

Øget privat involvering i spildevandsrensning – Kontraktmæssige udfordringer

1. INDLEDNING

Dette notat har til formål at beskrive en række forhold, som vandselskaberne¹ særligt bør være opmærksomme på i forbindelse med udlicitering af opgaver til private virksomheder, samt når de indgår i offentlig-private samarbejder om spildevandsrensning.

Notatets fokus er de kontraktmæssige udfordringer, herunder spørgsmål om, hvorledes der i kontraktens udformning tages behørigt højde for sikring af forsyningssikkerheden, en hensigtsmæssig risikofordeling, fremme af innovation, sikring af en løbende renovering af anlæg og ledninger, hensynet til prisloftreguleringen og den øvrige økonomiske regulering af spildevandselskabet samt risikoen for den private parts eventuelle konkurs.

Afsnit 2 indeholder en beskrivelse af vandselskabernes udbud af opgaver, herunder særligt udbud af længerevarende driftskontrakter samt en beskrivelse af, hvorledes vandselskaberne kontraktmæssigt kan sikre forsyningssikkerheden i forbindelse hermed.

I afsnit 3 beskrives de overvejelser vedrørende risikodelingen i den udbudte kontrakt, som vandselskabet som minimum bør gøre sig, mens der i afsnit 4 redegøres for, hvordan vandselskabet kan fremme innovation i forbindelse med udbud af opgaver og samarbejde med private parter.

Afsnit 5 omhandler spørgsmålet om, hvordan vandselskabet ved udlicitering fortsat sikrer den løbende vedligeholdelse af anlæg og ledninger, mens det i afsnit 6 beskrives, hvordan der ved kontraktuelle bestemmelser tages højde for den økonomiske regulering af vandselskaberne.

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 spildevandselskaber, der er udelukkende kommunalt ejet.

Endeligt beskrives i afsnit 7 de opmærksomhedspunkter, som særligt er relevante i forhold til håndtering af risikoen for den private parts eventuelle konkurs, herunder hvorledes vandselskaberne kan sikre forsyningsikkerheden i tilfælde af, at den private part går konkurs.

Afsnit 8 indeholder nogle afsluttende bemærkninger om yderligere forhold, som vandselskaberne bør være opmærksomme på i forbindelse med udlicitering af opgaver til private virksomheder samt ved deltagelse i offentlig-private samarbejder om spildevandsrensning.

Notatet indeholder ikke en udtømmende beskrivelse af alle de forhold, der bør tages højde for ved privat involvering i spildevandsrensningen. Notatet omhandler blandt andet ikke skat og momsmæssige forhold samt statsstøtteretlige overvejelser². Notatet indeholder tillige ikke en nærmere beskrivelse af medarbejderforhold, ligesom de barrierer for privat involvering, som den nuværende regulering af vandsektoren måtte indebære, herunder hvile-i-sig-selv-princippet og prisloftreguleringen, ikke behandles i videre omfang.

2. UDBUD AF OPGAVER OG SIKRING AF FORSYNINGSSIKKERHEDEN

2.1 Vandselskabernes udbud af opgaver generelt

Som konkluderet i Kammeradvokatens notat af 1. december 2014 om "Øget privat involvering i spildevandsrensning - kort afklaring af nogle begreber", er et vandselskab at anse for et offentligretligt organ efter udbudsdirektiverne³. Vandselskaberne er derfor pligtige at iagttage udbudsreglerne i forbindelse med indgåelse af kontrakter med private virksomheder.

Vandselskaber er som udgangspunkt omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet⁴, 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.

Vandselskabernes udbud kan omfatte en lang vifte af opgaver. I dette notat omtales de kontraktmæssige udfordringer, når udbuddet omfatter anlægs- og driftsopgaver, enten hver for sig eller i kombination.

² Her henvises dog til den kortfattede behandling heraf i Kammeradvokatens notat af 1. december 2014 om "Øget privat involvering i spildevandsrensningen – kort afklaring af nogle begreber".

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 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.

I de traditionelle udbud er vandselskabet kunde og den private virksomhed er leverandør. Samarbejdet mellem vandselskabet og leverandøren er normalt tættere i de OPS-modeller, som er beskrevet i Kammeradvokatens notat af 1. december 2014 om "Øget privat involvering i spildevandsrensning - kort afklaring af nogle begreber".

2.2 Udbud af længerevarende driftskontrakter

Der er ikke i vandsektorloven i dag bestemmelser, der specifikt adresserer det scenarie, hvor et vandselskab ønsker at udlicitere driftsopgaven til én privat virksomhed, og driftsopgaven således ikke længere varetages af selve vandselskabet.

Det følger imidlertid af vandsektorlovens § 19, stk. 5 og 6, at aftaler, der indgås af vandselskaber (med private leverandører), skal indgås på markedsvilkår samt foreligge skriftligt på aftaletidspunktet. Sigtet med denne bestemmelse er dog primært, efter de specielle bemærkninger i forslag til vandsektorloven,⁵ at sikre, at aftaler indgås alene til varetagelse af vandselskabets interesser og således, at hverken kunder eller leverandører diskrimineres⁶.

Vandselskabernes bevarelse af kontrol i forbindelse med udlicitering af forsyningsopgaver kan dog i vid udstrækning søges sikret gennem en hensigtsmæssig udformning af den aftale, der sendes i udbud.

2.3 Forsyningspligten

Vandsektorloven udmønter en bred politisk aftale fra 1. februar 2007 om at modernisere reguleringen og organiseringen af den danske vandsektor med henblik på, at vandsektoren effektivt og økonomisk sikrer forsyning af rent og sundt drikkevand og en effektiv afledning af spildevand.

Den politiske aftale byggede på følgende elementer:

1. at kravene til miljø, sundhed og forsyningssikkerhed skal fastholdes,
2. at vandsektorens effektiviseringspotentiale skal udnyttes til gavn for forbrugerne og miljøet,
3. at den økonomiske regulering skal understøtte effektiviseringen af sektoren,
4. at der ikke tilsigtes en ændring af ejerforholdene i vandsektoren,
5. at der er behov for økonomiske midler til at imødegå investerings- og fornyelsesbehov, bl.a. også til teknologiudvikling,
6. at der skal ske en klar adskillelse af drifts- og myndighedsansvar,

⁵ Lovforslag nr. 150 FT 2008-09.

⁶ Et vandselskab må således navnlig ikke, ved at købe for dyrt ind eller sælge for billigt, overføre midler til interesseforbundne virksomheder, men skal også i øvrigt drives omkostningseffektivt, herunder ved at foretage indkøb billigst muligt på almindelige markedsmæssige vilkår. Der ligger dog ikke heri et generelt krav om udbud af de af vandselskabets opgaver, som ligger under tærskelværdierne efter udbudsdirektiverne.

7. at gennemskueligheden i vandsektorens forhold skal øges, herunder også i grundlaget for, hvordan de vandpriser, som forbrugerne betaler, fastsættes,
8. at den eksisterende regnskabsmæssige adskillelse mellem aktiviteter forbundet med vand- eller spildevandsforsyning skal fastholdes, og
9. at overskuddet skal fastholdes i vandsektoren.

På linje med det ovenfor anførte er nogle af de helt centrale aspekter, der skal lægges vægt på ved administration af vandsektorloven, sundheds- og miljøhensyn samt forsyningssikkerhed, jf. lovens § 1.

Spildevandsselskaberne har forsyningspligt indenfor deres respektive kloakopland, hvilket indebærer, at spildevandselskabet er forpligtet til at sikre mulighed for tilslutning til offentlig kloak ved at fremføre stikledninger til skel for de ejendomme, som er beliggende i kloakoplandet. Forsyningspligten følger af miljøbeskyttelseslovens § 28, stk. 3 og 4⁷, og udmøntes af kommunalbestyrelsen ved konkrete tilslutningstilladelser⁸.

Spildevandsselskaber opererer på basis af en udledningstilladelse⁹ og skal ved anlæg og drift iagttage vilkårene heri. I tilfælde af, at driften sker i strid med den til enhver tid gældende udledningstilladelse, vil det være spildevandsselskabet som den formelt ansvarlig for driften og indehaver af tilladelsen, som vil være adressat for et påbud, også i de tilfælde, hvor hele eller dele af driften er udliciteret til en privat part.

I forbindelse med udlicitering af opgaver er det således af afgørende betydning, at vandselskabet kontraktuelt sikrer, at forsyningssikkerheden kan opretholdes, samt at driften fortsat sker i overensstemmelse med de vilkår, som gælder for vandselskabets virksomhed, herunder til sikring af sundheds- og miljøhensyn som fastlagt ved vandsektorloven.

2.4 Forslag til den kontraktmæssige håndtering af forsyningssikkerheden

I lyset af ovenstående er det i forbindelse med udlicitering af driftsopgaver afgørende, at den private parts forpligtelser er nøje beskrevet i den aftale, der indgås mellem vandselskabet og den private driftsoperatør.

I forbindelse med udlicitering af hele eller dele af driften, er det således væsentligt, at vandselskabet som minimum sikrer sig:

⁷ Lov om miljøbeskyttelse, lovbekendtgørelse nr. 879 af 26. juni 2010 med senere ændringer

⁸ Det er således kommunalbestyrelsen, der, i henhold til miljøbeskyttelsesloven, giver tilladelser til tilslutning af spildevand til de anlæg, der tilhører spildevandsselskaberne. Spildevandsselskaberne har pligten til at stille anlæggene til rådighed for disse tilslutninger.

⁹ En udledningstilladelse giver spildevandsselskabet tilladelse til spildevandsudledning til vandløb, søer eller havet, jf. miljøbeskyttelseslovens § 28, stk. 1. Tilladelsen indeholder en specifikation af, hvor meget spildevand og hvor store mængder af stoffer, der må udledes til vandområdet.

-
- at den private driftsoperatør forpligter sig til at varetage driften i overensstemmelse med den til enhver tid gældende udledningstilladelse samt øvrig relevant lovgivning, herunder til at udbygge anlægget/anlægge stikledninger i nødvendigt omfang til opfyldelse af forsyningspligten,
 - at den private driftsoperatør er forpligtet til at efterkomme myndighedspåbud til vandselskabet, herunder at forestå ombygninger, oprensning mv., der måtte være nødvendige til opfyldelse af senere påbud vedrørende anlægget. Vandselskabet bør i givet fald kompensere den private part for ekstraomkostningerne i forbindelse med påbud, hvis indhold pålægger den private part udgifter, der ikke allerede var forudsat i den udbudte aftale, medmindre den private part er ansvarlig for de forhold, som har givet anledning til udstedelse af påbud¹⁰, og
 - at den private driftsoperatør er forpligtet til at lade vandselskabet efterkomme myndighedspåbud på den private parts vegne (og eventuelt for dennes regning og risiko), i tilfælde hvor denne ikke efterkommer et meddelt påbud inden for de fastsatte frister.

Ved bestemmelser af ovenstående karakter i kontrakten med den private part sikres det, at driften fortsat sker i overensstemmelse med de lovgivningsmæssige rammer, som gælder for vandselskabet, og at vandselskabet kan gribe ind, såfremt den private part måtte misligholde sine forpligtelser, således at forsynings sikkerheden til enhver tid kan opretholdes¹¹.

De ovenfor nævnte bestemmelser kan endvidere med fordel kombineres med bodsbestemmelser eller tilsvarende sanktioner i kontrakten, herunder en udvidet ophævelsesadgang for vandselskabet, for at sikre optimalt incitament hos den private part til at opfylde sine forpligtelser efter kontrakten.

Endvidere kan det overvejes at stille krav om, at en privat part, der varetager driften for vandselskabet, skal gøre dette i et selvstændigt selskab adskilt fra sine øvrige aktiviteter, for derved at sikre, at driften ikke påvirkes af den private parts øvrige aktiviteter¹².

Der bør i kontrakten mellem vandselskabet og den private part endvidere tages højde for potentielle udvidelser af anlæggene i aftaleperioden for at undgå, at en senere udvidelse af anlæggene indebærer en væsentlig ændring af kontrakten, der kan udløse udbudspligt for vandselskabet. Vandselskabet kan også vælge at lade det følge af kontrakten, at denne ophører under nærmere vilkår, såfremt forsyningsområdet udvides i et større omfang end for-

¹⁰ Se også nærmere nedenfor i afsnit 3 om overvejelser vedrørende risikodeling i kontrakten.

¹¹ For så vidt angår håndtering af risikoen for den private parts eventuelle konkurs, henvises til afsnit 7, nedenfor.

¹² Se også afsnit 7 nedenfor om OPP-kontrakter, der ofte indgås med et til lejligheden oprettet selskab (SPV, "Special Purpose Vehicle")

udsat i kontrakten, således at vandselskabet kan udbyde forsyningsopgaverne på ny, inklusive udvidelsen.

I de følgende afsnit uddybes nærmere, hvilke yderligere kontraktuelle overvejelser, som vandselskabet bør gøre sig, i forhold til særligt spørgsmålene om risikodeling mellem vandselskabet og den private part, mulighederne for fremme af innovation, hensynet til sikring af løbende vedligeholdelse af anlæg og ledninger samt hensynet til den økonomiske regulering af vandselskaberne også på langt sigt. Endvidere behandles spørgsmål i relation til den private parts eventuelle konkurs.

3. OVERVEJELSER VEDR. RISIKODELINGEN

Risikofordelingen mellem parterne er et centralt element i enhver offentlig kontrakt. Jo større en del af risikoen tilbudsgiveren skal bære, jo dyrere vil det alt andet lige blive for den ordregivende myndighed, da den private virksomhed sædvanligvis vil lægge et risikotillæg til sin tilbudssum.

Derfor er det vigtigt, at vandselskabet i den udbudte kontrakt nøje overvejer og definerer, hvilke risici vandselskabet selv vil løbe, og hvilke vandselskabet ønsker at betale den private leverandør for at bære.

Udgangspunktet i mange offentlige kontrakter er, at tilbudsgiveren bærer alle risici bortset fra force majeure. Dette er med til at sikre, at der ikke opstår gråzoner for, hvor ansvaret for de enkelte risici er placeret.

Der bør dog også i et udbud af opgaver vedrørende spildevandsrensning være en række forhold, som vandselskabet bærer risikoen for, herunder forhold der relaterer sig til vandselskabets egen ageren, samt ændringer i lovgivningen, der f.eks. kan medføre forsinkelser af en anlægsopgave eller uforudsete driftsudgifter.

Som anført ovenfor i afsnit 2.4, bør vandselskabet f.eks. kompensere den private part for ekstraomkostninger i forbindelse med myndighedspåbud, medmindre den private part selv er skyld i de forhold, som har givet anledning til udstedelsen af påbuddet.

Da risikofordelingen er central i alle større kontrakter, er det vigtigt, at vandselskabet forholder sig aktivt til, hvilken risikofordeling der giver det bedste resultat i det konkrete projekt, herunder hvem der er nærmest til at bære risikoen for et konkret forhold. I modsat fald risikerer vandselskabet, at tilbudsgiverne trækker sig fra projektet. Derfor anbefales det generelt, at det kun er risici, som den private part har mulighed for at påvirke udfaldet af, der overlades til den private part.

Desuden bør eventuelle bodsbestemmelser have et afbalanceret indhold set i forhold til både forseelsens karakter og betydningen heraf for vandselskabet. Risikoen for en samlet set meget høj bod kan således virke afskrækkende på tilbudsgiverne, herunder især de såkaldte ”straks-bøder”, der ikke giver den private part et rimeligt tidsrum til at afhjælpe eventuelle mindre fejl, inden der pålægges bod for forseelsen.

Afhængig af kontraktens karakter, kan der i bestemmelserne vedrørende risikoforhold endvidere indsættes klare succesparametre, der giver parterne et fælles incitament til at minimere tab og forsinkelser. Det kan i en anlægskontrakt f.eks. være en bestemmelse om, at der først betales for anlægget ved ibrugtagning, og/eller at parterne deler en eventuel reduktion i forbrugsudgifterne forbundet med anlæggets drift.

4. FREMME AF INNOVATION

OPI er forkortelsen for Offentlig-Privat Innovationssamarbejde og dækker over en lang række forskellige samarbejdsformer. Karakteristisk for et OPI er, at det indeholder et gensidigt udviklingssamarbejde, hvor den ordregivende myndighed og den private virksomhed anses for udviklingspartnere. Et OPI indebærer således et tættere samarbejde mellem den ordregivende myndighed og den private virksomhed end i det klassiske kunde/leverandørforhold.

Kammeradvokatens notat af 1. december 2014 om "Øget privat involvering i spildevandsrensning - kort afklaring af nogle begreber" indeholder definitioner på en række OPI-modeller spændende fra det uforpligtende udviklingsforum til etablering af et innovationspartnerskab.

Der er imidlertid mange måder at fremme innovation på i forbindelse med udbud af offentlige opgaver, og vandselskabet behøver ikke nødvendigvis at indgå et OPI-samarbejde for at fremme innovation i spildevandsrensningen. Nedenfor i afsnit 4.1 beskrives således, hvordan innovation kan indtænkes i traditionelle udbud af anlægs- og driftsopgaver.

Hvis vandselskabet vælger at udbyde en OPI-kontrakt dækkende enten 1) en kombineret udviklingsopgave og et efterfølgende køb af den udviklede løsning eller 2) en udviklingsopgave alene, skal vandselskabet være særligt opmærksom på, at der i kontrakten er taget stilling til håndteringen af IPR-rettighederne¹³ til den udviklede løsning. Nedenfor i afsnit 4.2. beskrives, hvorledes kontrakten bør udformes for blandt andet at sikre, at vandselskabet kan udnytte en ny og innovativ løsning, som er blevet udviklet under en OPI-kontrakt, uden at vandselskabet risikerer at krænke den private virksomheds IPR-rettigheder.

¹³ IPR-rettighederne består typisk af knowhow, patenter og brugsmønstre (immaterielle rettigheder).

4.1 Innovation i traditionelle udbud

Hvis vandselskabet ønsker at fremme innovation i forbindelse med udbud af anlægs- og driftsopgaver i relation til spildevandsrensningen, er der flere led i udbudsprocessen, hvor det kan være relevant at åbne op for innovation.

4.1.1 Forudgående markedsdialog¹⁴

Den forudgående markedsdialog benyttes 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. Markedsdialogen kan også bruges af vandselskabet til at afdække, hvilke nye innovative løsninger, der netop er kommet på markedet, således at vandselskabet i sit efterfølgende udbud kan sikre sig, at udbuddet tilrettelægges på en måde, der kan omfatte disse nye løsninger.

Som udgangspunkt vil vandselskabet i sagens natur kunne anvende oplysningerne fra deltagerne i dialogen i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmateriale, da dette er hele formålet med dialogen. Vandselskabet bør dog være opmærksom på, at anvendelsen af modtagne informationer ikke sker på en måde, der alene tilgodeser én markedsaktør. Dette ville f.eks. kunne være tilfældet, hvis vandselskabet f.eks. gør en bestemt funktion/et bestemt krav knyttet til en ydelse til et mindstekrav, såfremt denne funktion/dette krav alene kan leveres af én eller et fåtal af aktører. Det vil dog næppe stride mod ligebehandlingsprincippet, hvis vandselskabet i stedet gør funktionen/kravet til et konkurrenceparameter, men det vil naturligvis være en forudsætning, at vandselskabet ser et sagligt behov for funktionen/kravet.

4.1.2 Kravspecifikationen

Ved udarbejdelsen af kravspecifikationen kan vandselskabet fremme innovation ved at anvende funktionskrav (outputbaserede krav) i stedet for at beskrive detaljeret, hvordan opgaven skal løses.

Karakteristisk for funktionskrav er blandt andet, at de beskriver, hvad resultatet skal være, eller hvilket behov hos ordregiveren, leverandøren skal løse, i stedet for at beskrive, hvordan leverandøren skal opnå dette resultat/dække dette behov. Herved overlades de mere detaljerede beslutninger om materialevalg og arbejdstilrettelæggelse mv. til leverandøren, der på denne vis har incitament til at optimere udførelsen af opgaven, hvilket kan føre til nye og innovative løsninger.

Vandselskabet kan også vælge at lade udviklingen af en ny løsning til erstatning for en eksisterende løsning indgå direkte i kravspecifikationen. I så fald kan der være tale om en så-

¹⁴ Se nærmere om den forudgående markedsdialog i udbudsdirektivets præambel betragtning 8, der er identisk med forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel betragtning 15 samt det nye udbudsdirektivs artikel 40.

kaldt F&U-kontrakt (forsknings- og udviklingskontrakt), som nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 4.2.

4.1.3 Udbudsprocessen

Såfremt kontrakten har mange innovative aspekter, kan vandselskabet overveje, om det eventuelt vil være relevant at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, jf. udbudsdirektivets artikel 29. Konkurrencepræget dialog kan således anvendes i tilfælde af ”særligt komplekse kontrakter”¹⁵. En kontrakt anses som udgangspunkt for at være særligt kompleks, når den ordregivende myndighed enten ikke er i stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde myndighedens behov eller ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt¹⁶.

I den konkurrenceprægede dialog er formålet at indkredse og fastslå, hvorledes den ordregivende myndigheds behov bedst kan opfyldes, og under dialogen kan man drøfte alle aspekter ved kontrakten med de prækvalificerede tilbudsgivere. Såfremt vandselskabet er omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, kan udbudsformen udbud med forhandling anvendes i stedet¹⁷.

Ved udbud af rene udviklingsopgaver¹⁸ kan vandselskabet anvende den udbudslignende proces ”prækommercielle indkøb”. Det prækommercielle indkøb er en måde, hvorpå det offentlige kan erhverve forsknings- og udviklingsydelser frem til og med udviklingen af en prototype/en begrænset prøveserie af et nyt produkt/en ny løsning. Indkøbet kaldes prækommercielt, fordi det alene omfatter udviklingen af innovative løsninger frem til et stadie, før løsningerne kommerialiseres ved serieproduktion og markedsføring. Gennem prækommercielle indkøb kan vandselskaberne drive teknologiudviklingen i den retning, der bedst passer med vandselskabernes behov.

I det prækommercielle indkøb etableres flere parallelle udviklingsforløb, hvor de deltagende leverandører udskilles i en faseopdelte proces, således at kun leverandørerne med de bedste løsninger er med i den sidste fase¹⁹. Kommissionen har fastsat retningslinjer for processen i meddelelsen KOM(2007)799, Prækommercielle indkøb: vedvarende høj kvalitet i offentlige tjenester i Europa gennem øget innovation.

¹⁵ Det vil være en konkret vurdering af den pågældende kontrakt, om betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldt. Udbudsformen er ofte blevet anvendt ved udbud af OPP-kontrakter.

¹⁶ Se også udbudsdirektivets præambel betragtning 31.

¹⁷ I det nye udbudsdirektiv 2014/24/EU, der forventes implementeret i danske ret i efteråret 2015, bliver der ligeledes friere adgang til at anvende udbudsformen udbud med forhandling.

¹⁸ Ved rene udviklingsopgaver forstås, at der, jf. betingelserne i udbudsdirektivets artikel 16 f), er tale om en forsknings- og udviklingsydelse, og at den ordregivende myndighed enten ikke betaler *hele* vederlaget eller ikke modtager *hele* udbyttet til brug for egen virksomhed. Det ligger uden for dette notat at gennemgå disse betingelser nærmere.

¹⁹ Modellen har været benyttet af EU-Kommissionen i forbindelse med et prækommercielt indkøb af robotter til brug i hjemmeplejen (det såkaldte SILVER-projekt) og af Markedsmodningsfonden i Klimatilpasningspartnerskabet – gruppe 1 vedrørende udviklingen af nye løsninger på håndteringen af øgede mængder regnvand i tæt bebyggede områder med en høj befæstelsesgrad. <http://markedsmodningsfonden.dk/nyheder/701199>

4.1.4 *Evalueringen*

Det følger af udbudsdirektiverne, at kriterierne for tildeling af kontrakten skal være forbundet med kontraktens genstand²⁰. Udbudsdirektivets art. 53, stk. 1, litra a, angiver f.eks. ”*kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssige karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand samt leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid*” som mulige underkriterier.

I et traditionelt udbud, der alene omfatter levering af en konkret anlægs- eller driftsydelse, vil et parameter som ”innovation” næppe være tilstrækkeligt knyttet til kontraktens genstand, men det innovative aspekt kan ikke desto mindre komme til at spille en betydelig rolle, hvis der i udbudsmaterialet er givet rum for, at der kan tilbydes en innovativ løsning, hvis funktioner er bedre end de traditionelle løsninger.

Såfremt der er tale om en ren udviklingskontrakt, jf. afsnit 4.2.1, nedenfor, som ikke er omfattet af udbudsdirektivet, er der langt videre rammer for valget af tildelingskriterier og her kan vandselskabet f.eks. lægge vægt på, i hvilket omfang den tilbudte løsning er innovativ og nyskabende, set i forhold til eksisterende spildevandsrensningssløsninger.

4.2 **De to tilgange ved udbud af F&U-kontrakter (det grundlæggende valg)**

Hvis vandselskabet ønsker at udbyde en såkaldt forsknings- og udviklingsopgave, skal vandselskabet først træffe et grundlæggende valg om, hvorvidt kontrakten alene skal omfatte udviklingsopgaven, eller om kontrakten tillige skal indeholde mulighed for, at vandselskabet kan købe den udviklede løsning.

Nedenfor i afsnit 4.2.1 beskrives, hvilke forhold vandselskabet bør være særligt opmærksom på i udbud af rene udviklingsopgaver²¹, og i afsnit 4.2.2 beskrives forskellene herfra, når udvikling og levering af den udviklede løsning udbydes i samme kontrakt.

4.2.1 ***Udvikling og anskaffelse af løsning holdes adskilt***

Når udvikling og anskaffelse af en løsning holdes adskilt, sker den innovative proces forud for indkøbet. Vandselskabet vil således efterfølgende skulle foretage et EU-udbud, såfremt vandselskabet ønsker at anskaffe den udviklede løsning og værdien heraf overstiger de i udbudsdirektiverne relevante tærskelværdier.

²⁰ Ved kontraktens genstand forstås de ydelser, varer eller opgaver i øvrigt, der skal leveres i henhold til kontrakten.

²¹ Risikoen for statsstøtte er et andet relevant forhold ved indgåelse af rene udviklingskontrakter, som ikke er nærmere behandlet i dette notat. Se den kortfattede beskrivelse af sammenhængen mellem statsstøttereglerne og udbudsreglerne i Kammeradvokatens notat af 1. december 2014 om ”Øget privat involvering i spildevandsrensning - kort afklaring af nogle begreber”.

Der er i den forbindelse særligt to forhold, som vandselskabet bør være opmærksom på ved udformningen af kontrakten om udviklingsopgaven. Det første forhold er, hvorledes vandselskabet sikrer sig, at der kan gennemføres et efterfølgende udbud af den udviklede løsning, uden at dette krænker de immaterielle rettigheder til løsningen, som den private part, der deltog i udviklingsopgaven, måtte have opnået. Det andet forhold er, hvorledes vandselskabet i videst muligt omfang undgår, at den private part, der udviklede løsningen, skal erklæres inhabil i det efterfølgende udbud som følge af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

4.2.1.1 *Håndtering af IPR-rettigheder*

Et OPI-projekt har ofte et bredere formål end udvikling af en konkret løsning til en enkelt ordregivende myndighed, og det anbefales derfor generelt, at rettighederne til den udviklede løsning tilfalder den private virksomhed, der har de bedste forudsætninger for at kommercialisere løsningen til et bredere marked. Det er også et væsentligt incitament for private virksomheders deltagelse i udviklingsprojekter, at de opnår ejendomsretten til den under udviklingsprojektet opståede viden, herunder knowhow og projektresultater, der kan patent- eller brugsmodelbeskyttes.

Samtidig er det vigtigt, at den ordregivende myndighed ikke afskæres fra at gøre brug af løsningen. Vandselskabet, der indgår en udviklingskontrakt, bør derfor indsætte bestemmelser i kontrakten, der sikrer, at vandselskabet har en brugsret til den udviklede løsning, der kan danne grundlag for et efterfølgende udbud. I tillæg hertil bør kontrakten fastsætte, at den private virksomhed, der udvikler løsningen er forpligtet til at stille sine immaterielle rettigheder til rådighed for andre tilbudsgivere i det efterfølgende udbud på objektive, ikke diskriminerende og rimelige vilkår mod disses betaling af en markedsmæssig rimelig licens (det vil sige en tvangslicens)²².

4.2.1.2 *Håndtering af inhabilitet*

I udbudsretlig sammenhæng betegner inhabilitet den situation, at en virksomhed - som følge af forudgående kontakt mellem ordregiveren og virksomheden - er afskåret fra at deltage i en udbudsforretning som tilbudsgiver, fordi virksomheden ved den forudgående kontakt har opnået en uberettiget konkurrencefordel, der strider mod princippet om ligebehandling.

Der er næppe tvivl om, at den private virksomhed, der udvikler en ny løsning under en udviklingskontrakt med et vandselskab, vil opnå en betydelig indsigt og viden om vandselskabets behov og præferencer, der kan medføre, at virksomheden vil blive afskåret fra at deltage i vandselskabets efterfølgende udbud om anskaffelse af løsningen eller tilsvarende løs-

²² Hvis løsningen alene består af knowhow, som ikke kan rettighedsbeskyttes gennem immaterialretslovgivningen med et patent eller en brugsmodelbeskyttelse, mister løsningen værdi, når denne knowhow ikke hemmeligholdes. I så fald bør det efterfølgende udbud tilrettelægges som begrænset udbud, og de prækvalificerede virksomheder bør pålægges en forpligtelse til at hemmeligholde denne knowhow og alene anvende den ved udførelsen af den udbudte opgave.

ninger. Klagenævnet for Udbud har afsagt adskillige kendelser om inhabilitet, og afgørende for at overholde ligebehandlingsprincippet er, at der skabes et lige grundlag at afgive tilbud på, herunder 1) at ingen tilbudsgiver har et ”nævneværdigt forspring i viden”, og 2) at ingen tilbudsgiver har haft mulighed for at påvirke udbudsmaterialet/præge udbuddets tilrettelæggelse.

For så vidt muligt at undgå inhabilitet, bør vandselskabet derfor anføre i udviklingskontrakten, at der skal udarbejdes fuld dokumentation for udviklingsprocessen med henblik på udlevering heraf til andre tilbudsgivere i det efterfølgende udbud. Desuden bør det fremgå af udviklingskontrakten, at der så vidt muligt skal anvendes bredt tilgængelige standarder og materialer i løsningen. Endelig skal vandselskabet ved fastsættelsen af tilbudsfristen i det efterfølgende udbud sørge for, at fristen er tilstrækkelig lang til, at de øvrige tilbudsgivere har tid til at sætte sig grundigt ind i det udleverede materiale fra udviklingsprocessen.

Udbuddet bør tilrettelægges som et funktionsudbud, hvor også konkurrerende løsninger kan indgå i tilbuddene, og vandselskabet bør så vidt muligt lade udbuddet blive varetaget af en anden del af vandselskabets organisation end den del, der har deltaget i udviklingsprojektet og eventuelt arbejdet tæt sammen med medarbejderne fra den private virksomhed, der udviklede løsningen.

4.2.2 Udvikling og levering af løsning udgør én samlet løsning

Når udvikling og levering af løsningen udbydes i én samlet kontrakt, sker den innovative proces som en del af anskaffelsen. I en sådan kontrakt vil udviklingsopgaven således være kombineret med enten en købsforpligtelse eller en købsoption for vandselskabet. I dette tilfælde finder reglerne i udbudsdirektiverne anvendelse, hvis kontraktens anslåede værdi overskrider tærskelværdierne i det relevante udbudsdirektiv.

Fordelen ved kontrakten, der kombinerer udviklingsopgaven med levering af den udviklede løsning, er, at der ikke opstår risiko for inhabilitet, da anskaffelsen jo sker som et led i de udbudte ydelser. Desuden er IPR-rettinghederne nemmere at håndtere, eftersom vandselskabet ikke risikerer at krænke IPR-rettinghederne, når vandselskabet køber eksemplarer af den udviklede løsning fra den virksomhed, der er indehaver af rettinghederne

Den kontraktmæssige udfordring i denne type kontrakt er til gengæld på forhånd at definere en mekanisme, som gør det muligt at fastsætte prisen for mangfoldiggørelsen (hvis der skal leveres flere eksemplarer), 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 løsninger²³.

Innovationspartnerskabet omfatter således både ”*udvikling af innovative varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder og det efterfølgende indkøb af de heraf resulterende varer, tjenesteydelser eller arbejder, forudsat at de svarer til de resultatniveauer og maksimumomkostninger, der er aftalt mellem de ordregivende myndigheder og deltagerne [i innovationspartnerskabet]*”²⁴.

5. VEDLIGEHOLDELSE AF ANLÆG OG LEDNINGER

Vandselskaberne er underlagt hvile-i-sig-selv-princippet²⁵ og er således - modsat en privat virksomhed – ikke drevet med profit for øje. Såfremt driften udliciteres i sin helhed til en privat part, kan der således opstå risiko for, at den private part nedprioriterer investering i løbende vedligeholdelse af anlæg og ledninger for derved at optimere sin nettoindtjening. Dette vil bringe forsyningsikkerheden i fare og vil endvidere kunne få sundheds- og miljømæssige konsekvenser.

Vandselskaberne bør derfor via den indgåede kontrakt pålægge den private part at foretage fornødne vedligeholdelsesarbejder. Vandselskabet bør endvidere løbende føre kontrol med, at der foretages de nødvendige investeringer i anlæggene ud fra en i kontrakten forudsat investeringsplan. Vandselskabet kan enten selv udarbejde en investeringsplan, der indgår i udbudsmaterialet, eller vandselskabet kan lade leverandørerne aflevere en investeringsplan som en del af deres tilbud.

Derudover bør kontrakten indeholde bestemmelser, hvorefter

- den private leverandør er forpligtet til at drive og vedligeholde anlægget i hele aftalens løbetid, så det lever op til vandselskabets nærmere fastsatte krav, og således at anlægget til enhver tid er i lovlig stand i enhver henseende,
- den private leverandør er forpligtet til at lade vandselskabet forestå vedligeholdelse på leverandørens regning, som leverandøren har forsømt at udføre i henhold til den indgåede aftale, herunder at give vandselskabet - eller den som vandselskabet måtte antage hertil - adgang til anlæg og materiel mv. i fornødent omfang.²⁶

²³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud.

²⁴ Jf. det nye udbudsdirektivs artikel 31, stk. 2.

²⁵ Betydningen af hvile-i-sig-selv-princippet, herunder i relation til vandselskabernes samarbejde med private, behandles ikke yderligere i dette notat.

²⁶ Dette kan udformes som en indtrædelsesret for vandselskabet.

6. DEN ØKONOMISKE REGULERING AF VANDSELSKABERNE

6.1 Tilknyttede aktiviteter

Rammerne for vandselskabers deltagelse i anden virksomhed end vandselskabets hovedvirksomhed reguleres af vandsektorlovens § 18 og bekendtgørelse om vandselskabers deltagelse i anden virksomhed.²⁷

Et spildevandsselskab har som hovedvirksomhed at transportere, behandle eller aflede spildevand mod betaling. Dette omfatter al behandling af spildevand, der modtages på spildevandsanlægget, herunder også forbrænding af spildevandsslam. Spildevandsselskabets behandling af spildevand samt forbrænding af slam for andre spildevandsselskaber betragtes dermed også som en del af spildevandsselskabets hovedvirksomhed. Hovedvirksomheden omfatter ifølge spildevandsbekendtgørelsen²⁸ endvidere transport af spildevand mod betaling i spildevandsanlæggets ledningsnet, det vil sige i spildevandsselskabets forsyningsområde.²⁹

Efter reglerne om tilknyttede aktiviteter må vandselskaber alene deltage i andre aktiviteter end selskabets hovedaktivitet, når disse aktiviteter har nær tilknytning til forsyningsvirksomheden (vandselskabets hovedvirksomhed). Eksempler på sådanne tilknyttede aktiviteter kan være salg af overskydende kapacitet, f.eks. i form af bistand til kommunens miljøafdeling med viden om den eksisterende infrastruktur, håndtering af særligt forurenede spildevand mv.

Det fremgår af bekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 1 – 9, samt § 3, stk. 2, nr. 1 – 4, hvilke nærmere bestemte tilknyttede aktiviteter et vandselskab må udøve ved siden af hovedvirksomheden. Bestemmelsen er udtømmende og gælder for alle aktiviteter, som vandselskabet udøver ud over hovedvirksomheden, uanset om vandselskabet udøver aktiviteterne indenfor eller udenfor vandselskabet, jf. § 2, stk. 3.

Som udgangspunkt skal vandselskabers tilknyttede aktiviteter organiseres i et eller flere selvstændige selskaber med begrænset ansvar. Disse selskaber skal drives kommercielt, og deres aktiviteter skal udøves på markedsmæssige vilkår. Dette udgangspunkt fraviges dog, hvis den samlede omsætning med tilknyttede aktiviteter er på mindre end 2 mio. kr.³⁰ I så-

²⁷ Bekendtgørelse nr. 1195 af 14. oktober 2010 om vandselskabers deltagelse i anden virksomhed som ændret ved bekendtgørelse nr. 1386 af 13. december 2010.

²⁸ Bekendtgørelse nr. 1448 af 11. december 2007 med senere ændringer.

²⁹ Drift af spildevandsanlæg eller spildevandsledninger uden for spildevandsselskabets forsyningsområde indgår imidlertid ikke i vandselskabets hovedvirksomhed.

³⁰ Den maksimale samlede årlige omsætning udgjorde 2 mio. kr. i 2010. Omsætningstallet pristalsreguleres årligt, jf. vandsektorlovens § 18, stk. 2.

danne tilfælde kan de tilknyttede aktiviteter foregå i vandselskabet³¹. Formålet med at begrænse deltagelsen i tilknyttede aktiviteter er blandt andet, at vandselskabets forbrugere kun skal betale for de ydelser, de modtager, og at vandselskabet ikke må konkurrere med private aktører på urimelige vilkår.

Kravet om, at tilknyttede aktiviteter skal udøves på kommercielle vilkår, gælder, uanset om de udøves inden for vandselskabet eller i et selvstændigt selskab, jf. bekendtgørelsens § 4, stk. 1, nr. 1, og § 2, stk. 3. Kravet om, at kommunalt ejede selskaber alene må udføre aktiviteter til kostpris³², gælder således ikke for tilknyttede aktiviteter.

Ved investering i tilknyttede aktiviteter skal vandselskabet have en begrundet forventning om at kunne opnå et afkast, der er normalt for den pågældende aktivitet, jf. bekendtgørelsens § 4, stk. 1, nr. 2. Det vil sige, at vandselskaber inden for lovens og bekendtgørelsens begrænsninger må investere i tilknyttede aktiviteter, og at afkastet fra vandselskabets investeringer i tilknyttede aktiviteter tilsvarende er en indtægt, der skal indregnes i vandselskabets hovedvirksomhed i forbindelse med opgørelse af prisloftet, jf. punkt 6.2. nedenfor³³.

Vandselskaber må ikke hæfte for forpligtelser for selvstændige selskaber, der udøver tilknyttede aktiviteter, jf. bekendtgørelsens § 4, stk. 1, nr. 5.

Der er endvidere krav om separate regnskaber og forholdsmæssig fordeling af anlægsaktiverne mellem hovedvirksomheden og de tilknyttede aktiviteter, så tilknyttet virksomhed ikke kan udnytte vandselskabets kapacitet gratis eller for billigt, jf. bekendtgørelsens § 6.

Et af formålene med at give vandselskaberne adgang til at deltage i tilknyttede aktiviteter er at styrke samarbejdet med private og af denne grund er omsætningen fra selskaber, hvori vandselskabet deltager i forbindelse med udøvelse af tilknyttede aktiviteter, undtaget fra omsætningskravet³⁴ i bekendtgørelsens § 5, stk. 2, såfremt en privat part ejer mere end 60 %

³¹ Omsætningens størrelse er således afgørende for, om de tilknyttede aktiviteter kan udføres i vandselskabet, eller om de skal udskilles i et særskilt selskab

³² Det er en konsekvens af hvile-i-sig-selv princippet, at indtægterne kun skal dække omkostningerne forbundet med vandselskabernes hovedaktiviteter, hvorfor afregning heraf sker udelukkende til kostpris. Når vandselskaberne udøver tilknyttede aktiviteter, skal der derimod lægges avance til kostprisen, således at vandselskabet ikke konkurrerer med private aktører på urimelige vilkår.

³³ Har et selskab eksempelvis haft indtægter på 700.000 kr. fra tilknyttede aktiviteter og omkostninger på 500.000 kr., så vil afkastet være på 200.000 kr. Det er dette beløb, der skal indberettes sammen med selskabets øvrige primære indtægter. Omkostninger forbundet med de tilknyttede aktiviteter kan dermed ikke indregnes direkte sammen med selskabets øvrige omkostninger, ligesom et eventuelt underskud fra tilknyttede aktiviteter heller ikke kan indregnes i prisloftet.

³⁴ Vandselskabet kan kun deltage som ejer eller medejer af selskabet, der udfører tilknyttede aktiviteter, når omsætningen i de pågældende selskaber tilsammen højst udgør hhv. 2,5 mio. kr., 6 mio. kr. eller 10 mio. kr. årligt. Grænsen er afhængig af størrelsen af vandselskabets egen omsætning, jf. dog note 36

af ejerandelene i selskabet³⁵. Vandselskaberne er imidlertid fortsat bundet af begrænsningerne i bekendtgørelsens § 2 vedrørende aktiviteterne karakter og omfang³⁶.

I forbindelse med vandselskabernes indgåelse af aftale med en privat part om udførelse af fælles aktiviteter³⁷, er det afgørende, at vandselskabet har reglerne om tilknyttede aktiviteter for øje, herunder om aktivitetens karakter og omfang falder ind under bekendtgørelsens § 2. Endvidere bør vandselskabet overveje, om den forventede omsætning ved de tilknyttede aktiviteter nødvendiggør, at der stiftes et selvstændigt selskab og i den forbindelse forholder sig til, hvordan ejerstrukturen bør være.

Endvidere er det væsentligt at sikre, at det i enhver aftale, der indgås mellem vandselskabet og det offentlig-private selskab (som udøver tilknyttede aktiviteter), sikres, at det offentlig-private selskabs træk på vandselskabets ressourcer afregnes på markedsmæssige vilkår i overensstemmelse med reglerne i bekendtgørelsen. Endelig kan vandselskabet ikke påtage sig nogen hæftelse for det offentlig-private selskab, jf. ovenfor.

6.2 Prisloftet

Vand- og spildevandsselskaber er naturlige monopoler, som hver især varetager forsyningen i et afgrænset, ikke-overlappende, forsyningsområde. Den økonomiske regulering af vandselskaberne, herunder i form af prisloft-reglerne, er derfor udtryk for et ønske om, i fravær af et direkte konkurrencepres på markedet, at søge at skabe et pres for effektivisering af sektoren i tråd med vandsektorlovens formål, jf. afsnit 2.3, ovenfor.

Reguleringen af vandselskaberne indebærer, at Forsyningssekretariatet, under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvert år fastsætter et såkaldt prisloft for hvert selskab omfattet af vandsektorloven.

Prisloftet er udtrykt i kr. pr. m³ vand og fastsætter en samlet indtægtsramme for selskabet. Prisloftet fungerer altså som en øvre grænse for selskabets indtægter fra den primære drift. Prisloftet omfatter endvidere udgifter til drift, investeringer og en række øvrige udgifter, herunder for eksempel til klimatilpasning, miljø- og servicemål, afgifter, skatter mv.

³⁵ Disse selskaber omtales ofte som 40/60 selskaber. Omsætningsgrænsen gælder således ikke de selskaber, hvor mere end 60% af selskabet ejes af en privat aktør.

³⁶ De tilladte former for tilknyttede aktiviteter er oplyst i bekendtgørelsens § 2 og består overordnet af følgende: salg af overskuds- eller biprodukter, udnyttelse af overkapacitet i form af udleje af fast ejendom, udnyttelse af uundgåelig driftsmæssig og administrativ overkapacitet, udnyttelse af vandselskabernes know-how f.eks. til kursusvirksomhed, salg af rettigheder til resultaterne af udvikling, drift af vejvandsanlæg, rottebekæmpelse, teknisk bistand til ejerkommunen, måler-aflæsning o. lign. i eget forsyningsområde m.v. Vandselskabets samlede anden virksomhed med de tilknyttede aktiviteter skal både arbejdsmæssigt og økonomisk have et væsentligt mindre omfang end hovedvirksomheden.

³⁷ Det vil sige aktiviteter, hvor vandselskabet ikke blot er bestiller/kunde og den private part er leverandør. Det kan f.eks. være fælles kursusafholdelse eller fælles udvikling af nye innovative spildevandsløsninger og salg af rettighederne hertil.

Et centralt led i prisloftsreguleringen er fastsættelsen af individuelle effektiviseringskrav til vandselskabernes driftsomkostninger. Effektiviseringskravene fastsættes årligt på baggrund af en benchmarkingmodel, hvor vandselskaberne sammenlignes med de mest effektive vandselskaber i branchen.

Effektiviseringskravet indebærer, at selskaberne skal effektivisere driften for at leve op til kravene. Da selskaberne ikke ved, om de får stillet et effektiviseringskrav, bidrager det til, at selv de mest effektive vandselskaber i branchen har incitament til at effektivisere.

Beregningen af det individuelle effektiviseringskrav foretages enkeltvis for alle vandselskaber, der er omfattet af prisloftreguleringen.

Vandselskabets betaling for ydelser leveret af en privat part i forbindelse med udlicitering af driftsopgaver vil typisk blive anset for driftsudgifter, som indgår i beregningen af prisloftet. Idet vandselskabet ikke kender prisloftet, herunder effektiviseringskravet på langt sigt, kan det være svært for vandselskabet at indgå langvarige kontrakter om udlicitering af driftsopgaven, idet prisloftet på sigt kan nå ned på et niveau, der ikke længere dækker betalingerne til den private part.³⁸

Dette problem kan søges imødekommet ved, at vandselskabet i forbindelse med udlicitering af driftsopgaven indarbejder kontraktbestemmelser, som pålægger den private part at honorere de fremtidige effektiviseringskrav, som vandselskabet pålægges efter prisloftreglerne. Den private part forpligtes således til løbende forholdsmæssigt at sikre en effektivisering i driften og dermed en reduktion i den betaling, som vandselskabet yder til den private part, svarende til det effektiviseringskrav, som vandselskabet pålægges fremadrettet.³⁹

Ved formuleringen af en sådan ændringsklausul i kontrakten, er det afgørende, at adgangen til at ændre i de oprindeligt aftalte vilkår er beskrevet præcist for at sikre, at der ikke bliver tale om en ændring af kontrakten, som vil blive anset for så væsentlig, at det udløser pligt til at udbyde kontrakten på ny.

Det er derfor afgørende, at det i kontrakten er klart fastlagt, hvornår en ændring kan ske, hvordan ændringen kan ske og i hvilket omfang. Ændringsmekanismen bør i den forbindelse relateres direkte til prisloftet, således at adgangen til at foretage ændringer i kontrakten udløses på et objektivt og sagligt grundlag, uden for parternes indflydelse.

³⁸ En anden udfordring, som prisloftsreguleringen medfører, relaterer sig til vandselskabers mulighed for at deltage i et klassisk OPP, idet vandselskabets betalinger til den private virksomhed vil blive anset for en driftsomkostning for vandselskabet, uanset at betalingen tillige dækker investering i spildevandsanlægget. Denne problemstilling behandles dog ikke yderligere i dette notat.

³⁹ Denne fremgangsmåde er formentlig bedst egnet i tilfælde, hvor den samlede drift er udliciteret til den private operatør.

7. OPMÆRKSOMHEDSPUNKTER I RELATION TIL DEN PRIVATE PARTS KONKURS

Ved vurderingen af, hvordan vandselskaberne er stillet i en konkurssituation, er det afgørende at sondre mellem, hvorvidt der er tale om en ren driftsaftale, eller om der er tale om et OPP med enten offentlig eller privat finansiering.

I situationen med den rene driftsaftale bevarer vandselskabet ejerskabet til de relevante anlæg. I tilfælde af konkurs kan vandselskabet således hjemtage opgaven og derved sikre den fortsatte drift. Som konsekvens af virksomhedsoverdragelsesloven⁴⁰ vil driftspersonalet som udgangspunkt gå med over til vandselskabet i forbindelse med hjemtagelse af opgaven.

I en OPP light model bevarer vandselskabet på tilsvarende vis ejendomsretten til de relevante anlæg, og vandselskabet er derfor overordnet ikke anderledes stillet, hvis OPP-leverandøren går konkurs i driftsfasen, end vandselskabet vil være stillet i en ”almindelig” langvarig driftskontrakt, hvor driftsoperatøren går konkurs. Også i denne situation vil virksomhedsoverdragelsesloven som udgangspunkt indebære, at medarbejderne beskæftiget med driften vil følge med over til vandselskabet.

Såfremt vandselskabet ønsker at indgå en klassisk OPP-aftale med privat finansiering, hvor OPP-selskabet bevarer ejendomsretten til de relevante anlæg, bør det forinden sikres, at vandselskabet kan tinglyse en brugsret eller købsret på anlæggene. I modsat fald kan vandselskabet få vanskeligt ved at hjemtage forsyningsopgaverne ved OPP-selskabets konkurs, fordi vandselskabet ikke selv råder over de relevante anlæg, og der vil ikke kunne opretholdes kontrol med forsyningen.

Helt overordnet er det væsentligste i en konkurssituation, hvor vandselskabet har udliciteret sine forsyningsopgaver, således at vandselskabet har adgang til for det første anlægget (som beskrevet ovenfor) og for det andet personalet til at sikre forsyningsikkerheden. Som klar hovedregel vil virksomhedsoverdragelsesloven medføre, at driftsoperatørens eller OPP-leverandørens medarbejdere, der er beskæftiget med opgaven, er både berettigede og forpligtede til at ”følge med” over i vandselskabet, hvis vandselskabet hjemtager opgaven

Et andet forhold af betydning for sikring af forsyningsikkerheden i tilfælde af konkurs, er konkursboets adgang til at indtræde i drifts- eller OPP-aftalen efter konkursloven.

Hvis boet indtræder i aftalen, bliver boet både berettiget og forpligtet efter kontraktens indhold. Konkursboet⁴¹ skal således som udgangspunkt opfylde aftalens indhold mod betaling

⁴⁰ Lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse.

⁴¹ Vandselskabets kontraktpart bliver herved den pågældende virksomhed under konkurs ved kurator XX.

som anført i aftalen. Konkursloven tillader dog, at konkursboet kan opsig kontrakten med én måneds varsel, hvorfor opretholdelsen af forsyningssikkerheden potentielt kan have en begrænset længde, hvis vandselskabet ikke formår at hjemtage opgaverne i løbet af en måned. Dertil kommer, at boet⁴² har en vis betænkningstid (sædvanligvis 1-2 uger) til at beslutte, om boet vil indtræde i kontrakten. I denne periode er forsyningssikkerheden heller ikke nødvendigvis sikret.

Hvis boet ikke indtræder i aftalen, kan kontraktens vilkår ikke gennemtvinges in natura. Det vil eksempelvis sige, at vandselskaberne i denne situation ikke vil kunne håndhæve de normale beskyttelsesmekanismer i kontrakten i tilfælde af væsentlig misligholdelse, herunder f.eks. bestemmelser om vandselskabets ret til midlertidigt at hjemtage driftsopgaven (og i et OPP med privat finansiering: den offentlige parts adgang til at overtage OPP-selskabets aktiver i en periode). Såfremt boet ikke indtræder i kontrakten, er vandselskabet berettiget til at hæve kontrakten⁴³ og derefter hjemtage opgaven.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens standardaftaler for OPP indeholder en række foranstaltninger, der kan begrænse risikoen for, at en konkurs overhovedet indtræder. Af disse foranstaltninger skal her blot omtales oprettelsen af et særskilt driftsselskab.

OPP-standardaftalen er således baseret på, at der oprettes et særskilt selskab (et såkaldt SPV - *special purpose vehicle*) til at forestå opgaven med at udføre kontrakten. Dermed indkapsles risici under OPP-aftalen i et selskab, således at dette selskab som udgangspunkt alene kan gå konkurs, såfremt driften under OPP-aftalen er underskudsgivende, eller hvis selskabet bliver ramt af en force majeure-lignende situation (f.eks. aktivernes undergang). OPP-selskabet vil som følge af SPV-konstruktionen⁴⁴ således som udgangspunkt være upåvirket af konkurs hos et moderselskab. OPP-selskabets forpligtigelser overfor den offentlige part vil således fortsat bestå, uanset hvem der måtte overtage moderselskabets ejerandele i OPP-selskabet (SPV'et)⁴⁵.

Med OPP-konstruktionen indgås aftalen med SPV-selskabet (OPP-selskabet), der herefter indgår selvstændige leveranceaftaler med en entreprenør og en driftsoperatør. Der indgås derudover en finansieringsaftale med en ekstern part (financieren). I praksis ses det oftest, at det er entreprenørselskabet og ikke OPP-selskabet selv, der rammes af en konkurs. Er det

⁴² Det vil i praksis sige kurator.

⁴³ Ophævelse af en OPP-aftale vil sædvanligvis forudsætte, at financieren ikke har benyttet sig af sin afværgeret. Se nærmere herom i Konkurrence og Forbrugerstyrelsens standardaftaler for OPP:
<http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/OPPStandardmodeller>

⁴⁴ SPV-konstruktionen er som følger: Et moderselskab ejer OPP-selskabet (det såkaldte SPV), der indgår kontrakten med vandselskabet. OPP-selskabet (SPV'et) indgår underleverandøraftaler med henholdsvis en entreprenør og en driftsoperatør.

⁴⁵ Hvis moderselskabet går konkurs, vil konkursboet således sælge moderselskabets ejerandele i OPP-selskabet (SPV'et) til et nyt moderselskab. Der sker ingen ændringer i OPP-selskabets forpligtelser og ansvar overfor vandselskabet som følge af moderselskabets konkurs. Moderselskabet har ikke selv nogen forpligtelser overfor vandselskabet medmindre de f.eks. har stillet en moderselskabsgaranti eller lignende.

tilfældet, er det OPP-selskabet og ikke den offentlige part, der må anmelde et krav i entreprenørselskabets konkursbo. Konkursen er således – i princippet – den offentlige part ”uvedkommende”⁴⁶, idet OPP-selskabet fortsat er forpligtet til at efterleve forpligtelserne i aftalen med den offentlige part. Navnlige hvis man fra start har sikret sig, at OPP-selskabet er økonomisk robust⁴⁷, er det således langt fra givet, at en entreprenør eller driftsoperatørs konkurs får den konsekvens, at OPP-selskabet også går konkurs. Ved en ”normal” udlicitering af en entreprise og/eller driftsopgave ville en konkurs hos leverandøren resultere i, at den offentlige part alene kunne anmelde et eventuelt krav i konkursboet.

8. AFSLUTTENDE OVERVEJELSER

Som det fremgår af det foregående kan og bør vandselskabernes kontrol med forsyningen i forbindelse med udlicitering først og fremmest sikres gennem en hensigtsmæssig udformning af den udbudte kontrakt. Der vil dog endvidere være en række yderligere muligheder for kontrol, som vandselskaberne tillige kan overveje i forbindelse med udlicitering.

Vandselskabet kan således, eksempelvis i forbindelse med udbud af driftsaftalen, stille krav til driftsoperatørens økonomiske og tekniske formåen og dermed sikre sig, at driftsoperatøren har de fornødne kompetencer samt et tilstrækkeligt økonomisk grundlag. Som anført nedenfor kan disse krav suppleres med en løbende rapporteringsforpligtelse for leverandøren.

Vandselskabet kan endvidere stille krav om, at vandselskabet skal kunne udpege et eller flere medlemmer af driftsoperatørens ledelse. Dette vil typisk være i bestyrelsen for driftsselskabet. Vandselskabets ledelsesmedlemmer kan eventuelt være passive og dermed have observatørlignende status, eller man kan forestille sig en mere aktiv deltagelse.⁴⁸

Hvis vandselskabet ikke ønsker at udpege medlemmer af ledelsen, men alligevel gerne vil være på forkant med driftsselskabets virke, kan det overvejes at pålægge driftsoperatøren en rapporteringsforpligtelse, således at vandselskabet eksempelvis hvert kvartal modtager nærmere specificerede oplysninger om driftsselskabet og driften.

Vandselskabet kan også udlåne nøglepersoner til driftsoperatøren, således at disse bevarer deres ansættelsesforhold i vandselskabet, selvom driftsoperatøren overtager den daglige instruktionsbeføjelse. Når disse personer indtager centrale poster i den daglige drift, kan

⁴⁶ ”Uvedkommende”, fordi det jo ikke er vandselskabets kontraktpart (OPP-selskabet), der er gået konkurs.

⁴⁷ Der kan således i OPP-aftalen stilles krav til f.eks. OPP-selskabets egenkapital, krav om reetablering af egenkapital ved underskud mv.

⁴⁸ Dog bør vandselskabet ikke herved opnå en bestemmende indflydelse i det private selskab. Konsekvenserne heraf er ikke nærmere belyst i dette notat.

_____ vandselskabet i højere grad sikre, at kompetenceudvikling og erfaringsopbygning bevares i vandselskabet.

Endeligt kan det overvejes at kræve, at driftsoperatøren stiller sikkerhed i form af bankgaranti eller lignende, som vandselskabet kan trække på, såfremt det bliver nødvendigt til sikring af den fortsatte drift i tilfælde af driftsoperatørens misligholdelse el.lign.

---oo0oo---