

Advokatfirmaet Schjødt AS
v/advokat Olav Hustad
Postboks 4104 Dreggen
5835 Bergen

Deres referanse
#_333707/2

Vår referanse
200602262

Dato 18. september 2006

Vedtak - Klage fra Ragn-Sells AS på Konkurransetilsynets avgjørelse A2006-40 - Avslag på anmodning om inngrep etter krrl. § 12

Fornyings- og administrasjonsdepartementet viser til klage fra Advokatfirmaet Schjødt AS på vegne av Ragn-Sells AS av 23. juni 2006 over Konkurransetilsynets avgjørelse av 2. juni 2006 i ovennevnte sak, oversendt departementet ved Konkurransetilsynets brev av 6. juli 2006.

1. Sakens bakgrunn

I e-post av 15. juni 2005 mottok Konkurransetilsynet en anmodning om å vurdere eventuell tapsbringende prising hos TH Paulsen AS som vant en anbudskonkurranse på behandling av husholdningspapir. Anbudskonkurransen var lyst ut av BIR Privat AS, som er et heleid datterselskap av Bergen Interkommunale Renovasjonsselskap AS (heretter BIR).

BIR er eid av kommunene Askøy, Bergen, Fusa, Kvam, Os, Osterøy, Sannanger, Sund og Vaksdal. Det interkommunale selskapet driver både forretningsvirksomhet og ivaretar forvaltningen av kommunenes ansvar for husholdningsrenovasjon etter forurensningsloven. Kommuner skal etter forurensningsloven § 30 sørge for, og må samtykke til, innsamling av husholdningsavfall. For dette kan det fra husholdningene kreves gebyrer etter selvkostprinsippet, jf. forurensningsloven § 32. BIR Privat AS har flere ganger satt oppdraget med pressing og sortering av papir fra husholdningsavfall ut på anbud. Innsamling av husholdningsavfall er ikke konkurranseutsatt. Det utføres av BIR Transport AS, som er et datterselskap av BIR Privat AS, og leveres til oppdragstakers mottak.

Konkurransetilsynet har siden 2004 flere ganger blitt kontaktet av private tilbydere av avfallstjenester om en vanskelig konkurransesituasjon i Bergensområdet fordi BIR, som et offentlig renovasjonsselskap, både har virksomhet og forvaltningsansvar innenfor markedet for husholdningsavfall og virksomhet innenfor markedet for næringsavfall. Dette legger, etter

de private aktørenes oppfatning, til rette for rolleblanding og kryssubsidiering, og det fremgår indirekte av henvendelsen av 15. juni 2005 fra Ragn-Sells AS at selskapet mener, at BIR gjenvinner tap ved underprising fra egne selskap gjennom gebyrene fra private.

Konkurransetilsynet rettet 10. oktober 2005 en henvendelse til BIRs eierkommuner om å vurdere tiltak for å sikre konkurranse på like vilkår. Kommunene har opplyst tilsynet om at en slik prosess pågår.

I saken som lå til grunn for tilsynets vurdering etter konkurranseloven § 12, og som har resultert i tilsynets avgjørelse A2006-40, vant TH Paulsen AS i konkurranse med to andre private tilbydere BIR Privat AS' åpne anbudskonkurranse for sortering og pressing av ca. 17-18 000 tonn papir/år. TH Paulsen AS' tilbud var priset 28 % under de konkurrerende tilbydernes. Papiret er kildesortert husholdningsavfall. Oppdraget innebar en kontrakt på to år med opsjon for oppdragsgiver på forlengelse. Oppdragsstart skulle være januar 2006, men ble utsatt til 1. april. Det skyldtes at BIR Privat AS utsatte kontraktsinngåelsen fra primo august til 1. november. Dette førte også til at papirsorteringsmaskinen som TH Paulsen AS trengte til oppdraget, først kunne bestilles etter dette tidspunkt med påfølgende forsinkelse som resultat.

Det ble fra Ragn-Sells AS i oversendelsen 15. juni 2005 antydnet at når tilbudet fra TH Paulsen AS/BIR ligger så lavt, blir det ikke lønnsomt å konkurrere for de private aktørene. Påstandene om tapsbringende priser begrunnes med opplysninger om at både Ragn-Sells AS og Norsk Gjenvinning hadde priset seg ned mot kostpris i sine tilbud. Det er også pekt på at TH Paulsen AS manglet erfaring med papirsortering i motsetning til konkurrentene som tidligere hadde hatt oppdraget for BIR Privat AS. Endelig er det vist til at TH Paulsen AS måtte bygge et nytt sorteringsanlegg for papir for å oppfylle kontrakten, og at firmaet burde hatt vesentlig høyere anleggskostnader enn konkurrentene i sin kalkyle. Det er også tilkjennegitt mistanke om kryssubsidiering.

Konkurransetilsynet avslo i avgjørelse A2006-40 å gripe inn etter krrl. § 12 mot den angivelige konkurranseskadelige underprisingen fra BIR ved TH Paulsen AS fordi tilsynet ut fra foreliggende fakta ikke fant underprising sannsynlig og at det dermed ikke heller ikke forelå noen utilbørlig utnyttelse av en eventuell dominerende stilling. Det innebar at krrl. § 11 ikke var overtrådt og at det ikke er hjemmel for inngrep etter krrl. § 12.

Konkurransetilsynets avgjørelse (A2006-40) ble påklaget i brev av 23. juni 2006 fra advokatfirmaet Schjødt AS på vegne av Ragn-Sells AS.

I klagen er det anført at Konkurransetilsynets vurdering av faktum mht. TH Paulsen AS' merinntekter og merkostnader som følge av det aktuelle oppdraget ikke er korrekt. Det pekes på at tilsynet tar feil når tilsynet sier at TH Paulsen AS ved oppdraget får eiendomsretten til ca. 18 000 tonn papir årlig. Det er bare aktuelt med eiendomsrett til drikkekartong og returpapp, noe som utgjør kun 10-12 % av hele tonnasje. Dette fører til at inntektene er overvurdert med 4,7-4,8 millioner kroner. Kostnadene er til gjengjeld undervurdert. For det første foreligger det et mislighold av kontrakten fordi det var lang leveringstid for det automatiske sorteringsutstyret man hadde kalkulert med å bruke. Kostnadene ved dette må tilregnes TH Paulsen AS og vil bli i overkant av 1,6 millioner kroner.

For det andre er det satt spørsmål ved om Konkurransetilsynet har innkalkulert realisering av den effektivitet som det er reklamert for ved leveranse av automatisk sorteringsutstyr, og om

tilsynet har tatt høyde for at det i det aktuelle tilfellet opereres med mindre tonnasje og derfor mindre gevinster.

Det fremgår av Konkurransetilsynets brev av 6. juli i år at tilsynet mener å ha gjennomført en grundig vurdering av de kalkyler som foreligger i saken før avgjørelsen 2. juni i år. Tilsynet har likevel vurdert klagers anførsler og imøtegår i oversendelsesbrevet påstandene. Tilsynet har ikke funnet grunn til å endre sin avgjørelse i saken.

Konkurransetilsynets vurdering

Tilsynet viser til at konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster fra EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. Ifølge tilsynet kan konkurranseskadelig underprising etter praksis fra EF-domstolen være utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling etter EF-traktaten artikkel 82 fordi det medfører fare for at konkurransen i relevante markeder elimineres eller reduseres. Det skjer ved at prisene på en ytelse settes så lavt at konkurrentene ikke finner det lønnsomt å møte konkurransen. Tilsynet har vurdert om BIR ved datterselskapet TH Paulsen AS har drevet konkurranseskadelig underprising i strid med konkurranseloven § 11¹.

Det er vist til at konkurranseskadelig underprising vil kunne foreligge dersom et foretak har priset sine varer/tjenester på en måte som er tapsbringende. Det vil si at merinntekter ved et oppdrag er mindre enn merkostnadene. Dette kan være utilbørlig og en overtredelse av konkurranseloven § 11 dersom foretaket har en dominerende stilling i et marked. Det er pekt på at det ikke er nødvendig at foretaket har den dominerende stillingen i samme marked som den utilbørlige utnyttelsen finner sted. Dette er ifølge Konkurransetilsynet viktig når det gjelder konkurranse mellom offentlige og private foretak, fordi det offentlige foretaket kan benytte sin stilling i et marked der det ikke er konkurranse til å begrense konkurransen i et marked der det konkurrerer med private aktører.

Konkurransetilsynet har imidlertid etter en gjennomgang av TH Paulsen AS' regnskapstall og kalkyler i forbindelse med anbudet samt en sammenligning med tall og opplysninger fra Ragn-Sells AS, Norsk Gjenvinning, Stena Scanpaper og TH Paulsen AS' leverandør av automatisk papirsorteringsanlegg kommet til at det er sannsynlig at merinntektene ved TH Paulsen AS' oppdrag overstiger merkostnadene. Konklusjonen er at avtalen ikke kan sies å være ulønnsom for BIR og at det ikke kan konstateres ulovlig underprising i strid med konkurranseloven § 11. Ifølge tilsynet er det da ikke nødvendig å drøfte vilkåret om dominans fordi overtredelse av konkurranseloven § 11 krever at både dominansvilkåret og vilkåret om utilbørlig utnyttelse må være oppfylt.

Tilsynet anså på bakgrunn av det ovennevnte saken som avsluttet.

2. Departementets vurdering og konklusjon

Konkurransetilsynet har behandlet henvendelsen fra Ragn-Sells AS som en anmodning om å gi pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12. I slike saker skal avslag i henhold til bestemmelsens tredje ledd begrunnes og avslaget kan påklages til departementet.

Departementet kan i den foreliggende saken prøve alle sider av saken. Vurderings-temaet for departementets klagebehandling etter § 12 tredje ledd vil bl.a. være om tilsynets avgjørelse

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

oppfyller kravene til begrunnelse i konkurranseloven § 12 tredje ledd. Kravet til begrunnelse innebærer at tilsynet, som et minimum, må redegjøre for hva som har gjort at tilsynet har valgt å avslå å treffe et vedtak etter konkurranseloven § 12.

Konkurranseloven § 12 første ledd, gir Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i loven § 10 eller § 11 å bringe overtredelsene til opphør. Et slikt pålegg vil både innebære en konstatering av at det har funnet sted en lovstridig handling og samtidig et forbud mot gjentakelse eller fortsettelse av handlingen.

Vilkåret for å gripe inn i denne saken er at krrl. § 11 er overtrådt. I henhold til konkurranseloven § 11 må et foretak ha utvist en konkurransebegrensende markedsatferd og være dominerende i et relevant marked for at det skal foreligge en slik overtredelse.

Når det gjelder spørsmålet om overtredelse av § 11, har tilsynet i sin avgjørelse gjort rede for det rettslige vurderingstemaet i forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Videre har Konkurransetilsynet vurdert om TH Paulsen AS kan sies å ha vunnet anbudskonkurransen ved hjelp av underprising. Tilsynet har redegjort for praksis fra EF-domstolen, som tilsier at tapsbringende prissetting fra et dominerende foretak kan utgjøre en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Siden det etter foreliggende informasjon er sannsynlig at merinntekter overstiger merkostnader konkluderer tilsynet med at vilkåret ikke er oppfylt.

Det er derfor ikke nødvendig å drøfte vilkåret om dominans. Det foreligger uansett ingen overtredelse av krrl. § 11, og det er derfor² ikke grunnlag for pålegg etter konkurranseloven § 12 første ledd.

Etter departementets vurdering har Konkurransetilsynet i denne saken vurdert de forhold som henvendelser og klagen gir grunnlag for, og begrunnet sin oppfatning om at konkurranseloven § 11 ikke er overtrådt i denne konkrete saken. Departementet finner at saken, slik den er opplyst i Konkurransetilsynets vedtak, ikke gir grunn til å anta at TH Paulsen AS har overtrådt konkurranseloven § 11.

På bakgrunn av ovennevnte har Fornyings- og administrasjonsdepartementet truffet følgende vedtak:

Klagen fra Ragn-Sells AS vedrørende Konkurransetilsynets avgjørelse A2006 - 40 av 2. juni 2006 tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum
avdelingsdirektør

Karin Kilset
seniorrådgiver

² Jf. også Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 227 i merknaden til § 12 hvor det fremkommer at "For å gjøre klageadgangen reell, fremgår det av tredje ledd at Konkurransetilsynet skal grunngi sin avgjørelse om ikke å pålegge opphør."

Kopi:
Konkurransetilsynet