

Dato: 4. juli 2011
Til: Bestyrelsen
Fra: Administrationen

Udbudsretten i relation til kontrakter om affaldsforbrænding

Indledning

Sammenfatning

Notatets formål er at redegøre for de udbudsretlige forhold relateret til Reno Djurs' indgåelse af aftaler med forbrændingsanlæg om håndtering af forbrændingseget affald anvist eller leveret af Reno Djurs.

Det vurderes, at Reno Djurs vil kunne indgå samarbejdsaftaler om forbrænding af affald med såvel Aarhus Kommune som Grenaa Varmeværk uden forudgående udbud. Begrundelserne herfor er forskellige for de to samarbejdspartnere.

På grundlag af bl.a. praksis fra EU-domstolen vurderes det, at samarbejdet mellem Reno Djurs og Aarhus Kommune kan undtages fra udbudspligt både på grundlag af udbudsdirektivets eneretsregel og den efter retspraksis udvidede in-house-regel.

I relation til Grenaa Varmeværk vil en undtagelse fra udbudspligten forudsætte, at Grenaa Varmeværk – uagtet, at virksomheden ikke er en offentligretlig virksomhed i traditionel forstand – kan karakteriseres som en ordregivende myndighed i direktivets forstand. Ud fra den antagelse vil der på grundlag af udbudsdirektivets eneretsbestemmelse kunne indgås en ny aftale mellem Grenaa Forbrændingsanlæg A/S og Reno Djurs uden forudgående udbud.

Uanset rækkevidden af udbudsbestemmelserne henledes opmærksomheden på det politiske forlig om konkurrencepakken, som forudsætter, at der indføres kommunal udbudspligt for husholdningsaffald til forbrænding. Såfremt forliget udmønter sig i lovgivning i overensstemmelse med forligets ordlyd, vil muligheden for, at kommunerne/offentlige myndigheder indgår indbyrdes samarbejdsaftaler uden forudgående udbud, blive ophævet.

Notatets formål

Formålet med dette notat er at redegøre for de udbudsretlige forhold relateret til Reno Djurs' indgåelse af aftaler med forbrændingsanlæg om håndtering af forbrændingseget affald anvist eller leveret af Reno Djurs.

Udgangspunktet er, at Reno Djurs i medfør af vedtægten er forpligtet til at sikre interessenterne behandlingskapacitet for blandt andet forbrændingseget affald. Reno Djurs opfylder denne forpligtelse gennem samarbejdsaftaler med følgende forbrændingsanlæg:

Anlæg	Bemærkning
Affaldscenter Århus (Århus Kommune)	Samarbejdet omfatter levering af 20.000 tons/år. Aftalen kan opsiges med 10 års varsel.
Grenaa Forbrændingsanlæg (Grenaa Varmeværk A.m.b.A.)	Reno Djurs disponerer over anlæggets fulde kapacitet (ca. 20.000 tons/år). Samarbejdsaftalen løber til 2015. Aftalen kan opsiges med 2 års varsel.

Notatet skal med det udgangspunkt afdække, om Reno Djurs kan forny eller indgå nye aftaler om forbrænding uden forudgående EU-udbud.

Det skal bemærkes, at udbudsreglerne er relativt komplicerede, og at retstilstanden i vidt omfang defineres på grundlag af specifikke afgørelser fra EU-domstolen. Rækkevidden af disse afgørelser giver i høj grad anledning til fortolkningstvivl, hvorfor gældende ret langt fra kan betegnes som klar og entydig.

Notatet redegør for administrationens vurdering af de udbudsretlige forhold i relation til Reno Djurs' affaldsforbrænding, og konklusionerne kan muligvis anfægtes.

Udbudsbestemmelserne

Udbudsdirektivet

Udbudsdirektivet gælder for alle offentlige myndigheder og for såkaldte offentligretlige organer. Direktivet fastsætter procedureregler, der skal følges ved indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver.

For at en opgave skal i EU-udbud skal følgende forhold være opfyldt:

- Myndigheden er offentlig eller et såkaldt offentligretligt organ.
- Kontraktværdien af opgaven er over tærskelværdien for EU-udbud (tærskelværdien for tjenesteydelser i regioner og kommuner er knap 1,5 mio. kr.).
- Der er tale om en såkaldt A-tjenesteydelse (forbrænding af affald er kategoriseret som en A-tjenesteydelse i kategori 16 i udbudsdirektivets bilag IIA).

Ordregivende myndigheder

Som ordregivende myndigheder betragtes efter udbudsdirektivets artikel 9, nr. 9 " ... *staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.*"

Reno Djurs I/S, der er godkendt efter § 60 i kommunestyrelsesloven og som udgør en selvstændig juridisk person med egne kompetencer i medfør af fællesskabets vedtægt, er utvivlsomt omfattet af begrebet "ordregivende myndighed" i udbudsdirektivets forstand.

Der vil, hvor en aftale om forbrænding af affald indgås mellem Reno Djurs I/S og et forbrændingsanlæg, være tale om en offentlig tjenesteydelseskontrakt – uanset, om forbrændingsanlægget, der indgås aftale med, er offentligt eller privat ejet.

In-house

En myndighed har ikke efter direktivet pligt til at foretage udbud, hvis myndigheden ønsker at udføre opgaven selv. Begrebet in-house henviser til opgaver, der varetages af de ordregivende myndigheder i eget regi.

Udvidet in-house

Under visse omstændigheder kan en "ekstern" virksomhed udbudsretligt set betragtes som en del af ordregiver, hvorved der ikke foreligger krav om udbud. Der er ikke fastsat bestemmelser

herom i udbudsdirektivet; derimod er den såkaldte "udvidede in-house-regel" udmøntet i EU-domstolens retspraksis gennem en række afgørelser.

Ved sin anerkendelse af den udvidede in-house-regel har Domstolen opstillet to kriterier, der er afgørende for, om en selvstændig juridisk person er så tæt knyttet til en ordregivende myndighed, at en aftale om den juridiske persons levering af ydelser til myndigheden ikke indebærer en gensidigt bebyrdende aftale i udbudsdirektivets forstand. Kriterierne er:

- 1) at den ordregivende myndighed underkaster den selvstændige juridiske person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (*kontrolkriteriet*), og
- 2) at den selvstændige juridiske person skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af (*opgaveudførelseskriteriet*).

Begge kriterier er formuleret meget overordnet og upræcist, hvilket har medført stor usikkerhed ved fortolkningen heraf.

Udgangspunktet er, at den eksterne og selvstændige juridiske enhed både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så afhængig af den ordregivende myndighed, at der er tale om en situation, som modsvarer en intern arbejdsdeling i myndigheden.

Fortolkningen af kontrolkriteriet er løbende blevet lempet, og summarisk kan de betingelser, som skal være opfyldt for at kunne påberåbe sig udvidet in-house, angives således:

- Der skal være tale om en "public service"-opgave
- Den ordregivende myndighed skal have kontrol med selskabets strategi og vigtige beslutninger
- Der må ikke være privat deltagelse i selskabet (men den blotte mulighed for privat deltagelse udelukker ikke, at selskabet kan være in-house)

Eneret

Hvis det forudsættes, at der tale om en opgave omfattet af udbudspligten – og dermed ikke en in-house opgave – kan forholdet være omfattet af udbudsdirektivets artikel 18, der undtager visse eksklusive tjenesteydelseskontrakter.

Det følger af bestemmelsen i artikel 18, at udbudsdirektivet ikke finder anvendelse på "*... offentlige tjenesteydelseskontrakter, som en ordregivende myndighed tildeler en anden ordregivende myndighed eller en sammenslutning af ordregivende myndigheder, på grundlag af en eksklusiv rettighed, der er tildelt dem i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten.*"

I overensstemmelse med definitionen af ordregiverbegrebet i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9, kan eneretten tildeles et organ, som selv er en statslig eller kommunal myndighed, et offentligt organ eller en sammenslutning heraf.

Det følger bl.a. af "Delrapport om visse EU-retlige spørgsmål vedrørende danske kommuners samarbejde om affaldsbortskaffelse", som i 1997 blev afgivet af et tværministerielt embedsmandsudvalg under Justitsministeriet, at benyttelsespligten i forhold til de kommunale affaldsordninger, som er fastlagt ved den danske affaldslovgivning, og som udgør grundlaget for den kommunale eneret, er udtryk for en tildeling af enerettigheder, som må anses for omfattet af undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 18. Det tværministerielle embedsmandsudvalg vurderede endvidere, at benyttelsespligten ikke strider mod EU-retten, idet pligten dels er begrundet i varetagelsen af miljøhensyn, dels ikke medfører ulovlig diskrimination på baggrund af nationale tilhørsforhold.

Tilsvarende opfattelse kommer til udtryk i en udtalelse fra Miljøstyrelsen fra juni 2007, hvori det anføres, at miljøbeskyttelsesloven ikke er til hinder for, at der vælges ét bestemt selskab til forbrænding af affald – og at det er op til den enkelte kommune at beslutte, hvorvidt det er

formålstjenligt eller hensigtsmæssigt at tildele et bestemt selskab eneret, herunder i hvor lang tid en sådan eneret skal gælde.

Reno Djurs' samarbejder i forhold til udbudsretten

Reno Djurs' samarbejde med Aarhus

I perioden 2009-2011 gennemførte Aarhus Kommune, Randers Kommune og Reno Djurs I/S i fællesskab en undersøgelse af mulighederne for et fremtidigt samarbejde omkring et udvidet forbrændingsanlæg i Aarhus. I den forbindelse udførte Holst, Advokater bl.a. en juridisk vurdering af de udbudsretlige aspekter ved et sådant samarbejde.

Holst, Advokaters konklusion er, at et samarbejde mellem Aarhus Kommune, Randers Kommune og Reno Djurs kan undtages fra udbudspligten, både i forhold til eneretsreglen i direktivets artikel 18 og efter den i retspraksis udvidede in-house-regel¹.

Det bemærkes imidlertid, at Miljøstyrelsen ikke er enig i vurderingen fra Holst, Advokater. Det er efter Miljøstyrelsens opfattelse afgørende for, om noget falder inden eller uden for udbudsreglerne, om der er tale om et samarbejde eller en ren kontrakt. I den forbindelse lægger Miljøstyrelsen vægt på, at et frafald af kravet om udbud kræver et vist gensidighedselement² mellem parterne.

Det er Miljøstyrelsens vurdering, at den gældende udvekslingsaftale mellem Aarhus Kommune og Reno Djurs opfylder gensidighedselementet, hvorved samarbejdet mellem Aarhus og Reno Djurs kan gennemføres uden udbud på grundlag af den udvidede in-house-regel.

Det er samtidig Miljøstyrelsens vurdering, at der ikke foreligger et tilsvarende gensidighedsforhold mellem Aarhus Kommune og Randers Kommune, hvorved et samarbejde mellem Aarhus Kommune og Randers Kommune ikke kan iværksættes uden udbud.

Sammenfattende må betragtes som sandsynligt, at et samarbejde mellem Aarhus og Reno Djurs vil kunne henregnes under den udvidede inhouse-regel.

¹ Holst, Advokater skriver bl.a. følgende:

"Vedrørende fælleskommunale samarbejder, hvad enten sådanne samarbejder sker i selskabsform eller ej, synes retstilstanden at være den, at sådanne samarbejder kan indgås uden afholdelse af et forudgående EU-udbud, såfremt samarbejdet relaterer sig til varetagelse af en public service-opgave af ikke ubetydelig betydning, og såfremt samarbejdet kun varetager offentlige formål. Samarbejdet må således ikke have et egentligt kommercielt/erhvervs-mæssigt formål. Endelig synes det at være et krav, at samarbejdets aktiviteter skal være begrænset til de deltagende ordregivende myndigheders område og i det væsentligste udføres til fordel for disse ordregivere.

Med udgangspunkt i EU-domstolens dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06 Kommissionen mod Tyskland og den seneste domstolspraksis i øvrigt om fælleskommunale samarbejder kan der således efter vores opfattelse fremføres meget vægtige argumenter for, at et samarbejde mellem AffaldVarme Århus, Reno Djurs I/S og Randers Kommune vedrørende affaldsforbrænding kan undtages fra udbudspligten efter forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke kun efter eneretsreglen i direktivets artikel 18, men også efter den i retspraksis udvidede in house-regel.

Vi har herved lagt vægt på, at der er tale om et samarbejde mellem offentlige myndigheder til varetagelse af en fælles, væsentlig public service-opgave, nemlig bortskaffelse af affald, og at samarbejdet i den forbindelse tilgodeser væsentlige offentligretlige og EU-retlige hensyn som nærhedsprincippet og selvforsyningsprincippet.

Vi har yderligere tillagt det betydning, at samarbejdet udelukkende varetager et offentligt formål uden for det erhvervs-mæssige/kommercielle område og ikke har til hensigt at sikre AffaldVarme Århus en profit.

Vi har desuden tillagt det vægt, at samarbejdet er begrænset til deltagernes område og udelukkende udføres til fordel for disse."

² Miljøstyrelsens vurdering følger af en EU-domstolens sag C-480/06 Kommissionen mod Tyskland, hvor Domstolen fastslår, at samtlige kontraktparter aktivt skal bidrage til opgavens gennemførelse ved at stille realydelse til rådighed for hinanden. Det er med andre ord ikke tilstrækkeligt, at en part blot køber og betaler for en anden parts ydelse.

Reno Djurs' samarbejde med Grenaa Varmeværk A.m.b.A.

I lyset af ovenstående omtale af Miljøstyrelsens betragtninger om gensidighedselementet som grundlag for at kunne påberåbe sig udvidet in-house, er det tvivlsomt, om en aftale med Grenaa Forbrændingsanlæg kan undtages fra udbudspligten efter denne regel.

Spørgsmålet er derfor, om en undtagelse fra udbudspligten kan ske på grundlag af direktivets eneretsbestemmelse. Som beskrevet ovenfor forudsætter eneretsbestemmelsen bl.a., at der er tale om en tjenesteydelseskontrakt, som en ordregivende myndighed tildeler en anden ordregivende myndighed.

Som tidligere anført er Reno Djurs utvivlsomt en ordregivende myndighed i direktivets forstand. Det er med andre ord afgørende for anvendelsen af eneretsbestemmelsen, hvorvidt Grenaa Varmeværk kan betegnes som en ordregivende myndighed i direktivets forstand.

Grenaa Varmeværk er ikke umiddelbart omfattet af definitionen på en ordregivende myndighed i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9, 1. pkt. Som ordregivende myndighed regnes dog også "offentligretlige organer". Der kan af bestemmelsen udledes 3 betingelser, som skal være opfyldt for, at et organ kan karakteriseres som et offentligretligt organ:

1. Organet skal have til formål at varetage opgaver af almen interesse, dog ikke opgaver, der har industriel eller kommerciel karakter,
2. Organet skal være en juridisk person og
3. Organets drift skal være underlagt offentlig kontrol på én af følgende måder:
 - a) Driften finansieres for størstedelens vedkommende af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller
 - b) Driften er underlagt kontrol fra staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller
 - c) Mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet udpeges af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer.

Det følger af EU-domstolens praksis, at der er tale om kumulative betingelser, dvs. at alle 3 betingelser skal være opfyldte.

Som led i processen omkring selskabsgørelsen af Grenaa Forbrændingsanlæg vurderede Energi & Miljø Advokatfirma, at Grenaa Varmeværk kan henregnes som ordregivende myndighed³.

³ Energi & Miljø Advokatfirma skriver bl.a. følgende:

"Grenaa Varmeværk A.m.b.a. er ejet af de tilknyttede forbrugere og dermed i udgangspunktet et privat selskab. Udbudsdirektivets definition af ordregivende myndighed som et offentligretligt organ, der varetager almenhedens behov, er en selvstændig juridisk person og underlagt offentlig kontrol indebærer imidlertid, at Grenaa Varmeværk A.m.b.a. vil kunne anses som en ordregivende myndighed.

Grenaa Varmeværk A.m.b.a. er en selvstændig juridisk person. Selskabet varetager endvidere almenhedens behov, hvilket understreges af at selskabet her forsyningspligt over for alle i dets forsyningsområde. Selskabet kan således ikke nægte at lade visse forbrugere tilslutte sig det kollektive varmforsyningssystem, såfremt der er kollektiv varmforsyning i det pågældende område. De skatteretlige regler understreger endvidere selskabets almene karakter, idet selskabet er skattefritaget, forudsat at selskabets overskud alene kan anvendes til selskabets formål.

Driften af Grenaa Varmeværk A.m.b.a. må endvidere anses som underlagt kontrol fra statens side. Værkets priser og aftaler skal anmeldes til Energitilsynet for at opnå gyldighed. Ligesom tilsynet kan gøre indgreb i selskabets priser og leveringsvilkår efter varmforsyningslovens regler. Grenaa Varmeværk A.m.b.a. opfylder de kriterium, der karakteriserer et offentligretligt organ og udgør dermed i udbudsdirektivets forstand en ordregivende myndighed."

Derved vil undtagelse fra udbudspligten kunne ske på grundlag af direktivets eneretsbestemmelse. Det vil forudsætte, at forbrændingsanlægget tildeles en enerettighed, hvilket vil være tilfældet, hvis der i de kommunale affaldsregulativer for indsamlingsordninger og anvisningsordninger for forbrændingseget affald gives Grenaa Varmeværk eneret i relation til at behandle affald fra Reno Djurs.

Konkurrencepakken

Regeringen, Dansk Folkeparti, Liberal Alliance og Kristendemokraterne indgik den 11. april 2011 aftale om Konkurrencepakken. Heri indgår bl.a. følgende:

"Mere konkurrence om affaldsforbrænding. Affaldsforbrændingsanlæg selskabsgøres og hvile-i-sig-selv-princippet erstattes med en markedsbaseret regulering. Samtidig ophæves den statslige godkendelse af affaldsgrundlaget. Den kommunale anvisningsret for erhvervsaffald til forbrænding ophæves, så virksomhederne frit kan vælge anlæg. Kommunerne har fortsat ansvaret for, at husholdningsaffald indsamles og behandles, men der indføres kommunal udbudspligt for husholdningsaffald til forbrænding, så det konkurrenceudsættes (...)."

Miljøminister Karen Ellemann har oplyst til Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg, at lov-pakken om organiseringen af forbrændingssektoren tidligst kan fremsættes i oktober 2012.

Konklusion

EU-Domstolens seneste praksis viser en tydelig velvilje over for fælleskommunale samarbejder og andre samarbejder mellem offentlige myndigheder. Denne lempelige holdning i relation til offentlige samarbejder synes at hvile på den betragtning, 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 vurderes, at Reno Djurs vil kunne indgå samarbejdsaftaler om forbrænding af affald med såvel Aarhus Kommune som Grenaa Varmeværk uden forudgående udbud. Begrundelserne herfor er forskellige for de to samarbejdspartnere.

På grundlag af bl.a. praksis fra EU-domstolen vurderes det, at samarbejdet mellem Reno Djurs og Aarhus Kommune kan undtages fra udbudspligt både på grundlag af udbudsdirektivets eneretsregel og den efter retspraksis udvidede in-house-regel.

I lyset af Miljøstyrelsens betragtninger om gensidighedselementet som grundlag for at kunne påberåbe sig udvidet in-house er det tvivlsomt, om en aftale med Grenaa Varmeværk kan undtages fra udbudspligten efter denne regel. Derimod vil undtagelse fra udbudspligten kunne ske på grundlag af direktivets eneretsbestemmelse. Det vil forudsætte, at forbrændingsanlægget tildeles en enerettighed, hvilket vil være tilfældet, hvis der i de kommunale affaldsregulativer for indsamlingsordninger og anvisningsordninger for forbrændingseget affald gives Grenaa Forbrændingsanlæg eneret i relation til at behandle affald fra Reno Djurs.

Over for disse retlige vurderinger står det politiske forlig om konkurrencepakken, som forudsætter udbud. Såfremt Konkurrencepakken udmøntes i overensstemmelse med aftaleteksten, bliver der indført kommunal udbudspligt for husholdningsaffald til forbrænding, hvorved muligheden for, at kommunerne indgår aftaler indbyrdes uden udbud henholdsvis brænder eget affald som "in-house"-produktion, ophæves.