

Miljøministerens svar på spørgsmål nr. 13 (L 150/L 151) stillet af Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg den 12. maj 2009

Spørgsmål

Ministeren bedes kommentere henvendelsen af 11. maj 2009 fra KL, jf. L 150/L 151 – bilag 13.

Svar

KL anmoder om svar på to spørgsmål omkring udbudsreglerne i forhold til de nye vandselskaber. Jeg har til brug for besvarelsen modtaget følgende udtalelse fra Økonomi- og Erhvervsministeriet, Konkurrencestyrelsen:

”Miljøministeriet har anmodet Økonomi- og Erhvervsministeriet om et bidrag til besvarelse af følgende spørgsmål fra Miljø- og Planlægningsudvalget:

”Ministeren bedes kommentere henvendelsen af 11. maj 2009 fra KL, jf. L 150/L 151 – bilag 13.”

Kommunernes Landsforening (KL) anmoder i henvendelsen fra af 11. maj 2009 om, at en række selskabsretlige problemstillinger undersøges nærmere i relation til lovforslag L 150 og L 151. KL anmoder bl.a. miljøministeren om svar på følgende spørgsmål, som tager udgangspunkt i, at en kommune opretter et vandforsyningsselskab, et spildevandsselskab og et serviceselskab som sideordnede selskaber i en holdingkonstruktion:

Skal de ydelser, som kommunen køber fra et af de nye selskaber – uanset om de er helt eller delvist ejede af kommunen – i udbud?

Det er KL's vurdering, at ydelserne kan betragtes som in-house- eller enereysydelser, således at ydelserne ikke skal i udbud.

I hvilket omfang er selskabernes (vandforsyningsselskabets, spildevandsselskabet og serviceselskabet) omfattet af udbudsreglerne herunder forsyningsvirksomhedsdirektivet og tilbudsloven, når de køber ydelser fra andre – fx andre underordnede eller sideordnede selskaber i samme holdingkonstruktion, eller fra andre virksomheder uden for holdingkonstruktionen?

Konkurrencestyrelsen kan i den forbindelse oplyse følgende:
Udbudsreglerne finder anvendelse, når offentlige ordregivende myndigheder indgår en gensidigt bebyrdende aftale med en økonomisk aktør. Derimod er opgaver, der selv udføres af den offentlige myndighed – også kaldet in-house produktion - ikke omfattet af udbudsdirektivets anvendelsesområde.

Praksis fra EF-domstolen viser, at in-house begrebet også kan forstås bredere end blot myndighedens egenproduktion. Således kan kontrakter indgået mellem en ordregivende myndighed og en fra denne myndighed selvstændig juridisk enhed også være undtaget udbudsreglerne. Dette kræver dog, at den selvstændige juridiske enhed både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så tæt knyttet til den offentlige myndighed, at det svarer til en intern arbejdsdeling i myndigheden. For at kunne konstatere dette skal følgende to kriterier være opfyldt:

1. Den ordregivende myndighed skal underkaste den selvstændige juridiske enhed en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. Dette kaldes også "kontrolkriteriet".
2. Den selvstændige juridiske enhed skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af. Dette kaldes også "virksomhedskriteriet".

For at vurdere, om en selskabskonstruktion eller et samarbejde mellem en kommune og et nyt selskab kan betegnes som in-house produktion, er det nødvendigt at foretage en helt konkret vurdering af, om hvert enkelt samarbejde opfylder såvel kontrolkriteriet som virksomhedskriteriet. Det er således ikke muligt allerede nu at vurdere, om de selskaber, der dannes i medfør af lovforslagene, opfylder kriterierne.

Ved vurdering af virksomhedskriteriet lægges der vægt på, at den selvstændige juridiske enheds aktiviteter hovedsagligt skal udføres for den eller de myndigheder, den kontrolleres af. Andre aktiviteter må alene have en marginal karakter. Opfyldelsen af dette kriterium beror på en konkret vurdering.

Ved vurdering af kontrolkriteriet lægges der vægt på alle relevante lovgivningsmæssige og aftaleretlige forhold, såsom om der foreligger instruktionsbeføjelse med hensyn til den selvstændige enheds kommercielle dispositioner, kontrol over budgetforhold, fastsættelse af strategi og kompetence til at foretage ansættelse af medarbejder. Den ordregivende myndighed skal have mulighed for at udøve bestemmende indflydelse over den selvstændige juridiske enhed.

Hvis både kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet er opfyldt i den konkrete kommunes samarbejde med et konkret nyt selskab, vil den ydelse, kommunen køber, ikke være underlagt krav om udbud i forbindelse med aftaleindgåelsen. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at in-house begrebet er en undtagelse til udbudsreglerne, hvorfor reglen skal fortolkes indskræn-

kende. Derfor påhviler bevisbyrden også den part, der påberåber sig undtagelsen.

Herudover angiver KL, at der kan være tale om eneretsydelser. Denne bemærkning må forstås således, at de nye selskaber leverer ydelser på baggrund af koncessionsaftaler, der ikke er omfattet af udbudspligten.

Også når det kommer til vurderingen af, om der er tale om koncessionsaftaler, skal der foretages en konkret vurdering af de enkelte samarbejder. I den sammenhæng skal det bl.a. undersøges, om selskaberne påtager sig risikoen ved etableringen og udnyttelsen af tjenesteydelsen, og om en betydelig del af vederlaget for ydelsen betales af brugeren, især ved opkrævning af en eller anden form for gebyr. For at der kan være tale om en koncessionsaftale, skal ansvaret for udnyttelsen af tjenesteydelsen være overdraget til selskaberne. Dette er ensbetydende med, at såfremt vederlaget for udnyttelsen i alt væsentligt kommer fra den ordregivende myndighed og alene en beskedent del af vederlaget kommer fra udnyttelsen af koncessionen, er kontrakten som udgangspunkt en normal gensidigt bebyrdende aftale, der er undergivet de almindelige gældende udbudsregler.

For en ordens skyld bemærkes, at ordregivende myndigheder ved indgåelse af koncessionsaftaler er underlagt EF-traktatens regler og principper. Dette betyder, bl.a. at ordregivende myndigheder ved indgåelse af koncessionsaftaler, skal sikre en passende grad af offentlighed, der gør det muligt for den virksomhed, der måtte ønske det, at tilkendegive interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten.

Når det kommer til, om de nye selskaber vil være omfattet af udbudsreglerne, når de køber ydelser fra andre virksomheder, skal dette ses i lyset af, om man konkret har fundet, at samarbejdet har opfyldt in-house kriterierne, eller at der konkret er tale om en koncessionsaftale.

Såfremt in-house begrebets kriterier opfyldes, kan dette betyde, at selskabet har karakter af en ordregivende myndighed, der er omfattet af udbudsreglerne. Dette beror på en konkret vurdering. Såfremt forholdet betragtes som tildeling af en koncessionskontrakt kan dette medføre, at selskaberne omfattes af udbudsreglerne, idet dette også beror på en konkret vurdering. Afhængig af selskabets arbejdsområde og kontraktens karakter kan selskabet således være omfattet af enten udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet eller tilbudsloven samt EF-traktatens principper.”

På baggrund af Konkurrencestyrelsens udtalelse finder jeg, at det ikke vil være hensigtsmæssigt på nuværende tidspunkt at udarbejde en vejledning om udbudsreglerne i forhold til de nye selskaber.

For så vidt angår det tredje spørgsmål, hvor KL ønsker, at der indføres hjemmel til, at kommunerne kan udføre administrative opgaver for forsynings-selskaberne, henviser jeg til svaret på spørgsmål nr. 5 vedr. L 150 og L 151, mit betækningsbidrag af 24. april 2009 samt ændringsforslag nr. 3

til L 150, der er oversendt til Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg den 19. maj 2009.

Angående spørgsmål 4 fra KL henviser jeg til bemærkningerne til § 19, stk. 3, hvoraf følgende fremgår: "Det antages efter kommunalfuldmagtsreglerne, at én kommune ikke kan have bestemmende indflydelse i et selvstændigt selskab. Dette udgangspunkt fraviges imidlertid for så vidt angår serviceselskaber i henhold til § 19, stk. 3."