

2006-10-25: Anmeldelse af aftale om ophør af R98's koncession

Journal nr. 4/0102-0400-0017/ISA/ULS

Rådsmødet den 25. oktober 2006

Resumé

1. Renholdningsselskabet af 1898 (herefter R98) samt Københavns og Frederiksbergs kommuner (tilsammen herefter Parterne) har anmeldt Betinget aftale om ophør af R98's koncession (herefter Ophørsaftalen). I anmeldelsen af Ophørsaftalen anmoder Parterne om ikke-indgrebserklæring, jf. konkurrencelovens § 9, stk. 1, subsidiært en individuel fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, jf. stk. 2. Fra Parterne har Konkurrencestyrelsen modtaget skema K1, inklusiv Ophørsaftalen, samt en række uddybende bilag.
2. Ophørsaftalens formål er en førtidig og frivillig afvikling af R98's nuværende koncession til indsamling af husholdningsaffald i Københavns og Frederiksbergs kommuner (sammen herefter Kommunerne). Koncessionen, der stammer fra henholdsvis 1970 og 1972, giver R98 eneret og pligt til indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne frem til og med marts 2020. I sin nuværende form har koncessionen således en løbetid på 50 år, hvoraf der stadig er mere end 13 år tilbage. Ophørsaftalens ikrafttræden er betinget af Konkurrencerådets godkendelse uden betingelser, bortset fra dem Parterne i enighed kan acceptere.
3. Ophørsaftalen er en vertikal aftale, og den indebærer, at Kommunerne via udbud i perioden 2007-2008 *forbereder* og i perioden 2009-2011 *gennemfører* en gradvis konkurrenceudsættelse af affaldsindsamlingen. Ifølge Ophørsaftalen skal koncessionen være endeligt afviklet den 1. maj 2011, det vil sige ni år før den oprindelige ophørsdato.
4. Som et led i den gradvise konkurrenceudsættelse af R98's opgaver med indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne regulerer Ophørsaftalen også Parternes praktiske forberedelse af koncessionens ophør, R98's frikøb af en del af aktiverne, driften af R98's virksomhed frem til koncessionens endelige ophør m.v.
5. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at Ophørsaftalen og Ophørsaftalens vilkår ikke begrænser konkurrencen og derfor ikke falder ind under forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Ophørsaftalen åbner for et i dag lukket marked af et ikke ubetydeligt omfang. Markedsåbningen sker i et tempo og på vilkår, der står i rimeligt forhold til opgavernes art og omfang, og som tager hensyn til R98's mere end 500 medarbejdere.
6. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at Ophørsaftalen mærkbart kan påvirke samhandelen mellem EU's medlemsstater. En afgørende markedsafskærmning i form af R98's eneret bortfalder med Ophørsaftalen. Det kan føre til øget grænseoverskridende økonomisk virksomhed, herunder etablering, mellem EU's medlemsstater. Når der er samhandelspåvirkning, skal Ophørsaftalen bedømmes både efter EU's konkurrenceregler og efter konkurrencelovens bestemmelser.
7. Efter konkurrencelovens §§ 8, stk. 5, og 9, stk. 2, kan Konkurrencerådet undlade at behandle en anmeldelse af en aftale, hvor denne aftale mærkbart kan påvirke samhandelen mellem EU's medlemsstater. Konkurrencestyrelsen finder imidlertid i denne sag, at Parterne har en berettiget interesse i en afklaring af deres retsstilling, inden Ophørsaftalen implementeres. Konkurrencestyrelsen lægger især vægt på, at R98's medarbejdere berøres direkte af koncessionens afvikling og af konkurrenceudsættelsen af R98's nuværende eneretsopgaver.
8. Samlet finder Konkurrencestyrelsen, at der ikke er anledning til en videre undersøgelse af Ophørsaftalen efter EF-traktatens artikel 81(1) eller efter konkurrencelovens § 6. Betingelserne for at udstede en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, er opfyldt. Aftaler, der ikke falder ind under forbudet i EF-traktatens artikel 81(1), er ikke forbudt, uden at der træffes beslutning herom.
9. Udover en regulering af 'bodelingen' mellem Kommunerne og R98, berører Ophørsaftalen også en række emner vedrørende Parternes samarbejde og R98's aktiviteter, adfærd m.v. i fremtiden, som det på nuværende tidspunkt ikke er

muligt at tage stilling til. Ikke-indsættelsesklæringen omfatter ikke den fremtidige praktisering og udmøntning af sådanne forhold. Her vil der senere kunne skrives ind, hvis en aftale eller adfærd viser sig at være i strid med konkurrencereglerne.

10. Ikke-indsættelsesklæringen omfatter ikke spørgsmål om eventuel støtte ydet med offentlige midler eller spørgsmål om afholdelse af udbud. Endvidere er Kommissionen og EU-medlemsstaternes konkurrencemyndigheder ikke bundet af ikke-indsættelsesklæringen.

11. Dette notat indeholder alene en gennemgang og vurdering af den anmeldte Ophørsaftale og Ophørsaftalens vilkår. Der er ikke foretaget en vurdering af den nugældende koncession, men i den konkurrenceretlige vurdering af Ophørsaftalen kan der ikke ses bort fra koncessionen.

Afgørelse

12. Det meddeles Parterne,

at Ophørsaftalen ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, har til følge eller formål at begrænse konkurrencen og derfor ikke falder ind under forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og at der ikke er anledning til en videre undersøgelse efter EF-traktatens artikel 81(1), samt

at der, jf. konkurrencelovens § 9, stk. 1, ikke er grundlag for at udstede påbud efter konkurrencelovens § 6, stk. 4.

13. I forlængelse heraf meddeler Konkurrencerådet Parterne, at Konkurrencerådet har lagt til grund for afgørelsen,

at Københavns og Frederiksbergs kommuner (Kommunerne) frem mod 2011 fortsætter og gennemfører den trinvis konkurrenceudsættelse af affaldsindsamlingsopgaverne gennem afholdelse af udbud,

at ikke-indsættelsesklæringen gives på baggrund af den form, hvori Ophørsaftalen er forelagt Konkurrencerådet, og at ikke-indsættelsesklæringen derfor ikke omfatter aktiviteter, aftaler, adfærd m.v., som endnu ikke er fastlagt eller udmøntet, eller som er nævnt i Ophørsaftalen, men som gennemføres i modificeret form,

at erklæringen om ikke-indsættelse udtrykkeligt ikke omfatter vilkårene for Kommunernes eller tredjemands adgang til anvendelse af R98's anlæg, jf. Ophørsaftalens § 2.8, eller Kommunernes eventuelle deltagelse i et affaldsforum med R98 og i R98's ledelse efter koncessionens ophør, jf. Ophørsaftalens § 7, idet Konkurrencerådet ikke har fornødne oplysninger til at vurdere disse elementer af Ophørsaftalen,

at det således er Parternes ansvar, at Ophørsaftalens implementering og koncessionens afvikling sker i overensstemmelse med konkurrencereglerne,

at infrastruktur, som R98 beholder eller frikøber i forbindelse med koncessionens afvikling, stilles til rådighed på objektive og gennemsigtige markedsvilkår, hvor der ikke usagligt diskrimineres mellem tredjemand og koncernforbundne selskaber,

at udstedelse af en erklæring om ikke-indsættelse i medfør af konkurrencelovens § 9 ikke omfatter spørgsmål om eventuel støtte ydet med offentlige midler eller spørgsmål om tildeling af offentlige kontrakter gennem afholdelse af udbud, og

at udstedelse af en erklæring om ikke-indsættelse i medfør af konkurrencelovens § 9 ikke er bindende for Kommissionen eller de øvrige EU-medlemsstaters konkurrencemyndigheder.

Sagsfremstilling

Indledning

14. Sagen vedrører Parternes anmeldelse af en vertikal aftale (Ophørsaftalen) indgået mellem dem. Parterne har anmodet om ikke-indsættelsesklæring, jf. konkurrencelovens § 9, stk. 1, subsidiært fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, jf. stk. 2.

15. Ophørsaftalen regulerer det førtidige og frivillige ophør af R98's eneret og pligt til at indsamle affald i Kommunerne. Ifølge Parternes nugældende aftale er R98's eneret gældende frem til og med marts 2020. Eneretten omfatter indsamling af dag- og natrenovation, glas, haveaffald, papir, storskrald og pap fra etageboliger m.v. Hertil kommer farligt affald fra beboelsejendomme, fra offentligt opsatte beholdere til kanyler og batterier, fra apotekere og farvehandlere m.v. I rådsnotatet anvendes 'dag- og natrenovation', 'de koncessionerede opgaver', 'husholdningsaffald' eller lignende som betegnelser for affald omfattet af R98's eneret.

16. Det meste erhvervsaffald, herunder bygge- og anlægsaffald, affald fra genbrugsstationer m.v. falder uden for de koncessionerede opgaver og dermed uden for Ophørsaftalen og nærværende sag.

17. R98's eneret skal ifølge Ophørsaftalen udfases over en periode frem til den 1. maj 2011. Kommunerne overtager gradvist de koncessionerede opgaver, og Kommunerne er på nuværende tidspunkt ved at forberede konkurrenceudsættelse af de koncessionerede opgaver via afholdelse af EU-udbud. Det er på nuværende tidspunkt Københavns kommunes hensigt at udbyde indsamlingsopgaverne i mindre geografiske områder, dog kan indsamling fra glascontainere blive udbudt i én portion omfattende hele Københavns kommune. Det er på nuværende tidspunkt Frederiksbergs kommunes hensigt at sende alle indsamlingsopgaver samlet i udbud.

18. I Parternes anmeldelse er R98's underskrift på Ophørsaftalen betinget af, at der kan opnås tilsagn til finansiering af det likviditetsbehov, der vil opstå i forbindelse med koncessionens gradvise ophør. Finansieringstilsagn er i mellemtiden opnået, og R98 anser derfor betingelsen for opfyldt.

19. Resten af sagsfremstillingen er disponeret således: Indledningsvist beskrives Parterne samt R98's nugældende koncession, og der gives en kort markedsbeskrivelse. Dernæst følger først en gennemgang af Parternes anmeldelse af Ophørsaftalen, dernæst en gennemgang af de bestemmelser i Ophørsaftalen, som kan have betydning for den konkurrenceretlige vurdering af Parternes anmodning om ikke-indgreb, subsidiært fritagelse. Sagsfremstillingen afsluttes med en gennemgang af de indkomne høringssvar. Efter sagsfremstillingen vurderes Ophørsaftalen og Ophørsaftalens vilkår, og notatet slutter med en konklusion.

Parterne

R98

20. R98 er organiseret som en selvejende institution, der er reguleret af lov om erhvervsdrivende fonde [1]. R98 ledes af et repræsentantskab, der tæller 67 medlemmer. Medlemmerne udpeges blandt andet af Københavns Borgerrepræsentation, Frederiksberg Kommunalbestyrelse, Københavns Grundejerforening, Fællesforeningen af Grundejerforeninger i København og Boligselskabernes Landsforening, jf. § 5 i R98's vedtægter. Københavns og Frederiksbergs kommuner udpeger henholdsvis 13 og 8, i alt 21, ud af repræsentantskabets 67 medlemmer.

21. Ifølge vedtægternes § 6 har

"[r]eprepræsentantskabet [] - med forbehold af de rettigheder, der ifølge nærværende vedtægter er tillagt de tilsluttede kommuner - den øverste besluttende myndighed i alle Selskabets anliggender".

22. R98 har endvidere en bestyrelse, der består af 12 medlemmer fra repræsentantskabet, jf. vedtægternes § 8, stk. 1. Til bestyrelsen udpeger Københavns kommunalbestyrelse tre medlemmer, og Frederiksberg kommunalbestyrelse udpeger ét medlem. Ifølge vedtægternes § 8, stk. 2, udøver bestyrelsen

"den repræsentantskabet tillagte myndighed i alle anliggender, som ikke ifølge nærværende vedtægters bestemmelser skal afgøres af det samlede repræsentantskab. Bestyrelsen fører kontrol med Selskabets daglige ledelse".

23. Den daglige ledelse af R98 forestås af en direktion, der ansættes af bestyrelsen, jf. vedtægternes § 10, stk. 1.

24. R98's hovedformål er ifølge vedtægternes § 3, stk. 1,

"at udføre koncessioneret nat- og dagrenovation i de tilsluttede kommuner i overensstemmelse med de regulativer, der er gældende for de respektive kommuner".

25. Herudover er det ifølge vedtægternes § 3, stk. 2, R98's

”formål at bekæmpe enhver form for forurening og at sikre optimal udnyttelse af råstoffer ved at drive virksomhed med indsamling, bearbejdning, forædling, oparbejdning og deponering af affald samt hermed beslægtet virksomhed, herunder fremstilling og salg af udstyr og systemer, der anvendes inden for nævnte områder”.

26. R98 er ene-ejer af datterselskabet RenHold A/S (herefter RenHold)[2]. RenHold's formål svarer til det formål, der er angivet i § 3, stk. 2, i R98's vedtægter, jf. ovenfor. RenHold ejer blandt andet alle aktierne i Renoflex-Gruppen A/S (herefter Renoflex), der på landsplan indsamler og transporterer husholdnings- og erhvervsaffald samt genanvendelige materialer[3]. Herudover har RenHold også ejet 53,8 pct. af aktierne i RGS 90 A/S, der er aktiv inden for omdannelse og genanvendelse af affald. RGS 90 A/S har helejede datterselskaber i Sverige og Norge[4]. Ejerandelene i RGS 90 A/S er solgt med virkning fra den 4. oktober 2006. En koncernoversigt (inkludativ de nu frasolgte ejerandele i RGS 90 A/S) er medtaget i Parterne's anmeldelse, jf. side 13 i anmeldelsesskema K1 del B.

27. Løsning af de koncessionerede opgaver med tilhørende støttefunktioner er eneste driftsaktivitet i R98. Dog indsamler R98 i overensstemmelse med Kommunernes affaldsregulativer også affald fra et mindre antal erhvervsvirksomheder, som ligger i tilknytning til husholdninger (eksempelvis bagerforretninger), samt klinisk risikoaffald i Københavns kommune. Disse aktiviteter udgør ifølge Parterne en ubetydelig del af R98's aktiviteter.

28. Aktiviteterne omfattet af vedtægternes § 3, stk. 2, jf. ovenfor, er de ikke-koncessionerede opgaver, og de varetages af RenHold's datterselskaber. Bortset fra Renoflex, som udfører koncessionerede opgaver (indsamling af dagrenovation og storskrald med ophalecontainere) for R98 på baggrund af tidligere gennemførte EU-udbud, udfører ingen af R98's datterselskaber koncessionsopgaver. Ud over Renoflex udfører et ikke-koncernforbundet selskab også koncessionerede opgaver for R98 på baggrund af tidligere gennemførte EU-udbud. De koncessionerede opgaver, der varetages for R98 af underleverandører i henhold til de gennemførte EU-udbud, overføres til Kommunerne i takt med koncessionens gradvise afvikling.

29. I overensstemmelse med § 48 i miljøbeskyttelsesloven[5] skal de koncessionerede opgaver økonomisk hvile-i-sig-selv, jf. også bestemmelsen i R98's vedtægters 4, stk. 3. Ifølge miljøbeskyttelseslovens § 48 kan affaldsgebyrer skaffe dækning til affaldsordninger, indsamling af affald, drift af virksomheder og anlæg for oparbejdning af affald og affaldsbortskaffelse m.v. Hvile-i-sig-selv princippet betyder i praksis, at omkostninger og indtjening over en årrække skal balancere økonomisk. Der er således en direkte sammenhæng mellem Kommunernes omkostninger til indsamling af husholdningsaffald, det vil sige det Kommunerne betaler R98 for at løse opgaverne, og de gebyrer som affaldsproducenterne (husholdningerne) betaler.

30. Samhandelen mellem R98-koncernens selskaber sker som udgangspunkt til markedspriser og på almindelige markedsmæssige vilkår. Vedtægternes § 4, stk. 4, bestemmer videre, at

”[t]ransaktioner mellem [R98] og selskaber, som [R98] direkte eller indirekte har ejerinteresser i, skal ske på vilkår, som mellem uafhængige parter, med mindre kommunerne i det enkelte tilfælde godkender transaktionen”.

31. Renoflex køber forskellige ydelser af R98, blandt andet kantine- og it-ydelser, men salg af it-ydelser ophører pr. årsskiftet 2006/2007. Ifølge Parterne deler R98 i øvrigt ikke funktioner, for eksempel servicefunktioner, med datterselskaberne. R98's og Renoflex' organisationer er gensidigt uafhængige, og selskaberne anvender forskellige it-styresystemer.

32. Der er ikke direkte personsammenfald i den daglige ledelse af R98 og i den daglige ledelse af Renhold's datterselskaber, for eksempel Renoflex. Dog er Niels Jørn Hahn medlem af direktionen i både R98 og RenHold, og er endvidere medlem af bestyrelserne i blandt andet Renoflex, RGS 90, Danbørs A/S og Danfiber A/S. John Frederiksen er repræsenteret i både R98's og RenHold's bestyrelser.

33. Pr. den 31. december 2005 var der 519 personer beskæftiget i R98. Nettoomsætningen i R98 var kr. 347 mio. i 2005 og kr. 350 mio. i 2004. Nettoomsætningen i R98-koncernen var kr. 1.453 mio. i 2005 og kr. 1.366 mio. i 2004.

Kommunerne

34. Den 1. januar 2006 boede der 501.158 personer i Københavns kommune, og befolkningstætheden var 5.692 personer pr. km² i 2005. Den 1. januar 2006 boede der 91.855 personer i Frederiksberg kommune, og befolkningstætheden var 10.477 personer pr. km² i 2005. I begge kommuner bor samtlige indbyggere i bymæssig bebyggelse (2004-tal)[6].

35. Landets kommuner er centrale myndigheder på affaldsområdet. Det er kommunerne, der har ansvaret for håndtering af husholdnings- og erhvervsaffald, inklusiv farligt affald. Alle kommuner har ifølge miljøbeskyttelseslovens § 45 pligt til at anvise muligheder for afskaffelse af affald og pligt eller ret til at foranstalte indsamlingsordning for en række

affaldsfraktioner, herunder pligt til at foranstalte indsamlingsordning for dagrenovation, se også affaldsbekendtgørelsens kapitel 7[7]. Når en indsamlingsordning er etableret af en kommune, følger det af miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 4, at

”indsamling af det af ordningen omfattede affald eller eventuelt genanvendelige materiale [må] kun finde sted ved kommunalbestyrelsens foranstaltning eller bemyndigelse”.

36. Under indsamlingsordningerne er det som udgangspunkt hver enkelt kommune og ikke affaldsproducenterne (husholdningerne), der er ansvarlige for korrekt affaldsbortskaffelse. Det påhviler således kommunen, at afhentning, transport og behandling sker på forskriftsmæssig vis.

37. Københavns og Frederiksberg kommuner har udfærdiget regulativer for husholdningsaffald, der omfatter samtlige husstande i Kommunerne[8]. Ifølge regulativerne påhviler det i dag grundejerne at benytte R98 til affaldsindsamling, og R98 skal transportere det indsamlede affald til et af Kommunerne anvist modtageanlæg. Ligeledes har Kommunerne udfærdiget regulativer for erhvervsaffald, der omfatter samtlige erhvervsvirksomheder i Kommunerne[9].

38. Kommunernes omsætning har Parterne opgjort til de samlede bruttoudgifter til drift og anlæg for det seneste regnskabsår, jf. hovedarterne 1-2 og 4 i de kommunale kontoplaner, se § 9, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 895 af 21. september 2000 om beregning af omsætning i konkurrenceloven. På dette grundlag er Københavns kommunes omsætning kr. 27.483 mio. og Frederiksberg kommunes omsætning kr. 4.889 mio.

Koncessionen

39. I 1898 blev R98 stiftet under navnet Københavns Grundejerforenings Renholdningsselskab og fik samtidig hermed en 40-årig koncession til bortskaffelse af natrenovation i København. En koncession fra 1952 udvidede opgaverne til delvist også at omfatte dagrenovation, og i 1962 fik Københavns Grundejerforenings Renholdningsselskab eneret til affaldsindsamling i Københavns kommune. Denne koncession blev i 1970 forlænget med 50 år til 2020, og blev i 1972 udvidet til også at omfatte Frederiksberg kommune. Samtidig skiftede selskabet navn til R98.

40. Siden 1970, henholdsvis 1972, har R98 således haft en - som udgangspunkt - uigenkaldelig eneret og pligt til indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne frem til marts 2020. Koncessionen er fastsat i R98's vedtægter, jf. § 22:

”Selskabets [R98] koncession i henhold til nærværende vedtægter giver Selskabet eneret og pligt til at udføre dag- og natrenovation i Københavns og Frederiksberg kommuner. Koncessionen er gældende indtil udgangen af marts 2020.

Stk. 2. Kommunerne kan alene tilbagekalde Selskabets koncession til dag- og natrenovation i Københavns og Frederiksberg kommuner, såfremt forhold, hvorover kommunerne ikke har nogen kontrol, nødvendiggør dette, f.eks. tekniske forhold eller en omordning af Storkøbenhavns kommunale forhold. En tilbagekaldelse kan alene foretages, såfremt de foreliggende vanskeligheder ikke kan løses ved, at der foretages ændringer i vilkårene for Selskabets koncession. Såfremt betingelserne for tilbagekaldelse er til stede, skal tilbagekaldelsen ske med et rimeligt varsel på ikke under 12 måneder.

Stk. 3. Såfremt kommunerne tilbagekalder Selskabets koncession, eller Selskabet af andre grunde ophører med at udføre dag- og natrenovation, har kommunerne eller subsidiært sådanne andre offentlige myndigheder, som på ophørstidspunktet udfører dag- og natrenovation i Københavns og Frederiksberg kommuner, ret til vederlagsfrit at overtage alt rullende materiel, som Selskabet har anvendt til at udføre dag- og natrenovation. Ved ”rullende materiel” forstås alle sådanne aktiver og rettigheder m.v. (med hertil knyttede passiver og forpligtelser (feriegodtgørelse til overtagne medarbejdere m.v)), som tilhører Selskabet og som benyttes ved Selskabets udførelse af koncessionen, herunder – men ikke begrænset til – Selskabets renovationsmateriel, immaterielle rettigheder (herunder kunderegistre, informationssystemer og data), driftsinventar og driftsmateriel, reservedele og varelager m.v. og faste renovationsanlæg, men eksklusiv fast ejendom. I det omfang tredjemands samtykke er nødvendigt for at Københavns og Frederiksberg kommuner kan overtage ”rullende materiel”, vil Selskabet medvirke til at indhente sådant samtykke. Hvert år inden 3 måneder efter afslutningen af Selskabets regnskabsår fremsender Selskabets revisor en pro forma-balance til Københavns og Frederiksberg kommuner, der viser de aktiver og passiver m.v., som hører til det ”rullende materiel”.

Stk. 4. I forbindelse med udskillelsen af det ”rullende materiel” udarbejder Selskabets revisor sædvanlig refusionsopgørelse over løbende indtægter og udgifter knyttet til den koncessionerede virksomhed, og saldoen berigtiges kontant. Københavns og Frederiksberg kommuner har i forbindelse med udskillelsen ret til at indgå sædvanlige erhvervslejemål med Selskabet på markedsmæssige vilkår med henblik på at sikre, at kommunerne kan videreføre driften fra de hidtil anvendte ejendomme.

Stk. 5. Såfremt Københavns og Frederiksberg kommuner ønsker at udnytte deres ret til at overtage ”rullende materiel” efter stk. 3, skal aftale herom så vidt muligt indgås senest 6 måneder før Selskabet ophører med at udføre dag- og natrenovation. Opnås

ikke enighed mellem parterne inden for denne frist skal tvisten afgøres ved voldgift i overensstemmelse med reglen i § 23. Der skal i denne situation ikke indhentes vejledende udtalelse fra kommunalbestyrelserne, jf. § 23, 1. pkt.

Stk. 6. Københavns og Frederiksberg kommuner har ret til fra Selskabet at forlange sig meddelt alle oplysninger af betydning for vurderingen af den i stk. 3 nævnte pro forma-balance og for deres beslutning om, hvorvidt de ønsker at benytte sig af retten til at overtage det rullende materiel".

41. Den 30. juni 1998 anmeldte R98 koncessionen til Konkurrencestyrelsen. I den forbindelse gav R98 udtryk for, at koncessionen var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2. Koncessionen var derfor ifølge R98 ikke omfattet af reglerne i konkurrencelovens kapitel 2 og 3, herunder forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

42. Til støtte herfor henviste R98 til to breve ligeledes af 30. juni 1998 fra Kommunerne til henholdsvis R98 og Konkurrencestyrelsen. Af brevet fra Københavns kommune fremgår det, at

"Miljøkontrollen, Københavns Kommune skal med henvisning til konkurrencelovens § 2, stk. 4, hermed bekræfte, at R98's koncession og aftaler i tilknytning hertil ikke skal anmeldes til Konkurrencestyrelsen, da koncessionen m.v., i det omfang denne anses for at udgøre en konkurrencebegrænsende aftale, er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, idet koncessionen m.v. er nødvendig for, at kommunen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivningen, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

Miljøkontrollen, Københavns Kommune skal samtidig bekræfte, at anmeldelse af koncessionen efter konkurrencelovens § 2, stk. 6, endvidere er unødvendig, jf. Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1010 af 16. december 1997 om statslige og kommunale myndigheders anmeldelse af reguleringer eller beslutninger efter konkurrenceloven" [10].

43. Af brevet fra Frederiksberg kommune fremgår det, at

"[d]et er Frederiksberg Kommunes opfattelse, at anmeldelse ikke er fornøden, da kriterierne for undtagelse fra forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens kapitel 2 og 3 er opfyldt, jf. herved lovens § 2, stk. 2.

Desuden anses anmeldelse af koncessionen efter konkurrencelovens § 2, stk. 6 for unødvendig, jf. Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1010 af 16. december 1997."

44. Det fremgår ikke nærmere af Kommunernes breve, hvilken offentlig regulering, der henvises til, og som koncessionen skulle være en direkte eller nødvendig følge af. Der henvises i brevene til "gældende lovgivning og affaldsregulativer m.v."

45. I 1998, hvor R98 anmeldte koncessionen til Konkurrencestyrelsen, var det den myndighed, der havde fastsat eller besluttet den pågældende regulering eller konkurrencebegrænsning, som havde kompetence til at afgøre, om en konkurrencebegrænsning var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Den myndighed var på dagældende tidspunkt Kommunerne.

46. Konkurrencestyrelsen måtte derfor lægge Kommunernes vurdering uprøvet til grund. Konkurrencestyrelsen var afskåret fra at vurdere koncessionen efter bestemmelserne i konkurrencelovens kapitel 2 og 3, herunder forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, og den dagældende § 2, stk. 4. Konkurrencestyrelsen fandt dog, at længden af koncessionen betød, at konkurrencen på markedet blev stærkt begrænset. Konkurrencestyrelsen valgte derfor at sende en henvendelse til Kommunerne. I henvendelsen redegjorde Konkurrencestyrelsen for, at koncessionens længde havde skadelige virkninger for konkurrencen. Konkurrencestyrelsen kom med forslag til, hvordan konkurrencen kunne fremmes på området. Blandt andet foreslog Konkurrencestyrelsen, at Kommunerne for fremtiden skulle udbyde affaldsindsamlingen hvert femte år, og at kontraktperioderne som konsekvens heraf ikke skulle have længere varighed end fem år[11].

47. Efter modtagelsen af Konkurrencestyrelsens henvendelse anmodede Kommunerne om, at Konkurrencestyrelsens behandling af sagen afventede udfaldet af verserende sager om udbudsretlige forhold.

48. De verserende sager, som Kommunerne havde henvist til, blev senere hævet ved forlig. Herefter genoptog Konkurrencestyrelsen sagen om R98's koncession. I mellemtiden var konkurrencelovens § 2, stk. 4, blevet ændret. Ændringen betyder, at det er den pågældende ressortminister, der skal vurdere, om en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Derfor sendte Konkurrencestyrelsen en henvendelse i medfør af

konkurrenceovens § 2, stk. 4, til miljøministeren. Konkurrencestyrelsen anmodede om en vurdering af, hvorvidt § 22 i R98's vedtægter om koncessionen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrenceovens § 2, stk. 2.

49. Til besvarelse af Konkurrencestyrelsens anmodning hørte miljøministeren Kommunerne. Kommunerne fandt, at Konkurrencestyrelsen ikke havde kompetence til at rette henvendelse til miljøministeren i sagen. Kommunerne begrundede dette med, at Kommunerne på anmeldelsestidspunktet, hvor de var kompetente til at foretage vurderingen, allerede havde fundet, at koncessionen og længden heraf var en nødvendig følge af offentlig regulering.

50. Efter Kommunernes indsigelser anmodede miljøministeren Konkurrencestyrelsen om at tage stilling til det rejste kompetencespørgsmål, og Konkurrencestyrelsen indhentede Kammeradvokatens vurdering. Af Kammeradvokatens redegørelse fremgår det, at Kommunernes afgørelser som udgangspunkt stod ved magt. Dog fandt Kammeradvokaten, at afgørelserne kunne tilbagekaldes, hvis der forelå retlige mangler af formel eller materiel karakter, eller hvis der forelå væsentlige nye oplysninger, som måtte antages at medføre en anden bedømmelse af sagen.

51. Konkurrencestyrelsen bekendt forelå der ikke væsentlige nye oplysninger, som kunne føre til en anden vurdering af sagerne. Derimod fandt Konkurrencestyrelsen, at Kommunernes afgørelser led af formelle og materielle retlige mangler. Kommunernes afgørelser henviste ikke til, hvilke bestemmelser i hvilken lovgivning, som Kommunerne mente nødvendiggjorde varigheden af R98's koncession. Konkurrencestyrelsen kunne ikke identificere bestemmelser i offentlig regulering, der nødvendiggjorde tildeling af enerettigheder på affaldsområdet i 50 år. Det fremgår som nævnt af Kommunernes regulativer for husholdningsaffald, at R98 forestår affaldsindsamlingen. Derimod er det Konkurrencestyrelsen bekendt ikke fastsat i offentlig regulering, at R98 har eller skal have koncession frem til 2020.

52. På denne baggrund anmodede Konkurrencestyrelsen miljøministeren om at genoptage sagen og behandle Konkurrencestyrelsens henvendelse efter konkurrenceovens § 2, stk. 4. Ministerens svar foreligger endnu ikke. Det er med andre ord fortsat uafklaret, om konkurrenceovens kapitel 2 og 3, herunder reglerne i konkurrenceovens §§ 6-10, finder anvendelse på den nugældende koncession. Nærværende rådsnotat forholder sig derfor alene til Ophørsaftalen og Ophørsaftalens vilkår.

Markedsbeskrivelse[12]

53. Indsamling og transport af affald (samlet kaldet renholdning) omfatter opsamling, afhentning, læsning, transport og eventuel omlastning af affald. Indsamling og transport er ofte integreret i det samme renholdningssystem.

54. Der sondres i dansk affaldsregulering mellem indsamlingsordninger og anvisningsordninger. Begge ordninger udtrykker kommunernes pligt til at bortskaffe affald. Ved en indsamlingsordning står en kommune selv - eller en hertil egnet tredjemand - for afhentning af affaldet, mens kommunen ved en anvisningsordning anviser en mulighed for at komme af med affald.

55. Indsamling af husholdningsaffald omfattes af de kommunale indsamlingsordninger. Der er benyttelsespligt til indsamlingsordninger. Opsamling og afhentning foregår i de fleste tilfælde direkte fra affaldsbeholdernes faste standplads på ejendommene. Affaldet transporteres oftest fra ejendommens standplads til renovationsbilen, hvilket kræver ordentlige adgangsforhold, hjul under beholderne, kærre- eller liftsystemer m.v. Opgavernes udførelse indebærer et ikke ubetydeligt brug af manuelt arbejde. Visse steder er etableret systemer, som er mindre krævende, for så vidt angår manuel arbejdskraft, tung trafik med renovationsbiler m.v. De såkaldte central- og mobilsug transporterer affald fra affaldsproducenterne til et centralt opsamlingssted. Transporten foregår i underjordiske rørledninger, og affaldet flyttes mod opsamlingsstedet ved hjælp af luft.

56. For så vidt angår erhvervsaffald, kan kommuner vælge mellem at etablere indsamlings- eller anvisningsordning for de forskellige typer af affaldsfraktioner. Erhvervsaffald omfattet af en anvisningsordning er et frit marked i den forstand, at virksomheder og vognmænd kan indgå aftaler om indsamling og transport af virksomhedernes affald. Vognmændene skal lade sig registrere i de kommuner, hvor affaldet produceres, og vognmændene skal føre register over transporterede mængder, jf. affaldsbekendtgørelsens §§ 12-14. Kommunerne anviser de anlæg, som vognmændene skal transportere de enkelte affaldsfraktioner til. Som udgangspunkt er der pligt til at benytte den af en kommune anviste håndtering af affald.

57. Med over 3 mio. tømninger årligt indsamler og håndterer R98 mere end 308.000 tons husholdningsaffald fra omtrent 600.000 affaldsproducenter (indbyggere) i Kommunerne. R98's affaldsindsamling i Kommunerne er opdelt i fire områder, der igen er opdelt i i alt 81 distrikter. Af de 308.000 tons udgør dagrenovation hovedparten med 227.496 tons efterfulgt af storskrald (33.467 tons), papir (23.720 tons), haveaffald (11.145 tons) og glas (7.184 tons). Øvrige årlige mængder affald omfattet af de koncessionerede opgaver udgør cirka 1.000 tons og nedefter pr. affaldsfraktion, for eksempel pap, elektronik

og klinisk risikoaffald[13]. I alt udgør det husholdningsaffald, som R98 indsamler i kraft af koncessionen, cirka 20 pct. af de samlede affaldsmængder, der årligt produceres i Kommunerne.

58. Til sammenligning blev der på landsplan produceret 3.164.000 tons husholdningsaffald i 2004 fordelt på dagrenovation (53 pct.), storskrald (22 pct.), haveaffald (16 pct.), emballageaffald (3 pct.) og 'andet' (6 pct.)[14]. De koncessionerede opgaver udgør således 9,7 pct. af Danmarks samlede årlige mængde husholdningsaffald.

59. Husholdninger og virksomheder har forskellige behov affaldshåndteringens tilrettelæggelse. Husholdninger er en forholdsvis ensartet gruppe med hensyn til mængder, affaldsfraktioner og behov for afhentning. Disse parametre kan imidlertid variere meget fra virksomhed til virksomhed.

60. Opsamling af affald, særligt dagrenovation, sker i sække eller plastbeholdere med to eller fire hjul. Beholderne skal rengøres med jævne mellemrum og løbende vedligeholdes. Også renovationsbilerne skal jævnlige rengøres og løbende vedligeholdes.

61. Arbejdsgruppen om organisering af affaldssektoren anslår i rapporten "En effektiv affaldssektor" (december 2004), at mere end tre fjerdedele af alle affaldsindsamlingsopgaver i Danmark allerede er udliciteret[15]. For så vidt angår husholdningsaffald, oplyser Videncenter for Affald[16], at de fleste af landets kommuner allerede har valgt at udlicitere indsamlingsopgaverne, mens en mindre del af kommunerne varetager opgaverne selv. En rundspørge blandt landets kommuner fra 2001 viser, at 82 pct. af kommunerne anvender private entreprenører til indsamling af dagrenovation, 6 pct. af kommuner foretager indsamlingen i eget regi, mens 12 pct. af kommunerne indsamler dagrenovation gennem et kommunalt fællesskab[17]. Forholdene i Kommunerne er unik, idet der ikke Konkurrencestyrelsen bekendt er andre steder i Danmark i dag, hvor en erhvervsdrivende fond har en langvarig koncession til affaldsindsamling.

62. Der findes et betydeligt antal private vognmænd i Danmark, der indsamler affald. En søgning på www.krak.dk den 5. juli 2006 under 'Affald, indsamling af' gav 152 resultater, hvoraf mange er små private vognmandsforretninger, mens en mindre del er større virksomheder som for eksempel Renoflex og Marius Pedersen A/S. Herudover findes et antal kommunale affaldsselskaber, genbrugsstationer m.v.

63. Som anført ovenfor i beskrivelsen af R98 og R98's vedtægter skal gebyrer til indsamling af affald m.v. ifølge miljøbeskyttelseslovens § 48 dække omkostningerne ved den pågældende ydelse, det såkaldte hvile-i-sig-selv princip. Hvile-i-sig-selv princippet indebærer, at affaldsområdets økonomi er adskilt fra den øvrige, skattefinansierede kommunale økonomi.

64. Affaldsgebyrerne fastsættes af kommunalbestyrelsen og opkræves som udgangspunkt hos den, der har tinglyst adkomst til ejendommen, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 5. I praksis opkræver landets kommuner i visse tilfælde affaldsgebyrer direkte hos affaldsproducenter, som lejer en ejendom[18].

Ophørsaftalen

Parternes anmeldelse af Ophørsaftalen

65. Sideløbende med Konkurrencestyrelsens henvendelse til miljøministeren efter konkurrencelovens § 2, stk. 4, indledte R98 og Kommunerne forhandling om en frivillig, førtidig afvikling af koncessionen. Disse forhandlinger blev afsluttet i foråret 2006, og Parternes underskrifter forelå i september 2006. Parterne har oplyst, at Kommunerne på den ene side og R98 på den anden side har haft betydelige interesseudsættninger under forhandlingerne, og at Ophørsaftalen er et kompromis mellem Parternes forskellige krav og ønsker. Parterne understreger, at ingen af dem har kunnet diktere den anden part betingelser for koncessionens ophør, og at Ophørsaftalen er indgået på markedsmæssige vilkår.

66. Ophørsaftalen regulerer den overordnede afvikling af koncessionen, herunder Kommunernes overtagelse af de koncessionerede opgaver og samarbejdet mellem Kommunerne og R98 frem til koncessionens endelige ophør i 2011.

67. R98 og Kommunerne har anmeldt Ophørsaftalen til Konkurrencestyrelsen med anmodning om ikke-indgrebserklæring, jf. konkurrencelovens § 9, stk. 1, subsidiært fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, jf. stk. 2. Ophørsaftalens ikrafttræden er betinget af Konkurrencerådets godkendelse uden betingelser, bortset fra dem Parterne i enighed kan acceptere, jf. Ophørsaftalens § 10.1.

68. I anmeldelsen anfører Parterne til støtte for meddelelse af ikke-indgrebserklæring, at Ophørsaftalen hverken har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Parterne anfører, at Ophørsaftalen tværtimod er konkurrencefremmende, idet Ophørsaftalen sikrer konkurrenceudsættelse af affaldsindsamling i Kommunerne langt tidligere end det oprindelige ophør af

koncessionen i 2020. Samtidig finder Parterne, at den hastighed, hvormed konkurrenceudsættelsen finder sted, sikrer, at flest mulige nye aktører kan byde på de koncessionerede opgaver.

69. Parterne fremfører blandt andet også, at Kommunernes successive overtagelse af de koncessionerede opgaver og længden af denne ophørsperiode sikrer forsyningssikkerheden under miljømæssigt forsvarlige forhold.

70. Videre er det Parternes opfattelse, at Ophørsaftalen under ingen omstændigheder påvirker konkurrencen mærkbart på det relevante marked. [X].

71. I øvrigt indeholder Ophørsaftalen efter Parternes opfattelse ikke bestemmelser, der begrænser Parternes eller tredjemands frihed til at træffe selvstændige kommercielle beslutninger.

72. Som begrundelse for at Ophørsaftalen subsidiært opfylder de fire kumulative betingelser for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, anfører Parterne blandt andet følgende i anmeldelsen:

- Parterne forventer, at Ophørsaftalen vil føre til effektivitetsgevinster i form af øget konkurrence om affaldsindsamlingen i Kommunerne. Koncessionens ophør indebærer, at indsamlingen af husholdningsaffaldet løbende vil blive udbudt.
- Hvile-i-sig-selv princippet anvendelse indebærer, at besparelser som følge af konkurrenceudsættelsen af de koncessionerede opgaver fører til lavere priser (affaldsgebyrer) for affaldsproducenterne (husholdningerne).
- Den gradvise overgang af de koncessionerede opgaver til Kommunerne indebærer ikke begrænsninger, som er unødvendige for at opfylde formålet med Ophørsaftalen. Samtidig sikres en forsvarlig afvikling af koncessionen. Overgangsperioden ligger endvidere inden for de rammer, som Konkurrencerådet godkendte i forbindelse med konkurrenceudsættelse af affaldsindsamling i Århus kommune [19].
- Ophørsaftalen giver ikke R98 mulighed for at udelukke konkurrencen på en væsentlig del af det relevante marked. Dette følger allerede af, at Ophørsaftalen har til formål at konkurrenceudsætte affaldsindsamlingen i Kommunerne, hvorved konkurrencen vil blive styrket.

73. I det følgende gengives de af Ophørsaftalens vilkår, som efter Konkurrencestyrelsens opfattelse kan have betydning for den konkurrenceretlige vurdering. Overskrifterne svarer til Ophørsaftalens overskrifter til de pågældende afsnit. I første omgang gengives vilkårene objektivt og ledsages af enkelte forklarende bemærkninger. Konkurrencestyrelsens bedømmelse af vilkårene findes i notatets vurderingsafsnit nedenfor.

Kommunernes overtagelse af koncessionsopgaverne

74. Den gradvise overgang af koncessionsopgaverne fra R98 til Kommunerne, jf. aftalens §§ 2.1-2.5 med tilhørende bilag, indebærer blandt andet følgende:

75. Fra den 1. april 2006 tilstræber R98, at affaldsindsamlingen sker særskilt i Kommunerne. Parterne har oplyst, at adskillelsen af Kommunerne i indsamlingsmæssig sammenhæng var endeligt gennemført pr. den 1. oktober 2006.

76. Fra den 1. januar 2007 er det meningen, at Kommunerne overtager de administrative funktioner (kaldet støttefunktioner) med tilknyttede medarbejdere (i alt cirka 22 årsværk) samt udarbejdelsen af takstregulativer m.v., jf. Ophørsaftalens § 4.1.

77. Overførslen af indsamlingsopgaver i perioden 2009-2011 sker overordnet således:

- Den 1. maj 2009 overtager Københavns kommune de første dele af de koncessionerede opgaver og de dertil hørende medarbejdere og rullende materiel [20]. Opgaverne, som Københavns kommune overtager pr. 1. maj 2009, omfatter blandt andet indsamling af glas- og haveaffald i hele kommunen samt dagrenovation m.v. i Vanløse, Brønshøj-Husum, Bispebjerg og Ydre Østerbro.
- Den 1. maj 2010 overtager både Københavns og Frederiksberg kommuner opgaver og de dertil hørende medarbejdere og rullende materiel. Københavns kommune overtager blandt andet opgaver med indsamling af dagrenovation m.v. i Valby og på Vesterbro. Bortset fra dagrenovation i mobilsugeanlæg, som ifølge Ophørsaftalens § 2.4.3 først overgår den 1. maj 2011, overtager Frederiksberg kommune pr. 1. maj 2010 på én gang samtlige de opgaver, der skal overføres fra R98 til Frederiksberg kommune.

- Den 1. maj 2011 bringes koncessionen endeligt til ophør med overgangen af de sidste opgaver til Københavns kommune og de dertil hørende medarbejdere og rullende materiel (herunder it-systemer). Det omfatter blandt andet centralsugeanlægget i Nyhavn samt indsamling af farligt affald og indsamling af dagrenovation m.v. i Indre By/Christianshavn, Nørrebro og Indre Østerbro.
- Uanset ovenstående følger det af § 4 i bilag 2.12.2, at R98 frem til den 1 maj 2011 har ejerskab til alt beholdermateriel (beholdere, sækkestativer, glascontainere m.v.) i Københavns kommune. For så vidt angår Frederiksberg kommune, overtages beholdermateriel den 1. maj 2010 sammen med de koncessionerede opgaver. Københavns kommune har vurderet, at der er stordriftsfordele forbundet med, at rengøring og vedligeholdelse af beholdermateriel gennemføres samlet og ikke overtages gradvist af hver enkelt affaldsindsamler. Københavns kommune har derfor accepteret, at R98 beholder disse opgaver, til koncessionen er endeligt ophørt. Det er endnu uafklaret, hvorledes beholdermateriel udbydes efter den 1. maj 2011. Københavns kommune ser i øjeblikket en mulighed for, at vedligeholdelse og rengøring af beholdermateriel udbydes særskilt og dermed holdes adskilt fra offentlige kontrakter om selve affaldsindsamlingen.
- Kommunerne har til hensigt at konkurrenceudsætte koncessionsopgaverne gennem udbud efter EU's udbudsregler, jf. Ophørsaftalens § 2.1.1. Ifølge Kommunerne har man ikke i en aftale med R98 ønsket at binde sig til gennemførelse af EU-udbud, hvorfor Ophørsaftalens § 2.1.1 er formuleret som "kan gennemføre en konkurrenceudsættelse af opgaver ved gennemførelse af udbud" [Konkurrencestyrelsens fremhævnings]. Alternativet til udbud er udførelse af opgaverne ved Kommunernes egne medarbejdere, men Kommunerne har oplyst, at man allerede er i gang med at forberede tilrettelæggelsen af udbud. Konkurrencestyrelsen lægger til grund, at Kommunerne frem mod 2011 fortsætter arbejdet med forberedelsen og gennemførelsen af udbud.
- For opgaver, der overtages den 1. maj 2009, har Kommunerne videre oplyst, at udbudsrunder forventes afsluttet i løbet af 2008. Datoerne 1. maj 2009-2011 betyder således, at pr. disse datoer er de relevante indsamlingsopgaver udbudt og overtaget af de vindende tilbudsgivere. De vindende tilbudsgivere overtager medarbejdere og rullende materiel, hvor andet ikke er anført i Ophørsaftalen, eksempelvis for så vidt angår beholdermateriel i Københavns kommune som ejes af R98 indtil den 1. maj 2011, jf. ovenfor.
- R98 har fortsat ejerskab til en række lifte og andre hjælpeanlæg opsat på og ved ejendomme i Kommunerne, jf. Ophørsaftalens §§ 4.2 og 4.3. R98 erklærer, at tredjemand, herunder de vindende tilbudsgivere, frit kan benytte de nævnte anlæg uden særskilt vederlag til R98 eller andre. Videre vil R98 ifølge Ophørsaftalen positivt medvirke til tredjemands overtagelse af tømningsopgaver fra sugeanlæg og benyttelse af lifte m.v. R98 udlejer de pågældende anlæg til ejerne af de ejendomme, hvor anlæggene er installeret.
- Fra den 1. januar 2008 holdes Kommunerne adskilt fra hinanden i den gebyrmæssige balance, ligesom der fra denne dato udarbejdes driftsregnskaber for hver af Kommunerne, jf. Ophørsaftalens § 6.2.6. Den gebyrmæssige balance viser aktiver og forpligtelser ved de koncessionerede opgaver. Som anført ovenfor er opgaverne underlagt hvile-i-sig-selv princippet.
- Kommunernes affaldsregulativer ændres, således at den i dag gældende pligt for grundejerne til at benytte R98 til indsamling af husholdningsaffald udgår.
- Kommunerne har ret til at udskyde overtagelsen af de koncessionerede opgaver med op til seks måneder og kan med tre måneders varsel i øvrigt forlange ændringer i fordelingen/rækkefølgen m.v. af de tilbagetagne opgaver, jf. Ophørsaftalens § 2.9.

Kommunernes ret til at forlange en fremrykning af overtagelsen

78. Den ovenfor beskrevne køreplan for Kommunernes overtagelse af de koncessionerede opgaver modificeres af Ophørsaftalens §§ 2.10.1- 2.10.2:

"Såfremt det gennem Kommunernes udbud af en koncessioneret opgave konstateres, at R98's udførelse af sammenlignelige opgaver efter en vurdering baseret på kriteriet 'økonomisk mest fordelagtige tilbud', jf. § 2.10.2 afviger mere end 5 % fra gennemsnittet af de tre økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan Kommunerne fremskynde udbudsprocessen for så vidt angår de resterende koncessionerede opgaver. Kommunerne kan således i denne situation uanset § 2.9.2 beslutte en fremrykning af udbud af endnu ikke udbudte koncessionsopgaver til et af Kommunerne med mindst 6 måneders skriftligt varsel fastsat tidspunkt.

Vurderingen af, om R98's udførelse af sammenlignelige opgaver afviger med mere end 5% i forhold til gennemsnittet af de tre økonomisk mest fordelagtige tilbud skal ske efter en vurdering baseret på kriteriet 'økonomisk mest fordelagtige tilbud' og i overensstemmelse med principperne i § 10 i Finansministeriets cirkulære af 17. december 2002 om udbud og udfordring af statslige drifts- og anlægsopgaver [kontrolbud]. Til brug for vurderingen kan Kommunerne indhente alle relevante oplysninger fra R98, idet vurderingen skal ske med udgangspunkt i omkostningerne samt øvrige relevante kriterier ved R98's udførelse af

samme opgaver på tidspunktet for Kommunernes modtagelse af bud på de pågældende opgaver. De af R98 afgivne oplysninger skal afleveres i en form, der efter Kommunernes rimelige anvisninger etablerer sammenlignelighed med strukturen for de tilbud, der indkommer i udbudsprocessen”.

79. Parterne har oplyst, at R98 ikke har krav på at få dokumenteret, såfremt udførelsen af indsamlingsopgaver afviger mere end 5 pct. i forhold til gennemsnittet af de tre økonomisk mest fordelagtige tilbud. Parterne har oplyst, at Kommunerne forventer at give R98 en begrundelse for en eventuel beslutning om fremrykkelse. Parterne henviser til den begrundelse, som forbigåede tilbudsgivere sædvanligvis har krav på ved afholdelse af EU-udbud[21].

80. Videre har Parterne under møder med Konkurrencestyrelsen oplyst, at Kommunernes adgang til at forlange fremrykning er en ”politisk ventil”. Muligheden for at fremrykke konkurrenceudsættelsen, hvis de første udbudsrunder viser, at R98 er dyre, har en politisk signalværdi for Kommunerne og kan give R98 incitament til at være konkurrencedygtig. Men det er Parternes opfattelse, at en fremrykning kan være vanskelig at gennemføre i praksis. Krav om fremrykning vil skubbe den tilrettelagte tidsplan for koncessionens afvikling, jf. ovenfor, hvilket måske ikke vil være muligt.

Kommunernes adgang til anvendelse af R98's anlæg

81. R98 har tinglyst adkomst til ejendommen Kraftværksvej 25, 2300 København S. Det er herfra, at R98 driver hovedparten af sin virksomhed med de koncessionerede opgaver. Ejendommen består af en kontor- og administrationsbygning, halbygninger som anvendes til værksteder, opbevaring m.v., parkeringsarealer samt faciliteter til kantine, bad og omklædning m.v. Herudover ejer R98 ejendommen Raffinaderivej 20 (Kløvermarksvej), som delvist anvendes til de koncessionerede opgaver (beholderværksted m.v).

82. Ejendommen på Kraftværksvej er omfattet af lokalplan nr. 65, hvoraf fremgår, at ejendommen skal anvendes til offentlig eller koncessioneret virksomhed.

83. Ejendommene på Kraftværksvej og Raffinaderivej er ikke omfattet af det rullende materiel. Det rullende materiel omfatter som anført aktiver og rettigheder, eksklusiv faste ejendomme, som R98 benytter til udførelsen af koncessionsopgaverne, jf. § 22, stk. 3, i R98's vedtægter. Eftersom ejendommene ikke er omfattet af det rullende materiel, beholder R98 adkomsten til disse ejendomme med tilhørende bygninger efter koncessionens ophør.

84. Nedenfor er omtalt to værksteder, henholdsvis et bilværksted og et beholderværksted, som ligger på henholdsvis ejendommen Kraftværksvej og ejendommen Raffinaderivej.

85. Københavns kommune har ifølge magelægsoverenskomst af 22. juni 1972 tilbagekøbsret til ejendommen på Kraftværksvej, inklusiv ejendommens bygninger, herunder det ovenfor nævnte bilværksted. Københavns kommunes tilbagekøbspris svarer ifølge magelægsoverenskomsten til den oprindelige købesum, i alt kr. 4.527.000. Der gives ikke tillæg for bygningers m.v. værdi. Ejendommen Raffinaderivej er ikke underlagt en tilbagekøbsret.

86. Oprindeligt har Københavns kommune kunnet forlange at overtage ejendommen på Kraftværksvej pr. april 2020. Denne ret gælder fortsat, men i Ophørsaftalens § 6.1.2 er anført, at både R98 og Københavns kommune nu også kan forlange, at Københavns kommune tilbagekøber Kraftværksvej pr. den 1. maj 2011 på de vilkår, der er anført i magelægsoverenskomsten.

87. Efter Ophørsaftalens § 2.8.1 tildeler R98 Kommunerne

”en option på et sædvanligt erhvervslejemål på markedsvilkår af R98's anlæg på Kraftværksvej [25, 2300 København S]. Optionen giver Kommunerne adgang til - helt eller delvis i den af Kommunerne nærmere begærede udstrækning - at leje en forholdsmæssig andel (eller mindre, efter Kommunernes skøn) af de i bilag 2.8.1 (a) angivne arealer (kontor, folkerum, produktion/værksted, asfalteret (udendørs)) svarende til andelen af overtagede koncessionsopgaver med henblik på udnyttelse af arealerne til affaldsindsamling og dermed beslægtede opgaver”.

88. Kommunerne skal i takt med overtagelsen af de koncessionerede opgaver i perioden 2009-2011 vælge, om de ønsker at udnytte optionen. Kommunerne kan for eksempel have glæde af et lejemål på R98's anlæg, hvis en vinder af en budrunde har vanskeligt ved at finde egnede anlæg til renovationsbiler m.v. i Københavnsområdet. Ophørsaftalens bilag 2.8.1 (b) indeholder udkast til en lejeaftale mellem R98 og Kommunerne. Udkastet er blot en skabelon til eventuelle lejeaftaler, som skal indgås, hvis Kommunerne udnytter optionen. I udkastet mangler blandt andet en angivelse af de lejede arealer og en fastsættelse af lejens størrelse.

89. Hvis Kommunerne ikke udnytter optionen ifølge Ophørsaftalens § 2.8.1, er R98 efter Ophørsaftalens § 2.8.3

"berettiget til at udleje det pågældende areal til en af Københavns Kommune skriftligt godkendt tredjemand på et tidsbegrænset lejemål, der udløber senest på det tidspunkt, hvor Københavns Kommune i henhold til den mellem Københavns Kommune og R98 indgåede magelægsoverenskomst af 22. juni 1972 er berettiget til at tilbagekøbe grunden med bygninger".

90. Det fremgår udtrykkeligt af Ophørsaftalens § 2.8.1, at udlejning til Kommunerne skal ske på markedsvilkår. Omvendt er det ikke i Ophørsaftalens § 2.8.3, for så vidt angår R98's udlejning til tredjemand, anført, at udlejning skal ske på markedsvilkår. Med anmeldelsen af Ophørsaftalen har Konkurrencestyrelsen ikke modtaget udkast til den i Ophørsaftalens § 2.8.3 nævnte lejeaftale mellem R98 og tredjemand.

Informationssystemer og data

91. Udveksling af it-systemer er behandlet i Ophørsaftalens § 4.1.4, der har følgende ordlyd (fremhævelser i original):

*"Kommunerne overtager pr. 1. maj 2011 som en del af det rullende materiel de i bilag 4.1.4.a specificerede informationssystemer ("**Informationssystemerne**") bestående af hardware ("**Hardware**"), software ("**Software**") og alle tilhørende data ("**Data**"). Såfremt en sådan overtagelse kræver samtykke fra Informationssystemernes leverandører ("**Leverandørerne**"), skal R98 i påkrævet omfang medvirke til, at Kommunerne kan opnå et sådant samtykke, men R98 er i øvrigt ansvarsfri i enhver henseende i denne forbindelse, herunder for betingelser for samtykke stillet af Leverandørerne. Efter Kommunernes overtagelse af Informationssystemerne har R98 i en periode på op til ni måneder efter overtagelsen adgang til at få foretaget sådanne kørsler samt modtage sådanne Data m.v., som måtte være fornødne til brug for koncessionens endelige afvikling, jf. bilag 4.1.4.b.*

Uagtet det foregående skal Kommunerne på samme betingelser være berettiget til på et hvilket som helst tidspunkt fra 1. januar 2007 – 1. maj 2011, f.eks. i forbindelse med overtagelse af Støttefunktionerne, at opnå selvstændig brugsret til og anvende en kopi af Softwaren samt få overført en sådan kopi af såvel Softwaren som af alle relevante Data (jf. nedenfor) fra R98. I perioden fra Kommunernes opnåelse af brugsret og anvendelse af Softwaren indtil 1. maj 2011, skal Parterne etablere og opretholde et effektivt automatiseret system til udveksling af Data, således at R98 dagligt har korrekt opdaterede Data i korrekte formater til brug for R98's fortsatte udførelse af koncessionerede opgaver.

R98 skal medvirke til udtræk og overførsel af en kopi af samtlige Data på digitalt medie eller andet egnet medie i det format i hvilket de er lagret samt i øvrigt til overførsel af Softwaren til Kommunerne. Hver Part bærer egne omkostninger i forbindelse med sådan overførsel m.v.

*R98 har en option på at få overført til sig eller til et koncernforbundet selskab en fuld kopi af Softwaren og Data senest samtidig med Kommunernes overtagelse af Informationssystemerne, forudsat at R98 opnår behørig licens hertil fra Leverandørerne. Ved overtagelsen af en kopi af Softwaren opnår R98 en tidsbegrænset brugsret til software, som Kommunerne i kraft af overtagelsen af Informationssystemerne måtte have overtaget ejendomsret til ("**Kommunernes Software**"), samt en ret til at eksemplarfremstille, ændre og modificere i Kommunernes Software til eget eller koncernforbundne selskabers brug. For udøvelse af optionen betales intet vederlag til Kommunerne. For brugen af Kommunernes Software skal R98 betale et markedsmæssigt vederlag, der i mangel af enighed mellem Parterne, fastsættes af en af Dansk IT udmeldt sagkyndig.*

Såfremt R98 udnytter den ovenfor beskrevne option, skal Kommunerne for R98's regning, medvirke til udtræk og overførsel af en kopi af samtlige relevante Data på digitalt medie eller andet egnet medie i det format, i hvilket de er lagret samt i øvrigt til overførsel af Softwaren til R98.

Kommunerne er berettigede til frit at undlade at få Informationssystemerne overdraget til sig i henhold til denne § 4.1.4 eller kan vælge at udnytte sine rettigheder delvis, f.eks. f.s.v. angår Data".

92. Bestemmelsen regulerer dels R98's almindelige informationssystem, dels de særlige tilretninger i systemet, som R98 har fået foretaget. Parterne har oplyst, at R98 har brugsret til informationssystemet. Ejendomsretten tilhører edb-leverandøren. Dog ejer R98 de særlige tilretninger i systemet, som R98 har fået foretaget. Ved koncessionens ophør overgår brugsretten til informationssystemet samt ejendomsretten til de særlige tilretninger (benævnt 'Kommunernes Software') til Kommunerne som en del af det rullende materiel, det vil sige vederlagsfrit.

93. Kommunerne giver R98 en option på at udnytte informationssystemet, hvilket som anført i § 4.1.4 forudsætter edb-leverandørens accept. For optionen betaler R98 ikke et vederlag til Kommunerne, idet Kommunerne som anført kun overtager brugsretten til informationssystemet, mens ejendomsretten fortsat er edb-leverandørens. Derimod skal R98 betale Kommunerne et markedsmæssigt vederlag for at anvende tilretningerne ('Kommunernes Software'), og i tilfælde af uenighed om prisen fastsættes denne ved en uvildig vurdering, jf. fjerde afsnit i § 4.1.4.

R98's frikøb af dele af det rullende materiel

94. Ophørsaftalens §§ 5.1 og 5.2 giver R98 mulighed for at frikøbe dele af det rullende materiel. Som nævnt dækker det rullende materiel over aktiver og rettigheder, eksklusiv fast ejendom, der ifølge R98's vedtægter overgår vederlagsfrit til Kommunerne ved koncessionens ophør, jf. vedtægternes § 22, stk. 3. Ifølge Ophørsaftalens §§ 5.1 og 5.2 drejer R98's mulighed for frikøb af det rullende materiel sig om to værksteder: et bilværksted med tilhørende medarbejdere, reservedelslager m.v. og et beholderværksted med tilhørende medarbejdere, vaskebiler m.v.

95. For så vidt angår beholderværkstedet, har R98 allerede overtaget driftsinventaret med tilhørende medarbejdere. Overtagelsen afregnes senest 30 dage efter Ophørsaftalens indgåelse. R98 har endnu ikke udnyttet optionen på at frikøbe det rullende materiel knyttet til bilværkstedet.

96. Bilværkstedet drives fra R98's ejendom på Kraftværksvej, hvorimod beholderværkstedet drives fra R98's ejendom på Raffinaderivej. Som anført ovenfor tilhører begge ejendomme R98 og indgår ikke i det rullende materiel. Københavns kommune har tilbagekøbsret til ejendommen Kraftværksvej, og denne tilbagekøbsret omfatter også alle bygninger, inklusiv værkstedsbygningen, der er opført på ejendommen.

97. Om baggrunden for R98's overtagelse af værkstederne med tilhørende medarbejdere, lager, vaskebiler m.v. har Parterne oplyst, at R98 forventer, at der kan opstå et marked for ydelser, som kan præsteres fra værkstederne. R98 tænker i den forbindelse eksempelvis på varetagelse af opgaver med vedligeholdelse og reparationer af beholdermateriel, renovationsbiler m.v. Reparation og vedligeholdelse af materiel opstillet og anvendt i Kommunerne vil fortsat varetages af R98 efter hvile-i-sig-selv princippet, indtil materiellet overtages af Kommunerne i forbindelse med koncessionens gradvise ophør.

98. Ordlyden af de relevante bestemmelser er:

"5.1 R98's option på frikøb af bilværksted med tilhørende lager m.v.

5.1.1 R98 kan indtil 6 måneder efter, at der eventuelt måtte blive vedtaget en ændret lokalplan, jf. § 4.5.1., dog senest 31. december 2007, frikøbe R98's bilværksted med tilhørende medarbejdere, reservedelslager og forbrugsmaterialer m.v. Skriftlig meddelelse til Kommunerne om optionens udnyttelse skal være afgivet inden fristens udløb. Såfremt R98 beslutter at frikøbe bilværkstedet m.v. udgår bilværkstedet m.v. af det rullende materiel, som Kommunerne skal overtage ved koncessionens ophør, ligesom Kommunerne heller ikke overtager nogen form for forpligtelser vedrørende værkstedet. En nærmere beskrivelse af de nævnte medarbejdere og aktiver fremgår af bilag 5.1.1.

5.1.2 Såfremt R98 beslutter at frikøbe bilværkstedet m.v. betaler R98 senest 60 dage efter, at beslutningen er meddelt Kommunerne, som kompensation for, at bilværkstedet udgår af det rullende materiel et beløb svarende til den bogførte værdi pr. 31. december 2005, jf. bilag 5.1.2, kontant til Kommunerne med tillæg af nyanskaffelser, foretaget efter 31. december 2005, og fradrag afsædvanlige afskrivninger fra 1. januar 2006 indtil optionen måtte blive udnyttet. Købesummens sammensætning fremgår af bilag 5.1.2. R98's finansieringsomkostninger forbundet med betaling af kompensationsbetalingen indgår ikke ved den fremtidige takstfastsættelse for den koncessionerede virksomhed frem til koncessionsophør. Såfremt R98 beslutter at frikøbe bilværkstedet m.v. udgår bilværkstedet m.v. af de koncessionerede aktiviteter per tidspunktet for beslutningen. Efter dette tidspunkt er driften af bilværkstedet m.v. således den koncessionerede del af R98's virksomhed uvedkommende.

5.2 R98's frikøb af beholderværksted/vaskebiler m.v.

5.2.1 Parterne er enige om, at R98's beholderværksted med tilhørende medarbejdere, vaskebiler m.v. pr. 31. december 2005 udgår af det rullende materiel, som Kommunerne skal overtage ved koncessionens ophør, ligesom Kommunerne heller ikke overtager nogen form for forpligtelser vedrørende beholderværkstedet. En nærmere beskrivelse af de nævnte medarbejdere og aktiver fremgår af bilag 5.2.1. Efter 31. december 2005 er driften af beholderværksted m.v. den koncessionerede del af R98's virksomhed uvedkommende, bortset fra hvad fremgår af § 2.12.2 og § 6.4.3. Beholdermateriel overgår derimod til Kommunerne som anført i § 2.12.

5.2.2 Som kompensation for, at beholderværkstedet udgår af det rullende materiel, betaler R98 senest 30 dage efter, at betingelserne i § 10 er opfyldt, et beløb svarende til den bogførte værdi pr. 31. december 2005, jf. bilag 5.2.2 kontant til Kommunerne. Købesummens sammensætning fremgår af bilag 5.2.2. Eventuelle nyanskaffelser i perioden fra 1. januar 2006 til købesummens betaling overtages til anskaffelsesprisen. R98's finansieringsomkostninger forbundet med betaling af kompensationsbetalingen indgår ikke ved den fremtidige takstfastsættelse for den koncessionerede virksomhed frem til koncessionsophør".

99. Den samlede bogførte værdi af bilværkstedet pr. 31. december 2005 er opgjort til kr. [x]. Den bogførte værdi af beholderværkstedet er pr. 31. december 2005 kr. [x]. Parterne har ikke indhentet en uvildig vurdering af værkstedernes værdi.

Sammenlægning af visse administrative funktioner

100. Ifølge Ophørsaftalens § 6.4.1 er R98

"fra indgåelsen af Ophørsaftalen berettiget til at indgå aftale med [Renoflex] om en sammenlægning af visse administrative funktioner med henblik på at R98 bruger den med Renoflex etablerede fælles organisation i henhold til kontrakt, som beskriver de leverede ydelser og betalingen herfor. De relevante funktioner og antallet af medarbejdere m.v. fremgår af bilag 6.4.1. Ydelserne skal leveres på markedsvilkår, dog maksimalt til en pris svarende til de med opgavens udførelse forbundne omkostninger ("hvile i sig selv"-princippet). R98's revisor attesterer en gang årligt overholdelse af disse vilkår i en samhandelserklæring. For at sikre at R98 fortsat vil varetage de koncessionerede aktiviteter på en forsvarlig måde fastsættes der målepunkter for regularitet, kundeklager etc. i lighed med de nuværende nøgletal. Disse målepunkter præsenteres halvårligt for Kommunerne".

101. Baggrunden for sammenlægningen af visse administrative funktioner er, at R98's samlede overheadomkostninger ikke kan falde i samme takt, som de koncessionerede opgaver overføres til Kommunerne. Der er endvidere kun begrænsede effektiviseringsmuligheder. Således vil der hos R98 opstå en overkapacitet af administrative funktioner. R98 vurderer også, at det kan være vanskeligt at fastholde nødvendige medarbejdere til udførelse af de koncessionerede opgaver frem til den 1. maj 2011. Sammenlægningen findes at kunne medføre synergifordele, bedre mulighed for at fastholde medarbejde samt bedre effektiviseringsmuligheder. Det anslåede besparelspotentiale for R98 og Renoflex er kr. [x] i perioden 2007-2011.

102. Sammenlægningen, der kan påbegyndes fra den 1. januar 2007, vil omfatte i alt cirka [x] medarbejdere inden for direktions- og stabsfunktion (R98's administrerende direktør omfattes ikke), HR, logistik, økonomi og it m.v. Medarbejderne vil blive overført til Renoflex, og R98 vil alene beholde funktioner, der understøtter opfyldelsen af de koncessionerede opgaver.

103. Det er på anmeldelsestidspunktet ifølge Parterne fortsat uafklaret, om muligheden for sammenlægning af visse administrative funktioner vil blive udnyttet.

R98's organisering efter koncessionens ophør

104. Ophørsaftalens § 7.1.1 giver efter koncessionens ophør R98 mulighed for at bevare en rolle som et forum for drøftelse af bruger- og borgerinteresser i relation til affaldsbehandling og -bortskaffelse.

105. Bestemmelsen åbner endvidere mulighed for, at de organisationer og interessegrupper, som i dag er repræsenteret i R98's bestyrelse, herunder Kommunerne, fortsat kan deltage i bestyrelshvervet, således at deres relative indflydelse ikke mindskes. Ordlyden af § 7.1.1 er:

"R98 vil efter koncessionens ophør fortsat fungere som en erhvervsdrivende fond. Fonden skal underlægges de almindelige fondsmyndigheders tilsyn senest ved koncessionens endelige ophør. Parterne vil i god tid inden koncessionens endelige ophør den 1. maj 2011 og så vidt muligt inden udgangen af 2006 udarbejde nye vedtægter for R98, som skal forholde sig til R98's ændrede rolle efter koncessionsophør. I forbindelse med ændringen af vedtægterne stiller Kommunerne sig positivt til forslag om (i) at R98 opretholdes som et selvstændigt og uafhængigt forum for drøftelse af bruger- og borgerinteresser i relation til affaldsbehandling og -bortskaffelse i Kommunerne, og (ii) at de organisationer og interessegrupper m.v., som i dag er repræsenteret i bestyrelsen, fortsat er repræsenteret i bestyrelsen (såfremt de fortsat ønsker det) således at deres relative indflydelse i bestyrelsen ikke formindskes. De absolut nødvendige ændringer i vedtægten, som følger af indgåelsen af Ophørsaftalen implementeres dog i umiddelbar forlængelse af opfyldelsen af de i § 10 nævnte betingelser".

106. Parterne har i anmeldelsen af Ophørsaftalen oplyst, at Kommunerne endnu ikke har taget stilling til, om de vil deltage i R98's eventuelle forum for drøftelse af affaldsbehandling og -bortskaffelse.

107. Videre oplyser Parterne i anmeldelsen, at Kommunernes fortsatte repræsentation i R98's repræsentantskab ikke er afgjort. Kommunerne vil fortsat have den repræsentation, som Kommunerne har i dag, indtil R98's vedtægter måtte blive ændret på dette punkt. Under alle omstændigheder vil Kommunerne forblive i repræsentantskabet frem til koncessionens endelige ophør den 1. maj 2011 for at varetage deres interesser.

R98-gruppens adgang til deltagelse i udbud

108. Ophørsaftalens § 9.1.1 regulerer R98's adgang til at deltage i udbud af de opgaver, som Kommunerne tilbagetager fra R98 og konkurrenceudsætter i etaper:

"Kommunerne forbereder og gennemfører udbud af opgaver, som tilbagetages fra R98, og R98 har hverken ret eller pligt til indsigt eller deltagelse i Kommunernes overvejelser i så henseende. For at undgå risiko for krydssubsidiering mellem den del af R98's virksomhed, som udfører koncessionerede opgaver efter hvile-i-sig-selv-princippet, og konkurrenceudsatte opgaver, er Parterne enige om, at R98 frem til tidspunktet for koncessionens endelige ophør ikke må afgive tilbud på udførelsen af de opgaver, som Kommunerne udbyder, eller i øvrigt udføre konkurrenceudsatte opgaver for andre, med de modifikationer der følger af §§ 4 og 5".

109. Ophørsaftalens §§ 4 og 5, som der er henvist til i § 9.1.1 *in fine*, vedrører henholdsvis Kommunernes forberedelse af koncessionens ophør, herunder R98's fortsatte ejerskab til sugelanlæg og lifte, samt R98's frikøb af værksteder. Parterne har oplyst, at § 9.1.1 ikke afholder R98 fra at udføre opgaver for andre, såfremt opgaverne udføres med de aktiver, som R98 beholder/frikøber. Som eksempel nævner Parterne anvendelse af værkstederne til vedligeholdelse af beholdermateriel for andre end Kommunerne. Parterne har oplyst, at det endvidere er en betingelse for R98's opgaveudførelse for andre, at dette holdes regnskabsmæssigt adskilt fra løsningen af de koncessionerede opgaver.

110. Videre regulerer Ophørsaftalens § 9.1.2 adgangen for R98's koncernforbundne selskaber til at kunne deltage i udbud:

"§ 9.1.1 er ikke til hinder for, at et datterselskab til R98, eks. Renoflex, kan ansøge om prækvalifikation og/eller byde på en konkurrenceudsat opgave, såfremt EU's udbudsregler eller anden lovgivning ikke i øvrigt er til hinder herfor".

Høringssvar

111. Rådsnotatet har været i høring hos Parterne. Konkurrencestyrelsen har modtaget et høringssvar fra R98 af 12. oktober 2006 og et fælles høringssvar fra Kommunerne af 13. oktober 2006.

112. Parterne giver udtryk for, at forudsætningerne for Konkurrencestyrelsens indstilling, jf. punkt 13 ovenfor, giver anledning til tvivl om indholdet af ikke-indgrebserklæringen. Kommunerne opfordrer Konkurrencestyrelsen til at henholde sig til en afgrænsning/forudsætning af generel karakter. Hertil anfører Konkurrencestyrelsen, at forudsætningerne er sædvanlige og vil gælde uanset om de anføres i indstillingen eller ej. Af samme grund kan forudsætningerne heller ikke antages at være udtømmende. Henset til det fremtidige, omfattende arbejde, der ligger i Ophørsaftalens implementering og i konkurrenceudsættelsen af affaldsindsamlingsopgaverne, har Konkurrencestyrelsen vurderet, at en præcisering af forudsætninger er hensigtsmæssig. Blandt andet omfatter ikke-indgrebserklæringen udtrykkeligt ikke en række forhold, der er indeholdt i Ophørsaftalen.

113. Parterne oplyser, at de ikke nødvendigvis er enige i Konkurrencestyrelsens afgrænsning af det relevante marked eller i vurderingen af samhandelspåvirkning. Henset til Konkurrencestyrelsens indstilling finder Parterne dog ikke anledning til at kommentere forholdene nærmere.

114. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at høringssvarene herudover i overvejende grad indeholder tilføjelser af faktuel karakter. Disse forhold er indarbejdet direkte i notatet under de relevante afsnit.

Netværket (ECN)

115. Konkurrencestyrelsen vurderer, at Ophørsaftalen mærkbart kan påvirke samhandelen mellem EU's medlemsstater, jf. nedenfor punkt 132 ff, hvorfor EU's konkurrenceregler også skal anvendes. Som konsekvens heraf har sagen været indmeldt i det europæiske netværk af konkurrencemyndigheder (ECN)[22].

Vurdering

116. Vurderingsafsnittet er disponeret således: Først beskrives kort det relevante marked. Herefter vurderes det, om Ophørsaftalen kan påvirke samhandelen mellem EU's medlemsstater. Dette spørgsmål har betydning for, om EU's konkurrenceregler skal anvendes ved siden af konkurrencelovens bestemmelser. I forlængelse heraf tages der stilling til, i hvilket omfang konkurrencereglerne kan finde anvendelse på Ophørsaftalen. Efterfølgende omtales en lignende sag vedrørende konkurrenceudsættelse af affaldsindsamling i Århus kommune. Det vurderes dernæst, om Ophørsaftalen og dens vilkår er konkurrencebegrænsende, og om betingelserne for ikke-indgreb, subsidiært fritagelse, er opfyldt. Notatet rundes af med en konklusion og en række afsluttende bemærkninger.

Det relevante marked

117. I konkurrenceretten foretages afgrænsningen af det relevante marked med det formål at fastslå en eller flere virksomheders markedsstyrke. Det relevante marked hjælper med at fastslå hvilke egentlige konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.

118. Det relevante marked afgrænses ved en kombination af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Afgrænsningen af disse markeder tager afsæt i mulighederne for efterspørgsels- og udbudssubstitution, jf. konkurrencelovens § 5a, stk. 1, og Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret[23].

119. I nærværende sag påvirkes afgrænsningen af det relevante marked af, at Ophørsaftalen over de næste cirka fem år gradvist afvikler et monopol på indsamling af husholdningsaffald inden for Kommunernes geografiske område. Det er imidlertid Konkurrencestyrelsens opfattelse, at en nøjagtig afgrænsning af det relevante marked i denne sag kan stå åben, fordi det ikke er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af Ophørsaftalen. De følgende afsnit om markedsafgrænsningen tager udgangspunkt i den nuværende situation med R98's eneret, og udviklingen over de næste fem år og videre frem inddrages kun i mindre omfang.

Produktmarkedet

120. Produktmarkedet omfatter de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne anser for at kunne erstatte hinanden på grund af egenskaber, pris eller anvendelsesformål.

121. Konkurrencerådet har i en lignende sag om anmeldelse af en aftale om konkurrenceudsættelse af affaldsindsamlingen i Århus kommune udtalt, at produktmarkedet

"kan deles op i en række affaldsfraktioner såsom indsamling af: dagrenovation, papir og glas, storskrald, dagrenovationslignende affald fra erhvervsvirksomheder, erhvervsaffald, sygehusaffald osv.. En eventuel opdeling af markedet i en række delmarkeder for de enkelte affaldsfraktioner har dog ingen indflydelse på den konkurrenceretlige vurdering i den konkrete sag".[24]

122. Ophørsaftalen vedrører de koncessionerede opgaver, det vil alene sige indsamling af husholdningsaffald, jf. beskrivelsen i punkt 15 ovenfor. Markedsstrukturen er i dag kendetegnet ved R98's eneret til at varetage disse opgaver. Kommunernes efterspørgsel af indsamling af husholdningsaffald er efterspørgsel af en tjenesteydelse, som ikke kan erstattes med andre tjenesteydelser, for eksempel indsamling af bygge- og anlægsaffald eller andet erhvervsaffald. Kommunerne har efter miljølovgivningen pligt til at indsamle husholdningsaffald - enten ved egne foranstaltninger eller ved hjælp af tredjemand. Når R98's eneret ophører, og opgaverne sendes i udbud, vil Kommunerne fortsat efterspørge indsamling af husholdningsaffald. Der er således begrænset efterspørgselssubstitution.

123. For så vidt angår udbudssubstitution, skønner Konkurrencestyrelsen, at virksomheder, der i dag indsamler erhvervsaffald, uden større omkostninger eller risici også kan varetage indsamling af husholdningsaffald. Det er imidlertid R98's koncession, der holder dem ude fra dette marked. Ophørsaftalens afvikling af R98's eneret og den i perioden 2009-2011 gradvise konkurrenceudsættelse gennem EU-udbud vil sandsynligvis ændre på dette. På nuværende tidspunkt, hvor arbejdet med at implementere Ophørsaftalen og gennemføre udbudsrunderne ikke er fremskredent, kan der imidlertid kun forventes en reaktion fra andre udbydere af affaldsindsamling på mellemlangt sigt.

124. Konkurrencestyrelsen anser den kommende konkurrenceudsættelse af opgaverne med indsamling af husholdningsaffald som potentiel konkurrence snarere end egentlig udbudssubstitution. Potentiel konkurrence tages ikke i betragtning ved afgrænsningen af det relevante marked[25].

125. Det relevante produktmarked vurderes derfor at kunne afgrænses til indsamling af husholdningsaffald. En opdeling i fraktioner eller delmarkeder kan stå åben, fordi det som nævnt ikke er afgørende for den konkurrenceretlige vurdering af Ophørsaftalen.

Geografiske marked

126. Det geografiske marked er det område, hvor de involverede virksomheder afsætter eller efterspørger deres produkter eller tjenesteydelser. Området skal have tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, og det skal være muligt at skelne området fra tilstødende områder.

127. I sagen om affaldsindsamling i Århus kommune fandt Konkurrencerådet, at det geografiske marked var Århus kommune. Rådet fandt dog ikke anledning til at foretage en eksakt afgrænsning[26].

128. Ophørsaftalen vedrører kun opgaver, der varetages inden for Kommunerne, og hvor markedsstrukturen i dag er kendetegnet ved R98's monopol. Såvel i dag som efter enerettens ophør efterspørges der indsamling af husholdningsaffald inden for Kommunernes grænser, og denne efterspørgsel kan ikke substitueres med indsamling i andre kommuner.

129. I dag kan udbud af indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne ikke substitueres på grund af R98's nuværende eneret. Til illustration af den manglende udbudssubstitution kan henvises til Miljøstyrelsens Miljøprojekt Nr. 963 2004 om konkurrence på markederne for genanvendelse af affald[27]. Her anføres på side 35 om indsamling af returpapir- og pap fra husholdninger:

"Der eksisterer et stort antal relevante geografiske markeder for indsamling af returpapir og -pap fra husholdninger. Vi vurderer, at der er ét marked for hvert geografisk område, hvor der er organiseret en separat indsamling enten i kommunen eller i en gruppe af kommuner tilknyttet for eksempel et fælleskommunalt selskab. Markederne er separate, da kommunen (eller det fælleskommunale selskab) som udgangspunkt har eneret på indsamling af papir inden for indsamlingsområdet".

130. Ophørsaftalens afvikling af R98's eneret og den i perioden 2009-2011 gradvise konkurrenceudsættelse gennem EU-udbud vil sandsynligvis ændre på udbudssubstitutionen. Afhængigt af øvrige markedsbarriere kan det på nuværende tidspunkt ikke udelukkes, at der via gennemførelsen af EU-udbud sågar kan opstå et bredere geografisk marked end det danske[28]. Som anført ovenfor om produktmarkedet kan der imidlertid kun forventes en reaktion fra andre udbydere af affaldsindsamling på mellemlangt sigt. Den kommende konkurrenceudsættelse af opgaverne med indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne er derfor snarere potentiel konkurrence end egentlig udbudssubstitution.

131. Det relevante geografiske marked vurderes på denne baggrund som minimum at kunne afgrænses til Kommunerne (det vil sige Københavns og Frederiksberg kommuner). Det kan ikke udelukkes, at det geografiske marked er større, men en nærmere afgrænsning kan som anført ovenfor stå åben.

Samhandelspåvirkning

132. Det er nødvendigt at fastslå, om Ophørsaftalen alene skal vurderes efter konkurrenceloven eller efter både konkurrenceloven og EU's konkurrenceregler. EU's konkurrenceregler finder anvendelse, hvor aftaler som helhed er egnet til mærkbart - direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt - at påvirke samhandelen mellem EU's medlemsstater.

133. Parterne anfører i anmeldelsen, at Ophørsaftalen efter deres opfattelse ikke mærkbart vil påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Til støtte herfor bemærker Parterne, at det er usandsynligt, at samhandelen vil udvikle sig anderledes som en konsekvens af Ophørsaftalen.

134. Parterne henviser blandt andet til, at affald skal bortskaffes så tæt på kilden som muligt, og at dette vanskeliggør affaldsbortskaffelse på tværs af landegrænser. Blandt andet som følge af dette har udenlandske transportører og affaldsvirksomheder ifølge Parterne valgt at etablere sig lokalt i Danmark. Som eksempel nævner Parterne svenske Ragn-Sells, der er til stede i Danmark gennem Ragn-Sells Danmark A/S[29]. Ragn-Sells Danmark A/S samarbejder blandt andet med Sydsjællandske kommuner om indsamling af dagrenovation og andre kommunale affaldsopgaver.

135. Til spørgsmålet om samhandelspåvirkning bemærker Konkurrencestyrelsen følgende. En vurdering af samhandelspåvirkningen er uafhængig af det relevante geografiske marked. Samhandelen påvirkes, hvis den med tilstrækkelig sandsynlighed må antages at ville udvikle sig anderledes med den pågældende aftale, end det ville have været tilfældet uden aftalen. Denne vurdering foretages på grundlag af objektive faktorer. Samhandel skal forstås bredt og omfatter enhver form for grænseoverskridende økonomisk virksomhed, herunder også etablering af virksomhed[30].

136. Spørgsmålet om samhandelspåvirkning er et spørgsmål om jurisdiktion. Bedømmelsen af samhandelspåvirkningen er derfor uafhængig af, hvorvidt der foreligger en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Ikke-konkurrencebegrænsende aftaler kan også påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, for eksempel hvor en aftale vil føre til en stigning i samhandelen[31].

137. For at EU's konkurrenceregler finder anvendelse, kræves det dog, at samhandelspåvirkningen er af en vis størrelse[32]. Kommissionen har blandt andet opstillet en gendrivelig negativ formodning for, hvornår en aftale i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart (den såkaldte NAAT-regel[33]). For vertikale aftaler som Ophørsaftalen gælder denne formodning, når

- Parterne ikke på nogen af de relevante markeder inden for EU har en samlet markedsandel på over 5 pct., og
- Leverandøren af de varer og tjenester, der er omfattet af aftalen, ikke har en samlet årlig omsætning inden for EU på over 40 mio. euro[34]. I sager, der involverer aftaler indgået mellem en køber og flere leverandører, er den relevante omsætning køberens samlede indkøb af de af aftalerne omfattede varer og tjenester.

138. Det kan anføres, at Ophørsaftalen har samhandelspåvirkning, allerede fordi Parterne i anmeldelsen af Ophørsaftalen opgør R98's markedsandel for indsamling af husholdningsaffald i Danmark til [> 5] pct. Endvidere overstiger R98's årlige nettoomsætning på kr. 347 mio. i det forrige regnskabsår (2005)[35] NAAT-reglens beløbsgrænse. NAAT-reglen er som nævnt blot en formodningsregel, og reglen skal suppleres med en konkret vurdering[36].

139. De koncessionerede opgaver udgør et ikke ubetydeligt marked i forhold til det samlede danske marked for indsamling af husholdningsaffald, i alt 9,7 pct. (308.000 tons ud af 3.164.000 tons, jf. de offentligt tilgængelige oplysninger i punkt 57-58 ovenfor). Der er tale om et koncentreret marked med et højt antal affaldsproducenter på et mindre geografisk område. De 600.000 affaldsproducenter i Kommunerne overstiger for eksempel indbyggerantallet i Luxembourg (0,5 mio.)[37]. Ophørsaftalen fjerner en afgørende afskærmning til dette marked, idet Ophørsaftalen afvikler R98's eneret. Det kan ikke udelukkes, at dette vil medføre øget grænseoverskridende økonomisk aktivitet, for eksempel i form af etablering.

140. I forlængelse heraf bemærker Konkurrencestyrelsen for det første, at Kommunerne ligger i et grænseområde, og at tjenesteydere fra begge sider af Øresund kan være interesseret i at byde[38]. For det andet har danske virksomheder, der er aktive inden for affaldssektoren, etableret afdelinger i andre medlemsstater. Udover RGS 90 A/S varetager Marius Pedersen A/S affaldsopgaver i både Tjekkiet og Slovakiet[39]. Konkurrencestyrelsen henviser også til det svenske selskab Ragn-Sells' danske datterselskab, jf. ovenfor.

141. Ifølge Ophørsaftalen er det hensigten at konkurrenceudsætte affaldsindsamlingen gennem afholdelse af EU-udbud, jf. § 2.1.1. Det er gennem EU-udbud, at lige konkurrence i fællesskabet sikres, og EU-udbud bidrager til at opfylde EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og fri etableringsret. EU's udbudsregler bestemmer, at der skal offentliggøres udbudsbekendtgørelser, som "skal gøre det muligt for Fællesskabets økonomiske aktører at vurdere, om de udbudte indkøb er af interesse for dem"[40].

142. Konkurrenceudsættelse gennem afholdelse af EU-udbud er et udtryk for, at de udbudte opgaver er af en sådan art eller af et sådant omfang, at de kan have interesse for virksomheder i andre medlemsstater. Konkurrenceudsættelse af de koncessionerede opgaver gennem EU-udbud kan efter Konkurrencestyrelsens opfattelse derfor også tyde på, at samhandelen kan blive påvirket[41].

143. Sammenfattende er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Ophørsaftalen kan have en mærkbar samhandelspåvirkning. Ophørsaftalen kan med tilstrækkelig sandsynlighed øge samhandelen mellem medlemsstaterne, særligt i form af udenlandske selskabers etablering på det danske marked. EU's konkurrenceregler skal derfor anvendes sammen med konkurrencelovens bestemmelser ved vurderingen af Ophørsaftalen.

Forholdet til EU's konkurrenceregler og konkurrenceloven

144. Konkurrencestyrelsen bemærker, at Ophørsaftalen er indgået mellem 'virksomheder' i konkurrencerettens forstand. Ophørsaftalen vedrører økonomisk aktivitet i form af Kommunernes efterspørgsel af tjenesteydelser på et marked, jf. EF-traktaten artikel 81(1) og konkurrencelovens § 2, stk. 1. Endvidere er Ophørsaftalen en aftale omfattet af det konkurrenceretlige aftalebegreb, jf. EF-traktaten artikel 81(1) og konkurrencelovens § 6. Der er ikke tale om en aftale inden for samme virksomhed eller koncern, jf. konkurrencelovens § 5, stk. 1[42].

145. I kraft af koncessionen har R98 ved Ophørsaftalens indgåelse og anmeldelse til Konkurrencestyrelsen en andel af markedet for indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne på 100 pct. På denne baggrund finder Bagatelmeddelelsen[43] og gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler ikke anvendelse[44]. Parterne kan videre ikke påberåbe sig konkurrencelovens § 7, idet denne bestemmelses bagatelgrænser er overskredet.

146. Ophørsaftalen er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordninger, og Parterne har ikke gjort gældende, at Ophørsaftalen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

147. Sammenfattende er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Ophørsaftalen kan vurderes efter EU's konkurrenceregler og efter konkurrenceloven.

Artikel 81(1) og konkurrencelovens § 6

Sagen om Århus kommune

148. Nærværende sag om R98 minder om en sag om affaldsindsamling i Århus kommune, hvor Konkurrencerådet traf afgørelse i 2000[45]. I sagen om Århus kommune vurderede Konkurrencerådet, at den gradvise udfasning af en koncession til indsamling af affald i perioden 2001-2006 udgjorde en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1. Eneretten var oprindeligt gældende frem til 2014. Rådet fandt, at den fortsatte, delvise eneret frem til 2006 var omfattet af konkurrencelovens forbudsbestemmelse i § 6, stk. 1. Rådet udtalte, at

"[renovationselskabet] vil således helt frem til 2006 have enerettigheder på indsamling af dagrenovation i visse områder af Århus Kommune, uden der forinden har fundet en markedsprøvning sted i form af udbud. [renovationselskabets] fortsatte enerettigheder er en konkurrencebegrænsning"[46].

149. Samtidig fandt Konkurrencerådet dog også, at aftalekomplekset om den gradvise udfasning af eneretten opfyldte de fire betingelser for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1. Til støtte for at meddele fritagelse lagde rådet blandt andet vægt på, at

"det nye aftalekompleks anses for at være konkurrencefremmende på markedet for affaldsindsamling"[47], at

"det [er] hensigtsmæssigt, at markedet udbydes i etaper, hvorved man må forvente, at der kan skabes et reelt marked, hvor også mindre selskaber vil deltage med bud"[48], og at

"[s]agens parter forventer, at aftalen vil betyde en nedsættelse af prisen for afhentning af affald i kommunen"[49].

150. I forlængelse af det sidste citat ovenfor bemærker Konkurrencestyrelsen, at udbud af dagrenovation i Århus kommune har medført, at den del af renovationsgebyret, der vedrører indsamling, for et typisk parcelhus i perioden 2002-2006 er faldet fra kr. 834 til kr. 475. Det er ifølge Århus kommune sket, uden at serviceniveauet er forringet[50].

Vurdering af Ophørsaftalen

151. Et mål med konkurrencepolitikken er effektiv ressourceanvendelse til gavn for forbrugerne. Konkurrencen skal sikre, at forbrugerne kan vælge varer og tjenesteydelser af høj kvalitet i forhold til prisen. EF-traktatens artikel 81(1) og konkurrencelovens § 6 sikrer opfyldelsen af dette mål ved at forbyde konkurrencebegrænsende aftaler[51]. Visse konkurrencebegrænsende aftaler kan dog også have positive økonomiske virkninger i form af effektivitetsgevinster. Sådanne aftaler kan efter EF-traktatens artikel 81(3) og konkurrencelovens § 8 fritages fra forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, hvis fire kumulative betingelser er opfyldt.

152. Ikke-konkurrencebegrænsende aftaler omfattes ikke af forbudet i EF-traktatens artikel 81(1) og konkurrencelovens § 6. Sådanne aftaler skal derfor heller ikke vurderes efter artikel 81(3) eller konkurrencelovens § 8[52].

153. I sagen om Århus kommune fandt Konkurrencerådet som nævnt, at den anmeldte aftale var omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Men rådet kunne fritage aftalen efter undtagelsesreglen i konkurrencelovens § 8, således at aftalen alligevel var gyldig.

154. Siden Konkurrencerådets afgørelse i sagen om Århus kommune har blandt andet praksis fra fællesskabets domstole og retningslinjer fra Kommissionen nærmere uddybet, hvornår der foreligger en konkurrencebegrænsning. Disse retskilder uddyber forholdet mellem artikel 81(1) henholdsvis konkurrencelovens § 6 på den ene side og artikel 81(3) henholdsvis konkurrencelovens § 8 på den anden side. Uanset systematikken i sagen om Århus kommune skal det i det følgende derfor først undersøges, om Ophørsaftalen i det hele taget begrænser konkurrencen. Kun hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, skal det undersøges, om Ophørsaftalen opfylder de fire betingelser for fritagelse fra forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. artikel 81(3) og § 8.

155. Konkurrencestyrelsen bemærker, at der ikke kan gives ikke-indgrebserklæring eller fritagelse efter EF-traktatens artikel 81(1) og artikel 81(3). Aftaler, som ikke omfattes af artikel 81(1) eller som opfylder betingelserne i artikel 81(3), er ikke forbudt, uden at det er nødvendigt at træffe beslutning herom[53]. Videre følger det af konkurrencelovens §§ 8, stk. 5, og 9, stk. 2, at Konkurrencerådet kan undlade at behandle en anmeldelse om fritagelse eller ikke-indgreb, hvis aftalen har mærkbar samhandelspåvirkning.

Begrænsning af konkurrencen

156. Indledningsvist bemærker Konkurrencestyrelsen, at koncessionens ophør som udgangspunkt medfører, at alle aktiver og forpligtelser, der er omfattet af de koncessionsbelagte aktiviteter, overtages af Kommunerne (koncessionsgiverne). I praksis er det imidlertid nødvendigt at foretage en form for bodeling, idet en række aktiviteter af historiske årsager er vanskelige at adskille fra R98-koncernens øvrige virke. Bodelingen er særlig vanskelig at foretage i overgangsperioden frem til koncessionens endelige ophør i 2011. Det skyldes blandt andet, at de koncessionerede opgaver, som R98 indtil videre beholder, fortsat vil være underlagt hvile-i-sig-selv princippet, hvorimod andre af R98-koncernens opgaver udføres på et konkurrenceudsat marked.

157. Som eksempler på elementer i Ophørsaftalen, hvor bodelingen spiller en rolle, kan nævnes R98's frikøb af bil- og beholderværksted og udlejning af arealer på R98's anlæg. Endvidere kan nævnes Parternes fortsatte samarbejde samt forholdet mellem R98 og selskabets datterselskaber, herunder Renoflex. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at bodelingen og den praktiske afvikling af koncessionen skal ske på markedsmæssige vilkår, således at det undgås, at konkurrencen forvrides.

158. Parterne er i Ophørsaftalen enedes om en førtidig og frivillig afvikling af R98's eneret. Koncessionen er ifølge Ophørsaftalen endeligt udfaset knap ni år før, at den skal ophøre ifølge den gældende aftale i R98's vedtægter, jf. vedtægternes § 22. Afviklingstempoet på cirka fem år behandles nærmere nedenfor, men den førtidige afvikling af koncessionen og den hermed forbundne førtidige konkurrenceudsættelse af affaldsindsamlingsopgaverne betyder i sig selv, at Ophørsaftalen efter Konkurrencestyrelsens opfattelse ikke har til *formål* at begrænse konkurrencen. Det gælder derfor ikke en formodning for, at Ophørsaftalen omfattes af forbudet i EF-traktatens artikel 81(1) og konkurrenceovens § 6[54]. Det skal derimod i det følgende vurderes, hvorvidt Ophørsaftalen har til *følge* at begrænse konkurrencen.

159. I afvejningen af, hvorvidt en aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, vurderes dens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng aftalens parter indgår i, de tjenesteydelser, aftalen omfatter, samt hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer[55]. I Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3) (herefter Retningslinjerne[56]) anføres i punkt 24:

"For at en aftale kan anses for at have konkurrencebegrænsende virkning, skal den påvirke den faktiske eller den potentielle konkurrence i en sådan grad, at det med rimelig grad af sandsynlighed kan ventes at få en negativ virkning for priser, produktion, innovation, variation i udbud eller produktkvalitet på det relevante marked. Disse negative virkninger skal være mærkbare".

160. Endvidere er i Retningslinjernes punkt 17 anført:

"Vurderingen af, om en aftale er konkurrencebegrænsende, må foretages ud fra den konkrete kontekst, dvs. ud fra hvordan konkurrencen ville forme sig, hvis aftalen med dens påståede konkurrencebegrænsninger ikke havde fandtes".

161. Fra nyere praksis kan nævnes Retten i Første Instans' dom i sagen O2 (Germany) mod Kommissionen[57]. Sagen vedrørte anmeldelsen af en rammeaftale mellem teleselskaberne O2 og T-Mobile om blandt andet indenlandsk roaming i Tyskland. Kommissionen fandt, at roamingaftalen begrænsede konkurrencen, blandt andet fordi den operatør, der benytter sig af roaming, bliver afhængig af fremmednetoperatøren[58]. Kommissionen fandt imidlertid, at aftalen kunne opnå fritagelse efter artikel 81(3)[59].

162. Retten fandt, at Kommissionens beslutning om at meddele fritagelse var behæftet med en analysemangel af, hvorvidt der i det hele taget forelå en konkurrencebegrænsning. Beslutningen indeholdt ifølge Retten ikke

"en objektiv drøftelse af konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes, hvilket fordrejer bedømmelsen af aftalens faktiske og potentielle virkning på konkurrencen, og for så vidt som den [beslutningen] konkret ikke, i sammenhæng med det pågældende opståede marked, beviser, at aftalens bestemmelser vedrørende roamingen har konkurrencebegrænsende virkninger".[60].

163. Blandt andet fandt Retten, at det ikke kunne udelukkes, at roamingaftalen i stedet for at begrænse konkurrencen tværtimod gav mulighed for, at den mindste operatør kunne konkurrere med de centrale aktører. Retten anerkendte, at Kommissionen havde taget dette forhold i betragtning ved meddelelsen af fritagelsen. Men denne sammenhæng mellem aftalen og konkurrencen skulle der ifølge Retten have været taget højde for inden for rammerne af artikel 81(1)[61].

164. Konkurrencestyrelsen finder, at Ophørsaftalen i analysen efter artikel 81(1) og konkurrencelovens § 6 skal vurderes i lyset af, at den udfaser et monopol. Som allerede anført færdigimplementerer Ophørsaftalen monopolets udfasning knap ni år før, at koncessionen skulle ophøre endeligt ifølge § 22 i R98's vedtægter.

165. I sammenligningen med hvordan konkurrencen vil forme sig uden Ophørsaftalen, kan der efter Konkurrencestyrelsens opfattelse ikke ses bort fra den nugældende koncession og dens udstrækning frem til og med marts 2020. Den nugældende koncession begrænser efter Konkurrencestyrelsens opfattelse konkurrencen på markedet for indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne.

166. Ophørsaftalen er imidlertid et udtryk for Parternes frivillige åbning af markedet for konkurrence, en åbning der er endeligt implementeret i 2011. Efter 2011 eksisterer koncessionen ikke længere. I det lys kan Ophørsaftalen som udgangspunkt være positiv for konkurrencen, idet Ophørsaftalen således afskaffer koncessionen og giver R98's konkurrenter adgang til markedet før 2020.

167. Konkurrencestyrelsen finder endvidere ikke, at man i sin vurdering af Ophørsaftalen kan inddrage muligheden for indførelse af konkurrence gennem en tilsidesættelse af koncessionen ved påbud, før miljøministeren har afgjort, hvorvidt koncessionen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

168. På dette grundlag vurderer Konkurrencestyrelsen, at Ophørsaftalen i forhold til den nugældende koncession kan have gavnlige virkninger for konkurrencen. Ophørsaftalen må med rimelig grad af sandsynlighed ventes at få positive virkninger for priser (affaldsgebyrer) og variation i udbudet af tjenesteydelser. Erfaringerne fra Århus kommune viser, at konkurrenceudsættelsen bidrager til samme service for lavere priser, jf. ovenfor.

169. Det anses ligeledes at være en fordel for konkurrencen, at konkurrenceudsættelsen af de koncessionerede opgaver varsles i god tid og, for så vidt angår den største af Kommunerne (København) vil omfatte mindre geografiske distrikter, jf. også præmis 57 i afgørelsen om Århus kommune. Som anført ovenfor i punkt 62 er der for eksempel et betydeligt antal mindre virksomheder, der er aktive på markedet for affaldsindsamling, og som kunne være potentielle bydere på de koncessionerede opgaver. Det vil være positivt for etableringen af et reelt og velfungerende marked for indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne, hvis mindre virksomheder også har mulighed for at deltage med bud på opgaverne.

170. Konkurrencestyrelsen vurderer, at mindre virksomheder kan få vanskeligt ved at løfte de koncessionerede opgaver, hvis disse udbydes i store geografiske områder eller med kort varsel. Der er risiko for, at udbud af alle de koncessionerede opgaver på én gang eller i løbet af de næste få år udelukkes vil give Renoflex, Marius Pedersen A/S og lignende store selskaber en realistisk lejlighed for at byde på de offentlige kontrakter. En markedsstruktur med få virksomheder og høj koncentration giver mulighed for opnåelse af stor markedsstyrke. Det kan medføre risiko for konkurrenceproblemer.

171. Det kan i realiteten ikke udelukkes, at indsamling af husholdningsaffald i Kommunerne efter koncessionens ophør alene bliver varetaget af en række store selskaber. Men konkurrenceudsættelsen og udbud af opgaverne bør arrangeres med henblik på, at mindre virksomheder ikke automatisk er udelukket fra at byde på opgaverne. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Parternes tilrettelæggelse af den etapevise konkurrenceudsættelse giver små og mellemstore virksomheder en realistisk mulighed for at byde på opgaverne.

Ophørsaftalens vilkår

172. I analysen under artikel 81(1) og konkurrencelovens § 6 skal det også undersøges, om der er vilkår i Ophørsaftalen, der begrænser den faktiske eller potentielle konkurrence. Hvis det er tilfældet, skal det undersøges, hvorvidt de pågældende begrænsninger er nødvendige for Ophørsaftalens eksistens. Sådanne accessoriske konkurrencebegrænsninger kan som udgangspunkt accepteres, fordi en ellers ikke-konkurrencebegrænsende hovedtransaktion måske ikke var blevet indgået uden disse bestemte begrænsninger[62].

Ad Kommunernes overtagelse af koncessionsopgaverne

173. Ifølge Ophørsaftalens §§ 2.1-2.5 har Parterne mindre end tre år fra dato til at forberede Kommunernes overtagelse af de koncessionerede opgaver samt efterfølgende to år til at fuldføre overtagelsen. Den 1. maj 2011 er koncessionen endeligt ophørt.

174. I afgørelsen af 21. juni 2000 om indsamling af husholdningsaffald i Århus kommune anførte Konkurrencerådet som allerede nævnt, at

”48. [d]en nye aftale betyder, at [renovationsselskabet] fortsat har enerettigheder på indsamling af dagrenovation indtil dette bliver udbudt. Afviklingen vil ske trinvis og seneste afvikling planlægges med udgangen af år 2006, dog med mulighed for udsættelse helt frem til udgangen af år 2008.

49. [Renovationsselskabet] vil således helt frem til år 2006 have enerettigheder på indsamling af dagrenovation i visse områder af Århus Kommune, uden der forinden har fundet en markedsprøvning sted i form af udbud.

50. Konkurrencestyrelsen vurderer derfor, at [renovationsselskabets] fortsatte enerettigheder er en konkurrencebegrænsning og således omfattet af konkurrencelovens forbudsbestemmelser”.

175. Det er på nuværende tidspunkt ikke afgjort, hvorvidt koncessionens varighed er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. bemærkningerne ovenfor. Konkurrencestyrelsen kan derfor ikke uden videre lægge til grund, at koncessionen kan tilsidesættes med et påbud. I det lys kan der argumenteres for, at afviklingsperiodens længde ikke er konkurrencebegrænsende.

176. Selv hvis man som i sagen om Århus kommune argumenterer for, at R98's fortsatte, om end tidsbegrænsede, eneret til indsamling i visse områder af Kommunerne udelukker en markedsprøvning i form af udbud og derfor er en konkurrencebegrænsning, finder Konkurrencestyrelsen, at der i givet fald er tale om en accessorisk begrænsning, som har en direkte forbindelse med og er nødvendig for implementeringen af den ikke-konkurrencebegrænsende Ophørsaftale. I betragtning af de betydelige mængder affald, der indsamles i Kommunerne, vil en hensigtsmæssig afvikling af koncessionen blive vanskelig, måske umulig, uden trinvis udfasning. Og det er naturligt, at overgangsordningen både omfatter en fase til at forberede koncessionens ophør og udarbejde de første udbudsbekendtgørelser (2007-2008) samt en fase til konkurrenceudsættelse af de koncessionerede opgaver (2009-2011).

177. Videre finder Konkurrencestyrelsen, at længden af den gradvise afvikling af koncessionen er rimelig (proportional). For det første skal der gives Kommunerne tid til at forberede tilbagetagelsen af de koncessionerede opgaver og udarbejdelse af de første udbudsbekendtgørelser. Som anført ovenfor er der tale om markeder for affaldsindsamling af en betydelig størrelse, og konkurrenceudsættelsen har direkte betydning for R98's mere end 500 medarbejdere. For det andet har Kommunerne overtaget hovedparten af de koncessionerede opgaver, herunder næsten alle opgaver i Frederiksberg kommune, den 1. maj 2010. Der er mindre end fire år til denne dato. Således er det kun en mindre del af opgaverne, der først konkurrenceudsættes ved koncessionens endelig ophør i 2011.

178. I forlængelse heraf er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at der må overlades Parterne en vis frihed til selv at vurdere, i hvilket tempo koncessionen bedst kan afvikles. I den foreliggende sag mener Konkurrencestyrelsen ikke, at der er grundlag for at gribe ind med anmodning om justering af afviklingens længde. Konkurrencestyrelsen henviser også til de ovenfor anførte betragtninger om, at den etapevise konkurrenceudsættelse giver små og mellemstore virksomheder en realistisk mulighed for at byde på opgaverne.

179. På denne baggrund vurderer Konkurrencestyrelsen, at længden af koncessionens gradvise afvikling i perioden frem til den 1. maj 2011 ikke omfattes af forbudet i konkurrencelovens § 6 mod konkurrencebegrænsende aftaler, og at der ikke er grundlag for en nærmere undersøgelse efter EF-traktatens artikel 81(1).

Ad Kommunernes ret til at forlange fremrykning af overtagelsen af opgaver

180. Efter Ophørsaftalens § 2.10 kan Kommunerne som nævnt forlange fremrykning af overtagelsen af de koncessionerede opgaver, hvis prisen for R98's udførelse af opgaver afviger med mere end 5 pct. fra gennemsnittet af de tre økonomisk mest fordelagtige tilbud, der indkommer ved gennemførelsen af udbud. Det er usikkert i hvilket omfang, fremrykning i realiteten kan lade sig gøre.

181. Hvis Kommunerne forlanger fremrykning, betyder det i praksis, at R98 er dyrere end konkurrenterne. Det kan diskuteres, om R98 hermed får et kendskab til konkurrenternes prisniveau, som giver R98 en fordel i senere udbudsrunder. Dette er efter Konkurrencestyrelsens opfattelse ikke tilfældet. R98 har ikke krav på indsigt m.v. i de indkomne bud, men vil få en begrundelse i stil med den meddelelse, som forbigående tilbudsgivere normalt er berettiget til ifølge artikel 41 i direktiv 2004/18/EF, jf. punkt 79 ovenfor. Hertil kommer, at der er tale om et gennemsnit af tre bud, hvilket gør det vanskeligt for R98 at vurdere, hvem der har budt hvad, og i hvilket prisleje konkurrenternes bud har ligget.

Ad Kommunernes adgang til anvendelse af R98's anlæg

182. Til Ophørsaftalens bestemmelser i §§ 2.8.1-2.8.3 bemærker Konkurrencestyrelsen følgende. Som nævnt ovenfor er det i Ophørsaftalens § 2.8.1 bestemt, at udlejning af arealer til Kommunerne skal ske på markedsvilkår. Hvis det bliver aktuelt, at

R98 udlejer arealer til andre end Kommunerne (tredjemand), jf. Ophørsaftalens § 2.8.3, skal dette efter Konkurrencestyrelsens opfattelse ligeledes ske på markedsvilkår, selvom dette ikke er nævnt i Ophørsaftalen. Tredjemand kan for eksempel være et eller flere af R98's concernforbundne selskaber, herunder Renoflex.

183. Det er uafklaret, om Kommunerne vil leje arealer på R98's anlæg, og der foreligger ikke endeligt udkast til lejekontrakt mellem Kommunerne og R98. Det er ligeledes uafklaret, om R98 vil udleje arealer til tredjemand, og der foreligger ikke et udkast til lejekontrakt. Det er hermed ikke tale om forhold, som Konkurrencestyrelsen ved en eventuel erklæring efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, har kendskab til. På denne baggrund kan en eventuel ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, meddeles under forudsætning af, at konkurrencemyndighederne af egen drift eller på baggrund af en klage kan undersøge, om R98's udlejning af arealer til Kommunerne eller tredjemand sker i overensstemmelse med konkurrencereglerne[63].

Ad Informationssystemer og data

184. På det foreliggende grundlag vurderer Konkurrencestyrelsen, at Ophørsaftalens bestemmelse om brugs- og ejendomsret til it-systemerne er indgået på sædvanlige vilkår. Det er naturligt, at bodelingen i forbindelse med koncessionens ophør også omfatter it-systemer forbundet med driften. Og Konkurrencestyrelsen lægger blandt andet vægt på, at det udtrykkeligt er anført i Ophørsaftalen, at R98's vederlag til Kommunerne for optionen skal være markedsmæssigt.

185. I det omfang vederlaget, som R98 skal betale til Kommunerne, ikke er markedsmæssigt, kan dette være i strid med reglerne om konkurrenceforvridende støtte ydet med offentlige midler. Som redegjort for i det følgende om R98's frikøb af bil- og beholderværksted omfatter en eventuel ikke-indgrebserklæring i forhold til den samlede Ophørsaftale ikke spørgsmål om eventuel støtte ydet med offentlige midler.

Ad R98's frikøb af dele af det rullende materiel

186. R98 har ret til at frikøbe bil- og beholderværkstedet, der er beliggende på R98's ejendomme på henholdsvis Kraftværksvej og Raffinaderivej, til de bogførte værdier. Det er spørgsmålet, om anvendelsen af de bogførte værdier indebærer, at R98 opnår en fordel eller en begunstigelse i strid med reglerne om støtte ydet ved hjælp af offentlige midler. Den bogførte værdi (også kaldet regnskabsmæssig værdi) er den værdi, et materielt anlægsaktiv er indregnet til i balancen og fremkommer som kostpris med tillæg af eventuelle opskrivninger og efter fradrag af eventuelle foretagne af- og nedskrivninger[64].

187. Konkurrencestyrelsen bemærker, at overdragelse af værkstederne skal ske på markedsmæssige vilkår. Værdiansættelse af værkstederne til bogført værdi betyder, at der ikke nødvendigvis er taget højde for aktivernes markedsværdi.

188. Som begrundelse for at anvende de bogførte værdier anfører Parterne, at prisen er fastsat efter indbyrdes forhandlinger. Videre har Parterne oplyst, at det under forhandlingerne var R98's opfattelse, at regnskabets værdiansættelse af værkstederne hviler på den forudsætning, at der kan findes andre kunder end Kommunerne, når koncessionen ophører. Viser det sig, at der ikke opstår et marked for reparation og vedligeholdelse af affaldsbeholdere, affaldskøretøjer m.v., eller at sådanne opgaver ikke tilfalder R98's værksteder, er det R98's opfattelse, at værkstedernes værdi kan være negativ. I forlængelse heraf oplyser R98, at der knytter sig medarbejderforpligtelser til en eventuel afvikling af værkstederne.

189. Kommunerne har oplyst, at en værdiansættelse af værkstederne i en uvildig vurdering afhænger af den fremtidige omsætning, som værkstederne kan generere under og efter koncessionens ophør. Kommunerne har vurderet, at der består en væsentlig risiko for, at værkstederne vil blive vurderet lavere end de bogførte værdier, og dermed lavere end den aftalte pris, med mindre Kommunerne påtager sig at kræve, at de vindende tilbudsgivere skal benytte værkstederne. En sådan binding har Kommunerne imidlertid ønsket at undgå.

190. Parterne har også anført, at værkstedsbygningerne tilhører R98. Hertil kommer, at Københavns kommune har en tinglyst tilbagekøbsret til den ene ejendom (Kraftværksvej). Med andre ord er det ifølge Parterne usikkert, om værkstederne vil have en værdi i fri handel for andre end R98 eller R98-koncernens selskaber (og måske Københavns kommune). Tredjemand skal i givet fald erhverve et værksted, der er beliggende på R98's, alternativt Københavns kommunes, ejendom.

191. Konkurrencestyrelsen har noteret, at Parterne ikke har ladet foretage en uvildig vurdering eller en værdiansættelse ud fra et princip om bedst mulige anvendelse. Det kan ikke udelukkes, at værkstederne, herunder i kombination med de arealer de ligger på, kan udnyttes til andre og mere profitable formål, end hvad der er anført af Parterne. På den anden side anerkender Konkurrencestyrelsen, at værdiansættelse af værkstederne ikke er en enkel proces. Videre bemærker Konkurrencestyrelsen, at i kraft af koncessionens delvise fortsættelse frem til 2011 og i kraft af R98's fortsatte forpligtelser, for eksempel med hensyn til vedligeholdelse af beholdermateriel, ligger en eventuel anden anvendelse af værkstederne og de arealer, som værkstederne ligger på, en ikke ubetydelige årrække ude i fremtiden.

192. En eventuel ikke-indgrebserklæring, jf. konkurrencelovens § 9, omfatter ikke spørgsmål om eventuel støtte ydet med offentlige midler. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at det er Parternes ansvar, at værdiansættelsen af værkstederne sker på markedsvilkår og ikke er i strid med reglerne om konkurrenceforvridende støtte med offentlige midler. Støtte ydet i strid med disse regler skal betales tilbage. I forlængelse heraf bemærker Konkurrencestyrelsen, at det alene er Kommissionen, der har kompetence til at afgøre spørgsmål omfattet af EF-traktatens statsstøtteregler, jf. artikel 87-89. For så vidt angår støtte med offentlige midler, som ikke omfattes af EF-traktatens bestemmelser, henvises til konkurrencelovens § 11 a. Konkurrencestyrelsen har ikke foretaget en vurdering efter § 11 a.

Ad Sammenlægning af visse administrative funktioner

193. Hvis Parterne udnytter denne mulighed, skal de i forbindelse med udbudet af de koncessionerede opgaver være opmærksomme på, at de sammenlagte funktioner ikke må give Renoflex en konkurrencefordel i form af et konkurrenceforvridende overskud af viden. Dette spørgsmål og adgangen for R98 og Renoflex til at deltage i udbud behandles nærmere nedenfor, jf. punkt 199 ff.

194. Endvidere lægges det til grund for indstillingen i nærværende notat, at samhandelen mellem R98 og Renoflex i overensstemmelse med konkurrencereglerne fortsat vil ske på markedsvilkår som mellem uafhængige parter, jf. også § 4, stk. 4, i R98's vedtægter. Det er i Ophørsaftalens § 6.4.1 udtrykkeligt anført, at ydelser skal leveres på markedsvilkår, dog maksimalt til en pris svarende til de med opgavernes udførelse forbundne omkostninger, jf. hvile-i-sig-selv princippet anvendelse på de koncessionerede opgaver. Det skal årligt sikres ved revisors påtegning, at disse vilkår overholdes.

Ad R98's organisering efter koncessionens ophør

195. Konkurrencestyrelsen har ingen bemærkninger til R98's aktiviteter som forum for drøftelse af affaldsbehandling og -bortskaffelse. Det kan overvejes, om Kommunernes eventuelle deltagelse i et sådant forum sammen med R98 samt Kommunernes eventuelle fortsatte deltagelse i R98's ledelse kan give anledning til habilitetsproblemer.

196. I perioden op til koncessionens endelige ophør i 2011 er R98 ifølge Ophørsaftalen afskåret fra at deltage i udbud. R98 vil derfor ikke konkurrere med andre aktører om kontrakter med Kommunerne. I givet fald vil eventuelle habilitetsproblemer derfor angå et samarbejde m.v. mellem Kommunerne og R98, når koncessionen er endeligt ophørt i 2011.

197. Kommunernes eventuelle deltagelse i affaldsforumet og i R98's ledelse efter koncessionens ophør er endnu ikke fastlagt. Det er alene muligheder, som Parterne ikke har taget endeligt stilling til endnu, og som af den årsag heller ikke er nærmere behandlet i Ophørsaftalen og Ophørsaftalens bilag. Det er således vanskeligt for Konkurrencestyrelsen på nuværende tidspunkt at inddrage forholdene i en konkurrenceretlig vurdering af Ophørsaftalen. Eventuelle habilitetsspørgsmål må afgøres konkret til den tid. Kommunernes mulige deltagelse i affaldsforumet og i R98's ledelse efter koncessionens ophør falder derfor ikke ind under de forhold, som Konkurrencestyrelsen ved en eventuel erklæring efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, har kendskab til.

198. På denne baggrund kan en eventuel ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, meddeles under forudsætning af, at konkurrencemyndighederne af egen drift eller på baggrund af en klage kan undersøge Kommunernes mulige deltagelse i affaldsforumet og i R98's ledelse efter koncessionens ophør i henhold til konkurrencereglerne [65]. Eventuel udstedelse af erklæring om ikke-indgreb efter konkurrencelovens § 9 omfatter heller ikke spørgsmål om tildeling af offentlige kontrakter gennem afholdelse af udbud.

Ad R98-gruppens adgang til deltagelse i udbud

199. Som anført afskærer Ophørsaftalen R98 fra at byde på de udbudte opgaver, så længe koncessionen stadig er i kraft. Omvendt kan et af R98's datterselskaber som udgangspunkt deltage i prækvalifikation og/eller udbud.

200. Konkurrence- og udbudsreglerne er som udgangspunkt to uafhængige regelsæt. Eventuel udstedelse af erklæring om ikke-indgreb efter konkurrencelovens § 9 omfatter ikke spørgsmål om tildeling af offentlige kontrakter gennem afholdelse af udbud. Imidlertid er det efter Konkurrencestyrelsens opfattelse konkurrenceretligt relevant, om Ophørsaftalen er i overensstemmelse med udbudsreglerne og de almindelige principper, som disse regler hviler på.

201. Ophørsaftalens §§ 9.1.1 og 9.1.2 rejser tre spørgsmål: For det første om R98 helt kan afskæres fra at deltage i udbud, så længe koncessionen stadig er i kraft. For det andet om R98 kan deltage i udbud efter den 1. maj 2011, hvor koncessionen endeligt er ophørt. For det tredje om R98's datterselskaber kan deltage i udbud, så længe koncessionen stadig er i kraft og efter koncessionens endelige ophør.

202. Konkurrencestyrelsen lægger til grund, at R98 i kraft af mange års udførelse af de koncessionerede opgaver har indsigt i Kommunernes virksomhed inden for affaldsområdet og i tekniske specifikationer, vilkår, krav m.v. Der kan derfor opstå et problem med habilitet, der strider mod lighedsprincippet. Kravet om ligebehandling gælder generelt i EU-retten, og kravet er yderligere konkretiseret i udbudsdirektiverne[66]. Kravet om ligebehandling indebærer, at den ordregivende myndighed skal sikre, at interesserede virksomheder på objektivet grundlag har lige muligheder for at komme i betragtning til de offentlige kontrakter.

R98's manglende ret til deltagelse i udbud mens koncessionen stadig er i kraft

203. En automatisk og ubetinget udelukkelse af virksomheder, der tidligere har fungeret som rådgivere m.v. for en ordregivende myndighed, eller af virksomheder, der tidligere har fungeret som leverandører m.v. af de udbudte opgaver, er som udgangspunkt ikke proportional. En sådan udelukkelse kan derfor være i strid med ligebehandlingsprincippet[67].

204. Konkurrencestyrelsen finder, at R98 og Kommunerne i et konkret tilfælde som det foreliggende lovligt kan aftale, at R98 er udelukket fra at deltage i Kommunernes udbud. Udelukkelsen af R98 er af begrænset varighed, og det er sagligt af parterne at lægge vægt på risikoen for krydssubsidiering[68].

R98's mulighed for at deltage i udbud når koncessionen er endeligt ophørt

205. R98 er som tidligere leverandør af ydelser til Kommunerne ikke ubetinget og automatisk inhabil i perioden efter koncessionens endelige ophør[69].

206. Konkurrencestyrelsen bemærker for det første, at R98 ifølge Ophørsaftalens § 9.1.1 ikke har adgang til at deltage i kommunernes forberedelse og gennemførelse af udbud af opgaver, som tilbagetages fra R98. Hermed mindskes risikoen for skræddersyede specifikationer i udbudsmaterialet. Ifølge Ophørsaftalen § 8.1.1 har R98 for det andet pligt til "loyalt og positivt" at medvirke til fremskaffelsen af de oplysninger, som er relevante for Kommunernes tilrettelæggelse og gennemførelse af udbud.

207. Det er imidlertid også af afgørende betydning, at Kommunerne sikrer, at alle interesserede på lige vilkår har adgang til den viden, der er nødvendig for at kunne komme i betragtning til de udbudte opgaver. Lige konkurrencevilkår blandt de bydende er bestemmende for at opfylde Ophørsaftalens intentioner om konkurrenceudsættelse af de koncessionerede opgaver. R98 har eller kan risikere at have et "informationsoverskud" og et historisk "særligt bånd" med Kommunerne[70]. Dette forspring skal være udlignet efter koncessionens endelige ophør for ikke at skade konkurrencen.

Datterselskabernes adgang til at deltage i prækvalifikation/udbud

208. Udgangspunktet må være, at når R98 ikke automatisk er udelukket fra at deltage i udbud efter koncessionens endelige ophør den 1. maj 2011, så er datterselskaberne heller ikke automatisk udelukket fra at deltage i udbudsrunder efter dette tidspunkt. Udgangspunktet gælder under den forudsætning, at Kommunerne sikrer, at alle interesserede har adgang til de nødvendige oplysninger på lige vilkår, jf. bemærkningerne umiddelbart ovenfor.

209. Så længe R98's koncession stadig er i kraft, det vil sige frem til den 1. maj 2011, må de konkurrencemæssige konsekvenser overvejes mere nøje. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at R98-koncernen som udgangspunkt skal anses som ét økonomisk interessefællesskab. Betydningen af de separate, juridiske enheder må ikke tillægges for megen vægt[71].

210. På den anden side forekommer det ikke proportionalt på forhånd automatisk og ubetinget at udelukke datterselskaberne fra at deltage i udbud, mens koncessionen stadig er i kraft[72]. Konkurrencestyrelsen bemærker, at udelukkelse kun bør ske efter en konkret vurdering. Det vil blandt andet være afgørende, at Kommunerne sikrer, at alle interesserede på lige vilkår har adgang til den viden, der er nødvendig for at kunne komme i betragtning til de udbudte opgaver, jf. ovenfor.

211. Parterne har anført, at formuleringen i Ophørsaftalens § 9.1.2 "såfremt EU's udbudsregler eller anden lovgivning ikke i øvrigt er til hinder herfor" sigter mod de anførte betænkeligheder ved datterselskabernes adgang til at deltage i udbud under koncessionens løbetid.

212. Samlet finder Konkurrencestyrelsen på det foreliggende grundlag, at Ophørsaftalens §§ 9.1.1. og 9.1.2 om udbud ikke strider mod de udbudsretlige regler og principper.

Konkurrencelovens § 9, stk. 1 og 2

213. Ifølge konkurrencelovens § 9, stk. 2, kan Konkurrencerådet undlade at behandle en anmeldelse om ikke-indgrebserklæring efter § 9, stk. 1, hvis aftalen mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne i EU. Det er ovenfor lagt til grund, at Ophørsaftalen kan påvirke samhandelen mærkbart.

214. Konkurrencelovens § 9, stk. 2, er udtrykkeligt formuleret således, at det er op til Konkurrencerådet at afgøre, om en anmeldelse skal behandles, jf. "kan". Hverken bestemmelsens ordlyd eller forarbejderne giver nærmere vejledning om, hvilke kriterier Konkurrencerådet kan lægge vægt på, når afgørelse om behandling af en anmeldelse skal træffes.

215. Konkurrencestyrelsen finder, at behandling af en anmeldelse om ikke-indgrebserklæring, hvor aftalen har mærkbar samhandelspåvirkning, må kræve særlige omstændigheder. Som blandt andet anført i konkurrencelovens forarbejder er Konkurrencerådets mulighed for at afvise en anmeldelse af en aftale med mærkbar samhandelspåvirkning "i overensstemmelse med tankerne bag gennemførelsesforordningen [forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002]" [73].

216. Der kan være tilfælde, hvor parterne i en aftale med samhandelspåvirkning kan have et særligt behov for at få afklaret deres retsstilling. I nærværende sag kræver udfasningen af R98's eneret og den gradvise konkurrenceudsættelse gennem EU-udbud en betydelig planlægning. Parterne skal blandt andet tage hensyn til R98's mere end 500 medarbejdere, der vil blive direkte berørt af koncessionens ophør.

217. På denne baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at Parterne har en tilstrækkelig interesse i en afklaring af deres retsstilling, inden arbejdet med koncessionens afvikling for alvor går i gang. Parternes anmeldelse efter konkurrencelovens § 9, stk. 1, findes derfor at kunne behandles.

Konklusion og afsluttende bemærkninger

218. Det konkluderes, at Ophørsaftalen, i den form som den er forelagt Konkurrencerådet, ikke begrænser konkurrencen. Det konkluderes videre, at Ophørsaftalen ikke indeholder vilkår, der udgør en unødvendig konkurrencebegrænsende foranstaltning. Der er derfor ikke grundlag for at foretage en nærmere undersøgelse efter EF-traktatens artikel 81(1) og konkurrencelovens § 6. Betingelserne for udstedelse af en erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9, stk. 1, er til stede.

219. Konkurrencestyrelsen forudsætter, at Kommunerne frem mod 2011 fortsætter og gennemfører den trinvis konkurrenceudsættelse af affaldsindsamlingsopgaverne gennem afholdelse af udbud.

220. Konkurrencestyrelsen understreger, at erklæringen om ikke-indgreb for Ophørsaftalen gives på baggrund af de oplysninger, som Konkurrencestyrelsen har kendskab til. Afviklingen af koncessionen vil i de kommende år resultere i aktiviteter, aftaler, adfærd m.v., som endnu ikke er fastlagt, eller som er nævnt i Ophørsaftalen, men som måske gennemføres i modificeret form. Det er på nuværende tidspunkt ikke muligt at foretage en fyldestgørende, konkurrenceretlig vurdering af disse aktiviteter, aftaler, adfærd m.v. Den meddelte ikke-indgrebserklæring omfatter derfor ikke disse aktiviteter, aftaler, adfærd m.v.

221. I forlængelse heraf understreger Konkurrencestyrelsen, at erklæringen om ikke-indgreb udtrykkeligt ikke omfatter vilkårene for Kommunernes eller tredjemands adgang til anvendelse af R98's anlæg, jf. Ophørsaftalens § 2.8, eller Kommunernes eventuelle deltagelse i affaldsforumet og i R98's ledelse efter koncessionens ophør, jf. Ophørsaftalens § 7, idet der ikke er tilstrækkelige oplysninger til at vurdere disse elementer af Ophørsaftalen.

222. Det er med andre ord Parternes ansvar, at Ophørsaftalens implementering og koncessionens afvikling sker i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

223. R98's fortsatte rådighed over infrastruktur, som vindende tilbudsgivere kan have brug for at benytte, må ikke hindre virksom konkurrence. Det drejer sig for eksempel om sugelanlæg og lifte m.v., jf. Ophørsaftalens §§ 4.2 og 4.3, samt de frikøbte beholder- og bilværksteder, jf. Ophørsaftalens § 5. R98 skal sikre, at adgang til at benytte infrastruktur sker på objektive og gennemsigtige markedsvilkår, hvor der ikke usagligt diskrimineres mellem tredjemand og koncernforbundne selskaber.

224. Konkurrencestyrelsen bemærker, at ikke-indgrebserklæringen ikke omfatter eventuel støtte ydet med offentlige midler eller tildeling af offentlige kontrakter gennem afholdelse af udbud. Det betyder blandt andet, at Konkurrencestyrelsen som ressortmyndighed for reglerne for tildeling af offentlige kontrakter kan behandle udbuddenes tilrettelæggelse og gennemførelse; enten af egen drift eller på baggrund af en klage. Konkurrencestyrelsen har ikke foretaget en vurdering af Ophørsaftalen efter konkurrencelovens § 11a.

225. Udstedelse af en erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9 er ikke bindende for Kommissionen eller EU-medlemsstaternes konkurrencemyndigheder.

-
- [1] Jf. lovbekendtgørelse nr. 652 af 16. juni 2006 om erhvervsdrivende fonde. Hvor intet andet er oplyst stammer oplysningerne om R98 og koncessionen fra anmeldelsen med bilag, virksomhedens hjemmeside (www.r98.dk) samt fra Basse, E.M., og Olsen, B.E., *Adskillelse af kommunernes myndigheds- og driftsherrerolle på affaldsområdet. Definition af myndigheds- og driftsopgaver iht. gældende ret*, Miljøprojekt Nr. 953 2004, punkt 9.6.1 (<http://www.mst.dk/>).
- [2] Se <http://www.renhold.dk/>.
- [3] Se <http://www.renoflex-gruppen.dk/>.
- [4] Se <http://www.rgs90.dk/>.
- [5] Lovbekendtgørelse nr. 753 af 25. august 2001 med senere ændringer. Miljøbeskyttelseslovens § 48 er også omtalt i markedsbeskrivelsen nedenfor.
- [6] Oplysningerne stammer fra <http://www.noegletal.dk/>, der er Indenrigs- og Sundhedsministeriets hjemmeside for de kommunale nøgletal (sidst besøgt den 15. august 2006).
- [7] Bekendtgørelse nr. 619 af 27. juni 2000 om affald med senere ændringer.
- [8] Kommunernes regulativer er vedtaget af henholdsvis Frederiksberg Kommunalbestyrelse og Københavns Borgerrepræsentation den 6. henholdsvis 9. december 1993 og tilgængelige på Kommunernes hjemmesider (<http://www.kk.dk%20og%20www.frederiksberg.dk/>).
- [9] Kommunernes regulativer er vedtaget af henholdsvis Frederiksberg Kommunalbestyrelse og Københavns Borgerrepræsentation den 25. maj 1998 henholdsvis 19. juni 1997 og tilgængelige på Kommunernes hjemmesider (<http://www.kk.dk%20og%20www.frederiksberg.dk/>).
- [10] Bestemmelsen i § 2, stk. 6 er – ligesom bekendtgørelse nr. 1010 – ophævet. Af bekendtgørelsens § 3, jf. § 3, nr. 2, fremgik det, at en regulering eller beslutning er undtaget fra anmeldelsespligten efter § 1, såfremt konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Det må antages at være denne bestemmelse, som Københavns kommune – henset til det foregående afsnit i kommunens brev – henviser til.
- [11] Se også Konkurrencestyrelsens Redegørelse om affaldssektoren, januar 1999, side 13.
- [12] Hvor ikke andet er anført stammer oplysningerne fra www.affaldsinfo.dk (sidst besøgt den 7. august 2006) og fra Konkurrencestyrelsens Redegørelse om affaldssektoren, januar 1999 (tilgængelig på Konkurrencestyrelsens hjemmeside www.ks.dk). Om kommunale indsamlings- og anvisningsordninger, se Pagh, P., *Affaldsregulering* side 114-131 i *Miljøretten III* (DJØF's Forlag 2001) (red. af Basse, E.M.).
- [13] <http://www.r98.dk/beretning?o=7f67f46fda9c72bcf69e243e6c7d6d53> (sidst besøgt den 17. august 2006). Tallene er for 2004.
- [14] Se figur på <http://www.affaldsinfo.dk/default.asp?side=2939> (sidst besøgt den 10. juli 2006). www.affaldsinfo.dk er Videncenter for Affalds hjemmeside.
- [15] Rapportens side 26. Rapporten er tilgængelig på Miljøstyrelsens hjemmeside (<http://www.mst.dk/>).
- [16] <http://www.affaldsinfo.dk/>.
- [17] Tabel 3 hos Christensen, J.G., *Affaldssektorens politiske organisering* (Danske Entreprenører, 2001), side 30-32.
- [18] For en fremstilling af affaldsgebyrer og affaldsafgifter, se Pagh, P., *Affaldsregulering* side 151-170 i *Miljøretten III* (DJØF's Forlag 2001) (red. af Basse, E.M.).
- [19] Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2000 i sagen om anmeldelse af aftalekompleks mellem Århus Renholdningsselskab og Århus kommune. Sagen omtales nærmere nedenfor.
- [20] Det rullende materiale omfatter aktiver og rettigheder m.v., som i dag tilhører R98, og som selskabet anvender ved udførelse af de koncessionerede opgaver, eksklusiv fast ejendom, jf. § 22, stk. 3, i R98's vedtægter (citeret ovenfor).
- [21] Jf. artikel 41 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- [22] Konkurrencestyrelsen henviser til proceduren i artikel 11(3) i Rådets forordning Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EF-tidende L 1/1, 4. januar 2003 (Gennemførelsesforordningen), samt punkt 17-18 i Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder, EU-tidende C 101/43, 27. april 2004. Indmeldelse i ECN er ikke sket i medfør af Gennemførelsesforordningen artikel 11(4), idet afgørelsen ikke kræver en overtrædelse bragt i ophør, accepterer tilsagn eller anvender en gruppefritagelsesforordning. Sagsfremstilling, beslutning m.v. er derfor ikke forelagt Kommissionen.
- [23] Trykt i EF-tidende C 372/5, 9. december 1997.
- [24] Punkt 39 i Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2000 om anmeldelse af aftalekompleks mellem Århus Renholdningsselskab og Århus kommune. Sagen er nærmere omtalt nedenfor. Til orientering vedrørte den anmeldte aftale om indsamling af affald i Århus kommune i modsætning til Ophørsaftalen også indsamling af erhvervsaffald.
- [25] Punkt 24 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, EF-tidende C 372/5, 9. december 1997.

- [26] Punkt 40 i Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2000 om anmeldelse af aftalekompleks mellem Århus Renholdningsselskab og Århus kommune. Sagen er nærmere omtalt nedenfor.
- [27] Miljøprojekt Nr. 963 2004 er tilgængelig på Miljøstyrelsens hjemmeside www.mst.dk. Miljøprojektet er udarbejdet af Copenhagen Economics ApS og Econet AS.
- [28] Se i samme retning Konkurrenceankenævnets kendelse af 28. januar 2005 i sagen Kirudan A/S mod Konkurrencerådet samt side 78 i Miljøprojekt nr. 963 2004.
- [29] Se <http://www.ragnsells.dk/>
- [30] Se for eksempel punkt 14, 19, 21-22, 25, 34 samt 86 og 89-92 i Kommissionens retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, EU-tidende C 101/81, 27. april 2004 (herefter Samhandelsmeddelelsen).
- [31] Se for eksempel punkt 16, 22, 27 og 34 i Samhandelsmeddelelsen.
- [32] Punkt 44 ff i Samhandelsmeddelelsen.
- [33] NAAT er et akronym for 'No Appreciable Affect on Trade'. Se punkt 50-52 i Samhandelsmeddelelsen.
- [34] Cirka kr. 304 mio. pr. medio september 2006.
- [35] Jf. Samhandelsmeddelelsens punkt 54.
- [36] Sammenhold med Samhandelsmeddelelsens punkt 51.
- [37] http://europa.eu/abc/keyfigures/sizeandpopulation/howmany/index_da.htm (sidst besøgt den 10. juli 2006). Det anførte befolkningstal er fra 2004. Sammenlign med punkt 127-131 i Generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse fremsat den 17. maj 2001 i sag C-475/99 (Ambulanz Glöckner), der vedrørte, hvornår et område udgør en væsentlig del af Fællesmarkedet, jf. EF-traktatens artikel 82.
- [38] Se i samme retning for at statuere mærkbar samhandelspåvirkning punkt 89 i Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2005 om lov om Københavns Frihavn, der dog vedrørte et trafikalt knudepunkt/en betydningsfuld havn, jf. i den sammenhæng f.eks. Fejø, J., EU-Konkurrenceret Almindelig Del (DJØF's Forlag, 2003) side 121.
- [39] <http://www.mariuspedersen.cz/> og <http://www.marius-pedersen.sk/> (der findes ikke en engelsksproget version af den slovenske hjemmeside) (sidst besøgt den 11. juli 2006).
- [40] Betragtning 36 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- [41] Sammenhængen mellem EU-udbud og samhandelspåvirkning er berørt i punkt 104-106 i Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2006 om DBC mediers eneretsaftaler.
- [42] Om aftaler mellem forbundne virksomheder i EU-retten, se for eksempel Hansen, K.L. m.fl., EU-konkurrenceretten (GadJura, 1998), side 46-48.
- [43] Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, EF-tidende C 368/13, 22. december 2001.
- [44] Kommissionens forordning Nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelsen af EF-traktatens artikel 81(3) på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, EF-tidende L 336/21, 29. december 1999, samt bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis med senere ændringer.
- [45] Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2000 i sagen om anmeldelse af aftalekompleks mellem Århus Renholdningsselskab og Århus kommune.
- [46] Ibid., punkt 49-50.
- [47] Ibid., punkt 56.
- [48] Ibid., punkt 57.
- [49] Ibid., punkt 61.
- [50] Se udateret pressemeddelelse fra Århus kommune: http://www.aarhuskommune.dk/view/organisation/nyhedsarkiv/nyheder_fra_2005/magistratens_5_afdeling/view_col2_pr_essemeddelelser_2005_magistratens_5_afdeling.?_page=nyhed/1871357 (sidst besøgt den 5. juli 2006).
- [51] Konkurrencebegrænsning anvendes som en fælles betegnelse for "hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen", jf. EF-traktatens artikel 81(1).
- [52] For en gennemgang af praksis om forholdet mellem EF-traktatens artikel 81(1) og artikel 81(3), se for eksempel kapitel 4 i Jones, A., og Sufrin, B., *EC Competition Law*, 2. udgave (2004) og Nazzini, R., *Article 81 EC Between Time Present and Time Past. A Normative Critique of "Restriction of Competition" in EU Law*, CMLR Vol. 43, No. 2 (2006).
- [53] Se artikel 1(2) i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EF-tidende L 1/1-25, 4. januar 2003. Om de nationale konkurrencemyndigheders kompetence, se artikel 5 i forordning 1/2003.
- [54] Se præmis 136 i dom afsagt af Retten i Første Instans i forenede sager T-374/94 m.fl. (European Night Services Ltd.) og punkt 19-23 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3), EU-tidende C 101/97-118, 27. april 2004.
- [55] Se præmis 136 i dom afsagt af Retten i Første Instans i forenede sager T-374/94 m.fl. (European Night Services Ltd.).
- [56] Trykt i EU-tidende, C 101/97-118, 27. april 2004.
- [57] Dom af 2. maj 2006 i sag T-328/03.
- [58] Ibid., præmis 20.
- [59] Ibid., præmis 26-31 (rammeaftalen blev anmeldt til Kommissionen, inden forordning 1/2003 trådte i kraft og ophævede reglerne om anmeldelse af aftaler).

[60] Ibid., præmis 116.

[61] Ibid., præmis 109-111.

[62] Retningslinjerne punkt 18(1)-(2) og punkt 28-31. Se endvidere Kjølbye, L., *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81*, ECLR (2004), No. 9, 567-569.

[63] Konkurrencerådet har tidligere udstedt en ikke-indgrebserklæring under en forudsætning, jf. rådets afgørelse af 26. august 1998 om en aftale mellem Post Danmark og ARTE om etablering af joint venture-selskabet BILLETnet A/S.

[64] FSR's Regnskabsvejledninger 1-22 samt Regnskabsvejledning for mindre virksomheder, afsnit 10 punkt 18.

[65] Konkurrencerådet har tidligere udstedt en ikke-indgrebserklæring under en forudsætning, jf. rådets afgørelse af 26. august 1998 om en aftale mellem Post Danmark og ARTE om etablering af joint venture-selskabet BILLETnet A/S.

[66] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter og direktiv Nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester. For en beskrivelse af lighedsprincippet, se eksempelvis præmis 26-27 i EF-domstolens dom af 3. marts 2005 i forenede sager C-21/03 og C-34/03 (Fabricom). Se også Preben Klit Jakobsen, *Offentlige indkøb*, Schultz Lovkommentar 3 bd. (2002), side 1064-1065.

[67] Se præmis 32-36 i EF-domstolens dom af 3. marts 2005 i forenede sager C-21/03 og C-34/03 (Fabricom).

[68] Steen Treumer anfører i *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, DJØF's Forlag (2000), side 137, at en forudgående aftale mellem en ordregiver og en rådgiver om rådgiverens udelukkelse fra at deltage i udbud "som klar hovedregel skal respektere[s]".

[69] Om habilitetsspørgsmål ved fornyet udbud af udløbet kontrakt, se Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. marts 1998 i sag 97-181.168 og Preben Klit Jakobsen, *Offentlige indkøb*, Schultz Lovkommentar 2 bd. (2001), side 938-939.

[70] Udtrykkene bruges af Steen Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, DJØF's Forlag (2000), side 86.

[71] Konkurrencestyrelsen har den 27. maj 2003 afgivet en vejledende udtalelse om tilbudsgiverhabilitet i forbindelse med affaldsindsamling i Århus kommune. Styrelsen udtaler i den konkrete sag, der handlede om betydningen af et datterselskabs mulige inhabilitet, "at en inhabilitet vil gælde alle, der har instruktionsbeføjelse i forhold til den (fysiske eller juridiske) person, der har opnået de diskvalificerende fordele. Dette vil også være afgørende i forholdet mellem koncernforbunde selskaber". Udtalelsen er tilgængelig på http://www.ks.dk/udbud/ks_udtalelser/2003/vejl/fuld/tilbud/.

[72] Se i samme retning Steen Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, DJØF's Forlag (2000), side 132-133.

[73] FT 2004-05, tillæg A, side 1638, venstre spalte.