KENDELSE

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 11/11 2016 i sag nr. VFL-2-2016

Afløb Ballerup A/S

mod

Forsyningssekretariatet

Resume af afgørelsen

Forsyningssekretariatet har den 9. februar 2016 truffet afgørelse i en sag, der drejer sig om forøgelse af Afløb Ballerup A/S' driftsomkostninger efter den dagældende prisloftsbekendtgørelse § 8, stk. 4 og 5.

Afløb Ballerup A/S har den 7. marts 2016 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

For Konkurrenceankenævnet drejer klagen sig om, hvorvidt Måløv Rens A/S på baggrund af ansøgning 21. januar 2016 er berettiget til tillæg efter § 8, stk. 4 og 5, i bekendtgørelse nr. 122 af 8. februar 2013 om prisloftregulering mv. af vandsektorloven, herunder om selskabets prisloft for 2013 skal genoptages.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Forsyningssekretariatets afgørelse.

Parternes påstande

Afløb Ballerup A/S har nedlagt påstand om, at selskabets ansøgning om godkendelse af tillæg efter prisloftbekendtgørelsens § 8, stk. 4 og 5, godkendes, subsidiært at sagen hjemvises til fornyet behandling i Forsyningssekretariatet med henblik på godkendelse af tillægget.

Forsyningssekretariatet har nedlagt påstand om stadfæstelse.

Den påklagede afgørelse

I afgørelsen af 9. februar 2016 afviste Forsyningssekretariatet at imødekomme Afløb Ballerup A/S' ansøgning om tillæg til prisloftet efter bekendtgørelse nr. 122 af 8. februar 2013 om prisloftregulering mv. af vandsektorloven § 8, stk. 4 og 5. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

> **"Begrundelse**
> Selskabet har ikke ansøgt om tillæg til prisloftet efter prisloftsbekendtgørelsens § 8, stk. 4, henholdsvis stk. 5 i forbindelse med fastsættelse af prisloftet for 2013.
>
> Forsyningssekretariatet har dog mulighed for at genåbne et prisloft, såfremt der fremkommer nye væsentlige oplysninger. Forsyningssekretariatet lægger til grund, at oplysningerne om selskabets økonomiske forhold var eller burde have været kendt for selskabet i forbindelse med indberetningen til prisloft 2013, hvor selskabet havde mulighed for at ansøge om tillæg efter § 8, stk. 4 og 5. Selskabet har ikke dokumenteret at selskabets tidligere oplyste regnskabsmæssige forhold eller økonomiske forhold i 2013 har ændret sig.
>
> Det er derfor Forsyningssekretariatets vurdering, at der ikke er tale om sådanne nye væsentlige oplysninger.
>
> Forsyningssekretariatet kan genåbne et prisloft, såfremt der har været tale om sagsbehandlingsfejl fra sekretariatets side. Forsyningssekretariatet påpeger i den forbindelse at sekretariatet ikke har modtaget en rettidig ansøgning og der derfor ikke kan være tale om en sagsbehandlingsfejl, da ingen sagsbehandling har fundet sted.
>
> På baggrund af ovenstående vurderer Forsyningssekretariatet ikke at der er grundlag for at genåbne selskabets ansøgning om tillæg efter § 8, stk. 4 og stk. 5 til prisloftet for 2013.
>
> Høringssvar
> Selskabet har i dets høringssvar af 21. januar 2016 oplyst, at det først modtog prisloft for 2013 den 11. februar 2013 og korrigeret prisloft for 2012 den 18. januar 2013, og dermed på et meget sent tidspunkt i forhold til ansøgning om tillæg efter prisloftsbekendtgørelsens § 8, stk. 4 og stk. 5. Selskabet oplyser, at det først i 2013 kunne konstatere, at selskabets driftsomkostninger i prisloftet var meget lavere end selskabets faktiske driftsomkostninger.
>
> Selskabet oplyser endvidere, at de ikke mener, at Forsyningssekretariatet har foretaget en vurdering af, om det har nogen betydning, at oplysningerne er nye i forhold til Forsyningssekretariatet.
>
> Selskabet henviser til forvaltningsretlig litteratur vedrørende genoptagelse, og til Forsyningssekretariatets tidligere praksis i 15/02491 vedrørende Vejen Spildevands prisloft for 2014 henholdsvis 4/1020-0600-0006 vedrørende Billund Spildevand A/S' prisloft for 2011.
>
> Endelig oplyser selskabet i sit høringssvar, at en forvaltningsmyndighed, herunder Forsyningssekretariatet, frit kan tilbagekalde og ændre en afgørelse til gunst for adressaten.

Forsyningssekretariatet bemærker indledningsvis, at det er selskabets driftsomkostninger i prisloft for 2011, der skal sammenholdes med selskabets faktisk driftsomkostninger i 2010 (prisloftsbekendtgørelsens § 8, stk. 4). Forsyningssekretariatet vurderer derfor, at det ikke har nogen betydning, at selskabet først modtog prisloft for 2012 den 18. januar 2013 og prisloft for 2013 den 11. februar 2013.

Prisloftsbekendtgørelsens § 8, stk. 4 og stk. 5 blev indført ved bekendtgørelse nr. 173 af 27/02/2012 og trådte i kraft den 1. marts 2012. § 8, stk. 4 og stk. 5 gav selskaberne mulighed for at ansøge om en forøgelse af driftsomkostninger for prisloft 2013, såfremt de kunne dokumentere, at driftsomkostningerne i deres prisloft for 2011 var mere end 5 pct. lavere deres faktiske driftsomkostninger i 2010.

For at opnå en forøgelse af driftsomkostningerne efter § 8, stk. 4 og stk. 5 til prisloftet for 2013 skulle selskabet således have ansøgt herom senest i forbindelse med indberetningen til Forsyningssekretariatet den 15. april 2012.

Forsyningssekretariatet bemærker, at det af sekretariatets nyhedsbrev, Vandnyt, af den 19. juni 2012 fremgik, at selskaberne havde mulighed for at ansøge om forøgelse af driftsomkostningerne efter prisloftsbekendtgørelsens § 8, stk. 4 og stk. 5, og at selskaberne skulle benytte sig heraf snarest muligt, idet bestemmelserne alene ville kunne anvendes i prisloft 2013. Forsyningssekretariatet bemærker samtidig, at Dansk Vand- og Spildevandsforening, DANVA, i marts 2012 tillige gjorde selskaberne opmærksom, at der kunne ansøges om forøgelse af driftsomkostningerne efter § 8, stk. 4 og stk. 5, og at der skulle ansøges herom i 2012.

Forsyningssekretariatet modtog ikke i forbindelse med indberetningen en ansøgning fra selskabet om forøgelse af driftsudgifterne. Endvidere modtog selskabet udkast til endelig afgørelse den 21. september 2012, hvori der blevet givet en høringsfrist på 2 uger, men heller ikke i forbindelse hermed ansøgte selskabet om forøgelse af deres driftsudgifter. Forsyningssekretariatet traf derfor den 11. februar 2013 endelig afgørelse vedrørende prisloftet for 2013.

Da Forsyningssekretariatet har truffet endelig afgørelse i sagen vedrørende prisloftet for 2013, og da der ikke efter § 8, stk. 4 og stk. 5 er mulighed for at ansøge om den pågældende forøgelse af driftsudgifterne til et senere prisloft, er det Forsyningssekretariatets vurdering, at en ansøgning om tillæg efter § 8, stk. 4 og stk. 5, skal afgøres efter reglerne om genoptagelse på ulovbestemt grundlag.

Forsyningssekretariatet bemærker hertil, at sekretariatet har en ulovbestemt pligt til at genoptage behandlingen af en sag, såfremt der kommer nye og faktiske oplysninger i sagen.

Det er en betingelse for genoptagelse, at oplysningerne er af så væsentlig betydning, at sagen med en vis sandsynlighed ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med den oprindelige behandling af sagen. I det omfang, der er tale om nye, faktiske forhold, der forelå allerede på tidspunktet for den oprindelige indberetning og afgørelse, er det Forsyningssekretariatet vurdering, at det tillige er et krav, at det skal være undskyldeligt, at selskabet ikke tidligere har været opmærksom på forholdet i forbindelse med indberetning eller under høringsfasen.

Det fremgår af selskabets ansøgning om tillæg efter prisloftsbekendtgørelsens § 8, stk. 4 og stk. 5, at selskabet er blevet opmærksomt de faktiske forhold, idet selskabets nytil-

trådte, konstituerede direktører har foretaget en nærmere gennemgang af selskabets prislofter for regnskaberne for Ballerup Kommune for periode 2003-2005.

Forsyningssekretariatet lægger derfor til grund, at der er tale om forhold, som selskabet også på et tidligere tidspunkt kunne have konstateret, herunder ved en gennemgang af samme materiale.

Det er på denne baggrund Forsyningssekretariatet vurdering, at selskabet var eller burde have været bekendt med muligheden for at søge om forøgelse af driftsudgifterne, ligesom selskabet burde have foretaget relevante undersøgelser til for at vurdere om, hvorvidt de skulle søge om en sådan forøgelse i forbindelse med indberetningen til prisloftet for 2013.

Forsyningssekretariatet er på denne baggrund ikke forpligtet til at genoptage prisloftet for 2013.

Forsyningssekretariatet lægger i denne forbindelse vægt på, at det ville fjerne vandselskabernes incitament til at foretage rettidig og fyldestgørende indberetning, såfremt prislofterne efterfølgende kunne genoptages efter anmodning fra selskabet. Forsyningssekretariatet bemærker i denne forbindelse, at selskabernes overholdelse af fristerne for indberetning og høringssvar til udkast er afgørende for, at Forsyningssekretariatet kan træffe afgørelse om prisloft inden for de lovfastsatte frister. Et andet resultat ville reducere selskabernes incitament til at deltage rettidigt i indberetningen af oplysninger til brug for Forsyningssekretariatets fastsættelse af prisloft. Det samme ville være tilfældet, såfremt prisloftet blev genoptaget på baggrund af oplysninger, som selskabet havde eller burde have haft på tidspunktet for indberetning til prisloftet.

Forsyningssekretariatet vurderer, at det samme ville være tilfældet, såfremt sekretariatet tilbagekaldte og ændrede afgørelse på baggrund af et selskabs ikke-rettidige eller mangelfulde indberetning.

Forsyningssekretariatet gør i denne forbindelse opmærksom på, at det er selskabet, som har den bedste viden om selskabets konkrete forhold, og som har haft mulighed for at fremlægge oplysningerne ved fastsættelsen af selskabets prisloft. Forsyningssekretariatets fastsættelse af prislofter sker derfor med udgangspunkt i selskabets oplysninger. Fremlæggelse af nye oplysninger efter, at Forsyningssekretariatet har truffet afgørelse, medfører derfor ikke i sig selv, at sekretariatets afgørelse skal genoptages eller i øvrigt genberegnes. Dette er i overensstemmelse med Konkurrenceankenævnets afgørelse i bl.a. sag nr. 2011-0025927.

Selskabet har herudover i sit høringssvar henvist til to afgørelser truffet af Forsyningssekretariatet i 15/02491 vedrørende Vejen Spildevands prisloft for 2014 henholdsvis 4/1020-0600-0006 vedrørende Billund Spildevand A/S' prisloft for 2011.

Forsyningssekretariatet bemærker, at sekretariatet har mulighed for at genoptage sagsbehandlingen af en sag, selvom at betingelserne for genoptagelse ikke er opfyldt, såfremt genoptagelsen er til gunst for parten, og at der ikke er modsatrettede hensyn til andre parter.

Forsyningssekretariatets genoptagelse af en sag sker på baggrund af en konkret og individuel vurdering af omstændighederne i nærværende sag, og det er Forsyningssekretariatets vurdering, at omstændighederne i nærværende sag ikke begrunder genoptagelse.

Forsyningssekretariatet lægger i denne forbindelse vægt på, at selskabet ikke rettidigt har ansøgt om forøgelse af selskabets driftsomkostninger i forbindelse med prisloft 2013, men at selskabet først har indberettet de nye oplysninger i september 2015. Forsyningssekretariatet lægger herudover vægt på, at selskabet ikke har dokumenteret, at der er tale om oplysninger, som selskabet ikke var eller burde have været bekendt med i forbindelse med indberetning til prisloft 2013 og at selskabet ikke har dokumenteret, at den manglende, rettidige indberetning skyldes undskyldelige forhold. Endelig lægger Forsyningssekretariatet vægt på, at såvel Forsyningssekretariatet som DANVA har gjort selskaberne opmærksom på muligheden for at ansøge om en forhøjelse af selskabets driftsomkostninger efter § 8, stk. 4 og stk. 5 i forbindelse med indberetning til prisloft for 2013, men at selskaberne ikke har gjort brug af denne mulighed i forbindelse med indberetning til prisloft 2013.

På baggrund af ovenstående finder Forsyningssekretariatet ikke grundlag for at genoptage eller tilbagekalde selskabets prisloft. Forsyningssekretariatet vil i stedet opfordre selskabet til at indberette de relevante forhold i forbindelse med fastsættelse af selskabets fremtidige prislofter."

Parternes argumentation

Afløb Ballerup A/S har navnlig anført, at Forsyningssekretariatet har undladt at realitetsbehandle ansøgningen om tillæg og derved har begået sagsbehandlingsfejl.

Selskabet er berettiget til at få meddelt tillæg efter den dagældende prisloftbekendtgørelses § 8, stk. 4 og 5, da betingelserne herfor er opfyldt. Bestemmelsen giver således hjemmel til efter ansøgning at få forøget prisloftet for 2013, hvis det kan dokumenteres, at driftsomkostningerne i prisloftet for 2011 var mere end 5 % lavere and de faktiske driftsomkostninger i 2010. Bestemmelsen indeholder ikke en ansøgningsfrist, og en sådan frist ville være usandsynlig, da reglerne trådte i kraft den 1. marts 2012, og fristen for indberetning var den 15. april 2012, ligesom sekretariatet først efter indberetningsfristen har oplyst om de nye regler i sekretariatets nyhedsbrev. Selskabet var derfor berettiget til at ansøge om tillægget i forbindelse med prisloft 2016 med den virkning, at prislofterne for 2013-2015 korrigeres for tillægget, hvilket vil slå igennem i prisloftet for 2016.

Subsidiært har selskabet gjort gældende, at betingelserne for at genoptage prisloftafgørelsen for 2013 er til stede. Såfremt selskabet havde ansøgt om tillægget i forbindelse med prisloftet for 2013, ville selskabet have haft et retskrav på tillæg efter bestemmelserne, og den manglende indberetning af tillægget har betydning for efterfølgende prislofter og indtægtsrammer. Endvidere følger det af almindelig forvaltningsretlig teori og praksis, at en borger har krav på genoptagelse og fornyet behandling af en sag, hvis der i forbindelse med genoptagelsesanmodningen fremkommer nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning for sagen, at der er en vis sandsynlighed for, at sagen ville

have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med myndighedernes oprindelige stillingtagen til sagen. Der kan i denne forbindelse lægges vægt på, om det må anses for undskyldeligt, at indberetning af oplysningerne ikke er sket tidligere, men det er ikke et krav. Der er i det foreliggende tilfælde tale om oplysninger, der var nye for sekretariatet, og sekretariatet har i lignende tilfælde genoptaget prisloftafgørelser. Det ville næsten have været umuligt for selskabet at undgå en fristoverskridelse, hvis det lægges til grund, at ansøgningsfristen var den 15. april 2012, og Forsyningssekretariatet har ikke foretaget en egentlig vurdering af væsentligheden af de nye faktiske oplysninger, ligesom genoptagelse ikke vil komme andre parter til skade. Prislofter baseres i vidt omfang på oplysninger i det eksisterende prisloft, og hvis tidligere fejl accepteres, vil disse blive videreført i kommende afgørelser. Det har næppe været hensigten med indførelsen af prisloftreguleringen. Adgangen til genoptagelse må derfor være udvidet i forhold til den sædvanlige forvaltningsretlige regulering.

Forsyningssekretariatet har navnlig anført, at bestemmelserne i den dagældende prisloftbekendtgørelse § 8, stk. 4 og 5, alene gav hjemmel til at forøge selskabets driftsomkostninger ved ansøgning i forbindelse med indberetningen til prisloftet for 2013. Ansøgning burde derfor have været indsendt samtidig med indberetningen af oplysninger til brug for dette års prisloft. Bestemmelsen er ikke en lovhjemlet genoptagelsesadgang. Selskabet har reelt haft næsten et år til at indberette og ansøge om tillægget, da der først blev truffet endelig afgørelse om selskabets prisloft for 2013 den 11. februar 2013, og da selskabet frem til dette tidspunkt efter sekretariatets praksis kan foretage indberetning og indsende ansøgning. Bestemmelsen i § 8, stk. 4 og 5, vedrører endvidere selskabets driftsomkostninger for 2011, som selskabet må have været bekendt med i 2012, og selskabet har først den 21. januar 2016 ansøgt om forhøjelse af driftsomkostningerne.

Der er heller ikke grundlag for at genoptage Forsyningssekretariatets afgørelse vedrørende 2013 på ulovbestemt grundlag. Genoptagelse på ulovbestemt grundlag beror på en konkret vurdering af sagens omstændigheder og forudsætter, at oplysningerne er af så væsentlig betydning, at sagen med en vis sandsynlighed ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med den oprindelige behandling af sagen. I det omfang, der er tale om nye faktiske forhold, der forelå allerede på tidspunktet for den oprindelige indberetning og afgørelse, er det tillige et krav, at det skal være undskyldeligt, at selskabet ikke har været opmærksom på forholdet i forbindelse med indberetning eller under høringsfasen. En lempelig genoptagelsesadgang ville fjerne selskabernes

incitament til at foretage rettidig og fyldestgørende indberetning og ville derfor være i strid med vandsektorlovens formål.

I det foreliggende tilfælde er der tale om en indberetningsfejl fra selskabets side, og det kan ikke anses for undskyldeligt, at selskabet ikke i forbindelse med afgørelsen vedrørende 2013 fremkom med oplysningerne.

Afgørelsens begrundelse og resultat

Efter bekendtgørelse nr. 122 af 8. februar 2013 om prisloftregulering mv. af vandsektorloven § 8, stk. 4, kunne de driftsomkostninger, der dannede udgangspunkt for prisloftet, jf. § 5, stk. 1, efter ansøgning til Forsyningssekretariatet, øges i prisloftet for 2013, såfremt et vandselskab kunne dokumentere, at driftsomkostningerne i selskabets prisloft for 2011 var mere en 5 % lavere end selskabets faktiske driftsomkostninger. Driftsomkostningerne kunne maksimalt øges til 95 % af vandselskabets faktiske driftsomkostninger i 2010. Efter bekendtgørelsens § 8, stk. 5, kunne et vandselskab, som fik øget driftsomkostninger i prisloftet for 2013 efter stk. 4, få prisloftet midlertidigt øget med et beløb svarende til forskellen mellem 95 % af vandselskabets faktiske driftsomkostninger i 2010 og driftsomkostningerne i prislofterne for 2011 og 2012.

Selskabet skulle senest den 15. april 2012 indsende de nødvendige oplysninger til brug for Forsyningsselskabets fastsættelse af prisloftet for 2013, jf. bekendtgørelsens § 18, stk. 1, og Forsyningssekretariatet traf den 11. februar 2013 endelig afgørelse om selskabets prisloft for 2013. Selskabet har ved ansøgning af 21. januar 2016 ansøgt om tillæg efter § 8, stk. 4 og 5.

Da § 8, stk. 4 og 5, i bekendtgørelse nr. 122 af 8. februar 2013 om prisloftregulering mv. af vandsektorloven efter ordlyden vedrører en forøgelse af prisloftet for 2013, må selskabets ansøgning om tillæg anses som en anmodning om genoptagelse af prisloftet for 2013.

Konkurrenceankenævnet finder, at bekendtgørelsens § 8, stk. 4 og 5, ikke hjemler en særlig adgang til genoptagelse af prisloftafgørelser, og spørgsmålet om genoptagelse må derfor afgøres efter de almindelige forvaltningsretlige regler om genoptagelse.

Forsyningssekretariatet har oplyst, at Afløb Ballerup frem til og med høringsfasen vedrørende prisloftafgørelsen for 2013 har haft mulighed for at indsende ansøgning efter prisloftbekendtgørelsens § 8, stk. 4. Overholdelse af fristerne for indberetning er afgørende for at sikre, at Forsyningssekretariatet har et grundlag for sit arbejde. Da der ikke foreligger oplysninger fra Afløb Ballerup om, at der kan fremlægges dokumentation, der ikke har været kendt forud for, at Forsyningssekretariatet traf den endelige afgørelse om selskabets prisloft for 2013, og da det ikke kan anses for undskyldeligt, at selskabet ikke tidligere har ansøgt om tillæg efter den dagældende prisloftsbekendtgørelses § 8, stk. 4, finder Konkurrenceankenævnet ikke, at der er forhold, der kan begrunde, at Forsyningssekretariatets afgørelse vedrørende Afløb Ballerups prisloft for 2013 genoptages. Et andet resultat vil efter Konkurrenceankenævnets opfattelse reducere selskabernes incitament til at deltage rettidigt i indberetningen af oplysninger til brug for sekretariatets fastsættelse af prisloftet.

Konkurrenceankenævnet stadfæster med disse bemærkninger Forsyningssekretariatets afgørelse.

Herefter

BESTEMMES

Forsyningssekretariatets afgørelse af 9. februar 2016 stadfæstes.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Palle Bo Madsen

John Christensen

Claus Berg

Birgitte Sloth

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet, den 11. november 2016.

Tina Delvig

Fuldmægtig