklarte B3 til Konkurransetilsynet at de "i beste fall hadde en behandlingsskapasitet på kanskje [redacted] tonn." men at han trodde at "de ikke skulle ha prøvd seg på stort mer enn kanskje [redacted] tonn dersom de skulle være helt trygg på at de skulle klare forpliktelsene sine uten utvidelser."⁹⁷
- (138) B2 har forklart til Konkurransetilsynet at Lindum i Eidfjord hadde en praktisk kapasitet på [redacted] tonn per år. Han opplyste videre at de ville miste en kontrakt i Odda fra 1. mai 2015 eller 1. juni 2015, og at de da ville få mulighet til å fase inn noe slam på dette anlegget.⁹⁸
- (139) Lindum leverte søknad om prekvalifisering til Bergen Vann 26. mai 2014.⁹⁹
- (140) Johnny Birkeland Transport leverte søknad om prekvalifisering 26. mai 2014. I søknaden ble det opplyst at selskapet [redacted]¹⁰⁰
- (141) A1 og A2 har forklart til Konkurransetilsynet at formuleringen vedrørende [redacted] trolig er standardtekst. De hadde ikke særskilte kommentarer til at denne formuleringen er brukt overfor Bergen Vann i denne konkurransen.¹⁰¹

Vedlegg 48 Forklaringsopptak med A1 14. januar 2015

- (142) Begge parter ble hver for seg kvalifiserte til å delta i konkurransen 12. juni 2014, jf. avsnitt (77).
- (143) Interne e-poster i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 etter prekvalifiseringen underbygger ytterligere at ansatte i selskapet var klare over at anbudsdocumentene åpnet for å inngi tilbud på deler av oppdraget, samt at de vurderte at selskapet hadde en tilstrekkelig tilgjengelig behandlingsskapasitet til å kunne inngi tilbud på deloppdrag.
- (144) Det siteres fra intern e-post i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 12. juni 2014 som A4 sendte til A3 etter at han fikk forespørsel fra Bergen Vann om å oppgi ledig behandlingsskapasitet¹⁰²:

"Hei det var ikke noko spørsmål/dokumentasjonskrav i konkurransegrunnlaget. Det som var oppgitt i kunngjøring i Doffin var dette om estimert omfang ol: Rammeavtale på 3 år (2 år + opsjon oppgjve i konk.grunnlaget) Estimert totalverdi på 29 mnok fordeling per RA:

RA	Tonn	Anslått totalverdi
Knappen A	8.000	6 mnok
Knappen B	8.000	6 mnok
Ytre Sandvike	10.000	7 mnok
Holen	10.000	7 mnok
Kvernevik	5.000	3 mnok

⁹⁵ Jf. Vedlegg 36.

⁹⁶ Jf. Vedlegg 44.

⁹⁷ Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 27. Forklaringen knytter seg til behandlingssanlegget på Eidsfjord.

⁹⁸ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 145, hvor det også er inntatt følgende: "Ved gjennomgangen 5.2.2015 presiserte B2 at den praktiske kapasiteten på [redacted] tonn pr år er gitt under forutsetning av optimal logistikk. B2 ønsker også å tilføye at sommer/høst 2014 var man usikker på i hvilken grad det ville være mulig å utnytte kapasiteten i Odda.".

⁹⁹ Jf. avsnitt (76) og Vedlegg 15.

¹⁰⁰ Jf. avsnitt (76) og Vedlegg 16.

¹⁰¹ Forklaringsopptak med A1 i Johnny Birkeland Transport 14. januar 2015, avsnittene 100 og 101, og forklaringsopptak med A2 i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 84.

¹⁰² Forespørselen fremgår av e-posten som er inntatt som Vedlegg 17.

Mens det i sjølve konkurransegrunnlaget var oppgitt slik:

1.4 Kontraktens omfang

Anskaffelsen omfatter inntil 15 600 tonn råslam (avfallskode 1100) pr. år.

Det gis anledning til å gi tilbud på deler av oppdraget. Oppdraget deles inn i følgende deler:

Deloppdrag 1: Utkjøring og behandling av råslam fra Knappen A kloakkrenseanlegg. Estimert omfang: 8 000 tonn.

Deloppdrag 2: Utkjøring og behandling av råslam fra Knappen B kloakkrenseanlegg. Estimert omfang: 8 000 tonn.

Deloppdrag 3: Utkjøring og behandling av råslam fra Ytre Sandviken kloakkrenseanlegg. Estimert omfang år: 7 000 tonn.

Deloppdrag 4: Utkjøring og behandling av råslam fra Holen kloakkrenseanlegg. Estimert omfang: 10 000 tonn.

Deloppdrag 5: Utkjøring og behandling av råslam fra Kvernevik kloakkrenseanlegg. Estimert omfang: 5 000 tonn.

Slik eg oppfatter det vil det være ei delkontrakt per RA, og ein vil kunne levere tilbod på eit eller fleire."

Vedlegg 49 E-poster mellom A4 og A3 12. juni 2014

- (145) Vedrørende tilgjengelig behandlingskapasitet oppgav A2 i en intern e-post 13. juni 2014 til A4 med kopi til A3 med flere at:

"[...] Me har konsesjon på 10 000 tonn [redacted]
[redacted] Dette betyr at me har kapasitet til å ta i mot frå Bergen ca [redacted], -
tonn."

Vedlegg 50 E-post fra A2 til A4, kopi til A3 med flere 13. juni 2014

- (146) 13. juni 2014 besvarte A4 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 Bergen Vann sin forespørsel om ledig kapasitet. Det siteres fra e-posten:

"Johny Birkeland Transport har kapasitet til å motta/behandle [redacted] tonn tørt avvatna slam i jamn årleg produksjon. Dette er då inklusive dei ca. [redacted] tonn per år som vi tek imot til behandling frå Knappen RA i Bergen."¹⁰³

- (147) På spørsmål om hva som er riktig kapasitet forklarte A2 til Konkurransetilsynet at "han har jo skrevet det mange plasser, [redacted] tonn."¹⁰⁴

- (148) A3 har i forklaringsopptak nedjustert dette noe og sagt at "den samlede kapasiteten for anlegget er [redacted] tonn. Fra dette må man trekke fra [redacted] tonn fra Bergen Vann og andre slammengder inn til anlegget. Det er sikkert bakgrunnen for at den reelle kapasiteten man har lagt til grunn er [redacted]."¹⁰⁵

3.4.3 Planlegging og innlevering av fellestilbud

3.4.3.1 Møte i Sløvåg 4. juli 2014

- (149) Gjennomgangen av bevismaterialet viser at partene gjenopptok kontakten etter at begge parter hver for seg hadde søkt om prekvalifisering. A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 sendte følgende e-post til B2 i Lindum 11. juni 2014:

"Vi har tidlegare diskutert eit møte for å diskutere anbudssamarbeid, og evt andre samarbeidsområder framover. Har du høyrte noko frå Bergen vedr prekvalifisering? Dersom det blir korte leveringsfristar før eller rundt ferien burde vi kanskje sett av ein dato i slutten av denne månaden?"

Vedlegg 51 E-post fra A3 til B2, kopi til A2 og A1 11. juni 2014

- (150) Av intern e-post i Johny Birkeland Transport fremgår det at dagen etter at konkurransegrunnlaget ble publisert, avtalte A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 og B2 i Lindum å møtes i Sløvåg. E-posten er sendt 27. juni 2014 fra A3 til A4, A2 og A1. Det siteres fra e-posten:

¹⁰³ Jf. Vedlegg 17.

¹⁰⁴ Forklaringsopptak med A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 105.

¹⁰⁵ Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 146.

"Eg har då snakka med B2, og vi har avtalt møte i Sløvåg for å diskutere samarbeid knytta til slamanbodedet (arbeidsfellesskap eller kvar for oss ...)."

Vedlegg 52 E-post 27. juni 2014 fra A3 til A4, A2 og A1

- (151) B2, A3 og A2 har gitt sammenfallende forklaringer om at de hadde et møte i Sløvåg 4. juli 2014, og at de i møtet drøftet prisfastsettelse og andre forhold som grunnlag for et fellestilbud til Bergen Vann. Dette fremgår også av interne e-poster i selskapene.
- (152) Det vises til en intern e-post i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 4. juli 2014 fra A3 til A4 med overskriften *"Einighet med B2"*, hvor det fremgår følgende: *"[...] Vi har hatt møte med B2 i dag og er enige om vidare framdrift. Eg ringer deg og orienterer om utfallet, så får vi bruke resten av tida her til å gjennomføre eit styremøte."*

Vedlegg 53 E-post fra A3 til A4 4. juli 2014

- (153) Det siteres videre fra en intern e-post i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 5. juli 2014 fra A3 til A2, A4 med flere:

"Kort info etter møtet i dag¹⁰⁶ med B2: " "Bioplan Lindum er no 100% eigd av Lindum og vil bli innfusjonert i Lindum. Dvs at B2 har selt seg ut. Dei er interessert i anbudssamarbeid om Bergen-slamanbodedet. Fekk stadfesting no i kveld at B1 (Adm dir) støtter dette. Vi har i møtet i dag drøfta prisar og andre detaljer som A4 og eg vil følgje opp. Vi har avtalt oppfølgingsmøte i Stryn eller Sløvåg/Bergen 5., 6. eller 7. august."

Vedlegg 54 E-post fra A3 til A2, A5, A1, A4 og A6 5. juli 2014

- (154) Videre fremgår det følgende av en intern e-post i Lindum 9. juli 2014 fra B2 til B3:

"A3 og co ønsket at vi ga et felles anbud til Bergen der vi øket prisen til totalt ■■■ pr tonn for transport og behandling samtidig som vi tok alt slammet enten i egne anlegg eller fant andre løsninger i fellesskap for Bergen. De har i dag en noe ■■■ transport pris og behandlingspris enn det vi har. Har snakket med B1 som synes dette var en god ide å gi et felles anbud. Har avtalt med A3 og B1 at vi tar et møte 5 august, håper du også kan være med da."

Vedlegg 55 E-post fra B2 til B3 9. juli 2014

- (155) Det fremgår videre av forklaringer avgitt til Konkurransetilsynet og av dokumentbeslag at partene på møtet i Sløvåg 4. juli 2014 utvekslet prisinformasjon og diskuterte transportkostnader.
- (156) Det siteres fra forklaringen til A2:
- "[...] det var på dette møtet (Sløvåg)¹⁰⁷ de fikk vite hvor mange tonn B2 hadde tatt imot og hva slags priser han fikk. De var åpne mot hverandre og bestemte seg for å gi en pris sammen til kommunen."¹⁰⁸*
- (157) A3 har forklart at selskapene etter å ha inngått anbudssamarbeidet hadde "åpne kalkyler" for hverandre,¹⁰⁹ og at "hver part regnet sine transportkostnader og gjorde det om til en tonnpris som inkluderte behandling og transport. Om det ble utvekslet noe mer enn bruttobeløp pr tonn, det kan ikke A3 svare på."¹¹⁰
- (158) Det siteres videre fra forklaringen til A3:
- "[...] husker de drøftet behandlingspriskalylene deres, at det ikke var så stor forskjell på de. Det var ganske stor forskjell på transport, så vidt han husker. Det (transport) har med avstand til anlegget."¹¹¹*
- (159) B2 i Lindum og A2 har videre forklart til Konkurransetilsynet at A2 i møtet fikk en kopi av Lindums faktura for kontrakten med Bergen Vann. B2 ble muntlig informert om Johnny

¹⁰⁶ E-posten er sendt rett over midnatt (kl. 00.06). Møtet det refereres til fant sted 4. juli 2014.

¹⁰⁷ Konkurransetilsynets tilføyning.

¹⁰⁸ Forklaringsopptak med A2 i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 78.

¹⁰⁹ Forklaringsopptak med A3 i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 24.

¹¹⁰ Forklaringsopptak med A3 i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 215.

¹¹¹ Forklaringsopptak med A3 i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 179.

Birkeland Transport/Septik 24 sine priser, hvorpå han skrev disse ned på et ark. Av B2s forklaring fremgår følgende:

*"Konkurransetilsynet sier at de i beslaget fant en faktura med priser på. [Vedlegg 1]. B2 kommenterer at dette er Lindums priser som A2 og A3 fikk kopi av. B2 har notert prisen til Birkeland på arket. Konkurransetilsynet spør om det var dette som ble notert ned i møtet. B2 bekrefter dette. B2 sier videre at det var da han fikk Johny Birkeland Transports eksakte priser. A2 og A3 fikk en kopi av [denne] fakturaen under møtet i Sløvåg."*¹¹²

Vedlegg 56 Forklaringsopptak med B2 5. februar 2015

- (160) A2 bekreftet i forklaringsopptak at prisene som B2 skrev ned på arket var Johny Birkeland Transports priser. Han la til at *"de [Bioplan] ikke har vekt der inne så de kjører med en fast turpris på transport og en pris på behandling pr tonn slam, uavhengig av mengde tar de [redacted]. Johny Birkeland Transport tar betalt [redacted]."*¹¹³

Vedlegg 57 Forklaringsopptak med A2 18. mars 2015

- (161) Forklaringene underbygges av dokumentbeslag.

Vedlegg 58 Kopi av faktura fra Lindum til Bergen Vann, funnet hos Johny Birkeland Transport

Vedlegg 59 Notater med Johny Birkeland Transports priser funnet hos Lindum

- (162) Videre har partene forklart at de utvekslet informasjon om selskapenes behandlingskapasitet. B2 har forklart at han i møtet i Sløvåg holdt en presentasjon av Lindum Bioplan hvor selskapets konsesjon og praktisk kapasitet ved anleggene på Vestlandet fremgikk. Det vises til side 14 i presentasjonen hvor det fremgår:

"Totalt så har Lindum BioPlan konsesjon til å behandle 25 000 tonn pr.år. Behandler i dag ca. [redacted] tonn. Ved anlegget i Eidfjord økes kapasiteten i disse dager og anlegget ligger ved dypvannskai."

Vedlegg 60 Presentasjon av Lindum Bioplan AS 4. juli 2014

- (163) A3 har forklart at han *"husker de diskuterte veldig mye rundt kapasitet. Hvilken kapasitet hadde Septik 24 / Johny Birkeland Transport og de (Lindum / Bioplan)."*¹¹⁴

- (164) Partene har forklart at begge selskapene [redacted]. Partene ble derfor enige om at prisen måtte [redacted]¹¹⁵ Det siteres fra B2s forklaring:

*"Konkurransetilsynet ber B2 fortelle mer om hvordan de kom fram til prisen på [redacted]. B2 svarer at det som de drøftet på møtet var at de [Lindum Bioplan] tapte penger i 2013. I utgangspunktet var de avhengig av å [redacted] prosent, for å drive sånn som de skulle, [redacted] prosent. Det var bakgrunnen for at Lindum mente de hadde [redacted]. Så resonnerde de seg fram til prisen på [redacted]."*¹¹⁶

*"B2 sier at også [redacted]. Samtidig resonnerde de at verken Birkeland eller Lindum tjente penger på slam fra Bergen [med dagens priser]. [redacted]. Så det er en dårlig kontrakt sånn sett. Dette var argumentasjonen da de resonnerde seg fram til prisen, og dette gjorde de i fellesskap."*¹¹⁷

¹¹² Forklaringsopptak med B2i Lindum 5. februar 2015, avsnitt 16.

¹¹³ Forklaringsopptak med Johny Birkeland i Johny Birkeland Transport/Septik 24 18. mars 2015, avsnitt 79.

¹¹⁴ Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 176.

¹¹⁵ Se også forklaringsopptak med B2i Lindum henholdsvis 14. januar 2015, avsnitt 165 og 5. februar 2015, avsnitt 32, og forklaringsopptak med A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 112.

¹¹⁶ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 165.

¹¹⁷ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 167.

- (165) På spørsmål fra Konkurransetilsynet om hva Johny Birkeland Transport/Septik 24 begrunnet prisoppgangen med, svarte B2 i Lindum at "det de har sagt er at [redacted]".¹¹⁸
- (166) Ifølge A3 hadde de internt i Johny Birkeland Transport/Septik 24 utarbeidet en kalkyle før møtet, og de hadde kommet frem til "en pris på [redacted], som var deres pris inn i arbeidsfellesskapet."¹¹⁹
- (167) A3 forklarte videre at de hadde "i forkant av konkurransen, uavhengig av om de hadde levert alene, fastsatt sine priser. De hadde en [redacted] prosent på 2013-resultatet på det anlegget, samt at de hadde subsidiert en del på Johny Birkeland Transport på utkjøring som ikke var reflektert i den (tidligere) kontrakten (med Bergen Vann). A3 husker ikke nøyaktig hvor mye de fant ut at de måtte opp i pris for at det skulle være aktuelt å levere, men kanskje [redacted] prosent i snitt, noe sånt."¹²⁰

Vedlegg 61 Kalkyle for Johny Birkeland Transport¹²¹

- (168) B2 i Lindum har forklart at han foreslo en pris på [redacted] kroner per tonn for å ha litt å forhandle på. Det siteres fra forklaringen:

"[...] Konkurransetilsynet spør hvilken fellespris B2 foreslo på møtet i Sløvåg. B2 svarer at til Sløvåg-møtet hadde B2 med en oversikt over hvilke priser han hadde. Han mener de hadde en liten diskusjon på om prisen skulle ligge mellom [redacted] og [redacted]. B2 sier han erindrer at Johny Birkeland Transport og Septik 24 foreslo en litt lavere pris og at B2 foreslo [redacted]. Det er slik B2 husker at det var."¹²²

- (169) B2 i Lindum har videre begrunnet prisnivået med økte transportkostnader og økte kostander knyttet til avsetning av sluttproduktet. Av hans forklaring for Konkurransetilsynet fremkommer følgende:

"[...] Da de resonnerte rundt prisen så resonnerte de at det var en [redacted] ut til dem [til Sløvåg enn til Eidfjord], samt at de måtte kjøre noe over fjellet til andre anlegg. For Lindum ville det være en prisøkning på ca. [redacted] prosent fra det de hadde. En [redacted] for Johny Birkeland Transport."¹²³

- (170) [redacted]
[redacted]¹²⁴. På spørsmål fra Konkurransetilsynet om prisen var i overensstemmelse med det Lindum tok fra andre kunder, svarte B2 at [redacted]¹²⁵

- (171) E-poster i selskapene og forklaringer fra partene viser at det sentrale i avtalen mellom partene var enighet om pris. I tillegg hadde partene avtalt en felles koordinering av leveransene og en omtrentlig fordeling av mengdene, med utgangspunkt i historiske leveranser. Det var ikke avtalt felles investeringer eller andre tiltak som kunne bedre behandlingskapasiteten i fellesskap. Etter fakturering av Bergen Vann skulle partene foreta etterfølgende internfakturering mellom selskapene på grunn av ulike transportkostnader. Av forklaringen til A2 fremgår følgende:

"Konkurransetilsynet spør hva innholdet var i enigheten som ble nådd mellom dem og B2. A2 svarer at så vidt han husker ble de enige om [redacted] kroner, og at det var dette de gikk ut med.

¹¹⁸ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 5. februar 2015, avsnitt 7.

¹¹⁹ Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 185.

¹²⁰ Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 189.

¹²¹ Dokument med kalkyle og verdivurdering fra Deloitte ble oversendt Konkurransetilsynet 22. januar 2015 etter at A3 hadde avgitt sin første forklaring.

¹²² Forklaringsopptak med B2 i Lindum 5. februar 2015, avsnitt 2.

¹²³ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 163.

¹²⁴ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 166.

¹²⁵ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 201.

Eventuelt var det [redacted]. Innad hadde de en forståelse for at Johny Birkeland Transport skulle ha [redacted]¹²⁶

"Konkurransetilsynet spør om det ville være slik at dersom Birkeland hentet et tonn på Knappen, så ville de motta [redacted] fra Bergen Vann og sende [redacted] kroner til Odda. A2 svarer ja, men i praksis skulle det ikke være slik, men én som fakturerte Bergen Vann, hvis arbeidsfelleskapet ble akseptert. Da skulle det antagelig være Bioplan som fakturerte Bergen kommune."¹²⁷

"Konkurransetilsynet ber A2 tenke tilbake til tiden før de sendte inn fellestilbudet og fortelle hva de tenkte og ble enige om på det stadiet. Økt masse delt på to svarer A2. B2 hadde utgangspunkt på [redacted] tonn og Johny Birkeland Transport hadde utgangspunkt på [redacted] tonn. Sånn var statusen på den gamle kontrakten. Økningen skulle Johny Birkeland Transport ha halvparten av. Videre kunne B2 få dirigere gjennomføringen av avtalen gjennom B6 som er B2s transportsjef."¹²⁸

- (172) At samarbeidet hovedsakelig omhandlet pris og fordeling av slammengder, er også underbygget av e-poster i selskapene. Det siteres fra en intern e-postkorrespondanse i Lindum 27. august 2014 mellom B4 og B2, hvor B4 skrev følgende: "Sender du meg de kalkylene du har lagt til grunn for prisen til BIR"¹²⁹?"

- (173) B2 svarte følgende på e-posten:

"Ikke spesielt enkelt men vi har i dag kr. [redacted] for slammet og kr. [redacted] for transporten, dvs. [redacted]. (Ble regulert av indeks 01.01.2014) Så ble vi enige med Septik 24 om en økning av prisen til [redacted] i, så er vi enig om at vi [redacted] pr tonn og Birkeland [redacted] pr tonn. Noen vurdering ut over dette har vi ikke gjort."

Vedlegg 62 E-poster mellom B4 og B2 27. august 2014

- (174) Innholdet i og gjennomføring av samarbeidet belyses også i en e-post som A2 sendte til B2 i Lindum med flere 18. september 2014. Av e-posten fremgår følgende:

"[...] Viss slam frå Bergen blir ok så er me enige om at din kordinator i dag (B6) får hovudannsvaret for logistikken. Me er og enige om at auka mengde deles likt på selskapa.. [redacted] reknar me ut faktisk kostnad og vert enige om ein fordeling der på den auka mengde frå dagens volum."

Vedlegg 63 E-post fra A2 til B2 med flere 18. september 2014

- (175) Tilsvarende fremgår det følgende av en intern e-post i Lindum B2 sendte til B1 23. september 2014: "Så er vi enige om [redacted] Mengdene fordeler vi slik vi har hatt det så langt inntil den mengden vi har i dag deretter deler vi økningen 50/50."

Vedlegg 64 E-post fra B2 til B1 23. september 2014

- (176) Fordelingen av mengder som ville overstige kapasiteten i behandlingsanleggene på Vestlandet, skulle fraktes til Lindums anlegg på Østlandet. Det siteres fra forklaringsopptak med B2 i Lindum:

"Det var Lindum som skulle stå for den tonnasjen som de ikke klarte å ta i egne anlegg. Konkurransetilsynet spør om det her er snakk om Lindum på Østlandet. B2 svarer Lindum eller Lindum Bioplan. I hvert fall var det de som fikk den jobben, det ansvaret. Johny Birkeland Transport skulle bare ta det som de kunne ta i sitt anlegg i Sløvåg, eventuelt også hvis de kunne ta noe i de andre anleggene i Sogn."¹³⁰

¹²⁶ Forklaringsopptak med A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 114.

¹²⁷ Forklaringsopptak med A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 129.

¹²⁸ Forklaringsopptak med A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 115.

¹²⁹ B4 i Lindum forklarte til Konkurransetilsynet at hun trodde at det var BIR og ikke Bergen Vann som var oppdragsgiver.

¹³⁰ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 229.

- (177) B1 forklarte til Konkurransetilsynet at: *"De skulle behandle slam i de anleggene de har Eidfjord og Sløvåg, og det overskytende kunne sendes til Østlandet eller prøves å få andre løsninger på."*¹³¹
- (178) Interne e-poster i Lindum i forbindelse med planleggingen av fellestilbudet underbygger ytterligere at Lindum la til grunn at det kun var Lindum og Johny Birkeland Transport/Septik 24 som var prekvalifiserte i anbudskonkurransen.
- (179) B3 sendte følgende e-post til B6 15. juli 2014:
- "Hei Kjell. Hele anbudet er veldig tynt beskrevet. Det er jo bare Lindum og Birkeland som er prekvalifisert, og Bergen Vann vet at vi kjenner opplegget."*
- Vedlegg 65** E-post fra B3 til B6 15. juli 2014
- (180) Videre sendte B3 følgende e-post til B1 og B2 30. juli 2014:
- "[...] hvor detaljert trenger tilbudet vårt å være, iom at det strengttatt ikke er noe konkurranse hvis vi skal samarbeide – vi trenger kanskje bare gi Bergen Vann tillitt til at vi klarer å løse oppgaven innenfor akseptabel prisramme? Er vi trygg på at Bergen Vann vil akseptere at S24 og Lindum samarbeider?"*
- Vedlegg 66** E-post fra B3 til B2 og B1 30. juli 2014
- (181) B3 har forklart til Konkurransetilsynet at han visste at Lindum og Johny Birkeland Transport/Septik 24 var de eneste prekvalifiserte selskapene, men at han ikke kan huske hvordan han fikk vite det.¹³² Det siteres fra B3s forklaring:
- "[...] det var i hvert fall ingen signaler som kom fram på at en annen større aktør var inni bildet. Videre sier han at bransjen er ikke så stor, man snakker og hører at "joda, de er i ferd med å etablere noe der". Han legger til at det virker mer som en antagelse enn faktisk kunnskap".*¹³³
- "[...] hans forståelse var at det ikke var noen andre som var kvalifisert. Det var de (Johny Birkeland Transport) som han kjente til som kunne være med."*¹³⁴
- (182) A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 sendte 29. juli 2014 en intern e-post med forslag til tilbudsbrief til A4. Det siteres fra e-posten:
- "Har laga eit kort tilbudsbrief som vi kan bygge vidare på. Dette innheld "basis" i vår einighet med Lindum. I og med at kvalifikasjonsprosessen er ferdig er det lite vits i å gjenta oss for mykje i tilbudsbriefet. Det viktige er samarbeidet, og at vi ikkje tek forbehold. [...] Elles er vi enige med Lindum om [redacted] pr tonn inkl frakt som skal inn i bilag 4."*
- Vedlegg 67** E-post fra A3 til A4 29. juli 2014
- (183) A4 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 hadde i denne perioden kontakt med Bergen Vann. 31. juli 2014 sendte han e-post med praktiske spørsmål om oppdraget til Johan Hausvik i Bergen Vann. Samarbeidet med Lindum ble ikke nevnt.
- (184) A4 videresendte svaret fra Bergen Vann internt i Johny Birkeland Transport/Septik 24 til A3 og A2 5. august 2014.
- Vedlegg 68** E-poster mellom Johan Hausvik og A4, videresendt til A3 og A2 31. juli til 5. august 2014

3.4.3.2 Møte i Kaupanger 5. august 2014 og i Stryn 6. august 2014

- (185) Det følger av forklaringer avgitt til Konkurransetilsynet at partene hadde et møte i Kaupanger 5. august 2014, hvor de blant annet diskuterte slutføringen av fellestilbudet til Bergen Vann, og at fellestilbudet ble ferdigstilt i Stryn dagen etter, 6. august 2014.

¹³¹ Forklaringsopptak med B1 i Lindum 4. februar 2015, avsnitt 28.

¹³² Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 39.

¹³³ Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 40.

¹³⁴ Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 48.

- (186) Det siteres fra forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24:

*"A3 sier at de hadde et møte i Sløvåg og et møte i Kaupanger der B1 var med, og så hadde de et møte i Stryn der de fastsatte prisene og leverte anbudet."*¹³⁵

Vedlegg 69 Forklaringsopptak med A3 29. april 2015

- (187) Av forklaringen fra B1 i Lindum fremgår følgende:

*"Konkurransetilsynet spør hva som ble drøftet på møtet i Kaupanger hvor B1 deltok. [...] De var også inne på anbudet i Bergen og hvordan de skulle sette sammen anbudet. Etter møtet ble det gjort en kjempejobb for å få klart alt av dokumenter."*¹³⁶

- (188) Ifølge B1 ble den endelige beslutningen om å inngi felles tilbud tatt på møtet i Kaupanger 5. august 2014. Det siteres fra forklaringen:

*"[...] De ble enige når de satt i Kaupanger om at de skulle inngi et felles tilbud, det var da de tok beslutningen, dagen før anbudet skulle inn. Det var da den endelige beslutningen rundt dette ble tatt."*¹³⁷

- (189) B1 har forklart til Konkurransetilsynet at partene på møtet diskuterte behandlingskapasiteten til selskapene. Av hans forklaring fremgår følgende:

*"Konkurransetilsynet spør om det ble diskutert kapasitet på møtet i Kaupanger. B1 bekrefter at det ble diskutert og at det var et tema på begge bedriftenes presentasjoner, "vi har de og de kapasitetene og han fortalte også hva de har av kapasitet". De var interessert i å tilby en løsning for hele anbudet i fellesskap, selv om de måtte ta en risiko i og med at de [redacted] Konkurransetilsynet spør om det med kapasitet her menes både konsesjon og praktisk kapasitet. B1 bekrefter dette."*¹³⁸

- (190) Det fremkommer av forklaringer avgitt til Konkurransetilsynet at A4 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 og B3 i Lindum på dette møtet arbeidet med å ferdigstille utkastet til fellestilbud, som A3 hadde utarbeidet.

- (191) B3 i Lindum har forklart at prosessen med utarbeidelse av fellestilbudet bestod av følgende elementer: "1. A3 utarbeidet et tekstforslag i forkant av møtet. 2: Tekstforslaget ble gjennomgått i fellesskap i møtet med sikte på å enes om meningsinnholdet. 3: A6¹³⁹ (er fortsatt usikker på om det var A6 eller en annen med navn x, uansett en som jobber i Miljøservice) og B3 ferdigstilte dokumentet i samsvar med det som ble diskutert i møtet."¹⁴⁰

- (192) Det siteres fra A4 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 sin forklaring: "På Stryn ble de siste avklaringene rundt levering (av fellestilbudet) gjort, dette var også A4 med på."¹⁴¹

Vedlegg 70 Forklaringsopptak med A4 10. februar 2015

3.4.3.3 Innlevering av fellestilbudet

- (193) Partene leverte et felles tilbud til Bergen Vann 6. august 2014.¹⁴² Partene tilbød en pris på [redacted] kroner per tonn slam for alle delopdragene som var skissert i konkurransegrunnlaget. Prisen inkluderte både transport og behandling. Partene tok ingen forbehold i tilbudet.
- (194) I tilbuds brevet viste partene til at konkurransegrunnlaget åpnet for å levere tilbud på deler av oppdraget, og gav følgende begrunnelse for samarbeidet:

¹³⁵ Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 29. april 2015, avsnitt 42.

¹³⁶ Forklaringsopptak med B1 i Lindum 4. februar 2015, avsnitt 62.

¹³⁷ Forklaringsopptak B1 i Lindum 4. februar 2015, avsnitt 52.

¹³⁸ Forklaringsopptak med B1 i Lindum 4. februar 2015, avsnitt 63. Se også forklaringsopptak med B2 i Lindum 5. februar 2015, avsnitt 56.

¹³⁹ Det siktes til A4, ikke A6, jf. forklaringsopptak med A4 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 10. februar 2014, avsnitt 30, som er sitert i avsnitt (192).

¹⁴⁰ Forklaringsopptak med B3 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 16. Det aktuelle sitatet ble tilføyd ved gjennomgangen 6. mai 2015.

¹⁴¹ Forklaringsopptak med A4 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 10. februar 2015, avsnitt 31.

¹⁴² Jf. Vedlegg 21.

"[...] Det er i konkurransegrunnlaget åpna for å levere tilbod på deler av oppdraget. Johny Birkeland Transport as og Lindum Bioplan as har i denne konkurransen beslutta å inngå eit samarbeid/arbeidsfellesskap for å kunne stille med nødvendig kapasitet for saman å handtere heile oppdraget, og dergjennom den sterkt aukande slammengda i ei elles relativt kort kontrakt. Samtidig ønskjer partane gjennom dette samarbeidet å utrede moglegheiter for å kunne delta i ein framtidig konkurranse knytta til handtering av slam/fiberrest frå det planlagte biogassanlegget i Bergen, og då fortrinnsvis med ei lokal og berekraftig løysing. JBT og LB vil med eigen og planlagt produksjonskapasitet samt produksjonskapasiteten som JBT/Septik 24 og LB/Lindum samla sett rår over kunne påta seg dette oppdraget. Det er i vår gjennomsnittspris tatt høgd for at deler av volumet må transporterast til anlegg som ikke ligg i Eidfjord og Sløvåg."

3.4.4 Etter inngivelse av fellestilbudet 6. august 2014

- (195) Dagen etter innlevering av fellestilbudet, 7. august 2014, sendte A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 en e-post til B2 i Lindum vedlagt forslag til solidaransvarsavtale. B2 signerte avtalen og returnerte denne per e-post samme dag. I e-posten uttrykte han følgende: "Må si jeg er meget spent på hvordan Bergen Vann vil takle dette, jeg mener det er helt riktig av oss å gjøre dette."

Vedlegg 71 E-poster mellom A3 og B2 7. august 2014

Vedlegg 72 Avtale om forpliktende samarbeid og solidarisk ansvar mellom Lindum Bioplan AS og Johny Birkeland Transport AS 7. august 2014

- (196) Av avtalen fremgikk følgende:
"Lindum BioPlan AS og Jonny Birkeland Tansport AS (heretter kalt "partene") inngår med dette en forpliktende avtale om samarbeid og solidarisk ansvar i forbindelse med gjennomføring av rammeavtalen med Bergen Vann avtale BV 2013-29/EØS 007-2014.

Partene forplikter seg til å samarbeide om å gjennomføre de forpliktelser som rammeavtalen til enhver tid medfører. Partene er solidarisk ansvarlig for oppdragsgiver.

Denne avtalen har varighet i samsvar med rammeavtalen, og forlenges automatisk som følge av forlengelse av rammeavtalen. Dersom rammeavtalen avsluttes, avsluttes også denne ramme avtalen. Dersom rammeavtalen avsluttes, avsluttes også denne ramme avtalen.

Dersom partene ikke oppnår å vinne rammeavtalen, avsluttes denne avtalen samtidig som Bergen Vann sin tildeling er endelig."

- (197) Samme dag videresendte B2 e-posten internt i Lindum til B1. B1 svarte blant annet at: "Det ble en heftig pris, men vi får se hva svaret blir."

Vedlegg 73 E-post fra B1 til B2 7. august 2014

- (198) I forklaring avgitt til Konkurransetilsynet har B1 gitt følgende kommentar til sin omtale av prisnivået:

*"[...] dette er en heftigere pris enn hva de opererer med på Østlandet på tilsvarende oppdrag. På Østlandet har de en behandlingspris som kan ligge på 800 kroner, mye bedre avsetning for produktet, kortere avstander, større anlegg osv. Prisen blir også høyere ettersom kontrakten er for store mengder på kort tid, noe som medfører ekstra kostnader. Da blir prisen heftig. Et tilsvarende oppdrag med 5 - 7 års kontrakt ville hatt en annerledes pris."*¹⁴³

- (199) Bergen Vann innkalte partene til forhandlingsmøte, som ble avholdt 1. september 2014.¹⁴⁴

- (200) På møtet stilte Bergen Vann spørsmål ved prisen. Det siteres fra forklaringen fra Jarl Helmer Svanberg i Bergen Vann:

*"[...] Partene fikk i møtet beskjed om at Bergen Vann ikke godtok fellestilbudet, særlig på grunn av løsning og pris."*¹⁴⁵

¹⁴³ Forklaringsopptak med B1 i Lindum 4. februar 2015, avsnitt 96.

¹⁴⁴ Jf. Vedlegg 22.

Vedlegg 77 E-post med vedlegg fra A3 til B1, B2, B3 og A2 4. september 2014

- (210) B2 i Lindum har forklart til Konkurransetilsynet at "*De laget kalkylen basert på den informasjonen som han og A2 sendte*"¹⁴⁸ og at "*kalkylen [vedlegg 16] er et diskusjonsnotat som A3 lagde i forkant av telefonmøtet de hadde.*"¹⁴⁹
- (211) Partene hadde et telefonmøte 4. september 2014.

Vedlegg 78 Møteoppføring, telefonmøte 4. september 2014

- (212) Partene leverte et revidert tilbud til Bergen Vann 9. september 2014.¹⁵⁰ Det fremgår av tilbudsbrevet at prisene skulle tre i kraft fra 1. oktober 2014. Tilbudet ble signert av B2 i Lindum og A2 i Johny Birkeland Transport/Septik 24. Det siteres fra tilbudsbrevet:
- "Ellers har vi følgende innspill for å imøtekomme deres ønske om prisdifferensiering: prisreduksjon fra [redacted], - [redacted], - pr tonn opptil [redacted] tonn årlig. Prisøkning på mengder over [redacted] tonn årlig til kr [redacted], - pr tonn."*
- (213) Bergen Vann avviste partenes reviderte tilbud i brev av 30. september 2014 på bakgrunn av at de ikke anså at partenes arbeidsfellesskap var prekvalifisert til å inngi tilbud, jf. avsnitt (88). Bergen Vann inviterte deretter begge selskapene på nytt til konkurransen.
- (214) A3 fikk videresendt brevet fra Bergen Vann (opprinnelig sendt til A1), som han deretter videresendte til B2 med følgende kommentar:
- "Her bør vi kanskje [redacted]..."*

Vedlegg 79 E-poster mellom A3 og B2, 30. september 2014

- (215) B2 svarte følgende:
- "[...] Min umiddelbare reaksjon er at her er Bergen Vann på tynn is. De kunne avvist anbudet vårt siden vi var eneste tilbydere men de valgte å kalle oss inn til forhandlingsmøte. På møtet bekreftet de at vi var eneste tilbyder og tilbydde oss 11 prosent pris økning. Og de ba oss komme tilbake med alternativer noe vi gjorde.*
- Før vi involverer advokat kan jeg tenke meg å komme med forslag til svar.*
- Lager utkast i morgen"*

- (216) 1. oktober 2014, gjennomførte Konkurransetilsynet bevissikring i selskapenes lokaler.

3.4.6 Separate kontrakter

- (217) Bergen Vann har i ettertid inngått separate kontrakter med hvert av selskapene.¹⁵¹ Avtaleperioden for de gjeldende kontraktene er fra 1. februar 2015 til 1. februar 2016 med opsjon på forlengelse med inntil to år (1+1 år). Kontraktene knytter seg til partenes ledige kapasitet og er ikke knyttet til de aktuelle kloakkrenseanleggene som i den opprinnelige utlysningen fra Bergen Vann.
- (218) Lindums priser er differensierte avhengig av volum. Prisen er [redacted] kroner per tonn for [redacted] lass per uke og [redacted] kroner per tonn for [redacted] lass per uke. For mengder utover [redacted] lass per uke, er prisen [redacted] kroner per tonn. Det er avtalt [redacted] lass per uke og ingen øvre grense.
- (219) Av avtalen med Johny Birkeland Transport fremgår det at selskapet har en fast pris på [redacted] kroner per tonn. Videre fremgår det at Bergen Vann skal tilstrebe å levere minst [redacted] tonn slam per år til Johny Birkeland Transport.

¹⁴⁸ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 226.

¹⁴⁹ Forklaringsopptak med B2 i Lindum 14. januar 2015, avsnitt 229.

¹⁵⁰ Jf. kapittel 3.3 og Vedlegg 23.

¹⁵¹ Jf. kapittel 3.3, Vedlegg 28 og Vedlegg 29.

4 Overtredelse av konkurranseloven § 10

4.1 Rettslig grunnlag

- (220) Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggstyelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd.”

- (221) Konkurranseloven § 10 er harmonisert med EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte.
- (222) Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at EU/EØS-praksis knyttet til nevnte bestemmelser vil veie tungt ved fortolkningen av konkurranseloven § 10.¹⁵² Tilsvarende er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*).¹⁵³
- (223) For å kunne ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd for en overtredelse av konkurranseloven § 10, kreves det i henhold til rettspraksis at det faktum som legges til grunn for rettsanvendelsen er bevist med klar sannsynlighetsovervekt, jf. kapittel 5.2.¹⁵⁴

4.2 Forholdet til EØS-reglene

- (224) Konkurransetilsynet har i henhold til EØS-konkurranseloven¹⁵⁵ § 6, jf. § 7 første ledd, både kompetanse og plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 i tilfeller hvor *”handelen”* mellom Norge og andre EØS-land *”kan”* bli påvirket. I vurderingen av om samhandelskriteriet er

¹⁵² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 68 og 224.

¹⁵³ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 27.

¹⁵⁴ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 60.

¹⁵⁵ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

oppfylt henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54.¹⁵⁶

- (225) Det er fast praksis i EU/EØS-retten for at samhandelskriteriet omfatter enhver direkte eller indirekte, faktisk eller potensiell, påvirkning på handelsmønsteret mellom EØS-stater.¹⁵⁷
- (226) Begrepet "*handel*" er etter rettspraksis i EU/EØS-retten tolket vidt og omfatter all grenseoverskridende økonomisk virksomhet, herunder etablering.¹⁵⁸
- (227) I rettspraksis er det også et merkbarhetskrav, som innebærer en avgrensning mot avtaler og opptreden som kun berører markedet i ubetydelig grad.¹⁵⁹
- (228) Det følger av beskrivelsen i kapittel 3 at den foreliggende saken gjelder et enkeltstående anbudssamarbeid i et regionalt marked. Det er ingen forhold i saken som tyder på at samarbeidet kan ha påvirket samhandelen mellom Norge og andre EØS-land merkbart.
- (229) Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at samhandelskriteriet ikke er oppfylt, og at EØS-avtalen artikkel 53 derfor ikke kommer til anvendelse.

4.3 Nærmere om vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd

4.3.1 Utgangspunkt

- (230) Konkurranseloven oppstiller nærmere vilkår som må være oppfylt for at forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd skal være oppfylt. For det første må samarbeidet skje mellom uavhengige foretak (foretakskriteriet), jf. kapittel 4.3.2. For det andre må det foreligge en "*avtale*", "*såordnet opptreden*" eller "*beslutning truffet av sammenslutninger av foretak*" (samarbeidskriteriet), jf. kapittel 4.3.3. For det tredje må samarbeidet ha "*til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*" (konkurransebegrensningskriteriet), jf. kapittel 4.3.4.
- (231) Konkurransen må i tillegg begrenses merkbart (merkbarhetskriteriet), jf. kapittel 4.3.5. Merkbarhetskriteriet fremkommer ikke direkte av lovteksten, men det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det må oppstilles et merkbarhetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS-retten.¹⁶⁰

4.3.2 Foretakskriteriet

- (232) For at konkurranseloven § 10 skal komme til anvendelse må det foreligge et samarbeid mellom uavhengige "*foretak*". I konkurranseloven § 2 defineres foretak som "*enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet*". Det fremgår videre av forarbeidene at foretaksdefinisjonen i konkurranseloven § 2 skal tolkes i samsvar med foretaksbegrepet i EU/EØS-retten og vil være underlagt rettsutviklingen der.¹⁶¹ Konkurranseloven § 10 får ikke anvendelse på samarbeid mellom foretak som inngår i samme økonomiske enhet og som således ikke opptrer på markedet uavhengig av hverandre.¹⁶²
- (233) Det fremgår av gjennomgangen i kapittel 2.1 at Johny Birkeland Transport og Septik 24 på den ene siden, og Lindum Bioplan og Lindum på den andre siden, er å anse som uavhengige "*foretak*" i henhold til konkurranseloven § 2.
- (234) Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at foretakskriteriet er oppfylt.

¹⁵⁶ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan "*Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54*" (heretter "samhandelskunngjøringen"), inntatt i EF-tidende C305/34 30. november 2006 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 59/18 30. november 2006, side 18 flg.

¹⁵⁷ Samhandelskunngjøringen, avsnitt 23.

¹⁵⁸ Samhandelskunngjøringen, avsnitt 19.

¹⁵⁹ Samhandelskunngjøringen, avsnitt 44 med videre henvisninger til rettspraksis.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 225.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 34.

¹⁶² Sak C-22/71 *Béguelin Import mot G.L. Import Export*, Sml. 1972 s. 949, avsnitt 8 til 9, sak C-15/74 *Centrafarm BV m.fl. mot Sterling Drug*, Sml. 1974 s. 1147, avsnitt 41 og sak C-30/87 *Bodson mot Pompes funèbres des régions libérées*, Sml. 1988 s. 2479, avsnitt 19.

4.3.3 Samarbeidskriteriet

4.3.3.1 Rettslig utgangspunkt

- (235) Forbudet i konkurranseloven § 10 omfatter både samarbeid som har sin bakgrunn i en "avtale" eller i form av "samordnet opptreden".
- (236) Det følger av fast rettspraksis fra EU/EØS-retten at det avgjørende vurderingstemaet for om det foreligger en "avtale" i konkurranselovens forstand, er om de involverte virksomhetene har uttrykt en "felles vilje" om å innrette sin markedsatferd på en bestemt måte.¹⁶³
- (237) Samarbeidets form er ikke avgjørende. Både skriftlige, muntlige, uttrykkelige og stilltiende avtaler omfattes. Det er heller ikke krav om at samarbeidet må være juridisk bindende, slik at også "gentlemen's agreements" rammes av forbudet.¹⁶⁴ Den felles forståelsen kan således komme til uttrykk gjennom partenes direkte eller indirekte handlinger.
- (238) Med "samordnet opptreden" menes en form for kontakt mellom foretakene som fører til at konkurranserisikoen blir erstattet med samarbeid.¹⁶⁵ Eksempelvis rammer vilkåret visse former for informasjonsutveksling mellom konkurrenter.¹⁶⁶
- (239) Det er ikke nødvendig å kategorisere aktivitetene som enten avtale eller samordnet opptreden. Dette ble lagt til grunn av EU-domstolen i *Anic Partecipazioni*¹⁶⁷ og er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser.¹⁶⁸ I rettspraksis er det lagt til grunn at grensen mellom de to begrepene er flytende og kan overlappe, samt at de konkurransebegrensende aktivitetene kan variere over tid. Det kan ofte være vanskelig å trekke en klar grense mellom de to samarbeidsformene ettersom en overtredelse samtidig både kan utgjøre en "avtale" og "samordnet opptreden".
- (240) Selv om det i bestemmelsen skilles mellom samarbeid som skjer gjennom "avtale" og "samordnet opptreden", fremgår det av EU-rettspraksis at begge vilkårene har samme formål. EU-domstolen uttalte følgende om formålet med vilkårene i *ICI*:
- “[...] a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition.”¹⁶⁹
- (241) Dette er i samsvar med prinsippet om at ethvert foretak skal fastsette sin markedsadferd på selvstendig grunnlag.¹⁷⁰ Konkurransereglene forbyr således ikke foretak ensidig å tilpasse seg konkurrentenes eksisterende eller forventede markedsadferd. Reglene er imidlertid til hinder for enhver form for direkte eller indirekte kontakt mellom konkurrenter som har til formål eller virkning å begrense konkurransen.
- (242) Videre vil kravet til samordnet opptreden kunne være oppfylt selv om bare ett foretak røper strategisk markedsinformasjon til sine konkurrenter. Dette gjelder for eksempel i tilfeller der

¹⁶³ Sak C-41/69 *ACF Chemiefarma mot Kommisjonen*, Sml. 1970 s. 661, avsnitt 112, sak C-235/92 *P Montecatini mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-4539, avsnitt 39 og sak T-99/04 *AC-Treuhand mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1501, avsnitt 118.

¹⁶⁴ Sak C-41/69 *ACF Chemiefarma mot Kommisjonen*, Sml. 1970 s. 661, avsnitt 111 og 112 og sak T-53/03 *BPB mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1333, avsnitt 82.

¹⁶⁵ Forente saker C-40/73 m.fl. *Suiker Unie m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 1663, avsnitt 26, forente saker C-89/85 m.fl. *Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1993 s. I-1307, avsnitt 63 og sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529, avsnitt 26.

¹⁶⁶ Sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529 avsnitt 35, sak C-7/95 *John Deere mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. I-3111 avsnitt 90 og sak C-194/99 *P Thyssen Stahl mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. I-10821, avsnitt 81.

¹⁶⁷ Sak C-49/92 *P Kommisjonen mot Anic Partecipazioni*, Sml. 1999 s. I-4125, avsnitt 131 og 132.

¹⁶⁸ Sak C-238/05 *Asnef-Equifax*, Sml. 2006 s. I-11125, avsnitt 32, sak T-7/89 *Hercules mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. II-1711 avsnitt 264 og forente saker T-305/94 m.fl. *LVM mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-931, avsnitt 696 og 697.

¹⁶⁹ Sak C-48/69 *ICI mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 619, avsnitt 64.

¹⁷⁰ Sak C-49/92 *P Kommisjonen mot Anic Partecipazioni*, Sml. 1999 s. I-4125, avsnitt 117, forente saker C-40/73 m.fl. *Suiker Unie mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 1663, avsnitt 173 og sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529, avsnitt 32.

mottakeren har bedt om den aktuelle informasjonen eller har akseptert den. Dette fremkommer blant annet av Underrettens avgjørelse i *Cimenteries CBR*:

*"In that connection, the Court points out that the concept of concerted practice does in fact imply the existence of reciprocal contacts [...]. That condition is met where one competitor discloses its future intentions or conduct on the market to another when the latter requests it or, at the very least, accepts it."*¹⁷¹

- (243) EU-domstolen har i en rekke avgjørelser slått fast at det foreligger en presumsjon for at en aktør som mottar strategisk markedsinformasjon og fortsatt er aktiv på det relevante markedet, har hensyntatt informasjonen ved fastsettingen av egen markedsopptreden.¹⁷² Det foreligger i slike tilfeller en aksept hos mottaker.¹⁷³ Fra EU-domstolens avgjørelse i *Hüls* hitettes:

*"However, subject to proof to the contrary, which the economic operators concerned must adduce, the presumption must be that the undertakings taking part in the concerted action and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors for the purposes of determining their conduct on that market. That is all the more true where the undertakings concert together on a regular basis over a long period, as was the case here, according to the findings of the Court of First Instance."*¹⁷⁴

4.3.3.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (244) Konkurransetilsynet vil i det følgende vurdere om det i denne saken foreligger en avtale og/eller en samordnet opptreden.
- (245) Johnny Birkeland Transport/Septik 24 har anført at samarbeidskriteriet ikke er oppfylt. De fremhever at foretaket traff en ensidig og individuell beslutning om å ikke inngi tilbud på deloppdrag, før de inngikk samarbeidet med Lindum. Lindum har ikke bestridt at samarbeidskriteriet er oppfylt.
- (246) Konkurransetilsynet legger til grunn at partene etablerte kontakt i november 2013 knyttet til et mulig samarbeid om oppdraget fra Bergen Vann, jf. avsnitt (94). Dette ble fulgt opp av telefonisk kontakt, kontakt per e-post og møter, jf. kapitlene 3.4.3 til 3.4.5. Kommunikasjonen mellom partene omhandlet utveksling av betydelige mengder konkurransesensitiv informasjon om selskapene, og resulterte i at partene ble enige om å levere felles tilbud til Bergen Vann med en felles pris, som de rent faktisk gjorde 6. august og 9. september 2014.
- (247) Formålet med partenes kommunikasjon var å oppnå enighet og samordning om felles tilbud, og det forelå en klar vilje til samordning. Dette kommer klart til uttrykk i partenes avtale om forpliktende samarbeid, jf. avsnittene (195) og (196), samt i fellestilbudene fra august og september 2014, jf. kapittel 3.4.3.3 og avsnitt (212).
- (248) Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at ingen av partene fastsatte sin markedsatferd i anbudskonkurransen på selvstendig grunnlag, jf. avsnitt (241).
- (249) Basert på ovennevnte finner Konkurransetilsynet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at det forelå en "avtale" eller "samordnet opptreden" om et anbudssamarbeid mellom Johnny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum, herunder enighet om innlevering av felles tilbud med felles pris i den aktuelle anbudskonkurransen. Som et ledd i samarbeidet utvekslet foretakene priser og annen konkurransesensitiv informasjon. Det bemerkes at Konkurransetilsynet i samsvar med EU-retten ikke har funnet det nødvendig å kategorisere samarbeidet som enten en "avtale" eller "samordnet opptreden" ettersom de aktuelle aktivitetene innehar elementer av begge deler.
- (250) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at samarbeidskriteriet er oppfylt.

¹⁷¹ Forente saker T-25/95 m.fl. *Cimenteries CBR mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-491, avsnitt 1849.

¹⁷² Sak C-199/92 P *Hüls mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-4287, avsnitt 161 til 163, sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529, avsnitt 51 og sak T-587/08 *Fresh Del Monte Produce mot Kommisjonen*, Sml. 2013 s. 129, avsnitt 298.

¹⁷³ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, OJ [2011] C11/1, avsnitt 62.

¹⁷⁴ Sak C-199/92 P *Hüls mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-4287, avsnitt 162.

4.3.4 Konkurransbegrensningskriteriet

4.3.4.1 Rettslig utgangspunkt

- (251) Konkurranseloven § 10 første ledd omfatter samarbeid med konkurransebegrensende "*formål eller virkning*". Vilkårene er alternative.
- (252) Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen omfatter visse former for avtaler eller samordnet opptreden som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å påvise noen faktisk eller potensiell virkning i det relevante markedet.¹⁷⁵ Det er således tilstrekkelig at samarbeidet etter sin art er egnet til å være konkurransebegrensende.¹⁷⁶ I *Beef Industry Development og Barry Brothers* uttalte EU-domstolen følgende:
- "The distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition."*¹⁷⁷
- (253) I vurderingen av om det foreligger konkurransebegrensende formål, skal det ifølge EU-domstolens praksis tas hensyn til avtalens innhold, de målsetninger som søkes gjennomført ved avtalen, samt den økonomiske og rettslige sammenheng som avtalen inngår i.¹⁷⁸
- (254) Det følger av fast rettspraksis at hvorvidt et samarbeid har et konkurransebegrensende "*formål*" etter konkurranseloven § 10, skal avgjøres ut ifra hvilket formål avtalen rent objektivt fremmer.¹⁷⁹ Partenes mål, ønsker eller hensikt med samarbeidet er ikke avgjørende.¹⁸⁰ Det forhold at et konkurransebegrensende samarbeid også er ment å ivareta andre legitime formål, utelukker ikke anvendelse av konkurranseloven § 10.¹⁸¹ Konkurransemyndighetene kan likevel vektlegge partenes subjektive hensikt som bevis for at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål.¹⁸²
- (255) Konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a til c inneholder en ikke uttømmende liste med eksempler som normalt rammes av forbudet. Når det gjelder avtaler som kan anses å ha et konkurransebegrensende formål, vil dette i samsvar med fast rettspraksis blant annet gjelde samarbeid som går ut på å "*fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår*", jf. konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a.¹⁸³

¹⁷⁵ Sakene T-472/13 *Lundbeck mot Kommisjonen*, avsnitt 339 til 343, C-373/14 P *Toshiba Corporation mot Kommisjonen*, avsnitt 26, C-286/13P *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, avsnitt 113 og 114 og C-67/13 P *CB mot Kommisjonen*, avsnitt 49 og 50, samt forente saker C-56/64 m.fl. *Consten og Grundig mot Kommisjonen*, Sml. 1966, s. 429, sak C-272/09 P *KME Germany m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. I-12789, avsnitt 65, og sak C-389/10 P *KME Germany m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. I-13125, avsnitt 75.

¹⁷⁶ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 64 til 65, og sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529, avsnitt 27 flg. og særlig avsnitt 31.

¹⁷⁷ Sak C-209/07 *Beef Industry Development og Barry Brothers*, Sml. 2008 s. I-8637, avsnitt 17. Dette er fulgt opp i senere rettspraksis, se sak T-472/13 *Lundbeck mot Kommisjonen*, avsnitt 340, sak C-373-14 P *Toshiba Corporation mot Kommisjonen*, avsnitt 26, sak C-286/13P *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, avsnitt 113 og 114 og sak C-67/13 P *CB mot Kommisjonen*, avsnitt 49 og 50.

¹⁷⁸ Sakene C-67/13 P *CB mot Kommisjonen*, avsnitt 53, C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529, avsnitt 43, C-373/14 P *Toshiba Corporation mot Kommisjonen*, avsnitt 27 og C-67/13 P *CB mot Kommisjonen*, avsnitt 53, samt Kommisjonens retningslinje *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty of the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, inntatt i EF-tidende C11/01 14. januar 2011, avsnitt 25.

¹⁷⁹ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*) avsnitt 64 og sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529, avsnitt 27 flg.

¹⁸⁰ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 65.

¹⁸¹ Sak C-209/07 *Beef Industry Development og Barry Brothers*, Sml. 2008 s. I-8637, avsnitt 21.

¹⁸² Forente saker C-501/06 P m.fl. *GlaxoSmithKline Services m.fl. mot Kommisjonen m.fl.*, Sml. 2009 s. I-9291, avsnitt 58 og sak C-209/07 *Beef Industry Development og Barry Brothers*, Sml. 2008 s. I-8637, avsnitt 15 flg.

¹⁸³ Sak C-286/13P *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, avsnitt 115 med henvisning til sak C-67/13 P *CB mot Kommisjonen*, avsnitt 51.

- (256) Det følger av fast rettspraksis fra EU-domstolene at anbudssamarbeid og utveksling av konkurransesensitiv informasjon i forkant av anbudskonkurranser, normalt anses for å ha et konkurransebegrensende formål.¹⁸⁴ Tilsvarende er lagt til grunn i norsk rettspraksis.¹⁸⁵
- (257) Formålet med anbudskonkurranser er å skape konkurranse mellom tilbyderne slik at anbudssinnbyder kan velge et så kostnadseffektivt tilbud som mulig. Anbudssinnbyder forventer å få svar fra en rekke frittstående tilbydere uten at det har foreligget kontakt mellom dem i forkant. Det siteres fra Kommisjonens avgjørelse i *European Sugar Cartel*:
- "In a system of tendering, competition is of the essence. If the tenders submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but of knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted."*¹⁸⁶
- (258) Samarbeid mellom foretak i en anbudskonkurranse utgjør likevel ikke en overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd dersom samarbeidet er "objektivt nødvendig".¹⁸⁷ Et prosjektsamarbeid vil ikke være objektivt nødvendig dersom foretakene har en reell mulighet til å inngi separate tilbud i anbudskonkurransen. Foretakene vil i slike tilfeller anses som faktiske eller potensielle konkurrenter i anbudskonkurransen.¹⁸⁸

4.3.4.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (259) Konkurransetilsynet vil i det følgende vurdere hvorvidt samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål. Ved vurderingen vil tilsynet først ta stilling til hvorvidt partene var å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter, jf. avsnitt (258).
- (260) I merknader til varselet vedgår partene at de kunne inngitt separate tilbud på deloppdrag og at de hadde tilstrekkelig behandlingskapasitet til å gjøre dette. Begge parter har imidlertid anført at de kun ville vært i stand til inngi tilbud på [redacted] deloppdrag, og at Bergen Vann i fravær av samarbeidet følgelig kun i meget begrenset grad ville ha oppnådd konkurranse om oppdraget.
- (261) Johnny Birkeland Transport/Septik 24 anfører videre at de etter all sannsynlighet [redacted]. De viser blant annet til at [redacted]
- (262) Konkurransetilsynet legger til grunn at partene hadde en reell mulighet til å inngi separate tilbud i anbudskonkurransen, og således var å anse som faktiske eller potensielle konkurrenter. Som det fremgår av avsnitt (260) vedgår partene at de kunne inngitt separate tilbud i anbudskonkurransen. Dette understøttes av bevisene i saken, jf. avsnittene (120) til (124), avsnittene (134) til (138), avsnittene (143) og (144), avsnittene (145) til (148) og avsnitt (194).
- (263) Lindum har anført at en eventuell overtredelse kun kan gjelde kontraktsområdene [redacted] eller tilsvarende volumer som partene kunne bydd på alene.
- (264) Konkurransetilsynet viser til at partene samarbeidet om å inngi tilbud på alle deloppdragene selv om partene kunne ha konkurrert om deloppdrag, jf. avsnitt (261). Oppdragsgiver mottok kun ett tilbud på alle deloppdragene og gikk glipp av det konkurransepresset som partene ville utøvd på hverandre i fravær av samarbeidet. I fravær av samarbeidet ville partene ikke hatt kunnskap om hvilke deloppdrag det andre foretaket ville ha bydd på, hvilken kapasitet det andre foretaket hadde tilgjengelig og hvilken pris den andre ville ha tilbudt Bergen Vann. På

¹⁸⁴ Se f.eks. Kommisjonens avgjørelse av 21. oktober 1998 i saken *Pre-Insulated Pipe Cartel* (COMP/M.35691), opprettholdt ved domstolsprøving i sak T-21/99 *Dansk Rørindustri mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-1681, og Kommisjonens avgjørelse av 21. februar 2007 i saken *Elevators and Escalators* (COMP/M.38823), materielt opprettholdt ved domstolsprøving i forente saker T-141/07 m.fl. *General Technic-Otis m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-4977.

¹⁸⁵ Se Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), som opprettholdt Konkurransetilsynets vedtak V2009-17 av 13. juli 2009.

¹⁸⁶ Kommisjonens avgjørelse i *European Sugar Cartel* OJ [1973] L 140/17, avsnitt 42.

¹⁸⁷ EFTAs retningslinjer for horisontalt samarbeid, inntatt i EØS-tillegget [2013] Nr. 69, avsnitt 237.

¹⁸⁸ EFTAs retningslinjer for horisontalt samarbeid, inntatt i EØS-tillegget [2013] Nr. 69, avsnitt 237.

denne bakgrunn legger Konkurransetilsynet til grunn at samarbeidet reduserte antall potensielle uavhengige tilbydere for alle deloppdragene og medførte at konkurransen i hele anbudskonkurransen ble begrenset.

- (265) Det er av denne grunn ikke nødvendig for Konkurransetilsynet å ta endelig stilling til foretakenes eksakte behandlingskapasitet. Bevisene i saken viser under enhver omstendighet at Johny Birkeland Transport/Septik 24 hadde en langt høyere tilgjengelig kapasitet enn hva de anfører i sine merknader, jf. avsnittene (135) og (145) til (148). Dette gjelder også for Lindum som hadde planlagt å benytte andre behandlingsanlegg enn det som var lokalisert i Eidfjord, jf. avsnittene (176), (177) og (194).
- (266) Konkurransetilsynet finner det videre bevist at begge foretakene i fravær av samarbeidet faktisk ville ha konkurrert om deloppdrag. Det vises til at foretakene har tatt imot slam fra Bergen Vann i en årrekke, jf. avsnitt (34), og at kontraktene for Knappen A og B ikke skiller seg vesentlig fra tidligere kontrakter, jf. avsnitt (83). Det vises også til at foretakene var prekvalifiserte for å delta i konkurransen hver for seg, jf. avsnittene (76) og (77). Videre fremgår det av intern e-post i Johny Birkeland Transport/Septik 24 at foretaket også vurderte å levere selvstendig tilbud i konkurransen, jf. avsnitt (150).
- (267) Konkurransetilsynet vil i det følgende vurdere om samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål.
- (268) Partene inngav et felles tilbud i anbudskonkurransen, selv om de kunne ha konkurrert. Partenes samarbeid er således å anse som et anbudssamarbeid hvor det sentrale i samarbeidet var å enes om en felles pris, jf. avsnitt (171). Partene hadde i tillegg en avtale om internfakturerings mellom selskapene på grunn av ulike transportkostnader. Videre hadde partene avtalt en felles koordinering av leveransene og en omtrentlig fordeling av mengdene, med utgangspunkt i historiske leveranser, jf. avsnittene (171) til (177). Det forelå ingen enighet om hvordan de best kunne kombinere sine ressurser eller avtale om konkrete tiltak som skulle bidra til optimal kapasitetsutnyttelse.
- (269) Anbudssamarbeid, herunder utveksling av priser og annen konkurransesensitiv informasjon, er i kjerneområdet til konkurranseloven § 10 første ledd og vil i samsvar med EU/EØS-retten normalt anses å ha som formål å begrense konkurransen, jf. avsnitt (256).
- (270) Samarbeidet mellom Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum medførte at konkurransen mellom dem ble eliminert. Som følge av dette undergravde samarbeidet formålet med anbudskonkurranser som er mest mulig effektiv konkurranse mellom tilbyderne,¹⁸⁹ og reduserte sannsynligheten for at Bergen Vann mottok lavest mulig pris for oppdraget.
- (271) Partene var videre de eneste aktørene som tidligere har hatt kontrakt med Bergen Vann for utkjøring, behandling og sluttbehandling av slam, jf. avsnitt (32), og de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen utlyst av Bergen Vann, jf. avsnittene (76) og (77).
- (272) Partene har anført at de ikke visste at det ikke var andre prekvalifiserte konkurrenter i anbudskonkurransen.
- (273) Konkurransetilsynet viser til interne e-poster i Lindum og forklaringer fra ansatte i selskapet som viser at Lindum la til grunn at det bare var Johny Birkeland Transport/Septik 24 og dem selv som var prekvalifiserte for oppdraget, jf. avsnittene (129) til (133) og (179) til (181). Johny Birkeland Transport/Septik 24 hadde videre vært en aktør i dette markedet i lang tid, og de hadde jevnlig samtaler med Lindum før innlevering av fellestilbudet. Konkurransetilsynet vurderer således at også Johny Birkeland Transport/Septik 24 la til grunn at partene var de eneste prekvalifiserte i konkurransen. Dette underbygges av intern e-post i Johny Birkeland Transport/Septik 24, jf. avsnittene (127) og (128).
- (274) Konkurransetilsynet finner det etter dette bevist at partene la til grunn at de var de eneste prekvalifiserte for oppdraget. Partene kunne dermed fastsette prisen uten nevneverdig risiko for å tape anbudskonkurransen.

¹⁸⁹ Se *European Sugar Cartel* OJ [1973] L 140/17, avsnitt 52.

- (275) Partene anfører videre at informasjonen som ble utvekslet mellom dem i forkant av innlevering av fellestilbudet, ikke var konkurransesensitiv slik Konkurransetilsynet la til grunn i varselet. Partene viser til at prisene var av historisk karakter, samt at konsesjonene på behandlingsanleggene og regnskapene var offentlig tilgjengelige.
- (276) Konkurransetilsynet legger til grunn at partene under samarbeidet utvekslet både gjeldende priser og historiske priser som de hadde hatt med Bergen Vann, jf. avsnittene (109), (168), (169), (202) og (208). Videre avslørte partene fremtidige prisstrategier for behandlingsanleggene ettersom de [redacted], jf. avsnittene (164) og (165).
- (277) Tilgjengelig behandlingsskapasitet ble også drøftet mellom partene, jf. avsnittene (162), (163) og (189). I motsetning til konsesjonsgrensene på anleggene var dette ikke offentlig tilgjengelig informasjon.
- (278) Informasjonen som ble utvekslet er etter Konkurransetilsynets vurdering svært detaljert og omhandlet helt sentrale konkurranseparametere som priser på behandling og transport, samt tilgjengelig behandlingsskapasitet. På denne bakgrunn legger Konkurransetilsynet til grunn at den utvekslede informasjonen var konkurransesensitiv.
- (279) Partenes anførsler om at formålet med samarbeidet var å håndtere varslede volumøkninger fra Bergen Vann på en god og effektiv måte, kan etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke tillegges avgjørende vekt i vurderingen. Som det fremgår i avsnitt (254) følger det av fast rettspraksis at det skal foretas en vurdering av hvilke formål avtalen rent objektivt fremmer. Partenes mål, ønsker eller hensikt med samarbeidet er ikke avgjørende. Videre vil det forhold at et konkurransebegrensende samarbeid også er ment å ivareta andre legitime formål, ikke utelukke anvendelse av konkurranseloven § 10. At samarbeidet objektivt sett hadde som formål å begrense konkurransen, understøttes også av intern e-post i Lindum hvor det fremgår at det ikke vil være konkurranse dersom partene samarbeider, jf. avsnitt (180).
- (280) Konkurransetilsynet finner ikke å legge til grunn at Bergen Vann oppfordret partene til å samarbeide, slik partene anfører. Det vises for det første til at de ansatte i Bergen Vann og Bergen Kommune har bestridt dette i forklaringsopptak. At Bergen Vann ikke har oppmuntret til samarbeid, understøttes også av e-poster mellom partene etter forhandlingsmøtet.¹⁹⁰ Intensjonen med å dele opp oppdraget var ifølge Bergen Kommune/Bergen Vann nettopp å sikre konkurranse om oppdraget, jf. avsnittene (102) til (105). Det følger av sikker rett at offentlige anbudsdokumenter skal tolkes objektivt.¹⁹¹ At Bergen Vann varslet partene om forventede økte volumer i en felles e-post og bad dem orientere om ledig kapasitet, jf. avsnitt (98), tilsier etter Konkurransetilsynets vurdering ikke at de oppfordret partene til å samarbeide.
- (281) Konkurransetilsynet finner på bakgrunn av ovennevnte at samarbeidet mellom partene etter sin art er egnet til å være konkurransebegrensende.
- (282) Lindum anfører at det ikke finnes rettspraksis utenfor Skandinavia som har rubrisert et åpent prosjektsamarbeid som en formålsovertredelse. Lindum viser til at åpenheten gjorde at Bergen Vann fikk anledning til å forhandle separat med foretakene og at samarbeidet således heller ikke har hatt noen virkning. Johnny Birkeland Transport/Septik 24 viser til at tidligere praksis fra Konkurransetilsynet og EU-kommisjonen tilsier at åpne prosjektsamarbeid må vurderes med virkningsanalyse.
- (283) Felles tilbud inngitt av konkurrenter i en anbudskonkurranse vil redusere antall uavhengige tilbydere i anbudskonkurransen, uavhengig av om samarbeidet er gjort kjent for oppdragsgiver eller ikke. Hvorvidt et anbudssamarbeid er gjort kjent for oppdragsgiver, er således ikke relevant ved vurderingen av om samarbeidet er å anse som en formålsovertredelse i henhold til konkurranseloven § 10. At også åpne anbudssamarbeid kan anses som en formålsovertredelse,

¹⁹⁰ Jf. Vedlegg 71 og Vedlegg 74.

¹⁹¹ Rt. 2012 side 1729 (*Mika*).

er videre lagt til grunn av EU-domstolen.¹⁹² I samsvar med EU-domstolens praksis har også konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler i Sverige, Danmark og Norge lagt til grunn at felles tilbud inngitt av konkurrenter, er å anse som en formålsovertredelse, uavhengig av om samarbeidet var kjent for oppdragsgiver eller ikke.¹⁹³

- (284) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at anbudssamarbeidet er å anse som en formålsovertredelse, og at konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt.

4.3.5 Merkbarehetskriteriet

4.3.5.1 Rettslig utgangspunkt

- (285) Merkbarehetskriteriet fremkommer ikke direkte av ordlyden i konkurranseloven § 10 første ledd, men det fremgår av lovens forarbeider at det må oppstilles et merkbarehetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS-retten, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 225.

- (286) Kravet om at konkurransen må begrenses merkbart innebærer en avgrensning mot samarbeid med en ubetydelig virkning på konkurransen.¹⁹⁴

- (287) Det følger videre av rettspraksis at overtredelsens art og iboende skadepotensiale tilsier at merkbarehetskravet normalt vil være oppfylt for samarbeid som har til formål å begrense konkurransen, uten at det må foretas noen nærmere vurdering av faktiske eller potensielle skadevirkninger. Det vises i denne sammenheng til *Brasseries Nationale* hvor Underretten uttalte:

*"In this regard, it suffices to recall that undertakings which conclude an agreement whose purpose is to restrict competition cannot, in principle, avoid the application of Article [101 (1) TFEU]¹⁹⁵ by claiming that their agreement should not have an appreciable effect on competition [...]."*¹⁹⁶

- (288) EU-domstolen går enda lenger i sin uttalelse i saken *Expedia*. Det siteres fra avgjørelsen:

"In that regard, the Court has emphasised that the distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition [...]."

*It must therefore be held that an agreement that may affect trade between Member States and that has an anti-competitive object constitutes, by its nature and independently of any concrete effect that it may have, an appreciable restriction on competition."*¹⁹⁷

- (289) I denne sammenhengen vises det også til Kommisjonens retningslinjer om avtaler av mindre betydning.¹⁹⁸ I retningslinjene redegjør Kommisjonen for typetilfeller som ikke begrenser konkurransen merkbart, og som således er unntatt fra konkurransereglene basert på markedsandelsterskler mv. Retningslinjene oppstiller ikke generelle unntak for samarbeid som har et konkurransebegrensende formål.¹⁹⁹

¹⁹² Sak C-209/07 *Beef Industry Industry Development og Barry Brothers*, Sml. 2008 s. I-8637 og sak T-29/92 *SPO m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-00289.

¹⁹³ V2011-12 *Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS* og Borgarting Lagmannsrett i dom 17. mars 2015 *Staten v/Konkurransetilsynet mot Follo Taxisentral BA, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi BA* (ikke rettskraftig), Stockholms Tingsrätt avgjørelse av 21. januar 2014 i sak *Däckia Aktiebolag m.fl. mot Konkurrentverket*, T18896-10, side 147 og 148, og Konkurrenterådets avgjørelse 24. juni 2015, opprettholdt av Konkurrenterådet i Kjennelse 11. april 2016 - *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mot Konkurrenterådet*.

¹⁹⁴ Sak C-5/69 *Völk mot Vervaecke*, Sml. 1969 s. 295, avsnitt 5.

¹⁹⁵ Konkurransetilsynets presisering.

¹⁹⁶ Sak T-49/02 m.fl. *Brasserie Nationale m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 140. Se også sak T-44/00

Mannesmannröhren-Werke mot Kommisjonen, Sml. 2004 s. II-2223, avsnitt 130 og 196.

¹⁹⁷ Sak C-226/11 *Expedia*, avsnitt 36 og 37.

¹⁹⁸ Kommisjonens retningslinjer *OJ C 4136 Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice* 25. juni 2014.

¹⁹⁹ Kommisjonens retningslinjer *OJ C 4136 Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice* 25. juni 2014, avsnitt 13.

4.3.5.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (290) Konkurransetilsynet har lagt til grunn at det har funnet sted et anbudssamarbeid mellom uavhengige foretak, og at samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10, jf. kapitlene 4.3.2, 4.3.3 og 4.3.4. Overtredelsens alvorlige karakter medfører at den i sin natur, uavhengig av avtalens faktiske følger, normalt vil utgjøre en merkbar konkurransebegrensning.²⁰⁰
- (291) Bergen Vann utlyste anbudskonkurransen med det formål å skape konkurranse mellom tilbydere. Eneste tildelingskriterium var lavest pris, jf. avsnitt (82). Partene utvekslet imidlertid konkurransesensitiv informasjon og ble enige om å innlevere felles tilbud med en felles pris, jf. kapittel 3.4. Samarbeidet eliminerte således konkurransen mellom partene i anbudskonkurransen utlyst av Bergen Vann.
- (292) Partene var de eneste aktørene som tidligere har hatt kontrakt med Bergen Vann for utkjøring, behandling og sluttbehandling av slam, og de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen utlyst av Bergen Vann, jf. avsnittene (32), (76) og (77).
- (293) Som redegjort for i avsnitt (274) finner Konkurransetilsynet det bevist at partene la til grunn at de var de eneste prekvalifiserte aktørene ved fastsettelse av den felles prisen i konkurransen. Samarbeidet har således ført til at partene kunne fastsette prisen uten nevneverdig risiko for å tape anbudskonkurransen.
- (294) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at merkbarhetskriteriet er oppfylt.

4.4 Konklusjon – konkurranseloven § 10 første ledd

- (295) Konkurransetilsynet legger til grunn at partene har samarbeidet om å inngi felles tilbud med felles pris i en anbudskonkurranse, samt utvekslet konkurransesensitiv informasjon i forkant av innleveringen.
- (296) Etter Konkurransetilsynets vurdering har samarbeidet hatt et konkurransebegrensende formål og vært egnet til merkbart å påvirke konkurransen. Samtlige vilkår for overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd anses oppfylt med klar sannsynlighetsovervekt.

4.5 Unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10 tredje ledd

- (297) Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd kan et konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet, likevel anses som lovlig dersom fire kumulative vilkår er oppfylt.
- (298) Av bestemmelsen fremgår det at samarbeidet må bidra til å "*bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling*", samtidig som forbrukerne sikres en "*rimelig andel av de fordeler som er oppnådd*". Fordeler som kun kommer samarbeidspartnerne til gode, vil ikke være relevante effektivitetsgevinster under vurderingen av konkurranseloven § 10 tredje ledd.²⁰¹
- (299) Videre kreves det at foretakene ikke får mulighet til å utelukke konkurranse for en "*vesentlig del*" av de produkter det gjelder, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd bokstav b. I tillegg må konkurransebegrensningen være "*absolutt nødvendig*", jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd bokstav a.
- (300) Ved vurdering av innholdet i konkurranseloven § 10 tredje ledd, vil Konkurransetilsynet hente veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53(3).
- (301) Det er de parter som ønsker å påberope seg unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd, som må godtgjøre at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.²⁰²
- (302) Som det fremgår av kapittel 4.3.4.2 anses partenes anbudssamarbeid for å være en formålsrestriksjon. For denne type overtredelser skal det svært mye til for at vilkårene i

²⁰⁰ Se for eksempel sak T-49/02 m.fl. *Brasserie Nationale m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 241.

²⁰¹ Sak C-382/12 P *MasterCard mot Kommisjonen*, avsnitt 234.

²⁰² EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnittene 41, 51, 56 og 57.

- konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylte.²⁰³ Anbudssamarbeid vil normalt føre til at verdier blir overført fra forbrukerne til produsentene, ettersom det fører til høyere priser uten at det blir gitt en kompenserende motverdi for de berørte forbrukerne.²⁰⁴
- (303) Begge parter anfører at samarbeidet gir vesentlige effektivitetsgevinster, og at samtlige vilkår i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylte.
- (304) Lindum anfører effektivitetsgevinster i form av bedre kapasitetsutnyttelse, reduserte transportkostnader ved økt kapasitet på Vestlandet, bedre utnyttelse av Johny Birkeland Transports/Septik 24s [REDACTED], bedre utnyttelse av biler og fordelene ved at Bergen Vann kan forholde seg til ett kontaktpunkt i stedet for to. Lindum har ikke nærmere anslått eller dokumentert verdien av de anførte effektivitetsgevinstene, og har videre ikke dokumentert sammenhengen mellom samarbeidet og effektivitetsgevinstene.
- (305) Johny Birkeland Transport/Septik 24 anfører at partene gjennom samarbeidet ville fått tilgang til alle av partenes behandlingsanlegg for slam. Tilgang til flere behandlingsanlegg på ulike steder og med ulikt klima ville medført [REDACTED] Samlet ville dette ifølge Johny Birkeland Transport/Septik 24 kunne føre [REDACTED] og mindre lukt. Johny Birkeland Transport/Septik 24 har ikke nærmere anslått eller dokumentert verdien av de anførte effektivitetsgevinstene, og har videre ikke dokumentert sammenhengen mellom samarbeidet og effektivitetsgevinstene.
- (306) Konkurransetilsynet kan ikke utelukke at samarbeidet kan ha hatt enkelte samfunnsøkonomiske fordeler. Samtidig vil de konkurransemessige skadevirkningene av et anbudssamarbeid vanligvis være betydelige.²⁰⁵
- (307) Det er en forutsetning for anvendelse av konkurranseloven §10 tredje ledd at eventuelle effektivitetsgevinster oppveier de konkurranseskadelige virkningene. Konkurransetilsynet kan ikke se at det fremkommer opplysninger i merknadene eller saken for øvrig som godtgjør at effektivitetsgevinstene oppveier de konkurranseskadelige virkningene av samarbeidet. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er vilkåret om at samarbeidet må bidra til å "*bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling*", ikke oppfylt.
- (308) Ettersom vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er kumulative, er det etter dette ikke nødvendig for konklusjonen å ta stilling til om de øvrige vilkårene er oppfylte. Konkurransetilsynet vil likevel foreta en kort vurdering av de øvrige vilkårene.
- (309) Det følger av konkurranseloven § 10 tredje ledd bokstav b at foretakene ikke må få mulighet til å utelukke konkurranse for en "*vesentlig del*" av de varer det gjelder.
- (310) Begge parter anfører at partene ikke hadde anledning til å utelukke konkurranse. Lindum viser til at det var opp til Bergen Vann å vurdere om samarbeidet skulle implementeres eller ikke. Johny Birkeland Transport/Septik 24 viser til at samarbeidet var begrenset til et enkeltstående tilbud, og at partene ellers skulle være konkurrenter.
- (311) Konkurransetilsynet viser til at partene var de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen og de eneste som tidligere hatt kontrakt med Bergen Vann for utkjøring, behandling og sluttbehandling av slam, jf. avsnitt (271). Etter Konkurransetilsynets oppfatning tilsier de faktiske forhold at det ikke var restkonkurranse igjen i anbudskonkurransen som følge av partenes fellestilbud.

²⁰³ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnitt 46.

²⁰⁴ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnitt 46.

²⁰⁵ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnitt 46, se også Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 78.

- (312) Konkurransetilsynet kan ikke se at det er relevant at Bergen Vann hadde mulighet til å avlyse anbudskonkurransen, eller at partene ellers skulle være konkurrenter. Konkurransen ble likefullt utelukket i den aktuelle anbudskonkurransen.
- (313) Vilkåret om at foretakene ikke fikk mulighet til å utelukke konkurransen for en "*vesentlig del*," er etter Konkurransetilsynets vurdering således ikke oppfylt.
- (314) I konkurranseloven § 10 tredje ledd er det videre oppstilt et vilkår om at forbrukerne må sikres en "*rimelig andel*" av de fordelene som oppnås gjennom samarbeidet. Vilkåret innebærer at de fordeler som gis videre til kundene, i det minste må kompensere for eventuelle faktiske eller sannsynlige skadevirkninger av den konkurransebegrensende avtalen. Til dette vil Konkurransetilsynet bemerke at utgangspunktet er at "*en rimelig andel*" medfører at forbrukerne kommer minst like bra ut som uten samarbeid.²⁰⁶
- (315) Partene anfører at Bergen Vann ville oppnådd en rimelig andel av gevinstene. Lindum viser til at bedre logistiktjenester ville gi minst like lave priser som det man nå gjenfinner i kontraktene.
- (316) Konkurransetilsynet legger til grunn at det normalt er begrensede insentiver til å videreføre eventuelle effektivitetsgevinster til kunden når det er få andre konkurrenter.²⁰⁷ Partene var de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen, og de eneste som tidligere har hatt kontrakt med Bergen Vann for utkjøring, behandling og sluthåndtering av slam, jf. avsnitt (271). Konkurransetilsynet finner det videre bevist at partene la til grunn at de var de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen, jf. avsnitt (274). Konkurransetilsynet kan ikke se at det er karakteristika ved markedet eller effektivitetsgevinster som tilsier at Bergen Vann ville blitt fullt ut kompensert for de negative effektene av konkurransebegrensningen.
- (317) Vilkåret om at forbrukerne må sikres "*en rimelig andel*" av fordelene som oppnås, er etter Konkurransetilsynets vurdering således ikke oppfylt.
- (318) Det følger av konkurranseloven § 10 tredje ledd bokstav a at samarbeidet ikke må pålegge foretakene begrensninger utover det som er "*absolutt nødvendig*". I vurderingen av vilkåret er det særlig relevant å undersøke om partene kunne ha oppnådd effektivitetsgevinstene gjennom en mindre konkurransebegrensende avtale, eller om partene kunne ha oppnådd effektivitetsgevinstene på egen hånd. Ifølge EFTAs retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53(3) er vurderingen strengere jo større konkurransebegrensningen er.²⁰⁸ Det er usannsynlig at alvorlige konkurransebegrensninger vil bli vurdert som nødvendige.²⁰⁹
- (319) Partene anfører at arbeidsfellesskapet var nødvendig for å realisere de anførte gevinstene. Merknadene inneholder imidlertid ikke noe drøfting knyttet til om de anførte effektivitetsgevinstene kunne vært oppnådd på mindre inngripende måter.
- (320) Partenes anbudssamarbeid innbefattet informasjonsutveksling og fastsettelse av felles pris. Samarbeidet medførte at konkurransen mellom partene ble eliminert i anbudskonkurransen. Konkurransetilsynet vurderer at dette er en alvorlig konkurransebegrensning og at det er sannsynlig at eventuelle samfunnsøkonomiske fordeler kunne blitt realisert med mindre konkurransebegrensende alternativer.
- (321) Vilkåret om at samarbeidet ikke må pålegge foretakene begrensninger utover det som er "*absolutt nødvendig*", er etter Konkurransetilsynets vurdering således ikke oppfylt.
- (322) Konkurransetilsynets finner på denne bakgrunn at unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd ikke kommer til anvendelse.

²⁰⁶ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnitt 85.

²⁰⁷ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnitt 97.

²⁰⁸ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnitt 79, og sak T-86/95 *Compagnie Generale Maritime*, nr. 392-395 i dommen.

²⁰⁹ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) (2002/C 266/01), avsnitt 79.

4.6 Konklusjon – konkurranseloven § 10

- (323) Konkurransetilsynet har kommet til at samtlige vilkår for overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt, og at unntaket i konkurranselovens § 10 tredje ledd ikke kommer til anvendelse. Konkurransetilsynets konklusjon er på denne bakgrunn at det objektivt sett foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10, og at overtredelsen er bevist med klar sannsynlighetsovervekt.

5 Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven

5.1 Rettslig utgangspunkt

- (324) Det fremgår av konkurranseloven § 29 første ledd at et foretak eller sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom "*foretaket eller sammenslutningen av foretaket eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt*" overtrer forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10.
- (325) Konkurranseloven § 29 første ledd oppstiller både objektive og subjektive vilkår for illeggelse av overtredelsesgebyr.
- (326) For det første må det foreligge en objektiv overtredelse av konkurranseloven. Som det fremgår i kapittel 4 har Konkurransetilsynet kommet til at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10.
- (327) Videre må overtredelsen være begått "*forsettlig eller uaktsomt*". Skyldkravet behandles i kapittel 5.3.
- (328) Konkurranseloven § 29 første ledd fastsetter at overtredelsesgebyret kan ilegges "*foretak*". Dersom flere selskaper, herunder mor- og datterselskap, inngår i samme økonomiske enhet og således utgjør ett og samme "*foretak*" i konkurranserettslig forstand, må det avgjøres hvilke juridiske enheter som kan holdes ansvarlig for overtredelsen. I kapittel 5.4 redegjøres det nærmere for dette.

5.2 Beviskrav

- (329) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (330) I rettspraksis er det oppstilt et skjerpet beviskrav slik at det for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, kreves at det faktum som legges til grunn ved anvendelsen av § 10, må være bevist med klar sannsynlighetsovervekt. Det samme beviskravet gjelder ved vurderingen av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjon.²¹⁰
- (331) Konkurransetilsynets vurdering er at beviskravet er oppfylt, jf. kapittel 4 om overtredelse av konkurranseloven § 10 og kapittel 5.3 om skyldkravet.

5.3 Skyldkravet

5.3.1 Rettslig utgangspunkt

- (332) Det fremgår av konkurranselovens § 29 første ledd at skyldkravet er forsett eller uaktsomhet.
- (333) Høyesterett har lagt til grunn at forsettskravet kan formuleres slik at de som har begått overtredelsen, må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med andre foretak på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen.²¹¹ Ved denne forsettsvurderingen vil en kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med "*anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger*".²¹²
- (334) Uaktsom overtredelse foreligger dersom foretaket eller de som har begått overtredelsen, burde ha forstått at samarbeidet var egnet til merkbart å begrense konkurransen.

²¹⁰ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 60.

²¹¹ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 66.

²¹² Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 67 og Rt. 1974 side 382 og 385 (*Lillehammersaken*).

5.3.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (335) Johnny Birkeland Transport/Septik 24 anfører at det verken foreligger forsett eller uaktsomhet med tanke på at prosjektsamarbeidet ville kunne påvirke konkurransen negativt. Foretaket viser til at de ansatte var av den oppfatning at samarbeidet gav Bergen Vann det tilbudet om totalleveranse som Bergen Vann skal ha etterlyst. Johnny Birkeland Transport/Septik 24 viser også til at de ansatte hverken visste eller burde ha visst at det ikke var andre aktører som var interesserte i utlysningen.
- (336) Lindum tilbakeviser også at det foreligger en forsettlig overtredelse under henvisning til at dokumentasjonen i saken tilsier at Lindum oppfattet fordelene og effektivitetsgevinstene ved samarbeidet som større enn mulige konkurransemessige ulemper. Subsidiært anføres det at forsettet ikke kan omfatte samtlige fem delkontrakter, ettersom det ikke kan bevises med klar sannsynlighetsovervekt at selskapet ville ha budt på samtlige fem delkontrakter i fravær av samarbeidet. For det tilfellet det legges til grunn en objektiv overtredelse, aksepterer Lindum at det foreligger simpel uaktsomhet.
- (337) Som det er redegjort for i kapittel 4.3.4.2 har Konkurransetilsynet funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at ansatte i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum har inngått et samarbeid om å inngi et felles tilbud med felles pris i en anbudskonkurranse, samt utvekslet konkurransefølsom informasjon i forkant av innleveringen.
- (338) Videre har Konkurransetilsynet funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at partene kunne inngitt separate tilbud i anbudskonkurransen, jf. avsnitt (261). Bevisgjennomgangen viser videre at partene forstod at det var anledning til å levere tilbud på deloppdrag, samt at partene forstod at foretakene hadde tilstrekkelig behandlingskapasitet til å levere separate tilbud på deloppdrag. Det vises til at partene i tilbudsbrevet selv påpekte at det var anledning til å inngi tilbud på deler av oppdraget, jf. avsnitt (194). At partene forstod at foretakene hadde tilstrekkelig behandlingskapasitet til å inngi separat tilbud på deloppdrag fremgår av avsnittene (135) til (138) og avsnittene (145) til (148). Partene erkjenner også i deres merknader at de kunne inngitt separate tilbud på deloppdrag i anbudskonkurransen.
- (339) Som redegjort for i avsnitt (273) har Konkurransetilsynet også funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at partene la til grunn at de var de eneste prekvalifiserte selskapene i konkurransen.
- (340) Basert på ovennevnte er det Konkurransetilsynets vurdering at ansatte i Johnny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum har vært klar over, eller i det minste holdt de det for mest sannsynlig, at de samarbeidet på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen.
- (341) Konkurransetilsynet finner det uten betydning i hvilken *grad* partene trodde at konkurranse ble begrenset. Det avgjørende for vurderingen er som nevnt i avsnitt (333) hvorvidt de ansatte var klar over eller holdt det for mest sannsynlig, at konkurransen ble begrenset gjennom samarbeidet. Som redegjort for i avsnitt (264) medførte samarbeidet at konkurransen i hele anbudskonkurransen ble begrenset.
- (342) De forhold partene har anført om fordeler ved samarbeidet, herunder at Bergen Vann kunne få en totalleveranse, er ikke egnet til å endre Konkurransetilsynets standpunkt. Spørsmålet om det foreligger effektivitetsgevinster knyttet til samarbeidet er vurdert i kapittel 4.5. Eventuell villfarelse på dette punkt kan ikke fritta fra ansvar.
- (343) Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at det foreligger en forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet legger til grunn at det under enhver omstendighet foreligger en uaktsom overtredelse.

5.4 Hvilke juridiske enheter som kan holdes ansvarlig for overtredelsen

5.4.1 Rettslig utgangspunkt

- (344) Det fremgår av konkurranseloven § 29 at overtredelsesgebyr skal ilegges det "*foretak*" som har begått en overtredelse av konkurranseloven § 10.
- (345) I konkurranseloven § 2 defineres foretak som "*enhver enhet*" som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet. Ordlyden tilsier at det konkurranserettslige foretaksbegrepet ikke er

identisk med verken selskapsrettslige eller strafferettslige definisjoner.²¹³ Det fremgår videre av forarbeidene at foretaksdefinisjonen i konkurranseloven § 2 skal tolkes "*i samsvar med foretaksbegrepet i EU/EØS-retten og vil være underlagt rettsutviklingen der*".²¹⁴

- (346) Ifølge forarbeidene til konkurranseloven kan et "*foretak*" holdes ansvarlig for overtredelser foretatt av både eierne og den øverste ledelsen, samt andre personer som handler på deres vegne.²¹⁵ Av rettspraksis fra EU-domstolene fremgår det også at det ikke er nødvendig at selskapets øverste ledelse har deltatt i eller hatt kjennskap til overtredelsen. For å ilegge ansvar for "*foretak*" er det tilstrekkelig at den ansatte, som har begått overtredelsen, var bemyndiget til å handle på vegne av foretaket ("*authorised to act*").²¹⁶
- (347) Videre fremgår det av rettspraksis fra EU-domstolen at det konkurranserettslige foretaksbegrepet er funksjonelt. Dette betyr at begrepet "*foretak*" kan, og ofte vil, omfatte flere juridiske enheter/selskaper, som på grunn av den nære tilknytningen mellom dem anses som samme økonomisk enhet.²¹⁷
- (348) Der et mor- og et datterselskap er del av samme økonomiske enhet og derfor utgjør ett og samme "*foretak*" i konkurranserettslig forstand, vil morselskapet kunne holdes solidarisk ansvarlig for en overtredelse av konkurranselovens § 10 som bare datterselskapet har vært direkte involvert i. Dette er i samsvar med fast EU-rettspraksis.²¹⁸
- (349) Det fremgår videre av fast EU-rettspraksis i hvilke tilfeller mor- og datterselskap tilhører samme økonomiske enhet. Det siteres fra EU-domstolen:
- "Community competition law recognizes that different companies belonging to the same group form an economic unit and therefore an undertaking within the meaning of Article 81 EC and 82 [now Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union] if the companies concerned do not determine independently their own conduct on the market."*²¹⁹
- (350) Kravet til tilknytning mellom selskapene fremgår av en lang rekke saker, blant annet av *Metsä-Serla OY*:
- "[...] it is settled case-law that the anti-competitive conduct of an undertaking can be attributed to another undertaking where it has not decided independently upon its own conduct on the market, but carried out, in all material respects, the instructions given to it by that other undertaking, having regard in particular to the economic and legal links between them[...]"*²²⁰
- (351) Ved vurderingen av hvilke selskaper som inngår i samme "*foretak*", er således det sentrale vurderingskriteriet om selskapene selvstendig kan bestemme sin egen forretningsstrategi.
- (352) I tilfeller hvor et morselskap eier 100 prosent av selskapet som har vært direkte involvert i en overtredelse av konkurransereglene, har EU-domstolen oppstilt en presumsjon for at morselskapet utøver avgjørende innflytelse over datterselskapets forretningsstrategi.²²¹

²¹³ Se også Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 240.

²¹⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 34.

²¹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 241.

²¹⁶ Forente saker C-100/80 m.fl. *Musique Diffusion française mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 1825, avsnitt 97, sak C-68/12 *Slovenská sporiteľňa*, avsnitt 25, sak T-146/09 *Parker ITR og Parker-Hannifin mot Kommisjonen*, avsnitt 151 flg.

²¹⁷ Se f.eks. sak C-170/83 *Hydrotherm*, Sml. 1984 s. 2999, avsnitt 11, sak C-97/08P *Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-8237, avsnitt 55 og sak T-234/95 *DSG mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2603, avsnitt 124.

²¹⁸ Se f.eks. forente saker C-125/07P m.fl. *Erste Group Bank m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-08681, avsnitt 80, sak C-97/08P *Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-8237, avsnitt 58 og sak T-9/99 *HFB m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-1487, avsnitt 527.

²¹⁹ Sak C-48/69 *ICI mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 619, avsnitt 132 til 133, sak C-170/83 *Hydrotherm*, Sml. 1984 s. 2999, avsnitt 11, sak T-102/92 *Viho mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-17, avsnitt 50, sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-4071, avsnitt 290.

²²⁰ Sak C-294/98 P *Metsä-Serla Oyj mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-10065, avsnitt 27, sak C-107/82 *AEG mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 3151, avsnitt 49 og sak T-48/69 *ICI mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 619, avsnitt 132 til 133.

²²¹ Forente saker T-71/03 m.fl. *Tokai Carbon mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-10.

Konkurransemyndighetene har i slike tilfeller ikke en plikt til å undersøke hvorvidt morselskapet faktisk utøver slik innflytelse. Dette innebærer at morselskap normalt kan holdes solidarisk ansvarlig for overtredelser av heleide datterselskaper.

- (353) Morselskapet og/eller datterselskapet kan tilbakevise denne presumsjonen ved å fremlegge tilstrekkelige bevis som dokumenterer at datterselskapet har opptrådt uavhengig av morselskapet på markedet.²²² Det er fastslått i EU-rettspraksis at denne presumsjonen ikke er uforenelig med uskyldspresumsjonen i EUs charter om grunnleggende rettigheter og EMK.²²³
- (354) I tilfeller der presumsjonen om morselskapets ansvar ikke kommer til anvendelse, kan morselskapet holdes ansvarlig, dersom morselskapet har utøvet en avgjørende innflytelse over datterselskapets forretningsstrategi.²²⁴ Ved vurderingen tas det hensyn til alle de faktorer som er relevant for de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellom mor- og datterselskap.²²⁵ Rettspraksis viser imidlertid at det ikke stilles strenge vilkår for at et morselskap kan identifiseres med datterselskapet. Selv om et morselskap ikke har tatt formelle beslutninger om et datterselskaps forretningsstrategi vil morselskapet likevel kunne holdes solidarisk ansvarlig dersom mor og datter f.eks. har samme ledelse og styre.²²⁶
- (355) Vurderingen av hvilke "foretak" som skal holdes ansvarlig, skal avgjøres ut ifra tidspunktet da overtredelsen fant sted. Dersom det er gjennomført konserninterne restruktureringer etter at overtredelsen fant sted, vil ikke det påvirke ansvarsforholdene. EU-domstolen har uttalt:
- "[...] a change in the legal form and name of an undertaking does not create a new undertaking free of liability for the anticompetitive behavior of its predecessor when, from an economic point of view, the two are identical."*²²⁷
- (356) Det følger av dette at selskaper forblir ansvarlige etter navneendringer. Videre vil en konsernintern fusjon heller ikke frita selskaper for ansvar.²²⁸
- (357) Etter prinsippet om personlig ansvar skal ansvaret for en overtredelse pålegges det foretaket som har begått den. Dette gjelder selv om foretaket etter overtredelsen har fått ny eier. Det følger imidlertid av EU-rettspraksis at dersom selskapet som var ansvarlig for overtredelsen har opphørt å eksistere, fordi det i sin helhet har blitt ansett som en del av erververen, kan erververen pålegges ansvaret for overtredelsen. Underretten uttalte følgende om dette i *SNIA mot Kommisjonen*:
- "According to settled case-law, when the undertaking in question ceases to exist, upon being merged with an acquirer, the latter takes on its assets and liabilities for infringements if European Union law. In such cases, the liability for the infringement committed by the undertaking over may be imputed to the acquirer."*²²⁹
- (358) Hvorvidt erverver skal kunne holdes ansvarlig for overtredelsen, vil være avhengig av om det kan legges til grunn at de materielle og menneskelige ressurser som har medvirket til

²²² Sak C-97/08 P *AKZO mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I8237, avsnitt 58 til 60.

²²³ Sak C-238/12 P *FLSmidth mot Kommisjonen*, avsnitt 25, sak C-40/12 P *Gascogne Sack mot Kommisjonen*, avsnitt 30, forente saker C-628/10 m.fl. *Alliance One International and Standard Commercial Tobacco mot Kommisjonen og Kommisjonen mot Alliance One International m.fl.*, Sml. 2012 s. I-0000, premiss 46, 47, 108 og 113, sak C 501/11 P *Schindler Holding m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2013s. I 0000, avsnitt 108 til 111.

²²⁴ Sak T-514/08 *Sasol mot Kommisjonen*, avsnitt 43 og 44.

²²⁵ Se sak C-440/11 P *Kommisjonen mot Stichting Administratiekantoor Portielje and Gosselin Group*, avsnitt 60, sak C-97/08 P *Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-8237, avsnitt 73 og 74, sak C-521/09 P *Elf Aquitaine mot Kommisjonen*, Sml. 2011s. I-8947, avsnitt 58 og forente saker C-628/10 P m.fl. *Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mot Kommisjonen og Kommisjonen mot Alliance One International m.fl.*, avsnitt 45.

²²⁶ Se f.eks. sak C-440/11P *Kommisjonen mot Stichting Administratiekantoor Portielje and Gosselin Group*, avsnitt 86.

²²⁷ Sak 29-30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH mot Kommisjonen*, Sml. 1984 s. 1679, avsnitt 9. Se også forente saker C-204/00 m.fl. *Aalborg Portland m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. I-00123, avsnitt 59 og forente saker C-125/07P m.fl. *Erste Group Bank AS m.fl.*, Sml. 2009 s. I-08681, avsnitt 79.

²²⁸ Se f.eks. forente saker C-125/07P m.fl. *Erste Group Bank AS m.fl.*, Sml. 2009 s. I-08681.

²²⁹ Sak T-194/06 *SNIA mot Kommisjonen*, Sml 2011 side II-3119, avsnitt 62.

overtredelsen, har blitt overført til erverver.²³⁰ Dersom dette er tilfellet, vil erverver overta ansvaret.

5.4.2 Konkurransetilsynets vurdering – Johny Birkeland Transport, Septik 24 og Norva 24

5.4.2.1 Johny Birkeland Transport

- (359) Konkurransetilsynets vurdering er at Johny Birkeland Transport er ansvarlig for overtredelsen av konkurranseloven § 10, jf. § 29 som direkte involvert.
- (360) Ved vurderingen er det lagt vekt på at inngivelse av fellestilbud og utveksling av konkurransesensitiv informasjon i forkant av inngivelsen er utført av ansatte i Johny Birkeland Transport som var bemyndiget til og som hadde som oppgave å utarbeide og/eller inngi tilbud til Bergen Vann, jf. kapittel 3.4.

5.4.2.2 Septik 24/Norva 24

- (361) Konkurransetilsynets vurdering er at også Septik 24 er ansvarlig for overtredelsen av konkurranseloven § 10, jf. § 29 som direkte involvert.
- (362) Ved vurderingen er det særlig lagt vekt på at A3, daglig leder i Septik 24, og A4, økonom i Septik 24, har deltatt aktivt i forberedelse og inngivelsen av fellestilbudet. A3 hadde en sentral rolle i samarbeidet, herunder planlegging og gjennomføring av samtlige av møtene med Lindum, samt i forbindelse med utarbeidelse og inngivelse av tilbudet. A4 var ansatt i Septik 24 i perioden og deltok på møtet i Stryn. Han var ansvarlig for oppfølging av de formelle kravene i anbudskonkurransen og deltok aktivt i utarbeidelsen av fellestilbudet. De beskrevne handlingene var utført av personer som var bemyndiget til å handle på vegne av Septik 24.
- (363) Videre er det Konkurransetilsynets vurdering at Septik 24 under enhver omstendighet er solidarisk ansvarlig med Johny Birkeland Transport for overtredelsen av konkurranseloven § 10, jf. § 29 som morselskap.
- (364) Johny Birkeland Transport var i perioden da samarbeidet fant sted 50 prosent eid av Septik 24, jf. avsnitt (13). Som redegjort over i avsnitt (354) kan et morselskap holdes ansvarlig dersom morselskapet har utøvd avgjørende innflytelse over forretningsstrategien til datterselskapet.
- (365) Det er Konkurransetilsynets vurdering at Septik 24 i den aktuelle perioden utøvde avgjørende innflytelse over forretningsstrategien til Johny Birkeland Transport. Ved vurderingen er det særlig lagt vekt på at Johny Birkeland Transport i interne dokumenter er et datterselskap i konsern, hvor Septik 24 omtales som morselskap. Av aksjonæraftalen inngått mellom aksjonærene i Septik 24 fremgår det at:

"[Redacted text block]

231

- (366) Begrepet "*bestemmende innflytelse*" etter aksjeloven § 1-3 er ikke identisk med begrepet "*avgjørende innflytelse*" etter konkurranserettens ansvarsregler. Et selskaps bestemmende innflytelse over et annet taler likevel for det utøver avgjørende innflytelse, og at Septik 24 og Johny Birkeland Transport ikke opptrådte som separate foretak på markedet, men at de utgjør den samme økonomiske enhet. Dette understøttes av at A3 har forklart til Konkurransetilsynet at "*han i dag er konsernleder i Septik 24 - konsernet. Dette konsernet inkluderer flere selskap som er kontrollert gjennom aksjonærposter og aksjonæraftale.*"²³² Det vises videre til at Septik 24 omtaler selskapet som "*morselskap*", jf. styrets årsberetning for 2014 som er sitert i avsnitt (14).

²³⁰ Sak T-6/89 *Enichem Anic mot Kommisjonen*, Sml. 1991 side II-1623, avsnitt 237 flg.; sak C-49/92 P *Kommisjonen mot Anic Partecipazioni*, Sml. 1999 side I-4125, avsnitt 139 flg.; sak C-297/98 P *SCA Holding mot Kommisjonen*, Sml. 2000 side I-10101, avsnitt 24 flg.; sak T-259/02 til T-264/02 og T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2006 side II-5169, avsnitt 325 flg.; sak T-194/06 *SNIA mot Kommisjonen*, Sml. 2011 side II-3119, avsnitt 60.

²³¹ Jf. avsnitt (14).

²³² Forklaringsopptak med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24 14. januar 2015, avsnitt 2.

- (367) I EU-rettspraksis er det videre vektlagt hvorvidt selskapene har overlappende styrerepresentanter og personer i ledende funksjoner.²³³ I foreliggende sak har flere av de samme personene vært involvert i ledelsen av mor- og datterselskapet. Det vises til at A3 var daglig leder i Septik 24 i den aktuelle perioden. Han var samtidig styreleder i Johny Birkeland Transport. Tidligere daglig leder i Johny Birkeland Transport, A2, var i perioden styremedlem i Septik 24, jf. avsnitt (15).
- (368) Septik 24 ble kjøpt opp av Norva 24 i 2015, jf. avsnitt (18).
- (369) Septik 24 ble innfusjonert i Norva 24 3. september 2016, jf. avsnitt (19). Samtlige aktiva, passiva og menneskelige ressurser som var en del av Septik 24 på transaksjonstidspunktet inngår etter fusjonen som en del av Norva 24. Septik 24 har på denne bakgrunn opphørt som egen juridisk person.²³⁴
- (370) Konkurransetilsynet legger i henhold til konkurranseloven § 29 således til grunn at Norva 24 har overtatt ansvaret for overtredelsen av konkurranseloven §10, jf. avsnittene (357) og (358).

5.4.2.3 Konklusjon

- (371) På dette grunnlag er det Konkurransetilsynets vurdering at Norva 24 og Johny Birkeland Transport holdes solidarisk ansvarlig for brudd på konkurranseloven § 10, jf. § 29.

5.4.3 Konkurransetilsynets vurdering – Lindum Bioplan/Lindum

5.4.3.1 Lindum Bioplan

- (372) Konkurransetilsynets vurdering er at Lindum Bioplan er ansvarlig for overtredelsen av konkurranseloven § 10, jf. § 29 som direkte involvert.
- (373) Ved vurderingen er det lagt vekt på at inngivelse av fellestilbud og utveksling av konkurransesensitiv informasjon i forkant av inngivelsen er utført av ansatte i Lindum Bioplan som var bemyndiget til og som hadde som oppgave å utarbeide og/eller inngi tilbud til Bergen Vann, jf. kapittel 3.4.
- (374) B2s handlinger var, i perioden før innfusjoneringen²³⁵ i Lindum, utført på vegne av Lindum Bioplan, selskapet han var daglig leder for i perioden da overtredelsen skjedde. Lindum Bioplan er nå en integrert del av Lindum, jf. avsnitt (27).

5.4.3.2 Lindum

- (375) Konkurransetilsynets vurdering er at også Lindum er ansvarlig for overtredelsen av konkurranseloven § 10, jf. § 29 som direkte involvert.
- (376) Ved vurderingen er det særlig lagt vekt på at B1, administrerende direktør i Lindum, deltok aktivt i forberedelsen og innleveringen av fellestilbudet til Bergen Vann. B1 ble i prekvalifiseringsfasen orientert om B2s dialog med A3 i Johny Birkeland Transport/Septik 24. B1 deltok også på møtet med A3 i Kaupanger, jf. avsnitt (187), hvor han har forklart at beslutningen om å levere fellestilbudet ble tatt, jf. avsnitt (188). Handlingene er utført av en ansatt som var bemyndiget til å handle på vegne av Lindum.
- (377) Videre er det Konkurransetilsynets vurdering at Lindum under enhver omstendighet er solidarisk ansvarlig med Lindum Bioplan for overtredelsen av konkurranseloven § 10, jf. § 29 som morselskap.
- (378) Lindum Bioplan var frem til innfusjoneringen et heleid datterselskap av Lindum, jf. avsnittene (25) til (27). Det er således en presumsjon for at Lindum har utøvd avgjørende innflytelse over forretningsstrategien til Lindum Bioplan jf. avsnitt (352). I tråd med presumsjonen om 100 prosent eierskap kan Lindum derfor holdes solidarisk ansvarlig for den overtredelse som Lindum Bioplan har vært direkte involvert i, med mindre presumsjonen tilbakevises.

²³³ Sak T-132/07 *Fuji Electric mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-4091, avsnitt 184 og forente saker C-189/02 P m.fl. *Dansk Rørindustri m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. I-5425, avsnitt 119 og 120.

²³⁴ Jf. Vedlegg 4.

²³⁵ Jf. avsnitt (27).

- (379) Presumsjonen for at Lindum har utøvd avgjørende innflytelse over Lindum Bioplan, understøttes videre av at flere av de samme personene har vært involvert i ledelsen av mor- og datterselskapet. I EU-rettspraksis er det som tidligere nevnt vektlagt hvorvidt selskapene har overlappende styrerepresentanter og personer i ledende funksjoner.²³⁶ B1, administrerende direktør i Lindum, og B5, økonomidirektør i Lindum satt i styret i Lindum Bioplan fra 25. mai 2011 til selskapet ble slettet 13. september 2014. B1 satt som styreleder i hele perioden.²³⁷

5.4.3.3 Konklusjon

- (380) På dette grunnlag er det Konkurransetilsynets vurdering at Lindum holdes ansvarlig for brudd på konkurranseloven § 10, jf. § 29.

6 Utmåling av overtredelsesgebyr

6.1 Rettslig utgangspunkt

- (381) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a gir hjemmel for illeggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven § 10. Konkurranseloven § 29 annet ledd lyder som følger:
- "Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31."*
- (382) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift av 11. desember 2013 nr. 1456 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (heretter "forskrift om overtredelsesgebyr").
- (383) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-reglene.²³⁸ EU- og EØS-rettskilder er således relevante ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (384) Forskrift om overtredelsesgebyr bygger på EFTAs og Kommisjonens retningslinjer fra 2006 om metoden for utmåling av gebyr (heretter "retningslinjene").²³⁹ Retningslinjene gir utfyllende veiledning om utmålingen, og Konkurransetilsynet vil derfor legge vekt på disse ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret.
- (385) Konkurransetilsynet har en betydelig skjønnsfrihet til å sikre at gebyrnivået fører til en effektiv håndheving av konkurransereglene ut fra individualpreventive og allmennpreventive hensyn.²⁴⁰ Overtredelsesgebyrene som utmåles må være markerte og følgbare for å oppnå en tilstrekkelig preventiv virkning.²⁴¹
- (386) Endringer i rettsutviklingen og variasjoner i faktum fra sak til sak gjør at foretak ikke kan ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå.²⁴²
- (387) Forskrift om overtredelsesgebyr § 3 tredje til syvende ledd oppstiller en tottrinnsmetode som Konkurransetilsynet normalt vil anvende ved utmåling av overtredelsesgebyr ved brudd på

²³⁶ Sak T-132/07 *Fuji Electric mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-4091, avsnitt 184, forente saker C-189/02 P m.fl. *Dansk Rørindustri m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. I-5425, avsnitt 119 og 120.

²³⁷ Informasjonen er hentet fra Brønnøysundregistrene.

²³⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 241. Se også Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 74, 77, 80 og 81.

²³⁹ Kommisjonens retningslinjer "Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003", inntatt i EF-tidende C210/02 1. september 2006 og Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan "Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåknings- og domstolavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a)", EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende 21. desember 2006, nr. 63/44.

²⁴⁰ Retningslinjene, avsnitt 4 og 37.

²⁴¹ Se blant annet Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 88.

²⁴² Forente saker C-100/80 m.fl. *Musique Diffusion Française mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 1825, avsnitt 109, sak T-77/08 *Dow Chemical mot Kommisjonen*, avsnitt 139 til 141 og sak C-549/10 P *Tomra m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 104 til 106.

konkurranseloven § 10.²⁴³ Det følger av ordlyden i forskrift om overtredelsesgebyr § 3 tredje til syvende ledd at denne delen av bestemmelsen er fakultativ.

- (388) Det fremgår også av retningslinjene at denne metoden kan fravikes:

*"Selv om disse retningslinjer fastsetter den generelle metode for fastsettelse av bøter, kan det være berettiget at denne metoden [...] fravikes om omstendighetene i en bestemt sak krever det eller det er nødvendig for å oppnå en tilstrekkelig avskrekkende virkning."*²⁴⁴

6.1.1 Maksimalgrense

- (389) Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av konkurranseloven § 10 kan Konkurransetilsynet ilegge et overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 2 annet ledd. Foretakets omsetning er den samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 2 tredje ledd. En tilsvarende bestemmelse gjelder ved utmåling av gebyr etter EU- og EØS-reglene.²⁴⁵
- (390) Det fremgår av EU-retten at bestemmelsen utgjør en maksimalgrense som et utmålt gebyr ikke kan overskride. Bestemmelsen er ment å beskytte foretak mot at det ilegges overtredelsesgebyr som kan medføre at foretaket forsvinner ut av markedet, jf. blant annet *Tokai Carbon*.²⁴⁶

6.2 Utmåling av overtredelsesgebyr for partene

6.2.1 Innledning

- (391) Gjennomgangen nedenfor vil vise at forskrift om overtredelsesgebyr § 3 tredje til syvende ledd ikke er direkte anvendelig ved utmåling av overtredelsesgebyr for Johny Birkeland Transport/Norva 24 og Lindum. Konkurransetilsynet har likevel valgt å se hen til prinsippene for totrinnsmetoden i den foreliggende sak. Anvendelsen av prinsippene ivaretar hensynet til at gebyret skal gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen, samt den relative betydningen av hvert foretak som deltar i overtredelsen.²⁴⁷ Videre oppnås det et gebyrnivå som har tilstrekkelig preventiv virkning, og anvendelsen av prinsippene sikrer en gjennomslutlig utmåling.
- (392) Konkurransetilsynet vil i kapittel 6.2.2 til 6.2.6 angi de momentene som er lagt vekt på i utmålingen av overtredelsesgebyret for Johny Birkeland Transport/Norva 24 og Lindum, herunder hva som har hatt særlig betydning for resultatet, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 åttende ledd.

6.2.2 Foretakets omsetning - kontraktsverdien

- (393) Konkurransetilsynet skal særlig legge vekt på *"foretakets omsetning"* ved utmåling av overtredelsesgebyret, jf. konkurranseloven § 29 annet ledd og forskrift om overtredelsesgebyr § 3 første ledd.
- (394) Det følger av forskrift om overtredelsesgebyr § 3 tredje ledd at det ved utmålingen av overtredelsesgebyret *kan* tas utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter.
- (395) I foreliggende sak ble fellestilbudet fra Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum avvist av Bergen Vann. Partene oppnådde således ikke noen omsetning knyttet til det ulovlige samarbeidet.
- (396) I tilfeller hvor samarbeidet blir gjort kjent før foretakene har oppnådd omsetning, vil ikke omsetningsverdien av foretakenes varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter, gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen (*"the scale of the*

²⁴³ Retningslinjene, avsnitt 9 til 11.

²⁴⁴ Retningslinjene, avsnitt 37.

²⁴⁵ EUs rådsforordning 1/2003 av 16. desember 2001 om gjennomføring av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82, artikkel 23 nr. 2 annet ledd.

²⁴⁶ Forente saker T-71/03 m.fl. *Tokai Carbon mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. II-10, avsnitt 389.

²⁴⁷ Retningslinjene, avsnitt 6.

infringement").²⁴⁸ På denne bakgrunn vil Konkurransetilsynet i foreliggende sak ta utgangspunkt i den anslåtte kontraktsverdien for oppdraget utlyst av Bergen Vann. Tilsynet anser at dette vil gi en god indikasjon på den økonomiske betydningen av overtredelsen og overtredelsens skadepotensiale. Til sammenligning la Stockholms tingsrätt, i en sak om ulovlig anbudssamarbeid, til grunn at verdien av de varer og tjenester som omfattet av samarbeidet, var den optimale totale kontraktsverdien, jf. *Däckia Aktiebolag*.²⁴⁹ Konkurransetilsynet har også i tidligere overtredelsessaker som omhandlet anbudssamarbeid, vektlagt kontraktsverdien ved utmåling av gebyr.²⁵⁰

- (397) Konkurransetilsynet viser til at Bergen Vann estimerte verdien av oppdraget i hele kontraktsperioden til å utgjøre 29 millioner kroner, jf. avsnitt (75). Videre estimerte Bergen Vann mengden slam til å være inntil 38 000 tonn, jf. avsnitt (79). Kontraktens varighet ble i kvalifikasjonsgrunnlaget oppgitt til å være to år pluss en opsjon for oppdragsgiver til å forlenge kontrakten med ytterligere ett år, dvs. totalt inntil tre år, jf. avsnitt (72). Da tilbudet ble levert inn, var det imidlertid kjent at kontrakten mest sannsynlig bare ville vare fra høsten 2014 og frem til det planlagte biogassanlegget var ferdigstilt. Biogassanlegget ville sannsynligvis være ferdigstilt i løpet av 2016, jf. avsnitt (84).
- (398) Partens fellestilbud var på ■■■ kroner per tonn slam, jf. avsnitt (193). Med en maksimal slammengde på 38 000 tonn kunne partene ha forventet en samlet omsetning på om lag ■ millioner kroner. Konkurransetilsynet finner det likevel riktig å legge til grunn Bergen Vanns estimat på 29 millioner kroner for anslått kontraktsverdi på tidspunktet for innleveringen av fellestilbudet. Bakgrunnen er at det var knyttet usikkerhet til oppdragets totale mengde slam og når det planlagte biogassanlegget ville blitt ferdigstilt. En omsetning på 29 millioner kroner med en samarbeidspris på ■■■ kroner, ville tilsvart en slammengde på om lag ■ tonn i kontraktsperioden. En slik slammengde er etter Konkurransetilsynets vurdering et konservativt anslag på hva partene kunne forvente da fellesilbudet ble levert inn. Dette gjelder uavhengig av om opsjonsperioden ville blitt utløst eller ikke.
- (399) Den overordnede planen var at partene skulle fordele omsetningen i rammeavtalen mellom seg. Som det fremgår av avsnitt (171) og avsnittene (174) til (177) skulle fordelingen ta utgangspunkt i gjeldende fordeling av volum mellom partene, men var ikke avtalt i detalj. Volum som oversteg deres historiske mengder, skulle fordeles likt mellom partene frem til kapasitetsgrensen var nådd på anleggene på Vestlandet. Overskytende mengder skulle deretter kjøres til Lindums anlegg på Østlandet.
- (400) Konkurransetilsynet har innhentet informasjon om mengden slam som partene tok imot fra Bergen Vann i tidsperioden 2012 til 2014. Fordelingen av slammengder fra Bergen Vann til partene var i denne perioden om lag 40 prosent til Johny Birkeland Transport/Septik 24 og om lag 60 prosent til Lindum.²⁵¹

Vedlegg 80 Oversikt over kunder 2014 for Lindum

Vedlegg 81 Kunder innen slam og septik med slammengder levert Sløvåg i 2013 og 2014 for Johny Birkeland Transport

- (401) Samlet sett vurderer Konkurransetilsynet at historisk fordeling av volum på 60 prosent til Lindum og 40 prosent til Johny Birkeland Transport/Septik 24, gir det beste anslaget for sannsynlig fordeling av anslått kontraktsverdi mellom partene.
- (402) Lindum har ingen avgjørende innvendinger mot at Konkurransetilsynet ser hen til kontraktsverdien som referanse for en eventuell utmåling. Lindum anfører imidlertid at den omsetningsverdi som Konkurransetilsynet har lagt til grunn for utmåling av gebyr, ikke er

²⁴⁸ Sak C-194/14 P *AC-Treuhand mot Kommissjonen*, avsnitt 62. Se også Kommissjonens retningslinjer, avsnitt 6.

²⁴⁹ Stockholms tingsrätt sin avgjørelse 21. januar 2014 i sak *Däckia Aktiebolag m.fl. mot Konkurrensvetket*, T18896-10, side 147 og 148.

²⁵⁰ Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 *Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS* av 4. juli 2011, avsnitt 152 og Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 *Icopal AS og Fløysand Tak AS* av 30. juni 2011, avsnitt 141.

²⁵¹ Volumer for 2012 og 2013 fremgår av A3s oppstilling i avsnitt (209). Volumer for 2014 fremgår av henholdsvis Vedlegg 80 og Vedlegg 81.

korrekt. Lindum viser til at det ved fastsettelsen må hensyntas at man i dag har en helt annen kunnskap om de faktiske produksjonsvolumer enn det som fremgikk av anbudsokumentene. Lindum viser videre til at det ikke er korrekt å benytte en pris på ■■■ kroner per tonn slam ettersom faktisk gjennomsnittspris for Lindum i nåværende kontrakt med Bergen Vann er på ■■■ kroner per tonn slam.

- (403) Johnny Birkeland Transport/Septik 24 anfører også at omsetningsverdien må basere seg på faktiske produksjonsvolumer fra de gjeldende kontraktene med Bergen Vann, og viser til at Johnny Birkeland Transport/Septik 24 kun har mottatt ■■■ tonn slam fra Bergen Vann.
- (404) Konkurransetilsynet viser til at partene samarbeidet om å inngi tilbud på hele kontrakten, og at partene skulle fordele volumet knyttet til totalkontrakten mellom seg, jf. avsnittene (85) og (399). Bergen Vann avviste fellestilbudet, og i etterkant av Konkurransetilsynets bevissikring har partene inngått separate kontrakter med Bergen Vann, jf. avsnitt (217). De separate kontraktene er ikke en del av overtredelsen, og kontraktene skiller seg også fra den opprinnelige utlysningen. Volumer og priser som partene har oppnådd i disse kontraktene, er således ikke relevante for utmålingen av gebyrene i denne saken.
- (405) På denne bakgrunn er det Konkurransetilsynets vurdering at det må tas utgangspunkt i den omsetning som partene forventet da overtredelsen fant sted. Denne omsetningsverdien vil etter tilsynets vurdering gi den beste indikasjon på den økonomiske betydningen av overtredelsen og overtredelsens skadepotensiale, jf. avsnitt (396). Det vises i denne sammenheng til at partene hadde en forventning om betydelige slamleveranser, jf. kapittel 3.4, og preventive hensyn taler derfor for å legge denne omsetningen til grunn.
- (406) Lindum anfører videre at det ved fastsettelsen av gebyret kun må tas utgangspunkt i volumer for de delkontrakter det faktisk kunne ha vært konkurranse om i fravær av samarbeidet, dvs. volumer for ■■■■
- (407) Konkurransetilsynet viser igjen til at partene samarbeidet om å inngi tilbud på hele kontrakten og således forventet en omsetning knyttet til denne da de inngav fellestilbudet. Som redegjort for i avsnittene (264), (404) og (405) er gjenstanden for samarbeidet og overtredelsens omfang hele kontrakten.
- (408) Endelig anfører Lindum at utmålingen av de varslede gebyrene ikke er i tråd med tidligere praksis og viser til at gebyrene i *Follosaken* er betydelige lavere i forhold til kontraktsverdiene i den saken.
- (409) Konkurransetilsynet viser til at utmåling av gebyr vil baseres på en konkret vurdering i den enkelte sak. Foretak kan derfor ikke ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå, jf. avsnitt (386). Det vises også til at tilsynet har betydelig skjønnsfrihet ved utmåling av gebyr for å sikre en preventiv virkning, jf. avsnitt (385).
- (410) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at den anslåtte kontraktsverdien knyttet til utførelsen av rammeavtalen med Bergen Vann i hele kontraktsperioden var 29 millioner kroner, og at denne verdien ville blitt fordelt med 60 prosent til Lindum og med 40 prosent til Johnny Birkeland Transport/Septik 24. Det enkelte foretaks tilordnede andel av den anslåtte kontraktsverdien var således 17,4 millioner kroner for Lindum og 11,6 millioner kroner for Johnny Birkeland Transport/Septik 24.

6.2.3 Overtredelsens grovhet

- (411) Overtredelsens grovhet skal vektlegges ved utmålingen av overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 annet ledd og forskrift om overtredelsesgebyr § 3 første ledd. Forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav a til f angir momenter som Konkurransetilsynet skal ta særlig hensyn til ved vurderingen av grovheten. Angivelsen er ikke uttømmende og andre momenter kan også være av betydning ved utmålingen.
- (412) For det første skal Konkurransetilsynet vurdere "*overtredelsens art*", jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav a. Horisontale avtaler om anbudssamarbeid,

prissamarbeid og markedsdeling regnes generelt for å være særlige grove overtredelser.²⁵² Det siteres fra Høyesteretts avgjørelse i Brosaken:

*"Etter mitt syn blir det dominerende moment ved utmålingen at de to selskapenes samordning fullstendig undergravde det sentrale formål ved tradisjonell anbudsutlysning; mest mulig effektiv konkurranse. Ulovlig anbudssamarbeid er generelt meget uheldig og kan ha betydelige og vidtrekkende skadevirkninger. Konkret medførte samarbeidet fare for at Steinkjer kommune ble forledet til å betale en vesentlig for høy pris for arbeidet."*²⁵³

- (413) Partene anfører at åpne enkeltstående prosjektsamarbeid etter sin art ikke kan kategoriseres som særlig grove. Begge parter viser til at slike samarbeid har små potensielle skadevirkninger, og at verken retningslinjene avsnitt 23, *Brosaken* eller Underrettens dom i *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, som Konkurransetilsynet har vist til i varselet, tilsier at samarbeidet kan kategoriseres som en særlig grov overtredelse. Lindum viser også til at Konkurransetilsynet ikke har tatt hensyn til at det sentrale formålet med samarbeidet var å ivareta oppdragsgivers behov på en god og effektiv måte.
- (414) Som det fremgår av kapittel 4.3.4.2 legger Konkurransetilsynet i denne saken til grunn at partenes samarbeid er et ulovlig anbudssamarbeid med et konkurransebegrensende formål. Anbudssamarbeidet innbefattet informasjonsutveksling og fastsettelse av felles pris. Ulovlig anbudssamarbeid er blant de mest alvorlige overtredelsene av konkurranse-loven § 10, og skadevirkningene av et slikt samarbeid kan være betydelige og vidtrekkende, jf. Høyesteretts uttalelse i Brosaken gjengitt i avsnitt (412). Partene har gjennom samarbeidet undergravd det sentrale formålet med tradisjonell anbudsutlysning. At samarbeidet også hadde andre formål, endrer ikke det faktum at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål, jf. avsnitt (254). I retningslinjene er det fremhevet at horisontale prissamarbeid "*as a matter of policy*" vil utmåles et høyt gebyr, og at prosentandelen av omsetningsverdien i slike saker derfor vil være i øvre sjikt av skalaen.²⁵⁴
- (415) Konkurransetilsynet har lagt noe vekt på at det ulovlige samarbeidet i foreliggende sak har vært organisert på en slik måte at samarbeidet ble gjort kjent for oppdragsgiver da fellestilbudet ble levert inn. Det forhold at samarbeidet ikke har vært skjult, vil likevel ikke frata samarbeidet dets karakter som særlig grovt, jf. Underrettens dom i *Raiffeisen Zentralbank Österreich*.²⁵⁵ Konkurransetilsynet viser i denne sammenheng også til at hvorvidt et anbudssamarbeid er gjort kjent for oppdragsgiver, ikke er relevant ved vurderingen av om samarbeidet er å anse som en formålsovertredelse, avsnitt (283).
- (416) Konkurransetilsynet finner på bakgrunn av ovennevnte at overtredelsen etter sin art må kategoriseres som en særlig grov overtredelse.
- (417) Forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav b og c fastsetter videre at det særlig skal tas hensyn til "*overtredelsens faktiske innvirkning på markedet*" og "*størrelsen på det berørte markedet*". I Brosaken uttalte Høyesterett at disse momentene måtte tre noe i bakgrunnen ved alvorlige overtredelser som ulovlig anbudssamarbeid. De alvorlige konsekvensene som ulovlig anbudssamarbeid generelt er egnet til å ha, ble ansett som det avgjørende momentet.²⁵⁶ Tilsvarende har EU-domstolen lagt til grunn at arten av overtredelsen er avgjørende ved fastsettelse av hvor grov overtredelsen er.²⁵⁷ I Brosaken ble det ikke inngått avtale med tilbyderne på grunn av mistanke om ulovlig samarbeid, og Høyesterett uttalte følgende om blant annet overtredelsens faktiske innvirkning på markedet:

²⁵² Retningslinjene, avsnitt 23.

²⁵³ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 78.

²⁵⁴ Retningslinjene, avsnitt 23.

²⁵⁵ Forente saker T-259/02 m.fl. *Raiffeisen Zentralbank Österreich mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-05169, avsnitt 252. Materielt opprettholdt av EU-domstolen i forente saker C-125/07 P m.fl. *Erste Group Bank m.fl mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-08681.

²⁵⁶ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 78 og 79.

²⁵⁷ Sak C-554/08 P *Carbone-Lorraine mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-189, avsnitt 44 og sak T-587/08 *Fresh Del Monte Produce mot Kommisjonen*, avsnitt 770.

*"[...] I vår sak kan jeg vanskelig legge noen vekt på at konkurransen rent faktisk ikke ble begrenset, og at foretakene ikke fikk noen gevinst av sitt ulovlige samarbeid. Årsaken var jo at det ulovlige samarbeidet ble avslørt."*²⁵⁸

- (418) Begge parter anfører at det må vektlegges i partenes favør at samarbeidet ikke har hatt noen virkning på markedet. Partene viser til at et grunnleggende kjennetegn ved åpne prosjektsamarbeid er at oppdragsgiver står fritt til å velge om han ønsker å kontrahere eller be om separate tilbud. Lindum anfører videre at en kontraktsverdi på 29 millioner kroner ikke kan kategoriseres som et betydelig beløp.
- (419) Konkurransetilsynet viser til at partenes fellestilbud i foreliggende sak ble avvist fra anbudskonkurransen, og at partene deretter ble invitert til å inngi separate tilbud, jf. avsnittene (88) og (89). Partene var de eneste prekvalifiserte leverandørene i anbudskonkurransen, og oppdragsgiver hadde ingen alternative leverandører. Som redegjort for i avsnittene (276) til (278) utvekslet partene betydelige mengder konkurransesensitiv informasjon som førte til redusert usikkerhet i den etterfølgende anbudskonkurransen mellom partene. Oppdragsgiver oppnådde som følge av dette ikke fordelene av det konkurransepresset som partene ville ha utøvd på hverandre i fravær av samarbeidet. Avvisningen hindret dermed ikke samarbeidet i å ha en innvirkning på markedet. Konkurransetilsynet bemerker også at det var oppdragsgiver som avviste fellestilbudet fra anbudskonkurransen.
- (420) Videre var den anslåtte kontraktsverdien av Bergen Vanns anbudskonkurranse på 29 millioner kroner, noe som er et betydelig beløp i en enkeltstående anbudskonkurranse.
- (421) Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at momentene "*overtredelsens faktiske innvirkning på markedet*" og "*størrelsen på det berørte markedet*" i denne saken ikke fratar overtredelsen dens grove karakter. I tråd med Høyesteretts uttalelser i Brosaken, som er vist til i avsnitt (417) ovenfor, har tilsynet imidlertid tillagt disse momentene begrenset vekt.
- (422) I henhold til forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav d skal Konkurransetilsynet særlig ta hensyn til "*utvist skyld*".
- (423) Partene anfører at overtredelsen ikke er utført med forsett. Konkurransetilsynet viser til vurderingen som er gjort i kapittel 5.3.2 og legger til grunn at overtredelsen er gjennomført med forsett, og at dette må vektlegges ved vurderingen av overtredelsens grovhet.
- (424) Den "*kombinerte markedsandelen*" til partene skal også særlig hensynstas i vurderingen, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav e.
- (425) Partene påpeker at Konkurransetilsynet ikke har beregnet markedsandeler i saken. Partene anfører at de ikke visste at de var de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen. Lindum anfører også at partene ikke hadde markedsrett i anbudskonkurransen ettersom Bergen Vann hadde kjøperrett. Johnny Birkeland Transport/Septik 24 viser til at prisen som ble tilbudt i anbudskonkurransen var basert på selskapets egen kostnadsbase og behov for avkastning.
- (426) Konkurransetilsynet bemerker at det ved formålsovertredelser ikke er nødvendig å påvise virkning i det relevante markedet, og det er derfor heller ikke nødvendig å avgrense det relevante markedet.²⁵⁹ Det faktum at partene var de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen, og de eneste som tidligere har hatt kontrakt med Bergen Vann for utkjøring, behandling og sluttbehandling av slam, tilsier etter tilsynets vurdering at partene må antas å ha hatt en høy markedsandel i anbudskonkurransen utlyst av Bergen Vann. Tilsynet er av den oppfatning at dette momentet må få betydning ved vurderingen av overtredelsens grovhet. Konkurransetilsynet har videre funnet det bevist at partene la til grunn at de var de eneste prekvalifiserte aktørene i anbudskonkurransen, jf. avsnitt (274). Tilsynet kan ikke se at spørsmålet om hvorvidt Bergen Vann hadde kjøperrett eller ikke, er relevant for vurderingen av den "*kombinerte markedsandelen*".

²⁵⁸ Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 79.

²⁵⁹ Se forente saker T-71/03 m.fl. *Tokai Carbon m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2005 side II-10, avsnitt 90, sak T-38/02 *Groupe Danone mot Kommisjonen*, Sml. 2005 side II-4407, avsnitt 99 og henvisninger under dette avsnittet.

- (427) Avslutningsvis skal Konkurransetilsynet også hensynta om "*avtaler eller tiltak er gjennomført*", jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav f.
- (428) Lindum anfører at samarbeidet ikke ble gjennomført ettersom oppdragsgiver valgte å ikke inngå kontrakt med arbeidsfellesskapet. Dersom det legges til grunn at samarbeidet ble ansett som gjennomført da fellestilbudet ble levert inn, slik Konkurransetilsynet la til grunn i varselet, vil ifølge Lindum nærmest alle avtaler/tiltak være gjennomført fra det tidspunkt det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10. Etter Lindums oppfatning må spørsmålet være knyttet til hvor langt partene er kommet i den praktiske implementeringen av det rettsstridige forholdet.
- (429) Konkurransetilsynet legger til grunn at samarbeidet ble gjennomført ved at partene leverte fellestilbudet og således gjennomførte de tiltak som de hadde blitt enige om. Konkurransetilsynet har lagt begrenset vekt på at samarbeidet ble avvist av oppdragsgiver ettersom det var partenes intensjon å implementere samarbeidet, og ettersom partene ikke selv tok initiativ til å avslutte samarbeidet.²⁶⁰ I henhold til rettspraksis fra EU-domstolen vil normalt ikke mangelfull implementering av et samarbeid, medføre at samarbeidet blir ansett som mindre grovt.²⁶¹
- (430) Det fremgår av forskrift om overtredelsesgebyr § 3 tredje ledd at det kan tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av omsetningsverdien, avhengig av hvor grov overtredelsen er. De ovennevnte momentene, spesielt overtredelsens alvorlige art, tilsier samlet sett at overtredelsen må anses som særlig grov. Dette taler for at det bør ilegges et betydelig overtredelsesgebyr for å reflektere overtredelsens grove karakter.
- (431) Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at beløpet som det tas utgangspunkt i for utmåling av gebyrene, bør ligge på 17 prosent av det enkelte foretaks tilordnede andel av den anslåtte kontraktsverdien.

6.2.4 Overtredelsens varighet

- (432) Ved utmåling av overtredelsesgebyr skal Konkurransetilsynet særlig legge vekt på varigheten av overtredelsen, jf. konkurranseloven § 29 annet ledd og forskrift om overtredelsesgebyr § 3 første ledd.
- (433) Johnny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum har deltatt i et enkeltstående tilfelle av ulovlig anbudssamarbeid. Dette gjør forholdet mindre graverende enn om foretakene hadde samarbeidet over tid og i flere anbudskonkurranser, jf. Rt. 2012 side 1556 (*Brosaken*), avsnitt 86.
- (434) Forskrift om overtredelsesgebyr § 3 fjerde ledd viser til at Konkurransetilsynet *kan* multiplisere beløpet som fremkommer når det er tatt hensyn til momentene i andre og tredje ledd med antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. Anvendelse av en slik multiplikator for varighet på foretakenes omsetningsverdi, har til formål å i størst mulig grad gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen, samt den relative betydningen av hvert foretak som deltar i overtredelsen.
- (435) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at overtredelsens varighet i foreliggende sak må ha en noe underordnet betydning ettersom samarbeidet ble gjort kjent før oppdragsgiver inngikk kontrakt. Ved å hensynta kontraktssummen for hele kontraktsperioden, ivaretas likevel prinsippet om at den økonomiske betydningen av overtredelsen skal reflekteres, samt den relative betydningen av hvert foretak som deltar i overtredelsen.

6.2.5 Tillegg for særlig grovhet

- (436) Det fremgår av forskrift om overtredelsesgebyr § 3 femte ledd at Konkurransetilsynet ved særlig grove overtredelser av konkurranseloven § 10 *kan* ilegge et tillegg på 15 til 25 prosent

²⁶⁰ Tilsvarende prinsipp er anvendt i sak T-265/12 *Freight Forwarders*, avsnitt 312.

²⁶¹ Se f.eks. sak T-79/09 *Pilkington*, avsnitt 391.

av relevant omsetning. Horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjonen nevnes i bestemmelsen som eksempler på særlig grove overtredelser.

- (437) Av retningslinjene fremgår det at det vil bli inkludert et tillegg i grunnbeløpet ved slike overtredelser. Dette er også i samsvar med Kommisjonens praksis. Det siteres fra retningslinjene:

*"I tillegg vil EFTAs overvåkningsorgan [...] inkludere i grunnbeløpet et beløp på mellom 15 % og 25 % av omsetningsverdien [...] for å avskrekke foretak fra i det hele tatt å delta i horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning i produksjonen. Overvåkningsorganet kan også legge til et slikt beløp ved andre overtredelser"*²⁶²

- (438) Formålet med dette tillegget er således å avskrekke foretak fra å involvere seg i horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjon overhodet. I teorien omtales dette tillegget derfor som *"the entry fee"*.²⁶³ Tillegget for *"særlig grove overtredelser"* er med andre ord først og fremst begrunnet i allmennpreventive hensyn. Tillegget ilegges uavhengig av hvor lenge overtredelsen har vart.
- (439) Begge parter anfører at åpne enkeltstående prosjektsamarbeid ikke kan kategoriseres som særlig grove. Som det fremgår av kapittel 4.3.4.2 anser Konkurransetilsynet partenenes samarbeid som et anbudssamarbeid med konkurransebegrensende formål. Tilsynet finner at åpenheten om samarbeidet ikke fratar overtredelsen dens karakter av å være en særlig grov overtredelse, jf. avsnitt (415).
- (440) Konkurransetilsynet finner at samarbeidet må kategoriseres som særlig grovt, jf. også avsnittene (416) og (430). Praksis fra EU viser at tillegg for særlig grovhet normalt fastsettes til samme prosent som for overtredelsens grovhet.²⁶⁴ Etter en konkret vurdering finner derfor Konkurransetilsynet at det skal ilegges et tillegg for særlig grovhet på 17 prosent.
- (441) Ved utmåling av tillegget vil Konkurransetilsynet ta utgangspunkt i det enkelte foretaks årlige andel av den anslåtte kontraktsverdien. Tilsynet legger ved denne beregningen til grunn en kontraktsvarighet på tre år, selv om det ved tilbudsinnngivelse var knyttet usikkerhet til hvor lenge kontrakten ville vare, jf. avsnitt (397). En slik forutsetning vil være til partenenes gunst. Det enkelte foretaks årlige andel av den anslåtte kontraktsverdien var således 5,8 millioner kroner for Lindum og 3,9 millioner kroner for Johny Birkeland Transport/Septik 24.

6.2.6 Skjerpende eller formildende omstendigheter

- (442) Forskrift om overtredelsesgebyr § 3 sjette ledd angir andre momenter som i skjerpende eller formildende retning kan påvirke utmålingen av gebyret. Angivelsen av momentene er ikke uttømmende og også øvrige momenter kan være av betydning.
- (443) Lindum anfører for det første at Konkurransetilsynet har sett bort fra formildende omstendigheter som at samarbeidet skjedde åpent. Konkurransetilsynet bemerker til dette at det i grovhetsvurderingen er hensyntatt at samarbeidet ikke var skjult for oppdragsgiver når tilbudet ble levert inn, jf. avsnitt (415).
- (444) Videre anfører Lindum at Bergen Vann tillot og oppmuntret til samarbeidet, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 sjette ledd bokstav g. Lindum viser til at Bergen Vann tok kontakt med partene i forkant av utlysningen med spørsmål om håndtering av kapasitet ved forventede volumøkninger, samt at Bergen Vanns avvisning av fellestilbudet hadde en anskaffelsesteknisk begrunnelse.

²⁶² Retningslinjene, avsnitt 25.

²⁶³ Wouter P.J. Wils *"The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis, World Competition"*, Volume 30, No. 2, juni 2007, Hubert de Broca, Directorate-General for Competition *"The Commission revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases"*, Competition Policy Newsletter nr. 3 høst 2006. Se også pressemelding og memorandum fra Kommisjonen ved offentliggjøring av retningslinjene IP/06/857 og MEMO/06/256 av 28. juni 2006.

²⁶⁴ Se eksempelvis Kommisjonens saker COMP/39605 *CRT Glass*, avgjørelse 19. oktober 2011; COMP/38344 *Pre-stressing Steel*, avgjørelse 30. juni 2010; COMP/38866 *Animal Feed Phosphates*, avgjørelse 20. juli 2010.

- (445) Som det fremgår av avsnitt (280) har Konkurransetilsynet ikke funnet å legge til grunn at Bergen Vann oppfordret partene til å samarbeide.
- (446) Konkurransetilsynet kan etter dette ikke se at det foreligger skjerpende eller formildende omstendigheter av betydning for utmålingen av overtredelsesgebyrene.

6.2.7 Overtredelsesgebyrets størrelse

- (447) På dette grunnlag har Konkurransetilsynet funnet at det bør utmåles et overtredelsesgebyr på 2,6 millioner kroner for Johny Birkeland Transport/Norva24 og et overtredelsesgebyr på 3,9 millioner kroner for Lindum.

6.2.8 Maksimalgrensen – 10 prosent av foretakets omsetning

- (448) Det følger som nevnt i kapittel 6.1.1 at overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10 ikke kan overstige 10 prosent av foretakets samlede salgsinntekter for det siste regnskapsåret, jf. Forskrift om overtredelsesgebyr § 2 annet og tredje ledd.
- (449) I saker hvor et datterselskap har begått overtredelsen, og morselskapet utøver avgjørende innflytelse over datterselskapet, er det i EU-praksis lagt til grunn at hele konsernets omsetning er relevant for maksimalgrensen på 10 prosent.²⁶⁵ Tilsvarende må legges til grunn for forskrift om overtredelsesgebyr § 2 annet ledd.²⁶⁶
- (450) De utmålte gebyrene vil ikke overstige 10 prosent av foretakenes omsetning, jf. avsnittene (11), (16), (20) og (29).

²⁶⁵ Sak T-112/05 *Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2007 s. II-5049, avsnitt 90, sak C-97/08 P *Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. I-8237 og sak T-9/99 *HFB m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-1487, avsnitt 528 og 529.

²⁶⁶ Dette er blant annet lagt til grunn i Borgarting lagmannsretts dom 29. juni 2015 i sak 13-075034ASD-BORG/01 (*Asfaltsaken*), side 17.

7 Vedtak

- (451) På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven § 29, jf. § 10, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:
1. **Johny Birkeland Transport AS og Norva 24 AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 2 600 000 kroner – tomillionersekshundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.**
 2. **Lindum AS ilegges et overtredelsesgebyr på 3 900 000 kroner – tremillionernihundretusen kroner- for overtredelse av konkurranseloven § 10.**
- (452) Det følger av konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum at overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Overtredelsesgebyret vil bli fakturert av Statens Innkrevingssentral på vegne av Konkurransetilsynet. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.
- (453) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Foretaket kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Dersom saken bringes inn for domstolen, vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvisteloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd. Søksmålet må reises innen seks måneder fra partene mottok vedtaket, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd femte punktum.
- (454) Konkurransetilsynet har med hjemmel i konkurranseloven § 26 annet ledd, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b og annet ledd bokstav c gjort unntak for innsyn i enkelte opplysninger i vedtaket og/eller i vedlagte dokumenter. Disse opplysningene er sladdet.

Med hilsen



Ingrid Kjeldstad Gullaksen (e.f.)
avdelingsdirektør

- Vedlegg 1** Aksjonæravtale for Septik 24 1. juni 2014
- Vedlegg 2** Styrets årsberetning for 2014, Septik 24
- Vedlegg 3** E-post 17. desember 2015 fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
- Vedlegg 4** E-post 11. oktober 2016 fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
- Vedlegg 5** Brev 8. oktober 2015 fra Advokatfirmaet Thommessen AS
- Vedlegg 6** Brev fra Bergen Vann til Konkurransetilsynet 11. juni 2015
- Vedlegg 7** Bergen tingretts beslutninger om bevissikring 30. september 2014
- Vedlegg 8** Brev 28. august 2015 fra Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
- Vedlegg 9** Varsel om illeggelse av overtredelsesgebyr til Johny Birkeland Transport/Septik 24 og Lindum 16. mars 2016
- Vedlegg 10** Merknader til varsel om overtredelsesgebyr fra Johny Birkeland Transport/Septik 24 2. mai 2016

- Vedlegg 11** Merknader vedrørende subsidiær anførsel om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd 5. oktober 2016
- Vedlegg 12** Merknader til varsel om overtredelsesgebyr fra Lindum 4. mai 2016
- Vedlegg 13** Kunngjøring om konkurranse, publisert 1. mai 2014
- Vedlegg 14** Kvalifikasjonsgrunnlag konkurranse med forhandling, publisert 1. mai 2014
- Vedlegg 15** Anmodning om prekvalifisering fra Lindum 26. mai 2014
- Vedlegg 16** Anmodning om prekvalifisering fra Johny Birkeland Transport 26. mai 2014
- Vedlegg 17** E-poster mellom fra A4 og Geir Trengereid 12.-13. juni 2014
- Vedlegg 18** E-post fra Geir Trengereid til B2 12. juni 2014
- Vedlegg 19** Konkurransesgrunnlag sendt 26. juni 2014
- Vedlegg 20** Forklaringsopptak med Geir Trengereid i Bergen Vann 15. desember 2014
- Vedlegg 21** Fellestilbud 6. august 2014
- Vedlegg 22** Referat fra forhandlingsmøte 1. september 2014 av 2. september 2014
- Vedlegg 23** Revidert fellestilbud 9. september 2014
- Vedlegg 24** Brev fra Bergen Vann 30. september 2014
- Vedlegg 25** Tilbud fra Johny Birkeland Transport 28. oktober 2014
- Vedlegg 26** Tilbud fra Lindum 30. oktober 2014
- Vedlegg 27** Tilbud fra Lindum 5. januar 2015
- Vedlegg 28** Kontrakt mellom Bergen Vann og Lindum 1. februar 2015
- Vedlegg 29** Kontrakt mellom Bergen Vann og Johny Birkeland Transport 3. februar 2015
- Vedlegg 30** E-post fra A2 til A3, kopi til A1 21. november 2013
- Vedlegg 31** E-post fra B2 til B3, kopi til B1 26. november 2013
- Vedlegg 32** E-poster fra Geir Trengereid til B2 26. november og 10. desember 2013
- Vedlegg 33** E-poster fra Geir Trengereid til A2 26. november og 10. desember 2013
- Vedlegg 34** Forklaringsopptak med Uwe Matthaus 16. desember 2014
- Vedlegg 35** E-post fra A3 til A2 17. desember 2013
- Vedlegg 36** E-poster mellom A4, A2 og A3 3. og 5. mai 2014
- Vedlegg 37** E-poster mellom A2 og A3 19. desember 2013
- Vedlegg 38** Forklaringsopptak med A2 14. januar 2015
- Vedlegg 39** Forklaringsopptak med B2 14. januar 2015
- Vedlegg 40** Forklaringsopptak med Jarl Helmer Svanberg 16. desember 2014
- Vedlegg 41** E-postkorrespondanse mellom Geir Trengereid og B2 i perioden 7. til 18. februar 2014
- Vedlegg 42** E-postkorrespondanse mellom Geir Trengereid og A2 7. februar 2014
- Vedlegg 43** Forklaringsopptak med A3 14. januar 2015
- Vedlegg 44** E-post fra B3 til B5 og B2, kopi til B1 med flere 2. mai 2014
- Vedlegg 45** Forklaringsopptak med B3 14. januar 2015
- Vedlegg 46** E-poster mellom A3 og A2 14. mai 2014
- Vedlegg 47** Forklaringsopptak med B1 4. februar 2015
- Vedlegg 48** Forklaringsopptak med A1 14. januar 2015
- Vedlegg 49** E-poster mellom A4 og A3 12. juni 2014
- Vedlegg 50** E-post fra A2 til A4, kopi til A3 med flere 13. juni 2014
- Vedlegg 51** E-post fra A3 til B2, kopi til A2 og A1 11. juni 2014

- Vedlegg 52** E-post 27. juni 2014 fra A3 til A4, A2 og A1
- Vedlegg 53** E-post fra A3 til A4 4. juli 2014
- Vedlegg 54** E-post fra A3 til A2, A5, A1, A4 og A6 5. juli 2014
- Vedlegg 55** E-post fra B2 til B3 9. juli 2014
- Vedlegg 56** Forklaringsopptak med B2 5. februar 2015
- Vedlegg 57** Forklaringsopptak med A2 18. mars 2015
- Vedlegg 58** Kopi av faktura fra Lindum til Bergen Vann, funnet hos Johnny Birkeland Transport
- Vedlegg 59** Notater med Johnny Birkeland Transports priser funnet hos Lindum
- Vedlegg 60** Presentasjon av Lindum Bioplan AS 4. juli 2014
- Vedlegg 61** Kalkyle for Johnny Birkeland Transport
- Vedlegg 62** E-poster mellom B4 og B2 27. august 2014
- Vedlegg 63** E-post fra A2 til B2 med flere 18. september 2014
- Vedlegg 64** E-post fra B2 til B1 23. september 2014
- Vedlegg 65** E-post fra B3 til B6 15. juli 2014
- Vedlegg 66** E-post fra B3 til B2 og B1 30. juli 2014
- Vedlegg 67** E-post fra A3 til A4 29. juli 2014
- Vedlegg 68** E-poster mellom Johan Hausvik og A4, videresendt til A3 og A2 31. juli til 5. august 2014
- Vedlegg 69** Forklaringsopptak med A3 29. april 2015
- Vedlegg 70** Forklaringsopptak med A4 10. februar 2015
- Vedlegg 71** E-poster mellom A3 og B2 7. august 2014
- Vedlegg 72** Avtale om forpliktende samarbeid og solidarisk ansvar mellom Lindum Bioplan AS og Johnny Birkeland Transport AS 7. august 2014
- Vedlegg 73** E-post fra B1 til B2 7. august 2014
- Vedlegg 74** E-poster mellom A2, A3, B2, B1 og B3 1. og 2. september 2014
- Vedlegg 75** E-post med vedlegg fra B2 til A2 og A3 2. september 2014
- Vedlegg 76** E-post fra med vedlegg fra Johnny Birkeland til B2 med flere 4. september 2014
- Vedlegg 77** E-post med vedlegg fra A3 til B1, B2, B3 og A2 4. september 2014
- Vedlegg 78** Møteoppføring, telefonmøte 4. september 2014
- Vedlegg 79** E-poster mellom A3 og B2, 30. september 2014
- Vedlegg 80** Oversikt over kunder 2014 for Lindum
- Vedlegg 81** Kunder innen slam og septik med slammengder levert Sløvåg i 2013 og 2014 for Johnny Birkeland Transport

Mottaker
Intern versjon

Postadresse
Se partsoffentlige
versjoner for mottakere

Poststed
Norge

Kontakt/e-post

Kopi til: