

# Was ist Fernwärme?

Er fjernvarmen blot en billig opvarmningsform, eller har den en almen interesse, der retfærdiggør en særlig stilling?



## EF-DOMSTOLEN

*Af international chef Birger Lauersen,  
Dansk Fjernvarme*

Hvad er fjernvarme, og hvilket direktiv gælder, når en varmforsyning indgår en kontrakt om et køleanlæg? Er den så omfattet af udbuds- eller forsyningsdirektivet? En ny afgørelse fra EF-Domstolen kaster lys over dette, og tilføjer også nyt til diskussionen om, hvad fjernvarme egentlig er for en størrelse.

Alt efter temperament kan man mene mange forskellige ting om EF-Domstolen. Men man kan næppe hævde, at domstolens afgørelser er uinteressante.

For nylig er der kommet en dom, som er interessant for fjernvarmebranchen generelt, fordi den behandler spørgsmålet om, hvilket af EU's direktiver om kontraktindgåelse med det offentlige, der gælder. Desuden indeholder dommens præmisser interessante betragtninger om fjernvarmens "natur".

### Køleanlæg i Wien

Sagen har sin oprindelse i den østrigske hovedstad, Wien, hvor den kommunale varmforsyning, Fernwärme Wien, i 2006 offentliggjorde et udbud om opførelse af et køleanlæg til et nyt kontorkompleks. I udbudsmaterialet anførtes, at den østrigske lovgivning om offentlige kontrakter (som implementerer EF-reglerne) ikke fandt anvendelse på den omhandlede kontrakt.

Selskabet Wasser-Wärme-Umwelt GmbH afgav et bud. Efter i maj 2006 at være blevet oplyst om, at selska-

bets bud ikke blev undergivet videre behandling, da der forelå ugunstige omstændigheder, indbragte selskabet Fernwärme Wiens afgørelse for Vergabekontrollsenat des Landes Wien. Det er en slags forvaltningsret, som behandler sager om udbud. Med påstand om, at EF-bestemmelserne på området for offentlige kontrakter burde have været anvendt. I forbindelse med behandlingen af sagen har den østrigske ret spurgt domstolen om tolkningen af direktiverne om offentlige kontrakter.

### Direktiverne

Direktiv 2004/17/EF regulerer fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for bl.a. energiforsyning, og kaldes populært "forsyningsvirksomhedsdirektivet". Det harmoniserer nationale procedurer for indgåelse af vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter i sektorer, hvor markederne er lukkede, fordi medlemsstaterne har tildelt særlige eller eksklusive rettigheder. Direktivet gælder bl.a. for "ordregivende myndigheder", som udøver forsyning

med f.eks. gas, varme og elektricitet. En ordregivende myndighed er også offentlige virksomheder, dvs. enhver virksomhed, som det offentlige ejer eller har afgørende indflydelse på. (Bemærk: Direktivet gælder ikke for brændselskøb, jf. 2004/17/EF, artikel 26, punkt b.)

Direktiv 2004/18/EF – "udbudsdirektivet" - regulerer fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter om køb af varer og tjenesteydelser samt bygge- og anlægskontrakter. Populært sagt indgåelse af "almindelige" offentlige kontrakter uden for forsyningsvirksomhedsområdet (som jo dækkes af ovenstående).

Ordregivende kan være staten, regionale eller lokale myndigheder, men også organer, der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, og hvis drift er underlagt det offentliges kontrol.

Den østrigske ret spurgte EF-Domstolen om tre ting:

1. Varmeforsyning er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Skal direktivet forstås sådan, at

### LINKS

Er man interesseret i at læse mere om De Europæiske Fællesskabers Domstols sag C-393/06, anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Østrig) ved afgørelse af 17. august 2006, indgået til Domstolen den 22. september 2006, i sagen: Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH mod Fernwärme Wien GmbH, kan sagen søges på domstolens hjemmeside: <http://curia.europa.eu>. De relevante direktiver findes lettest ved at google: Direktiv 2004/17/EF (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) og Direktiv 2004/18/EF (Udbudsdirektivet).

en varmforsyning også er omfattet af direktivet med hensyn til en anden virksomhed, der udøves sideløbende hermed, men på konkurrencevilkår?

2. Skal en virksomhed som Fernwärme Wien anses for et offentligretligt organ?
3. Gælder de to direktiver også for konkurrenceudsatte aktiviteter i en virksomhed, som også udøver ikke-erhvervs-mæssig virksomhed omfattet af direktiverne, hvis det ved effektive sikkerhedsforanstaltninger, som f.eks. adskilte regnskaber, kan udelukkes, at der sker en krydsfinansiering af de aktiviteter, der udøves på konkurrencevilkår?

### Afgørelsen

Hvad svarer domstolen så på disse spørgsmål? "Nej, ja og ja."

En fjernvarmforsyning som Fernwärme Wien skal kun anvende forsyningsvirksomhedsdirektivet ved indgåelse af kontrakter inden for de sektorer, der er omfattet af direktivet, f.eks. varmforsyning. Anden virksomhed, som varmforsyningen driver, er ikke omfattet af dét direktiv. (Men derimod det andet - se nedenfor). Med andre ord, det at drive virksomhed inden for forsyning, "smitter" ikke af på andre aktiviteter, som

ikke er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Svaret på det næste spørgsmål er et "Ja". For at være offentligretligt organ skal det, for det første, have til opgave at varetage opgaver af almen interesse, som ikke har industriel eller kommerciel karakter. For det andet skal det være en juridisk person. Og for det tredje skal dets aktivitet for størstedelens vedkommende finansieres af myndighederne, dets forvaltning være underlagt disses kontrol eller myndighederne eller andre offentligretlige organer skal udpege mere end halvdelen af medlemmerne i organets ledelse. Punkt to og tre er med sikkerhed opfyldt.

Ifølge domstolen er forsyning af et byområde med miljøvenlig varme uomtvisteligt en opgave af almen interesse. (Mere herom senere.) Fernwärme Wien har i denne sektor faktisk en monopollignende stilling, idet de to andre selskaber, der udøver virksomhed her, ikke er af betydende størrelse og derfor ikke kan udgøre egentlige konkurrenter. Desuden vil det være meget vanskeligt at erstatte fjernvarme med andre energiformer, da dette ville kræve betydelige ombygningsarbejder. Fernwärme Wien opfylder derfor også det første kriterium og er derfor et offentligretligt organ.

Med hensyn til det tredje spørgsmål, så er svaret også "Ja". De kontrakter, der indgås af et offentligretligt organ, som har forbindelse til virksomhed, som dette organ udøver inden for f.eks. forsyning, skal omfattes af forsyningsvirksomhedsdirektivets fremgangsmåder. Derimod er alle de øvrige kontrakter, der indgås af dette organ i forhold til udøvelse af anden virksomhed, omfattet af udbudsdirektivets fremgangsmåder. Dette også selvom der foreligger et regnskab, der har til formål at foretage en sektoropdeling af dette organs virksomhed med henblik på at undgå krydsfinansiering mellem disse sektorer. Med andre ord: Selv ved regnskabsmæssig opdeling er der i en forsyningsvirksomhed ikke noget, der falder udenfor direktivernes område.

Hverken dommerne eller generaladvokaten, som er fremkommet med forslag til dommernes afgørelse, giver meget for ideen om regnskabsmæssig opdeling til at sikre mod krydssubventionering. "Selv om kontiene føres adskilt, og krydssubsidiering afvises, er den strategiske ledelse, de strukturelle beslutninger og formuemassen én og den samme, og intet garanterer adskillelsen af virksomhedsom-

(Fortsættes næste side)

(Fortsat fra forrige side)

råderne, eller at adfærdsmønstrene fra et lukket marked ikke indvirker på markederne af industriel eller kommerciel karakter og medfører, at det ordregivende "offentligretlige organ" arbejder med "paratøkonomiske" kriterier, en risiko, som kræver anvendelse af fællesskabsbestemmelser, som harmoniserer indgåelsen af offentlige kontrakter." (Forslag til afgørelse fra generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 22. November 2007).

### Hvad er fjernvarme egentlig?

Indimellem diskuterer vi jo i branchen, hvad fjernvarmen egentlig er for en størrelse. Hvad er dens "natur"? I den forbindelse er det interessant at læse præmisserne for afgørelsen fra EF-Domstolen, idet den rummer bidrag til denne diskussion.

I præmisserne for afgørelsen står der et sted: "Forsyning af et byområde med miljøvenlig varme udgør uomtviv-

steligt en opgave af almen interesse." Varmeforsyning kan altså ikke sammenlignes med almindelig industriel eller kommerciel aktivitet, og det er i denne henseende uden betydning, at denne opgave ligeledes løses eller kunne løses af private virksomheder. Det væsentlige er, ifølge dommerne, at der er tale om en opgave, som staten eller en lokal myndighed af hensyn til almenvellet i almindelighed selv løser, eller hvor de ønsker afgørende indflydelse på løsningen. Disse udsagn ligger jo fint i forlængelse af vores opfattelse i Dansk Fjernvarme af fjernvarme som andet og mere end blot en billig opvarmningsform, og at hensynet til den almene interesse kan begrunde særlig regulering/promovering af sektoren.

Der er også bred enighed om, at fjernvarmesystemet udgør et naturligt monopol. I Danmark. Men diskuterer man det spørgsmål med udenlandske kolleger, (som undertegnede indimel-

lem gør) deler de ikke dette synspunkt. Deres påstand er, at fjernvarme konkurrerer med andre opvarmningsformer som gas, olie eller el.

I afgørelsens præmisser tillægges Fernwärme Wien en monopollignende stilling. Som tidligere nævnt dels fordi et par andre mindre selskaber ikke kan udgøre egentlige konkurrenter, dels fordi det vil være meget vanskeligt at erstatte fjernvarme med andre energiformer, da dette ville kræve betydelige ombygningsarbejder. Hertil føjer dommerne i deres præmisser en ny vinkel, idet de påpeger, at byen Wien aldrig ville tillade nedlæggelse af systemet, selv hvis det var tabsgivende. Det antages normalt som en forudsætning for fuld konkurrence, at udbydere kan gå konkurs og forsvinde fra markedet. Hvis det ikke er tilfældet, er der næppe tale om konkurrence.

bl@danskfjernvarme.dk