

Øget privat involvering i spildevandsrensning – Kort afklaring af nogle begreber

1. INDLEDNING

Dette notat har til formål at give en kort afklaring af nogle relevante forhold og begreber i forbindelse med en øget privat involvering i den kommunale spildevandsrensning, herunder definitioner af forskellige modeller for samarbejde mellem kommunale vandselskaber¹ og private virksomheder.

Afsnit 2 indeholder en kort beskrivelse af vandselskabernes udbudsretlige og forvaltningsretlige status og betydningen heraf i forhold til indgåelsen af et offentligt privat samarbejde om spildevandsrensning.

Afsnit 3 indeholder korte definitioner af forskellige samarbejdsmodeller.

Afsnit 4 indeholder en kort redegørelse for de statsstøtteretlige aspekter ved øget privat involvering i spildevandsrensningen.

Notatet indeholder ikke en udtømmende beskrivelse af alle de forhold, der vil skulle afdækkes ved valget af den ene eller anden model. Notatet omhandler blandt andet ikke betydningen af prisloftet, hvile-i-sig-selv princippet og bestemmelserne om tilknyttede aktiviteter i vandsektorlovgivningen².

¹ Ved vandselskaber forstås vand- og spildevandsselskaber, som er omfattet af Lov nr. 469 af 12. juni 2009 om vandsektorens organisering og økonomiske forhold med senere ændringer ("Vandsektorloven"). Notatets fokus er spildevandsselskaber, der er udelukkende kommunalt ejet.

² Vandsektorloven med tilhørende bekendtgørelser, cirkulærer og vejledninger.

2. UDBUDSRETLIG OG FORVALTNINGSRETLIG STATUS

2.1 Vandselskabets udbudsretlige status

Reglerne i udbudsdirektiverne³ finder anvendelse, når der er tale om en "ordregivende myndighed".

Ordregiverne myndigheder omfatter staten, regionerne og kommunerne samt de såkaldte offentligretlige organer.

I det omfang vandselskabet har karakter af et offentligretligt organ, vil det således være forpligtet til at iagttage reglerne i udbudsdirektiverne i forbindelse med indgåelse af kontrakter om spildevandsrensningen.

Begrebet offentligretligt organ er defineret i Udbudsdirektivets art. 1, stk. 9⁴, som et organ:

"a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

b) som er en juridisk person og

c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet."

De tre betingelser er kumulative og skal dermed alle være opfyldt, førend der er tale om et offentligretligt organ.

Den første betingelse er, at vandselskabet er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov.

Afgørende for en vurdering af, om der er tale om almenhedens behov antages at være, om der er tale om virksomhed, som tilsigter at varetage samfundets interesser, i modsætning til virksomhed, som tager sigte på enkeltes eller enkelte gruppers individuelle og særlige interesser⁵.

³ 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 ("Udbudsdirektivet") og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjeneste ("Forsyningsvirksomhedsdirektivet")

⁴ Tilsvarende i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, stk. 1, litra a). Forskellen i ordlyd skyldes alene den danske oversættelse.

⁵ Se Michael Steinicke m.fl. i EU's Udbudsdirektiver, 2. udgave 2008, s. 269

På baggrund heraf kan der næppe være tvivl om, at vandselskaberne, der har til formål at sikre en vand- og spildevandsforsyning af høj sundheds- og miljømæssig kvalitet⁶, opfylder betingelsen om at være oprettet med henblik på at varetage almenhedens behov.

Det er som nævnt også en betingelse efter artikel 1, stk. 9, litra a), at der ikke er tale om almenhedens behov af industriel eller kommerciel karakter. Såfremt dette er tilfældet, vil der alligevel ikke være tale om et offentligretligt organ.

Ved vurderingen heraf kan der på baggrund af domspraksis opstilles følgende (ikke udtømmende) kriterier for, hvornår dette typisk er tilfældet:

- Opererer organet i et konkurrencepræget miljø.
- Udøver organet sin virksomhed på normale markedsvilkår.
- Har organet til formål at skabe indtjening.
- Bærer organet selv de tab og de økonomiske risici, der er forbundet med udøvelsen af virksomheden.

Allerede fordi vandselskaberne ikke har til formål at skabe indtjening⁷, må det afvises, at der er tale om behov af industriel eller kommerciel karakter, da indtjeningskriteriet i henhold til gældende praksis har central betydning ved vurderingen⁸. Desuden operer vandselskaber ikke i et konkurrencepræget miljø eller på normale markedsvilkår, idet ledningsnettet skaber naturlige monopoler for vandselskaberne i hver deres forsyningsområde.

Den anden betingelse for at vandselskabet anses for et offentligretligt organ, er at det er en juridisk person, jf. artikel 1, stk. 9, litra b), hvilket er tilfældet uanset om vandselskabet er organiseret som et anpartsselskab, aktieselskab eller et kommunalt fællesskab jf. § 60 i den kommunale styrelseslov⁹.

Den tredje betingelse er, jf. artikel 1, stk. 9, litra c), at det offentligretlige organ *enten*

- for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, *eller*
- at partnerskabets drift er underlagt disses kontrol, *eller*
- at staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

⁶ Vandsektorlovens § 17, stk. 1 jf. § 1

⁷ Vandselskaberne er underlagt "hvile-i-sig-selv princippet"

⁸ jf. også præambelbetragtning 10 i det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU af 26. februar 2014)

⁹ Lovbekendtgørelse nr. 186 af 19/02/2014 om kommunernes styrelse

Når kommunen gennem sit ejerskab udpeger mere end halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne i vandselskabet, er der ingen tvivl om, at den tredje betingelse tillige er opfyldt.

Sammenfattende er vandselskaberne som offentligretlige organer omfattet af udbudsdirektiverne og skal derfor iagttage udbudsreglerne i forbindelse med indgåelse af kontrakter med private virksomheder.

Vandselskaber er som udgangspunkt omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet¹⁰, men såfremt selskabet alene udfører spildevandsvirksomhed finder Udbudsdirektivet anvendelse. Den væsentligste forskel mellem direktiverne er, at udbudsformen udbud med forhandling i højere grad kan anvendes under Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

2.2 Vandselskabets forvaltningsretlige status

Kommunen, der ejer vandselskabet, er på linje med andre offentlige myndigheder underlagt en række forvaltningsretlige forpligtelser. Disse forpligtelser gælder både i medfør af lov¹¹ og i medfør af uskrevne forvaltningsretlige retsgrundsætninger.

Navnlig de forvaltningsretlige forpligtelser, som følger af offentlighedsloven og de uskrevne forvaltningsretlige retsgrundsætninger, eksempelvis lighedgrundsætningen og princippet om saglighed og økonomisk forsvarlig forvaltning, vil være relevante ved indgåelsen af et offentlig-privat samarbejde¹².

Der er imidlertid med vedtagelsen af vandsektorloven og den deraf følgende selskabsgørelse af de kommunale vand- og spildevandsforsyninger gennemført en skarp adskillelse mellem myndighedsopgaver og driftsopgaver, og udgangspunktet er derfor, at vandselskabet ikke er underlagt de forvaltningsretlige regler, der gælder for offentlige myndigheder.

En undtagelse til udgangspunktet om, at vandselskabet ikke er underlagt de forvaltningsretlige regler, følger direkte af vandsektorlovens § 14, stk. 1, der fastsætter, at offentlighedsloven gælder for de kommunale vandselskaber¹³. Der er ikke herudover i lovteksten holdpunkter for at anse vandselskaberne for omfattet af de almindelige forvaltningsretlige regler, men det fremgår af lovforarbejderne til § 14, at *"Udskillelsen af vand- eller spildevandsforsyningsvirksomheden sker af formelle organisatoriske grunde, men ikke for at pri-*

¹⁰ Jf. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, der omfatter virksomhed i form af a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af drikkevand, eller b) forsyning af disse net med drikkevand.

¹¹ Særlig forvaltningsloven og offentlighedsloven

¹² Proportionalitetsprincippet kan navnlig have betydning ved opsigelse af indgåede kontrakter.

¹³ Jf. vandsektorlovens § 2, stk. 1 nr. 1)

vatisere. Der er derfor ikke grundlag for at ændre på forbrugernes og andres rettigheder overfor vand- eller spildevandsforsyningen”¹⁴.

En anden undtagelse eller modifikation til udgangspunktet om, at vandselskabet ikke er underlagt de forvaltningsretlige regler, kan følge, såfremt kommunens forvaltningsretlige forpligtelser antages at have en afsmittende effekt på vandselskabet, som er udskilt til brug for vand- og/eller spildevandsforsyningen. En sådan afsmitning vil kunne finde sted, hvis vandselskabet efter omstændighederne skal betragtes som et offentligt organ.

Hvorvidt et organ udgør et offentligt organ i relation til de generelle forvaltningsretlige love, skal som udgangspunkt afgøres ud fra en vurdering af enhedens organisatoriske tilknytning til det offentlige¹⁵.

Ombudsmanden har i flere udtalelser forholdt sig til, hvad der skal tillægges vægt ved afgørelsen af, om et organ forvaltningsretligt skal betragtes som offentligt eller privat. På baggrund af ombudsmandens udtalelser¹⁶ kan det udledes, at der ved vurderingen af, om et organ er offentligt eller privat, må lægges vægt på, hvor stor en del af organets drifts- og anlægsmidler, som stammer fra det offentlige, hvor stor indflydelse det offentlige har på den daglige drift, i hvor høj grad det offentlige har indflydelse på ledelsen i organet, samt i hvor høj grad det offentlige udøver kontrolfunktioner over for organet¹⁷.

Disse momenter til brug for den forvaltningsretlige vurdering ses til en vis grad at være sammenfaldende med vurderingen af kontrolkriteriet i udbudsdirektivets art. 1, stk. 9, litra c. Dog må man være opmærksom på, at indholdet af kontrolkriteriet i udbudsdirektivet skal fortolkes i lyset af direktivets formål. Man vil derfor ikke ud fra en konstatering af, at der forvaltningsretligt ikke er tale om en kontrol af en sådan karakter, at organet må betragtes som offentligt, kunne slutte, at der udbudsretligt ikke er tale om en tilstrækkelig kontrol til, at der er tale om et offentligretligt organ.

Domstolene har i flere sager fundet grundlag for, at i hvert fald lighedssætningen fandt anvendelse, selvom der var tale om et organ, som ikke efter normale omstændigheder var at betragte som en del af den offentlige forvaltning, jf. U.1975.248, hvor et elforsy-

¹⁴ Vandselskaber udøver som udgangspunkt kun faktisk forvaltningsvirksomhed (drift). Det vil kun være såfremt vandselskabet træffer en forvaltningsafgørelse, at de almindelige forvaltningsretlige regler kommer i spil.

¹⁵ Jf. Jens Garde m.fl. i Almindelige Emner, 5 udgave 2009, s.70 og Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. i Forvaltningsret, 2. udgave 2002, s. 84.

¹⁶ I FOB 1989.104 fandt ombudsmanden, at TV2 var en del af den offentlige forvaltning i relation til offentlighedsloven. Omvendt fandt ombudsmanden i FOB 1972.82 ikke, at Det Danske Hedeselskab var en offentlig institution i forhold til offentlighedsloven

¹⁷ Jf. også Jens Garde m.fl. i Almindelige Emner, 5 udgave 2009, s.72

ningsselskab var forpligtet til at overholde lighedsgrundsætningen i kraft af sin monopolstilling i forhold til forbrugerne¹⁸.

Vandselskabets organisatoriske tilknytning til det offentlige er tydelig, når vandselskabet udelukkende er ejet af kommunen, og når det tages i betragtning, at vand- og spildevandsforsyning er et kerneområde i offentlig service, der traditionelt er varetaget af forvaltningen.

Selvom forvaltningsloven ikke finder anvendelse på vandselskabet, kan vandselskabet således være underlagt de almindelige forvaltningsretlige principper om ligebehandling, saglighed og økonomisk forsvarlig forvaltning. Set i forhold til de bindinger, der i øvrigt ligger på vandselskabet i vandsektorlovgivningen og i udbudsreglerne, vil dette dog næppe have særskilt betydning ved indgåelsen af offentlig-private samarbejder om spildevandsrensningen.

3. MODELLER FOR OFFENTLIG-PRIVAT SAMARBEJDE (OPS)

Offentlig-privat samarbejde (OPS) er en samlebetegnelse for mange forskellige typer af samarbejde mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. Et offentlig-privat samarbejde tager som regel udgangspunkt i, at det offentlige udbyder en opgave til det private marked¹⁹.

Der findes en lang række modeller for offentlig-privat samarbejde, som vandselskabet kan overveje i relation til en øget privat involvering i spildevandsrensningen. I dette afsnit 3 omtales nogle af de mest udbredte modeller for offentlig-privat samarbejde.

Samarbejdsmodellerne adskiller sig især fra hinanden ved graden af samarbejdets forpligtende karakter. Som den mindst forpligtende form for "samarbejdsmodel" ses i den ene ende af spektret den forudgående markedsdialog (den tekniske dialog). Denne består primært i at igangsætte en for begge parter helt uforpligtende dialog, hvor man som ordregiver søger at blive klogere på, hvad markedet er i stand – og parat – til at levere. I den anden ende af spektret findes det institutionelle partnerskab, det vil sige et samarbejde, der har en juridisk enhed som ramme. Herimellem findes flere varianter.

Afsnit 3.1 nedenfor omhandler samarbejde, hvor hovedopgaverne er anlægs- og/eller driftsopgaver. Fokus i dette afsnit er det offentlig-private partnerskab (OPP). Afsnit 3.2 omhandler offentlig-privat innovationssamarbejde (OPI), hvor hovedopgaven er udvikling af nye, innovative spildevandsrensningsløsninger.

¹⁸ Se også U.977.788/2, hvor en privat arbejdsløshedskasse ligeledes var forpligtet til at overholde lighedsgrundsætningen i forbindelse med anvisning af arbejdsløse.

¹⁹ Jf Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens definition af bregbet OPS

3.1 Anlægs- og driftsopgaver

3.1.1 Kort om traditionelle udbud

Vandselskaberne kan enten udbyde deres opgaver hver for sig eller i fællesskab. I de såkaldte indkøbsfællesskaber kan vandselskaberne samle en større volumen opgaver og derved forventeligt opnå bedre priser.

Driftsopgaven kan enten udbyde alene eller i kombination med anlægsopgaven (nyopførelse eller renovering).

Et udbud af driftsopgaven alene kan ske som et såkaldt funktionsudbud, hvor vandselskabet ikke på forhånd detaljeret beskriver, hvordan opgaven skal løses, men i stedet opstiller en række funktionskrav (outputbaserede resultatmål)²⁰.

Et kombineret udbud af anlægs- og driftsopgaver vil i det traditionelle udbud ofte tilrettelægges med ratebetalinger til den private leverandør under anlæggets opførelse.

3.1.2 Et offentlig-privat partnerskab (OPP)

Et offentlig-privat partnerskab (OPP) er kendetegnet ved, at design, projektering, etablering, drift og vedligeholdelse (f.eks. af et spildevandsrensningsanlæg) er samlet i en længerevarende kontrakt mellem en offentlig part og en privat part²¹. I kontrakten anses opgaven overordnet for et fælles projekt, og der er klare bestemmelser om et tæt samarbejde mellem den offentlige og den private part. Kontrakten indeholder endvidere en systematisk deling af ansvar, gevinster og risici i kontaktens løbetid.

Selvom der er tale om et partnerskab, vil det grundlæggende være OPP-leverandørens ansvar at levere et spildevandsrensningsanlæg, der opfylder de i OPP-kontrakten udbudte funktionskrav (outputbaserede krav frem for inputbaserede krav).

Fordelen ved OPP-modellen er, at projekterne typisk opnår en bedre totaløkonomi, fordi den private part vil sammentænke beslutninger i design og etableringsfasen med konsekvenser i driftsfasen. Erfaringer med OPP-projekter har endvidere vist, at OPP-projekter oftere end almindelige projekter bliver færdige til tiden og til den aftalte pris.

Ulempen kan være, at vandselskabet i en OPP-kontrakt må forventes at afgive kontrol med detaljerne i udformningen af spildevandsrensningsanlægget. Det er således afgørende for at opnå de totaløkonomiske fordele i en OPP kontrakt, at OPP-kontrakten kun fastsætter ram-

²⁰ Vandselskabet kan tillige overveje at lade sit individuelle effektiviseringskrav i henhold til vandsektorlovgivningen indgå i udbuddet.

²¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udarbejdet standardaftaler for flere forskellige OPP modeller.

merne for projektet (funktionskravene til anlægget og den efterfølgende drift) og, at OPP-leverandøren inden for disse rammer selv kan træffe de mere detaljerede beslutninger.

3.1.2.1 Klassisk OPP²²

I det klassiske OPP finansieres etableringsomkostningerne fuldt ud af den private part. I praksis sker dette ved, at betalingen fordeles jævnt gennem hele perioden fra ibrugtagningstidspunktet og frem til kontraktens ophørstidspunkt. Herved sikres det, at der gennem hele perioden er økonomisk sikkerhed bag eventuelle funktionssvigt. Sikkerheden ligger i den udskudte betaling.

3.1.2.2 OPP light

Da den offentlige part ofte har adgang til billig lånefinansiering, og da behovet for økonomisk sikkerhed ofte er mindre end den fulde etableringsomkostning, er der i dag mange OPP'er, hvor den offentlige part vælger at betale enten fuldt ud eller en meget stor del af etableringsomkostningerne allerede på ibrugtagningstidspunktet (OPP-light-modellen).

3.1.3 Andre former for partnerskab

3.1.3.1 Det kontraktbaserede partnerskab

Vandselskabet kan udmærket indgå partnerskabsaftaler om spildevandsrensning uden, at der nødvendigvis er tale om et OPP, der omhandler både anlægs- og driftsopgaven.

Partnerskabsaftalen adskiller sig fra det klassiske leverandør/aftager forhold derved, at partnerskabsaftalen typisk indeholder en konfliktløsningsmodel, der tilstræber, at parterne i samarbejdets ånd hurtigt og effektivt løser uoverensstemmelser på lavest muligt niveau (f.eks. på projektlederniveau fremfor i styregruppen). Endvidere vil en partnerskabsaftale sædvanligvis indeholde en risikodeling med klare succesparametre, der giver parterne et fælles incitament til at minimere tab og forsinkelser.

Partnerskabsaftalen medfører ikke, at der dannes en ny juridisk person. Partnerskabet er således ikke en selvstændig juridisk enhed, der kan indgå aftaler med tredjemand, ligesom partnerskabet ikke har en selvstændig ledelse

3.1.3.2 Det institutionelle partnerskab

Det institutionelle partnerskab har til gengæld en selvstændig juridisk enhed som ramme. Det kan f.eks. være en forening, en fond eller et selskab, hvor både vandselskabet og den private virksomhed deltager. Se nærmere om det institutionelle partnerskab nedenfor i afsnit 3.2.3.

²² Prisloftreguleringen er ofte nævnt som en barriere for vandselskabers deltagelse i et klassisk OPP, idet betalingen til den private virksomhed vil blive anset for en driftsomkostning i vandselskabet uanset at betalingen tillige dækker investeringer i spildevandsanlægget.

3.2 Innovative spildevandsrensningsløsninger - OPI

OPI er forkortelsen for Offentligt Privat Innovations samarbejde og dækker over en lang række forskellige samarbejdsformer.

OPI benyttes "ofte" som led i at markedsmodne løsninger, der ellers ville have vanskeligt ved at komme på markedet bl.a. som følge af store udviklingsomkostninger, men samarbejdet kan også have til formål at udvikle en konkret ny løsning, som ordregiver ønsker at anskaffe. Nedenfor beskrives en vifte af potentielle former for samarbejde med private, som vandselskabet kan inddrage i forbindelse med overvejelser om tilvejebringelse af nye, innovative spildevandsrensningsløsninger²³.

3.2.1 Forudgående markedsdialog (uforpligtende udviklingsforum)

Den forudgående markedsdialog benyttes (som tidligere nævnt) typisk af ordregiver til at blive klogere på markedets muligheder og behov og dermed sikre sig et bedre grundlag for at optimere udbyttet af en udbudsforretning.

Der er intet til hinder for at gennemføre en forudgående markedsdialog. Tværtimod er muligheden direkte forudsat i betragtning 8 i Udbudsdirektivet, der har følgende ordlyd:

"Inden de ordregivende myndigheder indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af en "teknisk dialog" søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence forhindres."

Det afgørende er således at sikre, at der ikke er nogen, der opnår en konkurrencefordel gennem dialogen.

I praksis kan en markedsdialog antage mange forskellige former. Én mulighed kan være åbent at invitere markedets parter til at deltage i en form for fælles, men uforpligtende "udviklingsforum", hvor de deltagende parter i fællesskab søger at indkredse mulige løsninger på en på forhånd defineret udfordring. Dette kan f.eks. ske igennem afholdelse af en række workshops.

3.2.2 OPI-samarbejdsmodellen (ét samlet og formaliseret udviklingsforløb uden køb)

OPI-samarbejdsmodellen udmærker sig ved, at en række parter, herunder såvel private som offentlige aktører går sammen om et fælles udviklingsforløb. Deltagerne er udviklingspartnere, der sammen udforsker nye innovative løsninger på fælles definerede udfordringer,

²³ OPI-projekter vil eventuelt kunne finansieres af Vandsektorens Teknologiuudviklingsfond jf. vandsektorlovens § 21

eventuelt gennem aktiv brugerinddragelse. Der indgår ikke en købsforpligtelse og er dermed ikke tale om et klassisk leverandør-/aftagerforhold.

I modsætning til den forudgående markedsdialog, jf. punkt 3.2.1, foreligger der her en formaliseret ramme, typisk i form af en samarbejdsaftale mellem parterne²⁴.

OPI-samarbejdsformen vurderes generelt at være fordelagtig for såvel private som offentlige deltagere. Virksomhederne får adgang til den offentlige sektors viden og ekspertise og dermed mulighed for at udvikle helt nye produkter, der kan afsættes både i Danmark og i udlandet. Den offentlige part kan omvendt drage nytte af virksomhedernes kompetencer i udviklingen af løsningen. Standardaftalen indeholder (modsat den forudgående markedsdialog) klare bestemmelser om fordeling af rettighederne til eventuelle nyudviklede løsninger, idet de private parter får ejendomsretten, mens den offentlige part indrømmes en brugsret.

3.2.3 OPI-samarbejde gennem etablering af et udviklingskonsortium (institutionelt partnerskab)

Som alternativ til at etablere et OPI-samarbejde baseret på et kontraktuelt grundlag kan det også overvejes at etablere udviklingssamarbejdet på et såkaldt institutionelt grundlag i form af en fælles juridisk enhed. Fordelen herved er en meget tæt forgrenet og forpligtende samarbejdsform.

I praksis kan man både forestille sig etablering af en forening, der oprettes på et transparent og ikke diskriminerende grundlag (indflydelse kan dog godt differentieres afhængigt af konkret indskud) og etablering af et fælles selskab²⁵, hvor de private aktørers andele af selskabet prissættes som led i en udbudslignende proces.

3.2.4 Det prækommercielle indkøb (flere parallelle udviklingsforløb uden køb)

En model, der kan benyttes som led i at modne et marked til at levere nye innovative produkter, er modellen for de såkaldte ”prækommercielle indkøb”.

Modellen indebærer i al enkelhed, at en ordregiver igangsætter et eller flere parallelle udviklingsforløb med det formål at få udviklet et produkt frem til fremstillingen af en prototype (ikke serieproduktion). I modsætning til OPI-samarbejdet beskrevet under punkt 3.2.2 og punkt 3.2.3 er der her ikke tale om ét samlet udviklingsforløb på tværs af relevante parter, men om flere parallelle udviklingsforløb opdelt på de relevante parter²⁶.

²⁴ Der er i regi af Living Lab Denmark udviklet en standardaftale, som ofte benyttes ved gennemførelsen af OPI-samarbejder.

²⁵ Vandselskabet vil i forbindelse med selskabsetableringen bl.a. skulle iagttage vandsektorlovens § 18 og bekendtgørelse nr. 1195 af 24. oktober 2010 om vandselskabers deltagelse i anden virksomhed

²⁶ Modellen har været benyttet af EU-Kommissionen i forbindelse med et prækommercielt indkøb af robotter til brug i hjemmeplejen (det såkaldte SILVER-projekt)

Grundlaget for igangsættelsen af det prækommercielle indkøb er en udbudslignende proces som nærmere beskrevet i Kommissionens Meddelelse KOM(2007)799.

3.2.5 *Flere parallelle udviklingsforløb med køb - Innovationspartnerskabet*

Det prækommercielle indkøb, jf. punkt 3.2.4, kan kombineres med en købsforpligtelse/købsoption. I dette tilfælde finder reglerne i Udbudsdirektivet anvendelse. Det er dog ofte en udfordring på forhånd at definere en mekanisme, som gør det muligt at fastsætte prisen for mangfoldiggørelsen (hvis der skal leveres flere af slagsen) af løsningen, når løsningen ikke er kendt på forhånd.

Med det nye udbudsdirektiv, der forventes implementeret i Danmark i løbet af 2015, indføres det såkaldte innovationspartnerskab, der netop skal gøre det lettere at gennemføre udbud af udviklingsopgaver med henblik på efterfølgende køb af de udviklede løsninger²⁷.

3.2.6 *Salg af offentlig knowhow.*

Endelig kan man forestille sig, at vandselskabet som led i at søge at fremme nye innovative spildevandsrensningsløsninger stiller knowhow og testfaciliteter til rådighed for private virksomheder. Living Lab Denmark har ligeledes udarbejdet en standardaftale til dette formål.

Adgangen til udnyttelse af vandselskabernes særlige viden, herunder til kursusvirksomhed og deltagelse i samarbejder med private aktører følger direkte af vandsektorlovgivningen. Vandselskabet skal i forbindelse hermed bl.a. iagttage omsætningsgrænserne for sådan anden virksomhed.

4. STATSSTØTTERETLIGE ASPEKTER

Uanset hvilken form for samarbejde et kommunalt vandselskab indgår med en privat virksomhed, kan det være relevant at overveje, om samarbejdet eventuelt vil indebære ulovlig statsstøtte.

4.1 Generelt om statsstøtte

Ifølge EUF-traktatens artikel 107, stk. 1²⁸, er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af offentlige midler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, ufor-

²⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud

²⁸ Tilsvarende forbud følger af Konkurrencelovens § 11A

enelig med det indre marked, i det omfang støtten påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne.

Støttebegrebet omfatter efter fast retspraksis enhver økonomisk eller finansiel fordel, som virksomheden ikke ville have haft under sædvanlige omstændigheder, og som letter den for byrder, der normalt ville belaste virksomhedens budget.

Af fast retspraksis følger endvidere, at en virksomhed ikke opnår en økonomisk fordel i EUF-traktatens artikel 107, stk. 1's forstand, såfremt den offentlige part handler markeds-mæssigt.

4.2 Forholdet mellem statsstøttere reglerne og udbudsreglerne

Efter Kommissionens opfattelse vil anvendelse af et udbud ved tildeling af en kontrakt eller anden rettighed normalt kunne udelukke, at der foreligger statsstøtte. Det er dog en forudsætning herfor, at det pågældende udbud er tilstrækkeligt publiceret og åbent, gennemsigtigt, ubetinget, ikke-diskriminerende og overholder kravene i udbudsdirektiverne (også selv om de ikke finder anvendelse).

Ved vurderingen af, om en udbudsproces lever op til de anførte krav, er det relevant at se på

- Den valgte udbudsform
- De anvendte tildelingskriterier
- Andre forhold/vilkår knyttet til salget (publicering, kontraktvilkår mv.)
- Antallet tilbud (har der været reel konkurrence)

Der skal foretages en samlet vurdering af disse 4 faktorer.

Hvad angår den valgte udbudsform, er det Kommissionens opfattelse, at et offentligt udbud vil sikre markedsprisen, mens et begrænset udbud kun vil sikre markedsprisen, hvis interesserede tilbudsgivere ikke forhindres i at deltage uden grund (dvs. vær varsom med at stille for strenge krav til deltagelse i udbudsprocessen f.eks. i form af økonomisk og teknisk for-måen, hvis det ikke er absolut nødvendigt). Konkurrencepræget dialog, udbud med forhand-ling efter annoncering og udbud med forhandling uden annoncering vil efter Kommissio-nens opfattelse normalt ikke sikre, at der sælges på markedsvilkår. Det afgørende må dog være, om processen tilsikrer, at markedsvilkår opnås. Er det tilfældet, vil udbudsformerne kunne anvendes.

I forhold til tildelingskriterier er det Kommissionens opfattelse, at anvendelse af tildelings-kriteriet pris (dvs. højeste bud ved et salg) er egnet til at sikre markedsprisen, hvorimod

kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud kun er egnet hertil, hvis der er et betydeligt priselement.

For så vidt angår andre forhold, så er det Kommissionens opfattelse, at alle specifikke krav til tilbuddet bør være tæt knyttet til kontraktens indhold (ingen unødvendige kontraktvilkår, som giver dårligere pris). Herudover skal publiceringen tage højde for den udbudte ydelses karakter, dvs., at der skal foretages en relevant afsøgning/annoncering i markedet.

Endelig er det Kommissionens opfattelse, at der skal være et reelt konkurrencefelt. Der bør efter Kommissionens opfattelse ske anmeldelse til Kommissionen, hvis der kun kommer et tilbud, idet der i givet fald vil være betydelig usikkerhed knyttet til, om dette tilbud er udtryk for markedsvilkår.

4.3 Statsstøtte som følge af samarbejde

Et samarbejde mellem et kommunalt vandselskab og en privat virksomhed kan uanset formen indebære en begunstigelse af virksomheden, der udgør ulovlig statsstøtte.

I det omfang vandselskabet gennemfører en udbudsproces i forbindelse med indgåelsen af samarbejdet som beskrevet ovenfor i afsnit 4.2., vil det imidlertid blive lagt til grund, at samarbejdet er indgået på markedsmæssige vilkår, hvilket normalt udelukker statsstøtte.

---oo0oo---