

MODELLER FOR INDGÅELSE AF SAMAR- BEJDE OM DEPONERINGSKAPACITET

Februar 2018

Indholdsfortegnelse

1.	Baggrund	2
2.	Lokalt fastsatte rammebetingelser	3
3.	Udbudsretlige udfordringer ved indgåelse af samarbejde	4
4.	Modeller for indgåelse af samarbejde	6
4.1	Horisontal aftale mellem ordregivere	6
4.2	Udbudspligt for aftale om anvisning til anlæg til deponi	7
4.3	Opgørelse af kontraktens værdi	9
4.4	Tjenesteydelse over tærskelværdien	11
4.5	Tjenesteydelse under tærskelværdien	12
5.	Konklusion	14

Bilag:

1. Paradigme for kontraktudkast med hæftelsesklausul
2. Paradigme for udbud af deponeringskapacitet over tærskelværdi for EU-udbud

1. Baggrund

Miljøbeskyttelsesloven fastlægger, at (nye) anlæg for deponering af affald kun må ejes af offentlige myndigheder. Derved har kommuner og kommunale fællesskaber reelt monopol på deponering af affald.

Deponeringsbekendtgørelsen bestemmer, at det efter den 1. april 2020 ikke er tilladt at deponere blandet affald på ikke-kystnære deponeringsanlæg. Som følge heraf må det antages, at en række ikke-kystnære deponeringsanlæg må nedlukkes, og at herved berørte kommuner/fællesskaber må tilvejebringe deponeringskapacitet uden for eget opland. Vi er med andre ord på vej mod en struktur med færre, men større anlæg, der dækker større oplande.

Reno Djurs' deponeringsanlæg ved Glatved er miljømæssigt set særdeles gunstigt lokaliseret, er teknologisk set opdateret, har stor restkapacitet og ikke mindst lave priser.

På det grundlag forventer vi, at Reno Djurs' deponeringsanlæg i Glatved i stadig højere grad vil opnå position som et "regionalt" anlæg, som betjener større oplande end i dag. Allerede i dag modtager Reno Djurs affald til deponering fra andre kommuner, herunder Aarhus, Silkeborg, Vesthimmerland og Samsø.

Ved at stille deponeringskapacitet til rådighed for kommuner/fællesskaber, der ikke selv råder over en sådan kapacitet, ønsker Reno Djurs at bidrage til, at kommunerne under ét kan opfylde den i miljøbeskyttelsesloven fastsatte kapacitetsforpligtelse for kommuner.

Samarbejder mellem kommuner/affaldsselskaber om deponeringskapacitet har imidlertid nogle iboende udfordringer, bl.a. i relation til udbudsloven og de særlige ansvarsforhold, som ejere af deponeringsanlæg lovgivningsmæssigt er underlagt.

Dette notat opidser disse udfordringer samt rammebetingelser, der lokalt er vedtaget for samarbejder med andre kommuner, og angiver modeller for, hvorledes samarbejde kan indgås.

2. Lokalt fastsatte rammebetingelser

Reno Djurs ejer og driver deponeringsanlægget i Glatved. Reno Djurs er et fælleskommunalt interessentskab, ejet af Norddjurs og Syddjurs Kommuner. Reno Djurs ledes af en bestyrelse bestående af 6 kommunalpolitikere – tre fra hver af kommunerne. Reno Djurs er således en offentligretlig virksomhed underlagt såvel offentlighedsloven som forvaltningsloven.

Reno Djurs er underlagt en hvile-i-sig-selv økonomi, der indebærer, at der hverken må oparbejdes overskud eller underskud, og samtidig gælder forurenere-betaler-princippet. Gebyrerne for deponering fastsættes derfor ud fra de faktiske omkostninger.

Reno Djurs' bestyrelse såvel som interessenter har godkendt, at Reno Djurs efter konkret vurdering kan påtage sig at modtage deponeringsegnet affald fra kommuner/fællesskaber uden for Reno Djurs.

Beslutningen fastslår,

- at Reno Djurs' bestyrelse kan indgå samarbejdsaftaler med eksterne oplande (defineret som kommuner hhv. kommunale fællesskaber) om modtagelse af deponeringsegnet affald, samt
- at der i sådanne samarbejdsaftaler indsættes en miljøansvarsklausul godkendt af bestyrelsen.

Vi stiller således gerne vores deponeringsanlæg til rådighed for eksterne kommuner (og dermed virksomheder hjemmehørende i de pågældende kommuner) på nogle simple vilkår:

- Affaldsmodtagelse sker på de vilkår, som gælder for vore egne interessenter. Prissætningen, som er omkostningsægte, er den samme for alle brugere.
- Eksterne kommuner skal hæfte for eventuelle fremtidige ikke-planlagte omkostninger (relativt efter leveret mængde) - fuldstændig som vore egne interessenter hæfter for sådanne omkostninger - jf. den til formålet udarbejdede klausul.

Sidstnævnte beror på den risikovurdering, at der potentielt kan opstå fremtidige omkostninger relateret til allerede deponeret affald, som ikke dækkes af gebyret for modtagelsen af affaldet. Uden hæftelselementet vil eventuelle fremtidige omkostninger relateret til "fremmed" affald alene kunne dækkes af deponeringsanlæggets ejere (dvs. borgere og virksomheder i Norddjurs Kommune og Syddjurs Kommune). Hvis f.eks. Reno Djurs modtager affald fra eksterne kommuner med 500.000 indbyggere, ville det uden en sådan klausul være de 80.000 indbyggere i de to ejerkommuner, der alene bærer risikoen for alt det leverede affald – også fra de eksterne kommuner.

Advokat Mads Kobberø har for Reno Djurs udarbejdet et notat om centrale juridiske aspekter i forhold til at modtage affald fra eksterne kommuner i relation til hæftelselementet, og på det grundlag er der udarbejdet en klausul, som eksterne kommuner skal tiltræde som en nødvendig del af samarbejdet.

3. Udbudsretlige udfordringer ved indgåelse af samarbejde

Udbudslovgivningen skal sikre, at offentlige myndigheder konkurrenceudsætter indkøbet af varer og serviceydelser, herunder indkøb af deponeringskapacitet i det omfang, opgaverne ikke løses af den offentlige myndighed selv.

Markedet for deponeringskapacitet er imidlertid kendetegnet ved nogle forhold, der giver udfordringer ved en klassisk konkurrenceudsættelse i form af udbud:

- Udbydermarkedet er begrænset til få offentligt ejede deponeringsanlæg.
- Reglerne om grænseoverskridende transport af affald forhindrer eksport af deponeringsegnede affald, der kan deponeres i Danmark. Selvom den forventede kontraktværdi er over tærskelværdien for EU-udbud, og udbuddet dermed gennemføres som sådan, vil det næppe være lovligt at eksportere deponeringsegnede affald til en tilbudsgiver udenfor Danmark.
- Reglerne om fastsættelse af takster og gebyrer¹ på deponeringsanlæg indebærer, at disse skal være omkostningsægte. Der må på deponeringsanlæg således hverken oparbejdes overskud eller underskud – heller ikke for det affald, der modtages fra eksterne kommuner.
- De konkrete takster og gebyrer for selve deponeringen, der pålægges i kr./ton for de enkelte affaldstyper, må ikke være differentierede med grundlag i affaldets oprindelseskommune.²
- De gebyrer, som affaldsproducenterne betaler, skal være i overensstemmelse med forurenere-betaler princippet. Det indebærer, at alle omkostninger knyttet til deponering af affaldet skal være indeholdt i de gebyrer, som affaldsproducenten betaler.
- Der knytter sig en risiko for, at de takster og gebyrer, der opkræves for deponering af affald på lang sigt, kan vise sig ikke at dække de faktiske omkostninger. Dette gælder f.eks., hvis det viser sig, at den periode et deponeringsanlæg skal være omfattet af såkaldte aktive miljøbeskyttende foranstaltninger (f.eks. rensning af perkolat), bliver længere end forudsat, og dermed ikke kan betales af den sikkerhedsstilling, der er indregnet i takster og gebyrer. Denne risiko skal også håndteres ved konkurrenceudsættelse.
- Taksterne for deponering fastsættes af ejeren – i vores tilfælde af bestyrelsen for Reno Djurs hvert år.

Konkurrencen i en udbudssituation er således begrænset til få offentligt ejede deponeringsanlæg i Danmark, og disse deponeringsanlæg er også i en tilbudssituation omfattet af de særlige forhold, der gælder for prisfastsættelse.

¹ Der sondres formelt mellem gebyrer og takster derved, at gebyrer fastsættes af kommunen i forholdet mellem affaldsproducent og kommune, og takster fastsættes af deponeringsanlægget i forholdet mellem deponeringsanlægget og kommuner (interne som eksterne) samt mellem deponeringsanlægget og affaldsproducenter fra eksterne kommuner.

² I den såkaldte Uniscrap dom har Højesteret fastslået, at et deponeringsanlæg ikke må tage en højere pris for affaldsproducenter uden for ejerkredsen end affaldsproducenter fra eget opland, dog bortset fra forrentning af indskudt egenkapital. Reno Djurs har valgt ikke at opkræve forrentning af indskudt egenkapital. I forhold til at tage en pris fra affaldsproducenter uden for eget opland, der er lavere end for egne affaldsproducenter (f.eks. på grundlag af en marginalomkostningsbetragtning), finder Reno Djurs dette problematisk med sigte til forurenere betaler princippet og ligebehandlingsprincippet. Vi mener ikke, at to ens affaldsproducenter, der "forurenere" lige meget, kan mødes med to forskellige gebyrer.

For os betyder det konkret følgende ved indgåelse af samarbejde om deponeringskapacitet med kommuner udenfor ejer kredsen:

Differentierede ydelser og priser i en tilbudssituation duer ikke

Vores ydelse er populært sagt ens for alle; også i prissætning. Derved er det Reno Djurs og ikke en ordregiver, der kan definere ydelsens indhold.

Vores udfordring som potentiel tilbudsgiver til "nye" kommuner er, at det ikke er hensigtsmæssigt eller for den sags skyld muligt for os at tilpasse deponeringsydelsen individuelt og forskelligt for forskellige kommuner. Dermed kan vi heller ikke afgive differentierede tilbud baseret på forskellige ordregivende myndigheders helt individuelle udbudsbetingelser.

Samtidig skal takster fastsættes hvert år på grundlag af de faktiske omkostninger, og kan dermed ikke f.eks. blot indeksreguleres, som det kunne tænkes at være krav om i udbudsbetingelser.

En hæftelsesklausul er nødvendig – også ved udbud

En hæftelsesklausul er som nævnt ovenfor nødvendig for, at ejerkommunernes 80.000 indbyggere ikke alene kommer til at bære en fremtidig risiko for eksterne kommuners affald. Også ved udbud vil det derfor være nødvendigt, at der er mulighed for at indgå en hæftelsesklausul.

Der er således risiko for, at en ordregiver i en udbudssituation opstiller betingelser, som det ikke er muligt for os at imødekomme. Forbehold overfor udbudsbetingelserne vil oftest gøre tilbud ukonditionsmæssigt, ligesom det afhængig af udbudsform ofte vil være i strid med udbudslovgivningen at forhandle.

Med henblik på at tilgodese såvel ordregivers pligt til at foretage markedsafprøvning som vores ønske om at tydeliggøre, hvad det er muligt for os at indgå samarbejde om, har vi i samråd med advokat Henrik Holtse, Aumento Advokatfirma, opstillet modeller for kommuners markedsudsættelse, der gør det muligt for Reno Djurs at indgå et samarbejde, herunder at afgive konditions mæssige tilbud ved egentlige udbud.

I tilknytning hertil er der udarbejdet paradigmer for udbudsmaterialer over og under tærskelværdierne for EU-udbud, der kan benyttes, og som vi vurderer vil give os og andre offentligt ejede deponeringsanlæg mulighed for at byde, uden at bryde med de grundlæggende principper som nævnt ovenfor.

4. Modeller for indgåelse af samarbejde

I det følgende vurderes en række modeller for samarbejde, som tager udgangspunkt i nedenstående forudsætninger:

- Horisontal aftale mellem ordregivere
- Udbudspligt for aftale om anvisning til anlæg til deponi
- Opgørelse af kontraktens værdi
- Tjenesteydelse over tærskelværdien
- Tjenesteydelse under tærskelværdien

4.1 Horisontal aftale mellem ordregivere

Det kan overvejes, om en aftale om modtagelse af deponeringsegnet affald udgør et horisontalt samarbejde mellem ordregivende myndigheder, som er undtaget fra udbudspligten i henhold til udbudsloven § 15.

Denne undtagelsesbestemmelse forudsætter, at følgende betingelser er opfyldte:

- 1) kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem ordregiverne med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som ordregiverne skal udføre, leveres med henblik på at realisere fælles målsætninger
- 2) gennemførelsen af dette samarbejde udelukkende er underlagt hensyn, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og
- 3) ordregiverne på det åbne marked tilsammen udfører mindre end 20 pct. af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet,

Hvad angår betingelsen om markedsandel må det efter praksis forstås således, at hvis ordregiverne udøver en aktivitet i konkurrence med private, og ved siden af denne aktivitet ønsker at indgå et horisontalt samarbejde, må deres markedsandel på det åbne marked ikke overstige 20 %.

Det kan diskuteres, om der eksisterer et åbent marked for deponeringsydelser, al den stund at deponeringsanlæg skal være offentligt ejede, og der derfor ikke er et privat marked for deponeringsydelser. Det fremgår imidlertid ikke klart af bestemmelsen, om det åbne marked kan udgøres af andre offentligt ejede deponeringsanlæg, hvorfor dette ikke kan udelukkes.

Hvad angår opgørelse af markedsandelen kan anføres, at det samlede marked for deponiaffald i Danmark udgør ca. 2,9 mio. ton/år inklusive jord og 0,4 mio. ton/år eksklusiv jord. Reno Djurs' deponeringsanlæg har en markedsandel på cirka 2 % på markedet inklusive jord og 12 % på markedet eksklusiv jord. Grænsen på 20 % er således ikke overskredet.

Det er imidlertid ydermere en betingelse for brug af denne undtagelsesbestemmelse, at der er tale om et samarbejde, hvor begge parter bidrager til ydelsen.

Det er ikke krav, at alle yder det samme, hvorfor hovedydelsen (modtagelse af deponiaffald) kan udføres af den ene part i samarbejdet. Men den anden part skal mindst udføre en bydelse i relation til deponeringsydelsen. Betingelsen er således ikke opfyldt, hvis den ene part alene foretager betaling for deponeringsydelsen uden selv at bidrage til selve ydelsen.

Det er derfor en forudsætning for brug af undtagelsesbestemmelsen, at der indgås et samarbejde, hvor kommunen, der ønsker deponering, påtager sig forpligtelser i forhold til selve ydelsen, udover betalingen for deponering. Dette skal i givet fald aftales konkret.

Hvis der kan indgås en samarbejdsaftale, hvor alle bidrager til udførelse af deponeringsydelsen, er det muligt, at denne aftale og den deri indeholdte betaling for deponeringsydelsen er undtaget fra udbudspligt i medfør af udbudsloven § 15.

4.2 Udbudspligt for aftale om anvisning til anlæg til deponi

Gensidigt bebyrdende kontrakter er udbudspligtige.

For at en kontrakt kan anses for gensidigt bebyrdende, skal to betingelser være opfyldt.

Den første betingelse er, at myndigheden modtager en ydelse, som har direkte økonomisk interesse for myndigheden. Den økonomiske interesse er klart godtgjort, når det fremgår, at myndigheden bliver ejer af den ydelse, som er genstand for kontrakten. Myndigheden kan dog også have en økonomisk interesse i tilvejebringelse af en ydelse, hvor tredjemand, f.eks. borgerne, er endelige modtager af ydelsen. Det gælder bl.a., når myndigheden i henhold til lov eller administrativ bestemmelse er forpligtet til at sikre tredjemand den ydelse, som aftalen vedrører.

Den anden betingelse er, at leverandøren modtager en betaling, der betales direkte af den ordregivende myndighed. Modydelsen fra den ordregivende myndighed behøver ikke at være et pengebeløb, men skal repræsentere en økonomisk værdi. Det endelige beløb, der skal erlægges, behøver ikke at være fastsat på forhånd.

Hvad angår den første betingelse kan det anføres, at en aftale om deponering kan omfatte både affald fra kommunen selv (eller kommunens affaldsselskab). Dette vil klart opfylde betingelsen, da det i så fald er kommunen, der modtager deponeringsydelsen.

Aftalen kan imidlertid også omfatte affald fra affaldsproducenter bosiddende i kommunen, og i så fald er det mindre oplagt, om betingelsen er opfyldt, idet kommunen alene foretager en anvisning, som affaldsproducenterne kan vælge at benytte.

Der kan henvises til en analog problemstilling inden for det sociale område, hvor kommuner i henhold til serviceloven yder tilskud til borgere, f.eks. til indkøb af hjælpemidler. I den sammenhæng er der en omfattende praksis fra Klagenævnet for Udbud, der fastslår, at hvis indkøbet sker direkte mellem borgeren og leverandøren, og kommunen alene i forbindelse med afgørelse om tilskud har henvist til en mulig leverandør, er der ikke tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem kommunen og leverandøren.

Klagenævnets faste praksis er dog senest blevet draget i tvivl ved en konkret sag, hvor Retten i Roskilde den 1. december 2017 har afsagt dom med en modsat konklusion, idet byretten mener, at der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt, uanset det er borgerne, der indkøber ved leverandøren, fordi kommunen skal yde støtte til borgernes indkøb, og derfor i sidste ende kommer til at betale. Denne dom er efter det oplyste anket til landsretten.

I relation til anvisning af affald kan det anføres, at Miljøbeskyttelsesloven fastsætter, at kommunalbestyrelsen forestår bortskaffelsen af affald. Dette er udmøntet i affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 6, der fastslår, at

”Kommunalbestyrelsen skal konkret anvise affald, der ikke er omfattet af en indsamlings- eller anvisningsordning, jf. dog stk. 2 og 3. Den konkrete anvisning skal ske på baggrund af en konkret vurdering af affaldets egenskaber, herunder nødvendige prøvetagninger og analyser til brug for klassificering og anvisning.”

Ovennævnte anvisningsbestemmelse må betragtes som en kommunal forpligtelse til at tilvejebringe affaldsbehandlingskapacitet - herunder til deponering - enten ved kommunens egen foranstaltning eller ved aftaleindgåelse med andre.

Denne forpligtelse er indholdsmæssig forskellig fra kommuners pligt til at yde tilskud efter serviceloven, fordi anvisningsforpligtelsen påhviler kommunen, hvorfor det kan anføres, at en aftale med et anlæg indgås for at opfylde kommunens anvisningsforpligtelse, og kommunen derfor er aftalepart, og dermed omend indirekte modtager af ydelsen.

Dette taler for at anse en aftale om anvisning for udbudspligtig, da en aftale herom indgås for at opfylde kommunens forpligtelse over for affaldsproducenterne.

Det gælder dog, at der ikke er noget krav om, at anvisning sker til ét bestemt anlæg, men kommunen kan således anvise til alle anlæg, der opfylder kriterierne, og således overlade det til affaldsproducenterne at vælge mellem de anviste anlæg. Hvis der i sådanne situationer slet ikke indgås en aftale mellem anlægget og kommunen, men der alene er tale om, at kommunen godkender et eller flere anlæg og anviser til det eller dem, vil der ikke være krav om udbud (medmindre der er forbundet en hæftelsesforpligtelse med anvisningen, jf. nedenfor).

Hvad angår den anden betingelse kan det anføres, at for kommunens eget affald betaler kommunen for deponering, hvorfor betingelsen er opfyldt for denne del af indkøbet.

For affaldsproducenterne kan der enten være tale om, at affaldsproducenten betaler direkte til anlægget, eller at kommunen betaler til anlægget, men gennemfakturerer til affaldsproducenten. Uanset om der vælges den ene eller den anden metode, er det i sidste ende affaldsproducenterne, der betaler.

Det kan anføres, at fordi kommunen ikke har en udgift, er der ikke tale om en udbudspligtig kontrakt (for så vidt angår den del, der ikke vedrører kommunens eget affald).

Det gælder dog, som anført ovenfor, at kommunen skal hæfte for eventuelle fremtidige ikke-planlagte omkostninger. Det kan ikke på forhånd opgøres, hvor stor en udgift der vil blive tale om, idet det er en eventuel forpligtelse, som derfor meget muligt

slet ikke vil blive aktuel, hvorfor udgiften vil være lig nul. Det kan omvendt også vise sig, at udgøre et større beløb.

Netop hæftelsesforpligtelsen medfører, at det i relation til aftale om deponi er nødvendigt at indgå en aftale mellem kommunen og anlægget. Dette sammenholdt med kommunens anvisningspligt, og at omkostningen for hæftelsen påhviler kommunen, medfører, at Reno Djurs vurderer, at en anvisningsaftale med hæftelsesansvar vil have karakter af en gensidigt bebyrdende kontrakt, der er underlagt udbudsloven.

Det er således vurderingen, at en aftale om deponi vedrørende kommunens eget affald er en gensidigt bebyrdende kontrakt, fordi kommunen er modtager, og kommunen er betaler.

Hvad angår en aftale om anvisning til deponi til kommunens affaldsproducenter er det tilsvarende vurderingen, at der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt, fordi der er forbundet et hæftelsesansvar for kommunen, og kommunen ved aftalen opfylder sin anvisningsforpligtelse.

Det bemærkes, at en aftale om anvisning ikke vurderes at være en koncessionsaftale, som skal udbydes efter koncessionsdirektivet 2014/23, fordi der som følge af hæftelsesansvaret ikke er en driftsrisiko for anlægget, hvilket er en betingelse for at anse det for en koncessionsaftale.

Det vurderes derfor, at der er tale om en udbudspligtig tjenesteydelsesaftale om deponering af affald.

Det skal bemærkes, at ordregiver kan være af den opfattelse, at ovenstående vurdering er for forsigtig. Det kan således være ordregivers vurdering, at en aftale om anvisning til deponi ikke er udbudspligtig, enten fordi der ikke er tale om en eksklusiv aftale, men derimod at kommunen godkender alle anlæg, der opfylder betingelserne, og overlader det til affaldsproducenterne at vælge anlæg, eller fordi ordregiver ikke vurderer, at hæftelsesforpligtelsen alene medfører, at der er tale om en udbudspligtig kontrakt, eller fordi ordregiver vurderer, at det ikke giver praktisk mening at gennemføre et EU-udbud for en ydelse, som efter gældende lovgivning kun kan leveres af danske anlæg. I så fald kan det overvejes at anvende en fremgangsmåde med offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse for at sikre sig mod ophævelse af en indgået aftale samt en økonomisk sanktion.

4.3 Opgørelse af kontraktens værdi

Ved opgørelse af værdien af anvisningsaftalen er der tre relevante forhold:

- 1) Kommunens betaling for eget affald
- 2) Affaldsproducenternes betaling for deres affald
- 3) Kommunens hæftelsesforpligtelse

Det følger af udbudsloven § 30, stk. 1, at

”En ordregiver skal anslå værdien af en kontrakt på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt.”

Det følger direkte heraf, at kommunens betaling for eget affald skal indgå i opgørelsen.

Hvad angår affaldsproducenternes betaling antages det, at betaling fra tredjepart også skal medregnes, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, hvor følgende er angivet:

”Desuden skal ordregiver huske at medtage betalinger fra tredjemand i kontraktens anslåede værdi. Med andre ord skal samtlige betalinger til leverandøren medregnes.”

Disse betalinger skal derfor også indgå i opgørelsen, og det gælder uanset om det aftales, at affaldsprocenterne skal betale direkte til anlægget, eller kommunen betaler til anlægget og gennemfakturerer til affaldsproducenterne.

Hvad angår hæftelsesforpligtelsen indgår denne teoretisk set i opgørelsen af værdien, idet der kan blive tale om en betaling fra kommunen til anlægget, men det i praksis ikke muligt at opgøre størrelsen af denne eventuelle udgift.

Der kan ud fra et forsigtighedsprincip anvendes en beregningsregel om, at hæftelsesforpligtelsen kan opgøres som 10 % af den forventede direkte udgift, hvilket kan få betydning i de situationer, hvor de direkte forventede udgifter forbundet med deponi ligger lige under tærskelværdien for EU-udbud, da der i sådanne tilfælde bør gennemføres et EU-udbud med henvisning til, at værdien kan overstige tærskelværdien grundet hæftelsesforpligtelsen.

Det vurderes derfor, at værdien af kontrakten skal opgøres på grundlag af, hvad anlægget må antages at modtage af betaling fra affaldsproducenterne i kommunen, og der hertil skal tillægges en procentandel på 10 % til dækning af kommunens hæftelsesansvar.

Tjenesteydelseskontrakter skal i EU-udbud, hvis kontraktens værdi overstiger tærskelværdien på kr. 1.645.367 (2018).

Der ses ikke at gælde en undtagelse for at anvende EU-udbud, selvom eksport af affald til bortskaffelse (deponering) ikke er tilladt, uanset det i praktisk udelukker tilbud fra udenlandske aktører.

Såfremt der indgås en aftale, der er tidsbegrænset, beregnes værdien over en periode på 48 måneder.

Der skal ikke indregnes moms i opgørelsen af kontraktens værdi, men afgifter skal som udgangspunkt medregnes. I relation til deponi er statsafgiften kr. 475/ton, hvilket beløb langt overstiger udgiften til anlægget, som for Reno Djurs aktuelt udgør kr. 200 kr./ton (ekskl. moms) på blandet affald, hvorfor der kan være en interesse i at holde statsafgiften ude af opgørelsen. Der ses imidlertid ikke at være hjemmel hertil, da udbudsloven § 30, stk. 1 implementerer udbudsdirektivet artikel 5, hvorefter ordlyden er, at værdien skal opgøres ud fra, hvad der skal betales, hvilket fortolkes til at inkludere alle afgifter, dog undtagen moms, der som det eneste eksplicit er undtaget i direktivteksten.

Ved brug af Reno Djurs pris for blandet affald svarer det til, at hvis mængden af affald i henhold til kontrakten overstiger 2.400 tons, vil værdien af kontrakten overstige tærskelværdien for EU-udbud.

4.4 Tjenesteydelse over tærskelværdien

EU-udbud af deponering af affald kan gennemføres som enten offentligt udbud eller begrænset udbud.

Det vurderes, at der som udgangspunkt også er mulighed for at anvende enten udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog henset til indkøbets kompleksitet og udfordringerne ved at fastsætte de retlige og finansielle forhold eller risici uden forhandling eller dialog.

Såfremt der anvendes offentligt udbud eller begrænset udbud, skal ordregiver være opmærksom på, at tilbudsgiver ikke kan tage forbehold og der ikke kan forhandles.

Som anført ovenfor kan Reno Djurs kun tilbyde at modtage affald til deponi på de samme vilkår som anvendes for eksisterende brugere. Det betyder, at for at Reno Djurs kan afgive tilbud ved et udbud, skal de anførte krav udformes på en måde, som muliggør dette.

Til inspiration er vedlagt paradigmer til dette notat, som gør det muligt at Reno Djurs kan afgive tilbud.

Det skal understreges, at ordregiver selv skal tage stilling til udbuddets udformning, herunder at der altid bør anvendes et materiale, der sikrer, at flest mulige kan afgive tilbud.

Alternativt kan ordregiveren gennemføre udbud med forhandling eller udbud som konkurrencepræget dialog, hvor de tekniske krav og/eller kontraktvilkår formes i forhandling og dialog med potentielle tilbudsgivere.

Der henvises i øvrigt til Konkurrencestyrelsens vejledning om udbudsreglerne (januar 2016).

Ordregiveren kan udbyde opgaven som en rammeaftale, hvor der er mulighed for at indgå kontrakt med flere tilbudsgivere.

En rammeaftale er en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere tilbudsgivere på den anden. Formålet med rammeaftalen er at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig med hensyn til pris og mængder.

En rammeaftale er ikke en udbudsprocedure, men en kontraktform. Ved indgåelse af en rammeaftale skal ordregiver, når kontraktværdien for rammeaftalen overstiger tærskelværdien, følge udbudslovens procedureregler i alle faser af udbudsprocessen frem til tildelingen af de kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen.

Når en rammeaftale skal udbydes, kan en ordregiver frit anvende udbudsprocedurerne offentligt eller et begrænset udbud. For at ordregiver kan anvende de øvrige udbudsprocedurer (udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog), skal betingelserne herfor være opfyldt.

Når selve rammeaftalen har været udbudt, kan de konkrete aftaler, der indgås på baggrund af rammeaftalen, indgås uden et nyt udbud, selvom kontraktværdien af den konkrete aftale overstiger tærskelværdien. En rammeaftale afløfter ordregivers udbudspflicht for anskaffelser, der er omfattet af rammeaftalen.

Tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale kan ske på to forskellige måder – enten ved direkte tildeling eller ved en genåbning af konkurrencen (miniudbud). Der skal i denne forbindelse også skelnes mellem, om der er tale om en rammeaftale indgået med én eller flere leverandører (deponeringsanlæg).

Da Reno Djurs i overensstemmelse med hvile-i-sig-selv-princippet foretager gebyrbe-
regning for hvert kalenderår, er det ikke muligt for Reno Djurs at indgå længereva-
rende kontrakter, med mindre det er et fastslået element i kontrakten, at Reno Djurs' priser kan ændre sig i kontraktperioden.

Reno Djurs ser det som udgangspunkt ikke som et problem, at ordregiveren uanset udbuds- og kontraktform ikke i kontrakt- eller aftaleperioden forpligter sig til at deponere affald hos Reno Djurs (såkaldt købsforpligtelse).

Det indebærer f.eks., at hvis ordregiver i løbet af kontraktperioden får mulighed for at indgå en mere fordelagtig aftale til anden side, kan dette stå frit for. Dog bør der af praktiske årsager indarbejdes vilkår for varsling af forventede leveringer.

Det bemærkes, at hæftelsesklausulen gælder for alt leveret affald fra kommunen – også efter at kontrakten er udløbet og leveringer ophørt.

4.5 Tjenesteydelse under tærskelværdien

Indgåelse af tjenesteydelseskontrakter under tærskelværdien reguleres af udbudslovens afsnit IV og V. Afgørende for, hvilket regelsæt der finder anvendelse, er, om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse.

Den overordnede ledetråd for vurderingen er, om kontrakten kunne tænkes at være af kommerciel interesse for potentielle leverandører i andre medlemsstater.

Da eksport af affald til bortskaffelse (deponering) som udgangspunkt ikke er tilladt, hvis affaldet kan håndteres på danske anlæg, må udgangspunktet være, at der ikke foreligger grænseoverskridende interesser.

Foreligger der ingen klar grænseoverskridende interesse, har det betydning for ordregiverens mulige fremgangsmåder ved kontraktens tildeling, om kontraktens værdi er på mere end kr. 500.000.

Kontraktværdi på mere end kr. 500.000

Såfremt kontraktens værdi overstiger kr. 500.000 er ordregiver forpligtet til at sikre sig, at indkøbet foretages på "markedsmæssige vilkår". Dette kan ske ved foretagelse af en markedsafdækning, eller ved at indhente to til tre tilbud eller ved annoncering på ordregiverens hjemmeside.

Kontraktværdi under kr. 500.000

Er kontraktens værdi under kr. 500.000 (svarende til 740 tons affald for Reno Djurs' vedkommende), er ordregiver alene forpligtet til at overholde de gældende forvaltningsretlige principper, herunder bl.a. krav til saglighed, ligebehandling, proportionalitet og økonomisk forsvarlighed. Dette indebærer bl.a., at ordregiver ikke må lade valg af kontraktpart være båret af usaglige og uvedkommende hensyn.

Uanset om kontraktværdien er over eller under 500.000 kr. – men under tærskelværdien for EU-udbud, kan ordregiver afdække de ”markedsmæssige vilkår” og kravene til økonomisk ansvarlighed ved en simpel gennemgang af offentliggjorte priser på relevante deponeringsanlæg i Danmark. Som følge af det begrænsede antal deponeringsanlæg vil en sådan afdækning være både fuldstændig og rimelig simpel. Viser denne afdækning således, at de gældende priser hos Reno Djurs vil give kommunen og affaldsproducenterne de laveste omkostninger, kan der lovligt indgås kontrakt.

Som led i samarbejdsaftaler under tærskelværdien vil der kunne indgås korte kontrakter af et års varighed. Den korte varighed kan begrundes i, at Reno Djurs' prisfastsættelse kun gælder for et år ad gangen. I det lys vil det ikke være muligt for en ordregiver at opnå entydigt fastsatte priser, der gælder for mere end et kalenderår.

Det bemærkes, at uanset kontraktperiode, vil hæftelsesklausulen gælde for alt leveret affald fra kommunen – også efter at kontrakten er udløbet og leveringer ophørt.

5. Konklusion

Kommuner, der efterspørger ekstern deponeringskapacitet, og f.eks. ønsker at indgå samarbejde med Reno Djurs herom, skal iagttage reglerne fastsat i udbudsloven.

På grund af de særlige rammebetingelser, der gælder for deponeringsanlæg, er der risiko for, at en ordregiver i en udbudssituation opstiller betingelser, som det ikke er muligt for deponeringsanlæg at imødekomme. Forbehold overfor udbudsbetingelserne vil oftest gøre tilbud ukonditionsmæssigt, ligesom det afhængig af udbudsform ofte vil være i strid med udbudslovgivningen at forhandle.

Overordnet kan kommuner, der ønsker at indgå samarbejde med Reno Djurs om deponeringskapacitet, foretage markedsafprøvning efter følgende modeller:

Kontrakt over tærskelværdien

En kontrakt, der kan omfatte 2.400 tons affald eller derover, vil overskride udbudslovens tærskelværdi for EU-udbud. Ordregiver vil derfor som udgangspunkt være forpligtet til at udbyde tjenesteydelsen i EU-udbud.

EU-udbud af deponering af affald, der er en tjenesteydelse, kan gennemføres som:

- Offentligt udbud
- Begrænset udbud
- Udbud med forhandling
- Konkurrencepræget dialog

Såfremt der anvendes offentligt udbud eller begrænset udbud, hvor udbudsmaterialet er fastlagt af ordregiver fra start, vil det være en fordel at tage udgangspunkt i de paradigmer, der er opstillet som bilag til nærværende notat med henblik på, at der ikke er modstrid mellem de krav, som ordregiver opstiller, og som deponeringsanlæg har mulighed for at afgive tilbud på uden at bryde med de grundlæggende principper, der gælder for disse. Årsagen er, at der ikke kan tages forbehold, og at der ikke ved disse udbudsformer kan forhandles.

Alternativt kan ordregiveren gennemføre udbud med forhandling eller udbud som konkurrencepræget dialog, hvor de tekniske krav og/eller kontraktvilkår formes i forhandling og dialog med potentielle tilbudsgivere.

Reno Djurs ser det som udgangspunkt ikke som et problem, at ordregiveren uanset udbuds- og kontraktform ikke i kontrakt- eller aftaleperioden forpligter sig til at deponere affald hos Reno Djurs (såkaldt købsforpligtelse).

Det indebærer f.eks., at hvis ordregiver i løbet af kontraktperioden får mulighed for at indgå en mere fordelagtig aftale til anden side, kan dette stå frit for. Dog bør der af praktiske årsager indarbejdes vilkår for varsling af forventede leveringer.

Kontrakt under tærskelværdien

Uanset om kontraktværdien er over eller under 500.000 kr. – men under tærskelværdien for EU-udbud -, kan ordregiver afdække de ”markeds-mæssige vilkår” og kravene til økonomisk ansvarlighed ved en simpel gennemgang af offentliggjorte priser på relevante deponeringsanlæg i Danmark. Som følge af det begrænsede antal deponeringsanlæg vil en sådan afdækning være både fuldstændig og rimelig simpel. Viser

denne afdækning således, at de gældende priser hos Reno Djurs vil give kommunen og affaldsproducenterne de laveste omkostninger, kan der lovligt indgås kontrakt.

Såfremt kommunen i stedet ønsker at gennemføre et egentligt udbud, kan der evt. tages udgangspunkt i det udbudsparadigme, der er udarbejdet som bilag til nærværende notat.

Som led i samarbejdsaftaler under tærskelværdien vil der kunne indgås korte kontrakter af et års varighed. Den korte varighed kan begrundes i, at Reno Djurs' prisfastsættelse kun gælder for et år ad gangen. I det lys vil det ikke være muligt for en ordregiver at opnå entydigt fastsatte priser, der gælder for mere end et kalenderår.

Indgåelse af aftaler uden forudgående udbud

Der kan muligvis indgås en samarbejdsaftale, hvor begge parter bidrager til deponeringsydelsen, hvorved der vil være tale om et horisontalt samarbejde, som er undtaget for udbudspligt. Dette skal drøftes konkret.

Hvis der ikke er tale om et horisontalt samarbejde, men et indkøb af deponeringsydelsen, og kontrakten værdi er over tærskelværdien for EU-udbud, er der efter vores opfattelse som udgangspunkt tale om en udbudspligtig kontrakt.

Som følge af de særlige forhold, der bevirker, at der ikke er tale om et marked og en konkurrenceudsættelse i traditionel forstand, kan der måske argumenteres for, at et egentligt EU-udbud ikke giver reel mening, og at indgåelse af aftalen ikke er udbudspligtig. Såfremt ordregiveren når denne konklusion, kan det være en god idé at offentliggøre en såkaldt profylaksebekendtgørelse i overensstemmelse med proceduren i håndhævelseslovens § 4.