

Til: Bestyrelsen
Fra: Administrationen
Dato: 7. september 2015

Modeller for Reno Djurs' samarbejde med eksterne kommuner/fællesskaber om deponering

Aftaler mellem Reno Djurs og en ekstern kommune/fællesskab om modtagelse af affald til deponering er en tjenesteydelsesaftale, når modtagelsen af affaldet sker mod vederlag. Som følge af, at eksterne kommuner/fællesskaber er ordregivende myndigheder og dermed underlagt krav om udbud ved indkøb af tjenesteydelser, er aftaler om køb af deponeringskapacitet som udgangspunkt udbudspligtige.

Reno Djurs har indgået aftaler med eksterne kommuner/fællesskaber, uden at disse ordregivende myndigheder har haft indkøbet af tjenesteydelsen i udbud.

På baggrund af den udbudsretlige problemstilling har administrationen bedt Advokatfirmaet energi & miljø om at redegøre for de juridiske rammer og muligheder for, at eksterne kommuner kan indgå aftaler med Reno Djurs uden forudgående udbud (vedlagt dagsordenen).

Administrationen ser følgende 5 mulige scenarier for, hvorledes Reno Djurs kan agere i forhold til at stille deponeringskapacitet til rådighed for eksterne kommuner:

- 1 Uændret praksis
- 2 Udvidet in-house
- 3 Tilbudsgivning
- 4 Deponi-A/S
- 5 Ingen aftaler

De 5 scenarier beskrives nærmere i det følgende:

1 Uændret praksis

Reno Djurs indgår fortsat aftaler med eksterne kommuner uden disses forudgående udbud, idet Reno Djurs overlader det til køberen af tjenesteydelsen at vurdere, om købet af tjenesteydelsen er udbudspligtig eller ej

Fordele

Det er uden for Reno Djurs' kompetence at tage stilling til, om eksterne kommuner er udbudspligtige eller ej.

Ulemper

Reno Djurs indgår i et organisatorisk set-up, som kan kritiseres for ikke at være i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Bemærkning

En kontrakt er udbudspligtig, hvis 1) indkøberen er en ordregivende myndighed, 2) tjenesteydelsen er omfattet af udbudsdirektiverne samt 3) tærskelværdierne er overskredet. Det er ordregiveren – den, som agter at købe tjenesteydelsen – der som udgangspunkt er pligtig til at udbyde indkøbet.

2 Udvidet in-house

Reno Djurs og eksterne kommuner vælger at agere under fælles påberåbelse af "udvidet in-house" – om end modellens legalitet betegnes som "tvivlsom".

Fordele

Det eksisterende set-up kan i al væsentlighed fastholdes.

Ulemper

Det kan ikke på forhånd entydigt fastslås, om modellen er i overensstemmelse med udbudsloven.

Bemærkning

Den kommende udbudslov forventes at komme til at indeholde følgende bestemmelse:

- § 15. Loven gælder ikke for offentlige kontrakter, der indgås mellem ordregivere, når
- 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 til sammen udfører mindre end 20 pct. af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet, jf. § 16.

Uagtet bestemmelsens ordlyd vurderer Advokatfirmaet energi & miljø, at det er tvivlsomt, om Reno Djurs efter denne bestemmelse uden forudgående udbud kan behandle affald fra eksterne kommuner. Imod dette synspunkt står de seneste års retspraksis, som har udvidet offentlige myndigheders muligheder for at undtage ellers udbudspligtige kontrakter fra udbud (praksis viser, at hvis flere myndigheder for sig selv ved hjælp af egne ressourcer har mulighed for at udføre sine public service opgaver, er det ikke udbudsreglerne, der skal stå i vejen for, at disse ressourcer også anvendes i fællesskab). Det er administrationens vurdering, at det vil kræve en egentlig afgørelse at få vished. Ved anvendelse af en såkaldt profylaksebekendtgørelse¹ ved aftaleindgåelse vil en aftale ikke kunne erklæres for uden virkning.

¹ Hvis en ordregiver indgår en udbudspligtig kontrakt uden forinden at have bekendtgjort udbuddet, hvilket er i strid med EU-udbudsreglerne, skal kontrakten erklæres for "uden virkning". Det betyder, at den skal bringes til ophør. Efter håndhævelseslovens § 4 er det dog muligt at undgå sanktionen "uden virkning", hvis 1) ordregiver inden kontraktindgåelse offentliggør en bekendtgørelse om hensigten om at indgå kontrakten, 2) kontrakten ikke indgås før 10 dage efter, at bekendtgørelsen er blevet offentliggjort og 3) ordregiver finder, at det er i overensstemmelse med EU-udbudsreglerne at undlade forudgående udbudsbekendtgørelse. En

--

3 Tilbudsgivning

Reno Djurs indgår kun aftaler med eksterne kommuner efter forudgående at have givet tilbud på de pågældende kommuners udbud af deponeringsegnet affald

Fordele

Udbudsreglerne overholdes.

Ulemper

I praksis vil Reno Djurs ikke kunne afgive tilbud, hvis den af udbyder efterspurgt ydelse ikke er fuldstændig identisk med Reno Djurs' standardydelse.

Bemærkning

Reno Djurs' hidtidige aftaler bygger på, at eksterne kommuner får stillet præcis samme ydelse til rådighed som interne kommuner. Ulempen ved et udbud er, at udbyderens betingelser ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med Reno Djurs' ydelse (herunder miljøansvarsklausul). Reno Djurs vil skulle prissætte eventuelle afvigelser fra Reno Djurs' normale ydelse, og i sådanne tilfælde vil ensartethed og lighed ikke kunne opretholdes - med mindre Reno Djurs afstår fra at afgive tilbud på udbud, som afviger fra Reno Djurs' standardydelser.

4 Deponi-A/S

Reno Djurs etablerer et "deponi-A/S", som eksterne kommuner, der ønsker at benytte Reno Djurs' ydelse, kan købe aktier i.

Fordele

Udbudsreglerne overholdes (= elimineres).

Ulemper

Det organisatoriske set-up er mere bureaukratisk og uigennemsigtigt. Det vurderes som uhensigtsmæssigt, at eksterne kommuner indgår aftale med et til formålet etableret A/S, som i modsætning til I/S'et ikke har det formelle miljøansvar. I forhold til det udbudsretlige kontrol-kriterium har A/S-modellen karakter af ren proforma.

Bemærkning

Ved dannelse af et deponi-A/S vil aftaler mellem Reno Djurs og aktionærer i deponi-A/S ikke være udbudspligtige, idet in-house-reglens kontrolkriterium anses for opfyldt (idet retspraksis tilsiger, at kontrolkriteriet kan udøves af de ejende ordregivende myndigheder "i fællesskab"). Der kan dog ikke udelukkes, at modellen vil blive betragtet som ugyldig netop med henvisning til, at kontrolkriteriet ikke opfyldes (eftersom ejere af en B-aktie reelt ikke har indflydelse).

sådan "profylaksebekendtgørelse" skal bl.a. indeholde en begrundelse for, hvorfor den pågældende kontrakt ikke er omfattet af udbudspligten.

5 Ingen aftaler Reno Djurs undlader at stille deponeringskapacitet til rådighed for "nye" kommuner	
Fordele	Ulemper
Reno Djurs agerer lovmedholdeligt.	• Reno Djurs afstår fra at bidrage til en regional/landsdækkende deponeringsstruktur • Mindre affald = højere enhedsomkostninger • Risiko for ministeriel "tordenkile" (pålæg om at optage eksterne kommuner i fællesskabet)
<i>Bemærkning</i> Reno Djurs' beslutning om at stille deponeringskapacitet til rådighed for andre blev ikke mindst taget ud fra et politisk ønske om at bidrage til, at den kommunale forsyningsforpligtigelse kunne opretholdes – også for kommuner uden eget deponeringsanlæg.	